

GINO GORLA

IL CONTRATTO

**CORSO DI DIRITTO
PRIVATO SVOLTO
SECONDO IL METODO
COMPARATIVO
E CASISTICO**

XII · II

**COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO**



RomaTIE-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 garanzia 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 · II

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 Grottesque, 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: 979-12-5977-165-0
<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

*PROBLEMI FONDAMENTALI TRATTATI
CON IL METODO COMPARATIVO E CASISTICO*

II

CASISTICA E PROBLEMI



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

SEZIONE I

Avvertenze al vol. II	XXI
Avvertenze generali	XXI
Avvertenze speciali alla parte I: giurisprudenza italiana e francese	XXIII
Avvertenze speciali alla giurisprudenza o <i>cases di common law</i>	XXIV

PARTE PRIMA

GIURISPRUDENZA ITALIANA E FRANCESE

CAPITOLO I

SUL CONCETTO DI DONAZIONE IN GENERE COME CONTRATTO FORMALE IN RAPPORTO AD ALTRI CONTRATTI (*Giurisprudenza italiana*)

SEZIONE I

Sulla distinzione fra le obbligazioni di dare (e atti di alienazione) e le altre obbligazioni (v. vol. I § 7)

Antoniucci cr. Scarazzato	3
Ferrario cr. Ferrario	6

SEZIONE II

La causa della donazione e lo spirito di liberalità (v. vol. I § 9)

Fiammingo cr. Opera Nazionale Combattenti	9
Wild cr. Wild	13
Ranzato cr. Scarneo (in arte Nella Regini)	23
Magenis cr. Magenis	27
Armenise cr. Moroni	32

CAPITOLO II
LA CAUSA SUFFICIENTE NEL PROBLEMA DEI RAPPORTI FRA DONAZIONE E
CONTRATTO DI SCAMBIO E SPECIALMENTE DEL CONTRATTO INNOMINATO
(v. vol. I §§ 10, 12, 13 e 24)

SEZIONE I
Il problema in generale e nei rapporti fra privati
(Giurisprudenza italiana)

Bernardi cr. Bernardi	35
De Lorenzi cr. De Lorenzi	41
De Sangro nei Marchetti cr. Marchetti	44
Cocchi cr. Marioni	50
Salini cr. Silva e Collegio Alberoniano	51
Levi cr. Finanze	53
Rossi e Lanificio Rossi cr. Finanze	55
Zambaldo cr. Lavagnoli	63
Fontana cr. Congregazione di Carità di Roburent	66
Mazzucchelli ed altri cr. Saluzzo	67
De Sanctis cr. Comune di Roma	71
Barabino cr. Lupi	77
Maggi cr. Scattolini	78
Fantino cr. Pepino	81
Ospedale Maggiore di Milano cr. Garovaglio	83
Ricciardelli cr. Biondo	86
Guagliardo cr. Granà	93
Garabello cr. Fusani	95
Carrari cr. Masiero	99
Pastorino cr. Pastorino	107
Humar cr. Zbogor	110

SEZIONE II
Il problema rispetto alle promesse o alle alienazioni
ad un ente morale, specie di carattere pubblico
(v. vol. I § 10 specie sub e e § 12 sub a)
(Giurisprudenza italiana)

Comune di Aglié cr. Tapparo	115
Casasola cr. Amministrazione fondo per il Culto	117
Cordepatre cr. Comune di Monteleone	120
Cadeo cr. Fabbriceria Chiesa Parrocchiale di Chiari	123

Cavezzali cr. Comune di Crespiatica e Tormo	129
Finanze cr. Gentile	131
Asilo Infantile Belluomo cr. Bianchi	134
Tessitori cr. Gagliardi	138
Nota riassuntiva sul capitolo II sez. II.	140

SEZIONE III

*La tutela dell'affidamento (reliance nella common law)
rispetto ai problemi esaminati nelle due sezioni precedenti
(v. vol. I § 9 ad nota II; § 17 in fine; § 27 ad note 4 segg.)
(Giurisprudenza italiana)*

Nota introduttiva e di richiami	142
Arrigoni-Ferrari cr. Mera Pelitti	148
Cattaneo cr. Milesi	153

SEZIONE IV

Giurisprudenza francese sui problemi oggetto delle sezioni precedenti

Premessa	168
Reverchon cr. Commune de Morez	168
De Mailly cr. Chalon	171
Bardet cr. Fabrique de Saint-Martin	173
David cr. Commune de Vaison	182
Lapeyre cr. Commune d'Urrugne	186
Levy cr. Garnier (interv. dame de Balzac)	188
Spitalieri de Cessoles ès noms cr. Henn et Hargreaves	192
Abbé Bresson et autres cr. Consorts Boudard	198
Ville de Marseille cr. Impératrice Eugénie	203
Bailly cr. Ville de Nancy	213
Nota riassuntiva importante sui casi oggetti della sez. IV	224

CAPITOLO III
LA PROMESSA E L'ALIENAZIONE PER UNA *CAUSA PRAETERITA*
(OBBLIGAZIONE NATURALE, SERVIZI RESI, ECC.)
(v. vol. I § 11)

SEZIONE I
Giurisprudenza italiana

Bianciotto cr. Pignatelli	225
Caccia cr. Caccia Nicolini	228
Magnani cr. Presti	231
Pierfelici cr. Pierfelici	233
Rolando cr. Rolando	241
Cantelli cr. Cantelli	243
Nicolini cr. Nicolini	246
Bosco cr. Fogliatti	247
Baratta Prada cr. Faccioli	251
Graziani cr. Lo Gatto	260
Rovatti cr. Sighinolfi	267
Gonzaga cr. Danani	272
Bolelli cr. Frascaroli	277
Vergara cr. Etruschi	278
Bosio cr. Cappelletti	279
Stella cr. Gangemi	280
Gelardi cr. Tamburello e, in nota, Vento cr. Vento	285

SEZIONE II
Giurisprudenza francese

Richer père et Goumarin cr. héritier Richer	289
Limousin cr. Parry	292
Faure cr. Rougier	295
Servain cr. Girardeau	297
Nota finale sulla giurisprudenza francese in tema di <i>causa praeterita</i>	298
Un caso interessante da risolvere	299
Nota per la comparazione con la <i>common law</i>	300

CAPITOLO IV
LE OBBLIGAZIONI A TITOLO GRATUITO DIVERSE DA QUELLE DI DARE:
LA «CAUSE RAISONNABLE ET JUSTE»
(v. vol. I §§ 14, 14 bis, 15, 16, 20 sub b e 27 sub e)

Premessa a questo e ai capitoli seguenti	301
Nota integrativa e di richiami per i problemi oggetto del presente capitolo	301
Fellman cr. Mathebs	306
Bareille cr. Gallard et Métivier	309
Société Cultuelle de Secours Israélite de Saint-Fons et Amicale Agoudah	
Ahim cr. Barouk-Bittoum	312
Gasse cr. Saby	318
Sordet cr. Bouquet et autre	319
Thomas cr. Remond et autres	320
Perrin (veuve) cr. Damrosay et Cie. d'Assurances «La Prévoyance»	320
Société La Voiture de Seconde Main cr. Péliissol et Morel	321
Société Commerciale des Potasses d'Alsace cr. Aganoff	322
Société «The Gresham» et autres cr. Ménage (Veuve) et autre	322
Notari cr. Navoni	324

CAPITOLO V
SULL'INTENTO DI CONTRARRE UN VINCOLO GIURIDICO
(v. vol. I § I specialmente la nota finale; § 8; § 11 nota 22; § 14;
nonchè § 2 sub a et b; § 3 specie sub b; § 4 ad nota 20 segg.; § 5 sub b;
§ 6; § 24; § 31; § 36 sub b et e)

Premessa	337
Maire de Caen cr. Evrard	337
Coureau cr. Blandin	341
De Loys cr. Dufay	344
Urbanowsky cr. Valdmann	347
R... cr. D...	355
Mulas cr. Tedde Serra	357
Perino cr. Rabezzana	359
X... cr. Y	362
Medici del Vascello cr. Rossi	365
Nota finale al cap. V	367

CAPITOLO VI
SUL PROBLEMA CONSIDERATO NEL VOL. I § 23

Peybernès cr. Moulis	369
Blin cr. Henry	372
Christiano cr. Veuve Raffat	376
Dutiron cr. Paternelle	380
Rubatto cr. Natta	387
Feraud cr. Campiglia et autres	391

CAPITOLO VII
SULLA TEORIA DELLA FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE
DEL CONTRATTO

Fiat cr. Carrain	397
Nota sulla teoria della funzione economico-sociale	405

CAPITOLO VIII
UN CASO NON CLASSIFICATO

Cecchini cr. Giacomello	407
-------------------------	-----

PARTE SECONDA
GIURISPRUDENZA O *CASES* DI *COMMON LAW*

CAPITOLO I
CONTINUITÀ STORICA. - VECCHI (MA SEMPRE VIVI) PRECEDENTI

Webb's case <i>Consideration</i> come <i>detriment</i> : rapporti con il problema dell'errore su una qualità (essenziale?) di essa	415
Sturlyn v. Albany <i>Consideration</i> : <i>adequacy</i> . - Promessa di pagare un debito altrui condizionata all'esibizione di una prova documentale	416
Knight v. Rushworth <i>Consideration</i> come <i>detriment</i> . - Promessa di pagare un debito proprio, condizionata ad una prova (giurata) stragiudiziale. Problemi in parte analoghi a quelli dei casi precedenti	418

Grisley v. Lothar	
<i>Consideration</i> come <i>benefit</i> : influenza della <i>request</i> sui problemi dell' <i>adequacy</i> o del valore della <i>consideration</i>	420
Freeman et ux. v. Freeman	
Promessa di beni per un futuro matrimonio. - <i>Consideration</i> come <i>detriment</i> o come semplice condotta tenuta a richiesta del promittente	421
Jeremy v. Goochman	
<i>Past consideration</i>	423
Sidenham v. Worlington	
<i>Past consideration</i> . Servizi prestati nel passato a richiesta di chi successivamente promette qualcosa per essi. Garanzia prestata dopo la vendita.	
<i>Negotiorum Gestio</i> (Eastwood v. Kenyon in nota)	424

CAPITOLO II

LO SCHEMA ASTRATTO DEL *BARGAIN* O DI UN CERTO RAPPORTO DI RECIPROCA CAUSALITÀ (*INDUCEMENT, REQUEST*), FRA PROMESSA E CONTROPROMESSA O COMPORTAMENTO ALTRUI. - IRRILEVANZA, IN TALE RAPPORTO, DEI *MOTIVES* E DELL'*ADEQUACY*. - IMPLICAZIONI E SVILUPPI DI QUESTA CONCEZIONE FONDAMENTALE DEL *CONTRACT*

Bainbridge v. Firmstone	
Il comodato come <i>bargain</i> . Le <i>forms of action</i> ci reggono ancora dalla loro tomba (Maitland)	429
Haigh et al. v. Brooks	
<i>Consideration</i> consistente in un <i>quid</i> (documento) senza alcun valore. - <i>Adequacy</i> : importanza della <i>request</i> . Rapporti fra la dottrina della <i>consideration</i> e quella dell'errore	431
Hamer v. Sidway	
<i>Detriment</i> : mera limitazione della <i>legal freedom</i> . - <i>Executed consideration</i> . - Donazione <i>cum onere</i> nella <i>civil law</i>	439
Dunton v. Dunton	
<i>Consideration</i> : mera limitazione della <i>legal freedom</i> . - Promessa di mensilità alimentari: distinzione fra <i>executed</i> e <i>executory consideration</i> . - Donazione <i>cum onere</i> nella <i>civil law</i>	442

White (executor of John Bluett) v. William Bluett Esasperazione, fino all'assurdo, del principio dei due casi precedenti, o mancanza di un <i>bargain</i> . - Donazione <i>cum onere</i> nella <i>civil law</i>	451
Orr v. Orr Applicazione di principii e concetti analoghi a quelli dei tre casi precedenti, per risolvere casi che nella <i>civil law</i> non sarebbero donazioni <i>cum onere</i> , ma «negozi» diversi	457
Devecmon v. Shaw <i>Consideration</i> : induzione (<i>request</i>) a fare una spesa vantaggiosa per il promissario che altrimenti non si sarebbe fatta. Donazione <i>cum onere</i> e <i>reliance</i> nella <i>civil law</i>	463
Embola v. Tuppela Contratto aleatorio: <i>adequacy of consideration</i>	466
Schnell v. Nell <i>Nominai</i> e <i>insufficient consideration</i> . <i>Recital of consideration</i> . - <i>Past</i> <i>consideration</i> . - Problemi per la <i>civil law</i> . - Donazione dissimulata, ecc.	467
McDevitt v. Stokes <i>Consideration</i> consistente nell'adempimento di un dovere (verso un terzo). - Problemi per la <i>civil law</i>	472
De Cicco v. Schweizer <i>Marriage settlement in consideration</i> (o in occasione?) di matrimonio. - Donazione per causa di matrimonio nella <i>civil law</i>	475
Allegheny College v. National Chautauqua County Bank of Jamestown <i>Charity subscription</i> . - Nella <i>civil law</i> : donazione <i>cum onere</i> ad un ente di beneficenza	486
Bolton v. Madden Scambio di due prestazioni di fare non aventi valore economico. Problemi per la <i>civil law</i>	499

CAPITOLO III

SULL'INTENTO DI CONTRARRE UN VINCOLO GIURIDICO

Premessa	503
Balfour v. Balfour Rilevanza dell'intento di contrarre un vincolo giuridico oppure di quello di fare un <i>bargain</i> ? - <i>Implied</i> e <i>express promise</i> . - Natura ordinaria dell'affare, importanza delle circostanze, onere della prova circa quell'intento	507
Kirksey v. Kirksey	

Problemi dell'intento giuridico in relazione a quello di un <i>bargain</i> . - Mero consiglio del promittente? Intento di una mera <i>gratuity</i> o donazione con un mero presupposto o condizione? <i>Reliance</i> ? - Problemi per la <i>civil law</i>	516
Richards' executor v. Richards Stessi problemi di cui al caso precedente, ma sotto il profilo del mero consiglio e del carattere sociale o di cortesia del rapporto. - <i>Civil law</i>	518
Wyatt v. Kreglinger and Fernau Sull'intento di contrarre un vincolo giuridico in relazione al concetto di <i>gratuitous promise</i> . - <i>Contract in restraint of trade</i> . - Problemi per la <i>civil law</i>	522

CAPITOLO IV

LA *BUSINESS PROMISE* E LA CONCEZIONE DEL *CONTRACT* NELLA *COMMON LAW*. - RAPPORTI ANCHE COL PROBLEMA DELLE PROMESSE AL PUBBLICO. - LA FORMAZIONE DEL *CONTRACT*: *OFFER AND ACCEPTANCE*

Premessa	543
Great Norther Railway C° v. Witham Contratto di somministrazione (secondo la <i>civil law</i>)	543
Martin v. Meles Promessa di contributi ad un comitato incaricato della difesa degli interessi d'un gruppo di produttori. - Problemi per la <i>civil law</i>	547
De La Bere v. Pearson Ltd. Promessa al pubblico di dare consigli (in materia finanziaria) nella rubrica di un giornale. - Problemi per la <i>civil law</i>	557
Carlill v. Carbolic Smoke Ball C° Promessa al pubblico a titolo di reclame	560
Williams v. Carwardine Promessa al pubblico; peculiarità della <i>common law</i> . - Rapporti fra <i>consideration</i> e modi di formazione del contratto. - <i>Consideration e motive</i>	564
Nota sui moderni atteggiamenti della reclame	566

CAPITOLO V
I *GRATUITOUS UNDERTAKINGS*
(*vol. I* § 27 sub b *et c*)

Coggs v. Bernard <i>Gratuitous undertaking</i> (promessa gratuita di trasporto di cose)	569
Siegel v. Spear Promessa di provvedere all'assicurazione di cose altrui. Mandato gratuito e relativi problemi fondamentali anche per la <i>civil law</i>	572
Nota finale ai capitoli precedenti: la <i>reliance</i> (v. vol. I § 27 sub a).	

PARTE TERZA
GIURISPRUDENZA DI DIRITTO COMPARATO

Premessa alla parte III	585
Thomas v. Thomas Causa e <i>consideration</i> . - Donazione <i>cum onere e bargain</i> . - <i>Adequacy of consideration</i> . - La causa nella <i>civil law</i>	585
In Re Bonacina Obbligazione naturale (per il fallito liberato secondo il diritto fallimentare inglese) come causa di una promessa di pagamento secondo il diritto italiano. - Raffronto fra questo e il diritto inglese. - Problemi di diritto internazionale privato	592
De Ross, Hutchinson v. Royal Institution for the Advancement of Learning. Caso di donazione <i>cum onere</i> e per un dovere morale trattato da due punti di vista: <i>civil law</i> e <i>common law</i>	611
Berry Ruspoli cr. Berry Chigi. Causa e <i>consideration</i> . - Atto notarile e <i>act under seal</i> . - Donazione per causa di matrimonio e matrimonio come <i>consideration</i> . - Donazione <i>cum onere</i> e contratto di scambio	616
<i>Indice alfabetico dei casi</i>	633
<i>Indice analitico-alfabetico delle materie trattate nei volumi I e II</i>	639

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

*PROBLEMI FONDAMENTALI TRATTATI
CON IL METODO COMPARATIVO E CASISTICO*

II

CASISTICA E PROBLEMI



MILANO

DOTT. ANTONINO GIUFFRÈ - EDITORE

1955

AVVERTENZE AL VOL. II

AVVERTENZE GENERALI

1. *Lo scopo di questo vol. II, cui, in quanto metodo, tende tutta la presente opera, è già stato indicato nella prefazione al vol. I. Ma non sembreranno inopportuni alcuni chiarimenti.*

Vogliamo noi uscire dal dogmatismo o dal principio autoritario, abito mentale cui hanno contribuito le codificazioni e altri fatti importanti della nostra storia? Vogliamo, liberandocene, avere più giudici e giuristi, in genere, ispirati dal senso dello sviluppo e del divenire del diritto, come qualcosa che si fa e si rinnova nella nostra coscienza sulla base delle perenni esigenze del diritto stesso: la certezza e la giustizia, che richiedono sì ossequio all'autorità o al precedente e senso della continuità, ma anche libertà ed indipendenza di giudizio, e quindi capacità creativa e di sintesi?

Ebbene, dobbiamo incominciare dalla scuola a preparare i giovani, ad educarli ed abituarli a quell'indipendenza di giudizio e a quella facoltà di sintesi che è disciplinato dibattito con se stessi e con gli altri, invece che servire loro un sistema o una sintesi bell'e fatta, appoggiata dalla nostra o dall'altrui autorità. Tale educazione è anche, anzi, soprattutto educazione civile e politica; poichè di indipendenza di giudizio, di facoltà di sintesi, di capacità di disciplinata discussione v'è più che mai bisogno in tempi come i nostri (v. in proposito il mio Commento a Tocqueville, Milano, 1948, p. 261 segg.). Sotto questo aspetto, se lo si volesse, le Facoltà di giurisprudenza potrebbero riasurgere, almeno in parte, a quella grande funzione educativa che già ebbero, sia pure in modi diversi, nel passato.

In vista di quello scopo, questo vol. II rappresenta soltanto un

primo passo. Infatti le note ai vari casi abbondano di chiarimenti e di richiami, sia al vol. I sia ad altri casi; sicchè, in certo senso, esse offrono ancora allo studente delle sintesi mezzo servite o, almeno, lo assistono talmente nella formazione di queste sue sintesi o giudizi, che la sua mente potrebbe spesso adagiarsi e mettersi al traino. Avrei voluto, invece di parlare io in quelle note, lasciar parlare giudici e autori, e lasciare allo studente di scegliere le varie eco che gli risuonano in mente dalla lettura del vol. I.

Ma, trattandosi di metodi e di abiti nuovi, bisognava procedere per gradi.

Del resto, si tratta di un primo saggio: modifiche e perfezionamenti verranno dall'esperienza, specie da quella di chi, adoperando per l'insegnamento il vol. II o simili raccolte che gli piacesse di comporre, volesse far conoscere i risultati della sua esperienza, e i difetti e le mende di questo primo saggio.

Tenendo conto di questa necessità dell'esperienza, ho adottato vari modi nel redigere le note ai casi e nel porre o far sorgere i relativi problemi: e ciò, non soltanto per evitare la monotonia, ma anche e appunto perchè, trattandosi di un metodo nuovo (almeno per noi) e di un primo saggio, conveniva affidare all'esperienza la scelta sul modo o sui modi migliori di redigere note e questionari.

E non si tratta soltanto di un metodo didattico, poichè credo che il porre o il far sorgere problemi possa interessare allo studioso ed al lettore, anche al pratico, forse più che il servire l'opinione personale dell'autore, del resto già esposta o riassunta spesso nel vol. I.

2. Se il libro ha da servire per un corso d'insegnamento, il presupposto essenziale della sua funzione è che lo studente si prepari alla lezione ed alla discussione sulle note e sul questionario dei casi che verranno indicati in tempo dal docente, leggendo anche i luoghi del vol. I cui quelle note rinviano.

3. Qualche lettore potrà ritenere che le note a ciascun caso spesso ripetono richiami ed osservazioni già fatte nelle note a casi

precedenti o analoghi. Ma ciò è stato fatto intenzionalmente, allo scopo di permettere, per quanto è possibile, la lettura di ciascun caso separatamente dagli altri, in modo che il lettore o il docente possa più liberamente scegliere i casi che egli ritiene interessanti per i suoi scopi o interessi.

Sotto quest'ultimo aspetto, e appunto per permettere questa scelta (oltre che per dare una certa completezza ad una rassegna o storia della giurisprudenza), ho preferito abbondare un poco nella raccolta dei casi di giurisprudenza italiana e francese (quanto ai criteri di scelta dei casi di common law: v. infra).

AVVERTENZE SPECIALI ALLA PARTE I:
GIURISPRUDENZA ITALIANA E FRANCESE

4. *Ho limitato la casistica di civil law alla giurisprudenza italiana e a quella francese. E ciò non per altra ragione che per un'esigenza di limiti. Già quelle giurisprudenze possono offrire un esempio delle linee generali, dei concetti, delle tecniche, dei modi e impostazioni con cui vengono trattati, non soltanto nei sistemi latini, ma anche nella civil law, in genere, i problemi oggetto di questo libro. Sicchè non sarà difficile, partendo dalle note e questionari o esercitazioni di questo vol. Il fare qualcosa di analogo su sentenze tedesche, svizzere e di altri ordinamenti che appartengono alla famiglia della civil law, pur tenendo debito conto di quelle che potrebbero definirsi variazioni sullo stesso tema.*

Ma limitarsi bisognava; perchè offrire qualche sentenza isolata di quegli altri ordinamenti avrebbe avuto ben poco significato, scopo di questo vol. Il essendo anche quello di dare al lettore e allo studente il senso dello sviluppo di una data giurisprudenza, dei suoi caratteri, dell'ordine o del disordine che vi regnano, dell'unità o della molteplicità dei motivi che la guidano o vi risuonano, e della possibilità di ridurre ancora il molteplice all'uno. Adempiere a questo scopo per la giurisprudenza di tutti gli stipiti che compongono la famiglia della civil law, sarebbe stato andar troppo oltre.

Altri, se lo vorrà, lo potrà fare, e farà cosa molto interessante.

AVVERTENZE SPECIALI
ALLA GIURISPRUDENZA O CASES DI COMMON LAW

5. *La lettura e l'intendimento dei cases di common law richiedono una conoscenza, sia pure generica o per tratti essenziali, del diritto processuale di quel sistema, anche perchè in questo, più che in altri, ma come nel diritto romano, lo sviluppo del diritto sostanziale è strettamente legato a quello del diritto processuale; a tal punto che ancor oggi è viva l'impronta di una concezione originaria, per cui non v'è diritto (right), là dove non v'è un rimedio processuale (remedy). Del resto, ciò è vero in genere per i sistemi di formazione giudiziale del diritto (v. anche vol. I § 25).*

*All'uopo, la cosa più interessante sarebbe, oltre che il leggere opere in materia, il vedere le corti di common law in funzione. Per chi va a Londra, New York, Rochester, Chicago, ecc., il passare giornate intere alle corti, grandi o piccole, offrirà occasione di profonde riflessioni. E piuttosto sorprendente gli riuscirà lo spettacolo del giudice che, dopo la discussione della causa (secondo il principio di concentrazione), assorto e gli occhi sperduti nel vuoto, quasi oracolo del diritto, dà oralmente la sua opinion. Ma non potendosi far questo, nè esporre qui le linee generali del processo di common law, convien limitarsi a consigliare la lettura di qualche manuale anche elementare e, per quanto strettamente ci concerne, a rinviare alla lettura del volumetto di SERENI, *Aspetti del processo civile negli Stati Uniti*, Milano, 1954, con ampi richiami, che può servire anche per l'intendimento dei tratti essenziali del processo di common law in genere, e che, allo scopo dell'intendimento dei cases qui raccolti, sembra sufficiente. Interessantissimo è anche *The english trial and comparative law*, Heffer, Cambridge, una serie di conferenze tenute da Hamson e Plucknett, nel 1952.*

Tuttavia qualche tratto essenziale di quel processo va messo qui in rilievo, anche per intendere il modo di report dei cases.

a) *Il processo inglese è un processo in cui operano in alto grado, e forse al massimo, il principio dell'oralità e della concentrazione. Dopo una preparazione, che ha luogo in rapporti quasi privati*

fra i difensori delle parti, il processo si concentra nel trial, una specie del nostro dibattimento penale, in cui hanno luogo l'escussione dei testi, l'audizione delle prove in genere, tutte orali (compresa la perizia), e la discussione. Il trial è un istituto caratteristico della storia della common law. Nelle linee generali e nell'ispirazione, il processo civile non differisce da quello penale.

b) *Il processo di common law, ove un tempo anche nelle cause civili era sempre presente il jury (il cui intervento oggi, almeno in Inghilterra, è ridotto a ben pochi casi) è, in quanto trial, un processo che si svolge come se il jury fosse presente. « Ciò che domina la scena di una corte inglese è l'assente e invisibile jury » (HAMSON, op. cit., p. 16). Questo spiega le peculiari regole in materia di prove, come se queste dovessero venir sciorinate oralmente davanti un jury, illetterato all'origine, e ignaro dei fatti di causa.*

c) *Questo carattere e l'alto grado di concentrazione e di oralità danno al trial o al day in Court un tono drammatico, non nel senso retorico o istrionico, chè anzi il dibattito è ordinato, quieto e spesso informale (v. HAMSON, op. cit., pp. 28-29).*

d) *La discussione orale della causa da parte degli avvocati (counsel) non ha nulla di retorico, di orazione o arringa. Specie quando la causa ha superato la fase del trial, e si discute delle questioni di diritto, sembra una pacata discussione, un dialogo fra avvocati e giudici, allo scopo di scoprire il diritto (to find the law). Questo carattere dialogico, con frequenti interventi e scambi di « impressioni » o « opinioni » da parte del giudice o dei giudici, sussiste nella realtà più di quanto risulti dai reports (v. tuttavia i reports dei casi Wyatt v. Kreglinger e Re Bonacina infra riferiti).*

e) *Quando la corte è collegiale, ciascun giudice esprime la propria opinione; la sentenza, cioè, è personale, con l'inerente salutare responsabilità. Sicchè sul « dispositivo », per usare termini e concetti nostri, i giudici possono essere in disaccordo, e allora decide l'opinione della maggioranza. E se questa non si forma, non v'è decisione! (caso piuttosto astratto). Ma possono i giudici anche essere d'accordo sul « dispositivo », e in disaccordo quanto ai motivi. Il che ren-*

de non sempre facile la determinazione della ratio decidendi e così del valore del case come precedente (v. ad esempio infra il caso *White v. Bluett*). L'opinione o sentenza viene resa oralmente dopo la discussione; o, negli Stati Uniti, può essere riservata e resa per iscritto successivamente (opinion in senso tecnico). Sulla distinzione fra opinion e judgement e sulla non necessità dell'opinione come motivazione, v. SERENI, op. cit., p. 97 segg.

f) Il processo civile, che prima del trial o della discussione è caratterizzato dalla mancanza di direzione del giudice (adversary system contrapposto a inquisitory system), un processo a carattere privatistico, ove le parti hanno piena disposizione del materiale di fatto e delle prove (ciò che stieva, ad esempio, i casi *Knight v. Rushworth*, e *Brooks v. Ball* e altri ivi riferiti in nota), questo processo si fonda sul sistema dei pleadings.

Il sistema dei pleadings, la cui originaria rigidità o severità, connessa ad un processo di tipo formulare, è stata man mano mitigata nei tempi recenti, consiste in uno scambio di dichiarazioni scritte, che una volta poteva andare all'infinito. I pleadings devono contenere le allegazioni dei fatti (e soltanto dei fatti) necessari a sostegno delle domande ed eccezioni e le conclusioni (una volta, nel sistema formulare, quei fatti erano tassativamente determinati in relazione a ciascun writ o form of action: si perdeva definitivamente la causa, se si sceglieva una data form e i fatti allegati non vi corrispondevano: v. vol. I, § 26). A questo sistema, che serve a determinare le questioni controverse di fatto e di diritto (issues of fact e issues of law), si accompagnavano una volta gravi preclusioni (v. su tutto ciò SERENI, op. cit., p. 33 segg.). Ma di esso, che serve ad intendere alcuni dei casi riferiti infra specie nel cap. I, resta l'impronta anche nei cases moderni.

« Non è improbabile che alla formazione di un certo carattere astratto del contract e della sua interpretazione (v. Vol. I §§ 26 sub a, 30 sub a, 32 sub a; Vol. II, parte II, cap. II) abbiano contribuito la procedura formulare e il sistema dei pleadings, o la relativa arte forense, con il loro formalismo, il loro stretto limitarsi ai fatti necessari

e sufficienti a sostenere la form of action, l'impossibilità per il giudice di andare al di là dei fatti così allegati ecc. (v. ad es. il caso *Haighs v. Brooks*)».

Quanto alla terminologia, che ritroveremo nei cases infra riferiti, « declaration » è il primo pleading, quello comunicato dall'attore dopo il summon (invito a comparire o citazione in senso stretto); ed è lo statement dei fatti costituenti la cause of action dell'attore. La terminologia moderna è « statement of claim » in Inghilterra, e « complaint » negli Stati Uniti.

Il pleading del convenuto è l'« answer » (risposta) o « defence » in Inghilterra. Plea si chiamava una volta la defence consistente in una contraddizione (traverse) di alcuni fatti allegati dall'attore, o in una ammissione di essi con allegazione di altri che ne eliminano l'effetto giuridico (confession and avoidance). Mentre l'ammissione dei fatti, con l'obiezione che essi non danno luogo ad azione (that they disclose no cause of action), si chiamava demurrer (objection in point of law: v. anche SERENI, op. cit., p. 63 segg.).

Ci siamo limitati a questi accenni quasi terminologici, come un minimo per permettere la lettura dei cases a chi non conoscesse la procedura di common law.

Per il significato di altri termini (cause of action ecc.), il lettore potrà anche vedere l'indice analitico-alfabetico in fine al presente volume.

6. Per l'organizzazione e l'ordinamento giudiziario, v. le opere del SERENI e del DAVID più volte citate e i richiami ivi contenuti, nonchè il lavoro di LEVY-ULMANN infra cit.

Qui ne basti notare, per quel minimo che interessa la lettura dei cases riferiti, che in Inghilterra la riforma del Judicature Act del 1873 sostituì la pluralità delle vecchie corti centrali, spesso in concorrenza nella loro interessante storia (King's o Queen's Bench, Common Pleas, Exchequer Chamber e Chancery, ciascuna avente una competenza speciale) con un'unica Supreme Court of Judicature, sempre centrale o sedente a Londra, salvo il circuit (v. vol. I, § 25).

La Supreme Court è composta della High Court e della Court of Appeal, giudice d'appello. La High Court, giudice ordinario di primo grado, come il nostro Tribunale (oltre le piccole corti locali), è suddivisa in King's o Queen's Bench Division, Chancery Division (per l'equity) e Probate, Divorce and Admiralty Division (v. nota al caso *Re Bonacina*).

La House of Lords, come giudice supremo di diritto, per un curioso accidente di carattere politico, è rimasta, qual'era, entro il Parlamento, anzichè far parte della Supreme Court (a proposito della teoria della divisione dei poteri di Montesquieu!).

Negli Stati Uniti, accanto al sistema delle Corti Federali, vi è quello delle Corti di ciascun stato. In generale, pur attraverso qualche varietà, il sistema statale è quello di una corte centrale, in genere chiamata Supreme o Supreme Judicial Court, la quale ha spesso delle « filiali » nelle divisioni amministrative locali (le counties), pur conservando il carattere di unica o unitaria corte centrale, secondo l'originaria impronta inglese.

Questa Supreme Court o corte centrale è giudice ordinario di primo grado nelle cause di una certa importanza (corrisponde al nostro Tribunale) e giudice d'appello delle stesse cause, come Appellate Division. I gravami contro le decisioni di questa ultima si propongono ad una corte di ultima istanza, che spesso si chiama Court of Appeals, ma ha altri nomi. Non traggano dunque in inganno i termini di Supreme Court e di Court of Appeals che, ai nostri orecchi, potrebbero suonare, rispettivamente, come Suprema Corte (di Cassazione!) o Corte d'Appello.

Tralasciamo, poichè ciò non interessa per la lettura dei cases infra riferiti, il sistema delle piccole corti locali, sia in Inghilterra che negli Stati Uniti.

7. Breve notizia al lettore che non ne sia informato conviene anche dare del sistema dei Reports, con cui vennero e vengono raccolti e riferiti i cases e che succedettero agli Year Books, all'epoca del regno di Enrico VIII, 1535 (v. sugli Year Books, PLUCKNETT, A concise history, cit., 1948, p. 253 segg.).

I Reports erano un tempo tutti privati; era un avvocato o altro uomo di legge che, assistendo alla discussione orale del case (v. sopra n. 5), prendeva delle note e le pubblicava per uso del Foro, note spesso sommarie, non sempre chiare e, comunque, di valore ineguale a seconda dei vari reporters. La maggior parte di questi Reports furono riprodotti negli English Reports con una tavola che permette di rintracciare il case nel report originale.

Dopo il 1865 incominciarono in Inghilterra i « Law Reports », di carattere semi-ufficiale. In aggiunta a questi si svilupparono degli ordinati Reports, opera di imprese private all'uopo organizzate, come la All England Law Reports, The Times Law Reports, ecc.

Per la storia interessante dei Reports, vedasi, oltre PLUCKNETT, op. et loc. cit., LEVY-ULLMANN, Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques: Le Système juridique d'Angleterre; vol. I (il solo apparso) Le système traditionnel, Paris, 1928; nonché DAVID, infra cit.

Per i modi di citazione abbreviati, rinviamo a DAVID, Introduction à l'étude du droit privé d'Angleterre, cit. nel nostro vol. I § 26, nota 1; e ad ANSON, Contracts, pure ivi cit.

Nel fare le citazioni, ho cercato di non usare il modo abbreviato, eccetto per i suddetti Law Reports di carattere semiufficiale. Quando pertanto la citazione di un case inglese è fatta soltanto con l'indicazione della Corte o della sua Division, s'intende che il caso è riportato nei Law Reports al vol. e pag. indicati. Ad esempio: De La Bere v. Pearson (1908) 1 K. B. 280 significa vol. I, p. 280 dei Law Reports, King's Bench Division.

Le abbreviazioni dei Law Reports dopo il 1891 sono: Q. B. (Queen's Bench Division); C. H. (Chancery Division); P. (Probate, Divorce and Admiralty Division); A. C. (House of Lords and Privy Council Appeal Cases).

Per le abbreviazioni prima di tale data, v. autori cit.; ma, in genere, non abbiamo cercato di usarle nei cases che vi si riferiscono.

Negli Stati Uniti i cases sono raccolti in Reports Federali o per ciascun stato. Il modo di citazione abbreviata per quelli statuali è il

seguinte: precede un numero che indica il volume, seguono le iniziali dello stato, indi la pagina del volume (ad es.: 246, N. Y., 369, significa vol. 246, p. 369 dei Law Reports dello stato di New York; 69 Md, 199, significa vol. 69, p. 199 dei Law Reports del Maryland, ecc.).

8. *Quanto alla traduzione dei cases, ho cercato di darne una traduzione piuttosto libera, talvolta parafrasata, specialmente per certi termini tecnici, quando il concetto esatto che essi implicavano non era essenziale all'intendimento del case. D'altro lato, quando il termine tecnico era interessante, sia in quel senso sia per iniziare il lettore alla terminologia, e quindi molto spesso, ho cercato di inserire sempre il termine inglese; e questo ho fatto anche per termini usuali se non tecnici. Dei passi più interessanti e quasi scultorei ho aggiunto, accanto alla traduzione, il testo integrale.*

Talvolta, presentandosi l'opportunità di un chiarimento immediato di concetti o passi, sia pure tradotti, ho inserito tale chiarimento in parentesi nel testo del case, invece che rinviarlo alla nota. Sicchè il lettore dovrà tener presente che tutti i brani fra parentesi rappresentano chiarimenti del genere, e non appartengono al testo originale.

9. *Difficoltà non lievi presenta la classificazione dei cases, sia perchè non si sa se farla in relazione ai criteri ed agli interessi di un giurista di common law, oppure in relazione ai nostri, sia perchè molti cases contengono problemi diversi. Perciò, a parte alcuni casi che mi sono sembrati più facili da classificare, ho raccolto nei cap. I e II, sotto un titolo piuttosto generico, dei casi vari. Ma, per richiamare l'attenzione del lettore sui problemi in ciascun caso trattati e sui loro rapporti con quelli di civil law, ho preposto a ciascun caso l'indicazione dei problemi stessi.*

Come si vedrà, per classificare mi sono attenuto ai criteri ed agli interessi di un giurista di civil law.

Confrontando queste classificazioni con quelle adottate dai giu-

risti di common law nei loro case books, il lettore potrà vedere le differenze fra i criteri e gli interessi che ispirano noi e loro. E sarà anche questa un'esperienza interessante.

10. *Nello scegliere i cases da inserire nella raccolta mi sono ispirato al criterio dell'interesse che un caso può presentare per un giurista di civil law, e così sostanzialmente mi sono ispirato al criterio dell'interesse comparativistico.*

11. *Ripeto, ancora, che queste avvertenze sulla common law hanno un contenuto veramente sommario e scarso come quelle di che al vol. I, § 25: sono il minimo che ho ritenuto necessario fare per un pronto richiamo durante la lettura dei cases, richiamo che dovrà essere confortato dagli altri fatti sopra ad opere speciali in materia. Del resto, molto il lettore apprenderà per diretta esperienza nell'esame dei cases stessi.*

P A R T E P R I M A

GIURISPRUDENZA ITALIANA E FRANCESE

CAPITOLO I

SUL CONCETTO DI DONAZIONE IN GENERE COME CONTRATTO FORMALE IN RAPPORTO AD ALTRI CONTRATTI

(*Giurisprudenza italiana*)

SEZIONE I

Sulla distinzione fra le obbligazioni di dare (e atti d'alienazione) e le altre obbligazioni.

(v. vol. I, § 7)

ANTONIUCCI cr. SCARAZZATO

Cassaz. ital., 16 gennaio 1934. — *Giur. ital.*, 1934, I, 584.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Fra le parti era stato concluso un contratto per la concessione del godimento di un immobile; il concedente aveva rinunciato contemporaneamente alla percezione di un canone d'affitto. Dalla sentenza non risulta la durata della concessione, nè il valore dell'immobile o dei canoni d'affitto.

La questione insorta concerneva l'esigenza o meno dell'atto pubblico per un simile contratto, cioè la sua qualifica come donazione.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che se la rinuncia ai canoni d'affitto è fatta dopo la conclusione del contratto, essa è valida senza bisogno delle forme della donazione (v. vol. I § 38). Ma nel caso, dice la Corte di Cassazione, si era fatta la rinuncia contemporaneamente al contratto; il che mostrava, secondo la sentenza impugnata: « che le parti avevano voluto che il godimento dell'immobile avvenisse »

nisse senza corrispettivo, configurazione giuridica, questa, che non poteva attagliarsi al contratto di locazione, di cui elemento principale è il prezzo». È chiaro, continua il supremo Collegio, come « non si possa quindi più intravedere in una simile convenzione un contratto di locazione, ma un semplice atto di liberalità a favore del conduttore »... (omissis).

« Esattamente ritenne la Corte di merito che, nella specie, non poteva parlarsi di donazione indiretta, e cioè di una liberalità innestata in modo accessorio in un atto a titolo oneroso, dal momento che, rinunciandosi dal locatore ad ogni corrispettivo, veniva meno qualsiasi elemento di onerosità, ed altro non rimaneva che un atto di liberalità... e perciò una vera e propria donazione larvata sotto le mentite spoglie di una locazione... Non potevasi perciò prescindere dalla forma solenne dell'atto pubblico ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I, § 7, note 4, 6 e 8 a 14.

Sulla distinzione fra comodato e donazione, in aggiunta alla giurisprudenza e alla dottrina citate nel vol. I § 7 richiamiamo: FRAGALI, *Comodato*, nel *Commentario del cod. civ.*, ed. Zanichelli - Il Foro ital., Bologna-Roma, 1953, art. 1803 segg., nn. 6, 7, 17 e artt. 1809-1811 n. 1 (quanto al comodato modale, *ibidem*, art. 1803, n. 5 e autori e giurisprudenza *ivi*).

Secondo il Fragali e altri, la distinzione fra comodato e donazione si fonderebbe:

a) sulla « causa », che non sarebbe, come nella donazione, « lo spirito di beneficiare, ma lo spirito di compiacenza; non la volontà di procurare un vantaggio patrimoniale, ma quella di consentire un vantaggio di comodità, un'agevolazione; non l'affetto, la benevolenza, la riconoscenza, il merito altrui, ma la buona usanza, la convenienza sociale, l'amicizia, la deferenza, il desiderio di favorire alcuno, quello di adempiere ad un dovere della vita di relazione ».

b) Sull'entità del vantaggio, che pel comodatario non deve essere tale da produrre un incremento del patrimonio ed una corrispondente diminuzione nella sfera del comodante; criterio variabile, « perchè si desume dalla concreta realtà dei rapporti fra le parti, dalla nozione che il comodante ha potuto avere dei suoi doveri sociali, dalle condizioni patrimoniali del comodante e dalla qualità dei contraenti ».

Il Fragali ne deduce col Carresi, *ivi cit.*, che il comodato ultra noven-

nale di immobili è in realtà una donazione, sia pure *indiretta*, e come tale non soggetta al requisito della forma dell'atto pubblico: *contra*, Cassaz. 14 marzo 1944, *Giur. Completa Cass. Civ.*, 1944, 517, che vi vede sempre un comodato, libero da qualsiasi forma, anche dal semplice scritto (v. anche Cassaz. 29 marzo 1951, *Mass. Foro it.*, 1952, n. 688 pel comodato pluriennale).

1) Cosa pensa il lettore della tesi surriferita del Fragali? I criteri summenzionati sono praticamente sufficienti a risolvere il problema della distinzione fra comodato e donazione, specialmente quanto alla forma? Anche nella donazione non vi possono essere le cause o scopi addotti da quella tesi pel comodato? Anche in un mutuo senza interesse per lungo tempo non vi può essere un vantaggio e una diminuzione dell'entità di quelli di che sopra *sub b*?

Per quanto specificamente concerne il caso Antoniucci, si pongono i quesiti seguenti:

2) Questa sentenza è in contrasto con altre, citate nel vol. I § 7 nota 8, che ammettono il comodato di immobili senza bisogno della forma dell'atto pubblico propria delle donazioni?

3) Nel caso in esame non risulta che l'immobile fosse stato o meno consegnato. Che importanza potrebbe avere ciò nella questione? v. vol. I § 7 e § 38 *sub a*.

4) Se il contratto Antoniucci-Scarazzato fosse rivestito della forma dell'atto pubblico, si potrebbe negare al concedente la facoltà di chiedere la restituzione dell'immobile, anche prima della scadenza della concessione, in caso di urgente e impreveduto bisogno, come è consentito pel comodato? v. art. 1809 cod. civ. it. e vol. I § 15 *sub a*, nonchè la nota al caso Kirksey v. Kirksey, quesito 2°.

5) Un comodato con rinuncia, espressa o implicita, a tale facoltà resta comodato o diventa un atto di donazione (del godimento)? v. vol. I § 27 *sub c*, 4 e 5.

6) La distinzione fra comodato e donazione potrebbe fondarsi sul fatto che i contraenti menzionano un canone d'affitto o la possibilità di questo e nel tempo stesso il concedente vi rinuncia?

7) Se la rinuncia ai canoni fosse stata fatta in atto contemporaneo, ma separato dal contratto di « locazione » (il che non risulta dalla sentenza), si avrebbe simulazione. Che importanza avrebbe ciò nella questione circa un'eventuale distinzione fra comodato di immobili e donazione del godimento?

Si esamini la questione pel diritto italiano, prescindendo dalla giurisprudenza francese circa le donazioni dissimulate (v. § 38 *sub d*).

8) Come si distingue il contratto in esame da una concessione d'usufrutto a titolo gratuito e quale l'importanza della distinzione ai fini del problema delle forme della donazione?

9) Nella *common law* la convenzione in esame richiederebbe la forma del *deed* o *act under seal*? v. § 27 *sub c*, 5 e § 38 *sub c*.

FERRARIO cr. FERRARIO

App. Milano, 22 maggio 1930. — *Mon. Trib.*, 1930, 703.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

«È pacifico che dopo la morte di Ponti Elvira, comproprietaria dell'azienda di rigattiere col marito (Ferrario), fu attribuita all'erede sua figlia una quota valutata in L. 25.000, che fu dalla figlia lasciata in godimento al padre, il quale già ne era in possesso». S'intende: lasciata in godimento a titolo gratuito.

La sentenza ritiene che non trattasi di mutuo, non solo perchè manca l'elemento della consegna, anche come *traditio brevi manu* o come costituito possessorio, ma anche perchè manca il passaggio di proprietà delle cose, con obbligo di restituzione del *tantundem*. «Non è infatti concepibile, dice la sentenza, una quota ereditaria per sè come cosa fungibile. Più propriamente deve ritenersi, come afferma il convenuto, che la figlia abbia voluto lasciare al padre la sua quota ereditaria in usufrutto, con l'obbligo di restituirla, secondo la figlia, a semplice sua richiesta o, secondo quanto asserisce e deduce a prova il padre, soltanto dopo la morte del genitore. E poichè l'usufrutto conteneva cose fungibili o consumabili con l'uso, le parti, in conformità agli artt. 483-484 cod. civ. (del 1865), ne stimarono d'accordo il valore complessivo in L. 25.000. Perciò, coerentemente a queste premesse, la attrice chiede ora il pagamento di L. 25.000. Ma anzitutto l'attrice oppone all'ammissibilità della prova orale, dedotta dal convenuto, il disposto dell'art. 1314 n. 2 cod. civ. (del 1865)».

Secondo la sentenza, l'art. 1314 n. 2 cod. civ. concerne non soltanto il trasferimento dell'esercizio del diritto di usufrutto, ma anche la costituzione di usufrutto e si riferisce anche alle cose mobili. «Ciò,

del resto, continua la sentenza, nella specie ha più importanza teorica che pratica, poichè, tanto nel caso che si trattasse di costituzione di usufrutto, quanto nel caso che le parti avessero inteso semplicemente di ritardare sino alla morte del padre la consegna della quota di eredità materna, padre e figlia avrebbero posto in essere una donazione, per cui è sempre *ad substantiam* richiesto l'atto pubblico (art. 1056, cod. civ.), che nella specie manca. Lasciando in godimento al padre sino alla morte la quota ereditaria, la figlia avrebbe compiuto un atto di spontanea liberalità del tutto gratuito e con patto di reversibilità in caso di premorienza del donatario ai termini dell'art. 1071 c. c. Il convenuto oppone che non può nella specie parlarsi di donazione, perchè questa presuppone un trasferimento di proprietà, mentre nel caso in esame fu trasferito con l'usufrutto il semplice uso e godimento. Questa proposizione è inficiata da un duplice errore. Contrariamente a quanto osserva l'appellato, l'usufruttuario, come nella specie, di cose consumabili, ne diventa proprietario ed ha perciò soltanto l'obbligo di restituirne il valore, se, come nella specie, le cose siano stimate. Ed è del pari errato dire che si ha donazione soltanto quando si trasferisce la cosa in proprietà. La donazione può avere per oggetto qualunque bene patrimoniale e quindi anche una frazione del diritto di proprietà qual'è l'usufrutto, od il semplice temporaneo godimento della cosa lasciata a beneficio di altri secondo l'insegnamento di Pomponio: *Potest enim et citra corporis dationem valere donatio, veluti si donationis causa cum debitore meo paciscar ne ante certum tempus ab eo petam* - fr. 9 de don. D. 39, 5. E nella specie fu convenuto fra le parti, quanto meno, di non chiedere *intra tempus*, la restituzione di un bene che, data la loro modesta condizione sociale, deve ritenersi ingente ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 7 note 8 a 14. V. anche FRAGALI, *Mutuo*, nel *Commentario del cod. civ.*, art. 1813, n. 23.

1º) Se nella realtà dei fatti, secondo la convenzione, la figlia avesse potuto chiedere la restituzione della quota ereditaria a semplice sua richiesta (tesi della figlia), si sarebbe trattato ancora di donazione di usu-

frutto, o non piuttosto di precario o di comodato? v. anche questionario al caso Antonucci cr. Scarazzato.

2°) Poichè la figlia chiedeva il pagamento di L. 25.000, trattavasi di usufrutto (o comodato) della quota dell'azienda, come *universitas*, o delle *singole cose mobili fungibili che la componevano*?

3°) E' esatta la tesi che costituiscono donazione, esigente la forma *ad hoc*, la semplice concessione di godimento gratuito e il patto di non chiedere la restituzione al debitore per un certo tempo?

4°) Che importanza ha nella questione il valore del bene in relazione alla condizione economica o sociale delle parti?

5°) Poichè sembra trattarsi di concessione in godimento (usufrutto?) di una quota astratta in una *universitas* (l'azienda o l'eredità), può vedersi nel caso una donazione manuale, a parte la questione di che *sub* 4°? v. vol. I § 38.

Si paragoni il caso Ferrario cr. Ferrario al caso Carozzi cr. Carozzi, citato nel vol. I, § 7 nota 8.

SEZIONE II

La causa della donazione e lo spirito di liberalità.

(v. vol I, § 9)

FIAMMINGO cr. OPERA NAZIONALE COMBATTENTI

Cassaz. ital., 8 marzo 1950. — *Giurisprudenza Completa della Corte di Cassaz.*, Sez. civili, vol. XXX (1951), I quadrimestre, p. 304.

(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Il sig. Fiammingo, con atto notaio De Vita 29 novembre 1937, aveva « donato » all'Opera Nazionale Combattenti un fondo, denominato Pratone. A tale epoca era già avviata la procedura di espropriazione, a favore dell'Opera Nazionale Combattenti, del fondo Pratone e di altri due fondi del Fiammingo. Questi aveva fatto la suddetta « donazione » del fondo Pratone, al fine di arrestare ed evitare la espropriazione degli altri due fondi.

Dopo la caduta del regime fascista, il Fiammingo impugnò l'atto De Vita, assumendo che esso era stato il prodotto della violenza su di lui esercitata dal Capo del Governo, nel senso che questi gli avrebbe imposto o di « donare » il fondo Pratone o di subire la espropriazione per questo fondo e per gli altri due summenzionati.

Questa tesi fu respinta dai giudici di merito. Il Fiammingo ricorse in Cassazione per omesso esame di fatto decisivo (art. 360 n. 5 nuovo cod. proc. civ., prima delle successive modifiche). Il Supremo Collegio rispose che il fatto decisivo fu esaminato, in quanto si rilevò che la procedura di espropriazione era già avviata alla data dell'atto De Vita, e non fu iniziata preordinatamente per premere sulla volontà del Fiammingo; mentre questi si adoperò poi con tutti i mezzi per arrestare tale procedura, offrendo all'uopo gratuitamente il fondo Pratone.

Ricorreva inoltre il Fiammingo, riproponendo alla Corte di Cassazione il dilemma già proposto ai giudici di merito: se l'atto De Vita ebbe per oggetto una donazione, questa è nulla per mancanza dello spirito di liberalità nel donante; se invece tale atto va considerato come un contratto commutativo *do ut non facias* (cioè perchè non si facesse l'espropriazione degli altri due fondi), esso non è valido perchè illecito e senza causa pel Fiammingo.

La Corte di Cassazione, confermando la sentenza impugnata e respingendo anche questo mezzo, osserva: « La causa di un negozio giuridico — in quanto inerisce alla funzione economico-sociale di esso — è la sola che abbia rilevanza giuridica. Nessuna rilevanza giuridica hanno invece i moventi subiettivi che hanno indotto le parti a manifestare la volontà in un determinato senso. Nella donazione pertanto la causa si identifica nella volontà di porre in essere un atto di liberalità — *animus donandi* — anche quando questa volontà sia determinata da motivi utilitari o da calcoli tutti propri del donante intesi a scongiurare un pregiudizio maggiore di quello che gli porterebbe la perdita del donato, sempre che tale pregiudizio non derivi da causa ingiusta » ... come nel caso, continua la sentenza, di violenza morale da parte del donatario consistente nella minaccia di far valere un proprio diritto.

A quest'ultimo proposito la Corte osserva che vi fu soltanto una sollecitazione da parte del Capo del Governo, che invitava il Fiammingo a stipulare l'atto di donazione entro tre mesi, trascorsi i quali la procedura di espropriazione sarebbe stata ripresa; sollecitazione intervenuta dopo che il Fiammingo aveva già deliberato di donare il fondo Pratone per evitare l'espropriazione degli altri due.

Perciò, conclude la Corte di Cassazione, non occorre esaminare la tesi del contratto *do ut non facias*, perchè la questione è assorbita da quella della validità dell'atto di donazione.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 9, specie note 4 a 7; § 16 *sub b*, nonchè § 35 *sub a*.

Sulla concezione della funzione economico-sociale, nel senso in cui questo concetto è adoperato nella sentenza, cfr. § 19 note 9 a 11.

La sentenza non esamina la questione dal punto di vista dell'esigenza dell'atto pubblico prescritto per le donazioni, esigenza soddisfatta nella fattispecie. Ma è da ritenere che i motivi addotti dalla Corte di Cassazione varrebbero anche per stabilire la nullità del contratto *de quo*, qualora non fosse stato rivestito della forma della donazione (anche come atto d'alienazione: v. § 38).

Si tratterebbe sempre di vedere se v'è nel caso una *cause suffisante* ad escludere lo schema causale-formale della donazione.

La soluzione adottata dal Supremo Collegio (che, cioè, il calcolo utilitaristico del disponente, inteso magari ad evitare un pregiudizio maggiore, non elimina il concetto di donazione) è conforme alla giurisprudenza e alla dottrina dominanti in Italia.

Ma deve trattarsi, come ne dice la stessa sentenza, di un calcolo utilitaristico « tutto proprio » del disponente: in termini tecnici, di un motivo (v. vol. I § 9).

Ciò è abbastanza chiaro, quando il calcolo utilitaristico consiste in una speranza o anche in una previsione, sia pure molto fondata, di un contegno altrui vantaggioso pel disponente. E, facendo un passo avanti, ciò è ancora chiaro, quando, mediante l'alienazione o la promessa, si viene a creare una situazione, per cui l'altra parte non ha più interesse o pratica possibilità di tenere una condotta diversa da quella prevista come effetto dell'alienazione o promessa (v. il caso Wild cr. Wild, che segue), benchè questa condotta prevista non sia stata richiesta o concordata dall'alienante o promittente come elemento di uno scambio (v. vol. I § 35 *sub a*).

Ma la questione diventa meno chiara quando vi sia stata tale richiesta o accordo.

A questo proposito è da tener presente che, secondo quanto risulta dai fatti della causa Fiammingo, l'interruzione e l'abbandono della procedura di espropriazione in corso erano stati concordati come effetto della alienazione, senza corresponsione di un prezzo, del fondo Pratone. Ciò risulta confermato dalla stessa lettera del Capo del Governo. Ma tale accordo non risulta dall'atto notaio De Vita.

Sorgono allora i seguenti problemi:

1°) Affinchè sorga la figura del contratto di scambio (innominato) *do ut non facias* o simili, basta che il promittente o alienante richieda una certa condotta all'altra parte e che questa accetti, cioè che vi sia accordo sul punto? In altri termini: basta che il « calcolo utilitaristico » risulti da un accordo per una contropartita? S'intende, per ora, la questione va

esaminata prescindendo da quella della liceità dell'affare nel caso concreto Fiammingo - Opera Nazionale Combattenti.

2°) Come si distingue, nel caso di che *sub* 1°, un contratto innominato di scambio da una donazione *cum onere*? (v. vol. I § 10).

3°) Di fronte ad un atto qualificato dalle parti come donazione e rivestito della forma *ad hoc*, l'onere o, in genere, la contropartita può risultare da un atto separato, magari per scrittura privata? v. *infra* i casi Maggi cr. Scattolini e Fantino cr. Pepino.

4°) Se la contropartita dà luogo ad un vero e proprio contratto di scambio, si può dissimulare sotto una donazione un contratto di scambio, e a quali condizioni? e se l'oggetto è un immobile?

5°) Nel diritto francese, ove talvolta si ammette che il calcolo utilitarico, anche in mancanza del suddetto accordo, escluda la donazione (v. vol. I § 9), e ove per la vendita di immobili non si richiede l'atto scritto, come si risolverebbe la questione di che *sub* 4°?

6°) Nel caso in cui la contropartita richiesta e concordata non possa essere oggetto di un'obbligazione (come probabilmente nel caso Fiammingo), può tuttavia la contropartita stessa costituire validamente l'oggetto di una cosiddetta « condizione » o « causa » per una donazione *cum onere* o per uno scambio nel senso di cui al vol. I § 10 *sub a*?

7°) Risolta eventualmente in senso negativo la questione precedente, la contropartita, pur concordata come scambio *sub specie* di « condizione » (nel caso Fiammingo, se si risolvono affermativamente le questioni di che *sub* 3° e 4°), può essere considerata come oggetto di una previsione fondata o di un « calcolo utilitarico » tutto proprio del donante, cioè come mero « motivo » di una donazione, che resta perciò valida? Oppure è esatta la tesi del dilemma proposto, come risulta nella sentenza, dal Fiammingo?

Si paragoni e si discuta il caso Fiammingo in relazione alla giurisprudenza e alla dottrina francesi menzionate nel vol. I § 9 note 4 e 8 a 10, nonchè ai casi Ville de Marseille cr. Impératrice Eugénie; Lapeyre cr. Commune d'Urrugue; Reverchon cr. Commune de Morez; De Mailly cr. Chalon.

Si esamini anche quale soluzione si darebbe al caso Fiammingo, qualora esso si presentasse nella *common law*, s'intende, quanto al problema dell'esistenza di un *bargain* o dell'esigenza della forma (v. vol. I §§ 26-31).

WILD cr. WILD

Trib. Torino, 28 luglio 1948. — *Mon. Trib.*, 1949, 76.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

I sigg. fratelli Lodovico e Odofranco Wild, figli del sig. Carlo Enrico Wild, avevano promosso un giudizio di interdizione contro il padre.

Nel corso di questo giudizio, il padre, con atto notaio Fazzini 17 ottobre 1944 « donava » ai suddetti due figli i $\frac{3}{4}$ dei suoi beni fra cui una sua quota in eredità ad esso padre devoluta.

In questo atto egli dichiarava: « di voler compiere l'atto di donazione per eliminare tutti i motivi che possono avere indotto i propri figli Ludovico ed Odofranco ad iniziare ed a proseguire il procedimento di interdizione tuttora pendente nei suoi confronti presso il Tribunale di Torino », precisando anzi di voler con la donazione allontanare nel modo più efficace ogni timore « di una sua possibile futura rovina materiale e morale, attraverso la dispersione del proprio patrimonio ». Si aggiunga infine che la donazione sarebbe divenuta efficace « a partire dal momento in cui l'istanza di interdizione promossa dai donatari sarà da essi ritirata con rinuncia agli atti del giudizio, e si sarebbe ridotta alla metà, nell'ipotesi che uno solo dei donatari avesse fatto la rinuncia ».

Successivamente l'atto 17 ottobre 1944, sempre essendo in corso il giudizio di interdizione, veniva espressamente sostituito e posto nel nulla con altro atto notaio Fazzini 12 ottobre 1945. In questo non v'era più il menomo richiamo al giudizio di interdizione e all'obbligo dei donatari di rinunciarvi; la quota donata si riduceva dai $\frac{3}{4}$ ai $\frac{6}{9}$; e si stabiliva che il donante si riservava di determinare i beni che dovevano costituire la quota donata.

Il 18 ottobre 1945 il figlio Odofranco Wild rinunciava al giudizio di interdizione, avendo il 6 agosto 1945 rilasciato procura all'avv. Vitelli sia per accettare la donazione che per effettuare la rinuncia agli atti del giudizio di interdizione, subordinando però quest'ultima soltanto al previo accordo con la contessa di Ternengo,

madre dell'Odofranco e moglie divorziata del padre Carlo Enrico Wild, e con l'avv. Ferreri.

Con dichiarazione resa il 14 ottobre 1947 avanti al notaio Jean Fossati di Nizza (Francia) l'Enrico Wild, dopo aver richiamato l'atto di donazione a rogito Fazzini e dopo aver premesso che il 4 agosto 1947 egli aveva contratto un nuovo matrimonio con la signora Maddalena Brard, ed aveva conseguentemente legittimato la bambina Micaela Anny, nata il 29 aprile 1943 dalla relazione con la suddetta signora, *revocava* l'atto di donazione 12 ottobre 1945 a causa dei maggiori oneri e delle maggiori obbligazioni che gli derivavano dal nuovo matrimonio. E ciò ai sensi dell'art. 250 n. 3 cod. svizzero obbligazioni.

Nel giudizio instaurato avanti al Tribunale di Torino, i sigg. Ludovico e Odofranco Wild chiedevano la dichiarazione di validità e l'esecuzione dell'atto notaio Fazzini 12 ottobre 1945 e la reiezione della domanda di revoca della donazione, proposta nel giudizio stesso dal padre.

Sorsero nel giudizio varie questioni in relazione ad altri elementi di fatto che qui non interessano; mentre interessa una questione proposta dal sig. Carlo Enrico Wild e cioè che l'atto 12 ottobre 1945 non conteneva una donazione, ma, nonostante l'apparenza, una transazione, o un contratto sinallagmatico, o, quanto meno un atto diretto a ottenere particolari vantaggi (la rinuncia al giudizio di interdizione e ad altro giudizio in corso da parte dei figli contro il padre). Scopo, quest'ultimo, che avrebbe comunque esclusa la figura giuridica della donazione.

Secondo il sig. Carlo Enrico Wild, in ogni caso « difetterebbe, dice la sentenza, l'elemento subiettivo, caratteristico ed essenziale della donazione, della liberalità, poichè il rogito Fazzini non avrebbe costituito altro che un atto esecutivo di un complesso accordo, in virtù del quale i signori Ludovico ed Odofranco Wild si impegnavano a ritirare la domanda di interdizione proposta contro il padre e a desistere dall'opposizione contro il riconoscimento della piccola Micaela, e corrispettivamente, dal canto suo, il padre si impegnavava a

donare loro i due terzi del suo patrimonio, colla riserva della determinazione dei beni ».

Tale tesi del sig. Carlo Enrico Wild era sostenuta per la qualifica dell'atto, ai fini delle regole di diritto internazionale privato da applicare (v. art. 24 disp. prel. c. civ. italiano) e sostanzialmente per far dichiarare la nullità dell'atto stesso, non potendosi fare contratti su un diritto irrinunciabile, quale quello inerente al promosso giudizio di interdizione.

Contro questa tesi il Tribunale di Torino richiama il testo dell'atto 12 ottobre 1945 in cui si legge: « Il signor Enrico Wild *dona* ai propri figli dott. Lodovico e dr. Odofranco Wild in segno di affetto e per meglio assicurare l'avvenire loro e dei loro figli i sei noni del suo patrimonio, ivi compresi i beni che a lui spettano e gli risultano assegnati nella divisione attualmente in corso, delle eredità dei suoi compianti Genitori, riservandosi su tale quota di patrimonio l'usufrutto dell'80%. Il donante si riserva inoltre il diritto di formare a sua volta nel suo patrimonio i sei noni di esso, che vengono donati col presente atto ».

In relazione a questa premessa, la sentenza così motiva:

« Ricorre adunque l'elemento obiettivo della donazione e ricorre altresì quello subiettivo, giacchè il motivo espresso dell'atto configura un tipico scopo di liberalità e cioè lo scopo di assicurare l'avvenire dei donatari e dei loro figli.

Nè può ammettersi che detto motivo sia soltanto apparente, e che difetti il requisito fondamentale della donazione, la spontaneità, in quanto il Wild l'avrebbe posta in essere come conseguenza di un obbligo in precedenza assunto, rappresentando essa la contropartita a carico del Wild per la rinuncia da parte dei figli ai due giudizi da essi promossi contro il padre, in ispecie quello di interdizione.

La tesi che in realtà le parti abbiano stipulato una transazione, della quale la donazione sarebbe stata un elemento essenziale, manca per intanto di una seria base in linea di fatto: la successione cronologica degli eventi può alimentare una supposizione del genere, poi-

chè, ricollegando tra loro i vari fatti, può sorgere il dubbio che essi non siano stati indipendenti l'uno dall'altro e che nella mente delle parti l'uno sia stato compiuto in funzione ed a causa dell'altro; ma oltre ad una mera supposizione non si può andare, poichè una prova precisa, sicura ed incontrovertibile manca sicuramente e non bisogna dimenticare che la prova di una transazione deve darsi per iscritto, sia pure anche mediante più documenti separati.

Ora nel *primo* atto di donazione dell'ottobre 1944 esisteva un esplicito riferimento al giudizio di interdizione poichè il donante Enrico Wild dichiarava: di voler compiere l'atto di donazione per eliminare tutti i motivi che possono aver indotto i propri figli Ludovico ed Odofranco ad iniziare ed a proseguire il procedimento di interdizione, ecc. » (qui il Tribunale richiama il testo surriferito dell'atto).

Di fronte a simili pattuizioni, poteva supporre che dietro le apparenze di una donazione si celasse un negozio sinallagmatico, in cui il trasferimento di quella determinata quota di patrimonio rappresentasse la controprestazione della parte, a favore della quale veniva operata la rinuncia al giudizio di interdizione.

Senonchè l'atto del 1944 è stato espressamente sostituito e posto nel nulla con l'atto del 1945, in cui non v'è più il menomo richiamo al giudizio di interdizione e all'obbligo dei donatari di rinunciarvi: se le parti, pur potendo dare esecuzione al precedente atto (bastava l'accettazione da parte dell'Odofranco con la relativa rinuncia al giudizio di interdizione: e dal 6 agosto 1945 egli aveva all'uopo rilasciato procura all'avv. Vitelli) vollero invece la stipulazione di un nuovo atto, che anche nella parte sostanziale differisce alquanto dal precedente (la quota donata dei $\frac{3}{4}$ si riduce ai $\frac{6}{9}$, s'introduce il diritto di scelta e si comprendono per il calcolo della quota anche i diritti sull'eredità materna) ed in questo nuovo atto non sono più richiamate pattuizioni e clausole del primo, pare arbitrario sostenere che quelle pattuizioni debbano egualmente reggere il secondo atto, tanto più quando in questo secondo atto il motivo espresso è unicamente l'affetto verso i figli; in particolare non si può ritenere

che la rinuncia fatta dall'Odofranco al giudizio di interdizione in data 18 ottobre 1945 condizionasse la validità della donazione del 12 ottobre precedente, in quanto manca un esplicito collegamento tra i due atti, tanto è vero che nella procura all'avv. Vitelli l'Odofranco gli aveva dato mandato sia di accettare la donazione, come di effettuare la rinuncia agli atti del giudizio di interdizione, subordinando però quest'ultima solo al previo accordo con la Contessa di Ternengo, moglie divorziata dell'Enrico Wild, e con l'avv. Ferreri.

Ma anche ammettendo che sotto un certo profilo un collegamento sussistesse tra la donazione e la rinuncia al giudizio di interdizione, non si può senz'altro ritenere che l'una sia stata la *causa* dell'altra. È opportuno invero fare una netta distinzione tra la causa ed i motivi di un negozio giuridico; causa della donazione è lo spirito di liberalità, ed esso è quindi essenziale perchè sussista l'atto, ma lo spirito di liberalità non si identifica necessariamente con lo spirito di beneficenza, in quanto la donazione non viene certo meno se essa vien fatta in vista di futuri eventuali vantaggi di ordine materiale o morale (donazione a scopo pubblicitario o per ambizione). Quindi può anche ammettersi che il Wild sia stato mosso dal desiderio di liberarsi dalle noie del giudizio di interdizione ed abbia voluto attribuire ai figli che denunciavano lo sperpero del patrimonio una quota ragguardevole di esso, onde eliminare ogni loro timore al riguardo, ma è ovvio che questo sarebbe stato un motivo puramente interno, inidoneo a mutare la natura dell'atto posto in essere, specialmente quando motivo espresso risulta soltanto il desiderio di assicurare l'avvenire dei figli e cioè una tipica *causa donandi*. D'altronde non si può non rilevare che, effettuata la donazione, rispondeva al diretto interesse dei figli di porre termine, almeno per quanto li rifletteva, al giudizio di interdizione, poichè la donazione per essere produttiva degli effetti suoi propri, presupponeva la piena capacità del Wild e la prosecuzione del giudizio, con l'eventuale accoglimento dell'istanza di interdizione, avrebbe potuto riverberarsi

su un atto compiuto in pendenza di lite determinandone l'inefficacia». (*Omissis*)

« Ritiene adunque il Tribunale che col rogito Fazzini 12 ottobre 1945, l'unico che ormai interessa, si sia inteso di stipulare effettivamente una donazione e che questa fosse giuridicamente indipendente dalla rinuncia al giudizio di interdizione, di cui — ed è molto significativo — l'atto tace completamente. Eliminata così l'ipotesi della transazione ed in genere di un contratto bilaterale, cade la possibilità di applicazione della legge italiana ed occorre rifarsi alla legge svizzera, siccome legge nazionale del donante, per valutare l'atto e determinarne gli effetti ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 9 specie note 4 a 7; § 16 *sub b*, e § 35 *sub a*.

Come nel precedente caso Fiammingo, la questione insorta non concerneva l'esigenza dell'atto pubblico, ma i principii accolti sarebbero applicabili anche su questo punto, qualora l'atto non fosse stato rivestito di quella forma.

Il Tribunale ha escluso in fatto che la rinuncia ai noti giudizi in corso rappresentasse una contropartita *concordata* in un contratto bilaterale e sinallagmatico. Essa avrebbe rappresentato invece una previsione fondata, e quanto mai fondata, poichè, come rileva il Tribunale, i figli donatari non avevano più interesse a coltivare il giudizio d'interdizione in corso, anzi vi avevano un interesse contrario.

Si ripropongono qui, sia in concreto sia in *ipotesi* (e cioè nell'ipotesi che vi fosse una contropartita *concordata*) i quesiti proposti per il precedente caso Fiammingo - Opera Nazionale Combattenti.

Quanto alla *common law*, si vedano, oltre i luoghi citati per il caso Fiammingo, il caso *White v. Bluett* e la premessa al cap. III della parte II, n. 1° *sub a*. Per il problema di *common law* (ai fini del *bargain* o dell'esigenza della forma) si suppone, ovviamente, che anche nel secondo atto notaio Fazzini vi fosse un collegamento espresso fra donazione e rinuncia ai giudizi in corso.

DEBENS cr. DELLAROLE

App. Torino, 25 luglio 1941. — *Giur. Tor.*, 1941, 485.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

«La sentenza appellata non può essere confermata, perchè ha motivato su una supposta causa dell'obbligazione da nessuna delle parti e neppure dal Debens ammessa o comunque prospettata. Il Debens ha semplicemente affermato, e sia pure lo ha anche dedotto, che egli ha rilasciato il chirografo con il quale s'impegnava a versare in 16 anni a mensilità di L. 200 alla Dellarole la somma di L. 38.400 "allo scopo di liberarsi della sua vecchia amante", ma non ha pure aggiunto "a titolo di risarcimento di danni". La Dellarole ha continuato ad insistere che l'impegno del Debens era stato assunto per tacitare il debito che egli aveva verso essa Dellarole in conseguenza di somministrazioni e sovvenzioni; anzi la Dellarole ha protestato contro le false affermazioni del Debens, che tentava di spostare la causa dell'obbligazione su un lubrico campo, sul quale essa non lo poteva seguire. Ora è evidente che "lo scopo di liberarsi di una vecchia amante" non può costituire la causa di un'obbligazione, ma costituisce tutt'al più il motivo personale del contraente che assume la stessa obbligazione.

È nota la distinzione chiaramente posta dal Supremo Collegio tra motivo prossimo e motivo remoto dei contratti, in base al riflesso che negli stessi contratti i motivi determinanti la volontà dei contraenti non hanno tutti la stessa efficacia: distinzione che permette con estrema facilità di sceverare la causa dal motivo. Infatti, in base a tale distinzione, per causa del contratto si riesce facilmente ad intendere il motivo prossimo che ha determinato la volontà dei contraenti; motivo prossimo, che nei contratti bilaterali è dato dalle reciproche controprestazioni, e che nei contratti unilaterali è dato dalla liberalità. Cioè nei contratti bilaterali la volontà dei contraenti si è determinata in considerazione delle reciproche controprestazioni: nei contratti unilaterali la stessa volontà si è determinata in considerazione della liberalità della quale una delle parti intendeva beneficiare l'altra. Questa spinta determinante, che è essenziale alla

validità dei contratti, concreta il motivo prossimo o immediato, cioè la vera e propria causa degli stessi contratti. Possono concorrere a determinare la volontà dei contraenti anche altri motivi, perchè gli stessi contraenti nello stipulare i contratti possono prefiggersi degli scopi particolari; ma questi concorrenti e personali motivi concretano i motivi remoti, che normalmente, non incidendo sulla validità dei contratti, non hanno rilevanza giuridica.

Ora l'affermare e, sia pure, il voler provare di avere assunto obbligazione di prestazioni mensili "per liberarsi della vecchia amante" significa prospettare il motivo e non ancora la causa della stessa obbligazione. In sostanza il Debens ha semplicemente precisato che nell'assumere l'obbligazione egli ha avuto lo scopo di liberarsi della vecchia amante. Ma il Debens non ha ulteriormente precisato che egli poi abbia assunto l'obbligazione, sia pure allo scopo di liberarsi della vecchia amante, ma per risarcire i danni alla Dellarole cagionati (oppure per gratificarla di una determinata somma). È evidente che soltanto in questa ulteriore ed ultima precisazione si sarebbe potuto cogliere la causa dell'obbligazione; controprestazione tra danni e riparazioni nella prima ipotesi, e liberalità nella seconda ipotesi.

Dalla motivazione adottata dai primi giudici si rileva che essi pure hanno avvertito la irrilevanza (ai fini della discussione sulla causa dell'obbligazione) dello scopo che il Debens si era prefisso nell'assumere la stessa obbligazione, cioè quello di liberarsi della vecchia amante. Ed allora i primi giudici, per voler ragionare in ipotesi, hanno senz'altro attribuito all'obbligazione la causa di un contratto bilaterale; danni e riparazione. Ma è facile e doveroso rilevare che il Debens non ha mai ammesso, ed anzi ha sempre implicitamente, ma chiaramente, contestato di aver causato dei danni alla Dellarole. Quindi i primi giudici, per riconoscere la validità in ogni caso dell'obbligazione, si sono prospettati una causa della stessa obbligazione puramente gratuita ed ipotetica. Ora è evidente che non è lecito ragionare in base ad una supposta ipotesi, quando tale ipotesi, almeno allo stato degli atti, non ha alcuna base nella realtà. D'altra parte, si

potevano prospettare varie ipotesi e fra tutte anche quella di una liberalità: ipotesi quest'ultima che ad evidenza avrebbe sensibilmente spostato i termini della discussione. E si noti che poi la stessa Dellarole non aveva voluto ammettere, come anche ora non vuole ammettere, alcuna altra causa dell'obbligazione se non quella espressamente precisata nel chirografo: somministrazioni e sovvenzioni ».

La soluzione quindi della contestazione va impostata diversamente ed esattamente nei seguenti termini. (*Omissis*)

La sentenza esamina quindi la questione della distribuzione dell'onere della prova di fronte ad una *cautio discreta* o *billet causé* (v. vol. I, § 22 nota esplic. n. 4) e così conclude:

« Nella specie, la causa del contratto stipulato tra la Dellarole ed il Debens è quella espressa nel contratto stesso e già ricordata. Il Debens, poichè contesta che tale causa sussiste, può e deve dare la prova dell'insussistenza della causa stessa. Se tale prova riuscirà al Debens, e cioè se il Debens riuscirà a provare che il 3 marzo 1935 non era in debito verso la Dellarole per somministrazioni e sovvenzioni, allora sarà la stessa Dellarole a dover dare la prova di un'eventuale altra e reale causa dell'obbligazione. E soltanto allora, cioè quando la Dellarole avrà dato la prova della reale causa dell'obbligazione si potrà discutere in relazione a tale causa della validità della stessa obbligazione: validità che potrà essere esclusa, come potrà essere ammessa, e come potrà anche essere parzialmente esclusa ed ammessa ». (*Omissis*).

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 9, 10 e 11 *ad* note 30-32; § 16 *sub b*; e § 35 *sub a*.

La sentenza ammette la validità (senza bisogno dello schema formale-causale della donazione) della promessa di pagare una somma ad una donna, con cui si sono avuti rapporti amorosi, a titolo di risarcimento danni e, probabilmente, anche per un'obbligazione naturale: *causa praeterita* (v. vol. I § 11 specie *ad* note 30-32).

Non ammette, invece, che possa costituire « causa » di una promessa (s'intenda, *causa sufficiente* ed escludere lo schema formale-causale della donazione, v. vol. I, § 9 e 10) « lo scopo di liberarsi da una vecchia

amante». Questo scopo potrebbe, tutt'al più, costituire il « motivo »: si intenda, a quanto risulta dalla sentenza, il motivo di un atto di liberalità, poichè la sentenza stessa vede nei contratti bilaterali la causa come controprestazione (magari, erroneamente, concepita come precedente obbligazione di risarcire un danno) e, nei contratti unilaterali, la causa come spirito di liberalità.

Sotto questo profilo, lo « scopo di liberarsi da una vecchia amante » si proietta nel futuro e non potrebbe considerarsi come controprestazione (nè, nel caso, lo si considerava come una *causa praeterita*, come obbligazione, cioè, anche naturale, di risarcire un danno).

In questo senso, la tesi assomiglia a quella adottata dai giudici nei precedenti casi Fiammingo e Wild.

Ma sembra si debba distinguere:

a) il caso in cui « la liberazione dalla vecchia amante » costituisca un mero « calcolo utilitaristico tutto proprio al promittente » (v. il caso Fiammingo); cioè una mera previsione, anche fondata, degli effetti della promessa o dell'atto, che, cioè, a seguito della promessa e della sua esecuzione, la Dellarole interrompesse il rapporto amoroso.

b) il caso di un vero accordo fra le parti, accordo nel senso che, a seguito della promessa, la Dellarole interrompesse il rapporto amoroso. E questo, non nel senso che la Dellarole non avrebbe tenuto una condotta diretta a tormentare il Debens o a premere sulla sua volontà (violenza o contratto illecito); ma nel senso che non avrebbe tenuto, nei suoi aspetti leciti e magari affettivi, la condotta di chi desidera continuare un rapporto amoroso. In altri termini, dovrebbe concepirsi, nei suoi aspetti leciti, un contratto del genere: « Se tu mi abbandoni, io ti darò la tal somma » (v. anche il caso Levi cr. Finanze). Comunque, a parte la questione della liceità, in questo caso sorgono i problemi seguenti:

1°) Lo scopo, concordato come *sub b*, « di liberarsi da una vecchia amante » costituisce ancora il mero motivo di una promessa o alienazione (come atto di liberalità), oppure si tratta di una controprestazione (in senso lato)?

2°) In questo secondo caso, come si distingue una donazione *cum onere* da un contratto a titolo oneroso valido senza bisogno della forma dell'atto pubblico?

3°) Si risolva una questione analoga a quella indicata *sub 6° e 7°* nel questionario al caso Fiammingo.

Si esaminino anche i problemi seguenti:

4°) E' esatto, come dice la sentenza, che nei contratti unilaterali la

causa consiste sempre nello spirito di liberalità, o che, altrimenti detto, ad escludere la causa di liberalità o di beneficenza occorra sempre una controprestazione od un'obbligazione precedente? V. vol. I § 14 *sub d et e* e § 16.

5°) Come si risolverebbe nella *common law* il caso di una mera previsione, fondata, dell'altrui condotta come effetto della promessa (nel caso Debens, l'interruzione del rapporto amoroso)?

Una simile questione insorgerebbe anche nei casi Fiammingo e Wild. V. vol. I § 27 *sub a*.

6°) Come si risolverebbe nella *common law* il caso in cui l'interruzione del rapporto amoroso (nel senso di cui sopra) fosse posta come *consideration, executed* o *executory*? V. vol. I §§ 29 e 30 *sub a*, nonchè la nota al caso Dunton v. Dunton.

RANZATO cr. SCARNEO (in arte Nella Regini)

App. Milano, 29 dicembre 1933. — *Mon. Trib.*, 1934, 135.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

«*Fatto.* — Con citazione 20 luglio 1932 la signorina Ilka Scarneo, in arte Nella Regini, conveniva avanti il Tribunale di Milano il prof. comm. Virgilio Ranzato, compositore musicale, obbligatosi a corrispondere alla richiedente la settima parte dei suoi diritti d'autore, ossia il 5% del 35 a lui spettante, per tutte le rappresentazioni da parte di qualsiasi compagnia delle operette di sua composizione, che s'era reso inadempiente alla assunta obbligazione.

Chiedeva, pertanto, dichiararsi il Ranzato tenuto a corrispondere la settima parte dei diritti d'autore a lui spettanti per le rappresentazioni, da parte di qualsiasi compagnia operettistica, delle operette di sua composizione *Cin-Ci-Là*, *Città Rosa*, *Zizi* e *Cri-Cri*, da liquidarsi in seguito a perizia contabile, concedendosi intanto una provvisionale di L. 50.000.

Il Tribunale con sentenza 29 aprile 1933, respinte le eccezioni di improcedibilità dell'azione, di nullità di contratto e di estinzione dell'obbligazione, accoglieva le istanze attrici disponendo all'uopo perizia contabile e negava la provvisionale.

Appellava il Ranzato con atto 13 giugno 1933.

Diritto (omissis). — Il tema del dibattito verte sulla natura giuridica del rapporto derivante dai tre atti privati, coi quali il Ranzato cedeva alla Regini il 5% sui diritti d'autore delle operette da lui composte. L'interpretazione letterale e logica dei suddetti atti ne rivelava la liberalità. La cessione è fatta a titolo d'omaggio e senza corrispettivo. Nessun accenno ad una controprestazione generatrice di obblighi bilaterali. Non soltanto la gratuità, cioè attribuzione senza corrispettivo, ma la spontaneità della donazione (*nullo jure cogente*) palesa l'*animus donandi*. La pretesa controprestazione, che dovrebbe servire a dare carattere commutativo al contratto, non si desume dall'atto, nè viene dedotta a prova.

Che la Regini siasi obbligata, dietro corrispettivo, a porre in scena le operette del Ranzato e diffonderle nel pubblico con la sua arte e la suggestività del suo nome, è asserzione gratuita. Le lettere provano l'ammirazione del Ranzato verso la Regini per l'interpretazione data alle sue opere. La donazione ha scopo remunerativo. Causa legittima di essa sono la riconoscenza e il premio ai meriti della donataria. Non altro è dato argomentare dall'interpretazione dell'atto scritto. Una diversa interpretazione va contro lo scritto ed è puramente arbitraria. Le due lettere dello Schinelli e del Cuscinà, prodotte dalla difesa Regini, non giovano all'assunto di parte attrice; che anzi vi contrastano. In esse soltanto, e non in quelle del Ranzato, è contenuta una proposta di contratto commutativo, per cui, alla offerta della percentuale sui diritti d'autore, dovrebbe corrispondere la controprestazione della messa in scena e della rappresentazione dell'opera composta dall'offerente.

Nelle lettere del Ranzato, invece, l'offerta è fatta senza richiesta di corrispettivo, procura un vantaggio alla Regini senza l'equivalente vantaggio proprio.

Non occorre indagare sui motivi intimi e remoti che determinarono l'offerta. La legge considera donazione anche quella fatta per riconoscenza o in vista dei meriti del donatario o per speciale remunerazione. Ritenuta la donazione, consegue la illazione della sua invalidità giuridica per difetto di forma richiesta *ad solemnitatem*.

Opinò il Tribunale che il negozio giuridico in esame costituisse una donazione indiretta e come tale sottratta alla solennità dell'atto pubblico, e conforta tale tesi col richiamo ad una sentenza della Corte suprema 10 dicembre 1932 n. 3740 in causa Govi c. Pesci.

Ma il caso deciso con la citata sentenza non ha alcuna analogia con quello attuale. La donazione può attuarsi nei modi più svariati. Col trasferire la proprietà, creare un credito, liberare da un debito: donazioni reali, obbligatorie, liberatorie. In tutti questi casi, l'attribuzione patrimoniale, qualora sia fatta per spirito di liberalità e senza corrispettivo, è soggetta alla solennità dell'atto pubblico.

La dottrina per soddisfare le due opposte esigenze, quella di infrenare i facili eccessi che possono indurre a perdite eccessive o a impegni onerosi e a postumi pentimenti, e l'altra di non ostacolare lo spirito di liberalità, ha introdotto la distinzione delle così dette donazioni indirette, per le quali non è richiesto a pena di nullità l'atto pubblico, intendendo sotto tale denominazione i negozi traslatori o abdicativi di un diritto, nei quali la liberalità non costituisce la causa prima, unica ed immediata.

In detta categoria, per le ragioni superiormente esposte, non può rientrare la donazione del Ranzato. Diversamente il precetto dell'art. 1056 c. c. verrebbe ad essere frustrato.

La nullità della donazione importa il diritto di ripetere ciò che in dipendenza di essa sia stato ricevuto. A questo tende la proposta domanda riconvenzionale. Non vale opporre la volontaria esecuzione, giacchè i vizi di un atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità, non sono sanabili con verun atto confermativo (art. 1310)». (*Omissis*).

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. §§ 8, 9, 11 e 27 *sub a* note 4 segg.; e § 35 *sub a*.

Più che di una cessione come *transfert* (v. vol. I § 38 *sub a*), si trattava di una promessa di corrispondere alla Regini una parte delle somme dal Ranzato incassate per diritti d'autore.

La sentenza, interpretando gli atti, esamina il caso sotto il profilo della donazione remuneratoria pei servizi resi dalla Regini al Ranzato, rappre-

sentando e lanciando le sue operette. Anche se vi fosse un'obbligazione naturale, l'assunzione di questa a causa di una promessa dipendeva dall'intento delle parti (v. vol. I § 11); intento che è escluso dalla sentenza nel suo giudizio di merito.

Ci si può domandare, tuttavia, se l'atto di « cessione » *de quo* intervenne *dopo* il ritiro della Regini dalle scene (come non pare) o *prima*: nel quale ultimo caso, crediamo, non si potrebbe parlare di donazione remuneratoria, in quanto l'atto poteva considerarsi fatto dal Ranzato per spingere la Regini a lanciare le di lui operette o tenere desto nel pubblico l'interesse per le medesime; e quindi anche nella speranza di vantaggi futuri per il Ranzato.

Pertanto la questione sembra doversi porre più esattamente nel senso di vedere se quello scopo, di spingere la Regini ecc. e di vantaggi o speranza di vantaggi futuri (senza che fosse stata stipulata, come corrispettivo, una vera e propria obbligazione della Regini), poteva rappresentare una causa escludente la figura della donazione. Il caso presenta dunque una certa analogia con i casi Fiammingo, Wild, e Debens-Dellarole.

Si confronti pertanto il nostro caso con questi altri e ci si propongano, *mutatis mutandis*, i quesiti posti nei relativi questionari, per la parte in cui sono applicabili.

In particolare ci si domanda:

1°) Il calcolo utilitario, in ipotesi supposto nel Ranzato, pur non essendovi una vera e propria controprestazione o controbbligazione, vale ad escludere la figura della donazione?

2°) Se, come conseguenza della promessa del Ranzato, era prevedibile un certo contegno del promissario (Regini), favorevole al promittente, si può escludere la figura della donazione?

3°) Si potrebbe applicare nel caso una dottrina analoga a quella della *reliance* di *common law*? All'uopo basta che sia prevedibile un contegno del promissario vantaggioso pel promittente, o occorre che tale contegno implichi anche un sacrificio, e quale, pel promissario? Nel caso, la Regini, per quanto prevedibile, avrebbe dovuto fare dei sacrifici del genere di quelli previsti nel § 90 Restat. americano sui contratti? V. vol. I § 27 *sub a*.

4°) In caso di risposta affermativa al quesito precedente, sarebbe giusto e rispondente ad equità applicare nel caso (*de jure condendo*) una dottrina analoga a quella della *common law*?

Si tenga presente, specie quanto ai quesiti n. 3° e 4°, che nel caso Ranzato-Regini si prometteva una parte dei diritti d'autore non per le

sole rappresentazioni date dalla Regini, ma anche per quelle date da altre compagnie di operette.

Si confronti il caso Ranzato-Regini con i casi Cattaneo-Milesi e altri sulla *reliance infra* citt. nel capo II sez. III.

5°) E' d'accordo il lettore sulla tesi contenuta nella parte finale della sentenza, circa la ripetibilità di quanto il Ranzato aveva già versato alla Regini? V. vol. I §§ 11 e 38 *sub a*.

6°) Ma il caso Ranzato - Regini potrebbe presentare anche un altro aspetto. La Corte di Milano accentua il fatto che mancava nelle lettere del Ranzato la *richiesta* di un corrispettivo, il quale, invece, sarebbe stato offerto o menzionato nelle lettere della Regini.

Ciò posto:

— Non si può pensare che l'offerta del Ranzato, pur parlando, pare, di omaggio, ammirazione, meriti ecc., contenesse una implicita richiesta (implicita, magari, per delicatezza) di quel corrispettivo; e che la Regini, cogliendo a volo il sottinteso, rispondesse in conformità? Sul valore della *request*, che può essere anche implicita, v. vol. I § 26 nota 16 e § 28 note 8 e 9 per la *common law*.

— Comunque, non potrebbe sostenersi che le lettere della Regini, di fronte ad una (magari ambigua) proposta di donazione, contenevano una controproposta di contratto commutativo, accettata poi dal Ranzato col suo comportamento successivo?

Purtroppo noi non possediamo il testo di quelle lettere, nè conosciamo l'ordine con cui furono scambiate. Ma il lettore, che volesse approfondire questo quesito 6° e tutto il caso, potrebbe esaminare all'uopo il fascicolo di causa, se lo può rintracciare, o il testo integrale della sentenza di I e II grado. Varrebbe la pena di farlo e di farne un breve studio, dato il grande interesse che offre la questione, fondamentale nel campo del contratto.

MAGENIS cr. MAGENIS

App. Brescia, 18 luglio 1949. — *Foro it.*, 1950, I, 609.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Il padre delle sorelle Magenis, con atto notaio Calleri, 11 gennaio 1945, aveva fatto loro una donazione di certi beni. Con scrittura privata in pari data le donatarie sorelle Magenis si obbligavano a rinunciare alla donazione o, meglio, a retrocedere i beni donati

«quando ne siamo richieste dai nostri genitori, qualora ne avessero necessità di realizzo».

Verificatosi il caso e avendo i genitori delle sorelle Magenis chiesta la restituzione dei beni donati, esse sollevarono l'eccezione che la suddetta scrittura privata conteneva una promessa di donazione e, come tale, era nulla per mancanza della forma dell'atto pubblico. (Sollevavano inoltre l'eccezione che la retrocessione si sarebbe verificata per sola volontà del donante e, in questo senso, starebbe contro il principio dell'irrevocabilità di un atto perfetto: eccezione che non ci interessa). Su tale eccezione così motiva la Corte di Brescia:

«La Corte, ecc. — I termini dell'attuale contestazione possono essere così sintetizzati: la scrittura privata 11 gennaio 1945 a firma Magenis Elisa e Giuditta può considerarsi quale condizione relativa all'atto di donazione intercorso nella stessa data fra le suddette e il loro genitore Magenis Giovanni? In ipotesi negativa può riconoscersi alla suddetta scrittura valore d'atto giuridicamente valido ed efficace? In caso affermativo quale natura è ad esso attribuibile? Sul primo punto il Tribunale fermò la propria attenzione, escludendo esattamente che la ricordata scrittura potesse venire considerata quale parte integrale dell'atto di donazione dal momento che, costituendo, in ipotesi, condizione della stessa, avrebbe dovuto esser contenuta nell'atto medesimo di donazione, per la quale, come è noto, si richiede l'atto pubblico *ad substantiam*. Essendo la predetta condizione inserita in una semplice scrittura privata, non potrebbe costituire elemento integrante dell'atto pubblico. Sotto questo riflesso la decisione dei primi Giudici appare conforme a diritto.

Ma il Tribunale, scendendo al secondo punto d'indagine e definendo la natura giuridica dell'atto contenuto nella ricordata scrittura privata, ha senz'altro ritenuto che esso costituisce promessa di donazione, come tale nulla per difetto di forma, cioè di elemento sostanziale del negozio. La Corte non ritiene che tale soluzione sia esatta. Anzitutto la promessa di donazione è giuridicamente inammissibile. Non può ammettersi infatti che un atto di spontanea liberalità possa essere imposto nella sua esecuzione *iussu iudicis*. In se-

condo luogo manca, nel caso concreto, lo spirito di liberalità, che costituisce il movente in atti di questa natura. Per parlare di promessa di donazione dovrebbe pur sempre apparire incontestabile l'*animus donandi*, che nella specie è invece da escludersi in modo assoluto, perchè lo stesso contesto dell'assunta obbligazione sta a significare che le sorelle Magenis a tale obbligazione si indussero non per spirito di liberalità, ma per evitare che, per effetto della spogliazione dei suoi beni in loro favore, potesse il donante essere esposto, ricorrendo una determinata eventualità, al pericolo di assoluta indigenza. Non dunque finalità di conferire vantaggi patrimoniali, ma volontà di evitare al donante la possibilità di non essere in grado di provvedere alle proprie necessità in dipendenza di un evento previsto come possibile. Se pertanto si deve escludere nella obbligazione assunta dalle sorelle Magenis ogni spirito di liberalità, viene a mancare l'elemento indispensabile del particolare contratto di donazione.

Ma non è da ritenersi tuttavia che, esclusa la possibilità di identificare nell'obbligazione precennata una promessa di donazione, nessun altro atto di natura giuridica diversa possa essere ravvisato in detta obbligazione. Essa è del seguente tenore: "In relazione al contratto di donazione *oggi* stipulato a ministero del notaio Calleri di Crema noi sottoscritte Magenis Elisa e Giuditta ci obblighiamo a retrocedere al padre nostro donante ed anche alla madre nostra gli enti ricevuti in donazione specificati nello stesso atto e sia quando ne siamo richieste dai nostri genitori, qualora ne avessero necessità di realizzo ».

Non pare dubbio alla Corte che colla suddetta espressione le sorelle Magenis abbiano voluto rinunciare alla donazione già stipulata, sottoponendo però tale rinuncia al verificarsi di una determinata condizione. Rinuncia condizionata quindi, che non è necessario risulti da atto pubblico, non implicando, per quanto sopra osservato, una nuova donazione. In sostanza le rinunciatricie si obbligavano ad abbandonare i vantaggi patrimoniali conseguenti alla stipulata donazione, se i loro genitori fossero venuti a trovarsi in un particolare stato di necessità economica. Non sembra quindi contestabile la va-

lidità giuridica dell'obbligazione assunta dalle sorelle Magenìs, poichè il diritto di rinunciare alla donazione è indiscutibile e nessun impedimento può sorgere al suo esercizio dal fatto che la donazione abbia carattere irrevocabile». (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 9, 10 e 38 *sub b*.

La sentenza non esamina il caso sotto il profilo di un adempimento dell'eventuale obbligo alimentare delle figlie verso i genitori o del donatario verso il donante (art. 437 cod. civ.).

La tesi che la promessa di donazione non è valida si riferisce evidentemente al caso di una promessa fatta per scrittura privata, essendo valida la donazione obbligatoria (o cosiddetta promessa di donazione) fatta per atto pubblico.

La validità del patto contenuto nella scrittura privata non può prospettarsi sotto il profilo (accennato, sembra, nella sentenza) della validità in genere delle rinuncie ad un diritto (v. vol. I § 38 *sub b*); e ciò in quanto la donazione del padre alle figlie era una donazione reale, e non meramente obbligatoria (rispetto alla quale ultima la rinuncia può prospettarsi come remissione di debito o come *pactum de non petendo*; v. vol. I § 38 *sub b*). La rinuncia ad una donazione reale già perfetta è una retrocessione o promessa di retrocessione; come tale, se non soccorre una causa sufficiente (v. vol. I § 10 e 11), essa si considera come donazione e deve rivestire la forma *ad hoc*.

Ciò posto, per ritenere valida la scrittura privata in esame, non resta che considerarla sotto questi vari profili:

a) O come promessa di adempiere ad una *eventuale* obbligazione, civile o naturale, degli alimenti verso il donatario (art. 437 cod. civ.) o verso i genitori bisognosi (dato che la promessa era fatta anche a favore della madre che non aveva donato).

Sotto questo profilo lascia un po' perplessi la sentenza quando afferma che «le sorelle Magenìs a tale obbligazione (di rinunciare alla donazione) si indussero non per spirito di liberalità, ma per evitare che, per effetto della spogliazione dei suoi beni in loro favore, potesse il donante essere esposto, ricorrendo una determinata eventualità, al pericolo di assoluta indigenza». Probabilmente, questa osservazione della sentenza non fa che confermare la «causa» consistente nella suaccennata obbligazione, civile o naturale, degli alimenti, con questo di particolare, che la *situazione di bisogno sarebbe derivata dalla donazione paterna* e che il modo di soddisfare tale obbligazione consisteva nella restituzione dei beni donati.

Tali particolarità, insieme al fatto che si tratta di una promessa per un *eventuale* futuro stato di bisogno, distingue il caso in esame da quello di una promessa per una *causa praeterita* o obbligazione precedente, civile o naturale.

Nel diritto svizzero e in quello germanico la promessa *de qua* potrebbe considerarsi come un regolamento o conferma contrattuale del diritto di revoca spettante al donante (v. art. 528 e 530 cod. civ. germ.; art. 249 n. 2 cod. svizzero obbligaz., e art. 250 n. 2 per le promesse di donazione).

Si osservi che, sia sotto questo profilo sia sotto quello di un regolamento contrattuale dell'obbligo degli alimenti (verso il donatario o verso i genitori), la promessa di restituzione del donato implica una responsabilità diversa da quella dell'obbligo *ex lege*, sia in quanto implica praticamente un vincolo di non alienare il donato, sia in quanto, pel caso di alienazione, deve risponderci del valore; e in ogni caso, anche se il promittente si trovi egli stesso in istato di bisogno (v. art. 438 cod. civ.).

b) O come *pactum adiectum in continentis* ad una donazione, benchè contenuto in una separata scrittura privata. Tesi, questa, respinta dalla sentenza.

Ci si può domandare se tale tesi (cioè che le condizioni di una donazione devono risultare dallo stesso atto pubblico che la contiene) sia esatta, allorchè il patto o condizione sia diretto non ad aumentare il peso del donante, ma a ridurlo o a porre obbligazioni od oneri a carico del donatario. V., pel caso di onere risultante da separata scrittura privata, *infra*, i casi Maggi cr. Scattolini e Fantino cr. Pepino, nonchè in genere sulla questione il caso Fiammingo, questionario *sub* 3°.

c) O come contratto stipulato *contestualmente* al contratto di donazione a rogito Calleri, benchè distinto da questo, avente come «causa» lo scopo di ottenere la donazione stessa, che altrimenti non sarebbe stata fatta. Per il caso di una promessa fatta per ottenere una donazione *future*, v. vol. I § 9 nota 4. Si noti che nel caso Magenis non si promette di dare qualcosa di diverso dal donato, ma di restituire, per una certa eventualità, il donato.

Questionario

1°) E' necessaria la forma dell'atto pubblico per la cosiddetta rinuncia delle sorelle Magenis alla donazione paterna?

2°) In caso negativo, quale dei tre aspetti, testè accennati *sub a, b, c*, preferisce il lettore?

3°) Come dovrebbe risolversi il caso nel diritto francese? V. volume I § 9.

4°) E nella *common law*? Sembra che il caso possa prospettarsi, per la validità della promessa non formale di retrocessione, soltanto come promessa avente quale *consideration* la donazione paterna. Ma nel caso Magenit la promessa sarebbe stata fatta anche alla madre o a favore della madre, che non forniva quella *consideration* (v. vol. I § 26 infine ad nota 26).

Sarebbe interessante anche esaminare la questione inversa: se, cioè, la donazione paterna aveva una valida *consideration* nella promessa di restituzione pel caso di indigenza, e quindi se tale donazione poteva farsi senza la forma del *deed* (almeno come *promise*, se non come *transfert*, trattandosi di immobili: v. § 38 *sub c*).

ARMENISE cr. MORONI

App. Milano, 18 febbraio 1938. — *Mon. Trib.*, 1938, 603.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« *Diritto*. — L'appellante imputa alla sentenza appellata contraddittorietà di motivi, perchè dopo aver detto che l'ing. Armenise offrì il cavallo di bronzo "con carattere di liberalità per il caso in cui si avesse a concludere la vendita della casa" al Pedracchi, ha soggiunto che con tale offerta l'Armenise "s'assumeva un'obbligazione con giusta e lecita causa di compensare l'attore". Egli fa notare che in nessun caso potrebbe essere costretto alla consegna del cavallo di bronzo, perchè se liberalità, mancherebbe l'atto pubblico richiesto *ad substantiam* per la donazione (art. 1056), se obbligazione, mancherebbe la causa lecita e giusta, dovendo riconoscersi che il Moroni avrebbe accettato da lui un mandato, mentre ne aveva già uno dalla parte contraria. Non è il caso di seguire la difesa dell'appellato, che per paralizzare il difetto dell'atto pubblico sostiene trattarsi nella specie di donazione manuale. Per ravvisarsi la donazione manuale è indispensabile che la cosa donata sia stata consegnata al donatario, e qui si agisce precisamente per ottenere la consegna.

Nella specie non si ravvisa donazione, neppure di carattere remuneratorio (art. 1051 c. c.), perchè manca quella spontanea inten-

zione di beneficiare che è caratteristica peculiare di tale atto giuridico.

I fatti, come dedotti a prova, si sarebbero svolti così: il Moroni per incarico del Petracchi si recò a visitare la casa dell'Armenise allo scopo di dare un parere sulla convenienza dell'acquisto. Avendo veduto il cavallo di bronzo, il Moroni esprime la sua ammirazione, e l'Armenise gli disse che glielo avrebbe dato, qualora la casa fosse stata comperata dal Petracchi. L'altro rispose: "accettato".

È manifesto che l'offerta, meglio, la promessa di dare il cavallo non era fatta dall'Armenise allo scopo di beneficiare il Moroni, ma allo scopo di interessarlo alla vendita della casa. Che il Moroni si era recato a visitare la casa per conto dell'aspirante Petracchi non vuol dire affatto che egli non potesse essere interessato all'affare dal venditore Armenise. A torto si parla di mandato e delle regole relative a tale contratto.

Al Moroni il Petracchi non aveva dato incarico di trattare la compravendita in suo nome e per suo conto, nel che si ravviserebbe un mandato, ma di esprimere un parere sulla convenienza dell'acquisto. Fra il Petracchi e il Moroni, se un contratto si era concluso, esso era di locazione d'opera, il quale non produce alcuna incompatibilità e non impedisce di accettare un compenso anche dalla persona che non l'ha inizialmente richiesta, ma che tuttavia da tale opera ritrae, o crede di ritrarre, vantaggio.

Nella promessa fatta dall'Armenise è appunto l'intenzione di compensare anch'egli l'opera del Moroni pel vantaggio che ne avrebbe tratto di vendere la casa. Questa intenzione, che costituisce la causa dell'obbligazione assunta, esclude che possa parlarsi di donazione.

La vendita della casa non era la condizione per beneficiare il Moroni, ma il motivo determinante la consegna della statua, assicurandosi in tal modo l'Armenise che il Moroni avrebbe fatto del suo meglio perchè la vendita avesse luogo.

La donazione, anche se remuneratoria, è un contratto unilaterale, pel quale una parte dà all'altra qualcosa senza proporsi un

corrispettivo: se mai, la donazione remuneratoria potrebbe considerarsi il corrispettivo di un beneficio già ottenuto.

Qui si è in presenza di un contratto bilaterale, precisamente di locazione d'opera, e non sussistono, per quanto si è detto, i motivi di nullità per causa illecita opposti dall'appellante nella promessa accettata di compensare l'opera in caso di proficuo risultato» (*Omissis*).

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 9, 10, 11 e 38.

Questo caso rappresenta un ponte di passaggio ai casi e problemi contenuti nei seguenti capitoli II e III.

1°) Qual'è il criterio, adottato nella sentenza per distinguere la donazione remuneratoria da un contratto non avente la causa di liberalità? Si può parlare di donazione remuneratoria quando i servizi sono ancora da rendere? V. il caso Carrari cr. Masiero.

2°) In base a quali criteri si può distinguere nel caso Armenise una locazione d'opera da una donazione *cum onere*?

3°) Il Moroni era obbligato verso Armenise a interessarsi per la vendita? Se non v'era tale obbligazione, si può ancora parlare di contratto bilaterale in senso tecnico, o non conviene parlare di contratto a prestazioni corrispettive secondo il concetto dell'art. 1453 c. civ. ital. del 1942? Sulla portata di questo problema v. vol. I § 10 nota 1, e *sub f* ad nota 12. Per la *common law* v. § 29.

CAPITOLO II

LA CAUSA SUFFICIENTE NEL PROBLEMA DEI RAPPORTI FRA DONAZIONE E CONTRATTO DI SCAMBIO E SPECIALMENTE DEL CONTRATTO INNOMINATO

(vol. I, §§ 10, 12, 13 e 24)

SEZIONE I

Il problema in generale e nei rapporti fra privati (*Giurisprudenza italiana*)

BERNARDI cr. BERNARDI

Cass. Torino, 2 giugno 1868. — *Mon. Trib.*, 1868, I, 613.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Giuseppe Bernardi, con atto pubblico del 18 agosto 1849, emancipava i suoi figliuoli Giovanni e Luigi, e con altro atto dello stesso giorno, dichiarando di essersi determinato a rinunciare ai medesimi il suo patrimonio, onde quietamente condurre gli ultimi anni di sua vita, ne consentiva la rinuncia.

Risulta da questo atto — che il padre formava due lotti de' suoi beni coi rispettivi accessori, e ne assegnava uno al Giovanni e l'altro al Luigi, dichiarando di pienamente investirne i medesimi — che il padre dettava gli oneri e le condizioni dell'assegno, riservandosi tra le altre cose il diritto di testare fino a concorrenza di scudi 450 — che i figli accettavano, per sè, loro eredi, e successori, l'assegno paterno, e si obbligavano all'osservanza di dette condizioni, e degli oneri relativi — che finalmente il padre "pel caso che i figli, o loro successori, dovessero mancare all'esatto adempimento degli assunti obblighi, si riservava il dominio e la proprietà delle cose assegnate fino alla sua

morte, intendendo di ritornare al possesso le quante volte fosse per mancargli l'osservanza delle stabilite convenzioni”.

Giuseppe Bernardi dettò l'ultimo testamento (25 novembre 1850) nelle forme mistiche, nel quale, tra le altre, si leggono le seguenti disposizioni: — "Nomino ed istituisco eredi nella legittima, e nulla più, le tre mie figlie (Teresa, Maria e Arcangela), con che per altro le stesse non abbiano ad imputare nella legittima tutto quanto rispettivamente conseguirono all'epoca del loro matrimonio... — Istituisco eredi universali i miei due figli maschi Giovanni e Luigi... in qualsiasi ragione e diritto, niente escluso ed eccettuato, ed in parti uguali..., ritenuto che perfettamente ed esattamente osserveranno ed eseguiranno gli obblighi tutti verso di me assunti e verso le persone mie creditrici dichiarate nell'istromento 11 agosto (leggi 18) 1849..., al quale procedetti onde svincolarmi da' tanti impegni che aveva incontrato, ed ai quali le mie forze non erano sufficienti di provvedere. — Se però detti miei figli dovessero mancare a detti impegni..., di maniera che ne conseguissero molestie, incomodo e danno, in tal caso voglio e comando che siano eredi legittimari soltanto, e nomino in loro vece eredi universali e proprietarie le predette mie figlie. — Questo è il mio unico testamento, e l'ultima mia volontà intorno a quel poco, che pur mi troverò avere al tempo di mia morte...".

Questo testamento fu aperto e pubblicato il 9 dicembre del 1851.

Teresa ed Arcangela Bernardi convennero in giudizio davanti al Tribunale di Ferrara i fratelli Giovanni e Luigi, e con essi pure la sorella Maria, e dimandarono la liquidazione della loro legittima sull'intero asse paterno, e così anche sui fondi e sui capitali dal padre assegnati ai figli nell'istromento del 18 agosto 1849, chiedendo all'uopo la formazione dello stato ereditario. Ciò con citazioni del 15 e 23 giugno 1851.

I fratelli Bernardi sostennero, che il contratto del 1849 conteneva una convenzione a titolo oneroso ». (*Omissis*)

Il Tribunale di Ferrara ritenne che l'atto 18 agosto 1849 conteneva una donazione e così accolse la domanda delle sorelle Bernardi.

Su appello dei fratelli Bernardi, il Tribunale d'appello di Bologna ritenne invece che l'atto conteneva un contratto a titolo oneroso, e respinse la domanda delle sorelle Bernardi.

Queste ultime ricorsero in Cassazione, fra l'altro, proponendo il seguente mezzo:

« Dicono in secondo luogo violata e travisata la legge del contratto, e così ribadita la violazione delle leggi sovra citate; violate le leggi 27, 34 e 36 del codice de donationibus: violato il principio, stabilito nel libro 3, titolo 29, del codice di Giustiniano, e specialmente nella legge 29 dello stesso titolo.

Sia pure, che fosse intenzione del padre di trasferire nei figli la proprietà dei beni ad essi assegnati con l'atto del 1849; l'ipotesi non salva la sentenza. Il contratto racchiude una vera donazione, nè può qualificarsi a titolo oneroso; gli obblighi che il padre impone ai figli, sono oneri, non si nega in astratto; ma, avendo essi larghissimo compenso nel valore e nel reddito dei beni assegnati, non investono il contratto del vero suo carattere, non fanno sì che manchi la donazione. Ciò si ammise in sostanza dalla sentenza denunciata, quando disse che in ogni caso si tratterebbe di donazione remuneratoria, perchè il padre, mediante l'assegnamento, toglievasi alle brighe degli affari; perchè i figli si sobbarcavano ai relativi disagi; perchè il padre si procurava una vita quieta. Ma queste sono parole che conducono all'assurdo, e deve tenersi per fermo, che l'atto del 1849 è nullo, perchè non tutelato dalle forme prescritte per le donazioni; che, in ogni caso, doveva tenersi conto del vero valore dei beni donati a misura della legittima dovuta alle figlie per le opportune detrazioni; che quindi il Tribunale d'appello di Bologna, decidendo in senso opposto, è incorso in dette violazioni di legge.

I fratelli Bernardi oppongono in risposta:

(*Omissis*). — 2. Il Tribunale d'appello emise un giudizio di fatto, sia quanto al contratto del 1849, sia quanto al testamento del 1850; ammessi i fatti quali furono, in forza di quel giudizio, stabiliti e constatati, sono irrecusabili le conseguenze giuridiche, che ne trasse; dunque il ricorso debb'essere rigettato;

3. In ogni caso il confronto del contratto e del testamento con le considerazioni spiegate nella sentenza denunciata, prova a tutta evidenza, che il Tribunale di Bologna, nell'interpretare e l'uno e l'altro, ben lungi dal violare la legge, ha rettamente giudicato.

LA CORTE DI CASSAZIONE

(*Omissis*). — Sul secondo mezzo: — Atteso che il Tribunale (d'appello), dopo d'aver stabilito e dichiarato, che il contratto del 1849 trasferiva nei figli il pieno dominio dei beni dal padre ad essi assegnati, considerò che i contraenti qualificavano l'atto: assegnazione a titolo oneroso; che gli assegnatari, in corresponsivo delle assegnazioni, obbligavano se stessi, i loro eredi e i loro beni, all'osservanza dei patti convenuti; che tenuto conto degli obblighi e dei pesi portati da quei patti, aveasi la prova d'una sufficiente corresponsività; che pure ammettendo, come quegli obblighi e quei pesi capitalizzati non parificassero il valore dei beni assegnati, ciò non immutava la sostanza e il carattere del contratto, perchè dovendo gli assegnatari per patto far fronte ai debiti non contemplati, e che venissero a scoprirsi, si assoggettavano ad un'alea; che il padre, essendosi determinato alla rinuncia per condurre quietamente gli ultimi anni di sua vita, per liberarsi da tanti impegni cui le sue forze non poteano provvedere, non poteva con ciò non assicurarsi un corresponsivo; che ad ogni modo quand'anche si rinvenisse in tale rinuncia ed alienazione una certa larghezza, che potesse qualificarsi donazione, essa costituirebbe un adeguato compenso della quiete ottenuta dal rinunciante, e dei pesi assuntisi dai rinunciari, e dovrebbe dirsi remuneratoria; che perciò costituendo il contratto del 1849 un atto traslativo di proprietà, ed una alienazione mediante corresponsivo, i beni compresi nell'assegnazione rimangono assolutamente esclusi dall'asse ereditario, nè si può sovra i medesimi detrarre la legittima; che questa conseguenza è pure confermata dal testamento del padre, leggendosi in esso: che il diritto di legittima, fatto salvo alle figlie, è limitato a quel poco che si sarebbe trovato avere al tempo di sua morte, attesa l'assegnazione e la rinuncia fatta ai figli...

Atteso che codeste considerazioni non giustificano il dispositivo della sentenza denunciata. — Il titolo dato al contratto, nulla pone in essere quando è quistione di concretarne la qualificazione giuridica. — L'obbligo assunto dagli assegnatari, per sè, suoi eredi e successori, quanto all'osservanza delle condizioni e dei patti convenuti, potendosi stipulare anche nelle donazioni, non le esclude. Ciò che l'assegnatario corrisponde all'assegnante, quando è di molto inferiore al reddito dei beni assegnatigli, non è vero corrispettivo, e tanto meno è tale se trattasi di pensione vitalizia. Perchè siavi corrispettività è necessario, che nella realtà del fatto l'assegnatario corrisponda del suo l'equivalente più o meno di quanto riceve. L'elemento aleatorio, avente la sua ragione nel patto, di soddisfare debiti non dichiarati, ignoti, non giustificati, ipotetici, non immuta la natura dell'atto, e non basta ad escludere la donazione. Chi aliena i suoi beni per vivere quietamente, per liberarsi dai fastidi dell'amministrazione, per sottrarsi alle molestie d'impegni non giustificati, fa sempre un atto di liberalità a favore dell'alienatario che riceve i beni a titolo di proprietà, che non solo può supplire ai pesi addossatisi col reddito dei medesimi, ma ha nel reddito stesso un vantaggio attuale, e d'aumento progressivo per la cessazione degli oneri temporanei. La donazione, sia pure remuneratoria se vuolsi, è sempre donazione, e dà sempre diritto ai legittimari di volerne la collazione, ancorchè, secondo l'*jus romano*, sotto l'impero del quale l'atto fu stipulato, e il donante è morto, la donazione non potesse impugnarsi per vizio di forme, e si avesse per la morte come confermata, ed ancorchè il padre nell'ultimo suo testamento abbia dichiarato, essere sua volontà di limitare la legittima delle figlie a quel poco che si trovasse ancora nella sua eredità; esclusi i beni alienati mediante l'atto del 1849. — La legittima è data dalla legge; il padre non può nè toglierne la ragione, nè attenuarne i vantaggi col mezzo di atti palliati sotto forme onerose, ma contenenti nella vera realtà vere donazioni. — Dunque è palese che la sentenza denunciata, dichiarando oneroso il contratto del 1849, escludendo dallo stesso ogni elemento di donazione, ciò facendo nel concorso delle anzidette circostanze, ha travisato il contratto; ed è pure palese,

ch'essa ha violato le leggi in questo mezzo dalle ricorrenti invocate, quando, ammessa la ipotesi d'una donazione remuneratoria, ha recusato alle figlie l'esercizio del diritto a conseguirne la collazione. Atteso, che senza profitto si sostiene dai controricorrenti, avere il Tribunale d'appello di Bologna emesso un giudizio di fatto e di apprezzamento, il suo giudizio essere incensurabile in sede di Cassazione, ciò bastare perchè il ricorso della essere rigettato. La sentenza che definisce e qualifica un contratto, non decide una questione di fatto, ma decide una questione di diritto. La sentenza che dichiara oneroso un contratto, senza accertare in modo positivo la realtà degli oneri, e senza escludere in fatto, che gli utili non sieno molto maggiori degli oneri stessi, viola la legge, che in difetto di detti estremi ritiene il contratto quale donazione». (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 10 e 38.

La questione non fu decisa sulla base del requisito formale delle donazioni; ma i criteri adottati dalla sentenza varrebbero anche per risolvere tale questione, com'è accennato nella sentenza stessa e sostenuto dalle sorelle Bernardi. La sentenza accenna chiaramente al concetto della *causa suffisante* o « *sufficiente* corrispettività ».

Questionario.

1°) E' esatto il concetto di donazione remuneratoria cui fa ricorso la sentenza?

2°) La sentenza, per distinguere la donazione dal contratto di scambio, adotta un criterio strettamente oggettivo (sproporzione fra le prestazioni) con riferimento, anche, ai soli vantaggi patrimoniali. Fino a che punto è esatto che tale questione non è di fatto, ma di diritto?

Fino a che punto è esatto che l'elemento aleatorio, contenuto nell'atto *de quo*, non esclude l'applicazione di tale criterio o principio?

3°) Sempre in relazione al criterio adottato dalla sentenza, e di che sopra *sub* 2°), fino a che punto si può prescindere dallo scopo, espresso dal padre Bernardi nell'atto 18-8-1849 e nel testamento, di aver proceduto all'atto stesso onde svincolarsi dai tanti impegni incontrati, ai quali le sue forze non erano sufficienti, onde quietamente condurre gli ultimi anni di sua vita, sottrarsi a molestie e fastidi e simili? e ciò anche in relazione all'insistenza con cui il padre faceva dipendere l'atto « dall'esatto adempi-

mento degli obblighi assunti dai figli»; nonchè in relazione al fatto che la quiete, il sottrarsi a fastidi e molestie, ecc. non era un mero «motivo» dell'atto, ma rappresentava un obbligo pei figli (di comportarsi in modo «che non ne conseguissero molestie, incomodo e danno» pel padre).

E' chiaro che, di fronte al criterio della «causa principale e secondaria» (v. vol. I § 10 *sub c*), la sentenza accentua il criterio strettamente oggettivo, anche se l'intento delle parti è di fare un contratto di scambio o a titolo oneroso.

4°) Come si risolverebbe, comunque, la questione nel diritto francese, s'intende quanto al solo punto della forma delle donazioni? V. vol. I § 9 nota 10 e § 10 *sub b* e *sub c*.

5°) E nella *common law*? V. vol. I §§ 26 *sub d*, 30 *sub a*, 38 *sub c*, nonchè i casi *Hamer v. Sidway*, *Dunton v. Dunton* e simili nella parte II cap. II.

DE LORENZI cr. DE LORENZI

Cass. Torino, 17 luglio 1873. — *Mon Trib.*, 1873, I, 1174.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

«Le parole dell'atto del 3 settembre 1850 erano chiarissime. In quell'atto Agostino Delorenzi (agiato negoziante di Sestri Ponente), cede a' suoi figli Marco, dott. Antonio e Carlo la partecipazione che egli ha in un negozio per fabbricazione di sapone e smercio di olii, tenuto in società col suo fratello Carlo. Di più assegna ai cessionari per fondo di negozio la somma di L. 7200. Dal loro canto i figli, riconoscendo proporzionato alle sostanze del padre il fatto assegno, si obbligano di nulla più pretendere dal padre finchè vivrà; promettono di prestargli la loro assistenza in tutti i suoi bisogni. Quindi nei rapporti tra loro convengono, che Marco dovrà aver la gestione del negozio, che gli altri due fratelli, come che di professione differente, dovranno versare nelle cassa del negozio i lucri della loro professione. Che i proventi dovranno dividersi per terza ed uguale porzione; che nessuno di essi potrà cedere ad estranei la propria quota.

Che ben si scorge adunque, come, a fronte di fatti così chiari e precisi, l'atto del 1850 non potesse esser tema di apprezzamento, d'in-

terpretazione, e tutta la questione si riducesse a determinare qual fosse la natura giuridica di quel contratto, se cioè dovesse esser qualificato cessione o donazione. (*Omissis*)

Che dal raffronto degli elementi costitutivi del contratto a titolo oneroso, e di quello a titolo gratuito, la giurisprudenza attinse un criterio direttivo certo e sicuro per determinare (tuttavolta trattasi di atto che presenta l'apparenza di donazione), se questo debba riguardarsi qual vera donazione, o non sia piuttosto un contratto oneroso. Se la cosa donata eccede notevolmente i carichi imposti nel contratto, la liberalità formando la parte predominante dell'atto, questo debb'essere considerato come a titolo gratuito. Il peso, quando non è l'equivalente della cosa ricevuta, lascia sussistere l'elemento della locupletazione. Per contro, se gli oneri e la liberalità si trovino in una proporzione inversa, l'atto dovrà essere posto fra i contratti onerosi.

Attesochè, scendendo dal diritto al fatto, di leggeri si scorge come il rogito Picconi, considerato nella sua sostanza, presenti tutti gli estremi di una donazione. Un padre che si spoglia a favore dei figli di ciò che costituisce la principale sostanza del suo patrimonio, e di più di un capitale; quindi diminuzione del patrimonio del padre. I figli che, accettando l'assegno loro fatto dal padre, acquistano valori nuovi, quindi accrescimento del patrimonio dei figli. Per ultimo, intenzione apertamente spiegata dal padre di diminuire il proprio patrimonio nello scopo di arricchire i figli, quindi il terzo estremo, l'*animus donandi*.

Che gli è vero che nell'atto 1850 s'imponeano ai Marco, Antonio e Carlo Delorenzi degli oneri; ma pongansi questi oneri in rapporto colle liberalità che dessi ricevevano dal padre, e si vedrà di leggeri quale immensa sproporzione esista fra la cosa donata ed i carichi imposti.

I figli prometteano di nulla più pretendere dal padre; ma era ben naturale che dal momento che questi si era spogliato di quasi tutto il suo patrimonio a favore dei figli, questi nulla più potessero domandargli.

I figli s'obbligavano a prestare la loro assistenza al padre, ma l'obbligo pel figlio di assistere il padre è scritto nella legge di natura e nella legge positiva. D'altronde è ovvio che nel caso in discorso lo spostamento di fortuna, operatosi coll'atto del 1850, pel quale la maggior parte del patrimonio del preteso cedente passò nelle mani dei cessionari, ebbe necessariamente per effetto di porre Agostino Delorenzi nella condizione di non poter più prestare ai figli quell'assistenza, che un padre deve ai figli, ma di dover anzi essere dai medesimi assistito.

Che per quanto riguarda l'obbligo imposto ai tre cessionari di associarsi tra loro, di non cedere a' terzi la loro quota, e quello assunto in particolare dagli Antonio e Carlo di versare in cassa i lucri della loro professione, di lasciar la gestione al Marco, non si comprende come la Corte di Genova potesse scorgere l'equivalente della cosa ceduta in questi patti, che sono estranei nei rapporti tra il padre ed i figli, che non diminuiscono nè punto nè poco i valori acquistati in virtù della cessione; che in sostanza, lasciando intatta la natura del contratto, erano diretti unicamente a regolare l'esercizio del negozio e determinare l'impiego dei proventi.

Che evidente quindi si appalesa l'errore di diritto in cui cadde la Corte di Genova, allorquando, chiamata a statuire in ordine all'istramento del 3 settembre 1850, sull'applicazione delle norme legislative che determinano la natura e regolano gli effetti dei contratti onerosi e dei contratti gratuiti, a determinare cioè l'indole giuridica della convenzione intervenuta tra il padre ed i figli Delorenzi, volle scorgervi una cessione, e così un contratto oneroso, mentre dessa invece presentava a chiare note il carattere di un contratto gratuito, di una donazione. (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. citazioni del vol. I in nota al precedente caso Bernardi, nonchè, per la *common law*, anche il caso White v. Bluett.

Si confronti questo caso col precedente caso Bernardi e se ne stabiliscano le eventuali differenze, tenuto conto delle varie questioni colà poste.

DE SANGRO NE' MARCHETTI cr. MARCHETTI

App. Firenze, 30 aprile 1875. — *Annali*, 1875, II, 121.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

«*La Corte* — Considerando, che la questione di merito agitata fra le parti consiste nel determinare se la principessa De Sangro, già vedova Caramanico, moglie del signor Francesco Alessandro Marchetti, sia civilmente obbligata a pagare al marito la somma di italiane lire 60.000, della quale apparirebbe debitrice per avere emesso a di lui favore un biglietto all'ordine per valuta contanti in data 18 gennaio 1871, scaduto nel 15 febbraio successivo, valuta non vera a confessione dello stesso signor Marchetti, il quale dichiara essergli stata offerta quella somma come compenso dell'abbandono dell'arte drammatica, che onorevolmente esercitava al tempo in cui ebbe a conoscere la signora De Sangro;

Considerando, che, ritenuta la verità della causa attribuita dal signor Marchetti alla promessa delle 60.000 lire fattagli dalla principessa De Sangro, non ne deriva la conseguenza che il contratto abbia a dirsi a titolo oneroso, anzichè gratuito.

È noto in diritto che è a titolo oneroso quel contratto, nel quale ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio; è a titolo gratuito o di beneficenza quello in cui uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente (art. 1101 codice civile). Ora il vantaggio, che volle procurarsi la signora De Sangro, non potè essere che quello di render possibile o più facile il suo matrimonio con il signor Marchetti, ossia di rimuovere uno degli ostacoli che si opponevano al compimento di questa desiderata unione. Ma siffatta utilità non essendo stimabile a contanti, è ben lungi dal costituire un corrispettivo qualunque della promessa, di cui si controverte (POTHIER, *Des obligations*, n. 140, 157, 158; *Ann. della Giurispr. ital.*, vol. I, pag. 109). Infatti nel caso di contravvenzione del signor Marchetti all'obbligo ingiuntogli di abbandonare la carriera drammatica, la signora De Sangro non avrebbe avuto diritto ai danni verso il contravventore; unico diritto

d'altronde, che per la regola — « *nemo potest praecise cogi ad factum* » — spetta al creditore quando l'obbligazione consiste nel non fare una cosa, che fatta è impossibile distruggere (art. 1221 e 1222 codice civile; POTHIER, *loc. cit.*). E se il vantaggio morale, che la signora De Sangro intese conseguire promettendo al signor Marchetti la somma di 60.000 lire, non ebbe virtù di dare al contratto il carattere di oneroso e corrispettivo, è forza concludere che con questa promessa nient'altro si pose in essere che una pura e semplice donazione.

Un caso, che presenta qualche affinità col nostro, s'incontra nelle leggi romane. Un coniuge dà all'altro una somma perchè costruisca una villa, o semini un campo; si domandava se era questa una donazione, e il giureconsulto Nerazio rispose affermativamente: « *Datum ad villam extruendam vel agrum serendum, quod alioquin facturus non erat is qui accepit, in speciem donationis cadere; ergo inter virum et uxorem hae erunt interdictae* ». (leg. 11 § 2, Dig. - *de donat. inter vir. et uxor.*).

In questo caso un vantaggio, sia pure indiretto, avrebbe risentito l'altro coniuge per la costruzione della villa o per la semente del campo; ma poichè non era un corrispettivo vero e proprio di quello che dava, così non si dubitò di riguardare il contratto come una donazione fra i coniugi proibita.

Considerando, che conosciuta l'indole di donazione nella obbligazione contratta dalla signora De Sangro col biglietto all'ordine del 18 gennaio 1871, con pieno diritto ne ha essa opposta la nullità per non essere stata la donazione fatta ed accettata per atto pubblico (art. 1056, 1057 e 1061 codice civile);

Considerando, che non gioverebbe invocare, all'oggetto di sostenere la validità dell'atto impugnato dalla signora De Sangro, la giurisprudenza francese che ritien valide le donazioni mascherate sotto la forma di contratti onerosi. Le leggi di tutti i popoli civili, guardando gli atti di donazione con austera diffidenza, li hanno assoggettati a varie forme e solennità preordinate a garantire una perfetta libertà di maturo e deliberato consenso in chi si spoglia dei propri averi per

mero impulso di liberalità e beneficenza. Basti rammentare le leggi romane sulle donazioni clandestine ed occulte e sulla forma sacramentale della insinuazione negli atti del magistrato, richieste come un secondo consenso indispensabile alla efficacia ed irrevocabilità delle donazioni di una certa importanza, come erano quelle eccedenti i 500 soldi (leg. 25, 34, 36, cod. De donat.).

Il nostro legislatore, facendo tesoro dell'esperienza di tanti secoli, ha ordinato per le donazioni la solennità sostanziale dell'atto pubblico, perchè ha visto nella presenza del pubblico ufficiale e dei testimoni una garanzia sufficiente della maturità e libertà del consenso del donante, ed un freno salutare di pudore contro tutte quelle liberalità immorali che non aveva altri mezzi per impedire. Nè contento di ciò, ha voluto che anco l'accettazione fosse fatta per atto pubblico, quasi per rendere di questi contratti più difficile la perfezione e più facile l'annullamento (DALLOZ, tom. 16, n. 1385; TOULLIER, *Titolo delle donazioni*, n. 187, 188).

Ora ammettendo la teoria francese, che riconosce valide le donazioni velate sotto la apparenza di contratti onerosi, purchè siasi osservata la forma per questi richiesta, ognun vede che la legge, la quale ha comminato la nullità di tutte le donazioni, perfino di quelle che impongono degli oneri ai donatari (art. 1051, cod. civ.), se non son fatte per atto pubblico, rimarrebbe sempre lettera morta per chiunque volesse sottrarsi all'impero delle sue disposizioni. Del resto, quella teoria, che in Francia ha trionfato dopo lunghi e vivi contrasti, si fonda sopra argomenti che non reggono ad una seria critica. S'invoca il diritto romano, e precisamente la legge 38 Dig. « *De contrahenda empt.* » che dispone: « *Si quis, donationis causa, minoris vendat, venditio valet* ». Ma si dimentica che Ulpiano nello stesso frammento distingue la vendita fatta a prezzo inferiore al giusto da quella fatta senza alcun prezzo, e conclude che il contratto vale come vendita nel primo caso, ma non vale nel secondo: « *totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est; quotiens vero viliori pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere* ». E altrettanto aveva detto il

giureconsulto nella legge 36, *eodem*: « *Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere* ». Lo stesso ripetono gli imperatori Diocleziano e Massimiano nella legge 3, cod. *eodem*: « *Si donationis causa simulatus contractus est, emptio in sui deficit substantia* ».

Si obietta che il contratto, insussistente ed inefficace come vendita, valeva per altro come donazione.

Ma non si riflette che anticamente presso i Romani le donazioni non eran soggette a solennità di forme, e si perfezionavano appena il donante aveva manifestato la sua volontà, *scriptis aut sine scriptis*, e neppure si considera che poi gli imperatori sottoposero le donazioni di una qualche entità alla insinuazione negli atti del magistrato. Li scrittori e i tribunali s'appoggiano all'antico diritto francese, che ordinava forme solenni per le donazioni espresse, non per le tacite; ma fra le donazioni tacite non era legalmente e logicamente possibile annoverare quelle fatte sotto l'apparenza di contratti onerosi.

Si dice che la simulazione non è una causa di nullità, se non cela una frode. Ma questo principio procede solamente quando il contratto riunisce le condizioni necessarie alla sua validità, e la simulazione non è un mezzo praticato per eludere le disposizioni della legge. Ora queste due condizioni mancano appunto nella simulazione che ha per scopo di mascherare una donazione sotto la menzognera apparenza d'un contratto oneroso. E invero non si sfugge a questo dilemma; o considerate l'atto come oneroso, ed è nullo per difetto delle condizioni essenziali alla sua validità; o lo riguardate come lucrativo e gratuito, ed è nullo per vizio di forma sostanziale. Infine a sostegno della teoria allegano varii articoli del Codice civile (847, 849, 911, 918, 1099), che niente hanno a che fare colla questione; basti fermarsi sull'art. 911, corrispondente all'art. 773 del Codice italiano, che dichiara nulle le disposizioni a profitto d'un incapace, o sieno simulate sotto la forma di contratto oneroso, o sien fatte sotto il nome di interposta persona. È evidente che la legge volle così raggiungere più sicuramente il suo intento, che era d'impedire la fraudolenta violazione delle sue proibitive disposizioni; ma trarne argomento per concludere,

che il legislatore intese di dichiarare valide le donazioni fatte sotto la forma di contratto oneroso a favore di persona capace di ricevere, è imprestargli una volontà apertamente contraddittoria coll'intendimento, manifestato in modo da escludere qualunque ombra di dubbio, di non riconoscere valide le donazioni che non sieno fatte per atto pubblico. Ed è per queste considerazioni che anche in Francia scrittori autorevoli deplorano che siasi introdotta nella giurisprudenza una dottrina che distrugge la legge (DEMOLOMBE, *Traité de donat. et testam.*, tom. 3, n. 96 e seg.).

Considerando, che l'interrogatorio proposto dal sig. Marchetti non poteva esercitare alcuna influenza in causa, perchè, ammessi pure per veri i fatti che con questo mezzo vorrebbe provare, non se ne avvantaggerebbe minimamente il suo assunto; infatti avremmo sempre nella promessa delle 60.000 lire una donazione, mancando nel contratto a riguardo della promittente un corrispettivo economicamente stimabile;

Considerando, che era del pari inutile la perizia calligrafica in ipotesi domandata dal signor Marchetti, perchè la lettera prodotta in atti, che si voleva così acclarare anche nelle parti cancellate, non altro rivela nè può rivelare che la volontà della signora De Sangro di donare le 60.000 lire al suo futuro marito allo scopo che abbandonasse l'arte drammatica.

Per questi motivi: Rigetta insieme alle istanze incidentali l'appello ecc. ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 8 e 10 e 13 *sub b*. Sul *billet causé e non causé* in rapporto alla forma delle donazioni, v. vol. I § 22 note esplicative nn. 3 e 4. Sulla giurisprudenza francese in tema di donazioni dissimulate v. § 38 *sub d*.

La sentenza è una delle più notevoli, quasi un *leading case*, per illustrare le direttive seguite dalla giurisprudenza italiana in questa materia (v. § 10 *sub b*, nota 6). Notevole il richiamo della sentenza al Pothier. La *cause suffisante* (controprestazione avente un certo valore) è considerata nella sentenza come « condizione essenziale alla validità di un contratto a titolo oneroso ».

Questionario:

1°) Cosa ne pensa il lettore del criterio, adottato nella sentenza, che per distinguere un contratto a titolo oneroso si deve aver riguardo al vantaggio o utilità (apprezzabile in danaro) derivante al promittente dalla condotta o prestazione imposta all'altra parte? Che dire del sacrificio derivante al promissario Marchetti? Aveva questo sacrificio carattere patrimoniale? V. vol. I, § 10 nota 2 e § 13 *sub b*. Si confronti coi casi Carrari-Masiero e Cattaneo-Milesi.

2°) Ha la Corte confuso questo problema con quello della sanzionabilità (mediante risarcimento dei danni patrimoniali) di una obbligazione non rappresentante un interesse patrimoniale pel creditore? V. vol. I § 20 *sub a* e § 21 nota 2.

3°) Che pensa il lettore dei richiami della sentenza al diritto romano? V. vol. I § 2.

4°) E che della affermazione della sentenza che « le leggi di tutti i popoli *civili* hanno guardato gli atti di donazione con austera diffidenza e li hanno assoggettati a varie forme », ecc? V. vol. I § 2 *sub d*, §§ 7, 28 *sub b* in fine, § 31, § 33 *sub d* e § 38 *sub c* nota 35.

5°) Era il Marchetti obbligato ad abbandonare l'arte drammatica, o ciò costituiva soltanto una cosiddetta « condizione » analoga *mutatis mutandis* alla *executed consideration*? In questo secondo caso, si potrebbe escludere sol per ciò la figura del contratto a titolo oneroso, anche se v'era un notevole sacrificio patrimoniale pel Marchetti? V. vol. I § 10 nota 1 e *sub f ad* nota 12.

6°) Sempre in questo secondo caso, come si deciderebbe la questione nella *common law*? V. vol. I § 29 e 30 *sub a*.

7°) Che pensa il lettore della possibilità o della convenienza (giustizia) di applicare nella *civil law* pel caso Marchetti un principio analogo a quello della *reliance* della *common law*? v. vol. I § 17 in fine e § 27 *ad* note 4 segg. (anche quanto alla casistica francese ivi cit.) e il caso Cattaneo-Milesi e altri citati *infra* nella sez. III di questo capitolo.

Si tenga presente in proposito la massima della sentenza in esame, quale si trova redatta negli *Annali*: « la promessa di una *vistosa* somma fatta dalla sposa allo sposo per *indurlo* ad abbandonare la professione che esercita, all'oggetto di rimuovere uno degli ostacoli che si frappongono al loro matrimonio, pone in essere un contratto a titolo gratuito perchè l'utilità ecc. ».

COCCHI cr. MARIONI

App. Genova, 30 giugno 1875. — *La legge*, 1875, 790.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Semplifichiamo i fatti di causa, assai più complicati. Con atto 3 aprile 1861, a rogito Righini, Bozzi Maria Caterina e Marioni Caterina, nell'acquistare certi beni Pangona dai Sigg. Betta per L. 6341, dichiaravano in fine all'atto suddetto « di aver acquistato i beni suddetti per conto e interesse loro rispettivo, con la dichiarazione peraltro che quando il Sig. Lorenzo Cocchi (nato il 10 novembre 1842) sarà divenuto maggiore di età ed ove assuma sopra di sè l'obbligo di far soddisfare gli uffici e le messe annue perpetue ordinate dai Sigg. Giuseppe e Luigi Cocchi, rilasceranno ad intero beneficio del medesimo, senza prezzo e compenso alcuno, i beni Pangona ».

Morte le signore Bozzi (nel 1870) e Marioni (il 13-2-1874), succedevano loro i Sigg. Marioni Angelo, Giovanni e Andrea.

Il 30 settembre 1874 Lorenzo Cocchi accettava quanto disposto a suo favore nell'atto Righini 3-4-1865 con la relativa condizione ad esso imposta per le messe e uffici.

Gli eredi Marioni con citazione 5-12-1874 pretesero d'aver diritto sui beni Pangona e all'uopo sostennero, fra l'altro, che la summenzionata disposizione dell'atto Righini 3-4-1861 conteneva una donazione nulla per difetto di forma (mancavano i quattro testimoni prescritti dalla legge) e di accettazione regolare prima della morte delle disponenti. Il Cocchi sostenne la tesi del contratto a titolo oneroso.

Il Tribunale di Pontremoli accolse la tesi dei Marioni e la Corte d'Appello di Genova, nel confermare, ne disse:

« Attesochè i termini della dichiarazione in discorso (quella finale contenuta nell'atto Righini) inclinano piuttosto ad una donazione, sebbene imperfetta, essendochè le dichiaranti dimostrino di voler cedere al Cocchi gli stabili (Pangona) in disputa, senza prezzo o compenso, e perchè l'onere annesso alla cessione stessa non essendo, per quanto è in causa dichiarato, un serio e sufficiente corrispettivo, non poteva mutare l'atto di liberalità, qual'era nella intenzione delle di-

chiaranti fare, in un atto a titolo oneroso, e il comune diritto e lo stesso codice parmense, art. 1906, riconoscono le donazioni con onere ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10 *sub b* e § 38.

1°) Non è chiaro se le messe e uffici fossero a carico delle disponenti Signore Bozzi e Marionì. Quale importanza avrebbe questo fatto nella questione?

2°) Quale importanza ha l'intento delle disponenti Bozzi e Marionì? La sentenza adotta anche un criterio oggettivo di un « corrispettivo sufficiente »: come si concilia questo criterio con quello soggettivo dell'intento?

3°) Come si risolverebbe il caso nella *common law*?

SALINI cr. SILVA e COLLEGIO ALBERONIANO

Cass. Torino, 16 febbraio 1881. — *Mon. Trib.*, 1881, 550.

(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Considerando, che non per qualunque liberalità, ma per le sole donazioni vere e proprie, erano essenziali le forme solenni prescritte dagli artt. 1890, 1891 e 1892 del cod. civ. parmense;

Che per determinare se concorressero gli elementi costitutivi di una donazione vera e propria, secondo la definizione datane nell'art. 1886 del predetto codice, e principalmente quello di una spontanea liberalità, era indispensabile aver riguardo alle circostanze ed alla presumibile volontà delle parti;

Che nella specialità del caso attualmente in disputa l'atto, che pretenderebbersi di donazione, formava parte integrante di una convenzione liberale, con cui Angelo Silva trasferiva al figlio suo Paolo, e questi accettava ed assumeva, tanto i diritti, quanto le obbligazioni che gli derivavano dalla locazione di un fondo; sicchè la stessa cessione gratuita, compresa in quest'atto, dei capitali vivi e morti destinati alla conduzione del fondo, poteva negli effetti ultimi e complessivi della cessione non riuscire di reale vantaggio al cessionario;

Che d'altra parte il beneficio eventualmente derivabile da codesta

cessione di capitali, per dichiarazione espressa nella convenzione, era determinato dalla intenzione del cedente di provvedere con ciò il figliuol suo dei mezzi necessari per poter esercitare la industria agricola, a cui erasi dato; e sotto tale aspetto poteva assumere il carattere di un atto di savio governo della famiglia, anzichè di una vera donazione;

Che apprezzando nel loro complesso tali circostanze di fatto, e desumendone che secondo la intenzione delle parti non si trattasse nel caso controverso di una donazione vera e propria, la Corte d'appello di Parma ha usato legittimamente dei poteri che le spettavano nel giudicare del merito, nè però ha potuto violare le disposizioni di legge che per le donazioni vere e proprie prescrivevano forme solenni da osservarsi sotto pena di assoluta nullità.

Per questi motivi, rigetta il ricorso contro la sentenza della Corte d'appello di Parma del 2 agosto 1870 ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 8, 9, 10 e 11.

Ai sensi degli articoli 1890, 1891, 1892 codice parmense, la forma delle donazioni, prescritta a pena di nullità, consiste nell'intervento del notaio e di quattro testimoni, nonchè del Pretore che, esplorato l'animo del donante e riconosciuta giusta la causa della donazione, interporrà la sua approvazione.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che la convenzione, in quanto il figlio assumeva anche le obbligazioni derivanti dalla locazione in corso, poteva, nella valutazione complessiva del contenuto della convenzione stessa, non riuscire di *reale* vantaggio al figlio cessionario (giudizio di fatto, insindacabile in cassazione). E questo sarebbe l'elemento oggettivo (v. vol. I § 10 *sub b*, I).

Ma la Cassazione si fonda anche su un criterio di carattere soggettivo (l'intento di provvedere il figlio ecc.), che, sembra, sarebbe, secondo la Corte, sufficiente di per sè ad escludere la figura della donazione, in quanto attribuirebbe al contratto il carattere di « *atto di savio governo della famiglia* ».

Questionario:

1°) E' sufficiente, di per sè, tale criterio soggettivo ad escludere la figura della donazione? V. vol. I § 11 *sub d*, ad nota 24, nonchè art. 741

e 742 nuovo codice civile italiano; artt. 1007 e 1009 cod. civ. ital. del 1865 e artt. 851 e 852 cod. civ. francese etc. V. anche i casi di cui al cap. III.

2°) *Quid*, se la cessione dei capitali vivi e morti si fosse attuata con la consegna delle cose? V. vol. I § 11 *sub c*, e § 38 *sub a*.

3°) L'assunzione degli obblighi di una locazione in corso, quando si cedono anche i relativi diritti, può costituire un corrispettivo sufficiente per la cessione dei capitali vivi e morti?

4°) In caso affermativo, può il suddetto criterio soggettivo servire a eliminare l'intento di donare in casi del genere, in cui v'è assunzione di obblighi di carattere patrimoniale; oppure occorre attenersi al criterio strettamente oggettivo? V. vol. I § 10 *sub b*, I.

Si esaminino le questioni I, 2, 3 anche dal punto di vista del diritto francese.

5°) Come si risolverebbe la questione nella *common law*? V. vol. I § 30 *sub a* e § 38 *sub c*.

LEVI cr. FINANZE

App. Venezia, 3 dicembre 1886. — *La legge*, 1887, I, p. 38.

(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Causa impellente (della donazione) è quella sola della *bonitatis et humanitatis*, intendendo il donante di procurare spontaneamente un vantaggio al proprio simile, senza equivalente (art. 1101 c.c.).

Un siffatto carattere speciale della donazione o liberalità mancava all'atto, che la quietanza 7 maggio 1885 riporta nei suoi elementi, di formazione, di determinazione, di esecuzione. Quando il D. Angelo Levi, che non aveva rapporti con Angelina Agostini, addiveniva a quell'atto, onde svincolare il fratello Cesare dalla catena amorosa che lo legava alla stessa, non poteva averle dato parecchie migliaia di lire, nè rilasciato un ricco mobiliare per animo liberale, contraddizione non consentendo che intendesse di beneficiare chi aveva compromesso e comprometteva la pace e gli interessi sociali ed economici della sua famiglia, congiunti con quelli del fratello, per essere stata la causa di gravi dispendi e di traviamiento sociale e morale per esso Cesare, e perchè aveva tutto l'interesse a continuare questa intima relazione.

Le parole della quietanza « di regalare le L. 7.680 ed il mobiliare » e le altre che « la somma le era accordata con tanta liberalità » nel contesto dell'atto rappresentano il *corrispettivo* della restituzione che essa gli faceva delle lettere di Cesare Levi, le quali dovevano contenere promesse compromettenti e dare qualche titolo giuridico, se un tanto prezzo si voleva dalla Agostini e si dava dal D. Levi per la detta restituzione. Doveva il D. Levi avere temuto l'altra azione per alimento al nascituro (art. 192-193 c.c. - del 1865) e per le spese di puerperio (art. 1151 stesso codice), se a quel prezzo egli si pattuiva la dichiarazione della Agostini, che la sua gravidanza, ad onta degli intimi rapporti e dei favori concessi al Cesare Levi, era invece l'effetto di un *congressus plurium concubentium*. Infine il convegno fu fatto espressamente per rompere il legame del fratello; ma, se nulla è l'obbligazione che abbia la causa illecita di incominciare o di continuare la relazione immorale del concubinato, assumeva nel soggetto caso una causa lecita nel farla cessare, in quanto alla donna traviata, la cui condizione, benanco dopo la rottura del legame, sarebbe rimasta degradata e pregiudicata, forniva il mezzo per riparare il suo danno e di riabilitarsi (art. 1151) (LAURENT, *Principes*, XVI, n. 153-155; DEMOLOMBE, *Contrats*, n. 375). Non occorre impertanto di supporre coll'appellante l'obbligazione naturale a dare L. 7.680 e il mobiliare, dappoichè si poteva transigere sopra più temute pretese giuridiche, e non conoscendo d'altronde il codice civile l'obbligazione naturale, se non che per negare l'azione di restituzione del pagato per la stessa (art. 1237).

Addivennero dunque le parti ad una convenzione bilaterale, perocchè vi fu un *do ut des et facias*, una reciproca prestazione, e fu fatta onde prevenire, non nude molestie, ma pretese della Agostini, basate ad un legame amoroso, ad uno stato di gravidanza ed a lettere contenenti promesse obbligatorie; cosicchè le si faceva nella quietanza anche espressamente rinunciare ad ogni pretesa giuridica. Se non si aveva una dichiarata transazione ai sensi dell'art. 1764, tuttavia lo scritto 7 maggio 1885 rivelava la *res dubia*: *aliquid datum et aliquid retentum*, nella cui sussistenza *sufficit metus litis instantis*, affinché si

abbia tuttavia una transazione. Nè dopo tutto ciò si può pensare alla liberalità, sia di riconoscenza o remunerazione, sia congiunta a qualche peso, quale la suppone il R. Demanio, per sostenere come giusta la tassazione conforme all'atto. In quella vece anche per l'art. 6 legge 13-9-1874 n. 2076 la tassa di registro andava applicata secondo l'intrinseca natura e gli effetti dell'atto, in quanto non vi corrispondevano il titolo o la forma apparente ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 10 e 11.

La questione si è presentata dal punto di vista fiscale. Ma i criteri adottati dalla sentenza per risolverla sono quelli stessi che varrebbero a risolvere la questione della forma delle donazioni (nel diritto italiano richiesta anche per le donazioni manuali di valore non modico: v. vol. I §. 38 *sub a*).

Ponga e risolva lo stesso lettore le questioni che ritiene opportune per quanto concerne la forma dell'atto, supponendo anche che, invece di un pagamento, D. Levi avesse fatto una promessa.

Come dovrebbe essere redatto l'atto, nell'interesse della Agostini, al fine di evitare le eccezioni di forma, tenuto conto che non sarebbe facile ottenere, in casi del genere, un atto notarile nella forma delle donazioni?

Si tenga presente la nota 2 al § 10 del vol. I.

Si veda la questione nel diritto francese (vol. I § 9 e 11). Si confronti il presente caso coi casi: Debens cr. Dellarole; Ricciardelli cr. Biondo; Guagliardo cr. Grana; Bosco cr. Fogliatti (in particolare quanto al problema di una transazione e alla « causa » della promessa di pagare un debito altrui). Se ne dicano le differenze, quanto ai casi in sè e quanto alla decisione data ad essi dalle rispettive sentenze.

ROSSI e LANIFICIO ROSSI cr. FINANZE

App. Milano, 27 aprile 1891. — *Mon. Trib.*, 1891, 858.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis* e un breve inciso riassuntivo)

« *Fatto.* — Nel 1873 fu costituita in questa città, col capitale di 30 milioni di lire, poscia ridotto a 24, e diviso in azioni da lire mille cadauna, una Società anonima denominata Lanificio Rossi avente per scopo la fabbricazione e la vendita della laneria ed operazioni affini,

La Società medesima diventò proprietaria di vari opifici posti in diverse località, tra cui quello di Schio detto La Centrale, il più importante di tutti, e che era antecedentemente di ragione del senatore Commend. Alessandro Rossi, il quale fu il principale promotore della costituzione di detta Società, vi diede il suo nome, venne nominato e rimase fino a questi ultimi tempi presidente del Consiglio di Amministrazione e direttore tecnico di essa; ed in questa seconda qualità teneva a termini dello statuto sociale depositate a garanzia nella cassa della società duemila azioni (art. 48), mentre altre cento ne avea pure colà in deposito per la prima di tali cariche (art. 14).

Nel 1879 non volgendo molto prospere, come non è controverso, le condizioni della Società, ed essendosi, onde rialzarle, sentito il bisogno di introdurre delle modificazioni nell'ordinamento amministrativo di essa, che era stato basato al sistema di due sezioni, l'una industriale e l'altra commerciale, fra loro distinte ed aventi per la natura delle cose diverse tendenze, furono convocati in via straordinaria gli azionisti, onde avessero a deliberare sui seguenti oggetti:

1°) Facoltà al Consiglio di Amministrazione di adottare il sistema di più gerenze tecnico-amministrative;

2°) Proposta di cessione di un opificio al prezzo dell'ultimo inventario;

3°) Conseguenti modificazioni a vari articoli dello statuto sociale.

In relazione al secondo di questi punti era sembrato al Consiglio d'Amministrazione della Società conveniente che questa avesse ad alienare l'opificio La Centrale, inquantochè, perchè questo potesse adattarsi al nuovo ordinamento avrebbe dovuto, ad avviso del Consiglio medesimo, mutare il genere di fabbricazione, abbandonando quella delle stoffe fini, ed una simile trasformazione esigeva spese rilevanti, ed il consumo di un notevole tempo di transizione, col rischio di compromettere le sorti sociali.

Ed il senatore Rossi avea espresso che in ogni evento egli stesso si sarebbe fatto rilevataro di quell'ente, ma essendosi in proposito, già prima della riunione della assemblea, manifestata fra gli azionisti una

decisa opinione contraria alla alienazione in discorso, fu la proposta ritirata e l'assemblea venne chiamata soltanto a deliberare sul primo oggetto e sul terzo, limitandosi quest'ultimo ad una modificazione da arrearsi all'art. 20 dello statuto nel senso che si dichiarasse lecito al Consiglio « di adottare, d'accordo col direttore, il sistema di particolari amministrazioni tecnico-commerciali e di costituire gli opifici in compartecipazione di utili e di perdite, con quelle garanzie che si trovasero opportune e necessarie ».

Alla detta assemblea, tenutasi il 9 ottobre 1879 col concorso di 204 azionisti possessori di 14.658 azioni, di cui 2684 erano indicate siccome depositate dal senatore Alessandro Rossi, quest'ultimo, che la presiedette, espose con particolareggiato discorso lo stato della Società; e, tra le altre cose, osservò che le condizioni economiche dell'opificio La Centrale, inferiori a quelle degli altri, unite agli oneri che su di esso pesavano, toglievano al medesimo la possibilità di dedicarsi all'articolo popolare di grande spaccio, laonde l'idea della pluralità delle gerenze veniva ad essere infirmata nella sua parte migliore; che egli si era proposto di risolvere la difficoltà colla diminuzione di taluno dei carichi afficienti La Centrale, e principalmente coll'abbandono degli interessi sul capitale fisso di due milioni; che tale abbandono avrebbe agevolato alla Centrale il modo di mettersi al più presto possibile coi suoi bilanci in riga cogli altri opifici facilmente attivi, e concorso ad impedire che rimanesse la stessa per qualche anno la parassita dei bilanci delle altre gerenze; che liberato dall'onere di acquistare La Centrale, onde riuscire nel piano premeditato per la via che gli azionisti gli imponevano « egli caricava sè medesimo del peso di quegli interessi, sollevandone per due anni di seguito il bilancio dell'opificio centrale, coi coupons del suo deposito cauzionale equivalente all'incirca al detto capitale fisso ».

Ed aggiungeva le seguenti testuali espressioni: « Vi sono dei momenti in cui le Società anonime, legate ad uno statuto ed alla legge, richiedono dei sacrifici personali; così io penso e così opero in una Società che porta il mio nome. Tale proposta che io collego integralmente e solidariamente con quella che è rimasta all'ordine del giorno,

non è che la agevolazione necessaria delle nuove gerenze applicate a tutto il Lanificio Rossi, con unità di concetto e di intento; non è che una conseguenza naturale del ritiro, tutt'altro che inconsulto, della seconda proposta che agli azionisti non è piaciuta ».

Sorsero alcuni di costoro (Podreider e Finzi) a dichiarare che allo stato delle cose l'offerta generosa del presidente non si potesse accettare, mentre la fiducia che si avea nell'Amministrazione della Società dispensava chiunque dal far regali alla stessa; altri invece (avvocato Campi) notò che il senatore Rossi non era un azionista come gli altri; che avea delle responsabilità eccezionali; che avea legato il suo nome al lanificio e vi avea impegnato una sostanza enorme, e che queste considerazioni erano tali che, giustificando la proposta, toglievano ogni sospetto di mancanza di decoro nell'accettarla. Il senatore Rossi fece propri questi concetti, osservando come ciò che egli voleva ottenere si era che La Centrale, questo stabilimento fondato da suo padre nel 1817, ed al quale avea dedicato 40 anni di vita, non diventasse parassita degli altri stabilimenti tutti nati dopo di lui e tutti di minore importanza; e dopo ciò e dopo altre discussioni, il presidente pose ai voti la progettata modificazione dell'art. 20 dello statuto sociale nei sensi già riferiti avvertendo che chi l'approvasse si intenderebbe avere insieme approvato anche l'aggiunta sua personale.

E lo fu infatti col concorso di 2125 voti sopra 2282 spettanti a 181 azionisti votanti.

Il verbale dell'assemblea in parola venne nel giorno 29 ottobre 1879 depositato negli atti del notaio di qui, dott. Stefano Allocchio; ed il rogito relativo fu registrato in questa città il 14 novembre successivo. Essendosi però il ricevitore contemporaneamente riservato di esigere in seguito, quando fosse stata impartita la approvazione governativa, che, secondo la legge del tempo, avrebbe dovuto intervenire, perchè avesse efficacia la votata modificazione dell'art. 20 dello statuto del Lanificio Rossi: le seguenti altre tasse, e cioè: modificazione di statuto sociale, lire 10; donazione degli interessi di due anni al 6 per cento su due milioni, ossia lire 240.000, dal senatore Rossi alla Società, 10 per cento, lire 24.000; doppio decimo lire 4802; in tutto lire 28.802. (*Omissis*).

Il comm. Alessandro Rossi, dopo aver pagata la richiesta tassa di registro sull'atto come donazione, ne richiese, in proprio e quale rappresentante della società, la restituzione avanti al Tribunale di Milano. E all'uopo, fra l'altro, sostenne:

1°) Che, se trattavasi di donazione, questa era nulla, per mancanza della forma *ad hoc*, non potendo dirsi che il verbale dell'assemblea, benchè redatto da notaio, costituisse quella forma;

2°) Che l'atto non era in realtà una donazione.

Il Tribunale di Milano accolse questa seconda tesi e la Corte d'appello, nel confermare la decisione del Tribunale, motivò come segue:

« Non è difficile persuadersi che di donazione o liberalità non si possa parlare a proposito dell'atto in discorso, appena si richiamino e vengano applicati alla fattispecie attuale alcuni dei più incontestabili principi che si riferiscono in genere ai contratti a titolo oneroso ed a titolo gratuito o di beneficenza, ed in ispecie alla donazione, che della natura dei contratti certamente partecipa, sebbene l'istituto relativo sia dal codice nostro disciplinato in un titolo a parte.

Qualunque contratto e qualunque donazione si esamini, si troverà sempre un motivo determinato dell'atto (il *cur contraxit*) ed una causa, ossia il motivo giuridico per cui si è assunta l'obbligazione (il *cur se obligavit*).

Il motivo determinante non ha influenza per la qualificazione dell'indole intrinseca dell'atto, ma ne ha molta la causa a cui le moderne legislazioni hanno attribuito una speciale importanza.

La causa nei contratti commutativi sta nel servizio che reciprocamente i contraenti si rendono, nell'equivalente che compensa il sacrificio di ciascuno di essi; nei contratti di beneficenza, e nella donazione in ispecie, si trova, come dicesi in dottrina, nello spirito di liberalità, che non è escluso da che il donante intenda compiere un dovere morale di riconoscenza, questo essendo il motivo determinante dell'atto suo, non la causa di esso che è sempre e soltanto l'*animus donandi*.

In coerenza a tali massime era già anticamente proclamato nel romano diritto che *proprie donatio appellatur*, quella in cui l'agente *propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munifi-*

centiam exercent, et il giureconsulto aggiungeva: sed haec stipulationes quae ob causam fiunt non habent donationem (L. 1 e 19 § 5 Dig. De donationibus).

I dottori durante l'impero del diritto comune si ispirarono alle massime stesse distinguendo la donazione propria dalla impropria, ed insegnando che condizione essenziale della prima quella si è *ut donans mera liberalitate invocatur* (RICHERI, *Univ. jurispr.*, vol. IV nn. 3 e 346); e che quando l'apparente donazione sia impropria o causativa, non fatta cioè per mera liberalità, ma per causa corrispettiva, in tale ipotesi si corrompe affatto la sua natura, e passa in un contratto diverso nominato o innominato (DE LUCA, *Dottor volgare*, vol. II, cap. IV, n. 1).

E a quelle massime evidentemente informossi anche la legge nostra, la quale dichiara nell'art. 1101 essere a titolo oneroso il contratto in cui ciascuno dei contraenti intende mediante equivalente procurarsi un vantaggio, a titolo gratuito o di beneficenza quello in cui uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente; e definendo altrove (art. 1050) la donazione, che è il tipo dei contratti di beneficenza, lo dice un atto di spontanea liberalità, locchè vale quanto dire ciò che nella scuola ritiensi conforme agli insegnamenti del romano diritto, essere donazione in senso lato ogni concessione gratuita di diritti patrimoniali che alcuno fa ad un altro spontaneamente, all'unico fine di addimostrargli benevolenza, senza che alcun dovere giuridico ve lo costringa (ARNDT'S, *Trattato delle Pandette* § 80). Esaminando la fattispecie attuale alla stregua dei suesposti principi, e tenendo conto di tutti i particolari di essa, quali vennero nelle loro parti essenziali accennati nella premessa esposizione di fatto, non si può a meno di concludere che col fare l'abbandono a favore dell'opificio La Centrale degli interessi di cui si è parlato, il senatore Rossi, sia che abbia operato una rimessione anticipata di debito futuro, sia che abbia dato vita ad un atto di diversa natura, cosa questa che non importa indagare, non fu certo animato da spirito di liberalità, ma mirava a procurarsi, come dice l'art. 1101 c. c., un vantaggio corrispondendo l'opportuno equivalente.

L'equivalente stava nell'abbandono degli interessi anzidetti, il vantaggio nel rimettere in sesto e rialzare le sorti pericolanti del Lanificio, assicurando così l'ingente capitale da lui in quell'azienda impegnato e l'utile fruttare di esso, mettendo al coperto la propria responsabilità materiale come amministratore e come direttore tecnico, la quale in caso di una catastrofe, che egli non avesse tentato di evitare sebbene dovesse prevederla, avria potuto riescire gravissima, salvando infine anche la responsabilità morale che per la sua posizione incombeva verso gli azionisti e gli altri aventi interesse al buon andamento della società, locchè solo sarebbe bastato a costituire un corrispettivo del suo sacrificio.

Da parte della Società il vantaggio consisteva nel miglioramento che poteva ricavare dal nuovo suo assetto, e che infatti ricavò, come è dimostrato dai documenti dal senatore Rossi prodotti, l'equivalente nel prestarsi alla trasformazione tecnico-amministrativa da quest'ultimo ideata, e che senza il sacrificio del senatore Rossi non avrebbe potuto effettuare.

Che vuoi dippiù per ritenere che costui nel fare la controversa concessione fu ben lungi dall'essere animato da mero spirito di liberalità, dallo scopo unicamente di voler addimostrare benevolenza alla Società ed agli azionisti che oltre di lui vi erano interessati?

Ben disse in proposito altro di quegli azionisti (l'avvocato Campi) nell'assemblea del 19 ottobre 1879, che « il senatore Rossi non era un azionista come gli altri, che aveva delle responsabilità eccezionali, che aveva legato il suo nome al Lanificio e vi aveva impegnato una sostanza enorme », volendo da ciò arguire che inattendibile fosse l'obbietto di chi aveva osservato che si trattasse di un regalo, mentre di regalo non si poteva parlare. È frequentissimo in commercio il caso di creditori che per venire in aiuto al loro debitore la cui posizione sia compromessa, rinunciano ad una parte delle loro ragioni per scongiurare una catastrofe e salvare il resto delle ragioni medesime.

E a chi mai può venire in mente di sostenere che essi facciano con ciò un atto di liberalità?

In condizione analoga trovasi il senatore Rossi di fronte alla

Società, ed ha analogamente operato; a lui dunque non si può opporre ciò che non sarebbesi potuto opporre ai creditori che per tutelare il proprio interesse avessero accettato la proposta di una riduzione dei loro crediti.

Dopo ciò non eravi bisogno che la Corte si facesse partitamente e distesamente ad esaminare le argomentazioni addotte dal Demanio ad appoggio del proprio appello, le quali tutte perdono ogni valore di fronte ai suesposti riflessi.

Solo non credesi inopportuno avvertire:

Che fuori di luogo si è dal Demanio stesso fatta la supposizione che il senatore Rossi volesse ravvisare nel controverso atto una transazione, od il soddisfacimento di un'obbligazione naturale, mentre nulla giustificava la supposizione medesima.

Che del pari fuori di luogo si è ragionato intorno all'ipotesi che il senatore Rossi abbia potuto fare una di quelle donazioni *sub modo* che sono contemplate dall'ultima parte dell'art. 1051 c. c., ciò che è affatto escluso da quanto si disse ». (*Omissis*).

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 2, 9, 10, 11, 26, 28 *sub b*, 30 *sub a*, 38.

Anche qui si trattava di risolvere una questione fiscale. Ma i principii adottati nella sentenza sono di diritto comune e varrebbero anche a risolvere la questione del requisito di forma delle donazioni.

Non risulta chiaro dalla sentenza se il Comm. Rossi « abbandonò » gli interessi sul mutuo, o se si impegnò a coprirli con i *coupons* del suo deposito cauzionale di azioni.

Ponga e risolva lo stesso lettore le questioni che gli paiono opportune per quanto concerne la figura della donazione e il relativo requisito di forma, con riguardo ai diritti italiano, romano, francese e alla *common law*.

V. anche i casi Fiammingo cr. Opera Naz. Combattenti e Re Ross, Hutchinson v. Royal Institution for the Advancement of Learning. Si confrontino e si distinguano questi casi e le motivazioni delle rispettive sentenze.

In particolare: cosa pensa il lettore del duplice rapporto causale (o fra due vantaggi o equivalenti) prospettato separatamente dalla sentenza rispetto al Sen. Rossi e alla Società?

ZAMBALDO cr. LAVAGNOLI

Cass. Firenze, 4 giugno 1908. — *Foro it.*, 1908, I, 1129.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« *La Corte*, ecc. — La Corte di merito, in seguito alle risultanze delle prove testimoniali raccolte in giudizio, si convinse e considerò che nella specie si trattava di una donazione avente per iscopo di "agevolare o determinare il consenso della madre (della Zambaldo) al matrimonio"; ora, poichè codesto genere di donazione è ben diverso da quello remuneratorio, che per l'articolo 1051 cod. civ. costituisce, invece, una liberalità fatta per riconoscenza in considerazione dei meriti del donatario, o per speciale remunerazione, ne consegue che, ritenuta la donazione nel concetto quale fu inteso dalla sentenza denunciata, veniva implicitamente escluso, per la contraddizione che non lo avrebbe consentito, che si potessero in essa ravvisare i caratteri della donazione remunerativa. Onde era perfettamente superfluo che la sentenza stessa scendesse a dare la dimostrazione: non essere nella specie richiesto che il fatto, cui la donazione era diretta a conseguire, precedesse o susseguisse la liberalità che il donante compieva, giacchè se questo estremo era necessario per dar vita alla donazione remunerativa, non era richiesto affatto per la donazione prevista dall'art. 1050 cod. civ., quale era quella di cui, secondo la Corte di merito, trattavasi nella specie.

Attesochè col terzo mezzo si denunci la violazione degli artt. 1050 e 1051 cod. civ. perchè la Corte di merito avrebbe ammesso sussistere donazione nella specie, nella quale, invece, secondo la ricorrente, il Lavagnoli non aveva l'*animus donandi*, sibbene soltanto l'intenzione di raggiungere col disborso delle lire diecimila lo scopo di ottenere che si compiesse il matrimonio vagheggiato.

Ma questo mezzo si infrange contro le deduzioni e gli apprezzamenti di fatto che si contengono nella sentenza denunciata, dai quali si evince che la Corte veneta ritenne che nella specie ricorreva l'estremo dell'*animus donandi*, e che questo estremo non veniva meno solo perchè il movente che determinò la liberalità del donante fosse di agevolare le nozze del proprio fratello.

Da tutta la sentenza denunciata sorge limpido codesto concetto, ma in particolar modo dalle considerazioni che vi si leggono subito dopo l'esame delle prove testimoniali. Infatti essa così ragiona: « Il Collegio osserva che da questi dati di fatto emerge evidentemente che nella creazione della cambiale non si verificò contratto oneroso innominato *do ut des, do ut facias*, ma sibbene una vera e propria donazione, alla quale si dette la forma di cambiale per l'unico motivo di evitare la forte tassa da pagarsi all'Erario del 15% sulle lire 10.000 che si volevano donare alla sposa. La liberalità non cessò di essere tale e di essere spontanea, sebbene valesse ad agevolare o determinare il consenso della madre al matrimonio. E lo spoglio era attuale ed irrevocabile, perchè alla donataria si consegnò il titolo, che essa poteva liberamente scontare.

E nella conclusione della sentenza poi così la Corte si esprime: « Nel caso concreto la comune intenzione delle parti era di concludere un atto di donazione e si usò la forma della cambiale invece di quella dell'atto pubblico prescritta *ab substantiam*.

Adunque, in seguito agli apprezzamenti della Corte di merito, non può discutersi in questa sede se nella specie esulava o no l'estremo dell'*animus donandi*. Che, del resto, qualora il su mentovato fine o movente della donazione, di cui trattavasi, si facesse assurgere alla importanza di una vera e propria condizione, non per questo cesserebbe di sussistere la donazione e verrebbe meno l'*animus donandi*, essendo perfettamente pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, essere valida la donazione fatta sotto condizione, purchè le condizioni non siano impossibili o contrarie alla legge e al buon costume, e altrimenti urtino colle disposizioni proibitive degli artt. 1066 e 1067 cod. civile ». (*Omissis*).

La sentenza passa poi all'esame della validità di una donazione fatta mediante cambiale e la dichiara nulla per difetto della forma delle donazioni.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10.

Come risulta dalla sentenza, si trattava di una cambiale, rilasciata dal

fratello dello sposo alla sposa, per indurre la madre di lei a consentire alle nozze; atto che la sentenza dichiara nullo per difetto della forma delle donazioni (sul quale punto, pel diritto italiano V. vol. I § 22 nota esplicativa n. 3; pel diritto francese v. vol. I § 38 *sub d*).

Nel caso non può insorgere la questione della liceità, perchè la madre della sposa non riceveva nulla per dare il suo consenso: v. invece il caso Casciabanca cr. Triggiami citato nel vol. I § 21 nota 21 e il caso di *common law* Grisley v. Lothar in questo vol. II. Nel caso De Filicaia Dotti cr. Guarducci, cass. Firenze 9 dicembre 1892, *Giur. it.* 1893, I, 1, 41, si discuteva se una promessa di L. 300.000 (ridotte poi a L. 200.000), per ottenere il consenso della madre della sposa al matrimonio, fosse stata fatta alla sposa o alla di lei madre. Nel secondo caso, dice la Cassazione, la promessa sarebbe nulla perchè illecita. Quanto al primo caso, la sentenza considera un'obbligazione naturale del promittente verso la sposa, obbligazione naturale la cui fonte non risulta chiara dalla sentenza.

Questionario:

1°) Nella sentenza si accenna al concetto di donazione remuneratoria, come quella che segue un servizio reso (v. i casi Armenise cr. Moroni e Garabello cr. Fusani e relativi questionari). Ma se il matrimonio fosse avvenuto prima del rilascio della cambiale, si sarebbe potuto parlare di donazione remuneratoria sia rispetto al matrimonio, che al consenso materno?

2°) La sussistenza o meno dell'*animus donandi* deve dedursi nella fattispecie, come sembra ammettere la sentenza, dall'elemento soggettivo (cioè da un'indagine sull'intento delle parti), talchè, se tale indagine conclude per la mancanza dell'*animus donandi*, si debba escludere la figura giuridica della donazione? Oppure deve dedursi da un elemento oggettivo, quale la insufficienza (*cause insuffisante*) della prestazione (del consenso materno) o del relativo scopo di ottenerla? S'intende, insufficienza a costituire un contratto a titolo oneroso o innominato *do* (o prometto) *ut facias*. Si risolva la questione anche pel diritto francese (a parte la questione della cambiale); v. vol. I § 9 note 4 e 10 e § 10 *sub b* 2°. Vedasi anche la questione 3°.

3°) Nella *common law* la prestazione del consenso da parte della madre, pur in sè sufficiente come *consideration*, non sarebbe valida *consideration* perchè non proveniente dalla promissaria (la figlia): v. vol. I § 26 nota 26; v. anche § 34 *sub d* quanto alla forma necessaria nel caso.

Tale principio non vale nella *civil law*; per cui, se la controprestazione è « *suffisante* », essa può anche provenire da un terzo; non è, cioè,

donazione la promessa di qualcosa con che si ottenga una prestazione (*suffisante*) da un terzo. Ma come si distingue questo caso da quello in cui la prestazione del terzo è una mera condizione di una donazione?

FONTANA cr. CONGREGAZIONE DI CARITÀ DI ROBURENT

App. Torino, 20 luglio 1906. — *Giur. Tor.*, 1906, 1500.
(la sentenza è riassunta)

Don Fontana, parroco di Roburent, aveva ricevuto *brevi manu* L. 40.000 da certo G. M. Murizzano, di cui la Congregazione di Carità era l'erede, con l'incarico fiduciario di provvedere all'istituzione e al funzionamento di un Asilo infantile diretto da Suore e di mantenere un Vice curato in perpetuo nella parrocchia. Don Fontana aveva istituito l'asilo e assunto il Vice curato; ma poi aveva trascurato di provvedere a tali bisogni.

La Congregazione di Carità richiedeva la restituzione della somma, oltre che per inadempimento degli oneri, perchè si sarebbe trattato di una donazione manuale nulla per difetto di forma, data l'importanza della somma (a quell'epoca) in relazione anche al patrimonio del donante, che ammontava in tutto a L. 50.000.

Per difendersi su questo punto, Don Fontana sostenne la tesi del contratto innominato *do ut facias*, anche in quanto egli doveva erogare ogni frutto per l'Asilo e il Vice-curato.

La Corte d'Appello di Torino respinse questa tesi, perchè dall'istituzione del Vice-curato il parroco *traeva non lieve vantaggio*, rimanendo esonerato dalle spese di mantenimento e acquistando così gratuitamente un coadiutore che lo sollevava nel suo ministero.

Del resto, aggiunge la Corte, gli oneri in parola sono diretti a esercitare la beneficenza « la quale non si può confondere col corrispettivo richiesto nei contratti a titolo oneroso... tanto più che Don Fontana, pel suo ministero, era chiamato a uffici pii e di beneficenza ».

La Corte accoglie poi la tesi della nullità della donazione manuale.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 10 e 38 *sub a.*

Ponga e risolva lo stesso lettore le questioni che gli paiono opportune, in relazione anche ai casi Tessitori-Gagliardi; Cadeo-Fabbriceria di Chiari; Casasola-Fondo Culto; Finanze cr. Gentile, nella Sez. II del presente capitolo e ne stabilisca le differenze.

MAZZUCCHELLI ed altri cr. SALUZZO

Cass. Torino, 24 aprile 1911. — *Mon. Trib.*, 1911, 504.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« *Diritto* (*omissis*). — Per essere i tre mezzi fra loro intimamente connessi, possono da questa Corte essere presi in cumulativo esame, per addivenire al loro rigetto siccome infondati.

Infatti avendo la Corte di Milano nella denunziata sentenza formalmente dichiarato "che essendo il suo esame limitato all'ammissibilità del dedotto interrogatorio, sarebbe stata prematura qualsiasi concreta e precisa determinazione del rapporto giuridico posto in essere coll'impegno, che si sosteneva assunto dal sac. Trombini", altro non fece che ammettere l'interrogatorio da don Lorenzo Saluzzo deferito agli eredi Trombini per provare il fatto che il loro autore canonico Antonio Trombini nel 28 settembre 1892 si era obbligato a pagargli, ad opera compiuta, la somma di L. 100.000 per concorrere nella spesa di costruzione della chiesa di Sant'Agostino in Milano, ed a provvedere all'acquisto di 200.000 mattoni per la Chiesa suddetta, e che di tale sua obbligazione e del pagamento già fatto in acconto di circa lire 30.000, il Trombini aveva di suo pugno e carattere preso nota nelle carte domestiche da lui relitte.

Ora, per quanto la Corte di Milano abbia dissertato intorno a varie ipotesi, circa la qualificazione giuridica più confacente all'obbligazione dedotta a prova, tuttavia coi suoi ragionamenti ipotetici, ed allo stato degli atti puramente accademici, non ha potuto violare le disposizioni del cod. civ., a tali ipotesi riferibili, perchè non intese di farne e non ne ha fatto pratica applicazione.

Non hanno quindi ragion d'essere le denunziate violazioni degli artt. 1253, 1099, 1101, 1104, 1697, 1737 c. c.: e rimane ad esaminarsi se

sussistano quelle violazioni degli artt. 1080, 1081, 1053, 1055, 1086 stesso codice in relazione ai susseguenti artt. 1312, 1386 e cogli artt. 206, 216 c.p.c., e se l'impugnata sentenza pecchi per difetto di motivazione; e la risposta non può che essere negativa.

Invero, siccome l'ammissione di una prova per interrogatorio non trova a priori nella legge alcun ostacolo, l'unica indagine che s'imponesse alla Corte di merito era quella di vedere se contro l'ammissione dei tre capitoli da don Saluzzo articolati si potesse accampare la nota regola di diritto giudiziario: *frustra probatur quod probatum non relevat*; per essere gli stessi diretti a stabilire che fra i due sacerdoti Trombini e Saluzzo invece che ad un contratto bilaterale, sia pure a titolo gratuito da parte del primo, si fosse addivenuto ad un vero e proprio atto di donazione; pel quale a mente dell'art. 1056 c.c. fosse richiesta *ad substantiam et solemnitatem* la formalità dell'atto pubblico.

Imperocchè, basta tener presenti gli articoli 1279, 1128, 1794 c.c., nonchè quanto è universalmente insegnato e deciso in tema di doni manuali, per essere certi, che non per tutte le disposizioni a titolo meramente gratuito, colle quali si voglia direttamente o indirettamente beneficiare altrui, è tale formalità prescritta.

Quindi, come si disse, l'unica questione era se, data la verità dei fatti dedotti a prova, ne risultasse la stipulazione fatta verbalmente di un atto di donazione da parte del canonico Trombini in favore del donatario don Saluzzo; e ciò con congrua ed esauriente motivazione fu dalla Corte di Milano escluso: senza che il sovrano suo apprezzamento circa il contenuto e la portata dei capitoli dall'attore dedotti sia viziato da alcun errore di diritto.

Infatti, avendo quella Corte ritenuto, in base anche a quanto già emergeva dagli atti di causa, che si fosse dedotto a prova essersi il canonico Trombini obbligato a dare le L. 100.000 ed il prezzo di 200 mila mattoni come suo contributo per la costruzione della Chiesa di Sant'Agostino, ed a farne pagamento, ad opera compiuta, a don Saluzzo, in parziale rimborso di maggior somma per la quale questi si sarebbe impegnato per detta costruzione, di guisachè don Saluzzo

avrebbe preso con una mano meno di quanto già coll'altra aveva erogato, non poteva rifiutare l'ammissione di detta prova, per non esistere donazione quando manca il donatario; tale non potendo considerarsi chi niun vantaggio può trarre dalle cose donate.

Imperocchè come dalla legge I., *De donat.*, « *Dat aliquis ea mente ut statim velit accipientis fieri et propter nullam aliam causam facit quam ut liberalitatem et munificentiam exercent: haec proprie donatio appellatur* ». Quindi, non ostante che l'art. 1081 qualifichi donazione anche la liberalità fatta per ispeciale remunerazione e quella pur per cui s'imponga qualche peso al donatario, è certo in dottrina, che, per mancanza del requisito essenziale dell'animo di esercitare una liberalità da parte di chi dà e di un qualche arricchimento da parte di chi riceve, esulano i caratteri delle donazioni, tanto nel caso di congrua remunerazione di servizi ricevuti, perchè liberalità non può considerarsi il soddisfacimento di ciò che è dovuto; come nel caso in cui i pesi imposti uguagliano il valore delle cose donate, sì che nulla più rimanga a favore del preteso donatario.

Ed in tali casi vien meno anche la ragione, per cui anche oggi è imposta per gli atti di donazione la formalità del pubblico istrumento ed in antico altresì la giudiziale omologazione; *ratio legis* che è quella di impedire che il donatario, acciecatato dal proprio interesse, carpisca liberalità non spontanee, per arricchirsi in detrimento altrui.

Dunque non ha la Corte di Milano violato le disposizioni degli artt. 1050 e segg c.c., e tanto meno quelle degli artt. 1312, 1356 stesso cod. e degli artt. 206, 216 c.p.c., coll'ammettere i dedotti interrogatori, riservando (poichè *in facto ius est positum* e spesso *modica circumstantiarum varietas totum ius innovat*), ad istruzione compiuta, ogni maggior indagine intorno alla vera natura del rapporto giuridico sorto fra il can. Trombini e il sac. Saluzzo; diguisachè, non ravvisandosi fondato alcuno dei tre mezzi dedotti a sostegno del ricorso, deve questo rigettarsi con tutte le sequele di legge. P. q. m. rigetta, ecc. ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 10 e 11.

Su questo caso richiamiamo la particolare attenzione del lettore. Purtroppo alcuni elementi di fatto non risultano chiari dalla sentenza.

Conviene tener presente che il beneficio dell'opera, oggetto dell'accordo Trombini-Saluzzo, andava ad un terzo, l'ente a cui sarebbe appartenuta la Chiesa (nei riguardi di quest'ente v'era senz'altro liberalità, ma non è di ciò che si discute). Sicchè il Trombini non ne ricavava alcun vantaggio patrimoniale; ma ciò non è decisivo: v. vol. I § 10 nota 2 e § 13 *sub b*. Non è donazione l'accordo per cui una persona (Trombini) si obbliga verso un'altra (Saluzzo), ad *opera compiuta*, a rimborsarle *in parte* le spese di quest'opera, che deve andare a beneficio *di un terzo*, verso il quale la seconda persona (Saluzzo) non ha contratto alcuna obbligazione giuridica di compiere l'opera stessa. Diverso, ovviamente, sarebbe o potrebbe essere il caso, se l'opera avesse dovuto restare al Saluzzo o se vi fosse stata quell'obbligazione (ma v. sul primo punto il caso Bardet-Fabrique de Saint-Martin, nonchè il caso Cattaneo-Milesi). A *fortiori* non vi sarebbe donazione, da parte Trombini, se Don Saluzzo si fosse per di più obbligato, *verso Trombini*, a compiere l'opera.

Questionario:

1°) Nell'ipotesi in cui, al momento dell'accordo Trombini-Saluzzo, quest'ultimo fosse già stato impegnato verso l'imprenditore o i fornitori per la costruzione della Chiesa, si potrebbe ancora escludere, o fino a qual punto, il carattere di donazione nella promessa di Don Trombini a Don Saluzzo? Che importanza avrebbe, in ipotesi, il fatto che i fornitori avessero già eseguito il loro contratto, al momento della promessa Trombini? o che il Saluzzo avesse o meno dei mezzi per liberarsi dal contratto, non ancora eseguito da parte dei fornitori; mezzi, quali il liberarsene pagando i danni o simili?

Se in queste ipotesi vi fosse, almeno parzialmente, una gratuità da parte Trombini, che valore avrebbe, come contropartita, un eventuale impegno di Don Saluzzo verso Don Trombini di condurre a compimento l'opera con mezzi in parte propri?

2°) Sempre nell'ipotesi di cui *sub I*, e in relazione alla prima questione ivi posta, che importanza avrebbe il fatto che l'opera non andava a beneficio del Saluzzo, ma dell'ente cui sarebbe appartenuta la chiesa? L'interesse del Trombini a fare in definitiva, o nei risultati pratici, una donazione a tale ente potrebbe escludere la donazione nei rapporti Trombini-Saluzzo?

3°) Nell'ipotesi in cui Don Saluzzo non fosse già stato impegnato verso i fornitori, cambierebbe la situazione giuridica, se Don Trombini si fosse obbligato, anzichè ad opera compiuta, anche subito? *Quid*, se, a seguito di tale promessa, il Saluzzo si fosse impegnato coi fornitori?

4°) Sempre esclusa l'ipotesi di precedenti impegni o di *certi* precedenti impegni del Saluzzo verso i fornitori, come si dovrebbe definire questa specie di associazione di Don Trombini e Don Saluzzo per costruire la chiesa a vantaggio di un terzo, sia mediante anticipo totale della spesa da parte Saluzzo, sia nei modi di che alla questione 3°? V. il caso David cr. Comune de Vaison e ivi la nota del Planiol, e il caso Asilo Belluomo cr. Bianchi.

5°) Se Don Saluzzo non avesse dovuto concorrere, nemmeno in parte, alle spese di costruzione della chiesa, ma avesse pattuito l'anticipo o il rimborso a intero carico del Trombini, che natura avrebbe il contratto?

6°) La sentenza, per risolvere la questione in concreto presentatasi, sembra accennare all'idea di un contratto bilaterale fra Don Trombini e Don Saluzzo e al sacrificio in parte sopportato da quest'ultimo; ma soprattutto si fonda sulla considerazione che la somma promessa da Don Trombini è stata interamente assorbita dalle spese di costruzione della chiesa a vantaggio di un terzo (il detto ente) e senza alcun vantaggio per Don Saluzzo. Il che escluderebbe la donazione *cum onere*. E' esatto ciò in relazione alle questioni di che sopra *sub* I° e 2°? Comunque, un interesse di Don Saluzzo al compimento dell'opera, in cui era già magari moralmente impegnato, potrebbe servire a combattere la suddetta considerazione della sentenza? *Quid*, se verso i terzi e così verso l'ente doveva figurare come solo benefattore Don Saluzzo?

7°) In che senso ha potuto la sentenza dire che la promessa del Trombini era parte di un « contratto bilaterale, *sia pure a titolo gratuito per lui?* ».

8°) Cosa ne pensa il lettore dei richiami fatti nella sentenza al diritto romano?

9°) Come si risolverebbe il caso secondo il diritto francese? V. vol. I § 9 note 4 e 10, § 10 *sub c*, nonché il caso David cr. Comune de Vaison ed altri.

10°) *Quid della common law?* V. vol. I § 29 e per la questione 1^a il § 30 nota 5.

DE SANCTIS cr. COMUNE DI ROMA

App. Roma, 22 marzo 1910. — *Foro it.*, 1910, I, 112.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

«*La Corte*, ecc. — Considerato che l'appellata sentenza fu nel

vero quando, avuto riguardo alla speciale natura della cosa dedotta in contratto e all'intenzione dei contraenti, ritenne che nel negozio giuridico tra il De Sanctis e il Comune di Roma non si riscontrassero i caratteri e la figura giuridica della donazione. Questa, per vero, come istituto di diritto privato, si esplica colla trasmissione di una entità patrimoniale da una persona ad un'altra, che rimane così investita di quegli stessi diritti che sulla medesima spettavano al trasmittente, e che si concretano nella facoltà di godere, usare e disporre delle cose trasmesse. In altri termini, ciò che esce dal patrimonio del donante va ad accrescere il patrimonio del donatario, e questo aumento e quella diminuzione sono termini correlativi, senza i quali non è possibile concepire donazione.

Ora, questo rapporto di correlatività non si verifica nel negozio in esame. La raccolta artistica del De Sanctis uscì dal patrimonio di lui, ma non andò ad accrescere, sotto il punto di vista economico, quello del comune, perchè questi non la ricevette come una attività patrimoniale da poterne liberamente disporre, da poter su di essa esplicitare quegli attributi che caratterizzano la proprietà di diritto privato, ma bensì nella veste di pubblico potere, per curarne e conservarne la destinazione ad uso di pubblica ragione.

Non che il De Sanctis non potesse trasmettere la libera proprietà della sua galleria artistica anche per donazione. Questo anzi sarebbe stato il vero contenuto, la vera figura dell'atto, se interceduto fosse tra privati contraenti. Ma di fronte al Comune, pubblica amministrazione, le cose procedono diversamente, e sarebbe perfino assurdo supporre la possibilità di una destinazione diversa da quella di uso pubblico. Ciò riconosce anche la difesa dell'appellante, la quale soggiunge che non vi sarebbe stato nemmeno bisogno di apposita condizione, da parte del De Sanctis, perchè la collezione avesse dovuto entrare a far parte del demanio artistico comunale. Ma in questa proposizione sta la condanna della tesi dell'appellante, dappoichè non può riconoscersi che la destinazione ad uso pubblico è presunta, è insita nella cessione di una raccolta artistica, fatta da un privato al comune del suo paese per fondarne una galleria artistica, senza ammettere in pari

tempo che tale fondazione esula, pel suo scopo, dalla sfera dei rapporti di mero diritto privato per entrare in quella del diritto pubblico.

Ma non è il caso di ricorrere a presunzioni quando, come nella specie, la destinazione della cosa all'uso pubblico trovasi a chiare lettere espressa ed imposta nella convenzione. Basta infatti scorrere la corrispondenza interceduta tra le parti e in principal modo le due lettere riportate in narrativa per comprendere che in virtù dello *in idem placitum consensus* dei contraenti la dazione della galleria non determinò un vero e proprio passaggio di proprietà, ma la trasformazione di una attività patrimoniale in un ente di uso pubblico, *extra commercium*, rispetto al quale non furono concessi al Comune, nè questi si arrogò, i poteri del proprietario, ma bensì le attribuzioni di conservatore e custode nell'interesse della collettività da lui rappresentata.

È vero che il Comune, come *persona iuris*, come ente giuridico, non gode direttamente, ma solo pel tramite dei *singuli cives*, tanto i beni patrimoniali quanto i beni demaniali; ma non è men vero che alla definizione del titolo, in base al quale il Comune acquista, non è estranea la qualità, o, meglio, la destinazione dei beni acquistati, e che la destinazione ad uso pubblico imposta dal cedente come condizione dell'atto mal si concilia col concetto della donazione, la quale, come ben si espresse la sentenza appellata, si sostanzia in una attribuzione patrimoniale che arricchisce, aumenta il patrimonio del ricevente in corrispondenza della diminuzione di quello del donante. Col passaggio invece della cosa dalla libera proprietà del concedente al demanio comunale, e colla conseguente trasformazione del dominio privato nell'uso pubblico, più che attribuire al Comune, cioè ai cittadini *uti universi*, si sottrae all'appropriazione dei singoli ciò che deve rimanere in uso pubblico.

Se, dunque, il negozio giuridico in esame non è una vera e propria donazione, non erano ad esso applicabili le formalità stabilite dagli artt. 1056, 1060 e 1070 cod. civ. e quindi non sussistono i motivi di nullità che l'attore e appellante De Sanctis ha sollevato per infirmarlo e ottenere la restituzione della raccolta artistica ceduta.

E coll'assunto principale debbono respingersi tutte le conclusioni subalterne desunte sia dall'inadempimento del *modus* apposto alla donazione, sia dall'essersi verificata la condizione risolutiva sottintesa nella donazione stessa, non pure quella diretta ad ottenere la prefissione di un termine per la stipulazione del pubblico istrumento di donazione; le quali conclusioni essendo tutte basate sul presupposto che si sia voluta porre in essere una donazione, mancato tale presupposto, vengono necessariamente a cadere.

Ripudiato il concetto della donazione, rimane ora da vedersi quale sia la figura del contratto interceduto tra il De Sanctis e il Comune, dappoichè nel contratto deve ricercarsi la fonte e la giustificazione della demanialità impressa alla raccolta di arte di cui trattasi, non bastando, come bene osservò il Tribunale, la sola volontà unilaterale del privato, con la *positio* in publico della cosa, ad operarne il trasferimento nel demanio comunale. I testi del diritto romano citati dalla difesa del comune per dimostrare la sufficienza della destinazione data dal privato, indipendentemente da ogni vincolo contrattuale, ad imprimere alla cosa il carattere demaniale, fanno capo a concezioni giuridiche proprie di altri tempi, non più compatibili colle norme del diritto pubblico vigente.

D'altronde, è un fuor d'opera il parlare di *positio* in publico, quando questa, come fatto materiale, non ebbe nel caso in esame a verificarsi, non essendo stata mai la galleria aperta al pubblico; cosicchè anche per questo riflesso i testi di diritto romano invocati dal comune, che si riferiscono a casi in cui l'adibizione delle cose ad uso pubblico era un fatto compiuto, riuscirebbero inapplicabili.

Considerato che il Tribunale, con ingegnosa ricostruzione, adattò al negozio giuridico in esame la nozione della *datio ob causam* del diritto romano, per venire alla conseguenza che al De Sanctis, il quale si obbligò a dare la galleria a patto che il comune prestasse il locale e la custodia necessaria perchè essa servisse al suo scopo, spetterebbe, nel caso d'inadempimento della controprestazione, il rimedio della *causa data causa non secuta* per la ripetizione della sua raccolta artistica. Questo *nomen iuris*, della *datio ob causam*, non ha incontrato il plauso

dell'appellante, il quale rileva che quell'istituto fu creato *aequitatis causa* per temperare il rigore del diritto, che lasciava privi di sanzione legale alcuni rapporti giuridici non contemplati e disciplinati dal diritto civile. È un istituto che ha fatto il suo tempo e non potrebbe esumarsi, cessato essendo lo scopo pel quale ebbe vita.

Sarebbe, in altri termini, un anacronismo.

La stessa difesa peraltro non disconosce che la *datio ob causam* potrebbe in qualche modo rientrare oggi nella categoria dei contratti a titolo oneroso e specialmente dei contratti bilaterali sinallagmatici.

Cosicchè, in ultima analisi, la divergenza riguarderebbe piuttosto il tecnicismo giuridico delle parole che la sostanza degli istituti, e, ad ogni modo, qualunque delle due teoriche si adottasse, le conseguenze pratiche in relazione alla fattispecie sarebbero sempre le stesse. Per vero non trattasi che di sostituire alla *condictio causa data causa non secuta* del diritto romano la condizione risolutiva sottintesa dell'articolo 1165 cod. civ., concetto al quale finisce coll'accedere la stessa sentenza appellata, che esattamente rileva essere questa una derivazione di quella.

Qui la difesa dell'appellante obietta che nè la teorica della *datio ob causam*, ove fosse tuttora in vigore, nè la disposizione dell'art. 1165 si adattano alla categoria dei contratti a titolo gratuito, tra i quali rientra quello in esame. Ma la Corte osserva che, se tale obiezione vien prospettata come argomento per sostenere che nella specie ricorra la figura giuridica della donazione, questa tesi trova la sua confutazione nelle ragioni di sopra espresse, sulle quali non occorre ritornare.

Ed escluso che trattisi di donazione, l'appellante non solo non ha interesse ad insorgere contro la sentenza del Tribunale in quanto ritenne che l'inadempimento della controprestazione dovuta dal comune ricadesse sotto l'impero dell'art. 1165, ma ha tutto l'interesse a tener ferma la sentenza stessa in quanto, se così non fosse, mancherebbe all'azione del De Sanctis un qualsiasi fondamento non pure in fatto, ma anche in diritto.

D'altronde, non può disconoscersi che esiste un rapporto di correttezza fra la prestazione, cui si obbligò il De Sanctis, di destinare

la sua galleria all'uso pubblico comunale, e la controprestazione del Comune che si assunse l'onere di fornire i locali e di provvedere alla custodia manutenzione ed esposizione della galleria stessa; corrispettività donde emana il carattere bilaterale del contratto, che rientra nella categoria dei contratti innominati *do ut facias*, e la conseguente applicabilità al medesimo delle norme contenute nel cennato articolo 1165 cod. civ.

A questo punto, altra indagine non rimane che quella di vedere se il comune sia incorso nell'inadempienza addebitatagli. L'inadempienza si fa consistere nell'aver il comune adibito a sede del Comitato per le feste del 1911 i locali del palazzetto Regis alla Farnesina, e mancato di provvedere alla sistemazione e all'esposizione della raccolta al pubblico. Ma, come rilevò il Tribunale, rettamente interpretando il tenore degli accordi contenuti nelle corrispondenze delle parti, la Amministrazione comunale non s'impegnò a non adibire i locali a verun altro uso precario compatibile con la permanenza e l'integrità della collezione ». (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10, § 12 *sub a* e § 38 *sub a*.

1°) Cosa pensa il lettore della tesi della sentenza che atti del genere esulano dai rapporti di diritto privato?

2°) E della tesi che per esservi donazione ad un ente pubblico deve l'alienazione determinare un passaggio di « proprietà », un accrescimento dei beni patrimoniali dell'ente stesso e non del suo demanio? Chi cede gratuitamente un bene alla collettività, all'uso pubblico, ai cittadini *uti universi* rappresentati dal Comune, non fa una donazione? V. anche i casi riferiti nella sez. II del presente capitolo.

3°) Come si conciliano le tesi di che *sub 1^a* e *2^a*, con la concezione di un contratto innominato, bilaterale o sinallagmatico, *do ut facias*, pure adottata dalla sentenza? Un contratto, in cui il corrispettivo, dovuto dal comune, sarebbe consistito nel « fornire i locali e provvedere alla custodia, manutenzione ed esposizione della galleria ».

4°) Prescindendo dalla tesi di che *sub 1^a* e *2^a*, una tale prestazione potrebbe costituire il corrispettivo o causa sufficiente ad escludere la figura giuridica della donazione?

5°) In quale rapporto sta questa tesi con quella accolta dalla giuri-

sprudenza francese? V. vol. I, § 10, *sub e*, nonchè alcuni dei casi francesi riferiti nella sez. IV.

BARABINO cr. LUPI

Trib. Genova, 27 maggio 1935. — *Tem Gen.*, 1937, 373.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

Si trattava di un'azione di rivendica del Barabino contro il Lupi, fondata, fra l'altro e in ipotesi, sulla mancanza dell'atto pubblico per una donazione manuale eccedente la misura della modicità (v. volume I, § 38).

Su questa azione così motiva il Tribunale:

« Nel merito il convenuto ammette di aver ricevuto, nella sua qualità di rappresentante legale degli orfanotrofi della Divina Provvidenza di P. Aste, dall'attore buoni del Tesoro novennali per il capitale nominale di L. 20.000, ma oppone che i titoli gli sarebbero stati consegnati con l'obbligo della celebrazione in perpetuo di cento messe all'anno dopo la morte dell'attore, mentre gli interessi dei titoli dovevano essere a costui corrisposti fino alla morte. L'accordo, che egli afferma di aver pattuito con l'attore, il quale recisamente lo contesta, contrasta indubbiamente con le lettere prodotte in causa aventi le date del 1925 e 1926; da esse si rileva che l'attore insistette nel chiedere la sollecita restituzione dei buoni del Tesoro per il capitale nominale di L. 60.000, consegnati al convenuto in due riprese a titolo di prestito e che furono restituiti solo per L. 40.000.

Se fino al 1° gennaio '34 l'attore ha ricevuto gli interessi, come non è controverso, ciò non può far ritenere che egli non abbia più preteso la restituzione dei titoli, e anzi dal rifiuto di ricevere gli interessi del primo semestre 1934 si desume la sua risoluzione di ritornare finalmente in possesso dei titoli, ricorrendo a tal fine all'autorità giudiziaria. Ma la tesi del convenuto di un contratto avvenuto nei termini da lui esposti si appalesa assurda e giuridicamente inammissibile. Si tratterebbe, secondo tale tesi, di un contratto bilaterale perfetto e lecito, in cui il corrispettivo della consegna dei titoli da parte dell'at-

tore consisterebbe in un'obbligazione assunta dal convenuto di celebrazione di messe dopo la morte dell'attore. Prescindendo dalla considerazione, se la pretesa pattuita celebrazione di messe, dopo la morte dell'attore, possa costituire quella controprestazione che rende oneroso il contratto, dall'accordo asserito dal convenuto trasparirebbe in ogni caso chiaramente la volontà dell'attore di donare, e quindi vi sarebbero i caratteri di una donazione modale, che il convenuto avrebbe accettato, e che consiste in sostanza nell'imporre da parte del donante un onere al gratificato, il quale con l'accettazione si sarebbe obbligato ad eseguirlo (art. 1051 c.c.). Ma in tal caso la donazione e quindi l'accettazione sarebbe valida, se fossero state adempiute le formalità necessarie per la validità dell'atto ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10.

1°) E' giustificato il dubbio della sentenza sul punto che la celebrazione di messe possa costituire la controprestazione in un contratto bilaterale o di scambio? V. i casi Cadeo-Fabbriceria di Chiari; Finanze cr. Gentile; Cocchi-Marioni e i relativi questionari.

2°) Si sarebbe dovuto tener conto della considerazione che la spesa o l'onorario per la celebrazione delle pattuite messe perpetue assorbiva o meno la rendita dei titoli, mentre prima della morte del Barabino l'altra parte nulla poteva percepire della detta rendita? V. i casi citati al quesito 1.

3°) Nel caso in cui le rendite fossero assorbite dalla detta spesa o onorario, la questione sulla distinzione fra donazione modale e contratto di scambio poteva risolversi sulla base dell'intento delle parti?

4°) Come si risolverebbe il caso nel diritto francese? V. sez. IV.

MAGGI cr. SCATTOLINI

Cass., 1° marzo 1937. — *Giur. it.*, 1937, I, 1, 542.

(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

«La Corte di merito ha ritenuto, in linea di fatto, che il rogito Castellani 10 aprile 1922 conteneva una simulazione relativa: vale a dire che, mentre simulava la vendita di un fondo, aveva invece per scopo la donazione del fondo stesso, fatta dal Maggi Pacifico (donante

e apparente venditore) al Maggi Bonfiglio (donatario e apparente compratore). Ha ritenuto pure che la scrittura privata 10 aprile 1922 (ricordata in narrativa) costituisce una dichiarazione di volontà accessoria a quella contenuta nel rogito, un *modus* « peso » od onere accompagnante la donazione del fondo. Su tutto ciò oggi, in seguito alle risultanze di causa (documenti), non esiste più contestazione, e in questa parte la sentenza della Corte di Ancona non viene impugnata.

La donazione dell'immobile non può dirsi nulla sol perchè rivestita dell'apparenza di un contratto di compravendita; nella fattispecie la donazione ebbe luogo mediante atto pubblico, e quindi sarebbe superfluo esaminare se l'art. 1056 codice civile sia oppur no applicabile alle donazioni mascherate sotto le apparenze di un contratto oneroso. Ed è strano che tale nullità venga affermata proprio dal donatario Bonfiglio Maggi, il quale, ove la nullità venisse dichiarata, dovrebbe restituire l'immobile, salvi i suoi eventuali diritti di successione.

Non può dirsi nulla neanche la promessa contenuta nella scrittura privata 10 aprile 1922. Esattamente la Corte di Ancona ha osservato che l'onere, il quale accompagna una donazione, è estraneo alla essenza dell'atto di donazione; è una dichiarazione di volontà accessoria che non muta il carattere giuridico del negozio, e che perciò può risultare da privata scrittura. L'atto pubblico è richiesto per gli atti di donazione, in considerazione della natura di tali contratti; ma il *modus* od onere imposto al donatario non viene ad aumentare ad accrescere o completare ed estendere la donazione; costituisce invece un « peso », un limite della donazione, ne limita e ne riduce il vantaggio per il donatario, pur senza mutarne il carattere giuridico di negozio a titolo gratuito; e quindi ad esso non può applicarsi il disposto dell'articolo 1056 codice civile. Nella scrittura privata 10 aprile 1922, firmata dal Maggi Bonfiglio, si legge, a proposito dell'immobile: « La verità è che me ne ha fatto donazione a patto che in corrispettivo io mi obblighi, come con il presente atto faccio, a supplire e provvedere ciò che potrà mancare di necessario per la vita di mio zio e della sua consorte Serafina Scattolini ». Questo impegno assunto dal Bonfiglio Maggi non rappresenta certo una donazione fattagli dallo zio Paci-

fico; è anzi una diminuzione del vantaggio economico derivante dalla donazione, e perciò ben poteva venir assunto mediante scrittura privata. Il ricorrente, il quale sostiene la nullità della donazione, ma non ha restituito il fondo ed i frutti o il loro valore, non può oggi sottrarsi all'adempimento dell'impegno liberamente assunto in corrispettivo della donazione ricevuta.

Il ricorrente sostiene anche che quella scrittura privata rappresenta una donazione fra coniugi, vietata dall'art. 1054 codice civile. La denunciata sentenza, con incensurabile apprezzamento di fatto, ha escluso il carattere di donazione, considerando che « se nel momento in cui il vecchio Maggi Pacifico, spogliandosi di ogni sua sostanza, si preoccupò del mantenimento della propria moglie, ciò evidentemente fece non per un atto di spontanea liberalità verso di lei, ma per l'adempimento di un'obbligazione civile che impone al marito di provvedere al sostentamento della propria moglie ». Il donante, nell'alienare i propri beni, doveva pensare ad assicurare il mantenimento a sè e alla moglie (art. 132 Cod. Civ.), e doveva pure rispettare i diritti della Scattolini Serafina (art. 754 e 814 codice civile). Neppure l'adempimento delle obbligazioni meramente naturali è considerato atto a titolo gratuito, tanto meno quello degli obblighi muniti di azione. (*Omissis*)

Per questi motivi, rigetta, ecc. ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10 e § 38 *sub d.*

Il donatario, pare, pretendeva di non dover pagare gli alimenti convenuti; e, all'uopo, oltre la tesi, assurda, della nullità della donazione, sosteneva quella della nullità dell'onere perchè non contenuto nell'atto pubblico, il quale, sia pure mediante una dissimulazione, recava la donazione.

1°) Si confronti questo caso col caso Magenit cr. Magenit e ivi la nota *sub b*, nonchè col caso Pepino cr. Fantino.

2°) Quanto alla questione della disposizione in adempimento di un'obbligazione naturale, v. *infra* cap. III.

FANTINO cr. PEPINO

App. Torino, 27 giugno 1939. — *Giur. Tor.*, 1939, 1328.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« In questo grado del giudizio il Fantino ha prodotto copia della scrittura privata contestuale al rogito 9 gennaio 1936, colla quale il Fantino si obbligò a pagare i debiti del cedente — nella somma indicata di L. 4500 circa — ed a somministrare al Pepino Marco e al figlio di costui Michele, vita durante, il vitto, l'alloggio e il vestiario, nonchè ad assisterli se ammalati. Il cedente poi si riservò l'usufrutto, vita sua natural durante, dei beni ceduti.

Gli appellanti sostengono che, nonostante la ora citata contro-dichiarazione, debba ritenersi che l'atto compiuto dal *de cuius* sia una donazione. Ora la Corte considera che un tale assunto sia fondato, benchè l'assunzione dei precitati obblighi da parte del Fantino faccia ravvisare nell'atto impugnato gli estremi di una donazione onerata. Invero appare decisivo in argomento il rilievo che nella contro-dichiarazione in disamina si premise che la cessione fatta dal Pepino B. Antonio detto Marco al Fantino « è seguita a titolo puramente gratuito », e più oltre si ripete « quale *corrispettivo* per l'acquisto gratuito ecc. ».

Trattasi, cioè, di qualificazioni che importano, come base sostanziale dell'atto medesimo, il compimento di un atto a titolo gratuito, vale a dire di una donazione, la cui essenza giuridica non viene ad essere smentita dal successivo carico di oneri assunto dal donatario Fantino e dalla stessa riserva d'usufrutto fatta dal cedente (art. 1051-1074 c.c.). L'espressione usata è di per sè troppo significativa, caratteristica e rispondente ad una comunissima nozione anche fra persone dotate di scarsa cultura, perchè non le si debba attribuire un'importanza dominante. Solo in quanto il contenuto obiettivo del negozio giuridico fosse univocamente di tale entità sinallagmatica da essere inconciliabile con la erezione della donazione, potrebbe essere superato l'argomento tratto dalla considerazione della lettera della disposizione. Considera invece la Corte che l'esame obiettivo della disposizione stes-

sa suffraghi, anzichè attenuare, quel convincimento. Invero, poichè il cedente si riservò il godimento, vita sua durante, dei beni ceduti, l'onere assunto dal Fantino di corrispondergli gli alimenti veniva essenzialmente ad essere neutralizzato. Oltrechè non può essere dimenticato che un tale onere rappresentava un carico di una scarsissima valutabilità patrimoniale, se si ha riguardo alla tarda età del cedente medesimo al momento del contratto — era cioè allora settantenne. Nè diminuisce il rilievo l'obbiezione che il Fantino si assunse pure il mantenimento del Pepino Michele, deficiente di mente. Pare che un simile onere non si presenti di un'entità economica tale da costituire un elemento decisivo nel conferire il titolo all'atto. Tanto più se si considera che esso già spettava al donatario per legge, e che, d'altra parte, non risulta che il beneficiario degli alimenti si trovasse in tali condizioni da non poter sopperire pure con le scarse sue possibilità fisiche e mentali, e quindi anche con un'attività attenuata, al non rilevante contenuto di una semplice prestazione alimentare ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10 *sub b* 1°.

La questione sorse a proposito della pretesa degli eredi legittimari (del « donante ») di assoggettare l'atto a riduzione, come donazione, dedottine gli oneri. Il Pepino sostenne che non trattavasi di donazione *cum onere*, ma di contratto a titolo oneroso, esente *in toto* dalla detta riduzione.

I criteri adottati dalla sentenza, per quanto non concernenti nel caso concreto la questione della forma dell'atto, sembrano tali che si sarebbero potuti applicare anche a questa questione, se fosse insorta.

Sulla possibilità che un onere risulti da scrittura privata contestuale all'atto pubblico, v. i casi Maggi cr. Scattolini e Magenis cr. Magenis.

Questionario:

1°) In quale rapporto sta la sentenza con la corrente tradizionale menzionata nel vol. I § 10 *sub b* 1°?

2) Se l'intento delle parti fosse stato di fare un contratto di scambio, quale importanza avrebbe avuto il rilievo circa la tarda età del cedente? v. i casi Blinn cr. Henry e altri francesi riferiti insieme al caso Blinn nel capitolo VI.

OSPEDALE MAGGIORE DI MILANO cr. GAROVAGLIO

Cass. 9 luglio 1941. — *Foro it.*, 1941, 737.

(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente. La sentenza della Corte d'Appello di Milano è in data 22 dicembre 1940)

Il Barone Garovaglio aveva depositato presso l'avv. Valdata (deposito retribuito) dei beni o valori per oltre un milione di lire (lire anteguerra) con l'incarico di consegnarli all'Ospedale ricorrente. A carico di questi era posto l'onere della conservazione decorosa a perpetuità di un mausoleo di famiglia nel Cimitero Monumentale di Milano, nonchè della costruzione di un padiglione o altro edificio ospedaliero con la intestazione di una sala al nome del padre di esso Barone Garovaglio.

Essendo sorta fra gli eredi del Barone e l'Ospedale la questione della mancanza di forma dell'atto pubblico e così della nullità del negozio, l'Ospedale sostenne fra l'altro:

a) che si trattava di un contratto a favore di terzo, accessorio ad un contratto principale (deposito) stipulato dal Barone a proprio favore con l'avv. Valdata.

b) che si trattava di contratto a titolo oneroso.

Sul primo punto e sul secondo punto la Corte di Cassazione, confermando la sentenza d'appello, così ha motivato:

« Costituisce, infatti, *ius receptum* che il contratto a favore di terzo, in tanto può avere efficacia, in quanto, come espressamente sancisce l'art. 1128 c. c., la stipulazione a favore del terzo costituisce elemento accessorio di quella che lo stipulante fa per sè. Ciò risulta dalla chiara lettera della legge, che, nello stabilire che ciascuno può stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione, che fa per se stesso, la parola condizione ha usata nell'ampio senso di clausola o patto accessorio, di stipulazione, cioè, in cui la prestazione a vantaggio del terzo rappresenti un obbietto secondario del contratto.

In aderenza a tali principii, la Corte di merito ha, con apprezzamento incensurabile, ritenuto che l'elemento giuridico-economico essenziale del complesso negozio in contestazione era costituito dalla li-

beralità verso l'Ospedale, mentre il deposito presso l'avv. Valdata rappresentava, in realtà, il mezzo di attuazione della liberalità stessa, onde non tale liberalità costituiva una modalità del deposito, ma questo una modalità di quella.

Niente di meglio e di più logico il giudice di merito poteva dire, non essendovi forza di dialettica che possa convincere persona logica a ritenere che chi deposita una somma molto rilevante (nella specie oltre un milione di lire) presso un professionista perchè la eroghi a favore di un ente di beneficenza, abbia inteso compiere, come atto principale, il deposito, e come atto accessorio, il trasferimento del patrimonio stesso al detto ente.

Nè, a rendere accoglibile la tesi del ricorrente, valga il dire che oggetto dell'atto compiuto dal Garovaglio non era la liberalità a favore dell'Ospedale, ma la conservazione decorosa a perpetuità di un mausoleo di famiglia nel cimitero monumentale e la costruzione di un padiglione o altro edificio ospedaliero con la intestazione di una sala al nome di suo padre.

L'ardimento di tale versione non basta a scuotere la interpretazione data incensurabilmente dalla Corte di merito all'atto in questione, interpretazione che, basata sulla logica naturale degli atti umani, non ha bisogno di una specifica ampia motivazione per apparire convincente. Nella normalità dei casi non si elargisce oltre un milione di lire per il solo fine della conservazione di un mausoleo familiare, mentre la costruzione di un padiglione ospedaliero nella specie era un beneficio di cui avrebbe goduto l'ospedale stesso e non altri. (*Omissis*).

Si obietta ancora dal ricorrente che, se pure liberalità a favore dell'Ospedale contenesse l'atto del Garovaglio, si sarebbe tuttavia trattato di un *negotium mixtum cum donatione*, perchè tale liberalità era accompagnata da un onere tanto grave da rappresentare lo scopo preminente dell'atto.

A ciò la sentenza impugnata ha rettamente risposto che, ad escludere che nei confronti dell'Ospedale l'atto avesse carattere oneroso, è sufficiente la considerazione che il padiglione da costruire non sarebbe

sorto per conto ed interesse del Garovaglio, ma nell'esclusivo vantaggio dell'Ospedale, come mezzo per il raggiungimento dei suoi fini, e sarebbe rimasto di sua esclusiva proprietà.

Come ha già più volte avvertito questa Suprema Corte, l'accertare, nei singoli casi, se l'attribuzione patrimoniale da parte del disponente abbia come causa lo spirito di liberalità e l'intenzione di beneficiare (*animus donandi*) e se la misura del peso imposto in rapporto al valore delle cose donate sia tale da costituire un *modus* o da imprimere invece al negozio carattere di onerosità, importa una complessa valutazione degli elementi concreti della causa, e si risolve in un apprezzamento di merito, incensurabile in Cassazione, quando sia congruamente e logicamente motivato.

E tanto evidente era che la costruzione del padiglione nell'Ospedale ricorrente costituiva un vantaggio patrimoniale per questo, nei confronti del quale l'obbligo di intitolarlo al nome del padre del disponente e di curare il mausoleo di famiglia non costituiva che un onere quasi puramente morale e di minima entità patrimoniale, che sarebbe stata veramente superflua una più specifica e minuta motivazione». (*Omissis*)

Circa la funzione dell'atto pubblico nella donazione, la sentenza ha osservato: «La legge ha voluto sottoporre alla formalità dell'atto pubblico la donazione, sia per garantire il più possibile la spontaneità dell'atto, sia per impedire una eventuale impulsiva e non ponderata prodigalità da parte del donante».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10 e § 12 *sub a.*

1º) Le considerazioni della Corte, che si leggono prima dell'*omissis*, circa lo scopo della conservazione di un mausoleo familiare e la costruzione del padiglione, concernono la tesi del contratto a favore di terzo inserito in un contratto principale. Quale valore hanno tali considerazioni rispetto a questa tesi?

2º) Sulla tesi del contratto a titolo oneroso la sentenza sembra, pel caso in esame, adottare in definitiva dei criteri schiettamente oggettivi, distinti da quello dell'intento o *animus donandi*. In quali circostanze si devono, secondo la Corte, adottare questi criteri oggettivi? E' esatto che si

tratta sempre di una questione di fatto devoluta al giudice di merito?

3°) Quali sono i criteri oggettivi adottati dalla sentenza? Si confronti coi casi concernenti la donazione ad un ente morale: v. *infra* sezione II; nonchè col caso Ville de Marseille - Impératrice Eugénie e altri della sez. IV.

4°) Sempre in relazione alla questione 2^a, ha la sentenza inteso adottare il principio che non implica contratto di scambio o oneroso un peso rappresentante un vantaggio puramente morale pel promittente (o disponente) e un sacrificio non patrimoniale o di minima entità patrimoniale pel promissario o beneficiario?

5°) In quale relazione stanno le considerazioni della sentenza sulla funzione dell'atto pubblico nelle donazioni con il problema dei criteri (oggettivo ovvero soggettivo) da adottare per la distinzione di una donazione *cum onere* da un contratto di scambio o a titolo oneroso, specie di carattere innominato? v. anche il caso De Sangro - Marchetti.

6°) Come si risolverebbe il nostro caso nella *common law*? V. il caso Allegheny College.

Supponendo che l'avv. Valdata fosse un *agent* o mandatario del Barone Garovaglio e non un *trustee*, cosa avrebbe dovuto fare l'ospedale per « accettare » il contratto propostogli attraverso il Valdata? Vi sarebbe stata una *consideration* sufficiente? v. vol. I § 26 *sub c et d*; § 29 e § 30 *sub a*. Quanto al *trust*, v. § 38 *sub c*.

7°) A quanto risulta, l'ospedale non aveva ancora eseguito gli oneri, quando insorse la questione. Se invece l'ospedale avesse fatto ciò, cosa penserebbe il lettore della possibilità e della convenienza (giustizia) di applicare nel caso un principio analogo, *mutatis mutandis*, a quello della *reliance* di *common law*? v. vol. I § 27 *sub a ad* note 4 segg., nonchè i casi: Comune di Aglié cr. Tapparo; Cattaneo cr. Milesi; Asilo Infantile Belluomo cr. Bianchi; Carrari - Masiero; Ville de Marseille altri richiamati nella sez. III del presente capitolo.

RICCIARDELLI cr. BIONDO

Cass., 28 gennaio 1943. — *Giur. It.*, 1943-44, I, I, 196.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Il punto risolutivo del ricorso sta nel precisare, se il rogito 3 febbraio 1932 notaro Arteso, col quale il D'Asaro si obbligava a pagare alla Chieli la somma di L. 25.000 a titolo di danni da costei risentiti

per la querela sporta dalla Bianco, seguita da remissione, contenesse una valida consensuale liquidazione dei danni e l'accollo del relativo pagamento da parte del D'Asaro (tesi della impugnata sentenza); ovvero mascherasse, sotto la parvenza di un contratto a titolo oneroso, una donazione in danno degli eredi D'Asaro (tesi dei ricorrenti). Il che equivale a individuare la *causa obligandi* dell'atto 3 febbraio 1932.

(*Omissis*: Qui la Corte si sofferma a chiarire come la adesione alla remissione della querela non implichi rinuncia al risarcimento dei danni per una querela ingiusta « per aver esposto la persona querelata ad un'offesa grave alla reputazione e all'onore »; e cita in proposito l'art. 1151 cod. civ. del 1865).

« Applicando questi principii al caso in esame, non v'ha dubbio che la situazione giuridica, nella quale la Chieli era venuta a trovarsi, poteva costituire una fonte di obbligazione, a suo favore, nei confronti della Biondo. Infatti la Chieli era stata querelata insieme col D'Asaro *senior* per il delitto di concubinato da Biondo Teresa, moglie del D'Asaro; e la remissione era stata accettata dalla Chieli, senza espressa rinuncia al diritto di risarcimento dei danni. Alla estinzione del reato sopravveniva, adunque, l'azione riparatoria a favore della Chieli, da farsi valere nei confronti della remittente, benchè ancora incerta nell'*an debeatur* e nel *quantum*. Siffatta pretesa creditoria bene può, nel nostro ordinamento giuridico, configurarsi quale *causa obligandi*, intesa come lo scopo economico e sociale riconosciuto e garantito dal diritto; la funzione cui il negozio, obbiettivamente considerato, è rivolto.

Alla liquidazione e al pagamento di tale ragione creditoria ha provveduto, anzichè la Biondo, soggetto passivo della obbligazione, il di lei marito D'Asaro, impegnandosi col contratto del febbraio 1932, a pagare lire 25.000 ed eseguendo il pagamento col successivo contratto del luglio 1932. Il D'Asaro, inserendosi nel rapporto Chieli-Biondo, non agiva in sostituzione della volontà di costei, nè creava un debito al di lei nome.

Pur risalendo la causa del risarcimento alla condotta della Biondo,

quale autrice di una presunta querela ingiusta generatrice di danni, il D'Asaro aveva assunto una obbligazione in proprio e, come tale, l'aveva soddisfatta. Ciò posto, non v'era dubbio che la *obligatio* del D'Asaro verso la Chieli era *cum causa*; consistente nella rinuncia della querelata alla somma dei vantaggi, che ad essa potevano derivare dall'esercizio della azione riparatoria, in cambio della somma che le veniva subito corrisposta. Per quanto poi apparisse irrilevante la ricerca del movente, che avrebbe determinato il comportamento del D'Asaro, e che potrebbe anche consistere in un atto di liberalità verso il soggetto che di fatto veniva a fruirne, non era da escludere che egli avesse agito anche per un apprezzabile interesse morale ed economico.

L'attività negoziale svolta dal D'Asaro poteva ricondursi all'interesse di costui di evitare un clamoroso processo che, comunque, sarebbe stato pregiudizievole al suo nome e alla reputazione della sua famiglia, sentimenti che pur potevano affiorare in una persona che aveva dato luogo ad una dolorosa situazione familiare. Sotto il profilo economico tendeva ad evitare i maggiori danni, che avrebbero potuto colpire l'asse della famiglia. Nè questa costruzione è ostacolata dal nostro diritto positivo, secondo il quale ogni incontro di volontà su di un obiettivo d'interesse giuridico diventa contratto e trova tutela nel nostro ordinamento, quale che sia il nome o la natura in cui questa tutela si concreta.

La convenzione D'Asaro-Chieli, che si presenta come un negozio bilaterale tendente alla composizione volontaria di interessi in posizioni di reciproco conflitto, si può ricondurre nella categoria dei contratti innominati sorti dalla sempre maggiore complessità dei rapporti economici, che hanno suggerito nuove forme per la loro soddisfazione e non possono comprendersi in alcuno dei tipi regolati dalla legge. La Corte di merito ha avvertito la sussistenza della *causa obligandi* nel *quid* che alla Chieli poteva spettare, come conseguenza della querela presunta ingiusta; ma ha erroneamente individuato l'*obligatus* nei confronti del soggetto attivo del rapporto creditorio, riportando la figura del D'Asaro al negozio di acollo. Non ha considerato che, non potendo dall'incontro dei consensi D'Asaro-Chieli sorgere un *vincu-*

lum per la Biondo, veniva a mancare il debito alieno e quindi il presupposto dell'accollo semplice; in virtù del quale, l'assuntore, inserendosi nel negozio bilaterale, diviene l'obbligato principale ed il suo adempimento si realizza come adempimento di un debito altrui. Peraltro questo errore di diritto non vulnera la sentenza; giacchè, ferme rimanendo le situazioni di fatto acquisite dalla sentenza, il Supremo Collegio può dare ad esse un diverso *nomen iuris*, correggendo su tale punto la motivazione. Pertanto non essendo il contratto del 3 febbraio 1932 sorto senza causa, ed avendo la corte, in proposito, motivato sufficientemente, la prima proposizione del primo mezzo va rigettata.

Con la seconda proposizione si investe la validità del contratto 14 luglio 1932 sotto il profilo che la Corte, anzichè definirlo, con motivazione insufficiente, donazione indiretta, lo avrebbe dovuto considerare atto di donazione e perciò richiedere la presenza di testimoni (articoli 1056, 1057 codice civile). Il che importa di esaminare la natura della convenzione.

La Corte di Palermo, riferendosi agli insegnamenti di questo Supremo Collegio, ha enunciato la differenza dei tre tipi di donazione: diretta, indiretta, simulata; nel senso che nella donazione diretta una parte vuole soltanto la liberalità a favore dell'altra, che si arricchisce, ed in tale direzione manifesta la sua volontà nelle forme prescritte. La donazione indiretta (la quale può ricorrere anche all'infuori dei casi in cui la liberalità venga elargita attraverso un negozio tipico diverso, regolato dalla legge) consiste in una liberalità non voluta esclusivamente come tale, ma che, riguardo al suo effetto pratico di locupletazione del donatario, si verifica mediante l'attuazione di un negozio, il quale, pur divergendo tipicamente dalla donazione diretta, tuttavia per le sue ulteriori conseguenze produce lo stesso risultato.

Il contratto posto in essere rimane regolato dalla forma che gli è propria. La donazione indiretta differisce, poi, dalla donazione simulata: nella prima il negozio apparente è quello effettivamente voluto e concluso; non esiste divergenza tra volontà e dichiarazione

ed il contratto produce realmente l'effetto dichiarato; nella donazione simulata, invece, il contratto apparente non corrisponde alla vera volontà delle parti; le quali danno parvenza di negozio oneroso alla loro volontà di stipulare un contratto gratuito (sentenza n. 2729, 27 luglio 1937, Mitropan c. Calitene; sentenza n. 3426, 22 dicembre 1939, Pojano c. Galiero; sentenza n. 128, 15 gennaio 1940, Palombi c. Possenti; sentenza n. 1705, 9 giugno 1941, Ospedale Maggiore di Milano c. Garovaglio).

Ma, formulate queste esatte affermazioni teoriche, non ha ad esse adeguato le circostanze di fatto della causa, le quali, esattamente interpretate, avrebbero potuto e dovuto condurre il giudice di merito ad adattare alla specie in oggetto una quarta figura: un negozio misto costituito da un rapporto oneroso palese, la *datio in solutum*, e da una donazione diretta simulata, costituita dall'eventuale supervalore dell'immobile formante la *res* della *datio*. Questa ipotesi era autorizzata dalla tesi subordinata degli appellanti; secondo la quale, essendo il valore dell'immobile (stimato dalla prodotta perizia stragiudiziale in L. 350.000) di molto superiore al credito di lire 25.000 vantato dalla Chieli, la eccedenza verrebbe a costituire una donazione indiretta. Trovava inoltre larga base nel materiale acquisito al processo, in parte obliterato, in parte male valutato. Occorreva quindi, anzitutto accertare se la portata economica dell'atto luglio 1932 era contenuta nella *causa obligandi* del precedente atto febbraio 1932. La perizia, legittimata dall'assunto dei ricorrenti, si presentava come strumento logico dell'indagine; perchè i suoi risultati avrebbero dato un orientamento sicuro per stabilire, se il contratto del luglio 1932 realizzava, come doveva essere nella sua successione logica e cronologica, la *solutio* della *obligatio* del contratto precedente; ovvero costituiva un preordinato espediente per elargire alla Chieli l'immobile oggetto della *datio*. Dallo sfondo di questo doloroso episodio, se pur non reso manifesto attraverso le apparenze della prova in tutta la sua intensità, illuminato dall'esame approfondito della realtà dei rapporti D'Asaro-Chieli e della numerosa documentazione, tra cui il testamento del D'Asaro, potrebbe affiorare che il D'A-

saro avesse voluto trarre pretesto dalla onerosità del rapporto contenuto nell'atto del febbraio, per innestarvi una generosa liberalità a favore di colei che era stata additata come sua concubina, ponendo il rogito luglio 1932 nel suo giusto profilo giuridico. Soprattutto un esame penetrante della volontà del D'Asaro avrebbe potuto precisare se la sua volontà dominante non fosse stata quella di alienare; bensì quella di trarre dal rapporto oneroso occasione per donare alla Chieli il plusvalore, senza le forme prescritte, all'evidente scopo di frodare i diritti della famiglia legittima. L'omissione di questa duplice indagine, decisiva per la soluzione della lite, vulnera la sentenza su tale punto, che deve pertanto essere annullato con riesame. Qualora il giudice di rinvio accertasse l'elemento obbiettivo del plus-valore dell'immobile e lo spirito di liberalità, che caratterizza la donazione diretta, vedrà, se ed in quanto potrà rinvenire nel contratto del luglio 1932 una donazione simulata, dichiarandola. Nell'affermativa, un unico atto conterrebbe due distinti negozi: la *datio in solutum* e la donazione; si verificherebbe un concorso di due cause distinte, onerosa l'una, gratuita l'altra, senza la possibilità che il negozio gratuito si compenetrasse nel negozio oneroso. Questo rimarrebbe in vita, perchè rivestito della forma che le è propria; la donazione sarebbe nulla, perchè stipulata senza l'assistenza dei testimoni. Da ciò conseguirebbe l'eventuale trapasso della proprietà dell'immobile alla Chieli, entro il valore di L. 25.000; per il di più lo stabile ricadrebbe nella massa ereditaria. (*Omissis*)

Per questi motivi, ecc.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 9, 10 e 13 *sub b*.

Come si rileva dalla sentenza, vi erano stati due atti notarili, l'uno del 3 febbraio 1932, che conteneva la promessa di L. 25.000 e l'altro del 14 luglio 1932 (senza l'assistenza dei testimoni prescritta per le donazioni) che conteneva un *transfert* di immobili (v. vol. I § 38 *sub a*) apparentemente in esecuzione dell'obbligazione precedente. La sentenza esamina, sotto diversi profili, la validità dei due atti.

Quanto al primo rogito, la sentenza vi vede un contratto innominato: promessa di una somma *in cambio* della rinuncia ad una azione o

pretesa di danni verso altra persona (la moglie del promittente). La Corte vede in questo rapporto innominato di scambio la causa dell'obbligazione del D'Asaro.

Ma la Corte stessa passa poi ad esaminare l'interesse o vantaggio del D'Asaro nel contrarre quell'obbligazione.

Si noti una certa tendenza della giurisprudenza a ricercare nella promessa di pagare un debito altrui, oltre la sussistenza di questo debito come « causa » della promessa, anche un'altra « causa », almeno come elemento *sussidiario* di giustificazione del vincolo, quando tale promessa, nelle varie figure di acollo, espromissione, costituito, fideiussione ecc., sia fatta per un debito altrui già esistente. Invece, quando il debito altrui nasce al momento della promessa di pagarlo, o lo si prevede come futuro, non si richiede altra « causa » che la esistenza o la nascita di quel debito (v. il caso Bardet; ma, altrimenti nei casi Feraud e Navoni). Ciò sta in relazione con quanto si è detto nel vol. I § 14 *sub f* nota 33.

Vedansi in proposito, oltre il caso Ricciardelli cr. Biondo, i casi: Levi cr. Finanze, Bosco cr. Fogliatti, Pressenda cr. Cagnassi (perfino per il pagamento di un debito altrui), Richer et Goumarin cr. Richer. E ciò, benché nei casi Levi, Ricciardelli e Bosco, oltre che nel caso Guagliardo cr. Granà, si riconosca sufficiente, come « causa » della promessa, il preesistente debito altrui.

Tale « causa sussidiaria » si ricerca specialmente quando dalle circostanze risulta che chi promette di pagare quel debito non intende o non può farsi rimborsare dal debitore. Altra questione è poi quella di vedere se il pagamento del debito altrui (o la promessa di pagarlo fatta al debitore: v. il caso Richer) costituisca una donazione nei confronti del debitore. In proposito ci si può domandare se un'obbligazione naturale del promittente verso il creditore (v. i casi Bosco e Richer) o un suo interesse a promettere di pagare il debito altrui (v. i casi: Levi cr. Finanze, Ricciardelli e Pressenda) può eliminare il carattere della donazione nei confronti del debitore.

Questionario:

1°) E' esatto quanto la Corte dice per escludere l'accollo di debito altrui o il *constitutum debiti alieni*?

2°) Che rapporto ha nel caso il concetto di « causa » o funzione economico-sociale, rispetto all'atto 3 febbraio 1932, con il problema della donazione (nei rapporti D'Asaro - Chieli)?

Sulla teoria della funzione economico-sociale v. § 19 specie *sub b*.

3°) V'era o vi poteva essere una liberalità nei rapporti del D'Asaro con la moglie Biondo? in specie, dato l'interesse personale del D'Asaro

nell'atto del 3 febbraio 1932? V. in proposito anche la parte finale della sentenza nel caso Bosco cr. Fogliatti.

4°) L'interesse vario che, secondo la sentenza, il D'Asaro aveva nell'atto 3 febbraio 1932, era rilevante a stabilire la « causa » commutativa (e non di donazione) o non bastava il sacrificio patrimoniale fatto dalla Chieli con la rinuncia alla detta azione? V. vol. I § 10 nota 2 e § 13 *sub b*.

5°) Si confronti il presente caso coi casi Debens - Dellarole; Levi - Finanze; Bosco - Fogliatti e Pressenda - Cagnassi (in nota a Bosco - Fogliatti) e se ne rilevino le analogie e le differenze.

6°) E' esatta la configurazione di contratto innominato, o non si può parlare di una transazione fatta dal D'Asaro nell'interesse proprio?

7°) Come si risolverebbe la questione nella *common law*, specie riguardo al problema di che *sub 4°*? v. vol. I §§ 26 e 30 *sub a*.

8°) E nel diritto francese? v. § 9 specie note 4 e 10.

9°) Quanto al secondo atto 14 luglio 1932, a stabilire la necessità delle forme della donazione (assistenza dei testimoni) per la parte eccedente l'obbligazione 3 febbraio 1932, occorre anche la prova dell'*animus donandi*, o bastava il criterio oggettivo della eccessiva sproporzione? v. vol. I § 38 *sub a* e § 10 *sub b*.

Nel caso in cui fosse provato che il D'Asaro non aveva l'*animus donandi*, nel cennato atto 14 luglio 1932, questo si potrebbe comunque attaccare sotto qualche altro profilo?

10°) Come si fa a stabilire quale è la parte dell'immobile validamente trasferita e quella il cui trasferimento è, secondo la Corte, nullo?

GUAGLIARDO cr. GRANÀ

Cass., 30 dicembre 1936. — *Giur. it.*, 1937, I, I, 169.

(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Una delle parti in causa si era obbligata verso l'altra a pagare un debito altrui (definito nella sentenza di merito come « costituito di debito altrui »), ma aveva promesso una somma maggiore di quella oggetto del suddetto debito, in considerazione del fatto di una lunga dilazione ottenuta per il pagamento del debito stesso.

I giudici di merito accertarono, per la maggior somma promessa, « che (sono parole della Corte di Cassazione) l'obbligazione, pur essendo maggiore di quella dei primitivi debitori, fosse assistita da

una causa vera e reale, costituita soprattutto dal fatto della lunga dilazione ottenuta per il pagamento del debito ».

La Suprema Corte cassava questa sentenza, ritenendo che anche al costituito di debito altrui si deve applicare l'art. 1900 cod. civ. 1865 (art. 1941 nuovo cod.) sulla *durior causa* nella fideiussione.

Anche il costituito di debito altrui, dice la Corte di Cassazione, si svolge nell'ambito dell'accessorietà, al pari della fideiussione. La figura del costituito di debito altrui è diversa, continua la Corte, dalla fideiussione, perchè « importa l'aggiunta di un nuovo debitore, tenuto *nomine proprio*, distintamente e principalmente, al pagamento promesso per un altro.

« Dal che (intendi, da tale accessorietà) consegue che, se il costituente può obbligarsi a condizioni diverse e più onerose del debito principale, o assumere un'obbligazione qualitativamente diversa, non può invece contrarre un debito quantitativamente superiore, come già dicevano i testi romani ». E qui la Corte cita la legge D. XI, I, 13 § 5.

« Pertanto, anche a voler utilizzare il costituito di debito altrui in funzione di negozio innominato o atipico, non può dirsi giuridicamente fondata la pronuncia, che sotto tale aspetto negò l'applicabilità dell'art. 1900 cod. civ. Invece la pronuncia nel suo risultato concreto non merita censura, quando la controversia venga esaminata sotto il profilo dell'accertata volontà contrattuale, creatrice di un negozio giuridico del tutto autonomo dalla primitiva obbligazione ». E qui la Suprema Corte richiama il passo della sentenza dei giudici di merito, in cui questi accertarono la « *causa vera e reale* » della promessa di maggior somma, consistente soprattutto nel fatto di aver ottenuto una lunga dilazione pel pagamento del debito.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 10, 13 *sub b* e 14 *sub f*.

Il caso concerne ancora il problema della *causa suffisante* nelle obbligazioni di dare, appunto perchè tale è la promessa di somma maggiore di quella dovuta dai primitivi debitori; non si tratta, cioè, delle obbligazioni di garantire o di pagare in luogo d'altri (c. d. costituito di debito

altrui, accollo, novazione, ecc.) che hanno come « causa » l'obbligazione precedente (v. su ciò vol. I § 14 *sub f*).

Questionario:

1°) Che importanza hanno nel caso concreto le qualificazioni o classificazioni nei tipi della fideiussione, del costituito, dell'accollo o simili, di fronte al fatto che la promessa di maggior somma era stata data in considerazione della lunga dilazione concessa al debitore originario?

2°) Escluso l'intento di donare, è *sufficiente* la concessione di una dilazione ad un terzo (il debitore originario) come causa della promessa di una certa somma in cambio? In che proporzione deve stare l'importanza o il valore della dilazione coll'ammontare della detta somma? Si deve tener conto soltanto dell'importanza del sacrificio fatto dal creditore nel concedere la dilazione, o anche del vantaggio che ne trae il debitore, o, ancora, del vantaggio o interesse (anche morale) dello stesso promittente? V. anche il caso Ricciardelli cr. Biondo.

3°) In caso di eccessiva sproporzione fra la somma promessa e l'elemento o gli elementi di cui al quesito precedente, occorre e basta la forma della donazione? Se questa forma non occorre, quali rimedi ha il promittente? v. anche vol. I § 23, e *infra* capitolo VI.

4°) Cosa significa, secondo la sentenza, l'espressione « causa vera e reale? »

5°) Come si risolverebbero le questioni di cui ai nn. 1, 2 e 3 nella *common law*? v. vol. I §§ 26 e 30 *sub a*; 27 nota 2 *sub e*, nota 3 *sub b*; § 32 *sub b*; § 35 *sub c*, 9°, nonchè il caso Haighs v. Brooks.

GARABELLO cr. FUSANI

App. Torino, 12 maggio 1896. — *Giur. Tor.*, 1896, 501.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Gli eredi Fusani rivendicavano una rendita di L. 500 (capitali L. 10.000) intestata alla signora Garabello dal loro *de cuius* Stanislao Fusani, come donazione nulla per difetto di forma e come atto affetto da causa turpe.

La sentenza procede all'esame delle prove testimoniali, al fine di sapere a quale titolo o causa fu intestata la rendita.

Un teste ne disse: « il Fusani per invitare la Garabello a convivere con lui le aveva promesso L. 10.000, che poi in seguito non volle

più pagare»; e continua: «e che si pattuì di intestare una rendita di capitali L. 10.000 alla Garabello col vincolo d'usufrutto a favore del Fusani».

Altro teste depose che fu invitato dal Fusani a interpersi presso la Garabello «per ottenere la restituzione di un rendita del debito pubblico, che egli asseriva di averle consegnato a condizione che essa continuasse a convivere con lui».

Se ne deduce che, in seguito, vi fu accordo; che la Garabello entrò nella casa del Fusani a convivere con lui; e che il Fusani adempì la promessa al fine di ottenere la continuazione della convivenza.

«Dove si rileva, dice la Corte di Torino, che la rendita in questione sarebbe stata non già l'oggetto di un atto di liberalità, bensì il corrispettivo convenzionale di una prestazione d'opera. Era il noto contratto innominato *do ut facias*, dal quale esulano interamente i caratteri sostanziali dell'atto gratuito».

La Corte continua: non ha importanza l'aver il Fusani detto ad un teste che la rendita «gliela aveva regalata», in quanto la qualifica giuridica data dalle parti all'atto non è decisiva.

«Che non si trattasse di liberalità, aggiunge la Corte, lo confermano le deposizioni dei testi a controprova. Il teste Pagliano depose che il Fusani "invitò la Garabello a convivere con lui quale donna di compagnia, promettendole una rendita di L. 500, e la Garabello, dopo lunghe e vive insistenze, aderì a recarsi in casa del Fusani". In questo senso deposero pure altri due testi.

Un altro teste ne disse: "seppi che il Fusani fece proposte alla Garabello perchè si recasse in casa sua, promettendole che l'avrebbe tenuta quale figlia e le avrebbe donato L. 10.000".

Altro teste pure accenna che il Fusani propose alla Garabello di entrare nella di lui casa quale donna di compagnia, facendole le dette promesse.

Tutti i testi accennano alle resistenze della Garabello ad accettare la proposta, che infine accettò.

A questo punto la Corte di Torino così motiva:

« Tutte queste deposizioni confermano che fra il Fusani e la Garabello si trattò la proposta e si convenne sul prezzo; si era adunque nei termini di una convenzione, non già di una donazione. La rendita era il corrispettivo pattuito per la prestazione d'opera della Garabello al servizio del Fusani quale donna di compagnia; e il Fusani, facendo intestare la rendita alla Garabello, non le faceva una donazione, ma le pagava il corrispettivo promesso. *Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur* (l. 82 D. de reg. juris). Nella fattispecie il *juris cogens* era l'obbligazione assunta dal Fusani di remunerare la Garabello ».

... « Esclusa dunque nel fatto della rimessione della rendita la qualità di atto di liberalità, vien meno l'eccezione desunta dalla mancanza delle forme volute dalla legge per gli atti di donazione.

Non potrebbesi per avventura trarre argomento dall'art. 1051 cod. civ. (del 1865) che riconosce i caratteri di donazione anche nelle liberalità fatte per speciale remunerazione e quella in cui si imponga qualche peso al donatario... quasichè la promessa fosse fatta in remunerazione dell'opera che (la Garabello) avrebbe prestata o colla condizione di prestarla. La donazione remuneratoria e la donazione *sub modo* non perdono il carattere di liberalità, semprechè la spontanea liberalità ne sia il movente e la parte precipua. Ma allorquando il movente non fu *l'animus donandi*, quando vi precedette discussione e pattuizione sulla prestazione dell'opera e sul corrispettivo di questa, non si tratta più di atto di liberalità, ma di vero contratto commutativo; altrimenti dovrebbe dirsi che ogni contratto di locazione d'opera si risolve per parte del committente in una donazione remuneratoria o modale ».

La Corte passa poi ad esaminare l'eccezione di causa turpe e la respinge, osservando che dalle deposizioni testimoniali non risulta esservi stato alcun adescamento da parte del Fusani; che, anzi, vi furono delle resistenze da parte della Garabello; e che questa fu invitata quale « donna di compagnia ».

Anche se la Garabello era giovane e il Fusani vecchio, ammortigliato e separato dalla moglie, non è lecito, continua la Corte, in-

durne che i due avessero nel noto atto l'intento e la causa di porre in essere un rapporto di amanti. Anche se tale fosse stato l'intento del Fusani, non risulta che la Garabello l'abbia condiviso. E anche se poi essa divenne l'amante, tale fatto, conclude la Corte, non rileva, poichè ciò che conta è l'intento comune delle parti al momento della promessa.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 10 e 38 *sub a*.

NB. I quattro casi: Garabello e i tre che seguono non sono stati tenuti in ordine cronologico coi casi precedenti; e ciò perchè questi quattro casi sembrano presentare tali analogie che permettono di considerarli in gruppo.

Si esamini il caso Garabello dal punto di vista della validità della promessa, non rivestita delle forme delle donazioni, e, pel diritto italiano, anche da quello della donazione manuale (v. § 38 *sub a*, specie note 4 e 6). Da questo secondo punto di vista, se la promessa non era valida come donazione, l'obbligazione assunta dal Fusani non sarebbe stata causa sufficiente ad escludere la donazione e le relative forme nel *transfert* dei titoli di rendita (v. vol. I § 11 *ad note* 25 segg.).

Questionario:

1°) Quanto alla donazione in remunerazione di un servizio ancora da prestare, cfr. il caso Armenise e questionario *ivi*.

2°) Si confronti anche il caso Garabello - Fusani coi casi: Carrari - Masiero; Humar cr. Zbogar e Pastorino - Pastorino; e si veda di distinguerli, sia con riguardo ai casi in sè, sia con riguardo alla motivazione delle rispettive sentenze.

3°) E' esatto, dal punto di vista del nostro diritto attuale, che « dal contratto innominato romano *do ut facias* esulano *interamente* i caratteri sostanziali dell'atto gratuito? » v. vol. I § 2.

4°) La parte più interessante della sentenza è quella in cui, come criterio della distinzione fra donazione *cum onere* o modo e contratto commutativo, si pone la « discussione e pattuizione sulla opera e sul corrispettivo » e la resistenza della Garabello ad accettare la proposta. E ciò anche al fine di stabilire il « movente » dell'atto e « la parte precipua » di esso: v. in proposito vol I § 10 *sub b*, 2° nonchè *ivi* le note 2 e 4.

Cosa pensa il lettore di quel criterio di distinzione? Si confronti anche quel concetto di « discussione e pattuizione sulla prestazione e con-

troprestazione» con il concetto di *bargain* nella *common law*: v. vol. I §§ 26 e 30 *sub a et c*, nonchè i casi richiamati nella parte II premessa al cap. III, 1° *sub a*.

CARRARI cr. MASIERO

Cass. Firenze, 17 aprile 1914. — *Foro it.*, 1914, I, 1446.

In nota: caso FERRI cr. SBEI

(la sentenza Carrari-Masiero è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

«*La Corte*, ecc. — I primi motivi contenuti nell'unico mezzo del ricorso meritano di essere accolti, non essendo la Corte partita da principî giuridici plausibili per escludere gli elementi di un contratto a titolo oneroso, bilaterale, nei fatti dedotti a prova dalla ricorrente Maria Carrari e per ritenere che non vi si possano riscontrare che i requisiti di una donazione o remuneratoria o *sub modo*.

La ricorrente aveva, invero, chiesto di provare con testimoni, attesa l'esistenza evidente di un principio di prova per iscritto, che il padre della Masiero aveva stipulato col padre suo una convenzione, mediante la quale il primo aveva richiesto al secondo che gli concedesse la di lui figlia Maria (intendi, la ricorrente Carrari) perchè convivesse e allietasse con la sua compagnia la propria figlia Margherita, priva della madre, e in corrispettivo si era impegnato (il che equivaleva ad avere assunto la relativa obbligazione) di allevare ed istruire la detta Maria allo stesso modo dell'altra, e di versarle al momento del suo matrimonio una somma a titolo di gratificazione.

Ora, è indubitato che se rimanesse accertato questo fatto, ne conseguirebbe che, avendo il Carrari accettato le richieste e le proposte del cognato, avrebbe per parte sua assunto l'obbligo di collocare in quella casa la propria figlia per lo scopo pattuito, vale a dire per prestare un servizio al cognato stesso e alla nipote; ma contemporaneamente avrebbe acquistato il diritto all'adempimento delle condizioni stabilite colla convenzione conclusa, e cioè che la di lui figlia minorenni e della stessa età della cugina fosse educata e istruita alla pari di questa, e le fosse poi versata quella somma che sarebbe stata determinata all'epoca del suo matrimonio.

Dunque, da una parte, si avrebbe prestazione di una opera (convivenza e compagnia), dall'altra si avrebbe una controprestazione corrispettiva (educazione, mantenimento e versamento di una somma alla fine della durata del contratto).

Non par dubbio che, accertati tali patti, concorrerebbero nella specie gli estremi di un contratto nominato o innominato a titolo oneroso, ognorachè i due contraenti si sarebbero reciprocamente e rispettivamente obbligati a dare per avere (*do ut des*); l'uno a dare la figlia per compagnia e per ricevere il compenso promesso di prestazioni in danaro e in natura, l'altro a fare queste prestazioni e dare il danaro in corrispettivo delle prestazioni che la Maria doveva fare al Masiero e alla di lui figlia.

Queste le deduzioni giuridiche che scaturiscono naturalmente dal senso e dal contenuto dei capitoli formulati a prova dall'attrice, ora ricorrente, e che, per essere del tutto contrarie a quelle che ne trasse l'impugnata sentenza, a torto si obietterebbe essere la conseguenza dell'apprezzamento e dell'interpretazione di fatto esclusivamente devoluti alla competenza dei magistrati del merito.

La Corte veneta, infatti, non apprezzò nè interpretò diversamente la prova dedotta nè disconobbe le condizioni alle quali il Masiero e il Carrari avrebbero convenuto, l'uno, di prendere nella propria casa la bambina Maria, l'altro di collocarvela; ma negò soltanto che la compagnia, la convivenza, il diletto che il Masiero si propose di arrecare con ciò alla propria figlia e il vantaggio, che egli stesso per amore di questa si sarebbe procurato, potessero costituire un servizio apprezzabile e da doversi retribuire. Nè considerò come obbligazione corrispettiva dell'abbandono della propria famiglia e della costrizione della propria libertà e attività che pure, col crescere dell'età, avrebbe la Carrari potuto altrimenti e forse anche meglio impiegare, la promessa del Masiero relativa al trattamento, all'istruzione e all'educazione della nipote, e alla somma che le avrebbe consegnato nell'occasione del suo matrimonio.

Dal che si evince come la questione non fosse soltanto di fatto, ma bensì di diritto, poichè dai dati di fatto proposti si trattava di

determinare il *nomen iuris* del negozio e dei rapporti giuridici interceduti fra le parti, rispettivamente promittenti e stipulanti. Laonde i criteri che dovevano guidare il giudice nella soluzione della proposta questione non possono essere sottratti all'esame e alla censura della Corte suprema, regolatrice della retta applicazione delle norme di legge e giuridiche.

Ciò posto, e passando ad esaminare i criteri che mossero la Corte Veneta ad escludere nella fattispecie gli elementi tutti di un contratto bilaterale e più specialmente di una locazione di opere, quale si deduceva dalla Carrari, si osserva, quanto all'estremo della prestazione dell'opera, che la Corte stessa lo escluse, ritenendo che nessun servizio, sia manuale, sia intellettuale, fosse in grado di prestare la minore Maria Carrari.

Essa, dice la sentenza denunziata, di pari età della cugina, nessuna opera potè prestare, perchè ebbe l'uguale trattamento della cugina stessa, e ne ritrasse anche un vantaggio per la maggiore agiatezza delle condizioni dello zio in confronto di quelle del proprio padre.

Senonchè sembra evidente che così ragionando il magistrato d'appello non ebbe un esatto concetto della diversa specie e indole dei servizi e delle utilità che possono convenirsi e contemplarsi nelle varie figure di locazione di opere che si comprendono nella lata e generale locuzione degli artt. 1570 e 1627 cod. civ.

E valga il vero. Se il padre acconsentiva ad allontanare dalla propria casa la figlia, privando sè e lei delle cure, delle amorevolezze e delle soddisfazioni familiari e paterne, e ciò faceva per procurare un'utilità al cognato che glielo aveva richiesto, e se questi ne riceveva effettivamente un servizio, non nel senso di un'opera servile, manuale o professionale, ma di una prestazione consistente nel rendere meno triste e monotona la vita della figlia orbata della madre, è chiaro che l'estremo della prestazione di un servizio, sia pure di una specie non frequente e non comune in tali contratti, non poteva dirsi che facesse difetto.

Nè sta che tale specie di servizio sia inestimabile e non econo-

micamente apprezzabile, poichè nessun ostacolo vi ha che impedisca di potersene determinare il valore, sia in considerazione del sacrificio che il padre e la figlia facevano in pro di quei loro parenti, sia in considerazione del vantaggio che a costoro veniva a derivarne coll'evitare di ricorrere a persone estranee e mercenarie, sia infine in considerazione delle condizioni economiche dei contraenti.

Il patto della mercede, quindi, o meglio, nel caso, retribuzione o remunerazione che dir si voglia, risulterebbe dai fatti dedotti a prova, nè la promessa di una somma con riferimento al matrimonio potrebbe qualificarsi per una vaga promessa sempre rescindibile (come si esprime la sentenza) a beneplacito del promittente perchè rimessa alla sua generosità.

E neppure è esatto che manchi affatto la determinazione del tempo. Secondo il capitolo di prova la durata della prestazione non sarebbe indefinita, perchè la convenzione si sarebbe limitata al tempo fino al quale la convivenza e la compagnia delle due cugine avrebbero corrisposto allo scopo al quale erano dirette, ed è manifesto che non doveva protrarsi oltre il matrimonio dell'una o dell'altra e che a tutte e due poi non era interdetto di porvi termine quando fosse stato il caso, salvo l'adempimento delle obbligazioni che dalla più o meno lunga durata delle prestazioni suddette sarebbero derivate.

D'altra parte, è da considerarsi essere certamente incorsa negli errori e violazioni della legge rimproverabile la sentenza denunciata, allorchè ha creduto applicabili al caso le norme e i principî che regolano le donazioni.

L'animus donandi, per verità, non poteva affatto attribuirsi al Masiero, che prometteva una somma e altre prestazioni non a scopo di spontanea liberalità, ma per compenso di altre prestazioni che a vantaggio proprio e della figlia esigeva. Nè d'altro lato può presumersi che il Carrari acconsentisse alla richiesta del cognato in seguito ad una semplice di lui promessa donatoria revocabile, *ad nutum*, mentre invece si rileverebbe dai fatti articolati a prova avere egli voluto, oltre che compiacere ai desideri del Masiero, procurare alla figlia un decoroso collocamento e avere un affidamento sicuro che

le sarebbe stata consegnata una congrua somma al momento del matrimonio.

Non soltanto perciò mancherebbe nel rapporto giuridico creatosi fra il Masiero e il Carrari e, alla loro morte, fra le loro figlie divenute maggiorenni, *l'animus donandi*, ma anche l'intenzione di accettare una donazione, una beneficenza per parte dei pretesi donatari.

Ond'è che la *liberalitas nullo iure cogente in accipientem facta*. la ultronea liberalità esula completamente nella fattispecie configurata nei surripetuti capitoli di prova.

Nè vi si possono riscontrare gli estremi di una donazione remuneratoria, di cui è parola all'art. 1051 cod. civ., poichè la remunerazione non si sarebbe data per servigi già prestati o in considerazione di meriti speciali della Carrari Maria, ma si sarebbe data e stipulata per i servizi che costei avrebbe dovuto prestare, e sarebbe stata determinata, come più sopra si è notato, nel trattamento uguale alla figlia del promittente, nell'assegno di un identico spillatico e in una proporzionata somma per il matrimonio.

E neppure di donazione modale potrebbe parlarsi, in quanto che la convivenza e la compagnia che la Carrari doveva tenere alla Masiero non sono dedotte come un onere o un peso imposto alla prima per ricevere la somma o per farne un uso parziale o totale determinato, ma dovevano costituire la prestazione in compenso della quale la somma le si prometteva e le si doveva consegnare, concretandola in ordine al valore e alla durata dell'opera da essa prestata. (*Omissis*)

Per questi motivi, cassa, ecc. ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10 specie note 2 e 4; § 13 *sub b et c.*

Caso molto interessante per le ragioni accennate nel vol. I, *loc. cit.*

Si vedano le note del Barassi, in *Foro italiano*, 1914, I, 1446 segg.; dell'Ascoli in *Riv. dir. civ.* 1914, p. 681; dello Sraffa in *Riv. dir. comm.*, 1914, II, p. 781. Il Barassi osserva esattamente, contro l'Ascoli, che apprezzabile in danaro dev'essere il sacrificio del promissario e non l'interesse del promittente a questo sacrificio.

Si confrontino anche i casi Garabello cr. Fusani; Humar cr. Zbogar; Pastorino cr. Pastorino; e Ferri cr. Sbei (*infra cit.*).

In fatto sembra risultare che la Maria Carrari, dopo essere rimasta fino all'epoca convenuta in casa Masiero, domandò la somma promessa, e da determinare, alla cugina Masiero. Questa excepì trattarsi di donazione nulla per difetto di atto pubblico.

Questionario:

1°) Si può decidere la questione sulla base dell'intento delle parti? Che pensa il lettore del reale intento delle parti nella fattispecie?

2°) Era veramente la prestazione della Carrari Maria, nel caso concreto, un servizio apprezzabile in danaro?

3°) Che valore ha, sotto questo aspetto, il rilievo del Barassi, *op. et loc. citt.* che l'apprezzamento ne è stato fatto dalle parti? Non vi è qui una petizione di principio rispetto alla possibilità di un intento di donare *cum onere*?

4°) *L'animus donandi* è escluso pel solo fatto che si richieda una controprestazione?

5°) E' esatta la definizione che la sentenza, nella sua parte finale, dà dell'onere nelle donazioni? v. anche il caso Ferri - Sbei. Per la donazione remuneratoria v. il caso Armenise cr. Moroni.

6°) Che importanza avrebbe il conoscere l'ammontare della somma promessa, se questa fosse stata determinata? Che importanza ha, per distinguere una donazione *cum onere* da un contratto di scambio, il fatto che tale ammontare non era determinato, ma doveva determinarsi? e in qual modo determinarsi?

7°) Vi fu nel caso quella « contrattazione, discussione o pattuizione » di cui al caso Garabello - Fusani?

8°) Che importanza ha l'argomento, pure addotto nella sentenza, del sacrificio *morale* e anche patrimoniale (possibilità di impiego altrove) che avrebbe fatto la Maria Carrari?

E quale, nel caso concreto, l'importanza dell'argomento che, per procurarsi una dama di compagnia estranea, occorre pagarla?

9°) E che dell'argomento che il padre della Carrari faceva un sacrificio morale? poteva il padre domandare per ciò un compenso a favore della figlia? Contraente era il padre o la figlia, in quanto da lui rappresentata?

10) Quale valore ha l'argomento della poca probabilità che il padre Carrari si affidasse ad una promessa donatoria revocabile *ad nutum*?

11°) Era veramente tutta la questione una questione di diritto proponibile in Cassazione?

12°) Si noti che nella fattispecie la prestazione della Maria Carrari non poteva costituire oggetto di un'obbligazione, sicchè il contratto poteva valere soltanto come promessa di una somma a prestazione compiuta (v. vol. I § 10 nota 2 e *sub f* nota 12). Così anche il Barassi e lo Sraffa, *opp. et locc. citt.*, che per questa ragione escludono la figura tipica della locazione di opera, ritenendo trattarsi di un contratto innominato a titolo oneroso; mentre l'Ascoli è per la donazione *cum onere*.

Ciò posto, come sarebbe stato probabilmente risolto il caso, se la lite fosse insorta *prima* che la Maria Carrari avesse *compiuto* la prestazione, in particolare, se appena dopo il contratto i Masiero si fossero rifiutati di riceverla in casa eccependo che trattavasi di donazione nulla per difetto di forma? Avrebbe la Corte ancora accolta la tesi di un contratto commutativo? oppure è presumibile che il motivo sostanziale della presente decisione fu soprattutto l'affidamento della Maria Carrari, che sulla base della promessa se ne stette per molti anni in casa Masiero? v. vol. I § 27 *ad* note 4 segg., nonchè la sez. III del presente capitolo.

13°) Come si risolverebbe il caso secondo il diritto francese?

14°) E come secondo la *common law*? v. vol. I § 29 e 30 *sub a*.

Per rendersi conto della delicatezza del nostro problema, si tenga presente, oltre i casi Garabello cr. Fusani, Humar cr. Zbogor, Pastorino cr. Pastorino, anche il caso FERRI cr. SBEI, Cass. Roma 26 marzo 1907, *Foro it.*, 1907, I, 487. In questo caso, pur non trattandosi di una questione di forma, ma dell'applicabilità dell'art. 1080 c. civ. del 1865, il Tribunale aveva ritenuto che l'obbligo della coabitazione e di coltivare i fondi donati non costituiva una donazione *cum onere*, ma un contratto commutativo. E ciò perchè: « la frase dell'art. 1080, pesi imposti al donatario, va intesa nello stretto significato di oneri e prestazioni tali da importare diminuzione al valore della donazione, sì da non poter comprendere l'obbligo imposto al Tassoni, *che aveva un valore semplicemente etico e non economico*, ed anzi rappresentava un *vantaggio* per il donatario, procurandogli un alloggio gratuito e favorendo il miglioramento di fondi. E dopo aver ciò ritenuto, soggiunge (il tribunale) che i pesi di cui è cenno all'art. 1080 rappresentano sempre una prestazione accessoria di minima importanza di fronte all'atto di liberalità cui è aggiunta, mentre nella specie concreta l'obbligo imposto al donatario formava il movente e lo scopo *principale* della donazione e *quasi* ne costituiva il *corrispettivo* ».

La Corte di Cassazione, al contrario, ritenne che nel caso Ferri - Sbei trattavasi di donazione *cum onere*, così motivando:

« Per *peso* si intende qualsiasi onere o *incomodo*, senza tener conto se esso importi, o no, sacrificio; bastando, per la ragione della legge, che esso dipenda dalla volontà del donatario; non senza poi avvertire che nella specie mal si disapplica il carattere di peso ad una ingiunzione, che tendeva a menomare la libertà personale del donatario, obbligandolo ad abitare in un luogo piuttosto che in altro, e ad attendere a certi lavori piuttosto che ad altri di maggior suo genio.

Considerato che da quanto sopra consegue che nella specie si versava nella ipotesi dell'art. 1080 e non già in quella dell'art. prec. e che il Tribunale, per cercare il difficile e il peregrino, ha smarrito la retta via che era piana, breve ed agevole ecc. ».

In questo caso, dunque, il Tribunale si ispirava a tre criteri:

1°) uno oggettivo (non estimabilità della controprestazione anche come sacrificio) opposto a quello tradizionale accolto dal Pothier e dalla giurisprudenza italiana (v. nel senso del Tribunale anche la nota del Dalloz al caso Bardet e vol. I § 2 nota 22).

2°) un altro, pure oggettivo, per cui sarebbe onere soltanto un peso che diminuisce, e non di molto, il valore del donato (v. vol. I § 2 nota 19; § 10 *sub f* teoria 2°);

3°) un terzo criterio, *soggettivo*, la causa *principale* (v. vol. I § 10 *sub c*).

Cosa pensa il lettore di questa motivazione del Tribunale nel caso Ferri cr. Sbei? e della motivazione della Cassazione di Roma per la tesi opposta?

Si confronti il caso Ferri-Sbei coi casi Carrari cr. Masiero, Garabello cr. Fusani, Pastorino cr. Pastorino e Humar cr. Zbogor.

Quanto al diritto francese, vedansi: i casi Cour de Bastia, 10 giugno 1840, cit dal DALLOZ, *Codes Annotés, Nouveau Code Civil*, cit., art. 900 n. 228 e gli altri casi ivi citt. ai nn. 230-232, ove, benchè in via indiretta, si considera come donazione la promessa o l'alienazione a condizione che l'altra parte conviva col promittente o alienante.

Si confrontino le incertezze della *civil law* (circa la distinzione in casi come Garabello, Carrari, Ferri, Humar etc., fra contratto commutativo, specie innominato, e donazione) con la soluzione semplificatrice della *common law* (v. vol. I §§ 26 e 30, *sub a*, nonchè i casi Hamer v. Sidway, Devecmon v. Shaw e simili).

PASTORINO cr. PASTORINO

Cass., 27 luglio 1931. — *Mon. Trib.*, 1932, 47.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Fatto. — Carminantonio Pastorino, non avendo prole, aveva nel settembre 1913 chiesto al fratello, prof. Sandro Pastorino, di tener come figlia propria la nipotina Ermenegilda, figlia del Sandro e, ottenutone il consenso, l'aveva portata con sè in America.

Ma successivamente, nel 1921, il Carminantonio aveva lasciato la nipotina con la moglie in America, tornando a Salerno con altra donna, con la quale aveva illegittimamente procreato tre figli. Il prof. Sandro aveva allora chiesto al fratello la restituzione della figlia; e non avendo costui adempiuto alla promessa fatta di andarla a rilevare in America, era stato costretto a contrarre un debito di lire 6.000, somma che aveva inviata alla cognata (la moglie del Carminantonio), per porla in grado di accompagnare, come avvenne, la figlia nel viaggio di ritorno.

« Sicchè, continua la Corte, mentre esso Carminantonio si era obbligato di dare completa educazione alla nipote, questa aveva dovuto interrompere lo studio, già iniziato, del pianoforte, essendo stata lasciata in America, insieme con la zia, priva di mezzi ».

Sulla base di queste premesse di fatto, il prof. Sandro Pastorino, con citazione 27-8-1927, chiedeva al fratello il rimborso delle L. 6000, oltre gli interessi, nonchè il risarcimento dei danni per inadempimento della suddetta obbligazione.

« Il Tribunale, con una prima sentenza del 20-12-1927, in contumacia del convenuto, ammise l'attore a provare i fatti dedotti ed anche il fatto che esso attore, soprattutto per la sua qualità di insegnante, avrebbe potuto dare completa educazione alla propria figlia, ed invece questa, in conseguenza dell'agire del convenuto, aveva dovuto perdere ogni istruzione, sia letteraria che musicale ».

Con sentenza definitiva il Tribunale, esperite le prove, condannava Carminantonio Pastorino a pagare al fratello prof. Sandro, anche quale rappresentante legale della figlia minore, la somma di

L. 20.000 per le causali di rimborso delle L. 6.000 e di risarcimento dei danni.

La Corte di Appello di Napoli confermava la sentenza del Tribunale.

Ricorreva in Cassazione il Carminantonio Pastorino, contro la configurazione di una sua responsabilità extracontrattuale ex-art. 1151 cod. civ. (configurazione data al caso dalla Corte di Napoli), lamentando la conseguente erronea valutazione dei limiti dell'obbligo al risarcimento del danno.

Il Supremo Collegio afferma che tale censura è esatta, in quanto la Corte di Napoli non tenne conto del vincolo contrattuale e portò il fatto del convenuto su un terreno che non gli era proprio, quello della colpa aquiliana. E così continua il Supremo Collegio:

« Invero, Carminantonio Pastorino, nel chiedere al fratello Sandro la bambina Ermenegilda per condurla seco in America, promettendo di tenerla come figlia propria, ed il fratello Sandro nel concedergliela (circostanze pacifiche in punto di fatto), avevano dato vita, per l'*in idem placitum consensus*, ad un particolare rapporto contrattuale, il cui contenuto si sostanziava nell'obbligazione assunta da Carmine verso Sandro, senza corrispettivo, di provvedere, in sua vece, al mantenimento, all'educazione e all'istruzione della bambina, ossia di assolvere per lui quel complesso di doveri, che la natura e la morale, prima, e poi la legge (art. 128 c. c.) pongono a carico dei genitori in favore della prole.

Un simile contratto, che mette in essere una forma impropria di adozione, e dell'adozione vera e propria suol costituire la preparazione, se non trova nel diritto patrio (a differenza di qualche legislazione straniera) una precisa configurazione, non per questo manca dei requisiti necessari, secondo i principii generali, per essere ritenuto vincolativo, al pari di ogni altro contratto, e fonte di danno risarcibile in caso di inadempimento. Esso può aver posto nella categoria dei contratti a titolo gratuito preveduti nell'art. 1101 c. c. anche senza un *nomen iuris* suo proprio ».

Da tutto ciò il Supremo Collegio trae la conseguenza che il fatto

del Carminantonio dovrebbe valutarsi secondo le norme della colpa contrattuale e non come fatto illecito. E continua: Non avendo la Corte di merito fatta tale valutazione e non potendo la Corte di Cassazione sostituirsi al giudice di merito per fissare i *limiti*, entro i quali il risarcimento dev'essere contenuto, e determinare in concreto la somma del danno, cassa, ecc.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 7, 9, 10, 13 *sub b*; 14 *sub e* e 14 bis; 24 e 27 *sub a*.

E', questo, uno dei casi più interessanti della nostra raccolta.

Questionario:

1°) E' d'accordo il lettore con l'argomento della sentenza, che, cioè, il contratto *de quo* è valido, in quanto ha posto « nella categoria dei contratti a titolo gratuito preveduti nell'art. 1101 (cod. civile del 1865), anche senza un *nomen juris* suo proprio »? Basta ciò, per la sanzione giuridica dei contratti atipici o innominati a titolo gratuito?

2°) L'obbligazione del Carminantonio Pastorino era un'obbligazione di *dare*, oppure un'obbligazione di *facere* (mantenere, educare, istruire la nipote) sia pure implicante degli esborsi di denaro? In altri termini, se la promessa era a titolo gratuito, costituiva essa una donazione, anche agli effetti formali? Si confronti, sotto questo aspetto, l'oggetto dell'obbligazione nei casi Carrari e Humar, nel quale ultimo pure si parla di una forma impropria d'adozione.

3°) A differenza dei casi Garabello, Carrari e Humar, la sentenza non esamina il caso Pastorino sotto il profilo della donazione. Se di questa si fosse trattato, non vi era in realtà qualche elemento o causa sufficiente o giusta per giustificare la sanzione del contratto? Che dire, in proposito, dell'abbandono che il padre fece della figlia e dei suoi affetti, e che questa fece della casa paterna? Si prescinda, in proposito, dalla considerazione che tale abbandono non poteva formare oggetto di un'obbligazione del padre o della figlia, visto che, comunque, l'abbandono stesso potrebbe costituire una controprestazione eseguita o cosiddetta « condizione » di una promessa. V. nota al caso Carrari-Masiero, quesiti 8°, 9 e 12.

4°) Quale valore poteva avere, per la questione di che al n. 3, il fatto che « in conseguenza dell'agire (o promessa) del convenuto Carminantonio, la figlia aveva dovuto perdere ogni istruzione, sia letteraria che

musicale»; nonchè, aggiungiamo, il fatto che il padre e la figlia, a seguito di tale affidamento sulla promessa, avevano subito un pregiudizio? v. anche la sez. III del presente capitolo.

5°) Si confronti in genere il presente caso coi casi Carrari cr. Masiero e Humar cr. Zbogar, e se ne vedano le differenze e le analogie, anche quanto alla motivazione delle rispettive sentenze.

6°) Se l'obbligazione del Carminantonio fosse stata di *facere* (v. quesito 2°), e a titolo gratuito, quale importanza avrebbero le circostanze di che ai quesiti 3° e 4° come *cause juste* per determinare la sanzione della promessa? Avrebbero potuto servire per « fissare i limiti entro i quali il risarcimento deve essere contenuto » in tema di responsabilità contrattuale (v. parte finale della sentenza)? v. vol. I § 14 *sub e*, § 14 bis, § 20 *sub b*, nonchè il cap. IV di questo vol. II, parte I.

7°) Come si potrebbe risolvere il caso nella *common law*? v. vol. I §§ 26, 30 e 27 *sub a*; nonchè i casi richiamati nella parte II, nota finale sulla *reliance*, p. 582.

8°) Per quanto il Carminantonio avesse interesse a sostenere che v'era un contratto, col relativo intento di vincolarsi sul piano giuridico (v. vol. I § I specie la nota in appendice), cosa pensa il lettore della configurazione di una responsabilità contrattuale, rispetto alla configurazione di una responsabilità extracontrattuale per aver determinato mediante la promessa (come « agire ») il padre e la figlia a tenere una condotta loro pregiudizievole? Cioè, cosa pensa il lettore, quanto meno sotto l'aspetto della convenienza o giustizia, del ricorso ad una figura analoga all'*assumpsit* di *common law*, nella fase in cui l'*assumpsit* portava, piuttosto, ad una responsabilità extracontrattuale? v. vol. I §§ 26 e 27 *sub a*, nonchè la sentenza nel caso Humar v. Zbogar con la sua idea della frode.

HUMAR cr. ZBOGAR

Trib. Gorizia, 15 luglio 1937. — *Foro Venezia*, 1937, 806.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« *Fatto*. — Con atto 22-12-1936 Humar Giovanni, assumendo d'essere entrato nel 1919 nella casa di Zbogar Francesco e di esservi rimasto fino al 1935, lavorando come persona di famiglia, senza alcuna retribuzione, nella speranza che lo Zbogar — come gli aveva promesso — lo adottasse e gli facesse donazione di tutta la sua sostanza; e che invece all'inizio del 1936 era stato mandato via di casa

senza alcun plausibile motivo e senza compenso per il lavoro per così lungo tempo prestato; conveniva lo Zbogar medesimo avanti questa autorità giudiziaria, onde ottenere la sua condanna al pagamento di L. 15.000 e alle spese.

Costituitosi il contraddittorio, l'attore insisteva in via principale nella domanda proposta con l'atto introduttivo del giudizio, sostenendo la sua ammissibilità, così sotto il profilo dell'inadempimento contrattuale, come sotto quello del risarcimento del danno extracontrattuale e dell'indebito arricchimento e offrendo in subordine una prova per interrogatorio, testi e perizia.

Il convenuto contrastava l'avversaria pretesa, negando d'essersi assunto l'obbligo di adottare l'istante o di donargli il proprio patrimonio e deducendo, comunque, la nullità del contratto per illiceità della causa. Assumeva altresì l'inammissibilità di un risarcimento di danni, mancando in via assoluta un fatto illecito di esso Zbogar, atto a legittimare, sotto tale profilo, la domanda *ex adverso* proposta, ed eccependo ad ogni modo la prescrizione della relativa azione, a mente dell'articolo 1486 c. civ. austriaco; in via subordinata, offriva, a miglior sostegno della sua giudiziale difesa, una prova testimoniale.

Diritto. Osserva anzitutto il Tribunale che la nostra legge non prevede l'ipotesi di una promessa di adozione, quale negozio giuridico capace di dar vita ad un *vinculum iuris*, la cui violazione importi per l'inadempimento una responsabilità contrattuale in ordine ai danni che dalla mancata esecuzione dell'obbligazione assunta siano derivati all'altro contraente.

... (*Omissis*). — Nessuna disposizione analoga all'art. 54 c. c. (austriaco?) contiene la legge per l'adozione, per la quale invece... espressamente esclude che il consenso delle parti possa sottoporsi a condizione o a termine, statuendo che esso è revocabile (art. 217 c. c.)... (*Omissis*).

Per ciò che riflette l'assunta promessa di donazione della sostanza, rileva (il Tribunale) che, esclusa senz'altro l'ammissibilità d'una *donatio mortis causa*, contraria ai principî del nostro diritto positivo,

che per il trapasso dei beni a causa di morte conosce soltanto il testamento, atto essenzialmente revocabile (artt. 759, 889 segg. c. c.), la domanda attrice non potrebbe neppure ritenersi fondata su una promessa di donazione *inter vivos*, che, come obbligazione di donare, palesemente contrasta al requisito della spontaneità, indispensabile ad integrare la stessa causa della donazione, e cioè l'*animus donandi*.

È bensì vero che, in quanto in essa si manifesti l'intenzione di compiere una liberalità, l'obbligazione di donare — ove l'esecuzione dell'atto non sia contemporanea alla promessa — può considerarsi vera e propria donazione, qualora nell'obbligo assunto, per sè incompatibile con l'elemento della spontaneità, possa tuttavia ravvisarsi la sussistenza di una volontà, in alcun modo coartata, di spogliarsi attualmente e irrevocabilmente di determinati beni in favore altrui, sì che l'atto posteriore, col quale la donazione viene eseguita, altro non sia che il pagamento di un debito. Ma in tale ipotesi dovrebbe comunque osservarsi, per la promessa, la forma prescritta per la donazione; e quindi, trattandosi non di doni manuali, ma, come si assume, di traslazione in proprietà di una intera sostanza, (dovrebbe) procedersi alla redazione dell'atto pubblico notarile (articolo 1056 c. c.)...

Riconosciuta l'infondatezza della domanda sotto il profilo della colpa contrattuale, l'istanza attrice potrebbe tuttavia trovare qualche giustificazione in un'eventuale colpa aquiliana, consistente in un fatto illecito del convenuto, dal quale sarebbe derivato all'attore il pregiudizio lamentato in causa. Fatto che potrebbe ravvisarsi principalmente nella frode e cioè nella deliberata volontà di ingannare l'Humar Giovanni ed i suoi genitori col promettere per il lavoro prestato una ricompensa che mai si ebbe intenzione di corrispondere, al solo scopo di usufruire gratuitamente, in tutto o in parte, dell'attività dell'istante.

Altro fondamento dell'azione potrebbe infine ravvisarsi nell'indebito arricchimento eventualmente conseguito dallo Zbogar col lavoro della controparte in applicazione del principio « *nemo locu -*

pletari potest aliena jactura et iniuria», su cui è basata l'*actio de in rem verso*; ma a legittimarla è necessario che la locupletazione sia effettiva ed ancora sussistente al momento della ripetizione — *non est versum, si non durat versum*.

Ad escludere pregiudizialmente le azioni di danno extracontrattuale e di indebito arricchimento non varrebbe fin da ora l'eccezione di prescrizione sollevata dal convenuto in forza dell'art. 1486 c. c. austriaco; a prescindere infatti dal considerare, se l'attività esplicata dall'Humar durante la sua permanenza nella casa del convenuto possa o meno farsi rientrare nell'ipotesi prevista dalla cennata disposizione di legge, è da rilevare che, poichè l'attore assume e chiede di provare che fino al 1935 il suo avversario lo aveva tenuto presso di sè, senza disdire le precedenti promesse, onde esso istante non aveva avuto fino a quel momento conoscenza delle nuove o delle effettive intenzioni dello Zbogar, la prescrizione non potrebbe ritenersi iniziata in epoca anteriore, non potendosi in questa imputare al giovane — se non aveva ancora notizia della esistenza del suo preteso diritto — un'inerzia processuale atta a legittimare il decorso della prescrizione estintiva: *actio nondum data non praescribitur*.

La prescrizione deve pertanto ritenersi iniziata al momento del rifiuto, da parte del promittente, di mantenere le proprie promesse, e poichè tale fatto si sarebbe verificato, secondo l'attore, in tempo successivo all'attuazione del nuovo cod. (1° luglio 1929), devono nella specie applicarsi le norme del medesimo — ai sensi dell'art. 31 R. D. 4 novembre 1928 n. 2325 — ed in tal caso, essendo entrambe le azioni (per la colpa aquiliana e l'arricchimento indebito) sottoposte a prescrizione trentennale, l'eccezione si dimostrerebbe infondata». (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 1 *sub b*, 10, 11, 26 (specie *sub a* nota 4) e 27 *sub a*, e altri luoghi del vol. I citati in nota ai tre casi precedenti.

La sentenza doveva risolvere il problema dell'ammissibilità delle prove per interrogatorio, testi e perizia dedotte dall'attore Humar al fine di provare i fatti e il danno. Ecco perchè tutta la sentenza è redatta al

condizionale, anche quanto alle azioni per colpa aquiliana e per indebito arricchimento; perchè, per pronunciarsi sulla sussistenza dei loro estremi giuridici, occorre attendere l'esito delle prove.

Questionario:

1°) Vi sono differenze e quali, nella situazione di fatto, fra questo caso e i casi Garabello, Carrari e Pastorino?

2°) In che consisteva la prestazione del Humar? ed era tale prestazione stata convenuta, come contropartita (*lato sensu*, ivi compresa la figura dell'onere) della «promessa di donazione»? v. nota al caso Pastorino.

3°) E' d'accordo il lettore sulla possibilità di configurare nella fattispecie una responsabilità aquiliana dello Zbogar per frode, come detto nella sentenza? e quale sarebbe la portata pratica di questa azione giudiziale rispetto al *quantum* che ne potrebbe ottenere il Humar? v. anche vol. I § 1 *sub b*; § 2 nota I; § 3 *sub a* e § 26 *sub a*. Non si tratta piuttosto di una specie di *reliance*, adattata alla *civil law*? v. quesito 8° e la sez. III di questo capitolo.

4°) Si propongono gli stessi quesiti di che al n. 3° rispetto all'azione di indebito arricchimento. V. gli stessi passi del vol. I citati sotto il precedente quesito.

4° bis). Erano, le due azioni di che al n. 3 e 4, proponibili nel caso Carrari - Masiero?

5°) Vi sarebbe, comunque, un'azione per fare ottenere al Humar almeno il valore del suo lavoro o del sacrificio che egli fece restando (pare, come figlio: figlio adottando!) nella casa dello Zbogar, abbandonando la propria casa e lavorando in quella dello Zbogar stesso?

6°) Si sentirebbe il lettore di dare al caso Humar - Zbogar una soluzione analoga a quella data dalla Corte di Cassaz. di Firenze al caso Carrari - Masiero o a quella data nel caso Pastorino?

7°) Quale la soluzione pel diritto francese? v. vol. I § 9.

8°) Quale soluzione si potrebbe dare al caso Humar nella *common law*? Vi sarebbe nel caso un *bargain* ed una *consideration* o, invece, una *reliance not bargained for*, fonte di una possibile azione in base a quanto detto nel vol. I § 27 *sub a*? v. anche §§ 26 e 30 *sub a*, il caso Kirsey v. Kirsey e, nella parte II, i casi richiamati a p. 582 sulla *reliance*.

9°) Quale soluzione preferisce il lettore, ai fini della giustizia nel caso concreto, fra la soluzione della *civil law* e quella della *common law*?

SEZIONE II

Il problema rispetto alle promesse o alle alienazioni ad un ente morale, specie di carattere pubblico.

(v. vol. I, § 10 specie *sub e* e § 12 *sub a*)

(*Giurisprudenza italiana*)

COMUNE DI AGLIÈ (Congregazione di Carità) cr. TAPPARO

App. Torino, 27 aprile 1866. — *Giur. Tor.*, 1866, 254.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

«La Corte d'Appello di Torino — Ritenuto i motivi dei primi giudici, e considerato sostanzialmente che l'atto 29-6-1842, rogito Bioletto, non può sfuggire al carattere di donazione fra vivi, siccome quello mercè il quale Vittorio Pezza *nullo jure cogente* spogliavasi attualmente e irrevocabilmente a mero titolo di beneficenza di un'annua perpetua somma a favore dell'Asilo d'Infanzia e seconda scuola delle fanciulle che stava per istituirsi in Agliè;

— Che le agevolezze preventivamente avute dal Sovrano in vista della esternata benefica disposizione d'animo di voler favorire con le proprie sostanze la terra nativa, non potrebbero costituire un'obbligazione giuridica pel Vittorio Pezza di mandarla (*tale disposizione d'animo*) ad esecuzione, nè un vero e proprio corrispettivo della liberalità cui egli poscia addiveniva, dapoichè non vi corrispose un formale impegno al riguardo;

— Che meno ancora può alterare il carattere di quella donazione la destinazione che egli dava alla costituita rendita, o l'obbligo che si assumeva la congregazione di Carità di trasmetterla all'Asilo e alla Scuola che sarebbensi istituiti, mentre nessun vantaggio estimabile o prezzo desso (Pezza) veniva personalmente a risentirne, e la

Congregazione non caricava per nulla il suo asse patrimoniale, facendosi tutrice ed auspice del futuro nuovo Istituto che sarebbe riuscito il vero e unico donatario;

— Considerato per altra parte che l'Asilo e la Scuola vennero effettivamente eretti indipendentemente dalla promessa largizione del Pezza, attalchè nemmeno l'atto del 1842 potrebbe considerarsi quale fondazione di un'opera pia di beneficenza per la cui legale efficacia si voglia ricorrere alle norme per tali fondazioni istituite, anzichè alle disposizioni che governano le donazioni tra vivi.

— Ritenuto, queste cose premesse, che per doppio titolo rimase l'atto, del quale si tratta, giuridicamente imperfetto: per mancanza, cioè, della prescritta omologazione, e per quella di accettazione regolare del donatario durante la vita del donante;

— Considerato, per ultimo, che la nullità di quella donazione venne pure riconosciuta già dalla stessa Amministrazione dell'Asilo nell'istromento 19-12-1849, che per tale considerazione rinunciava all'ipoteca iscritta in dipendenza dell'atto del 1842, mentre dal suo canto Vittorio Pezza addiveniva regolarmente ad una nuova donazione, sebbene di minore entità, la quale varrebbe in ogni caso ad esonerare esso e i di lui eredi da quella qualunque contabilità (responsabilità?), che il fatto precedente gli avesse di qualche maniera imposta per spese e disturbi procacciati alla Congregazione e all'Asilo, in vista della prima promessa.

Per questi motivi, ecc., conferma la sentenza del Trib. civ. di Ivrea del 25-7-1865 ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 9 note 4 e 10; e § 10 specie note 2, 5, 6 e lo stesso § 10 *sub e*; § 12 *sub a*; nonchè le sentenze francesi riferite nella sez. IV e concernenti le donazioni ad un ente pubblico.

Come risulta dalla sentenza, i sigg. Tapparo, eredi del Vittorio Pezza, avevano sollevato l'eccezione di nullità formale dell'atto 29-6-1842 in quanto donazione (difetto dell'omologazione prescritta dal Codice Albertino per le donazioni e difetto di un'accettazione « regolare » o formale pure prescritta). Si trattava di donazione obbligatoria: promessa di somme, co-

me una perpetua rendita. Il Comune di Aglié replicava che l'atto non conteneva una donazione, sia perchè erano state convenute come corrispettivo delle agevolzze (fiscali), sia perchè la Congregazione di Carità si assumeva l'obbligo di erigere la Scuola, sia (pare) perchè il Pezza veniva a risentire un vantaggio dall'atto.

Questionario:

1°) se vi fosse stato un impegno formale quanto alle cosiddette « agevolzze » del Sovrano, o un impegno contenuto nell'atto 29-6-1842, si sarebbe potuto escludere la figura della donazione? In proposito la sentenza allude ad un impegno del Pezza o del Sovrano?

E nella *common law*? (v. vol. I § 26 ispecie nota 26 e § 30).

V. su tutto ciò anche il questionario al caso Fiammingo, questioni n. 1, 2, 3, e 7.

2°) La sentenza, per la distinzione fra donazione e contratto di scambio, adotta il criterio di una controprestazione costituente un vantaggio *personale* estimabile (o patrimoniale) per il promittente, nonchè un sacrificio patrimoniale pel promissario (la Congregazione di Carità). V. questionari ai casi Casasola, Cordepatre e Cavezzali e richiami ivi.

2 bis) Se vi fossero stati un parziale vantaggio o un parziale sacrificio patrimoniale, sarebbe ciò bastato per escludere la figura della donazione?

Come si risolve la questione nel diritto francese (v. i casi David e Bailly) e nella *common law*? (v. vol. I § 10; § 12 *sub a*, 26 e 30).

3°) La sentenza ha fatto qualche applicazione e in che senso, di un principio analogo a quello della *reliance* di *common law*? V. vol. I § 27 *sub a ad note* 4 e segg. - V. anche il caso Cattaneo cr. Milesi, e altri casi citati nella sez. III di questo capitolo.

Ha inteso la sentenza applicare un principio analogo a quello risultante dall'art. 1338 cod. civ. ital. 1942?

CASASOLA (Arcivescovo di Udine)

cr.

AMMINISTRAZIONE DEL FONDO PER IL CULTO

Cass. Torino, 20 aprile 1875. — *Mon. Trib.*, 1875, I, 780.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Attesochè con istromento notarile 20 dicembre 1847 debitamen-

te autorizzato le due sorelle monache Maria Agostina e Teresa Caimo Dragoni, cedevano al monastero di Santa Chiara in Udine, a cui esse appartenevano, a titolo di donazione tra vivi, irrevocabilmente ed in perpetuo, il capitale di austr. L. 12.000, e ciò all'effetto che coll'annuo interesse di L. 600 venissero celebrate nella Chiesa dello stesso monastero n. 300 messe in suffragio della propria comunità; essendosi poi pattuito all'art. 3, che ove per soppressione od altra causa non si potessero più celebrare nel suddetto monastero le messe, il capitale relativo fosse posto sotto l'amministrazione dell'arcivescovo pro tempore di Udine, affinché provvedesse altrimenti alla celebrazione di dette messe in suffragio della preesistita comunità del suddetto monastero;

Attesochè, avvenuta la soppressione del monastero, ed appresi dal Demanio i relativi beni, tra cui il capitale in questione, l'arcivescovo d'Udine citava d'innanzi al Tribunale civile le Finanze e la Amministrazione del fondo per il culto, all'effetto che fosse dichiarata nulla la presa di possesso del capitale suddetto, e consegnato il medesimo coi relativi interessi all'attore. E tale domanda, pienamente accolta dal detto Tribunale, fu invece respinta dalla Corte d'appello di Venezia, colla sentenza che fu denunciata;

Attesochè col primo mezzo il ricorrente censura la denunciata sentenza per la violazione delle regole del diritto concernente la donazione e il mandato, di quelle che governano i contratti innominati, ed in ispecie dei §§ 938 e 1002 e segg., ed analoghe disposizioni del codice civile austriaco, sotto il cui impero fu istituito il contratto 10 dicembre 1847, inquantochè la suddetta sentenza male definì lo stesso contratto qualificandolo per vera e propria donazione *inter vivos*; mentre stando alla vera sostanza ed intrinseca natura giuridica della convenzione, anzichè al senso erroneo od inesatto delle parole nella medesima adoperate, la trasmissione del suddetto titolo patrimoniale non facevasi gratuitamente, ma bensì in corresponsività dell'onere ingiunto ed assunto, della celebrazione cioè delle 300 messe annue in perpetuo, in guisa che il supposto donatario nulla veniva a godere o lucrare, sia del capitale, sia dei relativi interessi: d'onde un contratto innominato e quindi oneroso;

Attesochè siffatta censura non ha appoggio nè in fatto nè in diritto ai termini della denunciata sentenza. Si premette, che secondo il diritto comune, la donazione propria, diversa dalla impropria, la quale potrebbe appunto assumere i caratteri di un contratto innominato, è quella con cui uno dà ad un altro una cosa colla volontà che la cosa data diventi subito di chi la riceve, e più non ritorni a chi la diede, e ciò non per altra causa che per esercitare un atto di liberalità; definizione questa che coincide coll'altra del codice civile austriaco, invocata dal ricorso, che qualifica la donazione per un contratto con cui si trasferisce in altri una cosa gratuitamente, contratto dichiarato dalla stessa legge di regola irrevocabile.

Ora nel caso concreto le sorelle Caimo Dragoni dichiararono di trasferire nel monastero la proprietà del capitale loro spettante, irrevocabilmente ed in perpetuo: con che venne precluso l'adito alla reversibilità del capitale medesimo; e ciò a titolo di donazione fra vivi, che è quanto dire gratuitamente, ossia per atto di mera liberalità. Dunque non si può dubitare che la trasmissione gratuita, immediata ed assoluta della proprietà, di cui trattasi, costituisca una vera donazione propria, quale fu legalmente definita dalla denunciata sentenza;

Attesochè tuttavia il ricorso nel pattuito impiego ed erogazione delle rendite del capitale donato, mediante celebrazione di altrettante messe, vorrebbe scorgere una corresponsività, in guisa da togliere alla donazione di cui sopra lo essenziale carattere di gratuità, dal momento che venne imposto al donatario e da questo assunto un incarico gravoso senza alcun suo profitto.

Ma con ciò il ricorso dimentica che ai termini del contratto la celebrazione delle messe era diretta ad esclusivo vantaggio morale e spirituale del monastero donatario; vantaggio tanto più importante e valutabile dal monastero suddetto, in quantochè allo scopo medesimo principalmente tendeva la sua istituzione. Ciò ritenuto, ne consegue che per essersi determinato convenzionalmente il modo d'impiegare e di erogare le rendite del capitale donato ad esclusivo vantaggio del donatario, non è venuta meno la essenza della donazione,

sebbene vincolata nel modo di fruirne, perchè un tal vincolo non potrebbe mai assumere la qualità di corrispettivo, se dal medesimo nulla avrebbero percepito le donanti, e nemmeno quella del mandato, se il qualunque incarico che si fosse addossato sarebbesi disimpegnato non in nome altrui, ma per conto, nome ed interesse del preteso incaricato ». (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10 specie *sub e* e § 38, nonchè § 9 note 4 e 10.

La questione sorse nel caso in esame a proposito della legge 7 luglio 1866, artt. 25, 26 e 28, circa la devoluzione al Fondo per il Culto dei beni degli enti soppressi. Ma i criteri adottati nella sentenza, per distinguere il contratto *innominato* di scambio dalla donazione *cum onere*, sembrano applicabili anche alla questione della forma dell'atto, qualora tale questione si fosse presentata.

La sentenza accenna a due criteri: la conformità dell'onere allo scopo dell'ente e quindi il vantaggio effettivo dell'onere per l'ente stesso; e la mancanza di un vantaggio patrimoniale per le disponenti.

Questionario:

1° Come si risolverebbe, quanto alla forma dell'atto, la questione nel diritto francese?

2° E nella *common law*? V. vol. I, §§ 26 e 30 *sub a*, nonchè il caso *Hamer v. Sidway* circa il *real benefit* o il *real detriment* per l'una o l'altra parte, e il caso *Allegheny College*.

V. per altre questioni i casi: *Cadeo - Fabbr. Chiari*; *Finanze - Gentile*; e si confronti con questi casi.

CORDEPATRE cr. COMUNE DI MONTELEONE

Cass. Napoli, 20 maggio 1880. — *Foro it.*, 1880, I, 675.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

«La Corte, ecc. — Attesochè il ricorrente Cordepatre, ad impedire la soppressione per difetto di mezzi del Liceo Filangieri di Monteleone, già deliberata dal real Governo, si fece promotore di una volontaria sottoscrizione fra i suoi concittadini, dandone l'esempio col sottoscrivere per lire 1000 all'anno, obbligandosi con privata scrit-

tura di versarle al Municipio per dieci anni, indicando che doveano servire ad uso esclusivo e mantenimento del suddetto Liceo, confidando che in tal periodo si sarebbe riordinato sopra più ferme basi;

Attesochè convenuto in giudizio per aver desistito dopo tre anni dal corrispondere la promessa somma, sostenne la nullità dell'obbligo assunto, perchè racchiudendo in sè una donazione avea bisogno delle speciali forme all'uopo richieste dalla legge. La Corte di appello escluse la idea della donazione, definì quell'obbligo un contratto innominato rispondente alla formola dei romani giureconsulti — *do ut facias* —, governato perciò dalle regole generali di ogni altro contratto, e lo ritenne valido;

Attesochè ben si apposero i giudici del merito: non si trattava nella specie di un'obbligazione a titolo gratuito, imperocchè nelle donazioni il donante, spogliandosi attualmente ed irrevocabilmente a favore del donatario, accresce il patrimonio di lui, — *dat ea mente ut statim velit accipientis fieri* —: dove non vi è aumento del patrimonio del donatario non può concepirsi nè liberalità, nè donazione; e per contro quando si assume alcun obbligo in vista di un equivalente o di una utilità, esso è sempre a titolo oneroso: il patrimonio del Comune per la obbligazione in disputa rimaneva nello stato in cui precedentemente trovavasi, dovendo il Comune stesso adibire gli annui ducati mille allo esclusivo mantenimento del Liceo: il Cordepatre, come gli altri sottoscrittori, obbligavasi precisamente in vista della pubblica utilità derivante dalla conservazione di quell'istituto di educazione, potendo tutti per isvariate maniere giovarsene sia *uti cives*, sia *uti universitas*: il Comune poi, oltre allo accettar lo incarico di adibir la somma ad uso determinato (specie di mandato), assumeva pure impegni col real Governo e colla cittadinanza. Vi era dunque l'utilità, vi era l'equivalente di cui parla l'art. 1101 cod. civ., e trattavasi perciò non di donazione ma di obbligo a titolo oneroso: *Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem*. L. 19, pr. 5, lib. XXXIX, tit. V, *de donat*, Dig.;

Attesochè, ammesso pure si fosse trattato nel caso di un obbligo

a titolo gratuito, vuolsi ricordare che non tutti i contratti i quali muovono dalla beneficenza o dalla liberalità possono definirsi donazioni; il prestito gratuito, il comodato, la fideiussione, il mandato, il deposito, muovono tutti dalla beneficenza, — *originem ex officio atque amicitia trahunt* —, anzi taluni di essi sono essenzialmente gratuiti, ma ciò non pertanto sono diversa cosa dalle donazioni, nè han d'uopo delle forme per le stesse richieste;

Non è da pretermettersi infine che fra le molte nuove maniere di obbligarsi introdotte dalle moderne società vi ha quella delle offerte o sottoscrizioni volontarie per le quali si compiono grandiose opere di beneficenza, di utilità, di lustro e decoro pubblico: voler dare ad esse la definizione di donazioni tra vivi, pretendere di sottoporle alle forme solenni di quei contratti, equivarrebbe a voler inaridire la fonte donde scaturiscono tanti benefici effetti;

Per questi motivi, rigetta, ecc. ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10 specie *sub e*; § 9 note 4 e 10; § 12 *sub a*.

Il caso è molto interessante per il grave problema che affronta.

Questionario:

1°) Che importanza può avere il fatto che il Comune, essendo stata deliberata dal Governo la soppressione del liceo, non aveva l'obbligo di fornire la scuola agli abitanti?

2°) Che importanza può avere il fatto che il Comune, accettando la sottoscrizione o lo « incarico », assumeva pure impegni col Governo e la cittadinanza?

3°) E' esatto parlare di « una specie di mandato? »

4°) Cosa ne pensa il lettore circa la possibilità e la convenienza di applicare a questo caso un principio analogo a quello della *reliance* di *common law*? V. vol. I § 27 *sub a ad note 4* segg., nonchè i casi Cattaneo cr. Milesi, e altri citati nella sezione III^a del presente capitolo.

5°) Il vantaggio che deriva ai sottoscrittori per un'opera di pubblica utilità, *uti cives* e *uti universitas*, si può considerare come l'equivalente o corrispettivo di un contratto di scambio? Che valore avrebbe una distinzione a seconda che l'ammontare sottoscritto sia o meno proporzionale al vantaggio e alle sostanze di ciascun sottoscrittore? Se non è pro-

porzionale, si può parlare di liberalità a favore degli altri cittadini (rappresentati dal Comune) che beneficiano dell'opera senza concorrere o senza concorrere proporzionalmente alla sottoscrizione?

V. il caso Comune di Aglié e *infra* il caso Cavezzali, nonchè i casi francesi Reverchon, Bailly cr. Ville de Nancy e altri citati nella sez. IV. del presente capitolo.

Quanto al vantaggio morale cfr. il caso Comune di Aglié e altri di questa sezione.

6°) Cosa ne pensa il lettore dei richiami di diritto romano fatti nella sentenza? V. vol. I § 2 *sub b*.

7°) E che dell'assimilazione, fatta nella sentenza, fra il contratto *de quo* e altri contratti a titolo gratuito, quali comodato, mandato, fideiussione, ecc.? V. vol. I § 7; § 14 *sub a, d, e, et f*; e § 16 *sub b*.

8°) Che valore ha l'osservazione finale fatta nella sentenza? La si ponga in relazione alla questione n. 1 e alla distinzione a seconda che la sottoscrizione sia fatta con imposizione di un onere (non rientrante negli scopi o doveri dell'ente) o senza tale imposizione, e così anche a favore di un ente da costituire,

9°) Si può dar valore ad un impegno reciproco assunto dai sottoscrittori? V. i casi Mazzucchelli e Asilo Infantile Belluomo.

10°) Come si risolverebbe la questione di cui *sub* 8° nella *common law* sulla linea della ivi cennata *distinzione*? V. vol. I § 26, 27 *sub a* e 30 *sub a* e la nota al caso Allegheny College.

CADEO consorti

cr.

FABBRICERIA CHIESA PARROCCHIALE DI CHIARI

Cass. Torino, 10 marzo 1882. — *Mon. Trib.*, 1882, 463.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Sul secondo mezzo: — Attesochè qui pure i ricorrenti prendono le mosse dal mezzo del travisamento, ma però in materia contrattuale.

Pretendono che il magistrato del merito abbia travisato l'atto 19 maggio 1869 a rogito Caravaggi.

Ma in vero piuttosto essi ricorrenti sarebbero incorsi in cotesto vizio, quando per mezzo delle più sottili argomentazioni si studiano

di rintracciare in quello istrumento gli elementi dell'atto di donazione, lungi dal riscontrarvi quella perspicuità intuitiva del loro concetto che, una volta disconosciuta, sola potrebbe dar luogo alla efficace esplicazione di questo mezzo.

E ciò verrà meglio chiarito in appresso.

I ricorrenti poscia lamentano la falsa applicazione dell'art. 1101, e la violazione degli artt. 1050, 1051, 1057, 1060 e 1061 c. c., nonché la falsa applicazione dell'articolo 6 della ordinanza ministeriale 15 settembre 1807 del primo Regno d'Italia; ma in vero la sentenza si difende da sè.

L'art. 1050, sulla scorta degli insegnamenti della romana sapienza, Leggi 1 e 29 in princ. ff. *De donat.*, definisce la donazione un atto di spontanea liberalità, col quale il donante si spoglia attualmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta.

Quest'atto evidentemente procede da pura e mera liberalità di animo.

E quando pure si tratti di donazione *ab causam*, come sono quelle specificate nell'art. 1051, è sempre la liberalità che le deve informare; di modo che è giuridicamente impossibile il concetto di donazione al di là di cotesta caratteristica essenziale della liberalità: *propter nullam aliam causam facit, quat ut liberalitatem et munificentiam exerceat.*

Senonchè il rintracciare la intenzione della persona, da cui ebbe l'atto ad emanare, è indagine sovraneamente riservata al magistrato del merito.

Spetta a quello di diritto esaminare soltanto a quale categoria di atti, se a quelli cioè a titolo gratuito o di beneficenza, o piuttosto a quelli a titolo oneroso abbia da attribuirsi un determinato atto, e così quale ne sia la natura e il valore giuridico, e rilevarne le conseguenze.

Ora la sentenza denunziata pone in fatto:

Che Margherita Cadeo coll'istrumento Caravaggi non ha voluto elargire, ossia beneficiare la fabbriceria, ma all'incontro ha voluto imporre alla medesima un obbligo perpetuo di cento messe annue

e di un annuo ufficio funebre, in corrispettivo del quale obbligo aveva essa Cadeo sborsato prima di quell'atto la somma di L. 3800.

E sia pur vero in ipotesi (soggiungeva la sentenza stessa), e del resto non può questo ammettersi di fronte alle esplicite dichiarazioni della Cadeo, dimostrate sussistenti dagli appellati, che non avesse essa obbligo nè naturale nè civile di adempiere a tali uffici di culto e di suffragio, e che invece solo allora abbia voluto di moto proprio, per soddisfare al suo sentimento religioso, disporre di quella somma all'enunciato fine: non sarebbe men vero che collo sborso della medesima abbia la Cadeo inteso di procacciarsi un vantaggio conseguibile mediante azione giuridica, cioè che il suo valore, a fronte di quel corrispettivo in danaro, venga in perpetuo eseguito dalla fabbrica.

E una volta ciò affermato, si dilegua da quella stipulazione il concetto di donazione.

E tanto più si rende manifesto esularne cotesto concetto, mentre la sentenza medesima pone altresì in fatto che la fabbrica dal canto suo, coll'aver accettata quella somma in piena proprietà a fronte dell'obbligo di quelle messe ed ufficio funebre in ogni anno e in perpetuo, non aveva ritratto dal canto suo alcun utile per sè, essendo essa tenuta anche ad erogare l'eccesso della rendita, che per avventura potrebbe verificarsi dopo l'adempimento di quell'obbligo, in altri oggetti di culto e di decoro per la chiesa.

E dove infatti sarebbe in cotesta contingenza il vantaggio che dovrebbe risentire il donatario?

E sono cotesti elementi che gli stessi ricorrenti pur segnalano necessari alla essenza della donazione.

E ad infirmare tali considerazioni non può avere alcun valore la circostanza, che siasi voluto circondare l'atto della regia autorizzazione richiesta soltanto per la validità delle donazioni: mentre da parte della fabbrica non fu questa che una sovrabbondante cautela a premunirsi da ogni eventualità di attacco: onde manifestamente non può tale formalità aver pregiudicato in alcun modo la natura ed essenza dell'atto.

Nè è meglio fondato l'altro ragionamento dei ricorrenti che le fabbricerie, siccome istituzioni ad oggetto di culto, quando anche sotto le apparenze di un contratto oneroso ricevono somme od altre cose per fine di culto, accettano in vero delle liberalità, delle donazioni, non essendo la determinazione dell'oggetto speciale di culto che una modalità, mentre altrimenti la cosa data sarebbe stata sempre impiegata ad oggetto almeno di culto in genere.

E di vero, non è esatto che le fabbricerie siano istituzioni ad oggetto di culto, quasi ne sia connaturale l'assumersi ed indossarsi obblighi di celebrazione di messe, di uffici funebri e simili.

Sarebbe cotesto un disconoscere l'origine storica e il successivo progresso a traverso tanti secoli.

È noto che nei primi secoli spettava ai vescovi coll'opera di un economo od arcidiacono l'amministrazione e la cura dei beni che andava man mano la Chiesa accumulando, mercè le offerte e le donazioni dei fedeli; e in tale modo si provvedeva al mantenimento del vescovo e del clero che gli era addetto, ed ai poveri, non che alle spese per gli edifici sacri e per quant'altro occorreva al servizio del culto.

Senonchè, in certe difficoltà della distribuzione delle rendite, furono i beni fin dai tempi del pontefice Simplicio, secolo V, divisi in certe parti; e una ne venne assegnata *ecclesiasticis fabricis*, arricchite queste in progresso dalle elargizioni dei fedeli.

E di qui derivò la denominazione di *fabriques* oltralpe, e presso noi di fabbricerie, a queste opere parrocchiali, governate tuttavia nelle provincie lombarde, dove appunto ha sede la fabbriceria controricorrente, ed in altre del Regno, dai decreti ed ordinanze del primo Regno d'Italia, aventi loro base nell'art. 76 della legge 18 germinale, anno X.

I quali enti morali, privi d'ogni carattere ecclesiastico per non essere intervenuta alla loro creazione erezione in titolo ecclesiastico, hanno una essenza perciò puramente laicale e civile, e sono quindi istituzioni non ad oggetto di culto, come vorrebbero i ricorrenti qualificarle, ma invece inservienti al culto, cioè destinate semplicemente

all'uso e servizio del culto, siccome loro spetta la conservazione e l'ornato dei sacri templi per quanto ne riguarda unicamente il materiale, la prestazione dei vasi sacri e di ogni altra suppellettile e cosa che si renda necessaria all'esercizio del culto, sempre nel senso materiale, l'amministrazione di tutte le temporalità della chiesa.

Ove pertanto la fabbriceria avesse ad assumere obbligo di celebrazione di messe, di uffici funebri e simili a fronte di congrua prestazione in danaro od altro, sarebbero evidentemente oneri cotesti al di là della natura ed indole della propria istituzione, e per quanto rivolti ad oggetto di culto e al suo incremento, non ne verrebbe la fabbriceria stessa a risentire alcun vantaggio per quanto si riferisce alla sua istituzione del tutto materiale: onde, nei di lei rapporti, ben potrebbe riguardarsi l'atto a titolo oneroso, e precisamente racchiudente gli estremi del contratto *do ut facias*, come ebbe assai correttamente il magistrato del merito a qualificare quello in disputa, conchiuso bensì a vantaggio del culto, ma non già della fabbriceria.

E non è mestieri di occuparsi delle altre obiezioni svolte in questo mezzo, dappoichè ad esse vittoriosamente rispondono le riportate considerazioni della denunciata sentenza.

Egli è per tutto ciò quindi dimostrato che anche questo mezzo non ha fondamento.

Per questi motivi, rigetta il ricorso per l'annullamento della sentenza della Corte d'Appello di Brescia resa l'11 marzo 1875 ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10 specie *sub e*; § 12 *sub a*.

La questione è insorta a proposito dell'osservanza dei requisiti formali? V. articoli del codice citati nella sentenza.

1°) Cosa pensa il lettore dei richiami di diritto romano contenuti nella sentenza? V. vol. I § 2 e § 9.

2°) Nel caso si è applicato veramente un criterio soggettivo (intento della Margherita Cadeo)?

3°) Il vantaggio che, secondo la Corte, intese procacciarsi la Cadeo, era un vantaggio morale o anche patrimoniale? Che valore ha, sotto questo riflesso, l'accenno della sentenza che tal vantaggio era conseguibile

mediante azione giuridica? Comunque, nella questione, ciò che conta è il vantaggio patrimoniale del promittente (o disponente), oppure il sacrificio patrimoniale dell'altra parte? v. vol. I § 10 nota 2; § 13 *sub b* e § 21 nota 2.

Si tenga presente che, per dire una messa, si suole pagare il sacerdote che ne è richiesto. V. il caso Finanze cr. Gentile.

4°) Che valore ha la diligente dissertazione della sentenza per dimostrare che la funzione di culto non rientra negli scopi delle fabbricerie, cioè che l'obbligo o peso imposto non era a vantaggio della Fabbriceria di Chiari? V. vol. I § 10 *sub b*, *sub e*, nonché *sub f ad* nota 14.

V. anche il caso Cordepatre ed altri riferiti in questa sezione.

5°) Se la disposizione fosse stata fatta a favore di un ente, avente funzioni di culto, che importanza avrebbe avuto il fatto che le messe e uffici funebri erano stati ordinati, non a vantaggio dei parrocchiani o pel bisogno (congruo) di questi, ma per soddisfare il sentimento religioso della Margherita Cadeo? V. i casi Finanze cr. Gentile, e De Mailly.

6°) Nella situazione di cui *sub* 4° occorre accertare se l'obbligo perpetuo delle messe e uffici funebri assorbe o meno la rendita del capitale ceduto? La sentenza risolve e come questo problema? V. anche il caso David.

7°) Quali sono i punti di contatto e di differenza fra il contratto de quo e quello di rendita perpetua? V. art. 1861 segg. nuovo cod. civ. it. e corrispondenti articoli di altri codici.

Il contratto, per cui la rendita deve essere, a cura del cessionario del capitale e sotto la sua responsabilità, impiegata per ottenere prestazioni (messe e uffici) che interessano il solo cedente, presenta il carattere di un contratto innominato *do ut facias*? V. anche le questioni n. 3 e 4.

Si potrebbe parlare nel caso di un mandato o di un *quid* analogo al *trust* di *common law*?

8°) Come si risolverebbe la questione nella *common law*? V. vol. I § 30 e § 38 *sub c*.

9°) E nel diritto francese? V. i casi Reverchon e De Mailly, nonché il § 38 *sub a*.

10°) Fin qui si è discusso della validità della cessione del capitale nei confronti del cessionario (la Fabbriceria). Ma il problema più grave, in relazione alle questioni 3, 4 e 7, concerne la destinazione delle rendite. Poteva la Margherita Cadeo, o i suoi eredi, modificare tale destinazione e farsi pagare dalla Fabbriceria la rendita annuale, liberando la Fabbriceria stessa dall'incarico o modo di impiego in messe e uffici funebri?

Oppure la Fabbriceria aveva diritto di mantenere quella prestazione o modo di prestazione e perchè? Interesse *anche* della Fabbriceria, incarico *anche* nel suo interesse?

Una soluzione nel primo senso (modificabilità o revocabilità della destinazione) potrebbe servire indirettamente a quella protezione del promittente e della sua famiglia di cui al § 8 e al § 10 *sub b ad* note 6bis e 7bis.

Veda il lettore di risolvere questa delicata questione.

E confronti in genere questo caso coi casi Casasola, Cocchi-Marioni e Finanze-Gentile.

CAVEZZALI cr. COMUNE DI CRESPIATICA e TORMO

App. Milano, 20 giugno 1882. — *Mon. Trib.*, 1882, 829.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Con atto 15 settembre 1833 la nobildonna Teresa Marsili (di cui il Cavezzali era marito ed erede) assumeva l'obbligazione di provvedere al mantenimento della Scuola di Tormo.

Resasi defunta la Marsili, il Cavezzali si rifiutò di continuare nell'esecuzione del detto impegno, invocando l'art. 955 cod. civ. austriaco, secondo il quale una promessa di annualità a titolo di donazione non passa a carico degli eredi, salvo siasi diversamente convenuto.

In contrario il Comune sostenne che non si trattava di donazione, ma di un contratto innominato *do ut facias*, sia in quanto esso Comune non riceveva la somma a effettivo aumento del suo patrimonio, ma per erogarla ad un dato scopo (la scuola); sia in quanto la Marsili si riservava una specie di patronato per la nomina del maestro, il che costituiva una specie di corrispettivo, *sufficiente* ad imprimere all'atto il carattere di un contratto bilaterale.

La Corte di Milano così ne motiva:

«Basta leggere il detto scritto, per convincersi che la nobildonna Marsili, mentre procurava un reale e abbastanza notevole beneficio, nessun equivalente nè di cose nè di fatti veniva accordato da parte del Comune a detta nobildonna... E poco importa che le spese della

Scuola sarebbero anche senza l'atto in discorso andate per buona parte a carico della Teresa Marsili, essendo questa la persona maggiormente censita del Comune (e qui la Corte accenna all'onere delle imposte che si sarebbe dovuto aumentare per mantenere la scuola)... Ciò non toglie che la medesima (Marsili) agisse all'infuori di ogni vincolo di diritto, allorquando... assumeva ad esclusivo suo carico tutto quanto occorreva per la pubblica scuola, ed in una misura superiore a quella sin allora corrisposta dal bilancio comunale ».

Non rileva, continua la Corte, che le somme non erano lasciate libere al Comune e a effettivo aumento del suo patrimonio, ma dovevano essere erogate per un dato scopo; non rileva, perchè l'atto di liberalità non vien meno per una speciale destinazione di ciò che si dona; e anche perchè dall'atto il Comune traeva un vantaggio morale (consistente nell'aver una scuola migliore) e un vantaggio materiale, in quanto veniva liberato dal peso del mantenimento della scuola a suo carico anche per le leggi vigenti nel 1833.

Quanto all'eccezione del Comune circa il corrispettivo consistente nella riserva di nomina del maestro, la Corte la respinge, così motivando:

« Tale diritto di nomina (anche se sussistente in fatto, il che era contestato)... costituiva bensì una delle modalità, colle quali fu assunto il peso di cui allo scritto 15 settembre 1833; ma non può nè per la sua natura nè per la sua entità essere valutato come un corrispettivo da parte del Comune, il quale, nell'accettare con siffatta modalità l'offerta della Marsili, non si può dire che conferisse del proprio alcun reale vantaggio ad essa Marsili, e non veniva ad incontrare qualsiasi nuovo o maggiore impegno nemmeno con altre persone, ossia coll'universalità della popolazione ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10, specie *sub e*; § 12 *sub a*.

La questione non insorse a proposito del requisito formale della donazione; ma i criteri adottati nella sentenza interessano anche da questo punto di vista.

Questionario:

1°) Si confronti questo caso col caso Cordepatre - Comune di Monteleone, specie quanto alla questione n. 5, ivi posta.

2°) Lo si confronti ancora coi casi Cadeo - Fabbriceria di Chiari; Finanze - Gentile e altri di questa sezione, quanto al criterio dell'onere a vantaggio o secondo gli scopi o doveri dell'ente.

3°) Quale il criterio adottato dalla sentenza per distinguere in genere un contratto innominato di scambio dalla donazione *cum onere* o *sub modo*?

4°) Quanto alla riserva di patronato, ha la Corte adottato il criterio del vantaggio e del sacrificio patrimoniali? Quale sarebbe la soluzione del caso nella *common law*, quanto a questo punto della riserva di patronato? V. vol. I §§ 26 e 30 *sub a* e la nota al caso Allegheny College,

FINANZE cr. GENTILE

Cass. Roma, 28 giugno 1883. — *Giur. it.*, 1883, I, 3, 11.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Considerato che, dall'art. 1051 cod. civ. essendo considerata donazione anche la liberalità per cui si imponga qualche peso al donatario, non è controverso nella giurisprudenza che, quando l'onere imposto al donatario, apprezzabile in danaro, sia uguale al valore della cosa donata, si ha un contratto a titolo oneroso, il quale non ha che il solo improprio nome di donazione, che non può immutarne la natura; e quando invece il valore della cosa donata superi il valore degli oneri assunti dal donatario, si ha un contratto misto, a titolo oneroso per la parte corrispondente agli obblighi del donatario, a titolo gratuito per l'eccesso del valore della cosa donata; e tale è considerato anche dalla legge sulla tassa di registro 13 settembre 1874, art. 30, che, quando il contratto, o per i patti che contiene, o per gli effetti che produce, risulti in parte gratuito o in parte oneroso, lo si sottopone alla tassa come contenente due distinti contratti, l'uno a titolo gratuito, l'altro a titolo oneroso.

Che a determinare il titolo gratuito o oneroso di un contratto, si deve tener conto non dei vantaggi che a persone estranee possono

derivarne, ma invece dell'interesse economico del donatario; chè, quando la somma che gli viene sborsata debba essere erogata in prestazioni o in opere dispendiose, delle quali assume il debito dell'esecuzione, e può esserne costretto all'adempimento con l'esercizio di un'azione giuridica per parte del donante, o dei terzi che ne risentono il beneficio, si avrà un contratto oneroso per tutta la somma che nelle prescritte prestazioni o opere deve essere erogata, un contratto gratuito per il solo avanzo che, al seguito dell'adempimento di quegli oneri, può rimanere.

Che applicata questa massima all'istromento 4 maggio 1879, col quale il marchese Ignazio Gentile, pel comodo e pel bene spirituale dei parrocchiani di Albissola, sborsava alla Fabbriceria di quella chiesa L. 18.000, perchè ne fossero erogate le rendite nella celebrazione di una messa quotidiana nelle ore e condizioni dal medesimo stabilite, ed in corrispettivo di quell'esborso la Fabbriceria assumeva l'obbligo di far celebrare quella messa, coll'osservanza delle stabilite condizioni, non può essere dubbio che per tutta la parte del reddito delle 18.000, necessaria per l'adempimento dell'onere della messa quotidiana, il contratto era a titolo oneroso, siccome equivalente a tutta od a parte della somma sborsata dal marchese Gentile, e gratuito soltanto per l'avanzo restante al seguito dell'adempimento di quell'obbligazione.

Che non valgono i contrari obbietti: che d'ordine economico deve essere l'equivalente da prestarsi dal donatario; che la celebrazione delle messe non potendo essere l'oggetto di un contratto, non può costituire un onere corrispettivo della somma sborsata dal marchese Gentile; che quell'onere di messe tornava a vantaggio della Chiesa che nel medesimo (onere) aveva un mezzo pel conseguimento dello scopo della sua istituzione. Non ha valore il primo, perchè d'ordine economico sono appunto le spese che la Fabbriceria deve necessariamente incontrare per far celebrare la messa quotidiana ordinata dal marchese Gentile. Non sono di maggior peso la seconda e la terza obbiezione, perchè, se il sacrificio della messa, atto di culto tutto spirituale, non è apprezzabile, non esclude e rende necessario un emolumento al cele-

brante, e questo emolumento, che deve prestarsi dalla Fabbriceria, anche secondo il diritto canonico « *excludit terminos donationis purae, vel causativae ob aliquam oneris mixturam, cum potius agatur de contractu onere correlative ad rigorosos limites justitiae commutativae pro susceptione dicti oneris perpetui* ».

Che vera donazione alla chiesa sarebbe stato l'esborso delle Lire 18.000, quando fossero state versate alla Fabbriceria genericamente, per la loro erogazione nei bisogni della chiesa, ma, essendosi prescritto l'impiego del loro reddito in una determinata opera dispendiosa, con speciali condizioni, se un qualche vantaggio ne risentiva la stessa chiesa per l'incremento del culto, le prescritte messe economicamente costituivano per la Fabbriceria un vero onere del contratto, al quale, per la parte corrispondente allo stesso onere, non poteva applicarsi che la tassa stabilita pei contratti corrispettivi » (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10 specie *sub e*; § 12 *sub. a*.

La questione non concerneva la forma dell'atto, ma la tassa di registro. Per questo la sentenza, di fronte al contratto misto, non applica i criteri della prevalenza e dell'intento (v. vol. I § 10 *sub b*, 1°), ma criteri puramente oggettivi di equivalenza; i quali, con l'inerente concetto fiscale dei due contratti, ovviamente non si applicano nel diritto civile.

Tuttavia la sentenza è interessante, anche dal punto di vista del requisito di forma, per quanto essa dice riguardo al caso in cui l'onere sia uguale al valore della cosa donata. Su questo punto la sentenza si riferisce genericamente al diritto civile, cioè all'art. 1051 cod. civ. del 1865, e adotta il criterio tradizionale di Pothier (v. vol. I § 5 *sub d* e § 10 *sub b*).

Per escludere la donazione, la controprestazione, secondo la sentenza, dev'essere apprezzabile in danaro, non come vantaggio pel promittente (o disponente) o per terzi, ma come « interesse » (*rectius*, sacrificio) dell'altra parte che si assume tale controprestazione.

La sentenza non allude al concetto che, per escludere la donazione, il peso imposto non deve rientrare fra gli scopi dell'ente ed essere così a suo vantaggio (v. invece il caso Cadeo cr. Fabbriceria di Chiari). Ma, per quanto la sentenza, specialmente verso la fine, sia un po' ambigua su questo punto, ciò risulta forse implicitamente dal concetto di « sacrificio (del-
l'onere) apprezzabile in danaro ».

Questionario:

Si ripropongono qui le stesse questioni proposte pel caso Cadeo, questioni che nel caso Gentile trovano qualche chiarimento.

Si noti che, a differenza del caso Cadeo, nel caso Gentile le messe e uffici non erano ordinati a vantaggio del disponente (marchese Gentile), ma per il comodo della popolazione.

Si confronti in genere questa sentenza con la sentenza nel caso Cadeo e si rilevino le differenze di motivazione.

Il problema più grave concerne la questione 10^a posta sotto il caso Cadeo-Fabbriceria di Chiari. Si noti, come s'è detto, che, a differenza di quel caso, nel caso Finanze-Gentile le messe erano state ordinate non a vantaggio del disponente (il marchese Gentile), ma per il comodo della popolazione.

Il che presenta una certa analogia col contratto a favore di terzi beneficiati a titolo gratuito; con la differenza che, nel caso Gentile, i terzi non sono organizzati in un ente che possa dichiarare di voler profittare della disposizione (v. art. 1411 cod. civ.).

Si risolva, dunque, la delicata questione di cui al questionario Cadeo-Fabbriceria di Chiari, n. 10^o; e si confronti il caso Gentile coi tre casi: Cadeo, Casasola, Cordepatre, nonchè col caso di un vero e proprio contratto a favore di terzi. In quest'ultimo caso, per le ragioni di cui al vol. I § 8, occorre l'atto pubblico nei confronti del terzo beneficiato a titolo gratuito?

ASILO INFANTILE BELLUOMO cr. BIANCHI

App. Torino, 11 aprile 1891 (su rinvio della sentenza 25 giugno 1890 della Cassaz. Torinese che aveva cassato la sentenza 31 maggio 1889 della Corte d'Appello di Casale Monferrato; v. in proposito *Giur. it.*, 1890, 619). — *Giur. Tor.*, 1891, 462.

(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Con scrittura privata 12 marzo 1883 il Comm. Belluomo aveva offerto, quale sede e dotazione di un erigendo asilo infantile, una sua casa con orticello in San Cristoforo (Novi Ligure), dicendosi disposto a compiere gli atti legali per perfezionare la « donazione » dopo l'erezione dell'Asilo in ente morale. Egli si era anche « associato » con altri concittadini o benefattori al fine di fornire all'erigendo Asilo altri mezzi finanziari.

In base a ciò venne emesso il decreto di erezione in ente morale. Il Belluomo, che ebbe anche a dirigere i lavori di adattamento della casa ad Asilo, fu colto dalla morte prima di poter perfezionare la progettata « donazione ». Gli eredi di lui, Sigg. Bianchi, impugnarono l'atto 12 marzo 1883, sostenendo che trattavasi di donazione nulla per difetto della forma richiesta; e ottennero l'apposizione dei sigilli sulla casa, in cui l'Asilo era già entrato per ultimare i lavori di adattamento.

L'Asilo infantile si difese avanzando queste tesi: 1°) le sottoscrizioni per opere pie non hanno bisogno della forma dell'atto pubblico prescritta per le donazioni;

2°) nel caso v'era, comunque, un contratto oneroso innominato, in quanto l'Asilo doveva impiegare tutti i beni ricevuti dal Belluomo nell'uso da questi determinato;

3°) il contratto era, comunque, vincolante pel Belluomo, quale associazione fra i vari sottoscrittori o benefattori.

In subordine, l'Asilo chiese il risarcimento dei danni patiti e patienti per essere stato privato della casa, in cui si era ormai « impiantato », e da cui era stato estromesso, mentre stava per ultimare i lavori di adattamento e pochi giorni prima della inaugurazione dell'opera. E, all'uopo, chiese di provare che esso Asilo era stato eretto in ente morale in contemplazione principalmente delle elargizioni e della casa offerta dal Belluomo, e che, venendogli a mancare la casa, l'Asilo non poteva più funzionare.

La Corte d'Appello di Casale Monferrato aveva accolto la prima tesi dell'Asilo, interpretando in tal senso la legge 3 agosto 1862 sulle opere pie; e aveva inoltre affermato che il decreto reale di erezione in ente morale, emanato in base alla scrittura privata del Belluomo, poteva equivalere e valeva, anzi, di più del mancato atto notarile.

La Corte di Cassazione di Torino, cassando, ne disse che la citata legge sulle opere pie considera le sottoscrizioni private per quanto concerne il modo di raccolta o costituzioni dei fondi o mezzi finanziari necessari al funzionamento dell'ente, ma non per quanto concerne la forma degli atti di cessione o di obbligazione. Negò, inoltre, che il decreto reale potesse nel caso tener luogo dell'atto notarile.

La Corte d'Appello di Torino, in sede di rinvio, quanto alla prima tesi dell'Asilo, osserva che secondo la legge sulle opere pie 3 agosto 1862:

« Devono farsi per decreto reale le costituzioni di nuovi istituti di carità e di beneficenza, aventi una speciale amministrazione, previo parere del Consiglio di Stato, ancorchè tali costituzioni si facciano per mezzo di sottoscrizioni o di associazioni volontarie. Ma queste disposizioni riguardano il modo di costituzione, sotto le indicate forme, ancorchè, cioè, risultino da sottoscrizioni o associazioni volontarie, ma non escludono altri mezzi di costituzione e non fanno degenerare in semplici sottoscrizioni altri atti, pei quali la legge richieda essenzialmente l'atto pubblico ».

Aggiunge la Corte d'Appello di Torino, d'accordo con la Cassazione, che la legge sulle opere pie non ha inteso modificare la legge comune circa le forme necessarie a questi atti; e invoca in proposito anche gli artt. 932 e 1060 cod. civ. (del 1865).

Quanto alla tesi del contratto oneroso innominato, la Corte d'Appello di Torino osserva che ciò « è confondere lo scopo di beneficenza, che il Belluomo si era proposto a vantaggio della popolazione di San Cristoforo, col corrispettivo richiesto nei contratti onerosi, insussistente nella specie per parte dell'ente morale, che, considerato in astratto, nulla doveva mettere di suo nell'esercizio della beneficenza da farsi coi beni elargiti senza equivalenza a vantaggio del donatore... ».

La Corte respinge anche la terza tesi dell'Asilo (trattarsi, cioè, di una società, ai sensi dell'art. 1709 cod. civ. per quanto concerne le obbligazioni dei soci, o di un'associazione volontaria per la costituzione dell'Asilo, in cui ciascuno conferiva qualcosa: e cioè il Belluomo conferiva la casa e altri associati conferivano altri beni o somme). Osserva in proposito la Corte che inesatta è la denominazione di « società » data al Comitato promotore dell'Asilo, chè manca l'elemento o scopo di un vantaggio o profitto comune.

Infine, quanto alla cennata domanda di danni, la Corte la respinge osservando che, se la donazione è nulla per difetto di forma, gli eredi del donante sono nel loro diritto di riprendersi la casa e inammissibili sono quindi i capi di prova orale sopra menzionati.

Anche gli eredi del Belluomo avevano chiesto il risarcimento dei danni, in quanto, essi dicevano, l'Asilo aveva occupato abusivamente i locali, facendo eseguire provvisoriamente la sentenza appellata giusta la clausola di provvisoria eseguibilità; e aveva introdotto, contro la volontà degli eredi, dei mobili nella casa, pochi giorni prima dell'apposizione dei sigilli, ottenuta dagli stessi eredi e avvenuta il 16 dicembre 1883.

La Corte d'appello di Torino non fece buon viso neppure a questa domanda, così motivando:

«Risulta dal verbale di apposizione dei sigilli che allora l'Asilo era in possesso della casa pei lavori, che stavano ultimandosi, di adattamento di essa ad Asilo, che doveva mettersi in esercizio prima del 25 dello stesso mese (di dicembre 1883); e l'apposizione dei sigilli fu certo, se non illegale, vessatoria per parte degli eredi verso l'Asilo, che fu impossibilitato a compiere la volontà del suo precipuo benefattore».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10, specie *sub e*; § 12 *sub a*.

1°) Che cosa ha precisamente ritenuto la Corte d'appello di Torino quanto alla forma delle «semplici» sottoscrizioni per opere pie?

Si confronti questa decisione e quella della Cassazione di Torino nello stesso caso, con la parte finale della sentenza nel caso Cordepatre cr. Comune di Monteleone, nonchè col caso Bailly cr. Ville de Nancy.

2°) Qual'è il criterio adottato dalla Corte d'Appello di Torino per distinguere il contratto innominato oneroso dalla donazione *cum onere* o *sub modo*? E se l'Asilo, essendo già costituito, avesse dovuto mettere qualcosa di «suo», cioè concorrere in parte nell'opera da farsi o mantenersi? V. in proposito i vari casi riferiti in questa sezione.

3°) Se il Belluomo avesse posto come condizione che l'Asilo doveva portare il suo nome, sarebbe ciò bastato per escludere la donazione? V. il caso Ospedale di Milano cr. Garovaglio e questionario ivi.

4°) E' sufficiente la motivazione della sentenza per quanto concerne la tesi della società o dell'associazione? V. il caso Mazzucchelli e questionario ivi; nonchè il questionario al caso Cordepatre, questione n. 9, nonchè le note ai casi Allegheny College e Martin v. Meles in fine.

5°) Come si risolverebbe il caso nella *common law*? V. vol. I §§ 26, e 30, nonchè § 27 *sub a*, specie nota 1 lett. *f* e nota 3 lett. *e*, nonchè i casi testè citt. *sub 4°*.

6°) Quanto alla domanda di risarcimento dei danni proposta dall'Asilo, cosa pensa il lettore della decisione della Corte di Torino, quanto meno rispetto alle esigenze di giustizia e in relazione alle osservazioni da noi fatte a proposito di un principio analogo a quello della *reliance* di *common law*? V. vol. I § 27 *sub a ad* note 4 segg; nonchè i casi Cattaneo - Milesi e altri citati nella sez. III del presente capitolo.

Tutto ciò che si è sentita di fare la Corte di Torino nel caso Asilo Belluomo è di respingere (sulla base di considerazioni e circostanze analoghe a quella della *reliance* e, anzi, più gravi) la opposta domanda di danni da parte degli eredi.

TESSITORI cr. GAGLIARDI

App. Milano (in sede di rinvio) 2 giugno 1900. — *Mon. Trib.*, 1900, 872.
(la sentenza è in parte riassunta e in parte riferita testualmente)

Tale Giacomo Calderini (di cui erano eredi i Sigg. Gagliardi) o il suo esecutore testamentario, in base a « legato verbale », aveva consegnato a Don Tessitori, quale rappresentante della Fabbriceria della Chiesa parrocchiale di Borgosesia, la somma di L. 18.000 (e fors'anche di più) per essere impiegata nell'alzamento del volto di quella chiesa parrocchiale.

Gli eredi Gagliardi chiesero la restituzione di tale somma, sostenendo che si trattava di donazione nulla per mancanza dell'atto pubblico e anche come donazione manuale, data l'eccessività della somma stessa rispetto alle sostanze del *de cuius* Calderini.

Il parroco Don Tessitori sostenne invece (oltre la tesi del mandato) che si trattava di un contratto innominato *do ut facias*.

La Corte di Milano respinse questa tesi così motivando:

« Non ravvisa la Corte sia intervenuto fra le parti un rapporto giuridico originato da un vero e proprio contratto commutativo *do ut facias*. E difatti tali generi di contratti innominati, ai quali allude l'art. 1103 c.c., quando sancisce che i contratti abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria sono sottoposti alle regole generali dei contratti, devono pur essi risultare dall'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico

(art. 1098); e quando si tratta, come nel concreto, di contratti bilaterali, i contraenti devono obbligarsi reciprocamente gli uni verso gli altri (art. 1099).

Ora, considerata la prima delle suaccennate ipotesi, che, cioè, Giacomo Calderini qualche giorno prima di morire avesse esso direttamente consegnata al don Tessitori la somma allo scopo suaccennato, di impiegarla, cioè, dopo la di lui morte all'alzamento della volta della chiesa, egli è evidente che, pur ammesso per vera questa ipotesi, il don Tessitori non avrebbe dal suo canto e per sè assunta alcuna obbligazione, mentre trattandosi di spontanea liberalità da parte del Giacomo Calderini, il peso che andava a questo aggiunto non poteva considerarsi un corrispettivo, ma un accessorio o limitazione della liberalità, e quindi non può costituire un'obbligazione in proprio da parte del don Tessitori, la quale possa far assumere all'atto il carattere di commutativo » (*Omissis*).

« La donazione poi è modale con peso, quale è previsto dall'articolo 1051 c.c., perchè la somma era data al determinato scopo dell'alzamento della volta della chiesa. E una volta ritenuto che la donazione era fatta a favore della Fabbriceria all'accennato scopo, non sta l'eccezione accampata dall'appellante, che mancava ogni possibilità di lucro e di vantaggio del donatario.

Le opere, alle quali Calderini aveva destinate le somme consegnate, erano necessarie, indispensabili dal lato dell'igiene, dell'arte e della solidità, come lo stesso appellante dichiarò in causa all'appoggio anche di una lettera dell'architetto Parrocchetti 18 agosto 1897 dimessa; se con quelle somme si intendeva di provvedere a quelle opere, la Chiesa e quindi la Fabbriceria, che in caso contrario avrebbe dovuto quando che sia provvedere altrimenti, sarebbe venuta a risentire un vantaggio e indirettamente a locupletarsi per effetto di quella donazione.

Del resto, il citato art. 1051 c.c. ammette il carattere di donazione a qualunque liberalità fatta per qualsiasi causa e quelle pure in cui si impongono pesi al donatario; nè fa distinzione in proposito, per cui l'atto rimane donazione anche nel caso che il peso assorba tutto quan-

to forma oggetto della donazione. E come possono escludersi i caratteri di donazione all'atto di cui si tratta, se il peso imposto andrebbe, come si disse, indirettamente a profitto del donatario? ».

La sentenza accoglie quindi la tesi della nullità della donazione manuale per difetto di atto pubblico.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10, specie *sub e*; § 12 *sub a*; nonchè il § 38 *sub a*.

Si confronti questo caso coi casi: Cordepatre; Cadeo; Finanze cr. Gentile e altri di questa sezione, nonchè coi casi francesi Reverchon, De Mailly e altri della sez. IV. E se ne dicano le differenze, sia quanto ai casi in sè, che alle rispettive sentenze.

1°) Cosa pensa il lettore della tesi che per costituire un contratto commutativo occorre una controbbligazione? Nella fattispecie non sussisteva la controbbligazione di riparare il volto della chiesa? V. vol I § 10 *sub a* e *sub f* ad nota 12.

2) Che valore ha la considerazione che le opere di riparazione della chiesa erano necessarie e indispensabili? Se non lo fossero state, sarebbe potuta venir meno la figura giuridica della donazione?

3°) Nella *common law* vi sarebbe (quanto alla promessa di una somma) una valida *consideration* o, almeno, una *reliance* di cui al vol. I § 27 *sub a*?

4°) Come si risolverebbe la questione nel diritto francese?

NOTA RIASSUNTIVA SUL CAPITOLO II

Sezione II.

1°) In sostanza la giurisprudenza italiana, ad eccezione di qualche caso (come Cordepatre e De Sanctis) ha risolto il grave problema della promessa o alienazione ad un ente pubblico in base ai seguenti criteri:

a) Se l'onere rientra nelle funzioni o scopi dell'ente (o, il che fa lo stesso, se non v'è imposizione di un onere specifico), si esclude la figura del contratto commutativo e si inquadra il caso nello schema formale-causale della donazione. Si dà così rilievo sostanzialmente al fatto che l'onere è a vantaggio del donatario (l'ente); mentre non si dà alcun rilievo all'interesse morale o anche patrimoniale che all'esecuzione del-

l'onere può avere il promittente, nè alla limitazione di libertà, condotta o sacrificio imposti all'ente promissario; e ciò perchè tale sacrificio non è patrimoniale o suscettibile di valutazione economica. Questa direttiva è conforme all'altra, più generale, circa l'onere a vantaggio del donatario (c. d. *affectation*) ed è così conforme alla tradizione accolta da POTHIER (v. vol. I, § 5, *ad* nota 20; v. anche PLANIOL in nota al caso David *infra* riferito).

b) Se l'onere non rientra negli scopi dell'ente, venendo così a mancare il criterio dell'onere a vantaggio dell'ente stesso, il problema si risolve coi comuni criteri menzionati nel vol. I, § 10 *sub* b. V. anche il caso Garovaglio-Ospedale Maggiore di Milano nella sez. precedente.

La giurisprudenza francese, invece, anche pei casi di che *sub* a, dà rilievo all'interesse, anche non patrimoniale, del promittente: v. vol. I, § 9, note 4 e 10 e § 38 nota 43; i casi Reverchon, De Mailly e altri riferiti nella sez. IV del presente capitolo, nonchè giurisprudenza citata dal TRASBOT nel *Traité pratique* di PLANIOL, v. n. 315 (v. nostro vol. I, § 12 *sub* a).

2°) Senonchè il problema della donazione ad un ente può esaminarsi anche sotto un altro profilo (v. sez. III del presente capitolo). E cioè che l'opera, imposta con l'onere all'ente e *destinata a restare proprietà dell'ente stesso*, cioè a suo vantaggio, pur rientrando genericamente fra i suoi scopi, non rientrasse nei suoi piani o programmi o nel suo c. d. « fabbisogno ». In tal caso può presentarsi il problema di una spesa, che non si sarebbe fatta senza la promessa o alienazione, e che resterebbe scoperta (nel bilancio dell'ente) una volta eseguita l'opera, quando la promessa o l'alienazione non venisse mantenuta. E ciò, specialmente, se la promessa aveva ad oggetto una somma di danaro (v. i casi: Comune di Aglié; Casasola; Cordepatre; Cavezzali; Asilo Belluomo; Tesitori; e si considerino i presupposti di fatto, diversi nei vari casi, quanto al suaccennato concetto del « fabbisogno »).

In questi e simili casi, si può render giustizia o adottando la generica soluzione della giurisprudenza francese testè richiamata al n. 1° *sub* b (v. però il caso Bardet), oppure ricorrendo ai rimedi di che alla sez. III del presente capitolo. Che se l'opera *non è destinata a restare proprietà dell'ente*, allora si possono applicare i criteri di che al n. 1° *sub* b, pur tenendo presente che anche in questi casi, qualora, secondo i criteri stessi, sorga la figura della donazione (nulla per difetto di forma), certe esigenze di giustizia, o di tutela dell'affidamento ad opera eseguita, potrebbero consigliare l'adozione di qualche rimedio, come pur diremo nella sez. III del presente capitolo.

SEZIONE III

La tutela dell'affidamento (reliance, nella Common Law) rispetto ai problemi esaminati nelle due sezioni precedenti.

(v. vol. I, § 9 *ad* nota 11; § 17 *in fine*; § 27 *ad* note 4 *segg.*)

(*Giurisprudenza italiana*)

NOTA INTRODUTTIVA E DI RICHIAMI. - Come abbiamo visto nel vol. I § 27 *sub a*, il problema della *reliance* nella *common law* si presenta quando una determinata attività o condotta del promissario, pur non essendo richiesta come *consideration*, era ragionevolmente prevedibile da parte del promittente ed è stata poi compiuta, sull'affidamento della promessa non formale, dal promissario. Nella *civil law*, in relazione alla figura della donazione *cum onere* (nulla per difetto di forma) il problema si presenta quando quell'attività, condotta o opera è stata richiesta dal promittente (o alienante: v. vol. I § 38 *sub a*) ed è stata compiuta, sull'affidamento di tale promessa, da parte del promissario (v. vol. I § 27 *ad* note 4 *segg.*).

Il problema è sostanzialmente quello di *rendere giustizia* (v. vol. I § 19 *sub a* in principio) a chi, facendo affidamento su una promessa (nulla per difetto di forma, ma altrimenti vincolante perchè seriamente e con l'intento comune di contrarre un vincolo giuridico) ha compiuto un sacrificio, cioè tenuto una condotta che rappresenta un certo sacrificio: condotta o sacrificio prevedibili dal promittente (per la *common law*) o da questi richiesti come condizione, peso o onere della promessa (per la *civil law*).

Basta leggere i casi che tosto richiameremo e quelli *infra* riferiti, per rendersi conto che quell'esigenza di giustizia esiste ed è grave.

Fra i casi esaminati nel presente volume il problema si era presentato, espressamente o implicitamente, nei casi seguenti:

- De Sangro cr. Marchetti: quesito 7°.
- Ospedale di Milano cr. Garovaglio: quesito 7°.
- Carrari cr. Masiero: quesito 12°. (V. anche il caso Garabello - Fusani).

- Humar cr. Zbogar: quesito 3°.
- Pastorino cr. Pastorino v. quesito 4° e 5°.
- Comune di Aglié cr. Tapparo: v. quesito 3°
- Cordepadre cr. Comune di Monteleone: quesito 4°.
- Asilo Infantile Belluomo cr. Bianchi: quesito 6°.

Ma lo stesso problema si presentava, in certo senso, anche negli altri casi richiamati nella nota riassuntiva in fine alla sez. precedente, *sub* 2°.

Nei casi Debens cr. Dellarole, Fiammingo cr. Opera Naz. Combattenti, Wild cr. Wild, Ranzato cr. Scardeo, il problema si poteva presentare sotto l'aspetto di una condotta prevedibile, piuttosto che sotto quello di una condotta richiesta dal promittente (v. quesito 5° in nota al caso Debens, e quesiti 3° e 4° in nota al caso Ranzato).

Quanto alla giurisprudenza francese, si vedano i casi seguenti:

- Reverchon cr. Commune de Morez: quesito 6°.
- Bardet cr. Fabrique de Saint-Martin: quesito 2°.
- David cr. Commune de Vaison: in nota.
- Spitalieri de Cessoles cr. Henn et Hargreaves: quesito 4°.
- Ville de Marseille cr. Impératrice Eugénie: quesito 7°.

Anche in alcuni dei casi menzionati nei capitoli IV e V (v. i casi: Société Culturelle cr. Barouk in nota: Maire de Caen, quesito 3° e 4°), benchè sotto altri aspetti, il nostro problema si poteva presentare.

Fra i casi riferiti nel cap. III, esso si è presentato o si poteva presentare nei casi: Bianciotto cr. Pignatelli (v. quesito 1°, 2° in nota); Caccia cr. Caccia (v. quesito 1° in nota) e Richer Goumarin cr. Richer (v. nota *sub* 2).

Ora la cennata esigenza di rendere giustizia in casi del genere può essere soddisfatta, più o meno, in due modi, nonchè in un terzo che rappresenta una varietà del primo:

1°) Si può condannare chi non mantiene la promessa, o si fa restituire il *quid* dato (donazione reale nulla), al risarcimento dei danni, cioè all'interesse negativo, danni subiti dall'altra parte per aver eseguito l'onere confidando nella promessa o nella dazione di quel *quid*.

La condanna all'interesse positivo equivarrebbe al mantenimento della promessa, cioè ad una azione contrattuale, mentre tale non sarebbe l'azione per il risarcimento di quegli altri danni.

2°) Oppure si può condannare il promittente a mantenere la promessa o l'alienazione e a risarcire l'interesse positivo.

3°) Una varietà del primo rimedio si può offrire nei casi in cui l'onere imposto al promissario sia quello di fare una spesa il cui risultato

rimane a suo vantaggio (acquistare una cosa, costruire una scuola che rimane proprietà del promissario, etc.), ma una spesa che non rientrava nel fabbisogno o nelle possibilità del promissario stesso. In questi casi si potrebbe condannare il promittente a mantenere la promessa, ma attribuire a lui il risultato di quella spesa, quando ciò sia possibile: una specie di rimessione in pristino. V. in proposito la nota al caso Cattaneo-Milesi e richiami ivi.

Il primo rimedio non è sempre di facile attuazione, in quanto il danno o interesse negativo è spesso assai difficile da determinare: così nei casi di che *sub* 3° (danno per aver fatto una spesa non rientrante nel fabbisogno o nelle possibilità) e nei casi in cui l'onere imposto al promissario e il sacrificio da lui subito hanno carattere piuttosto morale. In quest'ultimo ambito stanno, ad esempio, i casi in cui l'onere consiste nel cambiamento del nome, nell'abbandono di un progetto di matrimonio (v. Arri-goni cr. Mera e Pelitti), nella coabitazione o compagnia, quando questa non abbia valore patrimoniale per il promittente o per il promissario (v. gli ultimi quattro casi della sez. I di questo capitolo).

La scelta fra quei tre rimedi dovrebbe essere affidata al giudice; questi dovrebbe vedere quale di essi, in relazione alle circostanze del caso concreto, sia più adatto a rendere giustizia. Imporre una sola di quelle tre soluzioni potrebbe non essere conveniente agli scopi della giustizia. Del resto, abbiamo visto, e meglio vedremo, che in tema di contratti a titolo gratuito o di carattere dubbio, specie se innominati, la determinazione e la misura della sanzione dipendono dalla *cause juste*, cioè dalle circostanze che la rappresentano (v. vol. I § 14 *sub e*; § 14 bis; § 20; v. anche § 27 *sub a ad* note 4 segg. nonchè *infra* cap. IV).

L'esigenza della protezione del promittente e della famiglia, per cui si richiede l'atto pubblico nelle donazioni, anche con onere, se questo non rappresenta un vantaggio o un sacrificio patrimoniale equivalente (v. vol. I § 8 e § 10 *sub b*), questa esigenza dovrebbe cedere, nei casi in esame, alle cennate esigenze di giustizia e alla tutela dell'affidamento di chi ha eseguito l'onere. Del resto:

— da un lato, i cennati rimedi, specie il primo e il terzo, tendono, più che a mantenere la donazione come contratto, a risarcire il danno subito per quell'affidamento; e anche il secondo mezzo, per quanto si presenti sotto l'aspetto di un'azione contrattuale, rappresenta in realtà un surrogato degli altri, quando questi non si dimostrino attuabili o sufficienti allo scopo di rendere giustizia.

— dall'altro lato, anche in un caso indubbio di contratto a titolo one-

roso, in cui la controprestazione rappresenta un sacrificio patrimoniale per il promissario, ma non un vantaggio patrimoniale per il promittente (v. vol. I § 13 *sub b*), il contratto non è considerato come donazione, ed è libero dalle relative forme, benchè possa essere di pregiudizio (patrimoniale) al promittente o alla sua famiglia. In fondo, il concetto del contratto a titolo oneroso si fonda più sul peso o sacrificio (patrimoniale, secondo la nostra giurisprudenza) imposto al promissario, che sul vantaggio (patrimoniale) per il promittente. La differenza fra i casi di cui al vol. I, § 13, *sub b* e i casi in esame sta in ciò, che pei primi basta anche un'obbligazione del promissario di compiere il sacrificio (patrimoniale), mentre pei secondi occorre che l'onere sia effettivamente eseguito facendo affidamento sulla promessa. Infine, in alcuni casi i legittimari e i creditori sono tutelati (v. nota al caso Cattaneo-Milesi).

Resta il problema di vedere se l'adozione di quei tre rimedi sia ammissibile nel nostro diritto positivo.

Il problema è grave, ma l'impresa di risolverlo adeguatamente non è disperata.

A stretto rigore, quanto al primo rimedio, non sembra applicabile l'art. 1337 c. civ. ital. che prevede la responsabilità per la rottura delle trattative o per aver interrotto, senza giusta causa, il processo normale di formazione di un contratto: e ciò perchè nei casi in esame le parti hanno già formato o inteso formare il contratto, sia pure in modo nullo (per difetto delle forme della donazione). Nè, sempre a stretto rigore, sembra applicabile l'art. 1338 c. civ. ital., perchè non sempre il promittente sa o dovrebbe sapere che quel contratto è nullo per difetto di forma; nè si potrebbe in genere parlare di un suo dovere di darne notizia all'altra parte; e, comunque, trattandosi di un fatto apparente e di una norma giuridica sulla forma, entrambe le parti dovrebbero saperlo. Ad ogni modo, si tratterebbe soltanto del rimedio dell'interesse negativo, non sempre attuabile o non sempre sufficiente, come abbiamo visto.

Ma da quegli articoli, o dai principi che li ispirano e ispirano analoghe soluzioni dei codici, della dottrina e della giurisprudenza di altri paesi di *civil law*, non sarebbe impossibile trarre un'estensione per la soluzione dei casi in esame; che sono quelli in cui più urtante si presenta l'ingiustizia di non riparare il pregiudizio subito da chi ha fatto un sacrificio, eseguendo l'onere sull'affidamento della promessa o dell'alienazione.

Nel compiere questo sacrificio, nella *causa data* o *res praestita*, si potrebbe vedere qualcosa di più che la semplice «accettazione» di una donazione (v. vol. I, § 1 *sub c*; § 17 e § 35, *sub a*).

Nel *compimento* di questo sacrificio si potrebbe anche vedere una

cause juste o *suffisante* per l'obbligatorietà delle promesse indipendentemente dallo schema formale-causale della donazione. Sarebbe questa una estensione, probabilmente lecita, dei principii della *cause suffisante et juste che, in fondo, animano tutto il nostro sistema contrattuale*. Queste considerazioni, in quanto la distinzione fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale ha delle zone grigie o di « diritto misto » (v. anche vol. I, § 27 *sub c*, p. 379), verrebbero a corroborare la soluzione che si può trarre dall'estensione dei cennati principii ispiranti gli art. 1337 e 1338 c. civ. ital. In particolare, in quei casi in cui, non essendo attuabile o sufficiente il rimedio del risarcimento dell'interesse negativo, la riparazione in forma specifica, cioè il mantenimento della promessa, si presenta come il modo più adatto di riparare il pregiudizio causato con la promessa e così di rendere giustizia.

Del resto, la giurisprudenza italiana e quella francese, quando l'applicazione testuale delle formule dei codici portava ad un'ingiustizia grave e urtante, non hanno esitato, per approfondirne lo spirito, a modificare il testo della legge, (come a proposito dell'art. 38 nostro vecchio cod. di comm.: v. art. 1224 nuovo cod. civ.); o a rifarsi alla tradizione che precedette le codificazioni (come ha fatto la giurisprudenza francese a proposito delle donazioni manuali e di quelle dissimulate: v. vol. I, § 38, *sub a* et *sub d*).

Ora, i rimedi sopra caldeggiati sarebbero, in certo senso, anch'essi conformi alla nostra tradizione per il caso in cui l'onere sia effettivamente eseguito, la tradizione della *causa data* o della *res praestita*: v. vol. I, § 1 *sub c*; § 2 *sub b*; § 3; § 4 *sub d*, p. 53; e § 36 nota 7.

Tale tradizione dovrebbe essere, naturalmente, adattata al problema particolare della donazione non formale e ai principii, specie sulla *cause juste*, che ispirano il moderno sistema contrattuale.

Nè si dica che, adottando la soluzione in esame, si verrebbero a convalidare tutti i contratti formali sulla base dell'esecuzione di una delle prestazioni: (ad. es., una vendita di immobili per il diritto italiano: v. vol. I § 18). L'illazione sarebbe eccessiva, perchè le ragioni che ispirano il requisito della forma nella donazione, specie in quanto schema generico per certi contratti atipici, sono diverse da quelle che ispirano il requisito della forma in altri contratti: v. vol. I §§ 8, 13 e 18.

Se la nostra giurisprudenza vuol farlo, non le mancherebbero, dunque, i mezzi per far valere una soluzione analoga a quella del § 90 *Restatement* americano sui contratti, naturalmente, *mutatis mutandis* e adattando tale soluzione al caso di un'obbligazione di dare o di un'alienazione (donazione in linea di principio) per un onere di poi effettivamente ese-

guito sull'affidamento della promessa o dell'alienazione (altrimenti nulla per difetto di forma): v. vol. I § 27 *sub a ad* note 4 segg.

La nostra giurisprudenza ha sentito in alcuni casi il problema, e l'ha risolto con mezzi tecnici o con soluzioni più o meno adeguati o diretti. Così:

— Nel caso Comune di Aglié, ove la sentenza prende in considerazione una successiva donazione, sebbene di minor entità, « la quale varrebbe in ogni caso ad esonerare esso (donante) e i di lui eredi da quella qualunque *responsabilità*, che il fatto precedente gli avesse in qualche maniera imposta per *spese e disturbi* procacciati alla Congregazione e allo Asilo in vista della *prima promessa* ».

— Nel caso Asilo Infantile Belluomo, ove la sentenza, per sanzionare il contegno vessatorio di chi ritira la promessa o l'alienazione (nulla per difetto di forma), respinge la domanda di danni proposta dagli eredi del promittente, a seguito della condotta del promissario: rimedio, in realtà, poco adeguato.

— Nel caso Humar, ove si ammette la possibilità (dopo l'esperimento delle prove) di un'azione extracontrattuale per danni, a seguito della « frode » di chi fa una promessa e poi la ritira: frode che, in realtà, rappresenta piuttosto una presunzione o una finzione (v. vol. I § 1 *sub b*; § 3 *sub a*; § 26 *sub a*).

— Nei tre casi Garabello, Carrari e Pastorino, la sentenza ha superato il problema, definendo come contratto oneroso quello che, sotto certi aspetti, poteva anche essere una donazione: v. in specie il quesito 12° al caso Carrari (soluzione analoga a quella della giurisprudenza francese).

Invece nel caso De Sangro-Marchetti la sentenza si pone apertamente il problema e lo risolve in modo negativo, nonostante la gravità delle circostanze. La sentenza invoca un testo romano, sul quale v. nota al caso Cattaneo-Milesi.

La giurisprudenza francese ha superato il problema, definendo come contratti commutativi dei casi in cui, sia per i principii tradizionali (v. vol. I § 10 *sub b*), sia per l'intento delle parti, era molto più probabile che si trattasse di donazioni: v. i casi Reverchon, Ville de Marseille, e altri nella sez. IV del presente capitolo. In ciò la giurisprudenza francese ha trovato appoggio anche nella concezione della *cause suffisante* propria di certa dottrina e della giurisprudenza francesi (v. vol. I § 9, specie *ad note* 4 e 10). Ma, come risulterà dalla lettura di quei casi e dal nostro commento, le sentenze non mancano di fare appello anche all'argomento che l'onere era stato effettivamente eseguito o che una spesa *speciale* era

stata imposta con la promessa al promissario (v. anche vol. I § 17 e 27 *sub a ad* nota 4 segg., nonchè la parte finale della sentenza nel caso Bresson e il quesito 4° in nota al caso Spitalieri de Cessoles).

In questa sez. III del Capitolo II noi riferiremo due casi, in cui le sentenze hanno considerato apertamente il nostro problema e l'hanno risolto nel senso di mantenere la promessa per tutelare chi ha eseguito l'onere facendo affidamento sulla promessa stessa. Le vie adottate da quelle sentenze per arrivare alla soluzione possono sembrare traverse, indirette o discutibili; ma, sostanzialmente, il risultato è quello summenzionato.

Dopo aver riflettuto su questi due casi e su tutti quelli richiamati da questa nota introduttiva, il lettore potrà egli stesso vedere se i tre rimedi sopra prospettati siano convenienti o funzionali rispetto allo scopo di rendere giustizia e se essi siano ammissibili nel nostro diritto positivo.

ARRIGONI-FERRARI cr. MERA-PELITTI

Cass. Torino, 29 maggio 1878. — *Mon. Trib.*, 1878, p. 712.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Sul mezzo terzo: — Attesochè la questione, che in merito era proposta alla decisione del tribunale di Varese, consisteva in vedere, se la lettera familiare del 15 marzo 1867, colla quale il defunto cavalier Baroffio scriveva alla cugina Giuseppina Mera che, avverandosi il progettato matrimonio della di lei figlia Annetta Pelitti, esso, giusta quanto aveva già significato al proposto Martinelli, avrebbe dato alla sposa una dote di L. 1000, a condizione però che, quando la madre non avesse a convivere cogli sposi, questi gli avrebbero dovuto corrispondere una vitalizia prestazione di L. 100, se, dicesi, in tale scritto si contenesse una donazione soggetta alle regole stabilite dagli articoli 1050 e seguenti del cod. civ., ovvero altro contratto importante pel cav. Baroffio ed il suo erede obbligazione civile;

Che il contenuto di detto scritto presentava a primo aspetto i caratteri di una duplice promessa di donazione onerosa per la figlia, al tutto gratuita per la madre, ma destituita di ogni giuridica efficacia, atteso il difetto della formalità dell'atto pubblico, prescritta, sotto pena di nullità, dall'art. 1056 del cod. civ. Ma il tribunale di Varese negò si

trattasse di donazione, adducendo come criterio di questo suo avviso l'essersi il cav. Baroffio riferito alle comunicazioni fatte al proposto Martinelli, il quale poi in un suo scritto avrebbe dichiarato che il cavalier Baroffio, quale erede della comune zia Antonia Nosedà, aveva da questa l'incarico fiduciario di erogare una somma a favore della Giuseppina Mera; l'essersi la promessa della dote assoggettata alla condizione di una prestazione vitalizia in favore della madre, qualora questa non convivesse cogli sposi; il desiderio, il bisogno morale, che il cav. Baroffio doveva sentire, di soccorrere la indigente cugina e la di lei figlia; l'aver questa contratto un matrimonio a lui beneviso, da lui incoraggiato, con che, disse il tribunale, il buon volere del cav. Baroffio si convertì in vera obbligazione giuridica, ingenerata dal compimento de' suoi desiderii; l'accettazione, anzi la richiesta fatta delle promesse lire mille all'erede Giuseppe Baroffio, che avrebbe fatto sorgere un contratto a sensi degli artt. 1098, 1099 del cod. civ., non importa poi sotto quale denominazione;

Attesochè fra questi disparati criteri impossibile riesce discernere quale sia stato il vero concetto che ispirò la decisione del tribunale; impossibile conoscere, specialmente nella forma, tutt'altro che perspicua e concreta, onde nella sentenza si vedono enunciati, se l'uno o l'altro di essi, nella mente dei giudicanti, fosse di natura da escludere per sè solo e indipendentemente dagli altri, il carattere di donazione nell'atto esaminato; tanto più che taluni di essi sarebbero fra loro contraddicenti, come quello che il cavalier Baroffio non abbia fatto che adempiere la volontà, fiduciarmente espressa, della sua autrice Antonia Nosedà, e l'altro che l'atto in parola fosse indotto dal desiderio, anzi bisogno morale, di soccorrere l'indigente cugina, e l'altro ancora, che vi fosse tenuto dall'obbligazione giuridica nascente dal fatto di avere l'Annetta Pelitti adempiuto i di lui desiderii colla celebrazione del matrimonio da lui incoraggiato;

Che ciò posto, e poichè non può disconoscersi che nelle rammentate proposizioni della denunciata sentenza, si contengono più errori giuridici, i quali rivelano nei giudici, che la proferirono, un inesatto concetto circa i caratteri intrinseci della donazione, la sentenza mede-

sima non può andare immune da censura per parte della Corte suprema;

Che è infatti errore il dire in termini generici che un atto non sia donazione, per ciò che al donatario sia imposto l'onere di una pensione vitalizia. L'art. 1051 del cod. civ. avverte espressamente essere donazione anche la liberalità, per cui si imponga al donatario qualche peso.

Il tribunale avrebbe dunque dovuto considerare se la prestazione vitalizia, posta a carico della figlia a favore della madre, fosse di tale importanza, avuto specialmente riguardo alla età di questa, da assorbire intieramente la somma promessa alla figlia, perocchè, se anche una piccola parte fosse rimasta a sua disposizione, sarebbe pur sempre stato l'elemento della liberalità. Ciò non fece il tribunale, e meno ancora considerò che il peso imposto alla figlia non rendeva in nessuna maniera oneroso l'atto riguardo alla madre, a cui vantaggio era pur fatta la promessa, e dalla quale ne era domandato l'adempimento nell'interesse tanto proprio che della figlia.

Errore è dire che l'atto di liberalità sia escluso dal desiderio, anzi dal bisogno morale, di assistere la indigente cugina e la di lei figlia. Il soccorrere l'indigenza eziandio fra congiunti, specialmente quando il donante non sarebbe nemmeno tenuto agli alimenti, perciò appunto che non costituisce che un'obbligazione morale, che i giuristi bene distinguono anche dall'obbligazione naturale, non fu mai considerato come un'obbligazione civile, *nam*, dice Paolo, *et si honeste, ex liberalitate tamen fit.* (L. 12, § 3. Dig. de administrat. et peric. tut. 26. 7).

Maggior valore non ha l'argomento, che il cavaliere Baroffio avesse egli medesimo desiderato e incoraggiato il matrimonio dell'Annetta Pelitti collo sposo Giuseppe Palladini; e di ciò si sarebbe agevolmente convinto il tribunale, per poco avesse posto mente al tenore dell'art. 1087 del cod. civ., il quale dichiarando irrevocabili le donazioni fatte in contemplazione in un determinato matrimonio, viene con ciò stesso a riconoscere in simili atti, anche se fatti dal padre o dalla madre, vero carattere di donazione.

È infine un vero assurdo il dire che coll'accettazione fatta dalla

madre, quando stava per celebrarsi il matrimonio della figlia col Palladini, sorgesse un vero contratto bilaterale, a sensi degli artt. 1098, 1099 del cod. civ.

Bilaterale, giusta la definizione che ne dà lo stesso art. 1099, è quel contratto, in forza del quale i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri. Ma nessun contratto può immaginarsi, che vincoli la libertà personale di una delle parti, al punto da obbligarla a contrarre matrimonio, od a preferire uno sposo ad un altro. Oggetto dei contratti, dice l'art. 1116, possono essere le sole cose che sono in commercio, ma la libertà dell'uomo è al disopra di ogni commercio.

Resterebbe l'argomento dedotto dall'incarico fiduciario. È controversia assai dibattuta nella scuola e nel foro (V. da ultimo LAURENT, *Principes du droit civil français*, tom. 12, p. 436) quella di sapere se una donazione che ha per causa l'adempimento di una obbligazione naturale, quale sarebbe indubbiamente quella derivante da un incarico fiduciario non espresso in forma da produrre un'obbligazione civile per l'erede e un diritto esperibile in giudizio pel terzo, possa qualificarsi vera donazione, soggetta alle formalità prescritte per le donazioni dalla legge civile. E la difficoltà diventa più grave dinanzi al tenore dell'art. 1051 del cod. civ. it. (che non ha riscontro nel codice francese), il quale espressamente comprende tra le donazioni anche le liberalità fatte per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario, o per ispeciale remunerazione, le quali hanno tutte più o meno per fondamento un'obbligazione naturale. Ma siffatta questione non fu punto trattata dal tribunale, il quale si accontentò di dire che il cavalier Baroffio, a quanto risultava dagli atti, aveva obbligo di adempiere delle disposizioni fiduciarie a lui commesse dall'Antonia Nosedà, fra cui quella di un'erogazione da farsi a favore della Mera Giuseppina, senza nemmeno dire se si trattasse di obbligazione naturale o civile, e senza esaminare quale influenza potesse una tale disposizione fiduciaria esercitare a riguardo dell'Annetta Pelitti; a cui favore il cavaliere Baroffio aveva promesso la dote di lire mille.

Nemmeno questo argomento pertanto, anche indipendentemente

dalle cose superiormente dette, varrebbe a difendere la sentenza dalla censura incorsa cogli altri errori implicanti una manifesta violazione degli artt. 1050 e 1051 del cod. civ. invocati nel ricorso». (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 9, 10, 11 e 27 *sub a* note 4 segg.

La sentenza del Tribunale di Varese aveva tentato di sottrarsi alle strettoie imposte dal nostro schema causale-formale della donazione in un caso, in cui la violazione della parola data e le sue conseguenze si rivelavano quanto mai ingiuste e urtanti. Si noti che, nel caso, la promessa era stata fatta non soltanto per indurre ad un determinato matrimonio, ma addirittura, pare, affinchè venisse abbandonato un fidanzato, con cui stava già per celebrarsi il matrimonio, per accettarne un altro.

Per uscire da quelle strettoie il Tribunale di Varese non si peritava di accogliere una ragione analoga, in certo senso, a quella che ispira la *consideration* di *common law* o il generico principio della *reliance*: v. nota introduttiva alla presente sezione.

Ma lo stesso Tribunale, non sentendosi sicuro di una tale ragione pel nostro diritto, ne affastella altre, come nota la Cassazione, in modo piuttosto confuso e incoerente. Così era avvenuto anche nel caso Cattaneo cr. Milesi; v. anche i casi Comune di Aglié e Humar citati nella nota introduttiva alla presente sezione.

Ciò prova il disagio dei nostri Tribunali, specie di quelli di merito, di fronte alle più urtanti violazioni della parola data nei cosiddetti contratti innominati assorbiti nello schema causale-formale della donazione. La giurisprudenza francese, pur di fronte ad articoli di codice simili ai nostri, ne è uscita in modo più semplice; v. nota introduttiva cit.

Contro quel tentativo del Tribunale, la Cassazione invoca l'art. 1087 cod. civ. del 1865. Ma resta da vedere se l'art. 1087 consideri il caso, in cui, più che esservi la «contemplazione» di un matrimonio, vi sia, da parte del promittente, la induzione a contrarre un dato matrimonio e ad abbandonarne un altro; e se, comunque, la considerazione del caso come donazione nell'art. 1087 valga a risolvere il problema proposto nella nota introduttiva alla presente sezione (v. nel cap. III il caso Nicolini cr. Nicolini, quesito 4° in nota).

Oltre questo problema, il caso Arrigoni presenta altri aspetti, e l'abbiamo classificato in questa sezione soltanto per convenienza. Esaminiamo ora questi altri aspetti.

Sull'obbligazione naturale nascente dalla fiducia, come causa sufficiente

di una promessa non rivestita dalle forme della donazione, v. vol. I, § 11 *sub d ad* note 19 e 20, nonchè il caso Danani-Gonzaga nel cap. III e la giurisprudenza francese *ivi*. La Cassazione nel presente caso rileva giustamente che la fiducia non concerneva la Annetta Pelitti.

Per vero la Cassazione non risolve espressamente questo punto e in genere quello dell'obbligazione naturale come causa sufficiente; ma sembra risolverlo implicitamente in senso negativo.

Quanto all'obbligazione naturale di soccorrere un parente (cugino) indigente come causa sufficiente nello stesso senso testè accennato, v. vol. I § 11 *sub b* n. 2 specie nota 10, nonchè i casi Baratta-Prada cr. Faccioli e altri citati nel cap. III.

Quanto alla controprestazione vitalizia di L. 100 a favore della madre della Pelitti, si possono proporre le seguenti questioni:

1°) E' esatto, come ne dice la Cassazione, che se anche una piccola parte del capitale di L. 1000 promesso fosse rimasta a disposizione della Pelitti, sarebbervi pur sempre stato l'elemento della liberalità e quindi l'esigenza della forma della donazione?

E l'elemento dell'alea? V. la nota ai casi Peybernès e Blin.

2°) Si può richiedere la forma della donazione, almeno quanto alla rendita di L. 100, nei riguardi della madre della Pelitti?

Altre questioni:

3°) La promessa delle L. 1000 fu fatta alla madre della Pelitti o anche a quest'ultima?

La Pelitti accettò, sotto questo profilo, la promessa delle L. 1000 e come?

4°) E' da condividere l'opinione, espressa dalla Suprema Corte, che non vi può *mai* essere contratto bilaterale o, meglio, a titolo oneroso, libero da forme, quando la controprestazione o condotta (matrimonio) imposta all'altra parte non può formare *di per sè* oggetto di un'obbligazione? V. vol. I, § 10 *sub a* e *sub f ad* nota 12, nonchè il caso De Sangro-Marchetti, questione n. 5 e il caso Carrari-Masiero, questione n. 12.

CATTANEO cr. MILESI

App. Torino, 30 gennaio 1912 — inedita

(la sentenza è riferita testualmente, salvi alcuni *omissis* e riassunti)

«Fatto. — Con atti di citazione 29 aprile e 24 maggio 1910 Ettore Librè evocava in giudizio avanti il Tribunale di Torino Milesi Gina, ed esponendo che dopo lunghe trattative fra essi si era conve-

nuto nel gennaio 1910 che la Milesi gli avrebbe versato lire diciottomila, quale corrispettivo della metà del valore dell'esercizio condotto dal Librè, sotto la insegna « Caffè Carignano » in via Andrea Doria numero 8 di questa città, e che mediante tale pagamento l'esercizio sarebbe passato in comunione fra il Librè e la Milesi, dai quali sarebbe stato condotto in società, ed allegando che la Milesi si era poi rifiutata di addivenire alla stipulazione del relativo contratto con grave danno di esso Librè, domandava che si dichiarasse lui non dissentire dall'esecuzione del contratto entro breve perentorio termine, e che in caso di rifiuto si condannasse la Milesi ai danni proposti nella somma di lire 20.000, interessi e spese.

A sua volta la Milesi con atti di citazione 19 luglio e 6 agosto 1910 conveniva innanzi allo stesso Tribunale il Comm. Emilio Cattaneo e l'avvocato Luigi Ravasenga, e, previa l'ammissione della verità dell'esposto dal Librè ed aggiungendo che essa si era trovata nell'impossibilità di adempiere la sua obbligazione verso il Librè tanto per causa del Cattaneo, il quale dopo averla spinta e determinata a concludere il contratto col Librè, promettendo di consegnarle la somma di L. 18.000 all'uopo occorrente, non aveva poi mantenuta la promessa, quanto per causa dell'avvocato Ravasenga, il quale, dopo aver ricevuto in deposito dal Cattaneo la detta somma per conto della Milesi, si era, allegando un contrordine del Cattaneo, rifiutato di consegnarla alla Milesi restituendola invece allo stesso Cattaneo, domandava che fossero il Cattaneo ed il Ravasenga dichiarati solidamente tenuti:

1°) Al pieno rilievo di essa Milesi dalle domande tutte contro di lei proposte dal Librè e tenuti perciò ad assumere la causa a tutto loro rischio e pericolo.

2°) A rimettere immediatamente ad essa Milesi la somma di L. 18000 con gli interessi commerciali dal 30 gennaio 1910, col favore delle spese e dei danni.

Discusse le cause nella stessa udienza del 10 novembre 1910, tanto il Librè quanto la Milesi concludevano per l'accoglimento delle istanze formulate nella rispettiva citazione, deducendo il pri-

mo, ove d'uopo, una prova testimoniale, di cui non vi fu bisogno, il cui esposto essendo stato ammesso dalla Milesi, e producendo costei numerose lettere e qualche telegramma trasmessile dal Cattaneo, oltre ad offrire, ove d'uopo, la prova testimoniale che il Cattaneo aveva spedito e l'avvocato Ravasenga aveva ricevuto e deteneva le L. 18.000 per conto della Milesi e che tuttavia l'avvocato Ravasenga non si era offerto di consegnare alla Milesi se non alcune centinaia di lire ».

Il Cattaneo deducendo a prova per testi, fra l'altro un rapporto di concubinato fra lui e la Milesi, chiedeva l'assolutoria dalle domande della stessa. Osservando in proposito che la promessa, che egli nelle sue lettere aveva fatto alla Milesi, di versarle le lire 18.000 per lo scopo nelle lettere stesse specificato, non era valida sia perchè costituiva una donazione ed avrebbe perciò dovuto essere fatta per atto notarile sotto pena di nullità radicale, sia in ogni caso perchè fondata su causa illecita, vale a dire sui detti rapporti fino allora esistenti fra lui settuagenario e la giovane Milesi.

« Negava inoltre il Cattaneo di avere depositato le lire 18.000 presso l'Avvocato Ravasenga in nome e per conto della Milesi, osservando in ogni caso che a tale somma essa non avrebbe avuto diritto, per essere rimasta estranea al contratto di deposito intervenuto fra lui e l'avvocato Ravasenga.

Infine l'avvocato Ravasenga, invocando quest'ultima considerazione del Cattaneo e producendo due di costui telegrammi in data rispettivamente 3 e 4 febbraio 1910 (debitamente registrati), chiedeva pure egli l'assolutoria dalle domande della Milesi.

Il Tribunale con Sentenza 26/31 dicembre 1910,.....

1°) Dichiarava tenuta la Milesi Gina ad addivenire col Librè Ettore alla costituzione della società fra di essi per l'esercizio del « Caffè Carignano » mediante il conferimento da parte di essa Milesi di lire *diciottomila* da servire per il disinteressamento degli attuali soci del Librè.

2°) Fissava alla Milesi il termine perentorio di *due mesi* dal passaggio in giudicato della sentenza per l'esecuzione del suddetto

contratto, dichiarandola fin d'ora, in difetto, tenuta al risarcimento dei danni sì e come saranno liquidati in apposito giudizio.

3°) Nei rapporti fra la Milesi e i coevocati in rilievo Emilio Cattaneo e l'avvocato Luigi Ravasenga, dichiarava questi due tenuti in solido a rappresentare all'atto del suindicato contratto fra la Milesi ed il Librè la somma di lire *diciottomila*, dichiarandoli, in difetto, tenuti al risarcimento dei danni verso la stessa Milesi, sì e come saranno liquidati in separato giudizio (*omissis*).

Da tale sentenza appellavano il Cattaneo e l'avvocato Ravasenga.

DIRITTO

Nei rapporti fra il Librè e la Milesi, non vi è questione, poichè il Librè domanda la conferma della sentenza del Tribunale e la Milesi non si oppone a tale conferma, la quale deve perciò essere senz'altro pronunciata dalla Corte. Invece, nei rapporti fra il Cattaneo e la Milesi, è da premettere sommariamente quanto risulta dalla copiosa corrispondenza epistolare-telegrafica indirizzata dal Cattaneo alla Milesi; corrispondenza prodotta dalla Milesi e dal Cattaneo non contestata; nonchè dai due telegrammi diretti dal Cattaneo all'Avvocato Ravasenga e da questo prodotti in originale. Il Cattaneo, residente in Livorno Toscana, invaghitosi ivi pazzamente, sebbene settuagenario, marito e padre, della Milesi, ragazza di costumi perduti, madre di una bambina, la fece sua amante, collocandola in Torino, via Berthollet 24, dove le affittò un appartamento, provvedendola di quanto le occorresse per vivere comodamente. Dopo alcuni mesi, venuta la tresca a cognizione della moglie del Cattaneo, questi ne avvertì la Milesi, scrivendole che per avere la pace in famiglia sarebbe stato costretto a troncare la relazione con lei. Rispose la Milesi che essa, priva del di lui appoggio, sarebbe ritornata all'antica abbiezione. Replicò il Cattaneo che egli avrebbe preferito vederla morta, anzichè ritornata all'antica abbiezione, tanto più che essa era di animo tale da potersi redimere coll'onesto lavoro, col quale mantenere sè e la bambina; che il procurarle tale onesto lavoro era per lui un debito d'onore e di coscienza, a cui egli non avrebbe potuto mancare

per la pace dell'animo suo e non avrebbe mancato; che detto lavoro avrebbe potuto consistere nel rilievo da parte di lei e nell'esercizio in società col Librè del Caffè Carignano sito in Torino via Andrea Doria 8.

Le consigliava quindi caldamente tale rilievo d'esercizio promettendole esplicitamente il danaro occorrente nella somma di lire 18.000.

La Milesi era restia, nonostante le insistenze del Cattaneo, il quale la sollecitava, scrivendole in data 17 gennaio di avere già due giorni innanzi, come era in realtà, spedite le lire 18.000 a Torino all'Avvocato Ravasenga, consigliandola ripetutamente di valersi con fiducia del detto Avvocato per stabilire le varie modalità e la conclusione del contratto.

Ma dietro un invito categorico, dato dal Cattaneo con telegramma 21 gennaio « *conchiudi subito affare Librè, Avvocato ha già necessario* », la Milesi si impegnò col Librè senza poter mai mantenere l'impegno, poichè l'Avvocato Ravasenga, depositario delle lire 18.000, dietro un contrordine telegrafico del Cattaneo, si rifiutò di versarle alla Milesi, salvo che per la minima parte di lire 500.

Ciò premesso, non si comprende anzitutto come il Tribunale abbia potuto ritenere che la promessa fatta dal Cattaneo alla Milesi di darle lire 18.000 per la stipulazione del contratto col Librè, al quale egli l'aveva determinata, fosse una semplice obbligazione naturale, quando invece è di tutta evidenza che, avendo la Milesi accettata tale promessa ed avendo inoltre adempiuta per parte sua la condizione, a cui la promessa era vincolata, era sorta contro il Cattaneo ed a favore della Milesi una vera e propria obbligazione civile, perchè sanzionata dall'art. 1218 del Codice Civile, in forza del quale chi ha contratto un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente; obbligazione, quindi, di cui la Milesi aveva il diritto di domandare il soddisfacimento in giudizio.

Ed oltrecchè anti giuridico, sarebbe veramente non equo che il Cattaneo, dopo avere determinata la Milesi al contratto col Librè impegnandosi di darle il denaro all'uopo necessario, potesse poi mancare all'impegno senza incontrare alcuna responsabilità, per modo

che la Milesi dovesse sopportare in proprio le conseguenze della sua inadempienza verso il Librè, cagionata esclusivamente dalla inadempienza del Cattaneo verso di lei.

E nemmeno si comprende in secondo luogo l'obiezione del Cattaneo che la di lui obbligazione sarebbe senza causa in difetto di una controprestazione da parte della Milesi, e che quindi si tratterebbe da parte di lui di una vera donazione, la quale sarebbe nulla perchè non risultante da atto notarile. Poichè la Milesi non si era accordata col Librè per il rilievo e l'esercizio in comune del Caffè Carignano, se non perchè vi era stata determinata dal Cattaneo mediante la promessa di fornirle le occorrenti lire 18.000, sembra chiaro che la causa dell'obbligazione del Cattaneo verso la Milesi sussista realmente e risieda nell'obbligazione imposta dallo stesso Cattaneo alla Milesi verso il Librè e dalla Milesi effettivamente assunta.

Si tratta quindi di due obbligazioni corrispettive l'una all'altra; corrispettività, che fa esulare ogni carattere di donazione dall'obbligazione del Cattaneo, la quale riveste invece il carattere di una obbligazione *do ut facias*.

È, adunque, quella del Cattaneo un'obbligazione civile valida, di cui la Milesi ha perciò il diritto di ottenere l'esecuzione.

Senonchè, uguale diritto avrebbe pur sempre la Milesi, quando anche si trattasse di un'obbligazione soltanto naturale.

Che si tratti di un'obbligazione quanto meno naturale, non lo si può mettere seriamente in dubbio, nonostante l'opposizione del Cattaneo, ritenuto che egli stesso nelle sue lettere alla Milesi ha ripetutamente dichiarato che il darle i mezzi necessari a procurare a sè ed alla sua bambina un onesto lavoro era per lui un debito d'onore e di coscienza, a cui egli non avrebbe per la pace dell'animo suo potuto mancare e non avrebbe mancato, e ritenuto che per giurisprudenza della Suprema Corte di Torino (Giurisp., 1905, n. 2) nel diritto moderno l'obbligazione naturale compendia e riassume appunto ogni vincolo di onore, di coscienza, di delicatezza, purchè non invisibile alla legge, come nella specie, avendo il Cattaneo in questa sede rinunciato all'eccezione di illiceità di causa proposta dinanzi al Tribunale.

Posto adunque che si tratti di una obbligazione naturale, la Milesi avrebbe il diritto di vederla eseguita per due considerazioni.

La prima è che il Cattaneo l'ha riconosciuta in confronto della Milesi, assumendo formalmente l'impegno d'eseguirla, avendo la suddetta Suprema Corte statuito che le obbligazioni naturali, non fondate su causa illecita, non diventano legalmente valide soltanto nel caso, di cui all'art. 1237 capoverso Codice Civile, ma anche quando siano state riconosciute dal debitore, il quale abbia assunto l'obbligo di soddisfarle (Giurisp., 1908, 1315) come appunto nella specie. La seconda è che ad ogni modo si versa precisamente nel caso previsto dal capoverso dell'articolo succitato, per il quale non è ripetibile ciò che si è volontariamente pagato in soddisfacimento di una obbligazione naturale.

Risulta, infatti, dalla corrispondenza epistolare-telegrafica prodotta, e non è in sostanza contestato, che il 15 febbraio 1910 il Cattaneo spedì all'avvocato Ravasenga per mezzo della Cassa di Credito di Nizza uno cheque sulla Banca d'Italia, sede di Torino, di lire 18.000, destinate alla Milesi per la stipulazione del contratto col Librè, dandone tosto avviso alla Milesi ed invitandola e per lettera e per telegramma a stipulare subito il contratto stesso. Ora, mediante il versamento di tale somma a mani dell'avvocato Ravasenga, tosto e per due volte dal Cattaneo notificato alla Milesi con ingiunzione di stipulare il contratto col Librè, il Cattaneo stesso aveva evidentemente pagato, vale a dire soddisfatta, l'obbligazione sua naturale verso di essa e perciò egli non poteva più in di lei confronto ripetere dall'avvocato Ravasenga la somma a questo spedita, giusta appunto il capoverso dell'articolo succitato.

Avendola invece ripetuta, è giusto ed equo che sia dichiarato tenuto a restituirla alla Milesi, sì e come pronunciò il Tribunale.

Ed è del tutto irrilevante il fatto, più volte invocato dal Cattaneo, che lo cheque non era all'ordine della Milesi, ma all'ordine di lui, essendo evidente che tale fatto, dovuto alla prudenza del Cattaneo di non mettere in pubblico i suoi rapporti con la Milesi, nulla toglie alla realtà della circostanza che le lire 18.000 erano destinate effettivamente a nessun altri che alla Milesi.

Parimenti è vana la obbiezione del Cattaneo che egli avesse il diritto di domandare all'avvocato Ravasenga la restituzione della somma speditagli per essere la Milesi rimasta estranea al contratto di deposito tra lui e l'avvocato Ravasenga, essendo ovvio rispondere che, se egli poteva avere tale diritto in confronto del Ravasenga, il quale non si era vincolato con la Milesi, come si spiegherà in appresso, non lo aveva invece in confronto della Milesi, una volta che a questa egli aveva già notificato il fatto deposito, ed una volta che essa lo aveva già accettato, adempiendo la condizione, a cui era vincolato il pagamento a di lei mani della somma depositata, vale a dire la stipulazione del contratto col Librè.

L'appello del Cattaneo è pertanto infondato e deve quindi essere respinto, senza attendere alle di lui deduzioni di prova testimoniale, le quali non hanno più ragione di essere, dopo che egli in questa sede ha rinunciato alla eccezione d'illiceità di causa già proposta dinanzi al Tribunale; illiceità, del resto insussistente, non potendosi ritenere che egli si sia obbligato verso la Milesi per pagare le intimità, giacchè quelle trascorse egli le aveva pagate, e profumatamente, già prima di obbligarsi, mentre era inteso tra le parti che la tresca sarebbe cessata in avvenire in omaggio all'impegno presone dal Cattaneo colla propria famiglia.

Nei rapporti tra l'avvocato Ravasenga e la Milesi, il Tribunale ha dichiarato il primo tenuto solidalmente col Cattaneo a favore della seconda, per la considerazione che la Milesi, se non contestualmente, sarebbe intervenuta posteriormente al contratto di deposito fra il Cattaneo e l'avvocato Ravasenga mediante l'accettazione del deposito da lei fatta in confronto dell'avvocato Ravasenga, e ciò naturalmente prima del contrordine dato a quest'ultimo dal Cattaneo col telegramma 3 febbraio 1910 di restituirgli il deposito anzidetto.

Ma la Corte osserva che il Tribunale stesso ha dovuto riconoscere che accettazione espressa non vi fu. E nemmeno vi fu, ad avviso della Corte, accettazione tacita, perchè, contrariamente a quanto parve al Tribunale di potere ritenere, non risulta in causa che prima del contrordine summenzionato la Milesi avesse in confronto dell'avvocato

Ravasenga posto in essere un qualsiasi atto, che dimostrasse la volontà di accettare il deposito, vincolando per tale modo l'avvocato Ravasenga a fargliene poi la consegna; per cui l'avvocato Ravasenga potè a buon diritto restituire l'avuto deposito al deponente » (*omissis*).

Riassumiamo il seguito della sentenza della Corte. Essa respinge le prove testimoniali dedotte dalla Milesi su tale pretesa accettazione e assolve da ogni domanda l'avv. Ravasenga. Respinge l'appello incidentale della Milesi, che riproponeva le domande di primo grado, osservando che il Cattaneo non era tenuto che a fornirle le L. 18.000 per il contratto col Libré e, soltanto in difetto, a sollevarla dalla domanda del Libré di danni per l'inesecuzione o mancata conclusione del contratto stesso; ed, inoltre, che il Cattaneo era tenuto a fornire le L. 18.000, non incondizionatamente, ma soltanto alla condizione di impiegarle nell'effettiva esecuzione del contratto col Libré ed al momento di tale esecuzione, senza, quindi, che si dovessero alla Milesi gli interessi su tale somma, interessi non richiesti, del resto, dal Libré. Perciò la Corte conferma la sentenza del Tribunale, salvo che per le spese, compensate dal Tribunale stesso, mentre la Corte ritiene che il Cattaneo debba rimborsare alla Milesi le spese di giudizio da questa dovute al Libré, e che la Milesi debba essere condannata nelle spese a favore dell'avv. Ravasenga.

Cass. Torino, 29 marzo 1913. — *Giur. Tor.*, 1913, 1512.
(la sentenza è riferita testualmente)

« La Corte di Cassazione di Torino:

Attesochè il Cattaneo fa sostanzialmente questi tre appunti alla sentenza denunziata:

1°) Anche ammesso che non si tratti di una donazione, non stipulata in atto pubblico, si tratterebbe di un'obbligazione senza causa;

2°) E sarebbe un'obbligazione naturale che, fuori dei limiti fissati nel capoverso dell'art. 1237 c.c., non produce effetti giuridici nemmeno se sia riconosciuta;

3°) Il Cattaneo, con la spedizione delle L. 18.000 all'avv. Rava-

senga e con l'avviso datone alla Milesi, non ha dato esecuzione alla obbligazione sopraindicata, qualunque essa sia.

Ma questi tre mezzi sono tutti infondati.

Rispetto al primo, giova premettere che la sentenza impugnata, con giudizio di fatto incensurabile da questa Corte ed in seguito ad esame della copiosa e non contestata corrispondenza epistolare e telegrafica indirizzata dal Cattaneo alla Milesi, ha stabilito che l'atto tra vivi compiuto da quello non è una donazione, ma un'obbligazione, anzi una vera obbligazione civile. Dunque, anche se non fosse tesi posta per la prima volta in questa sede, quella per la quale il ricorrente sostiene trattarsi di donazione modale, varrebbe a respingerla il sovrano giudizio della Corte di Appello.

Nè si opponga dal ricorrente che, se è incensurabile l'apprezzamento, fu erroneo il principio giuridico che lo ispirò, perchè questo anzi è conforme ai dettami della dottrina più illustre, per la quale non costituisce donazione l'espreso riconoscimento di un debito cagionato da sentimento d'onore o anche di delicatezza, ovvero, come genericamente si suol dire, di un debito di coscienza.

La Corte suddetta, con insindacabile apprezzamento, trova che la causa nella detta obbligazione sussiste realmente e risiede nell'obbligazione imposta dallo stesso Cattaneo alla Milesi verso il Librè e dalla Milesi effettivamente assunta. Trattasi quindi, prosegue quella corte, di due obbligazioni corrispettive l'una all'altra, e conclude che quella del Cattaneo era un'obbligazione *do ut facias*.

Veramente, per l'art. 1121 c.c. la causa delle obbligazioni si presume fino a prova in contrario e la Corte di merito avrebbe potuto limitarsi a constatare la mancanza di veruna prova che infirmò la detta presunzione, ma invece (e non lo si ricorda per criticarla) essa ha voluto ricercare la causa e l'ha riconosciuta esistente, e avrebbe potuto aggiungere, conformemente ai ricordati insegnamenti della dottrina (e della giurisprudenza anche di questo Supremo Collegio) che la causa di un'obbligazione civile può consistere anche nell'obbligazione naturale che ne è, per così dire, il nucleo germinativo.

Ciò ne conduce all'esame del secondo mezzo, rispetto al quale

giova premettere che se, per l'art. 1237 capov., il pagamento toglie il diritto di ripetizione per l'implicita conferma dell'obbligazione naturale, che per esso si è manifestata, la conferma espressa risultante da esplicita promessa di pagare non potrà produrre effetti inferiori.

La Corte di Appello, avendo sovranamente riconosciuta la sussistenza di quella promessa da parte del Cattaneo, ha quindi dedotto con giuridica esattezza che per quella promessa l'obbligazione era diventata civile. A nulla valgono le sottigliezze cui si abbandona il ricorrente con le sue distinzioni fra obbligazioni naturali e semplici doveri morali, contro le giuste argomentazioni di quella Corte, la quale conclude: « sarebbe veramente, oltre che anti-giuridico, non equo che il Cattaneo, dopo aver determinato la Milesi al contratto col Librè, impegnandosi a darle il denaro all'uopo necessario, potesse poi mancare all'impegno ».

Altrettanto vanamente il ricorso col terzo mezzo tenta di confutare la sentenza impugnata là dove questa dice che, mediante il versamento delle L. 18.000 all'avv. Ravasenga notificato alla Milesi, il Cattaneo aveva già soddisfatta l'obbligazione, mettendo a disposizione della donna il denaro promesso per la celebrazione del contratto cui egli l'aveva ripetutamente spinta e indotta.

I dilemmi del ricorrente sono troppo artificiosi e sofisticati; anche se si fosse trattato di una semplice obbligazione naturale, il Cattaneo col soddisfarla aveva perduto ogni diritto a ripetere quella somma che (per insindacabile giudizio del magistrato d'appello) egli aveva già messa a disposizione della Milesi.

Per questi motivi rigetta il ricorso contro la sentenza 30 gennaio 1912 della Corte d'Appello di Torino ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 9, 10, 11, 13 *sub b*, 17, 27 *sub a ad* note 4 segg.

E' questo, forse, il caso più interessante della nostra raccolta. Il suo commento, nelle linee generali, si trova nella Nota introduttiva alla presente Sez. III.

1°) Si tratta del caso in cui una persona, mediante una promessa di rimborso, induce un'altra a fare una spesa (che può dipendere anche dal-

l'assunzione di un'obbligazione verso terzi), spesa che quest'altra non avrebbe fatto senza quella promessa: ad esempio, un viaggio (v. il caso *Devecmon v. Shaw*), l'acquisto di una cosa (la campana nel caso *Bardet*), un contratto di società con un terzo, come nel presente caso, ecc.

Analogo è il caso in cui una somma o un bene vengono anticipati con una *datio*, ma vengono poi ripetuti, adducendo che la *datio* non è rivestita delle forme della donazione per gli immobili o anche per i mobili nel diritto italiano (v. vol. I § 38 *sub a*).

Se la promessa non viene mantenuta (o il bene dato viene ripetuto), il promissario resta sì con il vantaggio rappresentato dal corrispettivo di quella spesa (il viaggio, la campana, la società o comproprietà del «caffè Carignano», ecc.); ma risente un pregiudizio nel suo ordine patrimoniale o *economia personale*, la quale, come giudizio di proporzione fra bisogni e spesa o sacrificio, ne resta turbata.

Il pregiudizio può anche essere gravissimo, se il promissario deve contrarre debiti o rispondere per danni verso terzi, o privarsi di altri beni, a lui essenziali, per aver fatto quella spesa o per assolvere debiti o responsabilità verso terzi.

Perciò la situazione è diversa da quella in cui si dà o promette una somma o qualcosa con la condizione di destinarla ad un dato scopo, senza che il beneficiario debba incontrare alcuna spesa, o se questa rientra nel suo fabbisogno o economia personale (nella *common law* quest'ultima situazione può servire ad escludere, nel caso concreto, l'elemento dell'*inducement*: v. le note 1, 2 e 10 al caso *Allegheny College*).

D'altro lato, se la promessa viene mantenuta (o il bene dato non viene ripetuto), il promissario viene ad ottenere gratuitamente il cennato vantaggio (il viaggio, la campana, la comproprietà del «Caffè Carignano», ecc.). A questo concetto si attiene il *Planiol*, nella sua nota al caso *David cr. Commune de Vaison*, per la tesi della donazione. E il concetto è certamente rilevante, quando il problema è quello dei divieti di donare, della tutela dei creditori contro gli atti in frode (azione pauliana), della tutela dei legittimari, ecc. Ma si tratta di vedere, se lo stesso concetto sia rilevante, quando il problema è soltanto quello del rispetto della parola data fra le parti contraenti, nonostante il difetto della forma della donazione (sulla distinzione fra questi due problemi e il relativo concetto di donazione, v. vol. I § 10 *sub f*).

Sotto il profilo di questa distinzione di problemi dev'essere considerato il testo romano di Nerazio, D. 39, 5 *de donat*, 11 § 2, citato nel caso *De Sangro - Marchetti*. Quel testo, infatti, si pone il problema di vedere se vi sia donazione fra coniugi, vietata, nel caso di chi dà una somma per

fare una spesa (costruzione di una villa, seminazione di un campo) che l'accipiente *altrimenti* non avrebbe fatta: proprio il nostro caso! Ma, a prescindere da questo problema, il testo non si pone, e non si poteva porre, l'altro problema, circa la validità e l'irripetibilità della *datio* (valida, in base alla *traditio*) o di una promessa di dare, *a costruzione o seminazione avvenuta*, una somma, promessa sanzionabile come contratto innominato (v. vol. I § 2 *sub b*).

2°) Senonchè nel caso Cattaneo - Milesi v'è qualcosa di più: non soltanto v'è il turbamento che la Milesi avrebbe risentito nella sua economia personale per aver fatto affidamento sulla promessa del Cattaneo, qualora le L. 18.000 non le fossero state poi versate; ma v'è anche nello sfondo un'obbligazione naturale nascente dal cessato concubinato (v. vol. I § 11, p. 142); e quest'obbligazione naturale potrebbe vincere la considerazione che, rimborsata la spesa, la Milesi veniva ad ottenere un vantaggio gratuito nella proprietà del Caffè Carignano.

Lo sfondo di quell'obbligazione naturale avrà, probabilmente, influenzato il giudizio della Corte d'Appello di Torino.

Tuttavia questa tiene ben distinti i due argomenti: quello dell'obbligazione naturale e quello dell'affidamento o dell'aver indotto la Milesi ad assumere un'obbligazione verso il Libré che, altrimenti, essa non avrebbe assunta. In questo fatto la Corte d'Appello di Torino vede la causa sufficiente della promessa del Cattaneo, e lo dice espressamente.

Con questo argomento la Corte d'Appello di Torino dà valore di causa sufficiente ad una situazione che concreta *in terminis* la *reliance* di un'*executed consideration* (v. vol. I § 26 *sub c et sub e*, p. 354, § 27 *sub a*, § 29, ecc., nonchè il caso *Devecmon v. Shaw*).

3°) Resta allora da proporsi il quesito, se la promessa del Cattaneo era revocabile prima che la Milesi avesse compiuto il fatto (il contratto col Libré), cui il Cattaneo la voleva indurre con la promessa (v. vol. I § 29), compimento definito « accettazione » a p. 160. E, in caso di risposta affermativa, se tale revocabilità si giustifica nella *civil law* allo stesso modo che nella *common law*: v. vol. I § 29 e § 27 *sub a ad* note 4 segg.

4°) La Corte di Cassazione di Torino, invece, sembra aver argomentato soltanto dall'obbligazione naturale come causa sufficiente della promessa del Cattaneo. Senonchè, se, come pare, la Cassazione considera quale obbligazione naturale non soltanto quella derivante dal cessato concubinato, ma anche quella derivante dall'aver indotto la Milesi ad assumere un vincolo verso il Libré, o a fare una spesa, che altrimenti non avrebbe fatta, l'argomento non sembra esatto. Invero l'obbligazione naturale funziona come causa sufficiente di una promessa soltanto in quanto *causa*

praeterita, mentre qui la causa (conclusione del contratto col Libré) era futura: in altri termini, la promessa venne fatta (o ripetuta) non dopo la conclusione del contratto col Libré e per avere indotto in qualche modo la Milesi a concluderlo, ma *prima* della sua conclusione e per indurvela. In questa situazione si può parlare di un'obbligazione naturale soltanto nel senso che la promessa del Cattaneo *creava anche* un'obbligazione naturale, la quale assisteva (in via di equità) l'obbligazione civile nascente da quella promessa. In altri termini: si vuol dire che è *iniquo* permettere di non mantenere la promessa a chi, mediante questa, ha indotto una persona a fare una spesa o ad assumere un vincolo che altrimenti essa non avrebbe fatto o assunto. Probabilmente è in questo senso che la Cassazione parla di un'obbligazione naturale come «nucleo germinativo» dell'obbligazione civile.

5°) Quanto all'invocazione che la Cassazione fa dell'art. 1121 c. civ. del 1865 (art. 1988 nuovo cod. civ.), ci si può domandare se tale argomento sia esatto, dato che la promessa del Cattaneo era *causée*, cioè menzionava la sua causa (conclusione del contratto col Libré); e se, di per sé, la *cautio, discreta* o *indiscreta*, può sanare il difetto di forma di una donazione: v. vol. I § 22 nota esplicativa n. 4, p. 311 segg.

6°) Quanto al concetto dell'obbligazione naturale, accolto nelle due sentenze, v. vol. I § 11, p. 129 e p. 142. L'argomento dell'equiparazione fra pagamento e promessa di pagamento di un'obbligazione naturale si ritrova anche in altre sentenze: v. il caso Pierfelici e altri ivi richiamati in nota.

7°) Si domanda: la sussistenza di un'obbligazione naturale, come causa sufficiente della promessa del Cattaneo, poteva giustificare una condanna di questi a pagare un *quid* alla Milesi, anche se il contratto col Libré non fosse stato concluso o indipendentemente dalla conclusione o dall'adempimento (da parte della Milesi) del contratto stesso?

8°) La distinzione, posta dalla Cassazione, fra «donazione e obbligazione, anzi una vera obbligazione civile», va intesa come contrapposizione fra obbligazione (promessa) non rientrante nello schema formale-causale della donazione e promessa rientrante in questo schema: chè, ovviamente, la donazione, oltre che reale (*datio*), può anche essere obbligatoria.

9°) La Cassazione, dice che la sentenza d'appello «con giudizio di fatto incensurabile in Cassazione... ha stabilito che l'atto tra vivi compiuto da quello (il Cattaneo) non è una donazione, ma un'obbligazione, anzi una vera obbligazione civile». La Suprema Corte ha inteso con ciò dire che il giudizio, circa l'esistenza di una donazione o di una «obbli-

gazione civile» (nel senso di cui *sub* 8°), è giudizio di fatto? Oppure il giudizio di fatto, cui la Cassazione si riferisce, è quello concernente l'esame della corrispondenza epistolare-telegrafica, da cui la Corte d'Appello aveva tratto che la «causa» della promessa del Cattaneo e del deposito della somma stava nell'aver egli indotto la Milesi, mediante la promessa, ad assumere il noto vincolo contrattuale col Libré?

SEZIONE IV

Giurisprudenza francese sui problemi oggetto delle sezioni precedenti.

PREMESSA. Abbiamo raccolto in una sola sezione la giurisprudenza francese sui problemi trattati nelle precedenti sezioni di questo capitolo e anche nella sez. II del cap. I; e ciò in quanto non è sempre facile classificare ciascun caso francese nei problemi suddetti.

Le decisioni francesi che riferiamo possono sembrare un po' vecchiotte; ma esse sono ancora oggi citate come *leading cases* dagli autori francesi e dai Digesti (ad es., dal PLANIOL, *Traité pratique*, cit., vol. V e dal DALLOZ, *Nouveau Répertoire Pratique*, ediz. 1948).

Le sentenze sono poste in ordine logico piuttosto che cronologico: ad esempio, i primi cinque casi sembrano formare un gruppo, in quanto presentano certe analogie.

REVERCHON cr. COMMUNE DE MOREZ

Cour de Cassation Française, Chambre des requêtes, 7 avril 1829. — *Dalloz, Jur. Gén.*, Disposition entre vifs, n. 1300.
(la sentenza è riferita testualmente)

En 1809, le maire de la commune de Morez ouvre une souscription à l'effet d'élever une nouvelle église. Le sieur Reverchon fait, entre les mains du maire, une soumission portant: « Lequel, pour lui et ses héritiers a souscrit volontairement, d'après l'ouverture de la souscription ci-dessus énoncée, de payer la somme de 3.000 fr., payable dans cinq ans, un cinquième chaque année, à commencer du 1er janvier prochain ». Reverchon décède sans avoir payé aucun à-compte, instituant sa veuve pour son héritière. — 24 mars, ordonnance qui autorise le maire de la commune de Morez à accepter les souscriptions

et à les faire recouvrer. Alors celui-ci somme la veuve Reverchon de réaliser la soumission faite par son mari. Mais elle s'y refuse, prétendant que cette soumission est une véritable donation entre-vifs, qui, pour être valable, aurait dû être revêtue des formes prescrites pour ces sortes de contrats, et surtout, avoir été acceptée avant le décès du donateur, et par le maire dûment autorisé.

18 juillet 1826, jugement du tribunal d'Auxerre, qui accueille cette défense. Appel par le maire. 11 décembre 1827, arrêt de la cour de Paris qui infirme, sur le motif que la soumission faite par le sieur Reverchon ne peut pas être considérée comme une donation, mais bien comme un contrat intéressé pour un service public, qui devait profiter à Reverchon comme aux autres habitants; que cet acte doit être rangé dans la classe des simples engagements par lesquels on s'oblige à payer telle somme, à fournir telle chose, moyennant tel service qui sera rendu en compensation; - Que la commune avait rempli, de sa part, la condition à laquelle elle s'était soumise envers les souscripteurs, etc.

Pourvoi pour violation des artt. 932 et 937 c. civ. Il importe peu, a-t-elle dit, que la donation fût intéressée, c'est-à-dire que le donateur dût participer à l'avantage commun qui devait résulter de la construction projetée: il n'y a pas de fondation pieuse, pas de legs à un établissement public ou à une commune, dont l'avantage ne doive être partagé par le donateur, le testateur ou leur famille. La loi deviendrait illusoire si de pareils legs, de pareilles donations, pouvaient être dispensés de l'autorisation du souverain, par le motif que l'auteur du legs ou de la donation participerait aux avantages qui en doivent résulter; aussi, dans l'espèce, le gouvernement et la commune ont reconnu eux-mêmes qu'il y avait libéralité, et qu'une autorisation était nécessaire. La cour royale n'avait donc à s'occuper que d'un seul point de fait, celui de savoir si l'autorisation avait été accordée en temps utile. Or il est constant qu'elle ne l'a été qu'après la mort du donateur, alors que le lien de droit entre le donateur et le donataire ne s'était pas formé.

ARRÊT

La Cour. — Attendu que la cour royale de Paris a pu considérer la soumission volontaire du sieur Reverchon comme un acte intéressé ou contrat commutatif, et qu'en lui imprimant ce caractère, les articles 932 et 937 c. civ. étaient sans application à la cause; d'où il suit que ces articles n'on été ni pu être violés;

Attendu que le maire de la commune de Morez et le conseil municipal avaient d'ailleurs accepté, du vivant du sieur Reverchon, la soumission dudit Reverchon; que l'autorisation du gouvernement, quoique postérieure au décès dudit Reverchon, a implicitement sanctionné cette acceptation, tant à l'égard du soumissionnaire qu'à l'égard de ses héritiers, qu'il avait confondus dans sa soumission, et obligés solidairement avec lui. Rejette, etc.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol: I §§ 7, 8, 9 specie note 4, 10 e 12, § 10 specie *sub e*, § 12 *sub a*, § 27 *sub a ad* note 4 segg.

1°) Si confronti questo caso coi casi italiani riferiti nella sez. II del presente capitolo, e specialmente coi casi: Cordepatre (quesito 5°); Cavezzali (quesiti 1° e 2° e altri casi ivi citati); e Asilo Infantile Belluomo, e relative note. Nell'insieme il lettore vorrà stabilire la differenza sostanziale, per questi e simili casi, fra la giurisprudenza italiana e quella francese.

2°) Si confronti, ancora, il caso Reverchon coi casi: De Mailly, Bardet, Lapeyre, David di questa sezione; e se ne dicano le differenze o le analogie, sia quanto alla situazione di fatto che quanto alla motivazione delle rispettive sentenze.

3°) In particolare: ci si può domandare se la costruzione della chiesa rientrava fra gli scopi del comune e se ciò ha importanza per la giurisprudenza francese.

4°) Nel caso Reverchon la Corte di Cassazione sembra fare una *quaestio facti* del problema circa l'esistenza di una donazione oppure di un « *acte intéressé ou contrat commutatif* ». Ci si può domandare: *quaestio facti* da un punto di vista oggettivo (esistenza di una controprestazione) oppure da un punto di vista soggettivo (intento dei contraenti)? v. vol. I, § 9 e 10.

5°) Come si risolverebbe il caso Reverchon nella *common law*? V. vol. I, §§ 26, 27 *sub a* e 30, nonchè la nota al caso Allegheney College.

6°) Quanto all'argomento « *que la commune avait rempli, de sa part, la condition à laquelle elle s'était soumise* », v. sez. III del presente capitolo

7°) Una curiosità: perchè in Cassazione la ved. Reverchon non ha ripresentato la tesi del difetto di atto pubblico? Infatti gli art. 932 e 937 da essa citati concernono il requisito dell'accettazione.

DE MAILLY cr. CHALON

Tribunal de Mamers, 2 février 1875. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1875, V, p. 188.
(La motivazione della sentenza è riferita testualmente)

« *Le Tribunal.* — Attendu que, pour déterminer le caractère de l'acte et lui imprimer sa qualification légale, il importe de rechercher la pensée et le but poursuivis par la dame de Mailly; - Attendu que cette pensée se détache clairement de l'ensemble des documents de la cause, desquels il résulte que la demanderesse n'a pas entendu faire une offrande désintéressée, un contrat gratuit; - Attendu qu'aux termes de l'art. 1104 c. civ., le contrat est commutatif lorsque chacune des parties, loin de vouloir procurer à l'autre un avantage indépendant de toute prestation de sa part, y recherche, avant tout, son propre intérêt, sa propre satisfaction; - Attendu que ces caractères se trouvent, à n'en pas douter, dans l'acte du 19 avril; que, sans doute, la demanderesse à été heureuse de servir les intérêts de la commune; mais son but principal, son but intéressé a été, elle le dit elle-même, de pouvoir plus souvent faire célébrer l'office divin, et de venir, à ses heures, prier sur la tombe de son mari; que, pour qu'il y eût donation, il faudrait que la demanderesse eût préféré la commune à elle-même, mais que telle n'a pas été son intention; que la dame de Mailly, dont la fortune est considérable, prise bien au-dessus de 12.000 fr. les avantages qu'elle peut retirer personnellement de la restauration de l'église; que c'est à tort, dès lors, que la Régie a vu dans l'acte du 19 avril un contrat de bienfaisance qui suppose toujours la gratuité. Par ces motifs, etc. ».

Nella nota di commento, il Dalloz ne scrive:

« L'acte administratif par lequel un particulier s'engage envers une commune à faire exécuter à ses frais des travaux de réparation à l'église de la localité, constitue un contrat commutatif et non une libéralité à laquelle on puisse appliquer le droit proportionnel de dona-

tion, lorsqu'il est établi que le contractant s'est obligé tant afin de venir au secours de la commune que pour sa propre satisfaction, afin de faire célébrer plus souvent la messe dans l'intérêt de sa famille.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 9, specie note 4, 10 e 11, § 10 *sub c* et *e*, § 12 *sub a*, § 13 *sub b*.

La questione concreta concerneva la tassa di registro; ma i criteri adottati nella sentenza, data la loro portata nel quadro della giurisprudenza francese, sarebbero applicabili anche a risolvere la questione dei requisiti formali dall'atto. In questo senso la sentenza è citata anche dagli autori francesi.

Questionario:

1°) Si confronti questo caso coi casi: Reverchon, Bardet, Lapeyre e David. E se ne dicano le differenze sia nelle situazioni di fatto che nelle motivazioni delle rispettive sentenze.

2°) In che consisteva la controprestazione del comune, per poter qualificare commutativo il contratto? O, ad escludere la donazione, basta, secondo la sentenza, che il promittente abbia lo scopo *principale* di trarre un vantaggio, sia pure non economico, dall'opera per cui si fa la promessa, anche se il promissario non compie alcun sacrificio patrimoniale, non si espone ad una spesa da rimborsare, o non compie, comunque, alcuna controprestazione, anche di un semplice *facere*? V. nota al caso Bardet n. 3 e 5 e vol. I, § 9, note 4, 9 e 10.

3°) Come si inquadra il caso De Mailly nel problema della donazione ad un ente? V. anche nota al caso Bardet, n. 8°. Che importanza può avere il fatto che la riparazione della chiesa rientrasse o meno nei compiti del Comune, se la sola De Mailly assumeva il rapporto coi fornitori e non imponeva così nessun onere al comune con la sua promessa? Restano invero alcuni punti di fatto non chiari nella sentenza. Non è chiaro, cioè: se nei compiti o nelle funzioni del comune rientrava il provvedere a quella data opera; se il comune contraeva direttamente coi fornitori, ma con promessa di rimborso da parte della signora De Mailly che determinava però le caratteristiche dell'opera (v. nota al caso Bardet n. 3); o se tale rapporto diretto coi fornitori veniva assunto dalla sola De Mailly, come parrebbe leggendo la nota del Dalloz.

4°) Come si risolverebbe il caso secondo le direttive dominanti nella giurisprudenza italiana?

5°) E nella *common law*? V'è la possibilità di trovare in qualche

modo nel caso una *consideration*? V. nota al caso Bardet, n. 9° e al caso Reverchon, n. 5°.

Quanto all'argomento della « *fortune considérable* » della dama nel rapporto di proporzione fra spesa e vantaggi, v. nota al caso Bardet n. 4°.

BARDET cr. FABRIQUE de SAINT-MARTIN

Cour de Cassation Française, Chambre des Requêtees, 14 avril 1863. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1863, I, p. 402.
(la sentenza è riferita testualmente)

Par acte privé du 9 juin 1857, le sieur Gousset-Cochois, fondeur, s'est engagé envers la fabrique de l'église de Saint-Martin de Clamecy et le sieur Bardet, à établir, pour le compte de la fabrique, une sonnerie de trois cloches, et à rétablir, en outre, l'ancienne sonnerie, dans son état primitif. Le sieur Bardet, agissant, était-il dit dans l'acte, comme donateur et bienfaiteur, y déclarait prendre à sa charge personnelle, la fonte d'une cloche du poids de 2.650 kilog., à raison de 3 fr. 50 le kilog.

Le prix total de la sonnerie s'éleva à la somme de 15.605 fr., dont le sieur Gousset-Cochois poursuivit le payement contre la fabrique. Celle-ci mit en cause le sieur Bardet, concluant à ce qu'il fût tenu de la garantir jusqu'à concurrence de 11.925 fr. prix des 2.650 kilog. de métal qu'il s'était engagé à payer. Le sieur Bardet prétendant que, dans le rétablissement de l'ancienne sonnerie, le sieur Gousset-Cochois n'avait pas rempli ses engagements, refusa de participer à l'oeuvre qui faisait l'objet de l'acte privé du 9 juin 1857, et demanda en droit la nullité de cet acte, par le motif qu'il présentait tous les caractères d'une donation nulle: 1° comme non faite dans la forme authentique; 2° à défaut de déclaration d'acceptation expresse et d'autorisation du gouvernement (c. nap. 910 et 937). La fabrique a répondu que le traité litigieux constituait entre toutes les parties un contrat commutatif non soumis à la condition d'authenticité ni à l'acceptation et à l'autorisation prescrites par les dispositions précitées.

Le 3 mai 1861, jugement du tribunal de Clamecy, qui décide que

l'obligation contractée par le sieur Bardet est une véritable donation, et en prononce la nullité pour défaut d'authenticité, d'acceptation formelle de la part de la fabrique, et d'autorisation du gouvernement.

Mais, sur l'appel de la fabrique de Saint-Martin, arrêt infirmatif de la cour de Bourges, du 12 février 1862, qui, après avoir accueilli l'action du sieur Gousset-Cochois contre la fabrique, condamne la veuve du sieur Bardet, alors décédé, à indemniser celle-ci jusqu'à concurrence de 11.925 fr., montant de son engagement. Cet arrêt est ainsi motivé: « En ce qui touche le caractère essentiel et prédominant de l'acte du 9 juin 1857: - Considérant qu'on ne saurait assimiler à une donation pure et simple un contrat qui contient des obligations réciproques telles qu'elles se forment au traité, ni considérer les obligations stipulées comme objet secondaire du contrat et purement accessoires à une donation proprement dite; - Mais que, dans l'espèce, entre Bardet qui stipule, conjointement avec la fabrique et le maire de Clamecy d'une part, vis-à-vis de Gousset-Cochois, fondateur de cloches, d'autre part, pour procurer le rétablissement de l'ancienne sonnerie de l'église, il n'intervient manifestement qu'un contrat purement commutatif par lequel les uns s'obligent à payer le prix de l'oeuvre que l'autre s'oblige à livrer; - Qu'à un autre point de vue et au respect de la fabrique, quelque part qu'on fasse à la pensée de bienfaisance qui pouvait l'animer, Bardet ne faisait rien moins qu'une offrande désintéressée; qu'il stipulait non pas même pour une sonnerie quelconque, au gré, selon les possibilités et les convenances de la fabrique et de la mairie, sans autre but que l'intérêt général, mais uniquement pour le rétablissement, dans des conditions spéciales et singulièrement onéreuses, de l'ancienne sonnerie de la paroisse telle qu'il la rêvait dans les vagues réminiscences de son jeune âge, telle qu'il la lui fallait et qu'il la voulait pour la satisfaction de sa fantaisie ou la vanité du millionnaire, souscripteur généraux, si l'on veut, et non sans quelque mérite dans sa large participation à une oeuvre d'utilité publique, mais n'en faisant pas moins sa propre affaire, et imposant ses exigences personnelles pour prix de son concours; qu'un tel engagement, à le bien apprécier, constitue donc principalement, même entre Bardet

et la fabrique, un contrat commutatif et intéressé, lequel a été dûment formulé en l'acte du 9 juin 1857, et auquel demeurent complètement étrangères les formalités, solennités et règles concernant les donations; - Considérant que si, pour se soustraire à l'autorisation du chef de l'Etat et à un contrôle aussi nécessaire dans l'intérêt des familles, certains donateurs tentaient de déguiser au profit de certains établissements, sous la forme de contrats commutatifs, des véritables donations, il appartient au juge d'apprécier et qualifier les actes selon la réalité des intention et du fait; et sans entraver, à raison de l'abus possible, une faculté légitime, l'abus constaté et les simulations illicites trouveraient leur répression dans la sévérité des tribunaux... ».. L'arrêt considère ensuite, en fait, que le traité du 9 juin 1857 a reçu de la part du sieur Gousset-Cochois sa complète exécution. En conséquence, infirmant le jugement de première instance, il condamne la fabrique à lui payer la somme de 15.605 fr., et la veuve du sieur Bardet, à indemniser la fabrique jusqu'à concurrence de 11.925 fr.

Pourvoi de la veuve Bardet: 1° Fausse application des artt. 1104, 1105 et 894 c. nap., et par suite violation de l'art. 931 du même code, en ce que l'arrêt attaqué a considéré l'acte du 9 juin 1857 comme un contrat commutatif susceptible d'être fait par acte sous seing privé, bien que le sieur Bardet n'ait rien reçu de la fabrique comme équivalent de l'engagement par lui contracté dans l'intérêt de celle-ci, et qu'ainsi cet engagement fut une véritable libéralité, soumise à la condition d'authenticité prescrite par l'art. 931 précité.

2° Violation des artt. 910 et 937 c. nap., en ce que l'arrêt attaqué a ordonné l'exécution au profit de la fabrique d'une libéralité non acceptée régulièrement après décret impérial autorisant cette acceptation.

ARRÊT

La Cour. — Sur le premier moyen: Attendu que l'art. 931 c. nap. ne prescrit pas la forme authentique que pour les donations entre-vifs, telles qu'elles sont définies par l'art. 894, même code; - Attendu que, dans l'espèce, il s'agit, non d'une libéralité de cette nature, mais

d'un contrat commutatif; - Attendu que, d'après l'art. 1104 c. nap., le contrat est commutatif, lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle; — Attendu que la demanderesse ne conteste pas que l'acte du 9 juin 1857 ne renferme un contrat commutatif entre Bardet et Gouset-Cochois, fondateur de cloches, chargé de la restauration de l'ancienne sonnerie de l'église de Saint-Martin de Clamecy; - Attendu que la convention présente le même caractère entre le sieur Bardet et la fabrique; que les faits constatés par l'arrêt attaqué ne permettent aucun doute à cet égard; que vainement on objecte que Bardet n'a point reçu, par l'acte du 9 juin 1857, l'équivalent de la somme qu'il s'était engagé à fournir pour l'établissement de la sonnerie de Saint-Martin; - Attendu qu'il n'appartient qu'à la partie qui stipule d'apprécier si la convention lui attribue l'équivalent de ce qu'elle donne; que, dans la cause, l'arrêt déclare que Bardet, possesseur d'une fortune considérable, n'avait consenti à concourir au rétablissement de la sonnerie qu'en imposant à la fabrique des conditions onéreuses, dans le but unique de satisfaire son caprice, sa fantaisie ou sa vanité; que, dans de telles circonstances, l'arrêt attaqué a pu, sans violer aucun des articles invoqués par le pourvoi, décider que l'acte du 9 juin 1857 réunissait les caractères essentiels des contrats commutatifs, et que, par suite, la forme authentique n'était pas nécessaire à sa validité.

Sur le deuxième moyen: Attendu que la demanderesse reproche à la décision de la cour de Bourges d'avoir violé les artt. 937 et 910 c. nap., en ordonnant l'exécution de l'acte du 9 juin 1857, bien que la libéralité contenue dans cet acte n'eût pas été régulièrement acceptée, après l'autorisation prescrite par les artt. 910 et 937 précités; - Attendu que ce moyen est manifestement contredit par les constatations de l'arrêt attaqué; qu'on y lit, en effet, que le traité du 9 juin 1857 a été ratifié par les autorisations administratives les plus régulières; - Attendu, en droit, que, dès qu'il est reconnu que l'acte de 1857 renferme un contrat commutatif, il en résulte qu'il était affranchi non-seulement de la forme authentique, mais encore des l'acceptation solennelle et

de l'autorisation du gouvernement, alors même que les sacrifices faits par Bardet constitueraient, dans une certaine mesure, une libéralité envers la fabrique de Saint-Martin. Par ces motifs, rejette, etc.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I, §§ 7, 8, § 9, specie note 4, 10 e 11, § 10, specie *sub c* et *e*, § 11 *sub e*, § 12 *sub a*, § 13 *sub b*, § 19 *sub d*.

E' questo un caso molto interessante e altrettanto delicato, sul quale richiamiamo l'attenzione del lettore.

1°) Bardet aveva promesso alla Fabbrica o di rimborsarle la spesa della campana (qualora il fonditore ne avesse ottenuto dalla Fabbrica il pagamento) o di pagare il fonditore. Anche in quest'ultimo caso, pagato il fonditore, il problema della donazione e delle relative forme poteva sorgere, nonostante la dottrina francese sulla donazione manuale (v. vol. I, § 38); e ciò perchè Bardet, prima di pagare il fonditore, aveva sollevato l'eccezione di nullità della pretesa donazione, manifestando in tal modo il suo intento di pagare, comunque, sol perchè costretto nei confronti del fonditore, senza quindi l'intento di donare all'atto del versamento della somma e col conseguente diritto di ripeterla dalla Fabbrica. Nel diritto italiano la donazione manuale potrebbe essere nulla, anche in presenza dell'intento di donare (v. vol. I, § 38).

2°) Le sentenze della Corte di Bourges e della Cassazione, ad escludere la figura della donazione, argomentano dall'esistenza di una controprestazione, da parte della Fabbrica, controprestazione rappresentante:

a) una spesa « *spéciale et singulièrement onéreuse* » per la Fabbrica, che non avrebbe fatto quella spesa, se avesse dovuto decidere « *à son gré, selon ses possibilités et ses convenances* ».

b) un interesse speciale, sia pure non economico, per Bardet.

c) una controprestazione accompagnata dall'intento, o « *causa* », *prédominant* di scambio.

3°) L'argomento di che al n. 2 *sub a*, *preso in sè e per sè*, concerne la responsabilità per aver determinato, mediante una promessa di rimborso o simili (v. *sub 1°*), una persona a fare una spesa, che altrimenti essa non avrebbe fatta. Su questo punto rinviamo a quanto se ne è detto in nota al caso Cattaneo-Milesi.

Ma le sentenze del caso Bardet non si sono sentite di adottare questo argomento in *sè e per sè*.

Esse, adottando anche l'argomento di che al n. 2 *sub c* e quasi combi-

mandolo col primo, hanno considerato la spesa o l'operato della Fabbriceria come una controprestazione a favore di Bardet per l'interesse *speciale*, sia pure non economico, che questi vi aveva. Nell'ordine di idee della *civil law* (per la *common law* v. vol. I, § 30 *sub a*), il semplice fatto di aver compiuto una spesa altrimenti non voluta non potrebbe rappresentare una controprestazione: v. la nota al caso Cattaneo-Milesi.

In realtà nella *civil law* i due argomenti o fondamenti di responsabilità, quello di che al n. 2 *sub a*, preso in se e per se, e quello della controprestazione, non sembra si possano combinare; ma sembrano essere piuttosto distinti e stare in via alternativa.

E in definitiva le sentenze del caso Bardet si pongono nell'ordine di idee di un contratto commutativo (innominato). Sotto questo profilo, prescindendo cioè dal « sacrificio » consistente nel fare una spesa che senza la promessa di Bardet non si sarebbe fatta (sulla natura di questo sacrificio v. la nota al caso Cattaneo-Milesi), ci si può domandare in che consista la controprestazione della Fabbriceria. Essa sembra consistere in un *facere*, e cioè: nel procurare la speciale campana voluta da Bardet e nell'ammetterla o inserirla nella soneria per trarre il suono e compiere in genere l'opera eccitanti la *rêverie*, la *fantaisie* e la *vanité* di Bardet. In corrispettivo sarebbe rimasta alla Fabbriceria la campana. Da questo punto di vista, il fatto che la speciale campana non rappresentasse il « bisogno » della Fabbriceria, o che questa non dovesse o non intendesse compiere tale spesa secondo i suoi scopi o le sue funzioni, questo fatto gioca non per fondare una responsabilità di Bardet analoga a quella del caso Cattaneo-Milesi o simili ma per dimostrare che l'intento delle parti non era diretto ad una donazione, bensì ad un contratto commutativo, tale anche da un certo punto di vista oggettivo. Dona chi promette una somma per acquistare una cosa o fare un'opera rappresentanti il fabbisogno del promissario o che questi vuol acquistare o fare, anche se il promittente ha in ciò un interesse particolare (v. sul punto il caso De Mailly). Invece, se io ti induco, con la promessa del rimborso, ad acquistare una cosa o fare un'opera che non rappresenta il tuo fabbisogno, e ciò per l'interesse che io ho nell'opera stessa, il contratto è commutativo o di scambio. Questo sembra essere il ragionamento delle sentenze nel caso Bardet (ma, in quest'ordine di idee, probabilmente non ha più importanza il distinguere fra il caso in cui si prometta il rimborso della spesa per la campana, e il caso in cui si dia o prometta direttamente la campana stessa).

Non è chi non veda come il cennato ragionamento o criterio sia assai delicato e di incerta applicazione: e ciò per le difficili questioni (di fatto)

sul concetto di «fabbisogno» nel caso concreto, in relazione all'interesse rispettivo delle parti nell'opera, e sulla proporzione fra i due interessi; questioni che, nonostante il criterio soggettivo adottato dalle sentenze (v. infra *sub* 6°), vengono ad influenzare, più o meno direttamente, il problema della donazione o del contratto commutativo e del c.d. intento o causa principale e secondaria.

Si pensi al caso di chi, volendo sentir suonare su un buon strumento un violinista che sta nella casa di fronte, gli dia all'uopo un violino di marca, o gliene prometta il rimborso se l'acquista, con o senza l'impegno pel violinista di suonare in certe ore del giorno. Si può assimilare questo caso al caso Bardet?

Per altre incertezze v. infra *sub* 4°.

E non è soltanto questione di campane o di violini! Il caso Bardet involve uno dei problemi più gravi in casi praticamente importanti e frequenti. I cosiddetti «*donateurs et bienfaiteurs*», nel promettere danaro, magari ad un ente morale, per soddisfare la *vanité, fantaisie* o *caprice du millionnaire* o altri più o meno consistenti interessi, sogliono imporre all'ente di compiere un'opera con certe caratteristiche e con un certo ammontare di spesa, e dettano progetti o direttive, mentre l'ente morale accetta tali ingerenze e le relative maggiori spese, anche se non conformi al suo «fabbisogno», perchè in definitiva gli resta il vantaggio dell'opera a spese altrui, cioè perchè... paga il benefattore!!!

E molto spesso il pagamento di tutto o parte della somma promessa deve avvenire ad opera compiuta o inoltrata (ma il risultato pratico è lo stesso, se il benefattore potesse ripetere le somme date come donazioni manuali nulle: v. vol. I, § 38 *sub a*).

Il principio della responsabilità per aver determinato altri a fare una spesa non rientrante nel suo fabbisogno, con i tre adattamenti menzionati nella nota introduttiva alla sez. III e in nota al caso Cattaneo-Milesi, non sarebbe più semplice e più idoneo a rendere giustizia in simili casi? Ben inteso, purchè il principio o i relativi adattamenti siano applicabili nella *civil law*. Questa soluzione parrebbe anche l'obiezione della funzione della forma notarile a protezione del promittente e della famiglia, poichè quella responsabilità sarebbe analoga a quella extracontrattuale per aver causato un pregiudizio, anche se essa può portare al mantenimento della promessa quando non vi sia altro modo di rendere giustizia.

Comunque, poichè le sentenze del caso Bardet tengono presente anche questo fatto dell'aver la Fabbrica fatto una spesa fuor del fabbisogno, resta da sapere come avrebbero esse deciso, qualora la Fabbrica non si fosse esposta con la spesa o non vi si fosse obbligata verso il fornitore, ma

il solo Bardet si fosse obbligato direttamente verso questi o avesse dato alla Fabbricera la campana (v. vol. I, § 17, § 38 *sub a* e § 27 ad nota 4). Avrebbero le sentenze adottato il principio del caso De Mailly-Chalon, ammesso che in questo caso la sola *dame* De Mailly si fosse obbligata verso i fornitori?

4°) Il Dalloz, in una nota redazionale, richiama e accentua le seguenti frasi della sentenza: che Bardet aveva imposto delle condizioni: « *dans le but unique de satisfaire son caprice, sa fantaisie ou sa vanité* »; e « *qu'il n'appartient qu'à la partie qui stipule d'apprécier si la convention lui attribue l'équivalent de ce qu'elle donne* ». - *Dans une pareille hypothèse en effet, la stipulation faite par le souscripteur de l'engagement et contre laquelle cet engagement a été consenti, échappe à toute estimation en argent. Il est donc impossible de déterminer la valeur respective de la somme promise et des charges qui en sont alors la condition et la cause. - Quand il s'agit de charges appréciables en argent, c'est, au contraire, d'après l'importance de ces charges comparée à la valeur de l'objet donné que l'acte doit recevoir la qualification d'acte à titre gratuit ou d'acte à titre onéreux. Les règles établies à cet égard sont rappelées Jur. gén., disp. entre-vifs et test., n. 1291, et Obligat., n. 70* ».

Quest'opinione del Dalloz non corrisponde all'ordine di idee e alla motivazione delle sentenze nel caso Bardet.

Come abbiamo già avuto occasione di dire, (v. vol. I, § 10, *sub c*), tale opinione è ispirata al bisogno di certezza; ma è esattamente l'opposto della corrente tradizionale che si riassume in Pothier e che è, pur essa, ispirata a quel bisogno, oltre che alla protezione del promittente e della famiglia (v. vol. I, § 10 *sub b*).

Per risolvere quell'incertezza sulla causa principale e secondaria, le sentenze del caso Bardet, pur riconoscendo che non manca un certo elemento di liberalità, ricorrono anche all'argomento della spesa non rispondente al fabbisogno della fabbrica e che altrimenti non si sarebbe fatta senza la promessa di rimborso (v. sopra n. 3). Ma incertezze sorgono ancora circa la protezione del promittente e della famiglia, quando la controprestazione non sia valutabile in danaro; tanto che le sentenze accennano al fatto che Bardet era « *possesseur d'une fortune considérable* » (v. anche il caso De Mailly), accenno che sembra riferirsi ad un concetto di proporzione rispetto alla somma promessa da Bardet e che sembra collegarsi alla preoccupazione di colpire i tentativi di « *certaines donateurs de déguiser au profit de certains établissements, sous la forme de contracts commutatifs, des véritables donations* » (su questo passo interessante v. vol. I, § 12 *sub a*

in principio). Ma l'argomento della « *fortune considérable* » potrebbe proprio ritorcersi in una prova dell'intento o causa di donare.

5°) Un'altra osservazione importante. Le sentenze del caso Bardet, come nel caso Reverchon, pongono il problema dell'esistenza, o meno di una donazione nel classico dilemma: donazione o contratto innominato di scambio (sia pure secondo i criteri della giurisprudenza francese: v. vol. I, § 10 sub c). In quest'ordine di idee « *caprice, fantaisie, vanité* » sono qualifiche dell'interesse alla controprestazione (cioè all'elemento dello scambio) come interesse non economico; ma non si pongono come interessi che per sè, anche indipendentemente da una controprestazione, possano dar luogo ad una « causa » diversa dalla *causa donandi*, come pur è stato detto estendendo il concetto ai *simples désirs de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse ecc.* (v. vol. I, § 9 ad nota 10).

Sicchè, quando si interpreta il caso Bardet in questo secondo senso, come pur si è fatto, si compie un certo salto (v. i casi: Bresson, De Mailly e vol. I, § 9 specie ad note 4, 10 e 11).

6°) La sentenza della Cassazione, per vincere l'obiezione della mancanza di un equivalente economico, afferma che « *il n'appartient qu'à la partie qui stipule d'apprécier si la convention lui attribue l'équivalent de ce qu'elle donne* ». Corrisponde tale affermazione al principio dell'irrelevanza dell'*adequacy* (oggettiva) nella *common law*? V. vol. I, § 26 sub e e 30 sub a. Oppure nella sentenza ha importanza pratica la riserva che tale irrilevanza sussiste soltanto in quanto l'intento delle parti — mero *motive* per la *common law* — sia diretto, almeno in linea principale, ad uno scambio?

7°) Fin qui il caso Bardet è stato esaminato nell'ordine di idee della giurisprudenza francese. Come si risolverebbe il caso stesso secondo le direttive dominanti nella giurisprudenza italiana?

8°) Come si inquadra il caso Bardet nel problema della donazione ad un ente morale, secondo la giurisprudenza francese e quella italiana? v. vol. I, § 10 sub e et § 12 sub a. Si confronti il caso Bardet coi casi Cadeo-Fabbricceria di Chiari ed altri nella sez. II del presente capitolo.

Si tenga presente che, a differenza del caso Reverchon, le sentenze del caso Bardet sembrano non dare peso all'argomento della partecipazione di Bardet all'utilità generale o comune derivante dall'opera; ma danno peso al vantaggio o interesse speciale di Bardet (v. anche il caso De Mailly).

9°) Com'è noto, la *common law* taglia corto sulle difficili distinzioni e questioni di che sopra sub 2, 3 e 4, (v. vol. I, §§ 26 e 30, nonchè i casi Hamer v. Sidway, Devecmon v. Shaw e altri simili). Basta il fatto che Bardet abbia *richiesto* alla Fabbricceria di fare una *data* spesa, pro-

mettendo il rimborso, per far sorgere l'obbligazione di rimborsarla. Cosa pensa il lettore di questa semplificazione?

La promessa (non formale) di dare direttamente la campana sarebbe valida nella *common law*?

10°) Per concludere: poichè l'impostazione dei problemi e la relativa discussione, da noi offerte pel caso Bardet, non intendono essere esclusive, cosa pensa di esse il lettore?

DAVID cr. COMMUNE DE VAISON

Cour de Nîmes, 22 janvier 1890. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1891, 2, 113.
(la sentenza è in parte parafrasata, in parte riferita testualmente)

Anne Louise Guillaume, di cui Mr. David era successore, mediante atto pubblico del 26 gennaio 1856, aveva fatto « donazione » al Comune di una casa « à la condition d'y fonder et entretenir une école congrégationiste et de payer le traitement des frères ». La condizione era assoluta e così recitava: « À défaut d'accomplissement aux conditions ci-dessus stipulées, la présente donation sera resolue de plein droit; de même si par un événement quelconque provenant du fait de la Commune, la propriété donnée cessait d'être affectée à la destination pour laquelle elle a été donnée ».

Sopravvenne una legge del 30 ottobre 1886 che vietava ai Comuni di mantenere delle scuole congregazioniste.

Sorse allora la questione circa l'esistenza di una vera e propria donazione a proposito dell'applicabilità dell'art. 900 cod. civ. francese, secondo il quale la condizione contraria alla legge (intendi, la citata legge 30-10-1886) si reputa non scritta e la donazione resta valida.

La Corte ritenne che non si trattava di una vera e propria donazione, nonostante la qualifica data all'atto dalle parti; e ciò pei motivi seguenti:

« Attendu que la création de l'école spécifiée dans l'acte du 26-1-1856 a été non seulement la condition de la donation, mais encore l'objet et le but essentiel du contrat, et que celui-ci a cessé désormais d'avoir une cause; - Attendu que si on fait abstraction de la forme du dit acte, on ne peut le considérer comme contenant une libéralité

même conditionnelle au profit de la Commune; - Que dans la réalité l'objet de ce contrat c'est l'engagement pris par chacune des parties de concourir à une fondation dans des proportions à peu près égales, le revenu de l'immeuble pouvant être évalué à une somme voisine du traitement qui a été servi par la Commune aux maîtres, la dite fondation devenant impossible pour cela que la Commune ne voudrait ou ne pourrait fournir le concours par elle dû.

Attendu que l'art. 900 c. civ., placé sous la rubrique des dispositions à titre gratuit, ne pourrait dans aucun cas s'appliquer à des semblables conventions, lesquelles doivent être régies à ce point de vue par l'art. 1172 etc. ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10, sub c et e; § 12 sub a; § 13 sub b e § 38 sub a.

Questo caso, come altri, mostra a quali sottili discussioni possa dar luogo il problema del contratto commutativo, uno dei problemi centrali.

La lite insorse, come s'è detto, a proposito dell'applicabilità dell'art. 900 c. civ. francese. Ma (per quanto la questione di specie sia stata risolta con altri mezzi dalla successiva giurisprudenza francese) i criteri adottati dalla sentenza varrebbero anche a risolvere il problema della validità di un atto non rivestito delle forme della donazione, cioè il detto problema centrale del contratto.

Il Planiol, in una nota nel *Dalloz*, *op. et loc. cit.* così commenta il caso David.

« Le caractère gratuit ou onéreux de l'acte... dépend de la réciprocité des prestations ou des engagements que les parties échangent... Vérifiez la valeur des patrimoines des deux parties avant et après l'opération; dans des conditions normales vous devez trouver le même chiffre... Si cette réciprocité fait défaut, c'est à dire, si l'une des parties donne ou fait quelque chose sans rien recevoir en retour, l'acte est à titre gratuit.

Peu importe que la personne ainsi gratifiée se trouve engagée dans des dépenses nouvelles... même si celles-ci dépasseraient de beaucoup la valeur reçue...: exemple: je vous donne 500 fr. pour vous aider à faire un voyage que vous désirez faire et qui vous coûtera 1000, mais à la condition que vous fassiez le voyage... Dans le cas où le bénéfice de la charge reste au donataire... l'acte est réellement gratuit, et il conserve son caractère de libéralité alors même que le montant des valeurs reçues ne suffirait pas à

faire face entièrement aux frais causés pour l'exécution de la charge... C'était justement ce qui avait lieu dans l'espèce. Un particulier avait offert un bien à une Commune à la condition de l'employer à un usage déterminé par lui, et il se trouvait que cet usage était un service public rentrant dans la mission ordinaire de la Commune. Il avait donc mis sa fortune personnelle au service des intérêts généraux dont la Commune est chargée: et il l'avait aidée et lui avait permis d'employer ailleurs ses ressources disponibles, et cela sans exiger d'elle ni intérêt, ni retribution d'aucune sorte ».

Quanto all'argomento della sentenza che il concorso delle due parti nella fondazione era pressochè uguale, il Planiol osserva: « *Cette égalité des charges était une pure coïncidence de fait... On prétend trouver là une sorte d'association, de concours vers un but commun. Cela serait vrai si le particulier avait conservé la propriété de son immeuble, pendant que la Commune faisait les frais nécessaires annuellement pour l'entretien de l'école. Mais ce n'était pas ce qui s'était passé. L'école appartenait toute entière exclusivement à la Commune. Il y avait eu transfert de propriété... etc.* ».

Il Planiol accoglie, dunque, l'opinione tradizionale e seguita dalla dominante giurisprudenza italiana, ma non da quella francese: v. vol. I § 10 *sub b et c*, i casi francesi precedenti, nonchè Cavezzali cr. Comune di Crespiatica e Finanze cr. Gentile (per la critica del concetto di contratto oneroso del Planiol, v. tuttavia il nostro vol. I § 13 *sub b*).

Secondo il Planiol, l'istituzione e il mantenimento di quella data scuola (religiosa) rientravano nella *mission ordinaire* del Comune; v. vol. I § 10 *sub e* et § 12 *sub a*.

Ma prescindiamo dal problema della donazione ad un ente morale o ammettiamo che quella scuola non rientrasse nella *mission ordinaire* del Comune; e esaminiamo il caso, come fa la sentenza, dal punto di vista di un contratto sinallagmatico.

Bisogna supporre che il beneficiario della scuola non sia una delle parti contraenti. In tal caso si avrebbe veramente un contratto con impegni o prestazioni reciproci per creare e mantenere un'opera a beneficio di un terzo (v. il caso Mazzucchelli cr. Saluzzo). E allora, contro il ragionamento della sentenza, poco importerebbe che le due prestazioni siano o meno equivalenti, perchè nessuna delle parti contraenti ne trarrebbe vantaggio.

La soluzione, cioè, sarebbe la stessa: sia che la Signora Guillaume avesse dato la proprietà della casa per adibirla in perpetuo a scuola; sia che ne avesse dato all'uopo il godimento; sia che avesse dato la proprietà

della casa per destinare *tutte* le rendite in perpetuo ad istituire o mantenere altrove la scuola, s'intende con un ulteriore contributo da parte del Comune. Soltanto se *non tutte* le rendite avessero dovuto essere a ciò destinate, ma la sola parte di esse all'uopo necessaria, potrebbe aver rilievo l'equivalenza fra le due prestazioni, in considerazione sia di un contratto aleatorio, sia di una donazione *cum onere*, in relazione anche all'intento delle parti: v. vol. I § 10 *sub b*, 1°: v. anche il caso Bresson.

Senonchè tutto questo ragionamento presuppone che il beneficiario della scuola non fosse una delle parti contraenti. Ma in realtà lo era, in quanto la scuola andava a beneficio del Comune, come collettività totale o parziale degli abitanti.

Da questo punto di vista, anche se quella data scuola non rientrava nella *mission ordinaire* del Comune o nel suo fabbisogno o funzione ordinaria, si aveva pur sempre una gratuità a favore del Comune, sia pure una gratuità che, per esser utilizzata, importava una maggior spesa da parte del Comune (v. l'esempio, dato dal Planiol, di una promessa o dazione di somma per un viaggio che comporta una spesa maggiore di questa somma). E allora, per escludere nell'atto il carattere di donazione, non resterebbe che far ricorso all'argomento del caso Reverchon o a quello di che al vol. I § 9 nota 10. L'argomento del caso Mailly soccorrerebbe soltanto, se si volesse vedere nel carattere religioso della scuola da istituire un interesse o vantaggio speciale (non economico) della Signora Guillaune.

Al di fuori di questi argomenti, una responsabilità del promittente o del dante (che voglia ripetere il *quid* dato per difetto di forma) non si può fondare che sui motivi illustrati in nota al caso Cattaneo-Milesi (v. anche nota al caso Bardet *sub 3°*), o in genere su quelli della *reliance*, con gli opportuni adattamenti alla *civil law*, quando l'onere sia stato eseguito; v. nota introduttiva alla precedente sez. III. Sotto questo profilo, qualora la continuazione della scuola non sia possibile, come nel caso David, il beneficio già ricevuto dal Comune non si potrebbe ripetere, ma cadrebbe il contratto per quanto concerne il futuro. A questa soluzione sembra contrario il Planiol nella nota surriferita.

Come si risolverebbe il caso David nella *common law*? si deve naturalmente supporre che si trattasse di una promessa non formale o di un *transfert* non formale della casa: v. vol. I § 38 *sub c*, nonchè il caso Allegheny College. Quanto all'esempio della promessa di una somma per un viaggio, v. il caso Devecmon v. Shaw.

Per quanto concerne lo specifico problema risolto nella sentenza (applicabilità dell'art. 900 c. civ. francese), si noti che l'attività richiesta al Comune costituiva probabilmente l'oggetto di un c.d. condizione impro-

pria o « causa » (v. vol. I § 10 *sub a*), più che un *engagement* (come dice la sentenza). La questione specifica è stata risolta dalla giurisprudenza francese successiva, nel senso che, pur trattandosi di donazione, l'art. 900 non è applicabile, in quanto esso non si riferisce alla c.d. condizione che sia in realtà « causa » della donazione.

LAPEYRE époux cr. COMMUNE d'URRUGNE

Cour de Cassation Française, Chambre Civile, 19 juillet 1894. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1895, I, p. 125.

(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

La Cour d'appel de Pau a rendu, le 27 février 1893, l'arrêt suivant:

Sur la revendication du sol de l'église et dépendances et les conclusions de l'appel incident: Attendu que les consorts Lapeyre n'ont soutenu devant la cour l'appui de cette prétention que par le moyen tiré de ce que l'abandon de ce terrain par leur auteur aurait le caractère d'une donation, et qu'il n'en aurait pas été passé acte devant notaire, conformément aux prescriptions de l'art. 931 c. civ.; - Attendu que les premiers juges établissent péremptoirement dans les motifs de leur décision le caractère commutatif et onéreux du contrat intervenu en 1855, entre Jean Légarvalde et la commune d'Urrugne, par lequel cette dernière assumait des charges au moins équivalentes à la valeur du terrain cédé; d'où il résulte que la nullité édictée par l'art. 931 c. civ. ne saurait trouver d'application dans l'espèce; qu'il y a lieu de confirmer sur cette partie de la demande le jugement attaqué en adoptant les motifs; (*omissis*).

Pourvoi en cassation par les époux Lapeyre pour: 1°) Violation des artt. 894, 931, 1105 et 1106 c. civ., en ce que l'arrêt attaqué a refusé de prononcer la nullité de la donation faite à la commune d'Urrugne par le sieur Jean Légarvalde, en 1855, sous prétexte qu'il s'agissait d'une convention à titre onéreux, non astreinte aux formalités des donations (*omissis*).

ARRÊT

La Cour. — Sur le premier moyen: Attendu que l'arrêt constate, en fait, que si Jean Légarvalde, auteur de la dame Lapeyre, a cédé à

la commune d'Urrugne, en 1855, une certaine étendue de terrain pour y construire une église, cette cession a été opérée dans les conditions d'un contrat à titre onéreux; — Que Légarvalde, en effet, l'a consentie principalement en vue d'avantages équivalents qu'il attendait de la construction projetée, et, notamment, en perspective de la plus-value que devaient acquérir d'autres terrains lui appartenant; - Que, d'autre part, la commune, en acceptant cette cession, a assumé des charges qui sont, pour le moins, équivalentes à la valeur de ce qu'elle a reçu; - Que, dans ces circonstances, en décidant que la forme authentique n'était pas nécessaire à la validité de la cession dont s'agit, l'arrêt n'a violé aucune loi; - Rejette le moyen.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10 *sub b, c, et e*; § 12 *sub a*; § 38 *sub a*.

1°) La proprietà della chiesa, a quanto pare, apparteneva al Comune, cui era ceduta l'area. Che importanza avrebbe il fatto che, invece, la chiesa dovesse appartenere ad altro ente? V. nota al caso Mazzucchelli.

2°) Qual'è il valore della citazione degli artt. 1105 e 1106 cod. civ. francese (concernenti la distinzione fra *contrats de bienfaisance* e *contrats à titre onéreux*) rispetto al problema della *donation avec charges*?

3°) Che importanza avrebbe, sempre nell'ambito della giurisprudenza francese, il fatto che, in ipotesi, la costruzione della chiesa rientrasse fra i compiti o le *missions ordinaires* del comune? V. nota al caso David.

4°) Rispetto al problema di che *sub* 3°, che importanza avrebbe, preso in sè, il fatto che il Comune abbia assunto delle *charges équivalentes* al valore del terreno ceduto? v. nota al caso David.

5°) Quale importanza ha, preso in sè, il fatto che Legarvalde si attendeva dei vantaggi economici equivalenti dalla costruzione progettata? V. vol. I § 9 nota 4.

6°) Se i due argomenti di che *sub* 4° e 5° erano per sè sufficienti, secondo la giurisprudenza francese, ad escludere l'idea della donazione, perchè la Cassazione li ha invocati entrambi? E perchè ha invocato il concetto di « causa principale », se v'era l'equivalenza di sacrifici e vantaggi? v. anche il quesito 2°

Nell'ordine di idee della giurisprudenza francese, non si sarebbe potuto risolvere più semplicemente il caso sulla base dello scopo principale di un vantaggio o aspettativa di vantaggio in Legarvalde, specie qualora

la costruzione della chiesa rientrasse nella *mission ordinaire* del Comune? v. vol. I § 9 nota 4 e 10 e il caso De Mailly.

7°) Si confronti il caso Lapeyre coi casi: Reverchon, De Mailly, David e Ville de Marseille, e se ne stabiliscano le analogie o le differenze, sia quanto alla situazione di fatto sia quanto alla motivazione delle rispettive sentenze.

8°) Fin qui il caso Lapeyre è stato esaminato nell'ordine di idee della giurisprudenza francese. Come si risolverebbe il caso stesso nell'ordine di idee della giurisprudenza italiana e quale risposta si darebbe ai quesiti precedenti? Si vedano nella sez. II i casi italiani coi quali il caso Lapeyre presenta analogie, nonchè la nota introduttiva alla precedente sez. III.

9°) Con particolare riguardo alla giurisprudenza italiana, si faccia l'ipotesi che un proprietario di edifici o di aree fabbricabili, interessato a che nelle vicinanze sorgano edifici aventi certe caratteristiche (ad es. ad uso negozi), che aumentano il valore di quelli, ceda ad altri un terreno senza prezzo, ma con «l'obbligazione» oppure con la «condizione» di costruire un edificio avente quelle caratteristiche. Si avrebbe allora donazione o contratto di scambio? Si dovrà distinguere a seconda della gravità del peso per il cessionario o a seconda che questi nelle trattative avesse o meno resistito ad accettare quel peso?

LEVY cr. GARNIER (avec intervention de la dame de BALZAC)

Cour d'Appel de Paris, 9 août 1871. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1872, II, p. 165.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

Le 13 janvier 1869, jugement du tribunal civil de la Seine, ainsi conçu:

Attendu qu'il résulte d'une lettre enregistrée, en date du 19 février 1857, que la veuve de Balzac a cédé à Dutacq le droit de publier les *Contes drolatiques* de Balzac avec des illustrations de Doré, sous la seule réserve de ses droits pour les éditions d'oeuvres complètes; - Que la réserve faite par la dame de Balzac dans des termes précis ne peut être étendue par voies d'interprétation; - Que les frais considérables nécessités par l'édition illustrée, le temps indispensable à l'éditeur d'ouvrages de ce genre pour rentrer dans ses avances, et

l'intention manifestée par le cédant de favoriser exceptionnellement le cessionnaire, ne permettent point de restreindre, contrairement au texte de la lettre, la cession qui a été faite; - Que le droit de publier les *Contes drolatiques* illustrés n'a point été limité à un seul tirage; qu'il est donc général et indéfini dans les termes de la lettre susvisée; - Que deux publications ont été faites, l'une in-8°, contenant l'ensemble des dessins de Doré, l'autre format in-12°, contenant un petit nombre seulement de ces dessins, servant de frontispice aux chapitres et sans importance artistique; - Que si l'édition in-8° rentre dans les termes de l'autorisation accordée, il n'en est pas de même de l'édition in 12°; - Que celle-ci n'est point en réalité une édition illustrée; que, par sa nature, son format et son prix, elle fait concurrence aux publications de Michele Lévy frères, cessionnaire de la dame de Balzac; qu'elle cause et a causé à ceux-ci un préjudice pour lequel réparation est due; - Que l'examen des livres, le relevé du nombre et du prix des exemplaires vendus permettraient seuls d'en déterminer l'importance; - Que le tribunal n'a point dans l'état les éléments nécessaires; - Qu'il y a lieu, en conséquence, d'interdire à Garnier frères la mise en vente de l'édition in-12° des *Contes drolatiques*, et de les condamner envers Michel Lévy à des dommages-intérêts à donner par état; - En ce qui touche la demande en garantie: Attendu que Simon Raçon, cessionnaire de Delahaye et de Dutacq, ne s'est point borné à céder à Garnier frères ses droits tels qu'ils pouvaient résulter de la lettre de la dame de Balzac; - Qu'il a, le premier, publié et mis en vente l'édition in-12°, dite illustrée; qu'il en a cédé à Garnier frères, sans faire de réserve, et moyennant un prix déterminé, les exemplaires demeurés en sa possession; - Qu'il est donc tenu de garantir Garnier frères du montant des condamnations prononcées contre lui à cette occasion au profit de Michel Lévy; - Par ces motifs, - Déclare Michel Lévy frères mal fondés dans leur demande en ce qui touche l'édition in-8° des *Contes drolatiques* de Balzac, illustrés par Gustave Doré. - Les en déboute; - Fait défense à Garnier frères de publier par voie de nouveau tirage l'édition in-12° des *Contes drolatiques illustrés*, ou d'en mettre en

vente les exemplaires subsistants; - Condamne Garnier frères envers Michel Lévy, pour le préjudice causé, à des dommages-intérêts à donner par état; - Condamne Simon Raçon à garantir et indemniser Garnier frères du montant des condamnations prononcées contre eux de ce chef, etc.

Appel par Lévy frères - Intervention de la dame de Balzac.

ARRÊT

La Cour. — En ce qui touche l'intervention de la veuve de Balzac: — Considérant qu'il s'agit au procès d'une contestation élevée sur la portée et les limites de la cession faite par la veuve de Balzac à Dutacq, représenté par ses ayants droits, pour la publication de l'ouvrage intitulé: *Contes drolatiques*, par de Balzac; - Que la veuve de Balzac n'a pas été représentée devant les premiers juges; qu'elle pourrait former tierce-opposition à la décision et qu'elle a droit d'intervenir en appel comme ayant un intérêt matériel éventuel à la solution des questions débattues devant la cour; - Déclare l'intervention de la veuve de Balzac recevable;

Et, statuant au fond à l'égard de toutes les parties: Considérant que par lettre enregistrée, produite au procès, la veuve de Balzac a cédé à Dutacq le droit de publier les *Contes drolatiques*, par de Balzac, à la condition d'y adjoindre des illustrations de Doré, et sous la seule réserve des droits qu'elle entendait transmettre à des tiers pour la publication des oeuvres complètes du même auteur; - Que si, d'après l'intention exprimée par la veuve de Balzac, cette cession était susceptible de rapporter à Dutacq certains avantages, elle pouvait, d'un autre côté, devenir onéreuse, à raison des frais considérables inhérents à une publication de ce genre; - Considérant que la lettre précitée ne limite pas le droit concédé à Dutacq à une seule édition, ni à un nombre déterminé d'exemplaires; qu'elle comporte par cela même la faculté pour Dutacq, ou pour ses ayants droit, de publier l'ouvrage en question aussi longtemps que les bois servant à l'illustration pourront être employés; qu'elle n'interdit pas à Dutacq de céder ses droits à des tiers; - Que, par conséquent, c'est justement

qu'il a été décidé par les premiers juges qu'il n'y avait pas lieu de faire défense à Garnier frères, cessionnaires médiats de Dutacq, de publier par voie de nouveau tirage l'édition in-octavo des *Contes drolatiques* de Balzac illustrée par Doré, ou d'en mettre en vente les exemplaires encore subsistants;

En ce qui concerne les conclusions additionnelles posées par la veuve de Balzac: Considérant que la cession contenue dans la lettre dont s'agit, si elle comportait pour Dutacq un bénéfice éventuel et rémunérateur, était subordonnée à des conditions onéreuses qui lui enlevaient le caractère d'une libéralité; - Que la veuve de Balzac est donc mal fondée à prétendre que cette cession constituait une donation, laquelle ne pouvait être réalisée que par acte notarié; - Que la nullité invoquée de ce chef par la veuve de Balzac ne peut d'ailleurs se concilier avec les conclusions principales, par lesquelles elle admet la validité de la cession, dans les limites d'une édition unique et sous la condition d'une forme déterminée; - Adoptant aus surplus les motifs des premiers juges, - Confirme.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 10 e § 38 *sub a.*

Il Dalloz, in una nota redazionale, così commenta il caso:

«La gratuité est un caractère essentiel de la donation entre-vifs, et l'on doit considérer comme à titre onéreux toute libéralité dont les charges dépassent ou égalent la valeur donnée. Il en est de même de toutes les conventions qui exigent des dépenses certaines de la part de l'acquéreur, et dont les bénéfices sont subordonnés à des éventualités plus ou moins douteuses. - V. Jur. gén., V^o Dispos. entre vifs et testam., nn. 1291 et suiv.

Questionario:

1^o) Dutacq (o suoi aventi causa) era obbligato a pubblicare l'edizione illustrata da Doré, oppure si trattava soltanto di una c.d. « condizione » (impropria) nel senso di cui al § 10 *sub a*? che importanza avrebbe nel caso la distinzione fra l'obbligazione e la detta « condizione » impropria? Non si potrebbe sostenere che, consistendo il sacrificio di Dutacq (o suoi aventi causa) nell'alea di non poter coprire le spese di edizione con le vendite, nel caso si fosse trattato di una c.d. condizione l'affrontare o meno tale alea dipendeva dalla sua volontà e dai suoi calcoli, sicchè non v'era in

realità alcuna alea come contropartita della cessione dei diritti d'autore?

2°) La nota del Dalloz si riferisce evidentemente al criterio di equivalenza fra due sacrifici (più che fra due vantaggi v. vol. I § 13 *sub b*), aventi entrambi carattere patrimoniale e perciò commisurabili: v. vol. I § 10 *sub b* 1°. Uno dei sacrifici può anche consistere in un'alea o spesa con vantaggio aleatorio. Conseguenze da ciò, come ne dice la nota del Dalloz, che un'alea qualunque può bastare ad escludere la donazione? o, specie se la spesa è modesta rispetto al *quid* ricevuto, può giocare in questo caso l'intento principale o secondario delle parti? v. anche l'ultima domanda nel quesito 1°.

3°) Nell'ordine di idee della giurisprudenza francese, non si potrebbe prescindere dal problema dell'esistenza d'una contropartita, e decidere il caso in base all'argomento del vantaggio o aspettativa di vantaggio (anche morale) che la Dame di Balzac si attendeva dall'edizione? v. vol. I § 9 note 4 e 10 e i casi De Mailly e Reverchon.

4) Come si deciderebbe il caso nella *common law*, specie con riguardo al 1° quesito? s'intende, pel caso di cessione non formale dei diritti d'autore: v. vol. I § 38 *sub c*.

5) Come si distingue il caso in esame dal caso Ranzato-Scarneo?

SPITALIERI de CESSOLES ès noms cr. HENN et HARGREAVES

Cour de Cass. française, Chambre des requêtes, 28 juin 1886. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1887, I, 55.

(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

La ville de Nice consacre chaque année des sommes importantes à des fêtes qui sont organisées et dirigées par un *comité des fêtes* composé d'amateurs; l'une de ces fêtes consiste dans des régates internationales qui ont lieu sous le patronage du Yacht-Club de France. Le programme de ces régates qui contient l'annonce d'un certain nombre de prix à décerner aux vainqueurs, renferme, en outre, une clause ainsi conçue: « Les décisions du comité, quelles qu'elles soient, sont sans appel, et les concurrents, par le seul fait de leur engagement, acceptent sa juridiction et renoncent à celle des tribunaux ». - En 1883, plusieurs concurrents s'étaient présentés. Le signal du départ a été donné mais irrégulièrement paraîtrait-il, et la course a eu lieu

sans qu'aucun signal ait été fait pour rappeler les bateaux qui y avaient pris part. Mais le comité des régates, invoquant le pouvoir que lui attribuait la clause précitée, a signifié aux sieur Henn et Hargreaves qui étaient arrivés l'un premier et l'autre second, que la course serait considérée comme nulle et que les prix ne seraient pas décernés. - A la suite de cette décision, les sieur Henn et Hargreaves ont assigné le président du comité des régates devant le tribunal de Nice, le premier en remise d'une somme de 6.000 francs, montant du premier prix, et d'une médaille en or offerte par le ministre de la marine, le second en remise d'une somme de 2.000 fr., montant du second prix, et d'une médaille en or. - Un jugement du 3 mars 1884 les a déboutés de leur demande par le motif que la décision du comité était sans appel aux termes du règlement accepté par les concurrents, et que ceux-ci, par leur acceptation, avaient renoncé à la juridiction des tribunaux. - Mais, sur l'appel interjeté par les sieurs Henn et Hargreaves, la cour d'appel d'Aix a réformé la décision des premiers juges et ordonné une enquête par un arrêt interlocutoire du 18 décembre 1884 ainsi conçu:

Attendu que le jugement dont est appel motivant tout d'abord le rejet de la demande des appelants sur une exception de chose jugée tirée de décisions rendues par le comité des régates de Nice, il convient, avant tout, d'examiner le mérite de ces moyens; - Attendu que les décisions invoquées ne sauraient avoir l'autorité de la chose jugée qu'autant qu'elles constitueraient une sentence arbitrale valable; - Attendu que ce caractère doit leur être refusé par divers motifs; (*omissis*).

Attendu en définitive que, en fait, il n'est nullement établi que des arbitres aient été nommés, que le litige actuellement soumis à la cour ait été l'objet d'un compromis, et que le comité des régates de Nice ait été constitué arbitre amiable compositeur pour statuer sur ce litige, ni encore moins qu'une sentence l'ait sanctionné, d'où il suit que, en fait comme en droit, l'exception de chose jugée n'est aucunement fondée et la juridiction des tribunaux est valablement saisie; etc.

Quant au fond, et sur le point de savoir si le départ a été régulier, la cour ne trouvant pas dans les documents du procès et dans les débats des éléments suffisants de conviction, a ordonné une enquête. A la suite de cette enquête est intervenu l'arrêt suivant du 7 juillet 1885:

Attendu que le contrat, intervenu entre le comité des régates proposant des prix, et les concurrents qui prétendent à ces prix, est un contrat commutatif; que s'il oblige le comité à décerner les prix à ceux qui auront rempli les conditions auxquelles leur obtention a été mise, c'est en échange des sacrifices que font les concurrents pour y arriver en fournissant une course à leurs frais, risques et périls; - Attendu, au surplus, que l'intimé ne serait pas moins tenu s'il avait promis une libéralité avec charges supportées; - Attendu qu'il est impossible d'admettre qu'il ait pu faire une promesse exécutable à sa volonté; - Attendu que les appelants ont rapporté la preuve offerte par eux, et à laquelle ils avaient été admis par l'arrêt interlocutoire du 18 décembre dernier; qu'il y a donc lieu de leur adjuger leurs conclusions principales;

Par ces motifs, condamne le comte Spitalieri de Cessoles en sa qualité de président du comité des régates de Nice, à payer, etc.

Pourvoi en cassation contre ces deux arrêts par le sieur Spitalieri de Cessoles agissant en la qualité de président des régates de Nice: 1° et 2°... (Sans intérêt).

3° violation des artt. 1003 et suiv., 1019 et suiv. c. pr. civ., 1102, 1103, 1104, 1106, 944, 1170, 1134 et 1351 c. civ., en ce que, après avoir, dans l'arrêt interlocutoire, considéré la réserve de juridiction attribuée au comité des régates comme un pacte commissoire nul par inobservation des textes spéciaux à l'arbitrage, la cour d'appel, saisie de conclusions qui légitimaient cette réserve comme n'étant qu'une condition licite et obligatoire mise à l'exécution d'un contrat de bienfaisance, a prétendu dans l'arrêt définitif qu'il s'agissait d'un contrat à titre onéreux, puis ajoutant qu'il s'agissait de la promesse d'une

libéralité, s'est bornée à ajouter qu'elle ne pouvait être exécutable à la volonté du comité.

ARRÊT

La Cour. — Sur le premier et sur le deuxième moyen: ... — (Sans intérêt);

Sur le troisième moyen pris de la violation des artt. 1003 et suiv., 1019 et suiv., c. pr. civ., 1102, 1103, 1104, 1106, 944, 1170, 1134 et 1351 c. civ.: Attendu que le pourvoi prétend que le contrat par lequel la ville de Nice s'était engagée à décerner des prix aux vainqueurs des courses par elle organisées, était un contrat de bienfaisance unilatéral dont la clause portant que les décisions du comité ne seraient susceptibles d'aucun recours était une condition licite et valable imposée par le donateur à sa libéralité et ne constituait pas la clause compromissaire soumise aux prescriptions des art. 1003 et suiv. c. pr. civ.; - Attendu que l'arrêt attaqué du 7 juill. 1885, interprétant ce contrat, appréciant les conditions imposées aux concurrents et les avantages qui leur étaient offerts, déclare qu'il en résultait pour chacune des parties des obligations réciproques, et juge, dès lors, à bon droit que ce n'était pas un contrat de bienfaisance, mais un contrat commutatif; qu'en conséquence, la clause litigieuse n'était pas la condition d'une libéralité; - Attendu que ledit arrêt constate que la course qui a donné lieu au procès a été courue par six concurrents; que le signal du départ a été donné, conformément aux règlements tant du Yacht-Club de France que du comité des régates de Nice; que les embarcations prenant part à la course ont passé trois fois devant le bateau juge sans qu'aucun signal ait été fait pour les rappeler, enfin qu'on les a laissées achever la course, et que ce n'est qu'après leur rentrée au port que le comité leur a signifié que la course était considérée comme n'ayant pas eu lieu; - Attendu qu'il est encore constaté par l'arrêt et qu'il n'est pas contesté par les demandeurs en cassation, que Henn et Hargreaves étaient arrivés l'un premier, l'autre second; - Qu'ils avaient régulièrement fourni la course, conformément aux conditions du programme; - Attendu qu'en refusant dans ces circonstances de leur décerner les prix de ladite course, le comité des

régates invoquait le pouvoir que lui attribuait la clause litigieuse; qu'il a donc, ainsi que le déclare l'arrêt attaqué du 18 déc. 1884, statué comme arbitre constitué par ladite clause, considérée comme compromissoire; - Attendu que le même arrêt déclare et qu'il est d'ailleurs reconnu par le pourvoi, que ladite clause compromissoire était nulle comme ne contenant pas les mentions exigées par les art. 1003 et suiv. c. pr. civ.; - D'où il suit qu'en jugeant que la décision du comité ne pouvait avoir l'autorité de la chose jugée, la cour d'Aix, loin de violer les articles invoqués par le pourvoi, n'a fait qu'une juste application des art. 1003 et suiv. c. pr. civ.; - Rejette.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 9 note 4 e 10; § 10 *sub b* et *c*; § 12 *sub b*; § 13 *sub b*.

Il Dalloz, in una nota redazionale, così commenta questo caso:

«L'arrêt ci-dessus décide que les juges du fond ont pu, en appréciant les conditions imposées aux concurrents et les avantages qui leur étaient offerts, attribuer à la convention ainsi formée le caractère d'un contrat commutatif et non d'une libéralité, sans que leur décision donne ouverture à cassation. La limite qui sépare le contrat commutatif de la libéralité pure et simple est souvent difficile à déterminer, la loi ne posant aucune règle pour indiquer dans quelle mesure les charges imposées, rapprochées de la valeur de l'objet donné, peuvent faire conserver ou perdre à un acte le caractère de disposition à titre gratuit; aussi cette appréciation qui ne peut être faite qu'en tenant compte des circonstances de la cause et de l'intention des parties rentre-t-elle dans le pouvoir souverain des tribunaux (Req. 24 nov. 1825 Jur. gén., V^o Disp. entre vifs, n. 1292; 7 avr. 1829, eod., v^o n. 1300; Civ. rej. 10 août 1953, D.P. 53-1-341 et 20 juill. 1870, D.P. 70-1-334). V. conf. DEMOLOMBE, Traité des donations entre vifs et des testaments, t. Ier. n. 52.»

La questione insorta non concerneva la forma della donazione, ma i criteri adottati dalle sentenze, come risulta anche dalla nota del Dalloz, hanno una portata generica e possono riferirsi anche al problema della forma, qualora questa sia necessaria anche per le promesse al pubblico o, almeno, a persone appartenenti ad una determinata cerchia, come nel caso in esame (v. *infra sub 1°*). Nel questionario che segue esamineremo il caso sotto questo aspetto.

La Corte di Aix e la Cassazione hanno deciso il caso in base ai criteri di uno scambio fra sacrifici, del loro rapporto di equivalenza e del-

l'intento delle parti, più che in base al criterio di un interesse del promittente diverso dalla causa di liberalità (interesse morale, e anche economico che tuttavia sussisteva per la città di Nizza nell'organizzare la nota regata). V. al contrario la nota al caso Bresson e richiami ivi, nonchè i casi Reverchon, De Mailly e Bardet.

1°) Si trattava di una promessa al pubblico per una prestazione o un'attività ancora da compiere. Sicchè, qualora non si adotti, come non potevano ancora adottare le sentenze del caso Spitalieri, la recente soluzione per la validità di promesse non formali al pubblico, si pone il problema della distinzione fra donazione e contratto di scambio e dei relativi requisiti formali, come per ogni promessa di premi o simili a persone o ad un gruppo di persone determinate (v. vol. I § 12 *sub b* pel terzo caso ivi menzionato).

Ciò posto, è esatto, come ritengono la Cassazione e la nota del Dalloz, che si tratta di una *quaestio facti* e che non esistono in proposito criteri giuridici?

2°) L'attività da prestarsi da parte dei concorrenti può considerarsi come un sacrificio patrimoniale o, comunque, come un sacrificio che, secondo il costume (v. vol. I § 10 nota 2), merita una ricompensa? Il fatto che il promittente del premio ricavi un vantaggio patrimoniale da quell'attività, può valere ad attribuire ad essa, comunque, un valore patrimoniale? Si esaminino tali questioni dal punto di vista della giurisprudenza francese e da quello della giurisprudenza italiana. V. ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano 1935, p. 93, che esclude in casi del genere il carattere di donazione, in base al criterio del sacrificio o attività, imposti al promissario del premio e aventi valore patrimoniale, anche se il promissario può trarre altri vantaggi patrimoniali da quell'attività (ad es. vendita dell'opera premiata) e anche se il promittente non ne tragga alcun vantaggio patrimoniale. V. anche PLANIOL, *Traité pratique* cit., V, 315 e 318.

4°) Come mai la sentenza della Corte di Aix ammette che, anche se si trattasse di liberalità, il promittente sarebbe obbligato? Quale importanza ha il fatto che si tratterebbe di una liberalità « *avec charges supportées* »? V. nota introduttiva alla sez. III.

5°) Quale sarebbe la soluzione del caso nella *common law*? v. vol. I § 12 *sub b*; § 26 e § 30 *sub a*. Si tratterebbe di una promessa con *executed* o con *executory consideration*? Nel primo caso, la *consideration* da eseguire sarebbe il compimento della corsa, o soltanto la partecipazione ad essa? v. vol. I § 29. Nel caso in cui la *consideration* fosse il compimento della corsa, si potrebbe pel solo fatto della partecipazione ad essa ritenere vincolante la promessa in base alla *doctrine* della *reliance* di che

al vol. I § 27 *sub a?* V. anche vol. I § 29 note 6 e 7, nonchè il caso Martin v. Meles nota 9.

ABBE' BRESSON et autres cr. Consorts BOUDARD

Tribunal de Langres, 15 mars 1900. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1900, II, p. 422.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

Il Dalloz premette la seguente nota sul fatto di causa:

« Par un acte sous signatures privées en date du 12 juillet 1890, les consorts Boudard, légataires de l'abbé Daubrive, ou héritiers des légataires prédécédés, avaient transporté aux abbés Bresson, Rallet et Marchal l'action en révocation qui leur appartenait contre la commune de Vicq à raison d'un legs fait à ladite commune en 1819 par l'abbé Daubrive, à la charge d'entretenir une école congréganiste. Cette charge ne pouvant plus être remplie à raison de la loi du 30 octobre 1886 sur l'enseignement primaire, le legs était sujet à révocation, et les consorts Boudard, tout en désirant faire respecter les volontés de leur bienfaiteur, ne se souciaient pas de soutenir eux-mêmes l'action et de maintenir ensuite l'école. Toutefois ils consentirent à prêter leur nom pour la demande en révocation, et l'acte de cession de 1890 fut tenu secret jusqu'au jour où, la commune ayant été condamnée à restituer tout ce qu'elle avait reçu, les consorts Boudard s'aperçurent qu'il y avait un profit à en retirer et prétendirent révoquer l'acte de cession en le présentant comme un simple mandat ».

Come vedremo, i Boudard sostennero anche che si trattava di una donazione nulla per mancanza dell'atto pubblico.

Il Tribunale di Langres così ha giudicato nella motivazione:

Le Tribunal. — Attendu qu'à l'époque et à l'occasion de la laïcisation de l'école congréganiste de jeunes filles, fondée en 1819 à Vicq, en exécution d'un legs fait à ladite commune par l'abbé Daubrive, son ancien curé, une convention sous seing privé en date à Langres du 12 juillet 1890 (enregistré audit lieu le 24 février 1899, n. 494, aux droits de 844 fr. 75 cent.), est intervenue entre les trois de-

mandeurs d'une part, et les consorts Boudard ou leurs auteurs, en qualité de représentants d'une partie des légataires universels de l'abbé Daubrive, d'autre part; - Que cette convention, après un exposé de faits, porte en substance: cession et transport aux demandeurs à leurs frais, risques et périls des droits et actions en révocation du legs susmentionné, pour inexécution des charges, ainsi que du bénéfice à provenir de cette révocation, engagement par les cessionnaires de maintenir et d'exécuter ponctuellement la fondation Daubrive, obligation pour toutes les parties de tenir secrète ladite cession (en vue d'en éviter les droits d'enregistrement) et comme conséquence, engagement par les cédants de prêter leur nom et de donner toutes procurations utiles à sa réalisation. (*omissis*).

— Qu'après dénonciation et contre-dénonciation de cette saisie (un sequestro fatto dagli attori), ils (gli attori) demandent aujourd'hui à être reconnus comme seuls propriétaires, en qualité de cessionnaires réguliers, de tous les droits et bénéfices échus ou à échoir à leurs cedants, par suite de la révocation du legs dont s'agit, et comme conséquence, la validation de la susdite saisie-arrêt; - Qu'ils demandent enfin acte de la réitération de leur déclaration antérieure qu'ils remettront et répartiront entre leurs défendeurs ce que, dans le bénéfice à provenir de la cession de 1890, ils ne jugeront pas nécessaire pour l'exécution des volontés de l'abbé Daubrive; - Attendu que les défendeurs ne contestent pas la régularité en la forme de la procédure de saisie-arrêt ci-dessus, mais qu'au fond ils demandent le rejet des conclusions des demandeurs en s'appuyant sur les moyens suivants: 1°) l'acte sous seing privé du 12 juillet 1890 ne constitue qu'une simple procuration toujours révocable, déjà révoquée par la signification susrappelée et que les défendeurs déclarent révoquer de nouveau, en tant que de besoin; 2°) dans le cas où cet acte serait reconnu avoir un caractère translatif de propriété, l'aliénation qui en résulterait ne pourrait être qu'une donation entre vifs, laquelle serait alors nulle pour inobservation des formes solennelles prescrites par la loi. (*omissis*).

Sur le deuxième moyen: Attendu qu'un contrat ne cesse pas né-

cessairement d'être à titre onéreux, pour dégénérer en un acte de pure libéralité, parce que l'une des parties n'en retire pas un avantage matériel ou pécuniairement appréciable; - Qu'il est au contraire de principe certain que l'une des deux obligations corrélatives dont se compose un contrat synallagmatique peut fort bien n'avoir pour cause qu'un intérêt purement moral, quoique son objet, cause de l'engagement de la contre-partie, soit d'un intérêt exclusivement pécuniaire; - Que c'est ainsi que l'on considère comme constituant cause suffisante d'une convention à titre commutatif l'intérêt qu'une personne peut attacher à l'exécution d'une obligation naturelle, à l'accomplissement d'un devoir de pure conscience, de même d'après certaines décisions (Req. 7 avril 1829, Jur. gén., v^o Disposition entre vifs et testamentaires, n. 1300; 14 avril 1863; Dalloz Pér., 63, I, 402; tribunal de Marmers, 2 février 1875, Dalloz Pér., 75, 5, 188), à une simple satisfaction de vanité ou d'amour propre ou encore à une plus grande facilité de se livrer à des exercices de piété; - Que lorsqu'il est constant qu'un tel intérêt a existé et a déterminé une personne d'ailleurs capable à contracter, les tribunaux n'ont pas à rechercher si cet intérêt constitue, à tous égards, un équivalent exact de ce qui a été fourni en retour, les parties ayant seules qualité et compétence pour faire souverainement une telle appréciation; - Attendu qu'il résulte de l'exposé des faits consigné en l'acte de 1890, de la situation alors faite aux consorts Boudard par leurs relations dans la région de Vicq et par l'opinion locale de cette région, ainsi que de tous les autres documents versés aux débats, que lesdits consorts Boudard se sont, à cette époque, considérés, plus ou moins spontanément peut-être, mais en tous cas librement, comme tenus de l'obligation morale de maintenir et de perpétuer, en qualité de légataires universels de l'abbé Daubrive et de continuateurs de sa personne, la fondation par lui créée et que la commune de Vicq n'exécutait plus ou ne pouvait plus exécuter; - Que, sur la proposition des demandeurs jugés sans doute plus aptes et mieux placés pour assurer ce maintien, ils se les ont simplement substitués pour l'exécution du devoir de conscience qu'ils voulaient remplir, leur ont imposé tous engagements utiles à ces fins et leur

ont, en retour, abandonné le bénéfice de l'action en révocation de legs à intenter, soit les ressources mêmes, destinées à la fondation par son auteur et qui pouvait, dès lors, paraître l'équivalent *adequat* des obligations substituées; - Qu'il importe même de remarquer que le recouvrement de cet équivalent était, en réalité, soumis à des aléas, notamment au résultat incertain de l'action en révocation cédée, alors que les engagements des demandeurs demeuraient fermes, irrévocables dans tous les cas; - Attendu que, dans ces conditions de fait et par application des principes ci-dessus, les consorts Boudard sont absolument mal fondés à qualifier de donation entre vifs la cession-transport de 1890 et d'en demander la nullité pour inobservation des art. 931 c. civ. et autres; - Qu'il ne saurait leur appartenir, par un changement unilatéral de leur volonté, déterminé par des regrets tardifs, de se soustraire à la loi d'un contrat qu'ils ont librement souscrit, ni de nier ou de dénaturer en suite d'une appréciation nouvelle de leurs devoirs envers la mémoire de leur bienfaiteur, la cause et l'objet d'une convention qu'ils ont exécutée et laissé exécuter pendant de longues années.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 9 note 4, 10 e 11; § 10 *sub b* et *c*; § 13 *sub b*; § 38 *sub a*.

1°) Si noti che in base al contratto 12 luglio 1890 gli abati Bresson e compagni si erano obbligati a mantenere la scuola a loro spese, anche se il risultato dell'azione loro ceduta non fosse stato favorevole o fosse stato insufficiente all'uopo. Ma, d'altro canto, essi non si impegnarono a impiegare nella scuola *tutto* quel risultato favorevole, ma soltanto quanto all'uopo necessario. Onde il carattere aleatorio del contratto. Soltanto successivamente, a causa vinta contro il Comune di Vicq, gli abati dichiararono, bontà loro, che essi erano disposti a rimettere ai cedenti Boudard quanto ritenuto (*da essi abati*) non necessario al mantenimento della scuola (su questa modifica del contratto e sul suo valore v. § 38 *sub b et c*, 2°).

Se gli abati si fossero obbligati a impiegare nella scuola *tutto* il risultato favorevole dell'azione ceduta, ma senz'alea da parte loro e con l'obbligo di rimettere il supero ai Boudard, quale natura avrebbe avuto il contratto? per il diritto italiano, v. casi italiani Cadeo, quesiti n. 6 e 7, e Finanze cr. Gentile.

2°) Il Tribunale di Langres ha adottato, come criteri della distinzione di un contratto commutativo o, meglio, di scambio, sia quello dell'interesse dei consorti Boudard, interesse *anche non economico* ma equivalente, sia quello dei sacrifici patrimoniali delle due parti e della loro equivalenza.

Sotto il primo profilo, la sentenza assomiglia a quelle dei casi Reverchon e De Mailly, *che essa richiama*. Sotto il secondo, presenta analogie col caso Bardet, che pure, implicitamente, la sentenza stessa richiama quando parla di « *vanité et amour propre* » come cause escludenti la donazione.

Nel caso Bresson, l'interesse morale o non economico dei Boudard era quello di ottenere da altri l'esecuzione di una loro obbligazione naturale o di coscienza (questo interesse o scopo è, comunque, diverso da quello di chi soddisfa direttamente un'obbligazione naturale).

Ma sembra evidente che, data l'esistenza di un contratto aleatorio o, comunque, di scambio fra sacrifici patrimoniali (v. sopra *sub* 1°), non era affatto necessario ricorrere al criterio dell'interesse dei Boudard nell'affare, (v. vol. I § 13 *sub* b e § 9 nota 11).

Il caso Bresson è interessante in quanto mostra come la corrente francese sull'amour propre, la vanité, la délicatesse, ecc. quali cause diverse dalla causa donandi, abbia spesso un'origine equivoca, in casi che si potrebbero spiegare e risolvere anche in base ad altri argomenti (v. anche i casi Faure-Rougier e Bardet).

3°) Si confronti il caso Bresson coi casi De Mailly, Reverchon e Bardet e se ne dicano le differenze quanto alla situazione di fatto.

4°) La sentenza, nella sua parte finale, sembra invocare anche l'argomento della *reliance* (nel suo adattamento alla *civil law*: v. vol. I § 27 ad nota 4), in quanto si accenna al fatto che i Boudard hanno per lungo tempo « *laissé exécuter* » il contratto; v. nota introduttiva alla sez. III.

5°) Sul carattere strettamente soggettivo che, secondo l'*arrêt* del caso Bresson, dovrebbe avere l'equivalenza, v. nota al caso Bardet *sub* 6°.

6°) Come si risolverebbe il caso Bresson nella *common law*? v. vol. I § 38 *sub* c quanto alla forma dell'atto di cessione dell'azione. V. anche vol. I § 26 e 30.

VILLE de MARSEILLE cr. IMPERATRICE EUGENIE

Cour d'Appel d'Aix, 30 novembre 1882. — *Daloz, Rec. Pér.*, 1883, II, p. 245.
(la sentenza è riferita testualmente)

Lorsqu'en 1853 le gouvernement impérial ordonna la translation du Lazaret de Marseille de la Joliette aux îles du Frioul, un litige s'éleva entre l'administration municipale et l'Etat, au sujet de la propriété des terrains sur lesquels s'élevait l'ancien Lazaret. Une transaction, précédée de longues négociations et due à l'intervention personnelle de l'empereur Napoléon III, mit la ville en possession de ces terrains, qu'elle aliéna et dont elle appliqua le prix à de grands travaux d'utilité publique, tels que la transformation des vieux quartiers de Marseille, l'agrandissement des ports et l'édification de la cathédrale. Le conseil municipal, désireux de témoigner sa reconnaissance au souverain, offrit, au nom de la ville, d'acquérir les terrains nécessaires à l'établissement d'un palais impérial. Cette offre ayant été acceptée au nom de l'empereur par le ministre d'Etat, une loi du 10 juin 1854 autorisa la ville de Marseille à emprunter une somme d'un million, destinée aux frais d'acquisition de ces terrains, qui furent achetés à l'angle de l'anse du Pharo.

L'empereur y fit construire un palais à ses frais, et par un architecte de son choix. Aussitôt après la chute de l'Empire, la ville chercha à rentrer en possession des terrains sur lesquels la résidence impériale avait été construite, et, dès le 9 sept. 1870, un membre du conseil municipal proposa de prendre une délibération dans le sens de cette revendication. Le palais du Pharo ayant été placé sous séquestre, comme tous les autres biens de l'empereur, les prétentions de la ville restèrent en suspens et ne se formulèrent en une instance judiciaire que longtemps après que la commission chargée de déterminer quels étaient les biens qui appartenaient au domaine de l'Etat, eut reconnu que les terrains litigieux n'en faisaient pas partie et avaient toujours appartenu au domaine privé. Ce fut en 1880, cinq ans seulement après cette décision, que la ville actionna l'impératrice Eugénie, légataire universelle de Napoléon III, en restitution des terrains sur lesquels le palais impérial avait été édifié.

Le 17 mai 1882, jugement du tribunal de Marseille, qui, écartant toute idée de contrat à titre onéreux, reconnaît que le contrat de 1853 a réellement le caractère d'une donation, mais d'une donation affranchie ou dispensée des formes solennelles exigées par les artt. 931 et 932 c. civ., et déboute la ville de sa demande. Nous extrayons de cette sentence les considérants suivants, relatifs à la question de savoir si la donation faite par une commune est assujettie aux formes solennelles prescrites par les artt. 931 et 932 c. civ., sur laquelle la Cour d'appel n'a pas cru nécessaire de statuer :

« ... Attendu qu'il faut d'abord remarquer qu'aux termes de l'art. 537 c. civ., « les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières » ; - Et il y faut ajouter l'exposé des motifs dans lequel Treilhard s'exprimait ainsi : « Les biens compris dans cette classe (ceux qui appartiennent à des particuliers) sont les seuls dont le code Napoléon doive s'occuper » ; les autres sont du ressort ou d'un code de droit public ou de lois administratives, et l'on n'a dû en faire mention que pour « annoncer qu'ils étaient soumis à des lois particulières » ; - Attendu qu'en matière de contrats administratifs en général, et d'aliénation communale en particulier, l'emploi d'acte notarié n'est pas nécessaire, la circulaire du ministre de l'intérieur du 19 déc. 1840, qui traite ce sujet avec un soin tout particulier, rappelle aux préfets que « on doit reconnaître qu'aucune disposition de loi ou de règlement ne fait de l'intervention des notaires une condition essentielle de la validité des ventes communales, c'est pourquoi, dans la pratique, les corps municipaux sont laissés libres d'appeler un notaire ou de s'en passer suivant les circonstances de chaque aliénation » (*Jur. gen.*, V° *Commune*, n. 2241) ; - Attendu que la doctrine professe la même règle générale ; que Foucart (*Eléments de droit public et admin.*, n. 1597) y ajoute, il est vrai, « que l'intervention notariale n'est nécessaire que lorsque la loi l'exige formellement, comme au cas de donation » (art. 931 c. civ.), et Dalloz (*Jur. gén.*, V° *Commune*, n. 2377) ne fait que transcrire ces quelques mots ; Attendu que cet avis si bref, si peu approfondi,

ressemble fort à une opinion conçue à première vue; - Que Trolley ne la partage pas, et, s'occupant des aliénations communales à titre gratuit (*Hiérarchie administrative*, n. 1815), il déclare que la commune peut aliéner à titre gratuit, car elle est, avec le concours de ses tuteurs, capable de tous les actes de la vie civile, mais il pense que ces aliénations doivent être autorisées par une ordonnance royale, ce qui aurait été justifié par l'ancien droit dont cet auteur paraît encore imbu; mais, depuis le décret du 25 mars 1852, les exigences anciennes ont été abolies, et l'autorisation du préfet remplace celle que donnait autrefois le conseil d'Etat - Attendu que Batbie, dont la prééminence en droit administratif est incontestable, qui a fait sur ces matières le traité le plus étendu, le plus approfondi, qui, arrivant le dernier, a dû s'éclairer des lumières de tous ses prédécesseurs, et qui, enfin, a l'avantage d'écrire postérieurement au décret du 25 mars 1852, Batbie, disons-nous, s'occupant des aliénations à titre gratuit faites par les communes (*Droit administratif*, t. 5, p. 116, n. 97), s'exprime ainsi: « Si la commune voulait céder gratuitement un immeuble, soit à un établissement pour un service public, soit à un particulier à titre de récompense pour quelque belle action, il y aurait à suivre les mêmes formalités que pour l'aliénation à titre onéreux, faite de gré à gré (Décret du 25 mars 1852, tableau A) »; - Attendu qu'aucune décision judiciaire n'est encore à ce sujet intervenue; ni la cour de cassation, ni le conseil d'Etat, ni cours, ni tribunaux n'ont eu à s'en occuper; que le tribunal doit donc apporter d'autant plus de soin à explorer le terrain, qu'il est le premier à y tracer une voie; - Attendu qu'on doit donc tout d'abord remarquer que les procédés prescrits par l'art. 931 c. civ., ne tiennent pas à l'« essence même de la disposition de biens à titre gratuit », puisqu'il suffit, pour être affranchi de ces formalités, que la libéralité se produise sous un autre type que celui du contrat de donation; qu'en effet, le don manuel, les donations déguisées sous l'apparence de contrats à titre onéreux, la remise de dettes n'y sont pas soumis; qu'il s'ensuit que l'art. 931 contient une « exception » aux règles générales, et de plus une « pénalité rigoureuse », puisque l'inobservation de ces formes dans le contrat de

donation en entraîne la nullité; qu'à ce double titre la mesure doit être absolument restreinte au cas spécial pour lequel elle a été édictée; que d'autres prescriptions portées au chapitre des donations entre vifs ne sont aussi visiblement applicables qu'entre simples particuliers (art. 955, 960); - Qu'il n'y a donc pas de motifs pour transporter sur le terrain administratif une disposition rigoureuse se rattachant aux conventions entre particuliers; - Attendu qu'il y aurait d'autant moins d'à-propos à faire ce transport, que les situations de part et d'autre sont essentiellement différentes; - Qu'en imposant, en effet, l'intervention d'un notaire, le législateur a voulu, comme il le faisait en même temps dans l'art. 960, protéger le donateur contre sa propre imprudence; que le recours à un officier public lui imposât la nécessité d'agir avec réflexion et lui donnât l'assistance d'un conseil: il a voulu de plus qu'il fût gardé minute de ce contrat, pour que tout fût constaté, et qu'à l'ouverture de la succession on pût vérifier si les droits des héritiers n'avaient pas été lésés; - Que rien de pareil ne se présente pour les communes; qu'elles ont leurs conseils, leurs protecteurs dans les autorités qui veillent sur elles; le conseil d'Etat, le préfet, qui généralement peuvent seuls valider leur contrats d'aliénation, et autoriser la sortie des fonds qui en sont l'aliment; - Attendu, enfin, que le caractère propre de l'acte notarié, exigé comme solennité impérativement indispensable, c'est d'imprimer à la convention son autorité et de lui donner sa force effective; qu'il n'en peut être ainsi à raison d'une aliénation faite par une commune; c'est « l'autorisation seule » du préfet ou de conseil d'Etat qui lui donne une existence vitale; que la circulaire ministérielle précitée fait parfaitement ressortir cette inutilité virtuelle de l'acte notarié employé pour un acte communal, auquel l'autorité administrative peut, seule, donner son complément essentiel et sa force effective; - Qu'on ne concevrait donc pas un acte notarié, en lui-même imparfait, sans valeur, restant lettre morte, et que l'on considérerait cependant comme indispensable, pour donner vie à un traité tirant d'une autre autorité sa sanction et son efficacité; - Attendu qu'on ne saurait donc regarder comme indispensables aux aliénations à titre gratuit des communes,

les formalités prescrites entre particuliers par les artt. 931 et 932 c. civ. ... ».

Appel par la ville de Marseille.

ARRÊT

La Cour. — Attendu que, renonçant aux divers systèmes qu'elle avait proposés en première instance, la ville de Marseille se borne, en appel, à demander à l'impératrice la restitution des terrains sur lesquels est bâti le palais impérial, par le motif unique que la donation qu'elle a faite de ces terrains n'a pas été revêtue des formes solennelles prescrites par les artt. 931 et 932 c. civ.; - Attendu que, pour repousser cette demande, l'impératrice soutient que le contrat par lequel les terrains revendiqués ont été remis à l'empereur était dispensé de ces formes solennelles, soit, et avant tout, parce que ce contrat n'était pas une donation, mais un contrat à titre onéreux, soit, au besoin, parce que, d'après l'art. 537 c. civ., les biens des communes ne sont pas placés sous l'empire des mêmes règles que les biens des particuliers, soit, enfin, parce que, par application de l'art. 1121 c. civ., l'empereur n'a fait qu'accepter une stipulation que la ville avait faite à son profit dans les actes d'acquisition des terrains qu'elle avait faits elle-même;

Attendu que, dans un débat ainsi posé, il y a lieu de rechercher avant tout quel est le véritable caractère du contrat litigieux; - Attendu que ce contrat n'étant pas renfermé dans un instrument qui lui soit propre et qui l'ait qualifié, c'est sur les documents divers desquels il résulte que la recherche doit porter; - Attendu que les deux documents essentiels à consulter sont, d'une part, la délibération du 12 sept. 1853 par la quelle la ville a offert les terrains, et, d'autre part, la lettre du ministre d'Etat du 5 octobre suivant, par laquelle l'empereur a accepté cette offre: - Attendu que la délibération de la ville du 12 septembre 1853 porte dans sa partie essentielle: qu'il y avait convenance d'offrir à l'empereur les terrains nécessaires pour l'établissement d'un palais impérial, à Marseille, et d'affecter la somme de 1 million à l'acquisition de ces terrains; - Attendu que la réponse du ministre d'Etat, du 5 octobre suivant, porte aussi dans sa partie essen-

tielle, que voulant donner un nouveau témoignage de sa sympathie à la ville de Marseille, et resserrer les liens qui l'attachent déjà à cette grande et patriotique cité, l'empereur agréa l'offre contenue dans la délibération du 12 septembre; - Attendu que de ces termes courtois, les seuls qu'on puisse s'attendre à trouver dans le langage d'une ville qui parle à son souverain, il résulte déjà suffisamment que les terrains n'ont été donnés à l'empereur qu'à la condition d'y construire un palais impérial; qu'il ne pouvait les recevoir et les retenir qu'à la charge de construire ce palais, et qu'il ne lui aurait été permis ni des les aliéner ni de les affecter à une autre destination; - Attendu que c'est bien là, s'il en fut jamais, un contrat *do ut facias*, c'est-à-dire un contrat synallagmatique, commutatif et à titre onéreux, dans lequel chacune des parties prend une obligation corrélative à celle qui est prise envers elle;

Attendu que ce caractère du contrat, déjà manifesté par les termes employés dans les deux documents ci-dessus visés, est révélé plus clairement encore par les documents qui les ont précédés ou qui les ont suivis, et surtout par l'intention des parties, qui, si les termes étaient obscurs, serait la suprême règle d'interprétation; - Qu'il est révélé par la délibération du 16 juin 1853, dans laquelle la ville délibère d'offrir 1 million à l'empereur pour concourir et contribuer à la construction de la résidence qu'il avait songé à établir à Marseille; - Qu'il est révélé par la loi du 10 juin 1854, qui a autorisé la ville de Marseille à emprunter 1 million exclusivement affecté aux frais d'acquisition des terrains destinés à la construction d'un palais impérial, affectation si précise et si impérative, que, si la ville de Marseille l'avait voulu, elle n'aurait plus pu la changer et faire de la remise des terrains une libéralité pure et simple; - Qu'il est révélé par les actes d'acquisition des terrains, actes dans lesquels la ville n'a jamais cessé de stipuler que l'acquisition de ces terrains ne deviendrait définitive que si l'empereur les agréait pour y construire le palais impérial; - Qu'il est révélé, enfin, par l'exécution que le contrat a reçue et d'après laquelle les terrains ont été livrés et le palais a été construit;

Attendu que vainement, pour refuser au contrat le caractère de contrat à titre onéreux, la ville argumente de quelques expressions éparses çà e là dans les divers actes, et dans lesquelles l'offre des terrains est présentée comme un hommage ou comme un acquit d'une dette de reconnaissance; - Attendu qu'on ne saurait nier qu'une pensée d'hommage et de reconnaissance ne soit mêlée à l'offre faite par la ville, mais que l'hommage n'exclut pas la stipulation intéressée, alors surtout que cette stipulation n'était indigne, quoi qu'on en dise, ni de celui qui la faisait ni de ce celui qui l'acceptait, puisqu'elle ne visait que les avantages naturels qui devaient résulter de la résidence, même passagère, da souverain à Marseille; - Attendu que tout ce qui peut résulter de ce mélange de l'hommage avec la stipulation intéressée, c'est que le contrat dont il s'agit tienne à la fois du contrat à titre gratuit et du contrat à titre onéreux; mais qu'il est de règle que, dans les contrats de ce genre, l'élément prépondérant absorbe l'autre, et que ce serait nier la nature humaine que de ne pas attribuer la prépondérance à la stipulation intéressée;

Attendu qu'étant admis que le contrat litigieux est un contrat commutatif, et, par suite, dispensé des formes exigées par les artt. 931 et 932 c. civ., il n'y a plus qu'à se demander si, comme le soutient subsidiairement la ville de Marseille, ce contrat ne devrait pas être résilié, parce que l'une des parties n'aurait pas rempli les engagements qui lui étaient imposés; - Or, attendu que la ville a livré les terrains, que le palais impérial a été construit, et qu'ainsi chacune des parties contractantes a exécuté son obligation; - Attendu qu'il ne faut pas confondre l'obligation de construire le palais avec l'obligation de résider à Marseille; que là où la construction du palais impérial a été le profit exigé, la résidence de l'empereur n'a jamais été que le profit espéré; que, le palais une fois construit, l'empereur, même sur le trône, n'aurait pas été obligé de venir résider ni plus ou moins longtemps, ni plus ou moins souvent à Marseille, et qu'il y aurait aujourd'hui une cruelle ironie à argumenter contre lui de ce défaut de résidence; - Attendu que, si la force majeure a rendu cette résidence impossible, cette force majeure n'est survenue qu'à un moment

où le contrat était parfait et pleinement exécuté, et que, dès lors, la seule conséquence qu'elle puisse avoir, c'est de rendre libre aux mains de l'empereur ou de ses héritiers des biens qui ne l'étaient pas à l'origine; - Attendu, enfin, que la ville de Marseille doit d'autant moins regretter ce résultat, que les offres déjà faites à l'Etat par l'impératrice lui donnent l'assurance qu'elle ne fera jamais de ces biens qu'un usage digne de son nom et de son caractère; - Sans avoir à statuer sur les autres moyens proposés; - Confirme.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 8; § 10 *sub b* et *c*; § 11 *sub e*; § 12 nota 1; § 13 *sub b*; § 27 *ad* nota 4; § 38 *sub a*.

È questo un caso storico; e un caso non irripetibile! Ma, anche se nella sentenza della Corte di Aix vi sono manifestazioni di simpatia per la condotta dell'Imperatrice e di antipatia per quella del Consiglio municipale di Marsiglia, le ragioni politiche non hanno influito nella decisione. Questa è infatti conforme alla corrente dominante nella giurisprudenza francese (v. vol. I § 10 *sub c* e gli altri casi di questa sezione).

1°) Interessante, in relazione a quanto detto nel vol. I § 8 e § 38 *sub d*, è il passo della sentenza del Tribunale di Marsiglia concernente la funzione dell'atto notarile (v. vol. I § 12 nota 1 sui precedenti storici). Una nota redazionale del DALLOZ, *Rec. Pér.*, loc. cit., critica la tesi del Tribunale di Marsiglia e aggiunge « *on s'explique aisément que la Cour d'Appel a évité de s'engager, sans nécessité, sur un terrain aussi peu solide* ». La nota osserva che l'art. 931 c. civ. francese, concernente la forma dell'atto pubblico nelle donazioni, è redatto in termini generali, sicchè occorrerebbe un testo espresso per farvi eccezione quanto alle donazioni fatte dai Comuni. Contro l'argomento del Tribunale — che, cioè, la forma dell'atto pubblico è stata imposta per proteggere i privati ecc., e che la stessa *ratio* non esiste nei Comuni, in quanto sufficientemente protetti dalla tutela e dalle formalità amministrative — la nota del Dalloz osserva: « *ces garanties peuvent être insuffisantes, car la religion de l'autorité peut être surprise. D'autre part, la solennité imposée par l'article 931 a pour objet de sauvegarder autant que possible l'intégrité des patrimoines; or, le patrimoine des communes est précisément de la classe de ceux que le législateur a entendu particulièrement protéger* ».

Concorda il lettore con queste osservazioni del Dalloz? Che importanza potrebbe avere il fatto che una legge (quella del 10 giugno 1854) intervenne per autorizzare il Comune di Marsiglia a contrarre un pre-

stato destinato all'acquisto dei terreni da dare a Napoleone III per il palazzo imperiale?

2°) La sentenza della Corte di Aix, per risolvere il problema donazione-contratto innominato di scambio, si ispira al solito argomento della giurisprudenza francese: cioè quello dell'interesse, anche non economico, alla prestazione (combinato con l'intento o causa *principale* di scambio), nel caso, l'interesse consistente nei « vantaggi naturali derivanti dalla residenza dell'imperatore »; senza riguardo alla natura e alla portata del sacrificio, più o meno patrimoniale, imposto con tale prestazione (v. gli altri casi di questa sezione).

V'era nel caso un sacrificio patrimoniale di Napoleone III? v. note ai casi Bardet e David e ivi la nota del Planiol, nonchè la nota introduttiva alla sez. III.

3°) Ma, oltre questo argomento, la Corte di Aix ne offre altri. E cioè:

a) che « *les terrains n'ont été donnés à l'empereur qu'à la condition d'y construire un palais impérial: qu'il ne pouvait etc.* ». Che valore ha questo argomento? v. art. 793 c. civ. ital. e art. 954 c. civ. francese esteso alla *inexécution des charges* che siano, nell'intento del donante, *des conditions absolues et irritantes* (v. DALLOZ. *Code civil*, art. 954). V. anche vol. I, § 10 *ad* note 11 e 12. In particolare: che valore ha l'argomento che, soltanto perchè si trattava di una città che parlava al suo sovrano, non si usò un linguaggio più deciso a mostrare quel carattere dell'onere? Se, invece di dire « si dà un terreno *per* costruirvi il palazzo » si fosse detto « si dà un terreno a *condizione* di costruirvi il palazzo », la situazione sarebbe di per sè cambiata?

b) che « *ce serait nier la nature humaine que de ne pas attribuer la prépondérance à la stipulation intéressée* ».

Che valore ha questo argomento, il quale verrebbe, in tutti i contratti con « *causa mista* », a rovesciare l'onere della prova? v. vol. I, § 10, *sub c*. Che valore può avere, per la tesi del contratto di scambio, la frase della lettera del Ministro di Stato, in cui si dice « *voulant donner un nouveau témoignage de sa sympathie à la ville de Marseille, et resserrer les liens qui l'attachent déjà à cette grande et patriotique cité, l'empereur agréé l'offre, etc.* »? D'altro lato, sembra risultare dalla sentenza che l'imperatore aveva, già prima della cessione del terreno, « *songé à établir à Marseilles* » una residenza. Su questo argomento v. *infra sub 7°* in fine.

4°) Se il lettore dovesse interpretare, come giudice, il contratto *de quo*, riterrebbe che la causa principale era la costruzione del palazzo o,

invece, la riconoscenza (per l'affare del Lazzaretto), l'omaggio e la liberalità?

5°) In relazione al quesito 3° *sub a*, è esatto, come dice la sentenza, che v'era un'obbligazione per l'imperatore di costruire il palazzo? Che importanza può avere ciò? v. vol. I § 10 *sub a*.

6°) Se l'interesse, che qualifica il contratto come scambio e lo distingue dalla donazione, è quello degli « *avantages naturels qui devaient résulter de la résidence de l'empereur* », si può ancora dire che, pur non costituendo tale residenza un obbligo dell'imperatore, la sua sopravvenuta impossibilità per forza maggiore lasciava integro il contratto? o non è questa conseguenza piuttosto conforme all'idea di una donazione *avec charges* o sotto condizione?

7°) Quando, in conformità alla corrente di che al vol. I § 10 *sub b*, o, comunque, in base all'interpretazione del contratto, si volesse vedere in questo una donazione *cum onere* soggetta al requisito di forma, non si potrebbe meglio rendere giustizia nel caso con la teoria della *reliance* adattata alla *civil law*? v. nota introduttiva alla sez. III, nonchè vol. I § 27 *ad* nota 4. Probabilmente a questo profondo criterio di giustizia si è, nell'*arrière-pensée*, ispirata la Corte di Aix, la quale pur allude al fatto che il contratto era stato eseguito, con la costruzione del palazzo, dall'imperatore.

Se il contratto fosse stato ancora da eseguire, da parte dell'imperatore, o, per semplificare, da parte di un privato, (ma sempre in termine per l'adempimento), è sicuro che la Corte di Aix avrebbe deciso nello stesso senso, in cui ha deciso?

Secondo il cennato criterio di giustizia, quale dei tre rimedi menzionati nella nota introduttiva alla sez. III e in nota al caso Cattaneo - Milesi, sarebbe più conveniente adottare nel presente caso appunto allo scopo di rendere giustizia? Si tenga presente, quanto al primo rimedio colà menzionato, che, indipendentemente da un contratto del genere nullo, vi sarebbe per la Ville de Marseille l'obbligo di rimborsare chi ha costruito su terreno altrui, qualora si preferisca ritenere l'opera o vi sia la buona fede del costruttore: v. art. 555 c. civ. francese e 936 c. civ. ital. del 1942. Sarebbe ciò sufficiente a rendere giustizia in casi del genere di quello in esame? Si noti che la rivendica della Ville era diretta sui « *terrains* ».

Come si è rilevato, dalla sentenza della Corte di Aix risulterebbe che l'imperatore, già prima della cessione dei terreni da parte della città di Marsiglia, *avait songé à établir à Marseille* una residenza.

Ciò farebbe esulare il caso dalla situazione di chi viene determinato da una promessa o alienazione altrui a fare una spesa che altrimenti

non avrebbe fatto: v. nota al caso Cattaneo-Milesi. Ma i tre rimedi menzionati nella nota introduttiva alla Sez. III sarebbero applicabili nella *civil law*, anche quando la *reliance* sia più generica, cioè consista semplicemente nel compiere l'opera richiesta dal promittente o alienante, purchè la detta promessa o alienazione abbia un certo valore nel determinare a compiere l'opera chi aveva pensato di compierla.

8°) Come si risolverebbe il caso Ville de Marseille secondo la corrente dominante nella giurisprudenza italiana?

9°) Come si risolverebbe il caso Ville de Marseille nella *common law*, s'intende, in caso di alienazione non formale del terreno (v. vol. I § 38 *sub c*)? V. vol. I § 26 *specie sub e* p. 353 segg. e § 30 *sub a*. Avrebbe ivi importanza il fatto che nel contratto si era detto « si dà un terreno *per costruirvi un palazzo* », anzichè « *a condizione di costruirvi un palazzo?* ». V. sopra *sub 7°* in fine. Sarebbe, comunque, applicabile la teoria della *reliance* di cui al vol. I § 27 *sub a*?

BAILLY cr. VILLE DE NANCY

Cour de Nancy, 17 mars 1920. — DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1920, II, 65; e Cass., Ch. civ., 5 Février 1923, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1923, I, 20.
(la sentenza della Corte di Nancy è riferita testualmente, salvi alcuni *omissis*)

Jugement du tribunal civil de Nancy en date du 30 juill. 1919:

Attendu que le 2 août 1914, Bailly, conseiller municipal, adressait à M. le maire de la ville de Nancy, par l'intermédiaire de M. le préfet de la Haute-Marne, un télégramme ainsi conçu: « Bailly, actuellement retenu à Chaumont, met à votre disposition pour familles nécessiteuses dont chefs ou soutiens sont mobilisés, une somme de 100.000 fr. N'ayant plus d'obligations militaires depuis ma réforme pour raison de santé, ma place serait actuellement au conseil municipal de Nancy. Je regrette d'être bloqué à Chaumont, où j'ai dû conduire Mme. Bailly, gravement malade. Pour le cas peu probable où vous auriez besoin immédiatement de cette somme en espèces, vous n'auriez qu'à vous adresser à la Société générale, que j'avise par ce même courrier »; - Attendu que, dans sa séance du 7 août 1914, à laquelle assistait Bailly, le conseil municipal a accepté cette libéralité et adressé ses remerciements au donateur pour son acte de munifi-

cence en faveur des familles nécessiteuses dont les pères et les fils sont appelés au service de l'armée; - Attendu que le 12 août 1914, à une autre séance du conseil municipal, à laquelle assistait également Bailly, le maire fit connaître qu'une souscription était ouverte au secrétariat de la mairie pour les blessés et les indigents; que le préfet de Meurthe-et-Moselle, qui était présent à la séance, ayant fait allusion aux allocations que l'Etat devait verser aux familles des mobilisés, Bailly ne fit aucune observation; que ce n'est que le 7 avr. 1915 que le défendeur manifesta l'intention de révoquer la libéralité qu'il avait librement consentie, en écrivant au maire ce qui suit: « Au début de la mobilisation, j'avais mis à la disposition de la ville une somme de 100.000 fr. pour le cas où une souscription aurait été ouverte en faveur des familles nécessiteuses de mobilisés. J'ignorais, du reste, à ce moment l'existence du secours légal de l'Etat. En raison de ce secours et sur les conseils de M. le préfet, la ville a renoncé à une souscription de ce genre; mon offre était donc devenue sans objet »; - Attendu que Bailly ayant persisté dans cette attitude, malgré une mise en demeure de se libérer, à lui adressée le 6 oct. 1915, c'est dans ces conditions que la ville de Nancy a assigné Bailly en paiement de la somme de 100.000 fr., qu'il s'était engagé à payer; - Attendu qu'en réponse à la demande, Bailly soutient qu'aucun don manuel ne s'est réalisé entre lui et la ville; qu'il n'a fait aucune souscription à la ville et qu'en tout cas si cette souscription s'était produite, elle devait être réputée inexistante et non avenue, comme ayant eu pour cause impulsive et déterminante une destination exclusive et spéciale qui n'a point été observée et qui est même devenue inutile; que la souscription invoquée serait inopérante en droit, come constituant une promesse de donation nulle pour défaut d'authenticité; qu'il se serait trouvé dans l'obligation de revenir sur sa première décision, sa fortune s'étant trouvée considérablement diminuée du fait de la guerre; - Attendu, il est vrai, qu'il n'y a pas eu de don manuel, c'est-à-dire tradition de la somme offerte à la ville par Bailly, mais qu'il est à remarquer que si cette tradition n'a pas eu lieu, c'est par suite de faits absolument indépendants des parties en cause et parce que la Société

générale, qui avait mandat de payer, a invoqué le moratorium; qu'il n'est pas douteux que, sans cette circonstance, la somme litigieuse aurait été versée et que Bailly serait mal venu actuellement à en demander le remboursement; - Attendu que Bailly s'est, dans son télégramme du 2 août 1914, engagé à contribuer à une opération d'utilité publique destinée à venir en aide aux familles nécessiteuses dont les soutiens étaient mobilisés, c'est-à-dire qu'il a entendu faire une souscription; - Attendu, en droit, que la souscription est un contrat de bienfaisance qui oblige celui qui consent une libéralité envers celui qui l'accepte; qu'il est de jurisprudence constante que ce contrat n'est pas assujéti aux formes des donations et peut résulter d'un acte sous seings privés, ou même d'une convention verbale; - Attendu, en fait, que non seulement Bailly n'a pas révoqué immédiatement la libéralité qu'il avait faite dans son télégramme prérappelé, mais qu'il l'a encore affirmée dans la suite, en recevant sans protestation les remerciements élogieux de ses collègues du conseil municipal, à la séance du 7 août, à la quelle il assistait; qu'il n'a pas protesté davantage à une autre séance du 12 août, à laquelle il assistait également, et où il a été décidé que, par suite de la prise en charge par l'Etat des allocations militaires, deux souscriptions seraient ouvertes, l'une pour les blessés et l'autre pour les indigents, et que ce n'est que le 7 avr. 1915 que, revenant sur sa décision et invoquant d'une part l'intervention de l'Etat pour les allocations militaires, intervention qu'il connaissait déjà à la date du 12 août et, d'autre part, la diminution de ses ressources, il a déclaré revenir sur sa première décision et annuler la souscription par lui librement consentie; - Mais attendu que cette prétention de Bailly ne saurait être admise; qu'en effet, la somme par lui offerte à la ville avait été irrévocablement acquise à cette dernière par son acceptation relatée dans le procès-verbal de la séance du conseil municipal du 7 août; qu'il ne pourrait en être autrement que si le défendeur rapportait la preuve que sa libéralité est devenue sans cause, et que la ville en a fait ou manifesté l'intention d'en faire un usage autre que celui auquel elle était destinée; - Attendu que la condition impulsive et déterminante de la libéralité

était, de la parte de Bailly, de soulager les familles nécessiteuses des mobilisés; qu'il est de toute évidence que le secours donné par l'Etat, qui était pendant les débuts de la guerre de 1 fr. 25 cent. pour la femme et de 0 fr. 50 cent. pour chaque enfant au dessous de seize ans, était insuffisant, alors surtout qu'à cette époque tout travail était suspendu, pour l'entretien des familles qui se trouvaient dans le besoin; qu'il s'ensuit que la libéralité faite par Bailly était d'une utilité incontestable pour soulager les indigents, à qui les allocations militaires ne permettaient pas de vivre; que, du reste, le défendeur l'a si bien compris qu'à la séance du conseil municipal du 12 août 1914, où il avait été questions des secours de l'Etat, il n'a soulevé aucune protestation, et qu'il est donc à présumer, jusqu'à preuve du contraire, que c'est à cet usage que la ville de Nancy a employé à l'avance les 100.000 fr. offerts par Bailly et sur lesquels elle était légitimement en droit de compter; qu'en tout cas, le défendeur ne rapportant pas la preuve que la condition impulsive de sa libération n'ait pas été respectée, c'est à bon droit que la ville de Nancy en réclame l'exécution; - Attendu que, pour se soustraire à son obligation, Bailly soutient encore que sa fortune se trouverait actuellement considérablement diminuée, que des contributions importantes dépassant 2.000 fr. lui seraient du fait de la guerre imposées par l'Etat; - Mais attendu que ces deux arguments sont contradictoires; qu'en effet, s'il est exact que le défendeur est exposé à payer des contributions importantes à l'Etat, c'est qu'il possède encore une matière imposable considérable; qu'il paraît vraisemblable que si Bailly a, comme tant d'autres, vu ses revenus diminuées pendant la guerre, il n'a pas cependant été atteint au point de vue de sa fortune dans ses oeuvres vives et que sa situation telle qu'elle existe actuellement, et qui ne peut que s'améliorer avec le retour à la vie normale, lui permet parfaitement de se libérer de la somme que, dans un beau geste, il a offerte à la ville de Nancy et qu'il eût été plus digne et plus noble de payer bénévolement, sans s'y faire contraindre par la voie judiciaire; - Attendu toutefois qu'il convient, en raison des pertes de revenus que Bailly a pu subir du fait de la guerre, de prononcer condamnation au paiement de la somme due

sans intérêts et en accordant termes et délais pour se libérer; - Par ces motifs, condamne Bailly à payer à la ville de Nancy la somme de 100.000 fr. pour les causes sus-énoncées; lui accorde toutefois pour se libérer un délai jusqu'au 1^{er} janv. 1921; dit qu'il devra verser 40.000 fr. le 1^{er} janv. 1920, 20.000 fr. le 1^{er} juill. 1920 et 40.000 fr. le 1^{er} janv. 1921.

Appel par le sieur Bailly.

ARRÊT

LA COUR (*omissis*). — In quest'*omissis* la Corte ripete i fatti esposti nella sentenza del Tribunale con qualche aggiunta concernente specialmente la lettera 7-4-1915 di Bailly. Riprendiamo a questo punto la sentenza della Corte:

— Attendu que, le 7 avr. 1915, Bailly écrivait au maire de Nancy: « Au début de la mobilisation, j'avais mis à la disposition de la ville de Nancy une somme de 100.000 fr. pour le cas où une souscription aurait été ouverte en faveur des familles nécessiteuses de mobilisés; j'ignorais du reste, à ce moment, l'existence du secours légal de l'Etat. En raison même de ce secours et sur les conseils de M. le préfet, la ville a renoncé à une souscription de ce genre; mon offre était donc devenue sans objet. J'avais cependant eu l'intention d'attribuer cette somme aux autres oeuvres municipales d'assistance, mais je n'ai pas cru pouvoir transformer cette intention en réalité ou en engagement pour les raisons suivantes: mes intérêts se trouvant à peu près entièrement situés dans nos départements envahis, ainsi qu'en Belgique ou en Lorraine, ils sont gravement compromis, ma fortune personnelle est anéantie, celle de Mme. Bailly, considérablement diminuée. Dans ces conditions, mon intention actuelle est de souscrire aux oeuvres municipales d'assistance de guerre une somme égale à la souscription la plus élevée d'un membre du conseil municipal; je vous serais reconnaissant de vouloir bien m'en faire connaître le chiffre »; - Attendu que, par cette lettre, Bailly notifiait au maire de Nancy son refus de verser les 100.000 fr. qu'il avait souscrits; qu'il a réitéré ce refus dans des lettres postérieures; que vainement la municipalité a essayé de le faire revenir sur sa détermination; qu'il explique, dans

une lettre du 7 oct. 1915, « que les allocations journalières d'Etat, en admettant que la guerre finisse au printemps de 1916, vont charger son patrimoine d'une contribution de 150.000 fr., et qu'en conséquence, ses intentions charitables du 2 août 1914 se trouvent amplement réalisées »; - Attendu qu'il résulte des termes mêmes de la lettre de Bailly, en date du 7 avr. 1915, que sa libéralité du 2 août 1914 est une souscription; qu'il est établi par les documents de la cause que sa souscription a été apportée à une souscription publique ouverte par la municipalité en faveur des familles nécessiteuses de mobilisés; qu'ainsi la condition qu'il avait mise à sa libéralité a été remplie; qu'aucun doute ne saurait subsister sur ce point; qu'un journal local, *l'Est républicain*, faisait mention de cette souscription publique et de la somme souscrite par Bailly, dans son numéro du 14 août 1914; qu'il imprimait: « La somme de 100.000 fr. portée sur la première liste (M. Bailly, conseiller municipal) doit être comprise parmi les sommes promises et non parmi les sommes versées, come il a été indiqué par erreur. En conséquence, les totaux rectifiés sont les suivants: sommes versées, 28.548 fr.; sommes promises, 101.800 fr. »; qu'il importe peu que, dans la suite, la souscription publique ait été étendue à toutes les familles nécessiteuses sans distinction, que leurs soutiens fussent ou non mobilisés; que les fonds déjà souscrits étaient juridiquement acquis et ne pouvaient manquer d'être employés conformément aux intentions des souscripteurs; qu'en fait des sommes considérables, dépassant de beaucoup les sommes souscrites, ont été distribuées par la ville aux familles nécessiteuses des mobilisés; - Attendu que la souscription ne donne pas seulement naissance à un engagement d'honneur, mais encore à un engagement juridique; que les règles qui la régissent ne sont pas inscrites au titre « des donations », mais à celui « des obligations »; qu'elle est un contrat innomé, de bienfaisance à l'égard du bénéficiaire, commutatif à l'égard de l'organisateur, et que ce contrat innomé n'est assujéti à aucune forme spéciale; que Bailly a trouvé un équivalent de son engagement dans les avantages que lui procurait la ville en avançant les fonds qu'il avait promis, mais que la Société générale, à laquelle il avait donné mandat, avait refusé de

verser, en mettant à sa disposition son organisation, ses bureaux, ses agents, pour la distribution des fonds aux bénéficiaires, en publiant, de la façon la plus flatteuse, sa libéralité, et en lui rendant ainsi l'opinion publique plus indulgente pour son éloignement de Nancy dans des circonstances critiques; - Attendu que la ville de Nancy, ayant rempli à l'égard de Bailly son obligation, demande à juste titre qu'il soit tenu de remplir la sienne, c'est-à-dire de verser entre ses mains la somme de 100.000 fr. qu'il a souscrite le 2 août 1914 et qu'elle a déboursée; - Par ces motifs, et adoptant au surplus ceux du jugement en ce qu'ils n'ont rien de contraire au présent arrêt, confirme ».

La Corte di Cassazione confermava la sentenza della Corte di Nancy. Dopo aver riassunto il fatto, quale risulta dalle precedenti sentenze, la Corte di Cassazione osserva che, siccome l'Istituto di Credito (La Société Générale), cui Bailly aveva dato mandato di versare la somma alla Ville de Nancy, aveva invocato la moratoria, la Ville de Nancy aveva anticipato i fondi di 100.000 fr., facendone l'impiego prescritto da Bailly, e così motiva: « La souscription publique, *par sa nature*, n'est pas soumise aux formalités prescrites par l'art. 931 c. civ. pour les actes portant donation entre vifs. - Le souscripteur est, dès lors, tenu de payer la somme par cela seul que son engagement est légalement établi ».

NOTA E QUESTIONARIO (al caso Bailly). - V. vol. I § 9, specie note 4 e 10; § 10; § 12 *sub a*; § 20 *sub b*; § 38 *sub d*.

Anche su questo *leading case* richiamiamo la massima attenzione del lettore.

A) I precedenti giurisprudenziali francesi sulla *souscription publique* si trovano citati in una nota di Claro alla sentenza della Corte di Parigi, 21 ottobre 1902, Klobb cr. Le Figaro e Phénix, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1903, II, 120 (la quale sentenza, peraltro, non esaminava la questione della *natura giuridica* della *souscription*, ma quella sul diritto del beneficiario della sottoscrizione di rifiutarla o impedirla; in questo senso anche la sentenza del Tribunale della Senna del 3 maggio 1854 nel celebre caso Dame de Balzac cr. Alexandre Dumas, il quale aveva aperto una sotto-

scrizione pubblica per erigere una tomba, e poi rinunciando alla tomba, un monumento a Balzac).

Fra tali precedenti il Claro comprende anche casi da noi riferiti sopra: Reverchon, che non tratta in realtà la questione sotto l'aspetto della natura della *souscription publique*, e Bardet, che neppure concerne una sottoscrizione pubblica.

Il Claro osserva che lo scopo della sottoscrizione può essere d'interesse pubblico (opere di pubblica utilità, beneficenza pubblica), ma anche privato (come nei casi Klobb e Balzac). Ciò che conta sarebbe l'intervento, fra il sottoscrittore e il beneficiario, di un'altra persona: l'organizzatore. Il che ne farebbe un contratto *sui generis*, misto, mentre le tesi correnti sono quella del contratto a titolo gratuito e quella del *contrat intéressé ou commutatif*.

Contro la tesi del contratto a titolo gratuito, e in specie quella della *donation avec charges*, il Claro osserva che v'è un rapporto fra sottoscrittore e organizzatore, per cui il secondo ha azione contro il primo per ottenere il versamento, e il primo contro il secondo per fare pervenire la somma al beneficiario; nonchè un rapporto fra questi e l'organizzatore. Di qui un insieme complesso di rapporti che il concetto di *donation avec charges* non può spiegare, pur dovendosi riconoscere che v'è un impoverimento del sottoscrittore e arricchimento senza contropartita per il beneficiario. D'altronde, secondo il Claro, la *charge* sarebbe una mera limitazione del valore donato a carico del donatario (v. vol. I, p. 121), mentre nella *souscription publique* il beneficiario non avrebbe alcuna *charge*, e, se mai, l'obbligazione o peso (di organizzare la sottoscrizione e versarne l'ammontare) è a carico dell'organizzatore che non ne trae alcun beneficio pecuniario. I Tribunali, continua il Claro, hanno sempre respinto, in un modo o nell'altro, la pretesa del sottoscrittore che, per sottrarsi all'impegno, adduce la mancanza delle forme della donazione.

Contro la tesi del *contrat commutatif pur et simple* (tesi dei casi Reverchon, Bardet e altri citati dal Claro), quest'autore osserva essere bensì vero che il sottoscrittore richiede in cambio un'obbligazione (di costruire un'opera, di organizzare, ecc.) cui ha un interesse patrimoniale o anche solo morale, ma questa obbligazione non è assunta dal beneficiario, rispetto al quale v'è, dunque, vera liberalità e *animus donandi*. Il ricorrere a un interesse morale, di vanità, ecc., nel sottoscrittore, come fa la giurisprudenza nei succitati casi, è povero argomento, chè tutte le donazioni, osserva il Claro, sono più o meno ispirate da simili moventi, da non confondersi con la « causa », che è sempre quella di liberalità (v. anche il nostro vol. I § 9); del resto, gli artt. 910 e 937 c. civ. francese considerano come dona-

zioni casi del genere (a parte il caso in cui siavi pubblica sottoscrizione). La vera controprestazione, che ottiene il sottoscrittore, è l'opera dell'organizzatore, senza la quale non potrebbero raccogliersi i fondi *sufficients* a quello scopo di liberalità o beneficenza, cui tende il sottoscrittore.

B) Una nota dell'Appleton alla sentenza della Corte di Nancy, in DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1920, *loc. cit.*, rileva le tre tesi in contrasto: donazione, soggetta alle relative forme; contratto commutativo, in quanto il sottoscrittore si obbliga *en vue des satisfactions d'ordre pécuniaire ou moral que peut lui procurer la réalisation de l'oeuvre poursuivie*; contratto misto, per cui la sottoscrizione « *est un contrat innomé, de bienfaisance à l'égard du bénéficiaire, commutatif à l'égard de l'organisateur* »; tesi, quest'ultima, nel cui senso si sarebbe nettamente orientata la giurisprudenza.

L'Appleton osserva che la giurisprudenza, per sottrarsi ai gravi inconvenienti di una concezione civilistica, quella della donazione col suo rigido formalismo, ha fatto ricorso ad un'altra concezione o espediente civilistico, quella del contratto innominato e della libertà contrattuale. Con tale espediente si è cercato di ridurre al minimo, come in altre situazioni, gli inconvenienti del cennato rigido formalismo.

Ma, continua l'Appleton (professore di diritto amministrativo!), quell'espediente, se è adatto per le sottoscrizioni in vista di uno scopo privato, sembra poco adatto rispetto a nuove situazioni che si ricollegano al diritto pubblico.

Nel caso Bailly la sottoscrizione concerneva « *une oeuvre d'assistance rentrant incontestablement dans les attributions administratives de la ville: secours aux familles des mobilisés indigents* ». Perciò la Corte di Nancy avrebbe dovuto, invece, ricorrere al concetto di servizio pubblico e ai relativi principi di diritto amministrativo. Per il che avrebbe trovato precedenti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei Tribunali ordinari, concernente le offerte di contributi in danaro o in natura *en vue de l'exécution de travaux publics* (v. vol. I § 9 nota 4, nonché il caso Lapeyre cr. Commune d'Urrugne). « *Ces offres de concours deviennent de simples incidents de l'opération administrative projetée ou entreprise; le but poursuivi par les souscripteurs (coopérer à la construction ou à l'aménagement d'un ouvrage public) caractérise la nature même de l'acte juridique accompli par eux. Cet acte ne se présente plus sous couleur de libéralité; c'est une collaboration volontaire à un service public* (citaz. di Berthélemy e di Hauriou) ». Conseguenze trattene dalla giurisprudenza: liberazione dalle forme della donazione; competenza dei tribunali amministrativi.

Perchè non estendere, si domanda l'Appleton, questa giurisprudenza al di là delle sole *offres de concours pour travaux publics*, anche al campo

di tutte le sottoscrizioni per un'opera di interesse pubblico, di assistenza pubblica, ecc., rientrante nelle *attributions administratives* di un ente pubblico, come nel caso Bailly, quali: l'acquisto di libri per biblioteche, la fondazione di istituti o cattedre universitarie, di premi o borse di studio o di ricerche, di igiene, ospedali, ecc.? Anche in questi casi il sottoscrittore è non *un donateur proprement dit*, ma *un collaborateur pécuniaire des services publics*, cui ha sottoscritto per permetterne o favorirne il funzionamento. Come *incident de l'opération administrative, ce n'est plus un contrat de droit privé, c'est un acte juridique de droit public*. Per organizzare e far funzionare i servizi pubblici, l'amministrazione pubblica può valersi di tutti i mezzi da essi ritenuti all'uopo opportuni, fra cui la sottoscrizione.

Conseguenze che trae l'Appleton: libertà dalle forme della donazione; dalla tutela amministrativa e dalla necessità di una forma speciale per l'accettazione, che può anche essere implicita; l'esclusione della revoca per sopravvenienza di figli e dell'azione di riduzione dei legittimari (salvi i casi di frode); ma, a parte i casi dei *travaux publics*, competenza dei giudici ordinari.

C) Una nota redazionale del Dalloz, alla sentenza della Cassazione nel caso Bailly (*Rec. Pér.*, 1923, *loc. cit.*), osserva che la Cassazione si era fin qui astenuta dal definire la natura giuridica della *souscription publique*. Donazione, contratto a titolo oneroso, contratto misto? Risposta della nota: si deve decidere secondo l'oggetto della sottoscrizione, l'intento delle parti, l'insieme delle circostanze di fatto! Nel caso Bailly, dice la nota, v'era certamente liberalità « *puisque le disposant n'avait stipulé pour lui comme contrepartie aucun avantage matériel sérieux. Mais cette souscription n'était pas un « acte portant donation »; et c'est seulement pour ces sortes d'actes que l'art. 931 c. civ. exige la forme notariale; et il n'y a aucune raison pour ne pas soustraire à l'application de cet article la souscription quand est à titre gratuit, comme y sont soustraites une série de donations, telles que les donations indirectes, les dons manuels, les donations déguisées* ». (V. il nostro vol. I § 38 *sub d*).

Questa nota del Dalloz è chiarita dal TRASBOT, nel *Traité pratique* di Planioi, *cit.*, vol. II, n. 418, il quale osserva che la formula della Corte di Cassazione nel caso Bailly (*la souscription publique, par sa nature, n'est pas soumise aux formalités prescrites pour les actes portant donation*) è la tipica formula usata dalla giurisprudenza per le *donations indirectes*. La giurisprudenza, dice il Trasbot, vede nella *souscription publique un contrat spécial consacré par la coutume*, che può essere ispirato dallo scopo di liberalità, ma anche da certi interessi, e col quale si può quindi realizzare anche una liberalità.

Il *Traité élém.* di Planiol, cit., III, n. 3248 (ed. 1948) ne parla sotto il titolo « *donations indirectes* » e con il sottotitolo « *Donations réalisées par un acte abstrait* »; e giustifica la validità delle *souscriptions publiques* con il fatto che esse sono in genere seguite da versamento immediato (*dons manuels*, v. il nostro vol. I § 38 *sub a*), o che in genere il loro ammontare è modesto e rientra nei doni d'uso. Ma, se si tratta di obbligazione ancora da eseguire e di ammontare rilevante, il *Traité élém.* osserva che la concezione giurisprudenziale del *contrat inomé, qui sert à réaliser une donation quand il est motivé par une pensée de libéralité*, accolta nel caso Bailly, è concezione non facile da giustificare, e la si spiega soltanto in quanto « *la souscription doit être considérée comme une opération juridique abstraite, alors que sa nature révèle une libéralité* ».

* * *

Questionario:

1°) Cosa pensa il lettore delle varie tesi sopra menzionate, quella delle sentenze nel caso Bailly, e quelle del Claro, dell'Appleton, della nota redazionale del Dalloz alla sentenza della Cassazione, e del *Traité élém.* di Planiol?

2°) Cosa ne pensa, in particolare, per il diritto italiano?

Si raffronti coi casi Comune di Aglié cr. Tapparo; Cordepatre cr. Comune di Monteleone (specie la parte finale della sentenza); Cavezzali cr. Comune di Crespiatica e Tormo; Asilo Infantile Belluomo cr. Bianchi; Tessitori cr. Gagliardi; Ospedale Maggiore di Milano cr. Garovaglio, De Sanctis cr. Comune di Roma, e relative note.

Si veda anche MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*, 8^a ed., Milano 1952-1954, vol. I, p. 279, 301-302, 303, specie p. 304 a 308, e vol. III, I, p. 25 a 27, e 34, dai quali luoghi risulta che la sottoscrizione, anche attraverso comitati, è, nell'opinione dominante in Italia, considerata come donazione (magari *cum onere*), soggetta alle forme relative e anche all'autorizzazione amministrativa, salvo si tratti di donazioni manuali di modico valore.

3°) Quale valore ha il fatto che, nel caso Bailly lo scopo della sottoscrizione rientrava nella *mission ordinaire* o nelle *attributions administratives* (v. Appleton) del Comune?

4°) Il Tribunale e la Corte di Nancy sembrano avanzare vari argomenti di rincalzo a sostenere la validità della sottoscrizione, e cioè, che solo per un accidente o moratoria della Banca incaricata la sottoscrizione *non divenne, qual'era ormai intesa*, una donazione manuale (valida in ogni caso per il diritto francese: v. vol. I § 38 *sub a*); che tutto il conte-

gno di Bailly, riprovato dalle sentenze, e la sua situazione finanziaria non giustificavano la revoca; che Bailly aveva tratto dei vantaggi, anche morali, dall'affare, ecc. Questi argomenti di rincalzo non arieggiano la *cause juste* di che al nostro vol. I § 14 *sub e* et § 20 *sub b*? Ma v. il passo finale della sentenza della Corte di Nancy, che, come nei casi Bardet e De Mailly, vede in quei vantaggi morali un « *équivalent* » o corrispettivo.

5°) In special modo, come si spiega, se non con tale concezione della *cause juste*, la sentenza del Tribunale, laddove, nella sua parte finale, libera Bailly dal peso degli interessi?

6°) Che valore ha il fatto che la Ville de Nancy ebbe ad anticipare i fondi sulla fede della promessa o ad impiegarli prima di riceverli e che per questo affidamento essa era « *légitimement en droit de compter* » sulla disponibilità dei fondi promessi? V. sopra sez. III.

7°) Senza gli argomenti di rincalzo, o *causes justes*, di che *sub 4°* e *6°*, è proprio sicuro che la concezione del *contrat innomé* avrebbe operato nell'indurre il Tribunale e la Corte a tener ferma la promessa? Si veda anche il caso Maire de Caen cr. Evrard.

8°) Come si risolverebbe il caso Bailly nella *common law*? v. vol. I §§ 26 e 30 *sub a* e § 27 *sub a*, nonchè il caso Allegheny College e relativa nota.

NOTA RIASSUNTIVA IMPORTANTE SUI CASI OGGETTO DELLA SEZ. IV.

Il lettore avrà osservato la diversità dalle soluzioni date dalla giurisprudenza italiana e da quella francese in casi analoghi. Eppure le norme dei codici francese e italiano sulle questioni oggetto del presente cap. II (come pel cap. III) sono del tutto simili. Ne tragga il lettore le conseguenze che crede circa il valore e la portata dell'opera di codificazione e delle relative formule.

CAPITOLO III

LA PROMESSA E L'ALIENAZIONE PER UNA « CAUSA PRAETERITA » (OBBLIGAZIONE NATURALE, SERVIZI RESI, ETC.) (vol. I, § 11)

SEZIONE I

Giurisprudenza italiana.

BIANCIOFFO *cr.* PIGNATELLI

App. Torino, 21 febbraio 1879. — *Giur. Tor.*, 1879, 195.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Ritenuto che con istromento 7 dicembre 1843 Giovanni Bianciotto cedeva e rinunciava la proprietà di crediti per L. 2565 a favore della prole maschile e... in difetto, della femminile delli suoi nipoti Domenico Bianciotto e Giuseppina Cartabello, ed a favore di questi due ultimi l'usufrutto.

— Che nel medesimo rogito il Giovanni Bianciotto dichiarava essere addivenuto a detta rinuncia per dare alli detti suoi nipoti ed alla costoro prole una prova della sua affezione e per attendere alla promessa ad essi fatta in occasione del loro matrimonio di rinunciare alli cennati crediti.

— Che parimenti nello stesso atto la Giuseppina Cartabello, col consenso del suo marito, assicurava, mercè iscrizione ipotecaria, la proprietà delle L. 2565 nelli suoi figli sopra l'ivi descritta casa e terreno.

— Ritenuto che con successivo istromento del 7 settembre 1844,

la detta Cartabello vendeva al suo zio Giovanni Bianciotto la testè indicata casa e terreno per la somma di L. 3920, delle quali faceva speciali delegazioni di pagamento, fra cui le L. 2565 alla sua prole, in conformità del rogito 7 dicembre 1843.

— Moriva indi con testamento del 25 settembre 1850 il Bianciotto Giovanni, legando la medesima acquistata casa e sedime all'unico figlio delli ridetti suoi nipoti, Carlo Bianciotto, con che i pesi gravitanti sopra i legati stabili fossero a carico del legatario.

— Ritenuto che dalle fatte premesse emerge la soluzione delle questioni che formano l'oggetto della attuale vertenza, avvegnachè l'esplicita dichiarazione fatta da Giovanni Bianciotto nel primo dei cennati rogiti non lascia dubbio che egli colla fatta rinuncia dei crediti volle eseguire una obbligazione naturale, quella cioè verbalmente assunta in occasione del matrimonio del suo nipote Domenico Bianciotto colla Giuseppina Cartobello di rinunciare a favore loro e della prole alli ridetti crediti.

— Non avvi adunque una vera donazione, per la cui validità occorressero le solennità volute dalla legge in allora vigente, ma l'adempimento di un obbligo, il quale non abbisognava di alcuna omologazione, tanto più avuto riguardo alla causa e alla occasione per cui fu determinata ed emessa quell'obbligazione.

— Ritenuto che le letterali parole, con cui venne dettata la disposizione testamentaria riflettente il narrato legato, pongono in sodo aver voluto il testatore subordinare il lascito alla condizione degli oneri e pesi gravitanti sulla casa e terreno legati, e siccome su questi era effettivamente iscritta ipoteca a garanzia delle ridette L. 2565, le quali costituivano un peso realmente annesso al fondo, così, non potendo essere dal Carlo Bianciotto accettato il legato senza adempiere alle condizioni con cui venne fatto, divenne necessariamente debitore e creditore di quelle somme, ed indarno vorrebbe ora reclamarne il pagamento dalla erede di Giovanni Bianciotto » (*omissis*).

Conferma la sentenza del Tribunale di Pinerolo, 5 maggio 1875.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie *sub d*, nonchè nota 26.

Non è ben chiaro quale fosse la tesi dell'attore Carlo Bianciotto, figlio dei coniugi Bianciotto - Cartabello e legatario del Giovanni Bianciotto. Pare fosse la seguente: l'atto 7 dicembre 1843 conteneva una donazione nulla per difetto di forma (l'omologazione in allora prescritta); nulla era quindi l'iscrizione ipotecaria; ed esso Carlo Bianciotto poteva pretendere dall'erede di Giovanni Bianciotto (la convenuta Pignatelli) il pagamento delle L. 2565 quale parte del prezzo della vendita oggetto della delegazione di pagamento convenuta nell'atto 7 settembre 1844. Comunque, quale che fosse la tesi del Carlo Bianciotto, ciò che interessa è la ragione per cui la Corte di Torino ritenne che nel caso non si trattava di donazione col relativo requisito formale.

Questa ragione sembra duplice:

a) l'obbligazione naturale derivante da una promessa verbale (di donazione?);

b) la causa o occasione per cui fu determinata quella promessa del Giovanni Bianciotto, cioè, pare, il matrimonio del nipote con la Cartabello.

Per la critica delle due tesi nel diritto italiano, v. il vol. I, § 11 specie *sub d*, ad note 25 segg.

Questionario:

1°) Che valore possono avere, in relazione alla detta obbligazione naturale e a rafforzarla, il fatto che la promessa verbale fu fatta in occasione di un matrimonio e l'affidamento che su tale promessa avrebbero fatto i futuri sposi? v. vol. I § 11, *sub d* in fine (necessità di considerare l'obbligazione naturale e la sua forza in concreto secondo i fatti di causa).

2°) Che valore può avere, in genere e dal punto di vista di un problema di giustizia, un principio analogo, *mutatis mutandis*, a quello della *reliance* di *common law*? v. vol. I § 27 *sub a* ad note 4 segg. e nota introduttiva alla sez. III del cap. II. Il caso Bianciotto potrebbe rientrare fra i casi considerati in quella nota introduttiva? v. anche i casi Arrigoni e Cattaneo nella sez. III del cap. II.

3°) Come si risolverebbe il caso Bianciotto nel diritto francese? v. vol. I § 11 e i casi francesi *infra* riferiti nella Sez. II.

4°) E nella *common law*? v. vol. I § 28 *sub a*; § 30; § 27 *sub a* e il caso Berry Ruspoli cr. Berry Chigi.

CACCIA coniugi cr. CACCIA NICCOLINI

App. Brescia, 3 settembre 1878. — *Mon. Trib.*, 1878, 1080.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Margherita Caccia, attrice e figlia degli appellanti coniugi Caccia, contraeva il 13 maggio 1871 matrimonio con Baldassare Niccolini. Parve che quelle nozze non fossero di soddisfazione del padre della sposa.

Il Niccolini, prima ancora di contrarre promessa di matrimonio con la Margherita Caccia, chiese ai di lei genitori quale assegno le avrebbero fatto. A quanto risulterebbe dalle prove, gli fu risposto che essi genitori avrebbero fatto un assegno uguale a quello di altra figlia, già sposata, e precisamente L. 200 annue il padre e L. 100 annue la madre.

Il 12 maggio 1871, un giorno prima delle nozze, un amico di casa predispose una scrittura privata, in cui il padre prometteva un assegno a titolo di dote per L. 4000 e la madre per L. 2000 (somme corrispondenti alla detta rendita annua al 5%).

Le somme dovevano essere consegnate dopo la morte dei genitori, i quali frattanto si obbligavano a pagare gli interessi nella misura del 5%.

Secondo una formula di giuramento ed altre prove orali dedotte dall'attrice Margherita Caccia, il testo della scrittura sarebbe stato steso con l'adesione di entrambi i genitori. Ed anzi, in quella occasione la madre soggiungeva alla figlia, assente il padre, che « fra genitori e figlia non c'era bisogno di atto pubblico e di scrittura qualsiasi, dovendo bastare la sola parola, allo scopo anche di evitare spese di bolli, tasse e registrazione ».

La scrittura fu sottoscritta dalla madre, dalla figlia e da due testimoni, non dal padre.

Questi non si lasciò vedere il giorno delle nozze (13 maggio 1871), nè mai sottoscrisse quell'atto.

Ciò nonostante, la madre cercò di tranquillizzare la figlia e, nel dare assicurazioni pel padre, le consegnò L. 150 quale prima rata semestrale.

Con lettera 5 giugno 1871 il padre scriveva alla figlia: «Ti rimetto l'unita nota degli effetti del fardello nuziale a te consegnati, poichè tu voglia unitamente a tuo marito firmarla (sic), e poscia ritornarmela (sic), riservandomi poi di farne copia e rimetterla unitamente a quella dichiarazione sull'assegnamento a te fatto da pagarsi di semestre in semestre a partire dal giorno del matrimonio in poi: t'avverto che detta nota ho creduto bene sia stesa in bollo a norma di legge».

Il padre, poi, non volle mai sottoscrivere la surrichiamata scrittura privata.

Nè entrambi i genitori pagarono in prosieguo l'assegno; la madre eccependo che si era obbligata a condizione che pure il padre sottoscrivesse quell'atto, e che le L. 150 erano state da lei rimesse alla figlia a titolo di «donativo».

Di qui la causa.

La Corte di Brescia così motivò sul punto:

«La più volte menzionata carta avrebbe dovuto precisamente contenere un contratto matrimoniale, in quanto che avrebbe regolato i rapporti economici tra i futuri coniugi Margherita Caccia e Baldassare Niccolini, potendo questi per sostenere i pesi del matrimonio calcolare sulle L. 6000 promesse dai genitori della sposa, e frattanto sui relativi interessi. Nè v'ha dubbio che tale appunto fosse la volontà del Niccolini, dal momento che fu egli ad interporre l'ing. Chizzoni per assicurarsi, prima di combinare le nozze colla Margherita Caccia, quale assegno i genitori farebbero; e che anche nel corso della precorsa causa lagnossi di vedersi deluso, non vedendo dato quell'assegno, su cui aveva fatto calcolo per sopperire ai bisogni della società coniugale. Dopo ciò riesce manifesto che la mancanza d'intervento del Baldassare Niccolini nella convenzione 12 maggio 1871 l'avrebbe resa inefficace. Ma quand'anche egli vi avesse preso parte, quello scritto, come pure ogni precorso o successivo accordo, diretto alla costituzione della dote alla Margherita Caccia, non potrebbe produrre alcun effetto giuridico di fronte al tassativo disposto dall'articolo 1382 cod. civ. L'atto pubblico avanti a notaio prima del matri-

monio è voluto *ad substantiam*; e nessuno equipollente può ammettersi. Sia che la Margherita Caccia ed i suoi genitori credessero potersi fare la costituzione di dote, cui miravano, senza il concorso del futuro sposo, sia che desso venisse a mancare per sorta discordia, sia infine a motivo della qualità privata dell'atto; la carta 12 maggio 1871, al pari di qualunque promessa relativa che fosse avvenuta a voce o per lettera, è invalida.

Atteso, che quand'anche si volesse prescindere dall'ordine d'idee fin qui svolte, benchè il più corrispondente alle risultanze degli atti, ed entrare in quello di un assegno, che i genitori intendessero di fare alla figlia Margherita indipendentemente da ogni accettazione da parte del Baldassare Niccolini, e quindi di una vera costituzione di dote, si incontrerebbe l'altro insormontabile ostacolo dell'art. 1056. Infatti, poichè per l'art. 147 cod. civ., i figli non hanno azione verso il padre e la madre per obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio o per qualunque altro titolo, l'assegno delle L. 6000 sarebbe stato un atto di liberalità spontanea (cioè *nullo jure cogente*), e quindi una donazione dei sensi dell'art. 1050, affetta da radicale nullità perchè non dedotta in atto pubblico ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11, specie *sub d.*

La sentenza non accenna espressamente alla questione circa l'obbligazione naturale di fare un assegno per causa di matrimonio, come causa sufficiente di una promessa senza le forme della donazione.

Questionario:

1°) Dato il particolare affidamento fatto dai futuri sposi sulla promessa di assegno e dato il contegno dei genitori rispetto a questo affidamento, cosa ne pensa il lettore della possibilità o della convenienza (giustizia) di applicare nel caso un principio analogo, *mutatis mutandis*, a quello della *reliance* di *common law*? v. quesito 2° al precedente caso Bianciotto e citaz. *ivi*.

Avrebbero gli sposi, comunque, un qualche rimedio all'ingiustizia?

2°) Nei confronti dello sposo l'ostacolo sarebbe creato dal requisito formale delle donazioni o da quello formale del contratto di matrimonio?

3°) Quanto alla *common law*, v'era un *bargain*? v. anche i casi Berry - Ruspoli *cr.* Berry Chigi e De Cicco v. Schweizer.

4°) Si confronti in genere questo caso coi casi Bianciotto, Pierfelici, Nicolini, Arrigoni, concernenti lo stesso o analogo problema.

MAGNANI cr. PRESTI

Cass. Roma, 6 novembre 1879. — *Foro it.*, 1880, I, 198.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Luigi Magnani avea avuto rapporti amorosi con Maria Presti; egli o i suoi eredi le avevano promesso per scrittura privata L. 15.000, nella forma che risulta dalla sentenza, per soccorrere e indennizzare la donna rimasta incinta.

Gli eredi del Magnani eccepirono che si trattava di donazione nulla per difetto di forma.

Su questo punto così motiva la sentenza (*omissis*):

«Sul terzo mezzo. — Attesochè, senza arrestarsi a tutte le affermazioni della sentenza denunciata, tra cui quella (in diritto anche contrastata), che quando per una causa di liberalità si procede ad un contratto di forma onerosa, questo vale secondo il titolo e la forma adottata, non si sa per qual fatto di esaurimento o di pretesa novazione: a combattere, o meglio eliminare le questioni sollevate col mezzo in esame, basta tener presente quanto la Corte fermò in linea di fatto, che cioè il mutuo fu stipulato per intero colla madre (la Maria Presti) a fine di provvedere col totale di L. 15.000 e ai bisogni proprî e a quelli del figliolo suo; come pure che la causa di questa apparente stipulazione, risolta, per ammissione di ambe le parti, in una semplice promessa, ossia più propriamente in un — *pactum constitutae pecuniae* — dovea riporsi nel dovere naturale che incombeva ai Magnani di soccorrere ed indenizzare la donna rimasta incinta per opera del loro autore, il fu Luigi.

Dal che emerge riuscire in tutto fuor di luogo quanto si è dedotto in ordine alla incapacità di un non nato, che non sia stato rappresentato nelle forme legali, di accettare una stipulazione; perchè nella specie nulla venne direttamente promesso alla persona del figlio. E riuscire ugualmente estraneo l'ulteriore obbietto sulla neces-

sità dell'atto pubblico per rendere efficace una donazione; giacchè la preesistenza di un'obbligazione, sia pure naturale, distrugge e paralizza il concetto di un atto di liberalità, e fa sì che, ove vi acceda il fatto di una promessa, conforme nella specie è avvenuto, si dia vita con ciò ad un'obbligazione civilmente valida, ossia, come dianzi si accennava, ad un patto *constitutae pecuniae*, che nulla ha di comune colla donazione; giusta si apprende dal Tit. *per tot.* delle Pandette *de pecunia constituta*;

Per questi motivi, rigetta, ecc. ».

NOTA. - V. vol. I § 11 *sub b* et *sub d* in fine.

La sentenza, con un argomento che vedremo adottato anche in altri casi (v. ad es., il caso Pierfelici), per giustificare la validità di una promessa non formale di adempiere un'obbligazione naturale, ricorre all'istituto romano del *constitutum debiti* che, sembra, nei testi giustiniani è ammesso anche per un debito naturale.

Tale richiamo sembra infondato. Invero il problema del *tutto moderno*, di che tratta la sentenza, è quello di vedere se l'obbligazione naturale (nel senso moderno, diversa dall'obbl. nat. di diritto romano) sia una causa *sufficiente*, anche rispetto al *quantum* promesso, ad escludere lo schema causale-formale della donazione. Con questo problema della donazione non ha nulla a che vedere la *ratio legis* per cui fu riconosciuto, nel sistema dei patti di diritto romano, il *constitutum debiti*, anche se questo, nei testi giustiniani, viene esteso alla promessa di adempiere un'obbligazione naturale. V. in proposito vol. I § 2 nota 9 e citazioni ivi, e lo stesso § 2 *sub d*; nonchè il caso Cantelli cr. Cantelli e Baratta Prada cr. Faccioli.

Tuttavia il richiamo al *constitutum debiti* romano viene spesso fatto dalla dottrina del nostro diritto comune e anche oggi dalla giurisprudenza (v. oltre il caso Pierfelici, anche i casi Cantelli, Baratta Prada, Ricciardelli e Guagliardo), allorchè si vuol superare un dubbio sulla validità di una promessa avente come « causa » un'obbligazione precedente, civile (altrui) o anche naturale. Ma soprattutto quel richiamo venne fatto (invano!) da alcuni dottori del diritto comune per arrivare, con l'espedito del *pactum geminatum*, a sanzionare il patto nudo (v. vol. I § 4 nota 14 e § 11 nota 25).

PIERFELICI cr. PIERFELICI

App. Roma, 20 luglio 1884 (in sede di rinvio). — *Foro it.*, 1884, I, 1122.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« (*Omissis*). — Osserva che la disputa sulla virtù giuridica dell'atto privato del 27 dicembre 1871, con cui Paolo Pierfelici assegnò alla figlia sua Maria Filomena, già maritata con Carlo Valenzano, la somma di L. 6.000 fruttifera di interessi al sei per cento l'anno, con la solidale obbligazione del rispettivo figlio e germano Filippo, si rannoda alla disquisizione se un tale atto racchiuda gli estremi di una vera e propria liberalità, ovvero riveli i caratteri del costituito, per riconoscimento di obbligazione naturale, da cui l'*actio pecuniae constitutae*.

I primi giudici negarono qualsiasi legittima forza alla accennata scrittura, per difetto degli estremi essenziali dell'atto di donazione, di cui ravvisarono tutti i particolari, sul fondamento dell'articolo 147 del codice civile, che ai figli non dà azione verso il padre e la madre per obbligarla a un assegnamento per causa di matrimonio o per qualunque titolo.

Essi, così giudicando, hanno disconosciuto che le obbligazioni naturali porgono legittima causa ad obblighi civili, hanno confuso i doveri morali o di coscienza con le naturali obbligazioni ed hanno esteso oltre i giuridici limiti il legale concetto della donazione.

Accade pertanto rammentare che il patrio legislatore, pur negando autorità alle obbligazioni naturali, ne riconosce indirettamente l'esistenza e ne determina gli effetti, vietando la ripetizione di ciò che siasi spontaneamente pagato in loro ossequio. Onde l'art. 1237 del cod. civ. prescrive che la ripetizione dell'indebito non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali volontariamente soddisfatte.

Quindi occorre indagare in che codeste obbligazioni si concretino e quale sia il loro distintivo carattere, per poter statuire senza tema di fallacia, se Paolo Pierfelici, con l'assegno alla mentovata figlia sua, ottemperò ad obbligazione siffatta, ovvero a semplice dovere morale.

Fra i dotti il distinto Zacchariae insegna essere le obbligazioni naturali dei doveri, che il diritto filosofico considera siccome producenti un legame giuridico, le quali rimangono nella cerchia di puri doveri naturali, quando non sono state sanzionate dal diritto positivo.

Di qui la dottrina dello stesso sapiente scrittore che le obbligazioni naturali si distinguono dai doveri di pura morale, in quanto la ragione permetterebbe che per esigerne l'adempimento si adoperasse una coazione esteriore, ciò che non è consentito per la esecuzione dei secondi; donde vien germinando di essere le obbligazioni naturali quelle che la legislazione positiva avrebbe potuto sancire, senza travalicare la cerchia legittima del diritto ed invadere quella della morale.

Or, con codesto direttivo principio, egli è agevole definire la natura del dovere che il padre Pierfelici sciolse, con la scrittura privata del 29 dicembre 1871, verso la propria figliuola Maria Filomena, la quale pochi giorni innanzi avea legittimato, di fronte alla legge civile, il suo matrimonio col solo vincolo religioso, da tempo contratto con Carlo Valenzano ufficiale dell'esercito.

Di certo ai genitori il codice civile non impone di fare degli assegni ai propri figli in occasione di matrimonio o in altra contingenza; ma le discussioni che precedettero la sua pubblicazione e le disposizioni di più degli aboliti codici, che alle figlie accordavano azione per congrua dote verso gli autori dei loro giorni, e l'obbligo al padre e alla madre di alimentare la propria prole, riconosciuto dalle moderne come dalle antiche legislazioni, dimostrano ad evidenza che il Pierfelici, con l'assegno alla figlia, attese ad adempimento di obbligazione che la legge positiva avrebbe potuto sanzionare, senza uscire dal campo legittimo del diritto ed estendersi in quello della morale.

Spesso invero dagli scrittori, massimamente dai francesi, si son confuse le obbligazioni naturali con i doveri di coscienza.

Ma quando si ponga mente che dalla ragion naturale scaturiscono doveri diversi da quelli della ragione morale, si fa apertissimo di non essere consentito confondere gli uni con gli altri; imperocchè la riconoscenza, la carità, la beneficenza, che da puri doveri di coscienza derivano, son tutta altra cosa delle obbligazioni naturali, che il diritto

positivo riconosce come sostrato di lecita causa di convenzione (articolo 1104 e 1119 del codice civile).

Quando adunque il padre reputa giusto di fare degli assegni ai proprî figliuoli, come fece il Pierfelici non alla sola Maria Filomena, di cui in ultimo si sovvenne, ma a tutte le figlie sue, e pure al figlio Filippo, verso cui fu anzi prodigo, non esercita un atto di semplice liberalità, invece adempie ad obbligazione, come avvisa il Troplong, il quale dice che comunque questa obbligazione non possa tradursi in azione giuridica, l'onore, la delicatezza e la natura le imprimono un vincolo sì preciso, da non permettere di sconoscere in essa una causa legittima di obbligarsi.

In cotali ricognizioni non si ravvisano della liberalità i caratteri, adagiandosi la donazione nella prodigalità, che si compie « *nullo jure cogente* », come si trae dalla legge 82 Dig. *de reg. iur.* « *donari videntur, quod nullo iure cogente conceditur* » — e più spiccatamente dalla glossa a questa legge: « *Penitus scilicet nullo, id est, neque extraordinario, neque civili, neque ex contractu, neque ex testamento; adde si tamen obligati naturaliter quid dederimus, proprie non erit donatio* »; — ciò ch'è ribadito dalla legge 1 Dig. « *de donat.*, che addimanda donazione ciò che taluno dà unicamente a scopo di liberalità o munificenza, e non per altra causa: « *propter nullam aliam causam facit, quam liberalitatem et munificentiam exercent* ».

Laonde l'assegno in parola rivela gli estremi del costituito, cui soccorre l'azione « *pecuniae constitutae* », non già i caratteri di una vera e propria donazione. Dal fideiussore solidale Filippo Pierfelici, a conforto dell'appellata pronuncia, si osserva:

1) Che nella legislazione italiana non si danno obbligazioni naturali nel senso del diritto romano.

2) Che secondo il vigente codice si ha il concetto della donazione anche quando si voglia esercitare un atto in soddisfazione di obbligo naturale.

3) Che pel diritto patrio la dote o qualunque altro assegno si faccia dal padre ai suoi figli riveste il carattere di vera e propria donazione.

4) Che i genitori, spogliandosi di una qualche cosa in prò dei loro figli, secondano gli impulsi del proprio cuore, anzi che soddisfare ad obbligazione di sorta.

Quanto al primo obbietto, non è consentito porre in forse che il codice civile non concede autorità all'obbligazione naturale, a differenza del diritto romano, che a questa specie di obbligazione attribuiva molti effetti come alla obbligazione civile, tuttochè priva di azione, essendo risaputo che valeva come ragion di una obbligazione ordinaria (§ 1 *instit. de fidejus*), impediva la ripetizione di ciò che fosse stato pagato per errore (L. 3 penult. ff. *de constituta pecunia*), poteva far luogo a novazione in convenzione obbligatoria (L. 1 ff. *de novat*) e soccorreva in non poche altre evenienze, come da svariati testi.

Ma il diniego di azione, pel costringimento ad obblighi naturali, non induce la esorbitante conseguenza che si vuol trarre di non avere codesti doveri la possanza di causa di obbligazione civile, di fronte al generale dettato del su ricordato art. 1104 e dell'eccezione sancita dall'altro citato art. 1237 allo istituto dell'indebito, in grazia del riconoscimento delle obbligazioni naturali.

Quanto al secondo obbietto, egli è mestieri por mente a quel che innanzi si è accennato, di non esser cioè permesso trasformare i doveri morali in obblighi naturali e confondere le donazioni remuneratorie, che metton fondamento a sentimenti di onore o ad obbligazioni di coscienza, con l'adempimento di un onere naturale, il quale, una volta riconosciuto, trae seco coazione esteriore, azione giuridica, come si verifica nei debiti di gioco, nelle convenzioni annullate, per ragione d'incapacità pronunziata contro una persona che agli occhi del diritto filosofico era capace di obbligarsi, e nelle obbligazioni prescritte (articoli 1802, 1804, 1899, 2109 e 2111 del codice civile), che al certo sono obbligazioni men sentite di quelle, al cui adempimento i genitori sono trascinati da doveri che si appressano ai giuridici.

Quanto al terzo obbietto, è desso mal confortato dal duplice riflesso su cui si adagia, cioè:

a) Dall'essersi con l'art. 147 del codice civile negata azione giu-

ridica ai figli verso il padre e la madre per un assegnamento in occasione di matrimonio o per altro titolo.

b) Dall'essersi escluso il diritto alle figlie di avere una dote dai propri genitori.

Anzi tutto vuolsi avvertire che il bisogno che si sentì d'introdurre all'uopo una esplicita disposizione di legge chiaro rivela di versarsi in obbligazione, talmente scolpita nella coscienza dell'universale, che si dubitò potersi trarre dal silenzio argomento di ritenere il padre e la madre obbligati civilmente a fare degli assegnamenti ai propri figli.

In secondo luogo l'accennata azione venne negandosi per considerazioni di ordine generale, le quali non valgono a menomare il dovere naturale dei genitori di provvedere ai bisogni della propria prole; e quindi, quando i medesimi a ciò adempiono, sciolgono una obbligazione che per i suoi caratteri, come innanzi si è rilevato, si sarebbe ben potuto elevare ad obbligazione civile; onde a simiglianti assegni mal si attaglia il concetto di una vera e propria donazione.

Per la dote poi, mentre non ricorre il caso, è notissimo che si rifiutò il diritto alle figlie a fin di mantenere un sistema di perfetta uguaglianza tra maschi e femmine nei rapporti di famiglia e di successione.

Però dalle ampie discussioni che ebbero luogo nel parlamento pria della pubblicazione del vigente codice, emerge che si volle confidare nell'amore e nel sentimento morale del padre e della madre, nella certezza che, nel distaccarsi dal loro seno una figlia, non avrebbero mancato, potendo, al natural dovere di provvederla di congrua dote.

Or l'adempimento di siffatta obbligazione, cui i genitori spontaneamente attendessero, non si può reputare come un atto di liberalità, per la natura del dovere da cui germina; il che va roborato da varie sanzioni del patrio codice, il quale:

1. richiede l'atto pubblico avanti notaio solo per i contratti di matrimonio, non già per la dote, quando non fosse costituita nelle tavole nuziali da chi, non per pura liberalità, ma per obbligo naturale volesse dotare od aumentare le dote ad una coniugata;

2. distingue negli artt. 1001 e 1007 la donazione al figlio o di-

scendente dalla dote alle discendenti, e da ciò che l'ascendente spende pel collocamento dei discendenti.

Quando infine al quarto obbietto, accade appena accennare che l'affetto dei genitori verso i loro figli può essere, anzi è quasi sempre la ragione dell'adempimento dell'obbligazione naturale di provvedere al benessere della propria prole; ma la causa determinante la soddisfazione di cotal obbligo non può trasformare l'indole del dovere da naturale in morale.

Adunque, se non può qualificarsi donazione l'assegno che Paolo Pierfelici fè alla figlia Maria Filomena, pur secondando gli impulsi del suo paterno cuore, la scrittura del 29 dicembre 1871 venne legalmente redatta in forma privata, e di conseguenza non le si può negare virtù giuridica.

Per tali ragioni, revoca, ecc. ».

Questa sentenza venne emessa su rinvio della Corte di Cass. di Roma, della cui sentenza in data 15 novembre 1883 (*Foro it.*, 1884, I, 134) riferiamo la motivazione, salvi gli *omissis*.

« (*Omissis*). — Versando noi adunque in tema di un'obbligazione naturale vera e propria, la è cosa ripetuta e nelle fonti del nostro diritto e in ogni libro di giurisprudenza, qualmente, all'infuori dell'azione, sia la medesima produttiva, secondo si accennava di già, di tutti gli altri effetti proprî delle obbligazioni civili, quali sarebbero, la novazione, il pegno, il costituito ed altri simili.

E parlando appunto del costituito, ch'è la forma più propria che si atagli alla nostra specie, noi sappiamo come una semplice obbligazione naturale bastasse a dar vita al costituito, a renderlo azionabile, quale un riconoscimento ed una promessa di dare ciò, a cui si era naturalmente obbligati.

Ora niuno si è mai azzardato di dire che in simigliante ipotesi si trattasse di una donazione, pello specioso motivo che si era promessa cosa, alla cui prestazione non poteva il promissore venire astretto con azione giudiziaria.

Rispetto al costituito, patto introdotto dal pretore come una ecce-

zione al gius civile, il quale di regola non riconosceva nei patti, spogli della solenne stipulazione, la forma di produrre azione, ossia il « *jus persequendi in judicio quod nobis debetur* », egli è facile lo scorgere che se desso di fronte alla moderna legislazione, la quale rese azionabile qualsivoglia patto nel concorso dei requisiti generali richiesti alla validità delle convenzioni, perdette il suo antico nome, rimase però nella sostanza, traducendosi per tal guisa nella forma di un'obbligazione civile, avente tutti gli estremi a lei necessari, riferentisi al consenso ed alla causa.

Ed è causa certamente capace ad ingenerare un'obbligazione civile quella preesistente di un obbligo naturale, che ci muova e ci determini ad emetterne la promessa del soddisfacimento; senza che possa qui mai ricorrere ed introdursi il concetto della donazione.

Ma oltre le tradizioni storiche del costituito, sta a respingere una simile idea il senso più ovvio e volgare che si ha comunemente della donazione. La quale, sia considerata in se stessa, sia nella intenzione di chi dà, implica sempre, ne può avere altro movente che la munificenza e la liberalità: L. 1, ff. « *de donat* »: donde la bella sentenza di Modestino nella L. 18, ff. « *de adim vel trans, leg. che, nemo in necessitatibus liberalis existit* ».

E lo stesso concetto viene sotto una formola più scientifica ripetuto da Papiniano, nella L. 29, ff. « *de donat* », doversi cioè ravvisare la donazione: *in eo quod nullo jure cogente conceditur*. Da che la comune degli interpreti, tra cui il Cujacio, spiegando tal formola, ripetuta anche nella L. 82, ff. « *de div. reg. jur. ant.* », ne insegna che se *vel jure naturali cogente quid concedatur, donatio non est* (ediz. di Prato, tom. 6, pag. 2077).

Da ultimo, merita appena risposta l'argomento che trar si voleva dall'art. 1237 del codice civile contro l'applicazione dei principi svolti testè, ed a fine di sostenere di essersi con quell'articolo limitati gli effetti delle obbligazioni naturali a quello soltanto di non ammettersi la ripetizione del pagato, ove desse siano volontariamente soddisfatte.

Avvegnachè, se il codice civile, parlando dei pagamenti, menziona ivi un effetto delle obbligazioni naturali, non esclude con ciò l'altro

effetto ben rimarchevole delle stesse obbligazioni, quale consiste appunto nel potersi ben ravvisare in quelle la causa atta a porre in essere, mediante un patto convenuto a promessa di pagamento, una vera obbligazione civile; di cui le regole trovansi implicitamente racchiuse sotto il tit. 4 di esso codice, dove si discorre delle obbligazioni e dei contratti in genere.

Attesochè, accolto il primo mezzo, non si fa luogo a discutere l'ulteriore, che è relativo al fidejussore, e che rimane in quello assorbito.

Per questi motivi, cassa, rinvia, ecc. ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie *sub c* et *sub d*.

Si può essere d'accordo con gli argomenti storici, addotti dalla Corte d'appello e ricordati dalla Cassazione, per dimostrare che esiste nel caso un'obbligazione naturale. Ma da ciò non si può senz'altro dedurre che ogni obbligazione naturale è causa sufficiente per la promessa di adempimento non rivestita delle forme della donazione. Meno ancora vale l'argomento della Corte d'appello (non assunto, pare, dalla Corte di Cassazione), tratto dall'irripetibilità del pagamento (v. anche il caso Cattaneo-Milesi, Bosco-Fogliatti e Danani-Gonzaga).

Si è già accennato all'infondatezza dei richiami di diritto romano (pur fatti nelle due sentenze), sia per quanto concerne il concetto di donazione (v. vol. I § 2), che per quanto concerne il *constitutum debiti* (v. nota al caso Magnani-Presti e i casi Cantelli e Baratta-Prada). Su quest'ultimo punto la sentenza della Cassazione, mentre da un lato afferma chiaramente che in una promessa l'obbligazione naturale è una *causa sufficiente* (ad escludere la donazione); dall'altro sostiene che questa causa è anche la causa del *constitutum debiti* romano, il quale sarebbe « rimasto nella sostanza, se non nel nome », anche nel diritto moderno. E in un passo, veramente interessante, la Cassazione invoca in proposito il sistema moderno dei patti (la sentenza d'appello invece l'art. 1104 cod. civ. del 1865). Con ciò il Supremo Collegio afferma in sostanza il requisito della *causa sufficiente* nel nostro sistema moderno dei patti (v. vol. I § 10, 11 e 13).

Ma, oltre che sulla permanenza del *constitutum debiti romano*, non si può essere d'accordo, almeno per il diritto italiano, sull'affermazione *generica* che ogni obbligazione naturale, « una volta riconosciuta (intendi, mediante la promessa d'adempimento o c.d. costituito) trae seco la coazione

giuridica». Occorre distinguere fra le varie obbligazioni naturali; mentre la mancata distinzione ha condotto la Corte di Cassazione ad affermare che tale principio vale anche per il debito di gioco (v. vol. I § 11 *sub d*).

Quanto alla fideiussione, prestata nel caso dal fratello della sposa, essa è valida soltanto se è valida la promessa di adempimento dell'obbligazione naturale, e non sulla base di quest'ultima per sè.

Questionario:

1°) Cosa pensa il lettore dell'argomento, contenuto nella sentenza della Corte d'appello, che « l'atto notarile è richiesto per i contratti di matrimonio, non già per la dote, quando non fosse costituita nelle tavole nuziali, ecc.? » v. vol. I § 11 nota 24.

2°) E che degli argomenti che la stessa sentenza trae dagli artt. 1001 e 1007 cod. civ. 1865 (art. 737 e 741 nuovo cod. civ.)?

3°) Si confronti il caso Pierfelici col caso Caccia cr. Caccia.

ROLANDO cr. ROLANDO

Cass. Torino, 30 settembre 1885. — *Mon. Trib.*, 1886, 70.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Maurizio Rolando, padre di Giuseppe Rolando, aveva chiesto la restituzione di L. 28.997, somma che asseriva di aver dato al figlio per avviarlo al commercio. Motivo della richiesta: nullità di una donazione per mancanza dell'atto pubblico. La Corte d'appello di Torino aveva respinta tale domanda. E la Corte di Cassazione di Torino, confermando, così motivava:

« Ben lungi dall'essere caduti in errore i giudicanti ritenendo l'irrevocabilità della sovvenzione, ed il niun bisogno dell'atto autentico o di altra formalità, grandemente s'inganna il ricorrente quando attribuisce all'art. 1007 cod. civ. il senso da lui propugnato. Gli atti di buon governo della famiglia, quando riguardino spese fatte dall'ascendente allo scopo di procurare al discendente un ufficio od un collocamento, non sono sottoposti dal citato articolo ad alcuna formalità, ed il denaro sborsato non può ripetersi, salvo patto in contrario. Invero l'art. 1007 dichiara « soggetto a collazione ciò che il defunto ha speso per la dote e il corredo nuziale delle discendenti, per costituire al discen-

dente il patrimonio ecclesiastico, per procurargli qualunque ufficio o collocamento, o pagarne i debiti ».

La somministrazione delle somme in questione, fatta a Giuseppe Rolando dal suo genitore, è senza dubbio compresa nel riferito articolo sotto il nome di spese fatte dall'ascendente per procurare al discendente qualunque ufficio o collocamento, perchè la somministrazione delle L. 28.997 gli fu fatta per fornirlo dei mezzi necessari ad esercitare la mercatura, ed il legislatore non ha senza dubbio inteso di annoverare siffatte spese, che il genitore fa a vantaggio della propria prole, fra le donazioni propriamente dette; poichè, in caso contrario, essendosi già di queste occupato nel precedente art. 1001, sarebbe stato perfettamente inutile l'aggiungervi il successivo 1007; e così riesce evidente come la mancanza di un atto pubblico nulla tolga alla loro efficacia ed irrevocabilità.

La ragione, onde il legislatore volle esenti da ogni formalità siffatte sovvenzioni, si è che non sono veri atti di liberalità; perocchè, secondo la dottrina di Papiniano nella leg. 29, princ., *de donat.*: « *Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur* », laddove l'ascendente per legge di natura ha il dovere di promuovere il benessere dei suoi discendenti, benchè il cod. civ. nell'art. 147 neghi ai figli ogni azione verso il padre e la madre per fare loro un assegnamento a causa di matrimonio, o per qualunque altro titolo. E l'obbligo naturale dell'ascendente di zelare i vantaggi del discendente, è quello che impedisce al primo di ripetere le spese fatte per procurare all'altro un collocamento od un ufficio. Imperocchè giusta la regola di diritto ricordata nelle II. 13 princ. e 64, *de cond. indeb.*, non s'intende pagato indebitamente ciò che era dovuto per legge di natura, tuttochè non coadiuvata dalla legge civile ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie *sub c* et *sub d*.

La questione non sorse, nel caso, per la validità della promessa non formale, ma per la validità di una dazione già avvenuta (v. vol. I § 38 *sub a*). Tuttavia sembra che, secondo la sentenza, gli argomenti da essa adattati possano estendersi anche al primo problema.

Si confronti questo caso coi casi Caccia e Pierfelici e si vedano le note e i questionari ai casi stessi, specialmente per quanto concerne l'argomento tratto dall'art. 1007 cod. civ. dal 1865.

CANTELLI cr. CANTELLI

App. Napoli, 25 aprile 1888. — *Foro it.*, 1888, I, 734.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« La Corte, ecc. — (*Omissis*) — Si sostiene la inefficacia della dichiarazione contenuta nella scrittura privata del 26 aprile 1868, alla cui base, senza discuterla, il tribunale ha ammesso la Marianna Cantelli a godere l'usufrutto sul disponibile materno. Tale scrittura è così concepita:

« Dichiariamo noi sottoscritti, Vincenzo e Tommaso Cantelli, che con istrumento per notaro Caterino di S. Cipriano, di pari data, la nostra comune madre Maria de Angelis ci ha donato la parte disponibile di tutti i suoi beni, senza vincoli o condizione alcuna, inculcandoci a voce, che durante la vita delle nostre sorelle celibi e che abiteranno la casa paterna, le stesse dovessero godere insieme a noi dell'usufrutto dei fondi ricevuti in donazione, e noi volendo corrispondere con gratitudine alle sue materne sollecitudini, e contentarla, ci obblighiamo solidalmente dare alle sorelle comuni che vivranno nello stato celibe, e che coabiteranno con noi nella casa paterna, la parte che loro spetta di usufrutto sui fondi ricevuto in donazione, secondo il numero dei figli di nostra madre, e mancando, esservi solidalmente astretti per tutte le vie legali ».

Ed osservano in proposito gli appellanti che l'assunta obbligazione, o è nulla per la forma, trattandosi manifestamente di una liberalità non risultante da atto pubblico, o l'è per mancanza di causa, non essendovene alcuna ove quella di beneficiare fosse esclusa.

Però la causa dell'usufrutto promesso risultando dalle riferite parole « volendo corrispondere con gratitudine alle sue materne sollecitudini e contentarla », la sola indagine che può farsi consiste nel vedere se la volontà espressa oralmente dalla madre donante ai figli

donatarî importasse per costoro un obbligo naturale di osservarla, e se questo, mediante la intervenuta promessa, siasi trasformato in civile senza carattere di liberalità.

Si suole distinguere tra obbligazioni naturali e doveri di pura morale, in quanto la legislazione positiva avrebbe potuto secondo ragione sanzionare quelle senza uscire dalla sfera legittima del diritto, non questi senza invadere il campo della morale. Ma che sia di tal distinzione, ammettasi pure che l'onere taciuto dalla donante, anzi escluso nell'atto di donazione, ed imposto a voce ai donatarî, di far partecipare le sorelle all'usufrutto dei beni donati, costituisca rapporto alle medesime una obbligazione naturale dei donatarî, un dovere cioè che il diritto puro, filosofico, considererebbe come produttore un legame giuridico al quale però il diritto positivo non dà azione. Or l'unico e solo effetto attribuito civilmente a codeste obbligazioni è quello di non farsi luogo a ripetizione quando siano state volontariamente soddisfatte (art. 1237 alinea, 1802 e 1804 cod. civ.), e tale effetto dipende interamente dalla legge positiva, tanto vero che senza la sua disposizione ciò che si fosse pagato potrebbe ripetersi coll'azione d'indebito. La promessa di soddisfare una obbligazione naturale non muta il carattere di questa, non la trasforma in civile, sibbene la conferma, la riconosce, senza niente toglierle o aggiungerle: *confirmatio nihil dat novi*. Quindi la promessa di dare per adempiere un obbligo naturale, a cui non si può essere astretto con azione giuridica, non è che una spontanea liberalità, una donazione nulla quando non sia stata fatta ed accettata con atto pubblico (art. 1050, 1056 e 1057 cod. citato). Non è per altro da dissimulare che l'opinione contraria, appoggiata alla tradizione de' romanisti ed alla reminiscenza del costituito nel senso del diritto romano, è forse prevalente; ma dovendosi la questione risolvere con la guida del codice civile vigente neppure accade ricercare se nello stesso diritto romano trovi sicura base l'avviso opposto, ciò che per altro è seriamente contrastato da recenti scrittori.

Per questi motivi, ecc. ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie *sub d.*

Nel caso non trattasi di una fiducia testamentaria, ma di un onere *verbale* a favore di terzi (beneficati a titolo gratuito) imposto in una donazione.

Questionario:

1°) Trattavasi nel caso di un vero onere o non piuttosto di una raccomandazione? In questa seconda ipotesi, a prescindere dai quesiti 2° e 3°, vi sarebbe stata un'obbligazione naturale? Come si risolverebbe la questione nel diritto francese?

2°) Ammesso che si trattasse di un vero onere, questo, come patto a favore di terzi, *beneficati a titolo gratuito*, deve rivestire le forme della donazione in quanto donazione a tali terzi?

3°) In caso di risposta negativa al precedente quesito, deve, comunque, l'onere risultare dallo stesso atto pubblico che contiene la donazione onerata, specie di fronte al dubbio di che al 1° quesito? V. i casi Magenis cr. Magenis; Maggi cr. Scattolini; e Fantino cr. Pepino.

In caso di risposta affermativa ai quesiti 2° e 3°, si tratterebbe di obbligazione naturale nascente da patto nullo per difetto di forma, la quale obbligazione non può essere la causa sufficiente di una promessa d'adempimento non rivestita delle forme della donazione: v. vol. I § 11 *sub d ad* nota 25. — Ciò posto, non sembra esatto l'argomento che la sentenza trae dall'art. 1237 c. civ. 1865, nè il commento che essa fa di quest'articolo.

La sentenza, nel negare esattamente la permanenza o, comunque, l'applicabilità del *constitutum debiti* romano (v. i casi Pierfelici; Magnani e Baratta - Prada), non ha visto che questo non era il solo argomento per le tesi della validità di una promessa d'adempimento di un'obbligazione naturale; tesi che tuttavia, per quanto si è detto, non si applica nel caso in esame di obbligazione naturale da patto nullo per difetto di forma, se nullo era per questa ragione. La stessa sentenza sembra alludere all'opinione che neppure in diritto romano il *constitutum* potesse applicarsi a questo caso: v. vol. I § 11 nota 25 e richiami *ivi*.

Si noti che nel caso la scrittura privata conteneva l'espressione chiara della volontà di obbligarsi giuridicamente e non un mero intento di « conferma » dell'obbligazione naturale. Sulla distinzione fra i due intenti, v. vol. I § 11 nota 22 e i casi francesi Coureau e i tre seguenti riferiti al cap. V.

NICOLINI cr. NICOLINI

Cass. Roma, 13 aprile 1901. — *Mon. Trib.*, 1901.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« *Omissis*. — I giudici di merito, con giudizio incensurabile, non dubitarono punto che il dedotto giuramento decisorio tendesse a porre in essere una vera donazione per atto di spontanea liberalità, la quale doveva esser fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità (art. 1056 c. c.); e giustamente ne dedussero non poter sussistere in mancanza di esso, nè molto meno potere essere dimostrata a mezzo del giuramento decisorio, non potendo questo esser deferito sopra una convenzione per la cui validità la legge esige un atto scritto (art. 1364 cod. c.).

Correttamente la Corte d'appello non attese alla obbiezione che, trattandosi nella specie di una dichiarazione emessa in adempimento di una obbligazione naturale o di un contratto innominato, per agevolare il matrimonio e regolare rapporti di famiglia, non si avesse una donazione vera e propria, per la quale l'atto pubblico fosse richiesto a pena di nullità, sia perchè aveva già escluso qualunque obbligo naturale per parte del resistente verso la sua nipote, e riconosciuto che si trattava di un atto di spontanea liberalità, a cui egli non era nè per legge nè per altro titolo obbligato; sia perchè, quand'anche volesse considerarsi come una donazione remuneratoria, se si era potuto dubitare in Francia che qualche donazione, avente il suo fondamento in un dovere morale di riconoscenza, potesse considerarsi realmente quale atto di spontanea liberalità, e non ritenersi quindi una vera e propria donazione, uguale dubbio non poteva sollevarsi tra noi, avendo appunto il codice civile, nell'art. 1051, espressamente dichiarato essere donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza, od in considerazione dei meriti del donatario, o per speciale remunerazione, quand'anche gli fosse imposto qualche peso; quale disposizione, introdotta nell'art. 1122 cod. Albertino, e desunta dal § 240 cod. austriaco, ebbe in mira di togliere le molte contestazioni che sorgevano sull'essere, o non, soggette alle formalità prescritte per le do-

nazioni, quelle che, avendo una qualche condizione o peso annesso, oppure essendo fatte in contemplazione di servizi resi precedentemente dal donatario, si scostavano in qualche parte dalla natura ordinaria delle donazioni.

D'altronde, come bene osservò la sentenza denunziata, le obbligazioni naturali si confondono coi doveri morali e sono, al pari di questi, sformite di qualunque sanzione civile, non producendo altro effetto che quello della *soluti retentio*; ma quando il pagamento non ebbe luogo, non esiste alcun vincolo obbligatorio, non potendo l'obbligo morale snaturare l'atto di liberalità, che conserva pur sempre l'indole sua primigenia». (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie *sub c et d.*

Sembra che nel caso si trattasse di una promessa fatta ad una nipote per agevolare il suo matrimonio.

Questionario:

1°) Trattavasi nel caso di una vera e propria obbligazione naturale, o non piuttosto di un mero dovere morale?

2°) E' d'accordo il lettore sulla tesi genericamente posta dalla sentenza circa l'obbligazione naturale come causa di una promessa non rivestita delle forme della donazione?

3°) E che del ricorso, in proposito, al concetto di donazione remuneratoria?

4°) In che senso una delle parti in causa ha accennato alla figura del contratto innominato? v. il caso Arrigoni cr. Mera Pelitti.

5°) Come si risolverebbe il caso nel diritto francese e nella *common law*? v. vol. I § 11 e *infra* i casi francesi nella sez. II, nonchè vol. I §§ 28 e 30.

6°) Si confronti questo caso coi precedenti ed altri di questa sezione.

BOSCO cr. FOGLIATTI

App. Torino, 15 marzo 1932. — *Giur. Tor.*, 1932, 1174.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Il fatto della causa, a quanto risulta dalla sentenza, sembra es-

sere stato il seguente. Carlo Fogliatti, figlio dei coniugi Fogliatti, era dipendente o cameriere in una trattoria gestita dai genitori. Certo Bastoneri aveva lasciata in un recinto, vicino alla trattoria, una moto-carrozzetta. Il recinto faceva parte della trattoria ed era destinato a dare ricetto agli avventori. Il giovane Carlo Fogliatti aveva abusivamente preso la moto-carrozzetta e, guidandola, aveva trovato la morte in un incidente in cui l'attore Bosco era stato ferito.

Si trattava di vedere se sussistesse una responsabilità dei coniugi Fogliatti verso il Bosco ai sensi dell'art. 1153 cod. civ. del 1865. Sembra che tale responsabilità dovesse escludersi; e, pare, si contestava anche la responsabilità del figlio ai sensi dell'art. 1151. Ma i coniugi Fogliatti avevano fatto una promessa di risarcimento al Bosco; ed avevano rinunciato all'eredità del figlio, per cui non erano responsabili a titolo di eredi.

Si discuteva della validità di tale promessa. Due tesi si avanzavano in proposito: 1°) quella di una promessa avente come causa l'adempimento di un'obbligazione naturale dei genitori di risarcire il danno cagionato dal figlio, pur non sussistendo gli estremi strettamente giuridici per l'applicazione degli artt. 1151 e 1153 (v. vol. I, § 11, nota 30); 2°) la tesi dell'assunzione di un'obbligazione *civile* altrui, cioè del figlio, in quanto questi fosse realmente responsabile ai sensi dell'art. 1151.

Forse la scelta fra l'una o l'altra tesi poteva anche dipendere, nel caso, da una questione di intento soggettivo dei promittenti.

La Corte d'appello di Torino, propendendo, pare, per la prima tesi, così ne motiva:

«La *solutio retentio* (nelle obbligazioni naturali) è ammessa in quanto è considerata quale effetto di una rinuncia di chi paga al diritto suo di non pagare. Ma nel caso in esame tale rinuncia già sarebbesi manifestata in quella esplicita dichiarazione che i coniugi Fogliatti avrebbero fatto di voler effettuare il pagamento. E il naturale loro desiderio di allontanare ogni possibile motivo di risentimento del danneggiato contro il defunto loro figlio, alla cui colpa il danno da lui (il danneggiato Bosco) sofferto soltanto dovrebbesi at-

tribuire, ben può rappresentare quella legittima causa che di ogni contratto è uno dei requisiti essenziali. Quindi nemmeno potrebbero detti coniugi Fogliatti invocare un preteso loro errore di fatto, qualora fosse vero, come viene dedotto, che la loro promessa di risarcire il danno fosse stata da essi fatta prescindendo da ogni riconoscimento di responsabilità del predetto loro figlio.

L'attore Bosco per altro afferma e intende dimostrare che tale responsabilità in realtà sussiste, onde, anzichè di un'obbligazione naturale, tratterebbesi invece di una vera obbligazione civile di un terzo (il figlio), che essi coniugi Fogliatti si sarebbero assunta a loro carico, a prescindere dalla loro qualità di eredi del responsabile, alla quale poi ebbero in seguito a rinunciare. Nè in siffatta assunzione di responsabilità potrebbesi ravvisare alcun motivo, per cui si dovesse disconoscere efficacia alla obbligazione loro; la quale, se nei rapporti con l'originario debitore e suoi eredi può eventualmente apparire quale atto di liberalità, nei rapporti col creditore invece non rappresenta che la novazione soggettiva di altra obbligazione (civile) preesistente ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie *sub b, c et d.*

Trattavasi, nel caso e secondo la prima tesi suaccennata, della obbligazione naturale (dei genitori) di assumere una obbligazione naturale altrui (del figlio): obbligazione naturale, la prima, che sussisteva sia per la qualità di genitori, che per la loro qualità di gestori della trattoria, pur non sussistendo gli estremi strettamente giuridici per l'applicabilità dell'art. 1153 cod. civ. del 1865. La promessa era, dunque, una promessa di adempiere l'obbligazione naturale di assumere un'obbligazione naturale altrui.

Si noti, come considerazione di equità, che, a seguito della rinuncia all'eredità del figlio da parte dei genitori, il Bosco, probabilmente, non avrebbe potuto, in ogni ipotesi, ottenere alcun risarcimento da un'eredità giacente.

La Corte d'appello di Torino ha ammessa la validità *in genere* della promessa di adempiere un'obbligazione naturale; in tal senso è anche la massima redatta dalla « *Giurisprudenza Torinese* », *loc. cit.*

Quanto alla tesi dell'assunzione di un'obbligazione civile, altrui, pro-

tabilmente trattavasi di un acollo cumulativo, più che di novazione soggettiva.

Questionario:

1°) Il « *desiderio* di allontanare ogni possibile risentimento del danneggiato contro il defunto loro figlio ecc. », poteva costituire il fondamento di un'obbligazione naturale dei genitori?

2°) Cosa pensa il lettore dell'argomento, adottato dalla sentenza, per la validità della promessa di adempimento di un'obbligazione naturale, e cioè la rinuncia implicita al diritto di non pagare? (v. anche i casi Cattaneo - Milesi; Pierfelici e Danani - Gonzaga).

3°) La « *legittima causa* » di un contratto, della quale parla la sentenza, è la « *causa suffisante* » di cui al vol. I §§ 10 a 13, oppure la sentenza ha inteso alludere ad una concezione più generica della « *causa* » del contratto?

Si confronti: il caso Bosco-Fogliatti con i casi Levi cr. Finanze e Ricciardelli cr. Biondo, nei quali pure il promittente aveva un interesse familiare a promettere per la riparazione di un torto o danno cagionato da un membro della famiglia.

Nel caso *PRESENDA* cr. *CAGNASSI*, App. Torino, 28 marzo 1913, *Giur. Tor.*, 1913, 1076, un certo Vittorio Cagnassi si era assunto, mediante un « compromesso », di pagare all'attore delle somme indebitamente appropriate dal sacerdote Don Carlo Cagnassi, nipote di esso Vittorio; e ciò per evitare lo scandalo inerente ad un simile misfatto di un sacerdote, per evitargli il pericolo e l'onta di un processo penale e per salvare il buon nome della famiglia Cagnassi.

Tale « compromesso » poi cadde nel nulla o fu ritenuto nullo; ma Vittorio Cagnassi pagò ugualmente le somme promesse; e si discuteva se tale pagamento fosse nullo e ripetibile per difetto delle forme della donazione (v. vol. I § 38 *sub a*). La Corte di Torino si pose sul terreno di una questione di fatto, tale asserendo essere quella di vedere se nel caso sussistesse per il Vittorio Cagnassi un « debito di onore o di delicatezza ». Si veda anche il caso Richer et Goumarin cr. Richer.

V'era bisogno, nel caso, di ricorrere al concetto dell'obblig. nat. come causa della promessa o del pagamento da parte di Vittorio Cagnassi?

BARATTA PRADA cr. FACCIOLI

App. Milano, 12 maggio 1936. — *Mon Trib.*, 1937, 42.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« *Fatto.* — La signora Faccioli Giulia convenne avanti il Tribunale di Milano con citazione 19 dicembre 1935 i coniugi conti Aristide Baratta e Lucia Prada, esponendo: che gli stessi con privata scrittura 18 maggio 1931 si erano impegnati a provvedere ad ogni di lei bisogno, vita natural durante; che essa prima della detta scrittura privata aveva per lunghi anni vissuto presso il conte Baratta suo nipote ed anche successivamente al 18 maggio 1931 fino all'agosto 1935 epoca nella quale era stata allontanata dalla casa Baratta; che dopo tale allontanamento i coniugi Baratta nulla le avevano corrisposto per il mantenimento ed ogni necessità della vita e che invitati all'esecuzione dell'obbligo assunto, avevano dichiarato di volere provvedere in misura del tutto inadeguata e subordinando l'assegno a condizioni che essa non poteva accettare.

Chiedeva pertanto che fossero i coniugi Baratta dichiarati tenuti in via fra loro solidale al pagamento di un assegno mensile sufficiente ai suoi bisogni vita natural durante e fosse liquidato detto assegno mensile nella somma di L. 600 o in quella arbitranda dal tribunale con decorrenza dal 1° settembre 1935.

In causa l'attrice produceva in copia la scrittura 18 maggio 1931, nonchè una riproduzione fotografica della stessa scrittura che è del seguente tenore:

« Alla signora Giulia Faccioli - Carissima zia, con la presente ci impegniamo di provvedere ad ogni tuo bisogno vita natural durante - I tuoi nipoti Aristide Baratta - Lucia Baratta Prada ».

Produceva anche l'attrice una lettera 8 settembre 1935 a firma « tuo Aristide » in cui si legge: « ... Dato il patrimonio che possiedi e dato quanto è nelle nostre possibilità, il massimo che possiamo passarti al mese (facendo già uno sforzo) è di L. 300... ».

Deduceva inoltre prova per interrogatorio e testi diretti a dimostrare la sua convivenza coi nipoti durata fino a tutto agosto 1935 e il

suo allontanamento dalla loro casa e le condizioni di agiatezza dei convenuti.

Non disconoscendo le firme apposte nella suindicata scrittura, i convenuti ne contestavano però il valore, asserendo che essa rappresentava una manifestazione di liberalità e configurava una vera e propria donazione priva di qualsiasi efficacia obbligatoria per l'inservanza delle formalità di cui l'art. 1056 c. c. In subordine rilevavano che nella scrittura l'impegno figurava assunto solo per il caso di bisogno e questo non si verificava, date le condizioni economiche dell'attrice e dato che a corrispondere a lei gli alimenti, se ne avesse avuto il diritto, sarebbe stato tenuto il di lei fratello Alfonso Faccioli di condizioni più che agiate. Su quell'ultima circostanza i convenuti deducevano prova per interpello e testi e producevano inoltre vari documenti a dimostrazione delle buone condizioni economiche dell'attrice.

Il Tribunale con sentenza 4 marzo 1936 provvisoriamente esecutiva, accogliendo le istanze dell'attrice, condannava i convenuti in via tra loro solidale a corrispondere all'attrice, vita sua natural durante, la somma di L. 500 mensili con decorrenza dal 1° settembre 1935 e alle spese.

Interposero appello i convenuti.

Diritto. — Colla impugnata sentenza il Tribunale ha creduto di escludere la figura della donazione nell'atto 18 maggio 1931 nella considerazione che dai termini in cui è redatta la scrittura non si attinge affatto la prova della gratuità dell'impegno che i coniugi Baratta assumevano verso la loro parente: che la mancata indicazione della causa dell'obbligazione nulla toglie all'efficacia del contratto o di quello che in apparenza sembra tale, perchè detta indicazione non è necessaria (art. 1120 c. c.) e la causa si presume fino a prova contraria (art. 1121); che la causa può essere immaginata in qualche prestazione da parte della signora Faccioli, tanto più che essa nella sua comparsa definisce la scrittura come « testimonianza di riconoscenza », con riferimento a « sacrifici e rinunce anche materiali », e che spettava caso mai ai convenuti dare prova della gratuità dell'impegno.

L'argomentazione non è convincente. Se dalla scrittura non si attinge la prova della gratuità, non si attinge neppure la prova dell'onerosità, e, se mai, data la natura della prestazione, l'apparenza è tale da far presumere un atto di liberalità. Parlando poi di « apparenza » di contratto, la sentenza sembra porre in antitesi la donazione col contratto, mentre è noto che nella donazione non è escluso l'elemento convenzionale, ed anche la donazione è soggetta ai principi regolatori della materia contrattuale; e perciò, quando la sentenza, per affermare l'efficacia « del contratto » o di quello che per lo meno in apparenza si presenta tale, ricorda che la indicazione della causa nei contratti non è necessaria e che la causa si presume fino a prova contraria, sposta i termini della questione, perchè non è per mancanza di causa, che da parte convenuta si contesta la validità dell'obbligazione, ma per la mancanza di formalità essenziali nella natura del negozio e l'esistenza della causa è dai convenuti esplicitamente ammessa quando attribuiscono all'atto uno scopo di liberalità.

Prospettando infine come possibile corrispettivo dell'obbligo assunto qualche prestazione da parte della signora Faccioli, la quale aveva in comparsa definito bensì la scrittura come una testimonianza di riconoscenza, ma con riferimento a « sacrifici e rinunzie anche materiali », l'appellata sentenza non ha con ciò dato una ragione sufficiente dell'esclusione della donazione, perchè non esiste proporzione fra la presunta controprestazione e l'impegno di provvedere ai bisogni della vita e perchè è donazione anche la liberalità fatta in considerazione dei meriti del donatario e per speciale remunerazione e per comune opinione è appunto donazione remuneratoria quella fatta per ricompensare servizi, quanto meno non estimabili patrimonialmente, come possono essere i sacrifici e le rinunce.

Altri argomenti però stanno contro la tesi, su cui principalmente insistono gli appellanti, della nullità dell'obbligazione per essere in essa raffigurato un atto di liberalità sprovvisto delle formalità richieste per la validità della donazione anche remuneratoria.

È al concetto di obbligazione naturale che occorre rifarsi per la risoluzione della controversia, esaminando la questione sotto il du-

plice aspetto del fondamento dell'obbligazione naturale e dei suoi effetti nel rapporto agli atti di liberalità.

Non ha seguito in giurisprudenza ed è contrastata in dottrina la teoria che ravvisa l'obbligazione naturale solo nei casi in cui il testo esplicito di legge nega l'azione e sancisce la *soluti retentio*. Una tale dottrina rende vuoto di contenuto normativo l'art. 1237 cap. c. c. perchè il legislatore non avrebbe avuto motivo di enunciare il principio generale della irrepitibilità del pagamento di obbligazioni naturali, quando le varie ipotesi di obbligazioni naturali fossero state tassativamente prevedute e disciplinate dalla legge, senza considerare che, anzi, non pacificamente in dottrina sono considerati casi di obbligazione naturale tutti quelli nei quali la legge esplicitamente sancisce la irrepitibilità del pagamento. E pertanto, caduto nel diritto moderno l'antico *jus naturale*, cessato il conflitto fra lo *strictum* e l'*aequitas*, occorre dare all'obbligazione naturale quel fondamento etico che porta all'equivalenza dell'obbligazione naturale all'obbligazione morale; all'obbligazione cioè riconosciuta nel foro dell'onore e della coscienza, valutata dalle coscienze illuminate, fondata sulla *pietas*, sull'*officium*, sulla *fides* e che però incida sui rapporti concernenti il patrimonio, essendo nel carattere patrimoniale la caratteristica differenziale che distingue l'obbligazione naturale dal dovere puramente morale e perchè l'art. 1237 c. c. per la sua collocazione non può alludere che ad obbligazioni patrimoniali.

Rientrano pertanto nel concetto di obbligazione naturale, a cui si riferisce la citata disposizione, tutte le obbligazioni di contenuto patrimoniale che non hanno sanzione nel diritto e sono basate sulla morale e sul costume sociale o, in altre parole, le obbligazioni riconosciute e sancite dalla morale sociale, il cui oggetto consiste in una prestazione valutabile in denaro.

Alla stregua di questi concetti, la Corte non esita a ravvisare nei rapporti creati fra le parti un'obbligazione naturale dei coniugi Baratta verso la signora Faccioli.

Obbligazione naturale, notisi, che non è già sorta — così in via di negata ipotesi considerano i convenuti — per effetto del rilascio della scrittura 18 maggio 1931, ma che preesisteva ad essa.

Non contestano gli appellanti che la Faccioli Giulia oggi settantaquattrenne seguì nella casa maritale cinquant'anni fa la sorella, che andò sposa al conte Baratta e da allora fino all'agosto 1935 visse in famiglia, prima con la sorella e col cognato, poi, morti costoro, coi loro figli e infine con gli attuali convenuti, il nipote conte Baratta e la moglie. In questo lungo tempo essa non corrispose mai, lo dichiarano gli appellanti, alcuna somma a titolo di contributo di spese per la ospitalità e il mantenimento.

Intervenne una volta ad acquistare, salvandoli da una dispersione giudiziale, i mobili di casa Baratta mandati all'asta dall'esattore, mobili che in tutto o in parte poi rivendette alla casa Baratta.

Questa semisecolare convivenza della Faccioli in casa Baratta, dove visse gratuitamente, sta dunque a significare che essa entrò a far parte della famiglia della sorella, accomunò la sua vita a quella dei parenti, ne condivise nelle varie vicende gioie e dolori.

Quando fu allontanata, si trovava anche lei nella villa di S. Margherita, ove la famiglia trascorreva la stagione dei bagni. E, data una tale situazione, ove s'interroghi la coscienza, questa affermerà sicuramente l'obbligo morale contratto dai conti Baratta di provvedere al mantenimento della loro parente, anche per gli ultimi anni della sua vecchiaia, come in passato per mezzo secolo essi e i loro genitori vi hanno provveduto; obbligo morale affatto indipendente anche da qualsiasi ragione di gratitudine per le cure che la Faccioli avrebbe prestato ai parenti per gli studi, i sacrifici e le rinunce che essa si sarebbe imposta per loro vantaggio. Non si tratta, cioè, del semplice dovere di pietà che può indurre il parente agiato a sovvenire il parente bisognoso, pur non essendo tenuto agli alimenti, e che può non costituire obbligazione naturale (De Ruggero, Ist. V, III, pag. 23); ma si tratta di un dovere che assurge a maggior dignità per le particolari circostanze di fatto che hanno legato le sorti della Faccioli alla famiglia dei nipoti.

E allora, stabilita l'esistenza di un'obbligazione naturale da parte degli appellanti, cade la costruzione su cui è imperniata la difesa in quanto rimane escluso l'*animus donandi*.

Negli effetti dell'obbligazione naturale va considerata, come l'esclusione della *condictio indebiti*, così l'esclusione della liberalità, perchè, seppure qualche autore ravvisi la donazione anche nel soddisfacimento dell'obbligazione naturale, a maggior rigore scientifico appare improntata la teoria che distingue fra la prestazione fatta in adempimento di obbligazione naturale, che ha contenuto patrimoniale, dalla prestazione che mira a compensare servizi non patrimonialmente stimabili e limita a quest'ultimo caso la figura della donazione remuneratoria (ASCOLI, *Trattato delle donazioni*). In questo senso è la giurisprudenza che integra: si ha donazione remuneratoria soltanto quando la prestazione abbia avuto per esclusivo movente la gratitudine per benefici ricevuti in ordine ai quali non sia possibile pretendere giuridicamente un compenso (Cass. Regno 21 dic. 1931, Mas. Foro it. 1931, 787; 6 aprile 1929 Rep. Foro 1929 voce Donazione n. 53).

Indubbiamente per aversi adempimento di obbligazione naturale è necessaria una prestazione effettiva attuale, quale è l'impegno a pagare. E gli appellanti ricordano anzi la massima enunciata da questa Corte (sentenza 27 nov. 1929 Mon. Trib. 1930 p. 229) che: «L'obbligazione naturale sino a che non sia stata adempita non ha esistenza giuridica e quindi non è suscettibile nè di ratifica nè di novazione».

Altro è però il riconoscimento di obbligazione naturale, altro è l'obbligo formalmente assunto di effettuare una determinata prestazione in considerazione di un'obbligazione naturale.

E, se per la diversa struttura del diritto moderno sarebbe male richiamato in questo caso il *constitutum debiti propri* del diritto romano, può però l'impegno assunto di eseguire l'obbligazione naturale produrre valido vincolo giuridico, in quanto, come ha ripetutamente ritenuto la giurisprudenza, l'obbligazione naturale costituisce causa lecita di obbligazione civile, nella quale per l'assenza di *animus donandi* rimane escluso il carattere di donazione (App. Torino 15 marzo 1932, *Giurisp. Tor.*, 1932, 1174).

Una manifestazione di volontà diretta all'esecuzione dell'obbligazione naturale si ravvisa appunto nella scrittura 18 maggio 1931, colla

quale gli appellanti si impegnavano a provvedere ai bisogni della Faccioli vita natural durante; e con tale atto pertanto essi si sono validamente obbligati, anche se manchino le formalità richieste per la donazione.

In subordine sostengono gli appellanti, che, se mai, colla preindicata scrittura essi si sarebbero impegnati, non a mantenere la zia, ma a provvedere ai suoi bisogni, onde è che l'obbligo non potrà sorgere, se non quando la Faccioli non abbia la possibilità di provvedere alle sue necessità coi propri mezzi e il di lei agiato fratello Alfonso Faccioli non sia in grado di adempiere all'obbligo di prestare gli alimenti. Poichè la scrittura parla di « bisogno », essa può essere effettivamente interpretata nel senso che i coniugi Baratta non siano obbligati a provvedere al mantenimento della zia, anche se in condizioni economiche floridissime; ma certo è che, dato il carattere contrattuale dell'obbligazione, essa prescinde dall'obbligo di prestare gli alimenti che eventualmente faccia carico a terzi. Condizione necessaria sarà la sussistenza del bisogno, cioè la mancanza di mezzi propri, non anche la impossibilità di provvedere ai bisogni con mezzi altrui.

E il bisogno — che deve essere valutato in considerazione anche delle condizioni sociali dell'appellata — sussiste.

Rettamente il Tribunale ha considerato che i documenti prodotti dai convenuti per dimostrare la floridissima condizione economica della Faccioli (strumenti di apertura di credito, di mutuo, di quietanza), nei quali l'appellata afferma di aver figurato solo come prestanome, risalgono a data così antica che la condizione della Faccioli può essersi completamente cambiata.

E che oggi la condizione non sia florida lo dimostrano le stesse cartelle esattoriali prodotte dagli appellanti (reddito imponibile lire 6700), lo dimostra specialmente la stessa scrittura 18 maggio 1931 dei coniugi Baratta, che non sarebbe stata rilasciata, se le condizioni della Faccioli non fossero state tali da giustificare una preoccupazione per il suo avvenire, ove le fosse mancato l'appoggio dei nipoti e lo dimostra infine la lettera 8 settembre 1935 con cui Aristide Baratta offriva alla zia, « dato il patrimonio che essa possedeva », un aiuto di L. 300 mensili.

Infine gli appellanti, pure contestando di godere la ricchezza loro attribuita avversariamente, ammettono circostanze relative al tenore di vita (appartamento di affitto che figura in contratto al canone di L. 8800, automobile, personale di servizio), per le quali a esatti criteri di equità si è informato il Tribunale anche fissando in L. 500 l'assegno mensile da corrispondersi alla signora Faccioli Giulia. Emerge dalle suesposte considerazioni l'inconcludenza delle prove dedotte in questa sede dagli appellanti in via di subordine e di ulteriore subordine e la sentenza del Tribunale, seppure per considerazioni diverse da quelle in esame, merita di essere confermata». (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie *sub ad* note 3 e 8, *sub b* e *sub d*.

Il punto più interessante della sentenza è quello in cui essa prescinde dalla questione astratta circa la sussistenza di una obbligazione naturale agli alimenti verso un parente povero, ed esamina invece la questione dal punto di vista delle circostanze di fatto, che devono essere di tale gravità da determinare nella coscienza sociale il sentimento di una tale obbligazione (v. vol. I § 11 *sub d ad* note 30 segg.).

Cfr. in proposito il caso Arrigoni-Ferrari, nonchè *infra* il caso Rovatti cr. Sighinolfi e altri ivi in nota sulla questione dell'esistenza di una obbligazione naturale come *quaestio facti*.

Quanto alla validità di una promessa (non rivestita delle forme della donazione) per servizi ricevuti, la sentenza si attiene alla concezione tradizionale che deve trattarsi di servizi patrimonialmente stimabili e in rapporto di proporzione col *quantum* promesso; e che, inoltre, deve esservi l'intento di promettere per adempiere l'obbligazione naturale e non di donare pel « motivo » di gratitudine (se pei servizi resi è concessa azione, non trattasi di obbligazione naturale: v. vol. I, § 11, nota 4, per l'opinione equivoca di Pothier, di cui sembra esservi un'eco nella sentenza in esame).

La sentenza considera espressamente l'obbligazione naturale come causa sufficiente « ad escludere la liberalità » e le forme relative. Tuttavia il principio sembra affermato in modo troppo generico (v. vol. I, § 11, *sub c* et *d*); ma tale vizio di genericità sembra corretto, nel caso concreto, dalla considerazione della gravità delle circostanze di fatto che inducono nella coscienza sociale il sentimento di un imperioso dovere, tale

da giustificare, nonchè il pagamento, la promessa di pagare (v. sopra).

Si confronti col caso Bosco-Fogliatti, App. Torino, 15 marzo 1932, richiamato nella sentenza.

Questa, inoltre, distingue esattamente, quanto alla dichiarazione dell'obbligato naturalmente, il caso di un mero intento di riconoscere o confermare l'obbligazione naturale, dal caso di un intento di fare una promessa giuridicamente vincolante, intento che la sentenza stessa ritiene sussistente nella fattispecie (v. vol. I § 11 nota 22 e il caso Coureau e i tre che lo seguono riferiti nel cap. V, nonchè p. 609).

La Corte di Milano considera addirittura, nel secondo caso, la promessa come una prestazione effettiva ed attuale in adempimento dell'obbligazione naturale. Su questa tesi il lettore vorrà esprimere il proprio giudizio anche in relazione a quanto si è detto nel vol. I § 11 *sub c*.

Esattamente, ancora, la sentenza ripudia l'analogia col *constitutum debiti* romano; v. in proposito i casi Magnani; Pierfelici e Cantelli.

Quando alla questione concernente la presunzione di causa nel *billet non causé* o *cautio indiscreta*, la sentenza osserva che non trattasi nel caso di *cautio indiscreta* (v. vol. I nota esplicativa n. 4 in appendice al § 22).

Si noti che nel caso non si aveva una promessa di pagare una data somma, ma di provvedere ai bisogni di una persona, cioè di contrarre un'obbligazione alimentare, *senza menzionare, come causa, una precedente obbligazione naturale*.

Quesiti: 1°) Si tratta in tal caso di una *cautio indiscreta*, oppure occorre che questa si limiti puramente e semplicemente alla promessa di una data somma?

2°) E' esatto, comunque, il dire, come fa la sentenza, che la prova della « causa », ai fini del problema della validità della *cautio indiscreta* (non rivestita delle forme della donazione), si ha con l'ammissione, da parte dei convenuti, di uno scopo di liberalità?

Si risolvano inoltre i seguenti problemi:

3°) Come si risolverebbe il caso Baratta Prada nel diritto francese? (V. vol. I § 9, § 11 *sub b* e § 38 *sub d*, nonchè la nota finale alla sez. II del presente capitolo).

4°) E nella *common law*? V. vol. I § 28. Si può considerare sussistente nel caso una *reliance* nel senso di chi al vol. I § 27 *sub a*?

GRAZIANI cr. LO GATTO

App. Venezia, 24 luglio 1936. — *Foro Venezia*, 1937, 30.
(la sentenza è riferita testualmente, salvo qualche breve sunto)

«*Fatto.* — Il marchese Lorenzo Saibante, deceduto il 20 aprile 1921, lasciò un testamento olografo, col quale, fra l'altro, disponeva un legato di immobili alla sorella marchesa Elisa Saibante, coniugata all'ammiraglio Leone Graziani; e nominava erede della proprietà immobiliare, nella quale era compresa una vasta tenuta denominata Malcontenta, il cugino marchese Eugenio Saibante, e usufruttuario di tale tenuta e dell'altra sua sostanza il proprio amministratore Mosè Gatto. Ma dopo la compilazione del testamento, che porta la data del 7 maggio 1915, egli aveva alienata la detta tenuta, onde l'asse ereditario venne ad essere costituito in massima parte dai titoli di rendita derivati da tale alienazione.

La denuncia di successione fu presentata il 4 marzo 1923 e l'Ufficio del Registro, procedendo alla liquidazione della tassa, ritenuto che per i titoli di rendita non contemplati nel testamento doveva farsi luogo alla successione legittima, onde alla sorella del *de cuius*, Elisa Saibante in Graziani, che concorreva col coniuge superstite (del *de cuius*), ne spettavano i due terzi, stabili che la medesima, alla morte del Gatto Mosè, avrebbe dovuto pagare per il consolidamento dell'usufrutto (spettante al Mosè Gatto) e della proprietà, la somma di L. 80.031, oltre l'addizionale del 5%.

La marchesa Elisa Saibante venne poi a morte il 13 febbraio 1932. E il Gatto Mosè morì il 3 maggio 1934.

Con atto del 14 maggio 1935 l'ammiraglio Graziani, premesso che in esito ad una transazione avvenuta in ordine all'eredità, il Gatto, sotto certe condizioni che eransi poi verificate, aveva assunto l'obbligazione, trasmissibile agli eredi, di rimborsare alla moglie di lui (Graziani) ed a lui stesso la tassa di consolidamento dell'usufrutto alla proprietà, e premesso, inoltre, che tale tassa egli aveva dovuto pagare in L. 85.066,95, conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Venezia, gli eredi del Gatto, cioè i figli e la vedova, per ottenerne la condanna al rimborso della somma medesima.

L'attore produsse in giudizio la copia della scrittura, portante la detta obbligazione del Gatto e che ha la data del 30 aprile 1925. Essa è del seguente tenore: « Il sottoscritto per sè e per eredi si obbliga in caso di sua premorienza ai sigg. coniugi Elisa Saibante e Leone Graziani, nel qual caso i sigg. stessi dovessero pagare il consolidamento di usufrutto della sostanza marchese Lorenzo Saibante, di soddisfare esso o suoi eredi, liberando da ogni molestia od esborso i predetti che nell'eredità non ebbero che quanto con la convenzione-transazione che si conferma in ogni altra sua parte ».

(*Omissis*). In questa parte, che si omette, la sentenza ne dice che i convenuti eredi Gatto avevano chiesto dinanzi al Tribunale *soltanto in via subordinata* la produzione della convenzione-transazione, avanzando in linea principale le altre difese di che *infra*; per cui il Tribunale respinse queste, ritenendo necessaria la produzione di tale convenzione.

Diritto. — La Corte di Venezia rileva come dal documento surriferito in data 30-4-1925 risulti chiara, malgrado la forma sgrammaticata e contorta, l'obbligazione del Gatto Mosè di rimborsare ai coniugi Graziani la tassa di consolidamento. E la Corte così continua:

« È un'obbligazione perfettamente valida... I convenuti avevano eccepito e eccepiscono che tale obbligazione sarebbe nulla: 1°) perchè, impegnando gli eredi, presuppone, non essendolo essa stessa, un contratto la cui natura *non si conosce*; 2°) perchè, non essendo accompagnata da una controprestazione, sarebbe una donazione, la quale non è fatta per atto pubblico; 3°) perchè, se contenente una clausola di transazione, dovrebbe risultare da atto firmato da entrambe le parti; 4°) perchè sarebbe priva di causa.

Nessuna di queste deduzioni può essere accolta. Contro la prima basta considerare che la convenzione di cui trattasi, sebbene porti l'obbligo di una parte sola, è un vero e proprio contratto (art. 1101 cod. civ.), giacchè il consenso del creditore risulta dall'accettazione e dal possesso del documento; e che le obbligazioni del *de cuius* si trasmettono per legge agli eredi, onde non può neppure considerarsi illegittimo l'onere che eventualmente a questi ne derivi.

In riguardo alla seconda, è da osservare che non si ha donazione nel diritto moderno, se il donante non si spoglia attualmente della cosa donata (art. 1050 c. civ.).

La terza, derivando dall'ipotesi che l'atto contenga una transazione, cioè da un'ipotesi mancante di ogni prova, è da considerarsi priva di fondamento.

L'ultima è contrastata dalla norma, secondo la quale la causa nei contratti è presunta (art. 1121 cod. civ.) e spetta a chi tale presunzione vuole distruggere dare la prova della mancanza di causa. Credono i convenuti di offrire una prova siffatta col semplice rilievo che l'atto 30 aprile 1925 non contiene una controprestazione; ma ciò è del tutto insufficiente, poichè anche i contratti unilaterali, pur contenendo la prestazione di uno solo dei contraenti, hanno la loro causa e pertanto sussistono validamente. La detta prova dunque non è fornita. Anzi, e non è inopportuno nè superfluo rilevarlo, dagli atti di causa vari elementi si traggono, i quali rafforzano la suindicata presunzione. Invero è pacifico fra le parti che le questioni insorte circa l'eredità del marchese Saibante Lorenzo furono concluse con un accordo — che essere dicono una vera e propria transazione — avvenuto il 1° marzo 1923. Ed è certo, poichè risulta dal relativo documento, che la denuncia di successione per quell'eredità fu presentata in tempo successivo, cioè il 4 di quello stesso marzo. Ora, mentre secondo il testamento la signora Elisa Saibante in Graziani non avrebbe avuto diritto che ad un legato di alcuni immobili in Venezia, l'Ufficio del Registro ritenne che, dovendo per i titoli di rendita farsi luogo alla successione legittima, a quella ne spettassero i due terzi, sui quali peraltro avrebbe dovuto godere l'usufrutto il Mosè Gatto, e pertanto determinò a carico di lei la tassa di consolidamento per l'epoca della morte del Gatto stesso. Ma, dunque, questi due fatti, cioè l'attribuzione alla Saibante di due terzi dei titoli e l'onere della tassa, sorsero in tempo posteriore agli accordi, in tempo posteriore alla transazione, e pertanto non vennero in questa considerati. Così la Saibante venne a risentire un duplice danno: per la mancata assegnazione (intendi, nella transazione) di titoli in proprietà e nella quantità suindicata, e per l'onere della considerevole tassa di consolidamento.

Queste circostanze risultano da scritti incontestabili provenienti dallo stesso Gatto Mosè. Infatti, in un promemoria all'avv. Zironda, in data 22 novembre 1923, questi (Gatto) scriveva: « la transazione offriva, è vero, l'incognita della tassa di successione, ma approssimativamente si è calcolato che alla Signora verrebbe a spettare fra le 80 e le 90 mila lire (intendi, dei titoli o crediti ereditari), cosa che in realtà si verifica »; e poi nello scritto stesso (il Gatto) indicava nella minor cifra di 50.000 lire questa parte in danaro. Dunque, dei crediti e titoli compresi nella eredità, calcolati dall'Ufficio del Registro in L. 778.566,18, la Elisa Saibante in Graziani non ne ottenne, per la transazione 1° marzo 1923, che per 90.000 lire al massimo; e, d'altro canto, in quegli accordi non fu definita la questione della tassa di successione.

Invece il Mosè Gatto, che avrebbe avuto diritto al semplice usufrutto, ottenne con la transazione la proprietà della metà di quei crediti. È sempre il Gatto stesso che lo dice in una lettera del 22 ottobre (1923) all'avv. Minerbi: « La divisione... venne fatta secondo la transazione del 1° marzo 1923... valori, denari e titoli vennero divisi metà all'usufruttuario Gatto Mosè e metà ai sigg. Eredi Saibante ».

È la sproporzione fra il trattamento fatto con la transazione e quello stabilito con l'operato, non ancora conosciuto e posteriore dell'Ufficio del Registro, ed è ancora la sproporzione così venutasi a constatare fra le condizioni fatte alla Saibante e quelle ottenute dal Gatto, che determinò le lagnanze della prima e indusse poi quest'ultimo a rilasciare l'obbligazione 30 aprile 1925. Così la causa di tale obbligazione trovasi nel riconoscimento, equo ed onesto, da parte del Gatto, della necessità di attenuare quella sproporzione, che poteva anche, nella sua coscienza, apparire come un indebito arricchimento per lui. Nè, dunque, un atto di liberalità. La riprova di ciò si trova precisamente nello stesso atto 30 aprile 1925, il quale si chiude con la dichiarazione: « i predetti che nell'eredità non ebbero che quanto con la convenzione-transazione », la quale dichiarazione, nella efficace sua forma negativa, viene ad esprimere che i coniugi Graziani ebbero una quota limitata, inferiore a quella realmente spettante.

Che la signora Elisabetta Saibante siasi lamentata insistentemente per vario tempo, risulta da vari scritti (*omissis*; qui la Corte menziona questi scritti).

Esaminate pertanto le varie obiezioni dei convenuti, rimane non dubbio il valore e l'efficacia della dichiarazione 30 aprile 1925. La quale è atta per se stessa a stabilire l'obbligo dei convenuti: ha validità ed efficacia indipendentemente dall'atto di transazione che sarebbe intervenuto tra le parti; il cui esame, contrariamente al parere manifestato dal Tribunale, non si ravvisa necessario per la decisione della lite ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 7, 9, 11 e 13.

Appena occorre ricordare che gli articoli citati nella sentenza sono quelli del cod. civ. del 1865.

Il fatto di causa non risulta molto chiaro dalla sentenza, anche perchè non è dato conoscere il preciso contenuto della cosiddetta « convenzione-transazione », che evidentemente non fu prodotta in giudizio ad evitare l'immediato onere di una nuova tassa di Registro, che il fisco avrebbe applicato a tale convenzione (come cessione di quota o donazione) in conformità al suo precedente apprezzamento delle varie quote di successione come quote di successione legittima quanto ai titoli e valori.

Non è dato sapere da chi in questa « convenzione-transazione » il Mosè Gatto ottenne la proprietà della metà dei titoli e valori (riuniciando all'usufrutto sul resto?). L'ottenne dalla Elisa Saibante, oppure dall'Eugenio Saibante, cugino del *de cuius* e erede secondo il testamento? Nel secondo caso, sarebbe l'Eugenio Saibante che cedette in parte o rinunciò ad una pretesa su tutti i titoli e valori a favore della Elisa Saibante per L. 90.000 circa e a favore del Mosè Gatto per la metà, riservandosi il resto. E allora l'obbligo di rimborsare alla Elisa Saibante la tassa di consolidamento, attribuitale dal Fisco, avrebbe fatto carico piuttosto all'Eugenio Saibante o, almeno in parte, a quest'ultimo. All'Elisa doveva far carico soltanto la parte di tale tassa proporzionata al vantaggio che essa traeva dalla « convenzione-transazione », cioè L. 90.000 di titoli e valori in *piena proprietà* senza il peso dell'usufrutto a favore del Gatto. A questi doveva far carico soltanto una parte della tassa, proporzionale al vantaggio da lui tratto nella detta convenzione.

Parliamo di carichi e di doveri di rimborso in senso lato, senza pre-

cisare se si trattasse di meri doveri di coscienza, di obbligazioni naturali, o di obbligazioni civili: e ciò, perchè non è dato conoscere precisamente i fatti di causa e il contenuto della « convenzione-transazione ». Quel che è certo si è che, anche se si fosse trattato di un'obbligazione civile di rimborso (per mancata previsione della questione fiscale in detta convenzione: art. 1138 e 1772 c. civ. 1865; art. 1364 e 1969 nuovo cod. civ.; oppure per errore o falso presupposto sulla tassa in una convenzione diversa dalla transazione), tale obbligazione civile non avrebbe dovuto far carico al Mosè Gatto che in parte. Obbligandosi al rimborso *totale* verso la Elisa Saibante, il Gatto, almeno in parte, obbediva ad una ragione di equità e di giustizia, anche in considerazione dei vantaggi o benefici da lui ottenuti della « convenzione-transazione », e così obbediva ad un dovere morale o di coscienza: ragioni tutte cui accenna l'annotata sentenza. Se poi vi fosse anche un'obbligazione naturale (in senso stretto) del Mosè Gatto, non è dato sapere esattamente, non conoscendosi gli estremi della convenzione-transazione. Ma di questa ipotesi di un'eventuale obbligazione naturale (del tipo di quelle menzionate nel vol. I § 11 *sub d ad* note 30 segg.) il lettore dovrà tener conto nel risolvere i quesiti *infra* proposti.

Ciò posto, nell'interpretare la sentenza, piuttosto vaga ed oscura, sembra si possa dire che in sostanza essa definisce la « causa » dei contratti soltanto in senso *negativo*: e cioè, che tale « causa » non deve necessariamente consistere in una controprestazione. Ma in che cosa debba positivamente consistere la « causa », la sentenza non ce lo dice; ce ne offre soltanto un esempio nel « riconoscimento, *equo ed onesto*, da parte del Gatto, della necessità di attenuare quella sproporzione, che poteva anche, nella sua *coscienza*, apparire come un *indebito arricchimento* per lui ». Tuttavia, si noti, la sentenza non si propone apertamente il quesito se il mero dovere di coscienza, o invece l'obbligazione naturale in senso stretto, possa costituire la causa sufficiente di una promessa non rivestita della forma della donazione (v. vol. I § 11).

Certo, nel suo concetto di « causa » del contratto, e in ispecie nel contratto unilaterale (*rectius*, del contratto senza controprestazione), non sembra che la sentenza voglia comprendere anche lo spirito di liberalità; chè, altrimenti, il problema della donazione e delle sue forme, pur posto e trattato nella sentenza, e l'esclusione della « liberalità » non avrebbero senso. Eppure anche la donazione è un contratto unilaterale.

La sentenza vuol alludere, dunque, ai contratti unilaterali che non siano donazioni. Rispetto a questi contratti, tuttavia, essa sembra generalizzare il concetto di causa e confondere fra le obbligazioni di dare e le altre ob-

bligazioni: il suo concetto generico di « causa » del contratto sembra piuttosto corrispondere al concetto di una *cause plausible et juste* (v. vol. I § 7 e 14 *sub e*), inteso in modo molto generico: o sembra anche corrispondere al concetto, ancor più vago e generico, di una causa che non sia il mero spirito di liberalità; sicchè questo concetto potrebbe anche sfociare in quello proprio di certa dottrina e giurisprudenza di Francia, che abbiamo menzionato nel vol. I § 9 specie nota 10. Si richiama in proposito il brano della sentenza circa il « riconoscimento *equo ed onesto*, da parte del Gatto, della necessità di attenuare quella sproporzione ecc. ».

E', questa sentenza, un esempio tipico del modo generico o generalizzante di trattare questi problemi, quel modo che abbiamo cercato di sottoporre a critica (v. vol. I §§ 7 e 9, nonchè § 4 in fine; § 5, § 24 *sub b e passim*).

Teorie astratte e generalizzazioni a parte, sembra che il vero movente della sentenza sia stato la considerazione dell'ingiustizia o iniquità della situazione, che si era determinata a danno della Elisa Saibante, e il riconoscimento che di questa ingiustizia o iniquità aveva fatto in coscienza il Gatto; ragioni tutte che indussero la Corte d'appello di Venezia a ritenere valida quella promessa, senza bisogno delle forme della donazione.

Quanto alla questione della presunzione di causa nei contratti, con l'invocazione dell'art. 1121 cod. civ. 1865 (art. 1988 nuovo cod.), essa sembra fuor di luogo, poichè la scrittura 30 aprile 1925, specie nella sua parte finale, menzionava la « causa »; sicchè si sarebbe trattato, se mai, di provare contro tale « causa » menzionata (v. vol. I nota esplicativa n. 4 in appendice al § 22). In realtà, sotto l'aspetto dell'art. 1121 cod. civ. 1865, le parti e la Corte riproponevano ancora la questione di vedere se, ad escludere la donazione e la relativa forma, debba la « causa » del contratto necessariamente consistere in una controprestazione. L'affermazione vaga, fatta nella sentenza a questo proposito, che « i contratti unilaterali hanno la loro causa », va interpretata, pare, nel senso che tali contratti « possono avere la loro causa »; altrimenti, si finisce nell'affermazione del principio del nudo consenso; nè la sentenza intende alludere ai contratti unilaterali tipici (come risulta dalla « causa » che essa vede nella scrittura 30-4-925). Oppure quella frase va riferita alla presunzione di causa ex art. 1121.

Non val la pena poi di criticare il passo della sentenza, là dove, ad escludere la donazione, si invoca l'argomento che nel caso non v'è stato spoglio attuale; interpretazione erronea della legge, contraddetta, del resto, dagli argomenti altrove adottati dalla sentenza per escludere la donazione.

Questionario:

1°) E' esatto che la promessa del Gatto, contenuta nella scrittura 30-4-1925, non rientra in tutto o in parte nel nostro schema formale-causale della donazione?

2°) Qualora si risolve il primo quesito nel senso che il caso non rientra nello schema della donazione, quale sarebbe, secondo il lettore, la motivazione da dare, nel diritto italiano, a tale soluzione? E' esatta la motivazione contenuta nella sentenza?

3°) Come si risolverebbe il caso nel diritto francese? v. *infra* il caso Faure cr. Rougier.

ROVATTI cr. SIGHINOLFI

Cass., 4 luglio 1938. — *Riv. dir. comm.*, 1938, II, 554.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Fatto. — Per quel che ci interessa, il fatto può ridursi ai seguenti elementi. La signora Sighinolfi possedeva due cambiali in bianco, sottoscritte da Lucia Rovatti, l'una di 50 l'altra di 40 mila lire, nonchè una scrittura privata sottoscritta sempre dalla Rovatti, in cui questa si riconosceva debitrice di L. 90.000. Essendosi resa defunta la Lucia Rovatti, la signora Sighinolfi faceva valere contro le eredi, nipoti della Rovatti, il credito di L. 90.000 (risultante dalle cambiali e dalla scrittura); e ciò, nel successivo giudizio, anche in via di compensazione per un credito della Rovatti verso di lei, credito di L. 48.500 risultante da atto a rogito notaio Parmiggiani.

Continuiamo l'esposizione del fatto, quale si trova nella sentenza della Corte di Cassazione:

« Le eredi Rovatti, convinte che la loro zia non avesse alcun debito verso la Sighinolfi, che aveva sempre favorito con prestiti e garanzie cambiarie, tanto che quest'ultima pochi mesi prima aveva riconosciuto il suo ingente debito, denunziarono il fatto al Procuratore del Re di Modena.

Iniziatosi procedimento penale contro la Sighinolfi, costei si difese sostenendo che la somma rappresentata dalle cambiali costituiva un grazioso regalo della Rovatti, motivato dal fatto di avere, mercè

consigli dati, cagionato perdite in affittanze tenute dal marito di essa Sighinolfi.

A seguito della formale istruttoria, il Procuratore del Re chiese che la Sighinolfi fosse rinviata a giudizio sotto l'imputazione di abusivo riempimento di cambiali in bianco e di circumvenzione di persona incapace. Il giudice istruttore, per altro, proscioglieva la Sighinolfi per insufficienza di prove, e la sezione istruttoria della Corte d'Appello di Bologna respingeva il gravame prodotto dalla Sighinolfi.

Con atto del 6 aprile 1933 le eredi Rovatti intimarono alla Sighinolfi precetto immobiliare per conseguire il pagamento del credito riconosciuto con l'atto Parmiggiani; a tale precetto si oppose quest'ultima con atto 4 maggio stesso anno.

Con atto 4 gennaio 1934 la Sighinolfi intimava a sua volta alle Rovatti precetto immobiliare per la somma di L. 41.500, differenza fra il reclamato credito di L. 90.000 e il debito ipotecario da essa riconosciuto. Si opposero con atto 18 gennaio 1934 le eredi Rovatti ed il Tribunale di Modena, con sentenza 9-13 giugno 1934, accoglieva l'opposizione e dichiarava nullo il precetto, attesa la nullità delle cambiali, perchè prive di data e del luogo di emissione; questa pronuncia è passata in autorità di cosa giudicata.

Con sentenza 1-3 aprile 1935, il Tribunale ordinò alla Sighinolfi la produzione della scrittura privata di riconoscimento di debito da parte della Rovatti.

Il Tribunale, con sentenza del 5-15 gennaio 1937, respingeva le opposizioni della Sighinolfi.

Il Collegio, dopo aver riconfermato la invalidità delle prodotte cambiali, in quanto tardivamente riempite dei requisiti essenziali, e la inefficacia obbligatoria della scrittura del 17 giugno 1932 versata in causa, perchè sfornita del «buono e approvato», argomentava ancora circa la inesistenza della pretesa della Sighinolfi, la quale aveva prospettato il rapporto fondamentale sottostante alle cambiali, nonchè la causale dell'obbligazione racchiusa nella cennata scrittura, sotto un duplice profilo: il primo; già dedotto nel giudizio penale, e cioè che

l'obbligazione della Lucia Rovatti discendeva da un obbligo morale di questa d'indennizzare la grave perdita subita dal marito della Sighinolfi per la gestione di un'affittanza consigliata dalla Rovatti medesima; il secondo, svolto nel giudizio civile, per cui l'obbligazione assunta sarebbe stata remunerativa di servizi manuali prestati per lungo volgere di anni.

Da tale sentenza si gravarono la Sighinolfi, in via principale, e le Rovatti.

La Corte d'Appello di Bologna confermò, innanzitutto, il giudizio del Tribunale circa la inefficacia obbligatoria sia delle cambiali che della scrittura 17 giugno 1932.

Nel merito, poi, delle pretese della Sighinolfi, ed aderendo alle richieste, ritenne che le cambiali e l'accennata scrittura integrassero gli estremi di un principio di prova scritta giustificante l'ammissibilità della prova dedotta dalla Sighinolfi. Ed a sostegno di tale ammissibilità rilevò ancora la Corte, che pur ammesso che l'obbligazione assunta dalla Lucia Rovatti, con il rilascio delle cambiali e della scrittura del 1932, venisse a concretizzare il riconoscimento di un'obbligazione naturale in dipendenza dei danni cagionati dalla sopra cennata affittanza, tuttavia non era dubitabile che, per una successiva manifestazione di volontà, il debitore potesse far assurgere al grado di obbligazione civile quella che tale non era nel momento in cui era sorta.

La Corte abilitò ancora le eredi Rovatti a provare con testimoni i fatti dedotti in contrasto a quelli capitolati dalla Sighinolfi; consentì il sequestro dell'immobile precettato, dalle prime richiesto; sospese ogni altro provvedimento.

In tali sensi parzialmente riformò la impugnata decisione del Tribunale.

Diritto. — Osserva la Corte Suprema come col primo mezzo del ricorso sostanzialmente si denunzi un difetto di motivazione in cui sarebbe incorsa la sentenza impugnata, che avrebbe disposto la prova testimoniale, circa il vincolo obbligatorio contratto dalla Lucia Rovatti, sul presupposto, nemmeno discusso, di un'obbligazione naturale, cui quest'ultima fosse tenuta, mentre tutto ciò era disputato,

assumendosi dalle ricorrenti che il preteso errato consiglio circa l'affittanza accennata in narrativa, non poteva costituire fonte di danni, e quindi di obbligazione, sia pure naturale.

Che in tesi di diritto una simile indagine sia decisiva in contestazioni del genere, non può certo revocarsi in dubbio, giacchè, eventualmente esclusa l'obbligazione naturale, ed ammesso invece il puro obbligo di coscienza, ne consegue che se anche quest'ultimo possa costituire idoneo motivo per l'assunzione di una successiva obbligazione civile, tale obbligazione non può che sostanzarsi in un atto di liberalità, soggetto per questo alle forme all'uopo imposte dalla legge.

Ma dal contenuto della sentenza denunziata appare evidente la ragione giustificatrice del silenzio serbato in ordine a detta indagine. Da una parte, la Corte d'Appello ha ritenuto, con apprezzamento di fatto, che la questione circa l'indole dell'obbligazione in controversia non le fosse stata prospettata, e che tutta la disputa in ordine all'ammissibilità della prova richiesta si sostanziasse sul presupposto, non impugnato dalle Rovatti, di un'obbligazione naturale assunta dalla defunta Lucia Rovatti; d'altra parte, si è mostrata premurosa, prima di ogni altra indagine, di accertare gli elementi di fatto circa la pretesa obbligazione, e ciò per le più appropriate risoluzioni di diritto. E sotto quest'ultimo riflesso non può dirsi, dunque, che le ricorrenti siano pregiudicate nel diritto di far valere il proprio assunto circa l'indole dell'obbligazione e per tutte le giuridiche conseguenze, nel corso ulteriore del giudizio, dopochè, raccolte le prove, saranno emersi più sicuri elementi di giudizio in ordine alla questione di che trattasi.

Ripudiandosi, pertanto, il primo mezzo del ricorso, non può pervenirsi a dissimile conseguenza per ciò che attiene agli altri mezzi del ricorso stesso.

Col secondo motivo si censura ancora la sentenza della Corte d'Appello per avere ritenuto la possibilità (giustificatrice della disposta prova orale) della novazione di una precedente obbligazione naturale, e ciò contro il chiaro dettato della legge, che, all'infuori della *soluti retentio* (art. 1237 cap. c. c.), non attribuisce verun altro effetto giuridico alle obbligazioni naturali.

Simile questione, che rimonta al diritto romano, e per la cui risoluzione non vi è ancora concordia d'intenti, sia in dottrina che in giurisprudenza, non occorre sia in concreto decisa.

Emerge dal chiaro tenore della sentenza impugnata, non già l'affermazione che l'obbligazione naturale ascritta alla Lucia Rovatti fosse stata novata con la successiva obbligazione, della quale si chiedeva la dimostrazione *ex adverso*, sibbene quella di non essere interdetto all'obbligato di fare successivamente assurgere al grado di obbligazione civile quella che tale non era al suo sorgere. Il che è ben diverso della pretesa novazione e giuridicamente esatto, come anche ha ritenuto il Supremo Collegio in piena aderenza ad una concorde dottrina.

Qualsiasi obbligazione naturale, indipendentemente dalla possibilità o meno della sua novazione, può ben fornire all'obbligato naturalmente la causa ad una successiva obbligazione, civilmente valida.

Il debitore così s'impegna, *ex novo*, a compiere la prestazione, e ciò sia pure con efficacia retroattiva, come se la obbligazione esistesse sin dall'origine. Effetto questo, che nemmeno può ripudiarsi in rapporto al semplice obbligo di coscienza, che sebbene disciplinato dalla morale, la quale ne regola la nascita, lo svolgimento e l'estinzione, tuttavia può ben rientrare nell'orbita del diritto, se ed in quanto diventi motivo di un successivo atto giuridico, contratto in forma valida ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie nota 1 e *sub d* ad note 31 e 32.

La sentenza (contro quanto ne dice la nota redazionale della *Riv. dir. comm.*, *loc. cit.*) non afferma che la cambiale, *del resto, riconosciuta nulla come cambiale* dalla stessa sentenza, valga quale forma o mezzo per rendere valida una promessa di adempimento di un'obbligazione naturale, e tanto meno di un semplice obbligo di coscienza (v. vol. I nota esplic. n. 3 in appendice al § 22 e § 38 *sub d*).

La sentenza ne dice, invece, che per la validità della promessa di adempiere un'obbligaz. naturale basta una promessa qualsiasi, anche ver-

bale, anche non contenuta in una cambiale; mentre per il mero obbligo di coscienza occorrono le forme della donazione. In quest'ultimo senso, e in relazione ad altro passo, va interpretato anche il passo finale della sentenza (v. vol. I § 11 nota 1).

Nè, come sostiene il Betti per puntellare la sua tesi (di cui al vol. I § 11 *sub b* nota 11 e *sub c* note 18 segg.), si può supporre nel caso Rovatti una « causa tipica di transazione », che la Corte avrebbe « ricondotta sotto il profilo inesatto della obbligazione naturale » (v. BETTI, *Teoria gen. del negozio giur.*, Torino, 1950, 2^o, p. 206 in nota). Di una simile transazione non v'è alcun cenno nel fatto di causa, e l'ipotesi è del tutto gratuita, anzi esclusa dalle stesse deduzioni di fatto della Sighinolfi.

Piuttosto la sentenza è interessante, perchè, lasciando all'esito delle prove e al giudice di merito la questione della sussistenza di un'obbligazione naturale ovvero di un semplice obbligo di coscienza, conferma quanto ne dicemmo nel vol. I § 11 nota 31 e 32. In questo senso v. anche il caso De Cristoforo - De Cristoforo, Cass. 8 luglio 1938, in Rep. *Foro it.*, 1938, voce *obbligaz. e contratti*, n. 383-386, e altri casi citt. in nota al caso Baratta Prada.

Se una critica può farsi alla sentenza (che conferma l'opinione della giurisprudenza dominante e da essa richiamata), questa critica concerne l'eccessiva generalizzazione che: « qualsiasi obbligazione naturale può fornire la causa ad una successiva obbligazione (promessa) civilmente valida » (s'intenda, la causa *sufficiente* ad escludere la liberalità e le forme della donazione, come altrove risulta dalla sentenza). V. Vol. I, § 11, *sub c et d.*

GONZAGA cr. DANANI

App. Bologna, 24 maggio 1941. — *Riv. dir. comm.*, 1941, II, 332,
e Cass. 15 marzo 1943, in *Settimana Cassaz.*, 1943, 551.

(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

Riferiamo prima la sentenza della Corte d'appello:

« *Diritto (Omissis)* — Ora è un principio già ammesso anche da questo Collegio e autorevolmente confermato dalla Suprema Corte (sent. n. 2236 del 4-7-1938 in causa Rovatti-Sighinolfi), che l'obbligazione naturale abbia anche per effetto di poter costituire legittimo motivo per l'assunzione di una perfetta obbligazione civile. Non è invero dato scorgere una plausibile ragione per cui debbasi, come non

v'ha dubbio, ritenere valida l'esecuzione dell'obbligazione naturale, sì da dar luogo alla *soluti retentio*, e non riconoscere pari validità ad un correlativo vincolo obbligatorio, ad assumere il quale il fiduciario siasi indotto pur sempre sotto il medesimo impulso dell'imperativo della sua coscienza di adempiere a quanto commessogli dal testatore.

La questione pertanto si riduce alla risoluzione del punto essenziale: se l'incarico affidato al fiduciario dia per costui vita ad un puro dovere di coscienza sfornito di ogni carattere giuridico, o concreti per contro una obbligazione naturale. Ed è ovvio che, quando questa si riconoscesse, sia l'esecuzione di essa sia una successiva obbligazione civile, all'assunzione della quale essa desse poscia luogo, non richiederebbero, per la loro validità, la adozione di una forma solenne costitutiva, quale quella prescritta per i contratti di donazione.

Ora la Corte, che non ignora il dissidio dottrinale non ancora sopito su tal punto, e pur non dissimulandosi il peso e la gravità delle ragioni che sorreggerebbero la soluzione negativa, ritiene di dovere aderire alla opinione che ravvisa anche nella fiducia testamentaria un'obbligazione naturale.

Ciò per la seguente precipua ragione: se, pur in contrasto con autorevole insegnamento della dottrina, comunemente si ammette che sussista una tale obbligazione, sempre quando la legge, anche negando l'azione per ottenere il pagamento, ammette la *soluti retentio* o negli altri casi assimilabili, per analogia, a quelli per i quali un tale effetto è esplicitamente riconosciuto; se non v'ha dubbio che anche il dovere del fiduciario, quantunque non coercibile a favore dell'onorato occulto, può essere ciò nonostante volontariamente eseguito a favore di costui, e la validità dell'avvenuta esecuzione non può più essere impugnata, a meno che la disposizione eseguita sia volta a beneficio di persone incapaci, tanto vuol dire che si è precisamente in uno dei casi nei quali va riconosciuta l'esistenza di una obbligazione naturale. Ciò a maggiore ragione può affermarsi quando si riconosca, con l'autorevole insegnamento della Corte Suprema (sent. n. 2337 dell'8-7-1938), che « le obbligazioni naturali si identificano con le obbligazioni sociali o morali aventi contenuto patrimoniale, ma sprovviste di ca-

rattere giuridico, ed anche coi doveri ed obblighi di coscienza fermamente riconosciuti dal costume e dal sentimento generale». Nè da ultimo si deve prescindere dal rilievo che anche l'evoluzione del pensiero giuridico appare decisamente orientata, nella soggetta materia, verso l'affermazione di una obbligazione naturale del fiduciario. Ed invero, secondo un'autorevole illustrazione delle disposizioni del nuovo libro delle successioni e donazioni, nell'art. 173 di esso (che di certo non può regolare il caso in esame soggetto alla disciplina dell'abrogato art. 829), deve ritenersi definitivamente accolta la teoria, che una tale obbligazione già prima riconosceva; di tal che anche il trasferimento dei beni ereditari dal fiduciario alla persona indicata dal testatore ed a maggior ragione la sola obbligazione civile intesa ad operare un tale trasferimento dei beni ereditari dal fiduciario alla persona indicata dal testatore prescindono dalla necessità della forma solenne richiesta per le donazioni».

Nella stessa causa Danani-Gonzaga la Corte di Cassazione, con la citata sentenza 15 marzo 1943, si è pronunciata come segue:

« Il supremo Collegio osserva che fu un tempo opinione dominante che il riconoscimento di un'obbligazione naturale, e più specialmente della fiducia, desse luogo ad un'obbligazione civile perfettamente valida ed azionabile. Non mancano neppure oggi fautori di tale opinione che ebbe più largo seguito nei tempi di mezzo, in cui la fiducia, elevata quasi ad istituto, fu largamente favorita dalla Chiesa. Però, non solo col volgere dei tempi la fiducia andò sempre perdendo del primitivo favore, a causa degli abusi e delle infedeltà cui dava luogo, e degli aspri litigi che fomentava, tanto che i codici moderni, compreso l'albertino e l'estense, ne decretarono indirettamente l'inefficacia, impedendone la prova; ma oggi, dall'art. 829 cod. civ. abrogato e dall'art. 627 cod. nuovo, si è pervenuti alla conclusione, accolta nell'art. 627, che al terzo, il quale si faccia a domandare dei beni ereditari, in base ad una disposizione fiduciaria e non in base al testamento, non è data azione di sorta, salvo che la persona dichiarata nel testamento non abbia spontaneamente eseguito la disposizione stessa trasferendogli i beni domandati, nel quale caso non si farà luogo a ripetizione ». (*Omissis*)

« La confessione dell'onerato di un debito naturale o di coscienza non aggiunge nè toglie alla dichiarazione, inefficace, della sua esistenza. La promessa di adempimento neppure conferisce efficacia giuridica a debito siffatto che, nato come debito di coscienza, tale rimane anche dopo la promessa di adempimento. Ad altra conclusione potrebbe forse pervenirsi per i casi in cui il debito originariamente civile perda della sua efficacia per sopravvenienze (prescrizione, giudicato di assoluzione per mancanza di prove, ecc.) posto che tali casi potessero farsi rientrare nella categoria dei debiti di coscienza. Ad altra conclusione dovrebbe pure pervenirsi, se la promessa di adempimento si rivesta dei requisiti e delle forme di una donazione obbligatoria; in tal caso il vincolo obbligatorio avrebbe la sua causa, e la preesistenza del dovere di coscienza ne rappresenterebbe la causa remota o motivo ».

La massima redatta dalla *Settimana Cassaz., loc. cit.*, ne dice:

« La disposizione fiduciaria, prevista dall'art. 829 cod. civ. abrogato e dall'art. 627 nuovo cod. civ. dà vita di regola ad un debito morale o di coscienza a carico del fiduciario. Tale debito non produce altro effetto giuridico che quello dell'irretrattabilità dell'adempimento.

La dichiarazione o confessione della fiducia non converte il debito di coscienza in debito civile ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie nota 18 e *sub d* ad note 28 e 29.

La sentenza della Corte di Bologna argomenta dall'effetto della *soluti retentio* per l'ammissibilità di una promessa (non rivestita della forma della donazione) di adempimento dell'obbligazione naturale. Su questo argomento v. sopra la nota al caso Pierfelici e richiami ivi, il caso Bosco-Fogliatti, nonchè vol. I § 11 *sub c*. Partendo da questo (pare, inesatto) argomento, la stessa Corte è arrivata a generalizzare l'ammissibilità di quella promessa, estendendola, anche al caso della fiducia, ove particolari ragioni consigliavano la soluzione negativa (pel diritto italiano).

Viceversa, nello stesso caso, la Corte di Cassazione ha negato la validità di quella promessa per la fiducia, ma sulla base di motivi poco chiari. Non è chiaro, cioè, se gli argomenti del Supremo Collegio si riferiscano al

caso specifico della fiducia o concernano tutte le obbligazioni naturali. Il Supremo Collegio non poteva dimenticare quanto aveva deciso nel caso Rovatti - Sighinolfi, citato dalla Corte di Bologna, e in altri casi (che non si perdono nella notte dei tempi di mezzo!). Sembra che la Cassazione, invece d'invocare il motivo accennato nel vol. I § 11 *sub d* ad note 28 e 29 che ci pare più esatto, abbia voluto distinguere fra meri doveri « naturali o di coscienza », e obbligazioni naturali o alcune obbligazioni naturali (e ciò in relazione anche alla motivazione della Corte di Bologna). Senonchè, fra queste ultime, la Corte di Cassazione sembra limitare la validità della promessa (non rivestita delle forme della donazione) ai casi di un'obbligazione originariamente civile che perda la sua efficacia per prescrizione, ecc. E così la sua motivazione diventa oscura.

Il Supremo Collegio, inoltre, sembra confondere il caso di mera confessione, dichiarazione o riconoscimento di un'obbligazione naturale (a parte il caso della fiducia) col caso di una promessa di adempimento, s'intende, con l'intento di obbligarsi giuridicamente. Su questa distinzione v. vol. I § 11 nota 22 e *infra* i casi francesi nel cap. V, nonchè la nota al caso Baratti - Prada.

Quanto al carattere di obbligazione naturale e non di mero dovere di coscienza nella fiducia, sembra più esatta la soluzione adottata dalla Corte di Bologna.

Si confronti il caso in esame col caso Bolelli cr. Frascaroli e se ne dicano le differenze

In una nota del Montel in *Riv. dir. comm.*, 1941, *loc. cit.*, si richiama la Relazione ministeriale all'art. 873 libro delle obbligazioni pel nuovo codice civile (art. 2034 nuovo cod. civ.), nella quale relazione si esclude espressamente la validità della promessa di adempimento di un'obbligazione naturale. Ma questa espressa negazione non si ritrova più nella Relazione del Guardasigilli al nuovo cod. civ. (v. n. 557 e 790 di questa Relazione), che si limita a dire che il solo « effetto » dell'obbligazione naturale è la *solutio retentio*. Sicchè, a parte il valore dei lavori preparatori, gli argomenti da noi adottati per la validità, *in certi casi* (non in quello della fiducia), di tale promessa non sembrano infirmati (v. vol. I § 11 ad nota 20 e autori ivi citati).

BOLELLI cr. FRASCAROLI

Cass. 31 marzo 1942. — *Settimana Cassaz.*, 1942, 526.

Riportiamo la massima e la motivazione che si trovano in *Settimana Cassaz.*, *loc. cit.*

« Il contratto di vendita che dissimuli l'adempimento di un obbligo di coscienza — nel caso, l'esecuzione del voto del testatore di trasferire un immobile da cadere nella successione ad un congiunto del testatore stesso — non costituisce una donazione, ed è perciò valido, sebbene stipulato senza la presenza di testimoni ».

Nella motivazione il Supremo Collegio ne dice che in simile caso « manca l'*animus donandi*... Questo presuppone che l'arricchimento del donatario sia voluto per puro spirito di liberalità, che implica spontaneità ». E ciò, aggiunge la Corte, benchè l'art. 769 nuovo cod. civile non parli più di spontanea liberalità.

E conclude: « Non è a parlarsi di puro spirito di liberalità, quando la donazione viene fatta solo perchè si crede di esservi obbligati, sia pure in adempimento di un dovere che non sia giuridicamente sanzionato ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie *ad* note 28 e 29 e § 38 *sub a.*

La sentenza ritiene sussista nel caso un obbligo di coscienza (sul punto v. nota al caso Gonzaga-Danani). E può anche essere così, quando, più che di una vera e propria fiducia, si tratti di un voto o di una raccomandazione del testatore (v. sul punto, vol. I § 11 ad nota 28). Resta tuttavia da vedere se un mero obbligo di coscienza può giustificare un *transfert* o adempimento senza la forma della donazione (v. vol. I § 38 *sub a.*).

Comunque, anche nel caso di vera e propria fiducia e di obbligazione naturale, resta da vedere, in mancanza di un atto di *transfert* astratto per gli immobili, come si possa attuare il *transfert* stesso (v. vol. I § 38 *sub a* e § 22 nota 35). La difficoltà si sarebbe superata, nel caso, con una vendita simulata. Quanto alla concezione della donazione come puro spirito di liberalità, v. vol. I § 8 e § 11 note 10 e 28.

VERGARA cr. ETRUSCHI

Cass., 27 gennaio 1941. — *Foro it.*, 1942, I, 336.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

N.B.: Il caso Vergara cr. Etruschi va esaminato insieme ai casi Bosio-Cappellini e Stella-Gangemi, coi quali forma un gruppo: v. anche il caso Magnani-Presti sopra riferito.

Nel caso Vergara si trattava di una persona che aveva fatto una promessa scritta (ma non nelle forme della donazione) di corrispondere una pensione alimentare ad altra persona, con la quale la prima riteneva sussistere un rapporto di paternità naturale.

Gli eredi del promittente sostenevano che v'era in ciò una donazione nulla per difetto di forma, in quanto non v'era il titolo di filiazione naturale.

La Corte di Cassazione rigetta tale difesa, invocando anche la sua giurisprudenza per i casi analoghi di promessa ad una concubina da cui si è avuto un figlio (e cita la sentenza 15 maggio 1938, in Rep. *Foro it.*, 1938, voce *obbligaz. e contratti*, n. 190). Per questa situazione v. anche il caso Pollastri cr. Pavesi, App. Bologna, 13 aprile 1942, in Rep. *Foro it.*, 1943-1945, voce *obbligaz. e contratti*, n. 115 e in *Temi Emiliana*, 1943, I, I, 8, ove si citano anche molte altre sentenze sulla validità di una promessa, fatta senza le forme della donazione, per adempiere l'obbligazione naturale di riparare il pregiudizio subito dalla concubina dopo cessato il concubinato. Sul punto v. vol. I § 11 *sub d ad* note 30 segg.

Senonchè, come rileva una nota redazionale del *Foro it.*, 1942, I, 336, nel caso Vergara-Etruschi si esamina il caso di una promessa fatta al solo (ritenuto) figlio naturale e non alla concubina anche pel figlio o ad essa e al figlio. E per questo caso, dice la nota, non esistono precedenti.

Così la Corte di Cassazione motiva nel caso Vergara:

« Non è liberalità la causa delle obbligazioni di questo genere, ma quell'alto dovere morale universalmente riconosciuto di soccorrere tanto la donna caduta in miseria per la comune colpa, quanto la creatura bisognosa, della quale si ha l'opinione di essere padre od

anche il solo dubbio di essere padre. La legge non dà protezione diretta a questi doveri morali, pur così alti, e non la dà in considerazione della gravità dei pericoli di abusi a cui si andrebbe incontro in un campo così delicato; ma, quando l'uomo si impegna con esplicita e concreta dichiarazione, ad adempiere tali doveri, l'obbligazione è valida, senza che possa pretendersi che essa risulti dall'atto solenne prescritto per la donazione, perchè, come si è detto, la causa di questa obbligazione non è la liberalità ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie *sub b, c et d* ad note 30 segg.

Questionario:

1°) Si possono porre limiti di valore a promesse del genere, e quali?

2°) La sentenza nel caso Vergara parla di causa nel senso strettamente oggettivo di ragione di giustizia o giustificatrice della sanzione, sicchè l'intento di donare sarebbe irrilevante ai fini del problema della forma o dello schema formale-causale della donazione?

3°) Si confronti col caso francese R. cr. D., Cour De Douai, 6 agosto 1856, riferito nel cap. V, e se ne dicano le differenze anche quanto alla situazione di fatto.

BOSIO cr. CAPPELLETTI

App. Milano, 12 giugno 1947. — Rep. *Foro it.*, 1948,
voce *obbligaz. e contratti*, n. 173.

(riferiamo la massima, non avendo potuto trovare il testo della sentenza)

« Una dichiarazione di debito senza specificazione alcuna della causa, che non sia sorretta dall'attestazione di un *animus donandi*, nè possa ricondursi sotto gli effetti di una *vis compulsiva* per sottrarsi a persecuzioni e minacce da parte della ex-amante, non può interpretarsi se non come effettuazione di un obbligo di coscienza da parte dell'uomo per aver troncato la relazione amorosa, e rientra nella sfera dei rapporti regolati dalla morale, che la legge giuridicamente riconosce solo in quanto vengano volontariamente soddisfatti ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 *sub d ad* note 30 segg.

Sulla funzione della menzione della « causa » e di questa come protezione del promittente contro vizi generici del consenso v. vol I nota esplic. n. 4 in appendice al § 22 specie nota 42; nonchè il § 23. La sentenza non vuol quindi dire che il *billet non causé* è valido, se si prova l'*animus donandi* (pel diritto francese v. però vol. I § 38 *sub d*).

La sentenza parla di un puro obbligo di coscienza; non sembra vi fossero nel caso quegli elementi della seduzione, del pregiudizio grave alla donna ecc., i quali avrebbero potuto far nascere una più forte obbligazione, naturale se non addirittura civile, che avrebbe potuto giustificare anche la validità di una promessa non rivestita delle forme della donazione. V. in proposito vol. I § 11 *sub d ad* nota 30 segg., nonchè la nota al caso Vergara cr. Etruschi.

La sentenza Bosio - Cappelletti è citata dal Betti, (*Negozio giur. cit.*, 2^a ediz., p. 392, nota 55) come prova della sua tesi che la promessa di adempiere un'obbligazione naturale non è giustificata dal tipo di contratto o, comunque, da un interesse meritevole, di tutela giuridica (teoria della funzione economico sociale: v. vol. I § 11 nota 22 e § 19).

STELLA cr. GANGEMI

Cass., 17 luglio 1948. — *Foro it.*, 1949, I, 951.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

La Corte, ecc. — « Per quanto riflette il ricorso principale, si ripropone, col primo mezzo, la questione se, ai fini della prova del carattere remuneratorio della donazione, debba esso risultare dallo stesso atto pubblico, contenente tale negozio giuridico, ovvero possa essere desunto da circostanze estrinseche, dimostrabili con qualsiasi mezzo. La Corte d'Appello, uniformandosi ai pronunziati di questo Supremo Collegio, di cui alle sentenze 10 Giugno 1938 (*Foro it.*, Rep. 1938, voce Donazione, n. 10) e 9 Marzo 1929 (*id.*, Rep. 1929, voce cit. n. 51) opinò per quest'ultima soluzione; donde le censure del ricorrente, che si risolvono nel seguente dilemma: o si ritiene, così egli dice, che l'intento remuneratorio costituisca un elemento causale della donazione, e in tal caso, rappresentando l'accordo sulla causa, ossia sull'effetto tipico che le parti vogliono raggiungere, il con-

tenuto essenziale della dichiarazione di volontà, non è possibile che esso non sia rivestito della forma richiesta dalla legge per quel determinato tipo negoziale; ovvero si ritiene ch'esso costituisca, invece, un motivo, il quale sia giuridicamente rilevante, e non potrebbe perciò non risultare parimenti dall'atto, non potendosi, per principio generale, riconoscere efficacia giuridica a motivi non risultanti espressamente dal contenuto della volontà negoziale.

Tali censure non sono però fondate, nè possono pertanto indurre a discostarsi dalla precedente giurisprudenza.

La donazione remuneratoria, se è caratterizzata dal fine particolare di remunerazione, che muove il donante a compiere la liberalità, non assurge ad un tipo negoziale distinto; la sua causa rimane sempre ed inalterabilmente lo spirito di liberalità, che inerisce ad ogni attribuzione patrimoniale a titolo gratuito, e ne giustifica la funzione economica e sociale (art. 1051 cod. civ., 1865; art. 770 cod. civ. vigente). La finalità di remunerazione, che persegue il donante, se è riconosciuta giuridicamente rilevante a dati effetti, non incide tuttavia sulla natura dell'atto, nè altera il suo contenuto negoziale, funzionando tale motivo non già come limite o condizione dell'atto di volontà, ma solo come un fatto impeditivo dell'azione di revoca per ingratitudine o per sopravvenienza di figli, cui eventualmente la donazione potrebbe altrimenti essere soggetta. Non diversamente da quanto accade per gli altri motivi, esso resta staccato e avulso dalla volontà contrattuale, atteggiandosi rispetto a questa, e venendo quindi in considerazione, come un mero fatto estraneo, per quanto determinante, cui si riconnettono, se accertato, dati effetti giuridici, indipendentemente dall'essere esso stato assunto o meno a contenuto della volontà negoziale, così come effetti giuridici si riconnettono, ai fini dell'invalidazione dell'atto, ai motivi illeciti, in vista dei quali le parti siano state determinate alla conclusione del negozio (artt. 1119, 1122 cod. civ., 1865, artt. 1343, 1345 cod. civ. vig.). Restando, pertanto, la finalità remuneratoria svincolata dall'*in idem placitum consensus*, non può evidentemente la prova di essa soffrire limiti, ben potendo desumersi da circostanze estrinseche, chè anzi spesso ragioni di conve-

nienza sociale consigliano di non far menzione nell'atto del fine, da cui è mosso il donante, così come, trattandosi di motivi illeciti, quasi mai le parti si inducono a consacrarli nello scritto.

Nè contraddicono al principio le disposizioni degli artt. 626, 787, 788 del nuovo codice civile, per cui, perchè possa avere rilevanza, negli atti di liberalità, il motivo erroneo o illecito, occorre che esso risulti dall'atto, oltre ad essere stato il solo a determinare il testatore o il donante alla liberalità. Trattandosi infatti qui di un motivo del tutto particolare ed esclusivo alla persona del dichiarante, si comprende la necessità, ai fini dell'invalidazione dell'atto, non solo che esso sia palesato, ma che lo sia nello stesso atto, e col rigore quindi della forma per questo richiesta, senza di che verrebbe ad essere facilmente scossa la certezza del negozio. (*Omissis*)

Infondato è anche il terzo mezzo, il quale involge una complessa censura. Si sostiene da una parte che erroneamente la Corte di merito avrebbe ritenuto potesse rivestire carattere remuneratorio anche la donazione fatta alla sedotta, divenuta poi concubina, per riparare il pregiudizio derivato dalla seduzione e dalla conseguente relazione sessuale, laddove per il concetto di donazione remuneratoria si comprenderebbero sotto questa le sole liberalità fatte per ricompensare un servizio od un beneficio ricevuti. (*Omissis*)

Non è esatto anzitutto limitare il concetto della donazione remuneratoria alle sole liberalità dirette a ricompensare un servizio o beneficio, escludendone quelle che abbiano per movente la riparazione di un torto.

Come ha affermato altre volte questa Suprema Corte, ed in tema proprio di donazioni fatte dal seduttore a favore della sedotta, divenuta poi concubina, ha natura remuneratoria la liberalità, allorchè il motivo dell'atto si ricolleggi ad un obbligo di coscienza (28-4-1942, *Foro it.*, Rep. 1942, voce Donazione, n. 16; 10-6-1938, id., Rep. 1938, voce cit., n. 10; 9-3-1929, id., Rep. 1929, voce cit., n. 51), il quale è poi tanto più vivamente sentito ed apprezzato, se rivolto a porre riparo ad un malfatto. E però, sia questo il movente che induca il donante alla liberalità, o quello della remunerazione di benefici o servizi ricevuti,

non per ciò viene ad essere alterata la funzione che, nella rappresentazione soggettiva del donante, la liberalità è destinata ad adempiere, quella cioè di ristabilire un equilibrio turbato; tant'è che nel medio evo, trattandosi di *donationes ob causam*, si parlava anche di *quaedam permutatio*. Ed in quanto a tale funzione appunto si riconnettono i particolari effetti giuridici della donazione remuneratoria, quali l'obbligo, riconosciuto ora espressamente dal nuovo codice civile, della garanzia per evizione e così l'esclusione della revoca per ingratitudine o per sopravvenienza dei figli, come pure dell'obbligo degli alimenti (art. 1087 cod. civ., 1865; 797 nn. 3, 805, 437 cod. civ. vig.), ogni distinzione verrebbe evidentemente ad urtare contro lo spirito della legge, nè potrebbe perciò non essere ripudiata, siccome arbitraria, dall'interprete. (*Omissis*)

A sostegno della propria tesi un ulteriore argomento è stato tuttavia addotto dal ricorrente, il quale dall'impossibilità di stabilire un giudizio di equivalenza fra il pregiudizio arrecato e la cosa donata, è stato tratto a negare col quarto mezzo la configurabilità di una donazione remuneratoria, ed in ogni caso puramente remuneratoria, quale si richiedeva, per la irrevocabilità, dall'articolo 1087 cod. civ. 1865.

Senonchè l'argomento non ha pregio, dacchè parte dall'erroneo presupposto che, agli effetti della liberalità, di cui trattasi, sia remunerabile solo ciò che è patrimonialmente stimabile; e ciò non è, chè anzi sull'autorità di un passo di Paolo, fr. 34, D. 39, 5, si è sostenuto proprio il contrario. In realtà, pur volendo attribuire un significato all'avverbio « puramente », di cui era menzione nell'art. 1087 cod. civ. 1865, si perverrebbe sempre ad una soluzione del tutto opposta a quella propugnata dal ricorrente, in quanto, essendo il donante meglio di chiunque altro in grado di apprezzare l'entità del pregiudizio causato, non potrebbesi mai quell'equivalenza negare, e attribuirsi alla cosa donata un valore maggiore di quanto possa averne il pregiudizio sofferto dal beneficiario (Cass. 28-5-1935, cit.).

Nè tale equivalenza negò ad ogni modo la Corte di merito, la quale, di fronte alla perdita dell'onore della donataria, alla sua com-

promissione di fronte al pubblico per la convivenza *more uxorio* con il cugino ed odierno ricorrente, e alla difficoltà di trovare un onesto collocamento, ritenne, con giudizio per sè incensurabile, la remunerazione molto al di sotto del valore e della importanza dei beni giuridici, che la donataria aveva sacrificati. (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie *sub a* nota 3; *sub b* 1°; *sub d* ad note 30 segg. V. anche § 19 nota 11 e § 38 *sub a*.

La questione insorta fra le parti concerneva, fra l'altro, l'ammissibilità della revoca della donazione per sopravvenienza di figli.

Sulla concezione della «causa» come funzione economico-sociale in questo e simili casi, v. quanto si dirà in nota a questa stessa sentenza *infra* nel cap. VI insieme al caso FIAT-Carrain.

Sul particolare trattamento dei motivi nei contratti a titolo gratuito, v. vol. I § 3 *sub b*, poco sopra la nota 5 e § 15; nonchè PLANIOL, *Traité Pratique de droit civil français*, 1952 VII, n. 38 e autori *ivi*.

Sulla equiparazione fra donazioni fatte per servizi ricevuti e donazioni per la riparazione di un torto, v. vol. I § 11 ad nota 3. Per analoghe ragioni, sembra, si debbono equiparare le promesse per servizi ricevuti e quelle per riparare un torto o adempiere in genere un'obbligazione naturale, quanto al problema della validità di tali promesse che non siano rivestite delle forme della donazione. (v. vol. I § 11 ad nota 3).

Per distinguere il caso della donazione (c.d. remuneratoria) da quello di simili promesse, sembra soccorra il criterio soggettivo dell'intento delle parti (di donare, ovvero di adempiere l'obbligazione naturale), purchè (criterio oggettivo) il *quantum* promesso o dato non sia di molto superiore al valore del servizio o del pregiudizio da riparare: v. vol. I § 11 *sub b* ad nota 9. Viceversa, se tale *quantum* è eguale o anche è *di molto* inferiore a quel valore, può sussistere la donazione se tale è l'intento delle parti (criterio soggettivo) e ciò, naturalmente, purchè non si tratti di obbligazione civile di compensare o di riparare il torto, ma di un'obbligazione naturale che, nel caso della sedotta, la sentenza chiama «obbligo di coscienza». Il che può essere esatto nelle particolari circostanze della fattispecie (v. vol. I § 11 *sub d* ad nota 30 segg).

La Corte infine ha ritenuto che, ai fini della sussistenza di una donazione remuneratoria, non è necessario che ciò che è remunerato (il servizio) o riparato (il pregiudizio da torto) sia patrimonialmente stimabile; e che quindi non è necessario che si possa stabilire un giudizio di equiva-

lenza con criteri oggettivi. Ciò è esatto pel caso di donazione remuneratoria e lo è, in certi limiti, anche ai fini dell'esclusione della revoca della donazione per ingratitudine e sopravvenienza di figli.

Ma può lasciare dei dubbi quanto all'applicabilità della garanzia per evizione « nei limiti dell'entità delle prestazioni ricevute dal donatore » (v. art. 797 n. 3 cod. civ.) v. vol. I § 15 *sub b*.

Passando al problema della promessa non formale, sembra da escludere la validità di una promessa, non rivestita delle forme della donazione, fatta per ricompensare servizi non patrimonialmente estimabili, poichè, ai fini della validità di tale promessa, sembra occorra la possibilità di quel giudizio di equivalenza mediante criteri oggettivi.

Ma che dire di una promessa (non formale in quel senso) di una somma o un *quid* per riparare un torto? E in ispecie, per riparare il torto o pregiudizio verso la donna sedotta e poi divenuta concubina? Occorre che questo pregiudizio sia patrimonialmente estimabile, così da permettere quel giudizio di equivalenza con criteri oggettivi? O si possono adottare criteri più elastici di quelli concernenti un servizio reso? Si possono applicare per analogia gli artt. 2056 e 1226 cod. civ. nuovo?

Quanto al testo romano citato nella sentenza, e cioè D. 39, 5, 34 § 1, vedasi vol. I § 2 nota 22. Per la concezione della *datio ob causam* e della *quaedam permutatio* nel diritto medievale, v. vol. I § 4 nota 8.

Quesito:

Oltre la differenza concernente la forma, quali sono le differenze, concernenti le *règles de fond*, fra donazione remuneratoria e promessa in adempimento di un'obbligazione naturale per servizi resi, per riparare un torto ecc.? V. vol. I §§ 15, 16 e 20 *sub b*.

GELARDI cr. TAMBURELLO

Cass., 14 luglio 1950. — *Foro it.*, 1951, I, 316.

In nota il caso VENTO cr. VENTO

(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

La sentenza cassata (App. Palermo, 22 luglio 1947) aveva ritenuto non essere necessaria per la donazione remuneratoria la presenza dei testimoni prescritta dalla legge notarile per le donazioni, in quanto la donazione remuneratoria non è diretta a mero fine di liberalità, ma

altresì alla soddisfazione di un dovere *giuridico* o *morale*, avendo così natura mista fra liberalità e pagamento.

Ma il Supremo Collegio osserva che non si può distinguere fra i due requisiti formali (atto notarile e testimoni) e che la donazione remuneratoria, ritenuta in passato una *datio ob causam*, va ricondotta allo « schema tradizionale » della donazione. E così continua:

« Diretta a ricompensare fatti, servizi o benefici ricevuti, dovuta a riconoscenza od anche a particolari meriti del donatario, essa va ricondotta allo schema tradizionale della donazione, con la conseguente osservanza dei requisiti di forma richiesti per la validità di questa, tutte le volte in cui risulti palese la intenzione del donante di voler gratuitamente alienare a favore di altri parte del suo patrimonio, al fine di aumentare quello del beneficiario. Tuttavia, potendo accadere, ed il disposto dell'articolo 797 conferma una tale eventualità, che la elargizione sia diretta anche al soddisfacimento di prestazioni ricevute, poichè in tal caso la elargizione stessa, nella misura necessaria a detto soddisfacimento, si concreta in una *datio in solutum*, ossia in un vero e proprio pagamento, ed il negozio posto in essere viene ad assumere carattere complesso, si ha che ai fini dei requisiti di forma richiesti per la sua validità, dovrà aversi riguardo al principio dell'assorbimento, secondo il quale la prestazione accessoria ed accidentale è soggetta, quanto alla forma, al regolamento giuridico richiesto dalla prestazione principale. Dal che consegue che la donazione remuneratoria è soggetta ai requisiti di forma richiesti per le donazioni in genere, tutte le volte in cui la gratuità sia l'elemento esclusivo o prevalente della operata attribuzione patrimoniale, e non è invece soggetta all'osservanza di tali requisiti, ove risulti che l'attribuzione patrimoniale sia dovuta per la maggior parte a causa onerosa ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 *sub a* et *b*; § 38 *sub a*.

La sentenza sembra limitare la validità di una promessa o di una *datio* (non rivestita delle forme della donazione) al caso di prestazioni ricevute, cioè di servizi patrimonialmente estimabili o, altrimenti detto, tali che possano dar luogo ad azione in giudizio. E adotta, in proposito, come

limite o criterio, quello oggettivo di proporzione (v. note ai casi Vento cr. Vento e Stella - Gangemi).

Ma è dubbio se la sentenza (a differenza della Corte d'App. di Palermo) richieda anche che le prestazioni ricevute diano luogo effettivamente ad un'azione in giudizio o ad un'obbligazione « giuridica » di ricompensarle: (v. *infra* il caso Vento cr. Vento). Nel qual caso, ovviamente, il concomitante criterio soggettivo dell'intento (di donare ovvero pagare) non avrebbe più senso per la parte del dato o promesso corrispondente al valore di tali servizi. Ma forse, quando si tratta di un negozio misto, è più difficile cogliere un intento di pagare, laddove si tratta di una obbligazione naturale; e l'intento è, più presumibilmente, quello unitario di donare.

Si veda anche il caso Fallacci cr. Monterossi, App. Firenze, 26 giugno 1951, Rep. *Foro it.* 1951, voce *donaz.* n. 5, la cui massima ne dice: « Nel concetto di donazione remuneratoria costituisce elemento esclusivo o prevalente la gratuità dell'attribuzione patrimoniale: così che, quando questa sia fatta *soprattutto* per compensare sovvenzioni ricevute, il negozio non è più soggetto ai requisiti formali della donazione ». Sul principio dell'assorbimento v. per analogia vol. I § 10 ad nota 2 bis.

In relazione al problema oggetto del caso Gelardi cr. Tamburello è da tener presente anche il caso VENTO cr. VENTO, App. Genova, 28 aprile 1948, Rep. *Foro It.*, 1949, voce *donazione* n. 33.

Riferiamo la massima, non essendoci stato possibile di trovare il testo della sentenza, che ci pare interessantissima:

« Ciò che caratterizza la donazione, e anche la donazione remuneratoria, e la distingue dalla dazione in pagamento, è l'*animus donandi*, e cioè lo spirito di liberalità, per il quale alcuno si spoglia di un diritto o assume un'obbligazione per arricchire l'altra parte; il che si avvera anche quando ciò si faccia per riconoscenza o per premiare particolari meriti, o ricompensare di un fatto utile al donante, ma privo di un contenuto valutabile pecuniariamente ed idoneo ad attribuire un diritto rivestito d'azione; mentre si ha dazione in pagamento, quando si intende compensare prestazioni, economicamente rilevanti e capaci di tutela giuridica; cosicché l'atto è diretto a soddisfare un obbligo giuridico e non ad arricchire gratuitamente altri ».

La sentenza del caso Vento sembra aderire alla equivoca tesi del Pothier di cui al vol. I § 11 nota 4, richiedendo che i servizi, oltre che valutabili pecuniariamente, siano capaci di dar luogo ad azione in giudizio. Ma forse tale capacità va intesa soltanto in senso potenziale, altrimenti il problema neppure sorgerebbe.

In tal caso, e semprechè non esista un vero e proprio diritto o azione per una ricompensa, ci si può domandare: come si fa a distinguere una donazione remuneratoria da una dazione o promessa in adempimento di obbligazione naturale? In base all'intento di donare, o, rispettivamente, di ricompensare, ovvero in base al criterio della proporzione (v. vol. I § 11 *sub a et b*)? La sentenza non è chiara su questo punto.

Viceversa, pel caso di servizi non valutabili pecuniariamente, la sentenza accoglie l'opinione tradizionale che occorre sempre lo schema formale-causale della donazione, anche se v'è l'intenzione di compensare e non di donare (v. vol. I § 11 *sub b I*^o).

Quanto alla giurisprudenza francese, v. nota finale alla sez. II del presente capitolo.

SEZIONE II

Giurisprudenza francese.

RICHER père et GOUMARIN cr. héritier RICHER

Cour de Rouen, 23 mai 1837. — *Dalloz, Jurispr. Gén., Obligations*, n. 509.
(la sentenza è riferita testualmente, come nel Dalloz)

Pierre Nicolas Richer, débiteur de sommes assez considérables à l'égard de plusieurs personnes, et dans l'impossibilité de les payer, a recours à son oncle, l'abbé Richer, curé de Duclair, qui a souscrit l'acte conçu en ces termes:

« Je soussigné, m'oblige à payer, comme dette d'honneur, la somme de 6.000 francs dus à divers créanciers par Pierre Nicolas Richer, mon neveu, laquelle somme ne sera exigible par le dit sieur Richer qu'après mon décès, et pour être par lui distribuée entre eux au marc le franc de leur créances.

« A Duclair, le 27 1834.

« Bon pour 6.000 francs.

« Signé:

« Richer, Curé de Duclair ».

Après la mort de l'abbé Richer, le sieur Richer et le sieur Goumarin, se disant représentants de plusieurs créanciers, demandent l'exécution de l'acte du 27 mai 1834.

Des saisies-arrêts sont pratiquées contre les légataires universels de l'abbé Richer.

Ceux-ci opposent la nullité de l'obligation comme faite sans cause valable.

Jugement qui, tout en reconnaissant que l'obligation de l'abbé Richer a une cause valable, annule les saisies-arrêts pratiquées, sur le motif que Richer neveu et Goumarin ne justifient pas d'une manière

légale ni de leur qualité, ni de l'existence sérieuse des créances, ni de leur date, ni de leur chiffre.

Appel.

Arrêt.

La Cour,

Considérant que les parties intervenantes sur l'appel n'avaient pas été légalement représentées par le sieur Goumarin, qui n'avaient aucun pouvoir légal à cet effet;

qu'elles justifient de l'intérêt qu'elles ont à faire valider l'obligation souscrite par le feu sieur abbé Richer;

Considérant que l'acte du 27 mai 1834 contient tous les éléments qui constitue une véritable obligation, et renferme une cause licite, l'abbé Richer y déclarant s'engager comme dette d'honneur;

que cet acte prouve que c'est dans l'intérêt de l'honneur de sa famille que l'abbé Richer assurait aux créanciers de Pierre-Nicolas Richer, son neveu, le paiement d'une somme de 6.000 francs;

Que cette obligation est donc consciencieuse et licite, puisqu'elle est consentie non pas seulement au profit du dit Richer, mais encore au profit de ceux qui avaient des créances existantes lors du dit acte, et dont le dit sieur abbé Richer avait connaissance, ce qui sort de la lettre du dit acte par ces expressions: *au marc le franc*;

Considérant qu'il résulte de titres authentiques, de protêts et autres documents de procès, que le sieur Goumarin, appelant, et les parties intervenantes, étaient créanciers à l'instant de l'obligation de sommes excédant celle de 6.000 francs, pour laquelle le sieur abbé Richer s'était obligé dans leur intérêt;

Qu'enfin les créanciers qui avaient commencé des poursuites avant le dit acte les ont interrompues aussitôt qu'ils en ont eu connaissance;

Réforme.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 9 *ad* note 8, 9 e 10; § 11 *sub b*, 2°; § 14 *sub f*.

1°) Una nota del Dalloz, *Jurispr. Gén., loc. cit.*, n. 509 così commenta il caso:

Il y a même plus: une obligation a sa cause suffisante dans les sentiments d'honneur et de délicatesse qui l'on fait souscrire. (V. TOULLIER, tome, 6, numéros 166 et s.; MERLIN, Quest. V^o Cause des oblig.; Boileux, p. 382; Duranton, tome 10, numéros 326 et s.). Il a été jugé ainsi:

Que lorsqu'une cour d'appel, interprétant des actes et les faits par elle constatés, a déclaré qu'une obligation trouve une cause suffisante dans le sentiment d'honneur et de délicatesse qui l'ont fait souscrire, et spécialement, que par ces raisons elle a validé un renouvellement de rente faite par un fils, acquéreur de la nation, des biens de son père, qui en étaient grevés, il n'y a pas ouverture à cassation contre son arrêt pour motif d'erreur et d'absence de cause dans l'engagement (Req. 10 mars 1818).

Questo caso presenta differenze rispetto al caso Richer.

2°) Il caso Richer non interessa per l'obbligazione dell'abate Richer verso i creditori del nipote (ammesso che una simile obbligazione sussistesse), se non in quanto la sentenza sembra esigere una « *cause valable* » o « *suffisante* » anche nei confronti di tali creditori (v. vol. I § 14 *sub f*). Anche nei loro confronti questa causa sarebbe consistita nello « *intérêt de l'honneur de la famille* ». V. anche la nota al caso Ricciardelli cr. Biondo e richiami di altri casi *ivi*.

Si aggiunga che la sentenza nella sua parte finale tiene conto anche del fatto che i creditori, a seguito dell'obbligazione dell'abate Richer, avevano sospeso gli atti esecutivi: una specie di *reliance*, anche se non richiesta (v. per la *common law* vol. I § 27 nota 2 *sub e*, et nota 3 *sub b*; § 35 nota 14).

3°) A differenza del caso Ricciardelli e di altri *ivi* richiamati in nota, la promessa di pagare un debito altrui era stata fatta anche, anzi in linea diretta, allo stesso debitore. Nei confronti del nipote la sentenza sembra accennare al problema o, almeno, al dubbio se la promessa dell'abate rappresentasse una donazione e richiedesse la forma relativa (v. i casi Ricciardelli e Bosco). La sentenza, infatti, sembra convalidare in genere l'obbligazione, anche nei confronti del nipote, sotto il profilo che essa era stata contratta anche a favore dei creditori. Sicchè, se tale obbligazione, di pagare i suoi debiti, fosse stata contratta soltanto nei confronti del nipote, se ne dovrebbe concludere che manca una « *causa* », cioè che si tratta di una donazione nulla per difetto di forma?

4°) Si può dubitare che l'*intérêt de l'honneur de la famille*, menzionato nella sentenza, vi sia assunto come una *causa praeterita*, cioè come un'obbligazione naturale o un dovere morale, e non, invece quale una *causa presente*.

5°) La sentenza non tocca il problema dell'intento di contrarre un

vincolo giuridico, che solleva dubbi proprio nel caso del debito d'onore (v. casi francesi nel cap. V), e ciò perchè l'intento risultava altrimenti dall'atto e dalle circostanze. Da quali elementi risultava tale intento?

6°) Come si sarebbe deciso il caso in esame secondo la *common law*, nei confronti del nipote e in quelli dei creditori?

LIMOUSIN cr. PARRY

Cass., Req., 17 avril 1827. — *Dalloz, Jurispr. Gén., Obligations*, n. 511.
(la sentenza è riferita testualmente, come nel Dalloz)

Limousin était créancier de Jumeau pour une somme de 4.580 francs, montant de deux traites protestées.

Il parait qu'au moment où il allait poursuivre le remboursement de cette somme, un nommé Texier, ami du débiteur, serait venu le trouver pour le prier de suspendre les poursuites.

Cependant, ce même Texier, après avoir obtenu sursis au profit de Jumeau, se fit souscrire par celui-ci un acte notarié contenant la reconnaissance d'une dette de 19.125 francs pour laquelle il prit hypothèque le même jour, 19 janvier 1811.

Limousin qui, sur la sollicitation de Texier, avait suspendu ses poursuites, et croyant voir dans le procédé de celui-ci un abus de confiance, prit de suite une inscription, mais qui se trouvait primée par celle de Texier. De là pourparlers entre les parties.

Pour réparer son tort, Texier souscrit, sous la date du 9 février 1811, un acte sous seing privé, dans lequel, après avoir reconnu que c'est sur ses prières que Limousin n'a pas donné suite à ses poursuites, il déclare consentir à ce que ce dernier soit colloqué avant lui et vienne primer son hypothèque.

Effectivement, lors de l'ouverture de l'ordre, Limousin se presenta muni de l'acte sous seing privé pour être colloqué avant la créance de 19.125 francs de Texier.

Mais des nommés Parry, qui avaient été les pupilles de Texier et dont ce dernier était demeuré débiteur d'après la reddition du compte de tutelle, s'opposèrent à cette collocation, et demandèrent la nullité

de l'acte sous seing privé en question, comme ne contenant pas une cause suffisante d'une part, et comme leur étant préjudiciable d'autre part.

14 mai 1825, jugement qui fait droit à cette demande.

Appel.

23 août 1825, arrêt confirmatif de la cour de Limoges.

Pourvoi pour violation des artt. 1134, 1382 et fausse application des artt. 1131, 1167, 2127 c. civil, en ce que, d'après le principe que tout fait de l'homme qui cause du préjudice à autrui doit être réparé, il en résulte que l'obligation de l'acte sous seing privé avait une cause vraie et légitime, que l'arrêt attaqué n'a pu méconnaître sans porter atteinte soit à la loi, soit aux conventions légalement exprimées. C'est en vain que l'arrêt s'appuie sur cette considération que Texier, en renonçant à la priorité de son hypothèque sur Jumeau, avait préjudicié à ses propres créanciers; car ses créanciers n'avaient de droit, en vertu de leur hypothèque légale, comme ses anciens pupilles, que sur ses immeubles. Ils n'avaient rien à réclamer sur la créance de 19.125 francs sur laquelle la priorité avait été concédée.

Arrêt.

La Cour,

Attendu que l'arrêt attaqué, en adoptant les motifs des premiers juges, a constaté que la cession dont il s'agit a été faite sans cause suffisante pour produire un engagement, et n'était qu'un acte de pure libéralité de la part de Texier, nuisible et préjudiciable à ses créanciers;

Attendu que l'arrêt étaye cette déclaration sur l'interprétation des clauses consignées dans l'acte de cession, et sur une appréciation de fait et de circonstances, laquelle ne peut donner prise à la cassation;

Attendu, enfin, que ce motif suffit pour justifier l'arrêt, sans qu'il soit besoin d'examiner le premier motif. Rejette.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 7; § 9 ad note 8, 9, 10; § 11 *sub b* 2° et *sub d* p. 142; § 27 *sub a* note 4 segg.

Una nota del Dalloz, *Jurispr. Gén., loc. cit.*, n. 511 così commenta questo caso in contrapposto al caso Richer:

Mais il a été décidé par un arrêt inédit de la Cour de Cassation que

est sans cause suffisante l'obligation par laquelle un individu consent à ce que son hypothèque soit primée par celle d'un tiers, par le motif que « ce serait sur sa prière que ce dernier aurait suspendu ses poursuites « et se serait ainsi laissé devancer en inscription hypothécaire »; qu'en conséquence les créanciers de cet individu ont qualité pour la nullité de cette obligation;

que du moins l'arrêt qui le décide ainsi, par appréciation des actes et des circonstances, est à l'abri de la censure de la cour de cassation (Req. 17 avril 1827).

Il est à remarquer que c'est vis-à-vis des créanciers que l'acte souscrit est réputé n'avoir pas une cause suffisante; mais il n'en eût pas été ainsi vis-à-vis du souscripteur de l'engagement. Pour ce dernier, la libéralité même est un motif suffisant; il en est autrement à l'égard de ses créanciers.

1°) Le sentenze dichiarano « *sans cause suffisante* » nei confronti dei creditori di Texier la cosiddetta cessione di ipoteca o di grado di collocazione fatta da Texier a favore di Limousin. Ammesso che tale cessione fosse inopponibile ai creditori di Texier, v'era bisogno, in questi rapporti, di ricorrere al concetto di *cause suffisante*?

2°) Ammesso che l'obbligo di Texier di riparare il torto o risarcire il danno di Limousin non costituisca un'obbligazione civile, ne discende per ciò solo che si trattava di un atto di pura liberalità? Se costituiva un'obbligazione civile, v. vol. I § 14 *sub f.*

3°) Se era un atto di liberalità, come poteva essere valido, nei rapporti fra le parti, senza la forma dell'atto notarile sulla base del « *motif suffisant* » di *libéralité*, come invece sembra ritenere il Dalloz nella nota surriferita? Se l'atto non era in frode dei creditori, cioè impugnabile con la pauliana (art. 1167 c. civ. francese), l'azione dei creditori di Texier non doveva fondarsi sugli stessi motivi per cui avrebbe, in ipotesi, potuto agire Texier e cioè su quello stesso difetto di *cause suffisante* e di forma della donazione (art. 1166 c. c. francese: azione surrogatoria?)

Quanto alla teoria della *reliance* (v. vol. I § 27 *ad* note 4 e segg. e nota introduttiva alla sez. III del cap. II), si tenga presente che la promessa o cessione di ipoteca di Texier intervenne *dopo* che Limousin aveva sospeso gli atti esecutivi, sicchè la *reliance*, ormai verificatasi, poteva dar luogo soltanto ad un'obbligazione, civile o naturale, di riparare il danno subito da Limousin.

FAURE cr. ROUGIER

Cour de Grenoble, 4 juin 1860. — *Sirey*, 1861, II, p. 152.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Fatto, quale risulta dalla sentenza: Faure e Rougier erano due ufficiali giudiziari (*huissiers*) presso il Tribunale di Chatillon, ove sembra che i loro proventi fossero notevoli. A un certo momento Rougier venne trasferito, per ordine superiore, al Tribunale di Luz, ove, pare, si guadagnava meno. Rougier fece dei passi per ottenere di essere ritrasferito a Chatillon, o per una trasferta periodica dei due ufficiali giudiziari a Luz; ma invano. L'autorità giudiziaria invitò Faure e Rougier ad accordarsi per la fissazione di un'indennità che Faure avrebbe dovuto pagare a Rougier. Quest'indennità, a mezzo di periti, fu fissata nella somma di fr. 3500, che Faure, mediante una convenzione scritta del 17 aprile 1857, la quale richiamava i fatti suesposti, si obbligava a pagare a Rougier nel termine di un anno. Questa convenzione conteneva anche delle condizioni particolari menzionate nei passi della sentenza *infra* riferiti.

In prosieguo di tempo Faure, ritenendo di poter rimproverare a Rougier di aver violato una di quelle condizioni, e cioè quella di starsene a Luz, chiese l'annullamento della suddetta convenzione, che egli sosteneva essere *priva di causa* o averne una contraria all'ordine pubblico.

Con sentenza del 20 novembre 1859 il Tribunale di Die respingeva tale domanda di Faure nei termini seguenti:

« Attendu qu'il est établi et non contesté que le sieur Faure s'est engagé à payer au sieur Rougier une somme de 3500 frs. pour l'indemniser du préjudice que devait causer à ce dernier le transport à la résidence de Luz. Attendu que, pour traité intervenu après la décision judiciaire qui transfère la résidence de Rougier à Luz, et en dehors de cette décision, Rougier s'est interdit de faire des démarches afin d'obtenir son retour à Châtillon et, peut-être, un transport périodique des deux huissiers de ce canton à Luz; que cette obligation de ne pas faire, dans l'esprit des parties, comme dans la forme de leur

accord, n'a eu nullement en vue d'entraver l'action de l'autorité; qu'elle n'a rien eu d'illicite, et a pu servir de cause à l'obligation de Faure, outre les causes naturelles dont il va être question. - Attenué que le traité dont il s'agit ne peut être assimilé à une cession d'office (illicite)...; qu'on doit y voir l'exécution d'une obligation naturelle, dont Faure aurait pu s'affranchir, mais qui a trouvé sa cause légale et suffisante dans sa délicatesse et son honneur, alors qu'il allait profiter du préjudice souffert par son confrère. - Attenué que la fixation de l'indennité, modifiée par certains cas éventuels, repose sur un calcul équitable, dont Faure, mieux que personne, a pu apprécier la justesse après sa longue postulation comme huissier dans le canton (de Châtillon), alors surtout qu'il était libre de ne pas s'obliger, etc. ».

La Corte di Grenoble, adottando i motivi del Tribunale di Die, ne confermò la decisione.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 9 *ad* note 8-11 e p. 142; § 10; § 11 *sub b*, 2°; § 13 *sub b*.

La decisione di questo caso è di una importanza notevole in tutta la questione della *causa sufficiente* secondo la dottrina e la giurisprudenza francesi, ove ancor oggi si cita il caso come un *leading case* in materia.

I fatti non sono chiari e si può sospettare che vi fu qualcosa di equivoco e di non perfettamente regolare in tutto l'affare fra i due uscieri. E' per questo, probabilmente, che il Tribunale di Die invocò, come causa della promessa di Faure, un'obbligazione naturale, oltre la causa consistente nell'obbligazione di Rougier di « *ne pas faire* » dei passi per ottenere il suo ritorno a Chatillon o, comunque, praticamente di non ritornarvi. Questa ultima causa sarebbe stata più che *sufficiente*, in un contratto innominato, per escludere nella promessa di Faure ogni carattere di liberalità. Ma il Tribunale di Die e la Corte di Grenoble probabilmente non si sentivano molto sicuri della liceità o validità di questa causa e della inerente convenzione. Per questo, forse, quei giudici invocarono anche un'obbligazione naturale di Faure, supponendo, in ipotesi, che non esistesse quell'obbligazione di Rougier di non far ritorno a Chatillon, e cioè che la detta convenzione non fosse nei *termini reali* in cui essa fu contratta. In altre parole, quei giudici hanno supposto che la convenzione si limitasse ad una promessa di Faure di pagare un'indennità a Rougier, per un *sentiment de délicatesse et d'honneur*, o per *le simple désir d'in-*

demniser Rougier, pour le transport de résidence, alors qu'il (Faure) allait profiter, se trouvant sans concurrents dans le Tribunal de Chatillon, du préjudice souffert par son confrère.

È in questo senso che il Dalloz e gli autori francesi interpretano il caso in esame, e cioè come applicazione di un principio, secondo il quale « *le désir de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, en conservant un bénéfice même légalement acquis, serait une cause suffisante pour un engagement* » (intendi, un *engagement* senza le forme della donazione). E questa *cause suffisante* consisterebbe in un « *sentiment d'équité* » (v. Dalloz, *Codes Annotés, Nouveau Code Civil, cit.*, art. 1131 n. 50-51; Demogue, *Traité des obligations, cit.*, 1923, II, n. 770).

Ma ognuno vede che, per trovare un'applicazione di quel preteso principio nel caso Faure-Rougier, bisogna sopprimere una parte del fatto della lite!

Tuttavia il Tribunale di Die e la Corte di Grenoble hanno cercato, pare, di rispettare i principi della *cause suffisante* concernenti la proporzione tra l'ammontare della promessa di Faure e il valore o l'importanza dell'«obbligazione naturale». E all'uopo i giudici hanno aggiunto che la fissazione dell'indennità riposava su un calcolo « *équitable et juste* ».

Resta da vedere a che cosa in pratica si riduca il concetto di donazione, quando un *sentiment d'équité*, come quello *supposto in ipotesi* in Faure, valga come *cause suffisante*. Una simile tesi vale soltanto in quanto si riduca la donazione al caso, piuttosto astratto, del puro o purissimo spirito di liberalità (v. vol. I § 9 in principio e nota 9).

E' d'accordo il lettore con questo nostro commento al caso Faure-Rougier?

SERVAIN cr. GIRARDEAU

Cassation Française, Chambre des Requêtes, 20 novembre 1876. — Dalloz, *Rec. Pér.*, 1878, I, 376.

(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

I coniugi Girardeau si pretendevano creditori verso Servain di una rendita annuale vitalizia di 1000 franchi « *que Servain aurait pris l'engagement de leur payer pour obéir aux prescriptions de son oncle à son lit de mort et acquitter l'obligation naturelle qu'il lui aurait été léguée en même temps que tous ses biens* ».

Il Tribunale e la Corte d'Appello avevano visto nei documenti di causa un principio di prova scritta e avevano ammesso le prove testimoniali per provare la suddetta promessa di Servain.

Questi aveva ricorso in Cassazione per violazione degli artt. 893, 969 e 1001 cod. civ. francese, in quanto si era ammessa la prova di una disposizione testamentaria verbale.

La Corte di Cassazione, nel confermare la sentenza della Corte d'appello, ne dice che, quando esista un principio di prova scritta, è ammissibile la prova testimoniale a dimostrare che l'erede (Servain), per obbedire alle intenzioni del testatore verbalmente espresse sul letto di morte, si era impegnato a eseguire tali disposizioni.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 9 ad note 8 a 10 e § 11 *sub b*, 2° e *sub d* ad nota 28.

Il caso è ancora più grave in quanto manca perfino una promessa scritta chiara e precisa di Servain, tale da non richiedere un'integrazione mediante prove testimoniali: grave, specialmente per quanto concerne l'intento di Servain di contrarre un vincolo giuridico (v. *infra* cap. V), e per quanto concerne i reali intenti del testatore.

Per la giurisprudenza italiana v. i casi Danani-Gonzaga e Bolelli-Frascaroli.

Su questa tendenza della giurisprudenza francese in tema di fiducia o anche di meri desideri o raccomandazioni del *de cuius*, come *cause suffisante* di una promessa di adempierli (non rivestita delle forme della donazione) v. anche le sentenze citate dal *Dalloz, Code Annotés, Nouveau Code Civil*, cit. art. 1131 n. 29 e 32 e da *Planiol, Traité pratique*, cit., V, numero 319.

NOTA FINALE SULLA GIURISPRUDENZA FRANCESE IN TEMA DI CAUSA PRAETERITA.

a) In tema di obbligazione naturale agli alimenti verso parenti o affini, come *cause suffisante* di una promessa non rivestita delle forme della donazione (vol. I § 11) si vedano:

— La sentenza citata da *Dalloz, Codes Annotés, Nouveau Code Civil*, art. 931 n. 153: rendita vitalizia a favore della sorella uterina della moglie del costituente, la quale (sorella) si trovava in stato di indigenza.

— Le sentenze citate dal Dalloz, *op. cit.*, art. 1131 n. 23 e 28 (rendita a favore di una sorella naturale in istato di indigenza) e n. 45, 46, 47.

Tutte sul motivo che un semplice dovere di coscienza, un sentimento di delicatezza, d'onore o morale possono costituire la *cause suffisante* di un'obbligazione civilmente valida. Ma vedi in senso contrario Dalloz, *op. cit.*, art. 1131 n. 44 e citazioni *ivi*.

b) Sul principio che i servizi resi, per essere *cause suffisante* di una obbligazione civilmente valida (senza bisogno delle forme della donazione), devono essere *appréciables à prix d'argent* e l'ammontare della promessa non deve eccedere di molto il loro valore (v. vol. I § 11, *sub b 2°*): si vedano le sentenze citate in Dalloz, *op. cit.*, art. 894 n. 66, 79 e 86; articolo 1131, n. 33, 34, 35 e 42.

Interessante la sentenza della Corte di Bruxelles (la Giurisprudenza belga sembra seguire quella francese) in data 28 aprile 1887, *Pasicrisie Belge*, 1887, 2, 356, in causa Gillet cr. Malkot e Vandencan, secondo la quale un sentimento di riconoscenza può dar luogo ad un'obbligazione naturale, la quale può costituire *causa suffisante o valable* di un'obbligazione civile senza bisogno della forma dell'atto notarile. Certa signora Vandencan aveva assistito i suoi fratelli naturali, allorchè essi erano piccoli e poveri. Questi, divenuti ricchi per un'eredità, avevano chiamata la sorella a partecipare all'eredità stessa nella misura di un sesto. La sentenza, oltre che invocare il cennato argomento dell'obbligazione naturale di riconoscenza per servizi resi, osserva inoltre che l'atto suddetto non rivela l'intento di liberalità, ma ha la forma e l'apparenza di un atto a titolo oneroso e *qu'il est de jurisprudence que les donations ainsi dissimulées sont valides* (v. vol. I § 38 *sub d*).

Nessun accenno, nella sentenza, al criterio dei servizi *appréciables à prix d'argent* e a quello suaccennato della proporzione.

Queste ed altre decisioni mostrano quanto delicati e discussi siano, anche per la giurisprudenza francese, i problemi esaminati nel vol. I § 11.

UN CASO INTERESSANTE DA RISOLVERE.

Si tratta di un caso presentatosi in Germania, di cui non diamo i dati, per lasciare interamente al lettore la soluzione.

Fra un avvocato e una signora erano in corso rapporti di fidanzamento, anzi v'era ormai un progetto di matrimonio. Durante questi rapporti, l'avvocato prestò gratuitamente alla signora i suoi servizi professionali in varie pratiche legali. Successivamente il progetto di matrimonio

andò in fumo; e allora la signora promise all'avvocato di pagargli i suoi onorari da liquidarsi. Senonchè la promittente mutò poi i suoi buoni intenti e si rifiutò di pagare. Chiamata in giudizio dall'avvocato, essa eccepì che si trattava di una donazione, nulla per mancanza della forma dell'atto notarile (v. §§ 518 e 534 cod. civ. germ.).

Come risolverebbe il lettore questo caso nella *civil law*? E' necessario far ricorso al concetto dell'obbligazione naturale come causa sufficiente di una promessa di dare in contrapposto alla donazione? Quale importanza potrebbe avere il fatto che, al tempo della prestazione *gratuita* dei servizi professionali, v'era fra le parti un progetto di matrimonio che giustificava tale gratuità e ne costituiva, per così dire, il presupposto, e che la signora fece la promessa quando questo presupposto si rivelò insussistente o venne a cessare? Quale sarebbe la soluzione del caso nella *common law*? v. vol. I § 28 *sub a* ad note 8 segg. e § 32 *sub a et sub b*, 3°.

NOTA PER LA COMPARAZIONE CON LA COMMON LAW.

Come risulta da quanto s'è detto nel vol. I § 28, la *common law*, salvo qualche eccezione, non ammette la validità delle promesse non formali fatte per una *past consideration*: promesse che presentano tante delicate questioni sulla sufficienza della *causa praeterita*, sulla proporzione fra questa e il *quantum* promesso, sulla valutabilità dei servizi resi, sull'intento di contrarre un vincolo giuridico (v. *infra* cap. V) o su quello di fare o meno una donazione. Di qui incertezze e liti, per rendersi conto delle quali basta scorrere i casi riferiti nel presente cap. III e nel cap. V, liti, per di più, fondate su prove, difficili questioni di fatto, indagini sui motivi ecc.

Quale apprezzamento fa il lettore del sistema di *common law* che tronca alla radice tali questioni, con le incertezze e liti relative, e del mezzo adottato per troncarle? Prima di dare una risposta il lettore dovrà meditare su alcuni dei casi riferiti nel presente capitolo. V. anche i casi di *common law*, *infra*, nella parte II.

CAPITOLO IV

LE OBBLIGAZIONI A TITOLO GRATUITO DIVERSE DA QUELLE DI DARE: LA « CAUSE RAISONNABLE ET JUSTE »

(v. vol. I, §§ 14, 14 bis, 15, 16, 20 *sub b* e 27 *sub c*).

PREMESSA A QUESTO E AI CAPITOLI SEGUENTI. A partire da questo capitolo la classificazione dei casi nei vari problemi o paragrafi del vol. I si presenta più difficile e un po' arbitraria. Molti di questi casi investono più problemi. In particolare, il problema della *cause juste* vi si mescola con quello dell'intento di contrarre un vincolo giuridico. In questo capitolo daremo la preminenza al primo problema; nel capitolo successivo, al secondo. Di tale, pur necessaria, arbitrarietà il lettore ci vorrà scusare: egli potrà, del resto, classificare i casi come meglio crede.

NOTA INTEGRATIVA E DI RICHIAMI PER I PROBLEMI OGGETTO DEL PRESENTE CAPITOLO. Di questi problemi la dottrina francese si è occupata *ex professo*, benchè non sempre coi criteri adottati nel nostro vol. I §§ succitati.

Nel PLANIOL, *Traité pratique de droit civ. français*, Paris, 1952, vol. VII, n. 37, 38, 379, 387 e 622, ci si occupa specificamente dei « *contrats de services gratuits* », distinguendoli dalla donazione; e si riassume il lavoro del BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Thèse, Paris, 1941.

Per questi contratti, sui quali si è costruito « *un système d'ensemble* », si pone il principio che la responsabilità di chi rende un servizio gratuito deve essere « *appréciée moins sévèrement que celle de celui qui a demandé une rémunération* » e si citano gli articoli del codice francese (1137, 1927, 1928, 1992, 1991) che ne fanno applicazione.

Il principio è ispirato dal sentimento « *qu'il n'est pas JUSTE, qu'il est contraire à la bonne foi, que celui qui a reçu un bienfait prétende faire jouer les règles rigoureuses de la responsabilité contractuelle* (art. 1147 c.

civ. franç.)». E' la *cause juste* di che nel nostro vol. I § 14 *sub e*, § 14-bis, §§ 15 e 20 *sub b*.

Questo principio si articola nelle seguenti direttive:

a) Esclusione della presunzione di responsabilità di che all'art. 1384 c. civ. francese; e ciò indipendentemente dalla questione circa l'esistenza di un contratto (esclusa dalla giurisprudenza), cioè circa l'intento di contrarre un vincolo *giuridico*. Ma anche in quest'ultimo caso si esclude l'applicabilità dell'art. 1147 c. civ. francese (1218 c. civ. ital.) con il relativo onere della prova liberatoria: e ciò, sia in base ad un presupposto soggettivo delle parti o *clause implicite* (v. vol. § 3 *sub b* e § 15), che in base al criterio oggettivo della *cause juste* suaccennato (v. anche vol. I § 27 nota 27).

b) In linea di principio, chi presta un servizio a titolo gratuito non può pretendere di essere tenuto ad un minor grado di diligenza di chi lo presta a titolo oneroso. Ma « *quand le créancier connaissait la négligence ou l'imprudence habituelles du débiteur, on peut admettre l'existence d'une clause de non-responsabilité implicite ne laissant subsister la responsabilité qu'en cas de faute lourde* ».

c) Il debitore può venir condannato a risarcire un ammontare di danni inferiore al pregiudizio subito dal creditore. In pratica, si aggiunge, si può arrivare allo stesso risultato, cui si perverrebbe ammettendo che il debitore è tenuto ad un minor grado di diligenza (v. *sub b*); ma ciò mediante un criterio più soddisfacente « *en ce que la responsabilité ne sera atténuée que si les circonstances le font juger juste* ». Applicazione, anche questa, della *cause juste* di cui ai surrichiamati §§ del nostro volume I.

d) Tuttavia, se chi presta il servizio gratuito vi ha interesse, si applica la presunzione dell'art. 1384 c. civ. francese e, se trattasi di un contratto, quella dell'art. 1147 stesso codice (art. 1218 c. civ. ital.), con la conseguenza implicita che non si applica l'attenuazione di responsabilità di che sopra *sub c*. In proposito v. vol. I § 14 nota 13, § 16 nota 2, i casi francesi *infra* riferiti e le sentenze cit. da PLANIOL, *op. et loc. cit.* n. 622, concernenti i casi di chi trasporta un'infermiera presso la figlia ammalata, o di chi trasporta i propri dipendenti, mentre una sentenza non ha visto un interesse sufficiente nel caso dell'amante che trasporta la sua *maitresse*.

Si noti che le suaccennate direttive della dottrina e della giurisprudenza francesi concernono il caso di negligente prestazione del servizio (c. d. *misfeasance*). Tuttavia esse sembrano estensibili anche al caso di non esecuzione di un servizio promesso: c. d. *nonfeasance* (v. vol. I § 14 nota 11).

Anche nella dottrina italiana il problema della *cause raisonnable et*

juste nei contrats de services gratuits è stato talvolta esaminato, ma non sempre come « *système d'ensemble* ».

Rinviamo in proposito alla lettura del *Commentario del cod. civile*, ed. Zanichelli - Foro it., Bologna - Roma, 1953, commento al *Comodato* e al *Mutuo* del FRAGALI e agli ampi richiami ivi contenuti.

— Per un'attenuazione della responsabilità del comodante nel caso che egli non sia proprietario della cosa e per una analogia con la limitata garanzia per evizione dovuta dal donante: v. FRAGALI, *op. cit.*, art. 1803 n. 11 e art. 1809-1811 n. 5; e nel caso di vizi della cosa comodata o mutuata art. 1812 n. 1 e art. 1821 n. 2.

— Per il recesso consentito al comodante ex art. 1809 secondo comma, anche nel caso di lieve bisogno (a differenza dell'art. 1467), v. FRAGALI, *op. cit.*, art. 1809-1811, n. 3.

— Per l'applicazione in via analogica di questi principi non soltanto alla promessa di comodato, ma a tutti i casi di cosiddetto « comodato di servizi e di opera »: FRAGALI, *op. cit.*, art. 1803 n. 2, n. 15, n. 16 *sub c*; art. 1812 n. 2 e 3.

— Nell'attenuazione di responsabilità limitata al dolo e alla colpa grave secondo l'art. 414 cod. navigaz. per il trasporto *amichevole*, si vede l'applicazione più intensa di un principio generale « per cui la gratuità e il motivo di cortesia che qualifica la causa del contratto adducono necessariamente ad un'attenuazione di responsabilità »: e si parifica il trasporto amichevole o di cortesia al comodato (FRAGALI, *op. cit.*, art. 1803 n. 15 *sub b* e citaz. ivi). Altri vede nell'art. 414 cit. una responsabilità extracontrattuale, limitata in considerazione della « cortesia » (la quale escluderebbe il contratto) e pertanto applicabile a *tutti* i trasporti di cortesia o amichevoli, anche terrestri: ASQUINI cit., in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 14 segg. e citaz. ivi. — Comunque, anche chi adotta la prima opinione e limita l'art. 414 cod. navigaz. al trasporto per acqua, arriva in altri modi ad una attenuazione della responsabilità nel cosiddetto trasporto amichevole terrestre, considerato come contratto: v. FRAGALI, *op. cit.* art. 1812, n. 3 e citaz. e giurisprudenza ivi.

Il trasporto « *amichevole* », secondo la terminologia adottata dai nostri autori, si distinguerebbe dal trasporto « *gratuito* », in quanto a questo, pur senza ricevere un compenso, il trasportatore avrebbe interesse (v. vol. I § 14 nota 13 e § 16 nota 2 e per la dottrina e giurisprudenza francesi sopra *sub d*).

Così pel trasporto di dipendenti, dei funzionari statali (ulteriore corrispettivo?), e per il trasporto durante la prova dell'autoveicolo in vendita; ma vi si aggiunge anche il caso in cui l'esonero dal corrispettivo è una

donazione del suo importo: FRAGALI, *op. cit.* art. 1803 n. 15 *sub b*. L'ASQUINI, *op. cit.* p. 13 vede addirittura un trasporto a titolo oneroso in quei casi (a parte quello della donazione). Quanto alle autoambulanze della Crocerossa (caso di *contratto* di trasporto « gratuito » secondo l'Asquini) si potrebbero invocare altri argomenti. Ispirato da un interesse, secondo quanto detto nel vol. I § 16, sembra il trasporto di elettori; più delicato il caso del trasporto di soccorso in certe calamità, a seconda della persona od ente da cui è fatto (v. ASQUINI, *loc. cit.*).

Appena occorre osservare che anche tutte queste discussioni della dottrina italiana si riferiscono in genere alla responsabilità per *misfeasance* e non, almeno direttamente, a quella per *non feasance*.

Ma, come s'è accennato, si estendono alle cosiddette promesse di comodato di cose o servizi i principi sull'attenuazione della responsabilità del comodante, il quale, del resto, quando ottiene illegittimamente o per caso il possesso della cosa, è tenuto alla riconsegna di essa e così è responsabile per *non feasance* (a parte la questione di vedere se la sanzione sia soltanto quella del risarcimento dei danni o anche quella della esecuzione specifica: v. FRAGALI, *op. cit.*, art. 1809-1811 n. 5 e citazioni *ivi*).

Quanto all'ammissibilità di una cosiddetta promessa di comodato, si discute se si tratti di una promessa di contratto, o contratto preliminare del contratto reale di comodato, oppure di un contratto consensuale. Nel primo caso non sarebbe ammessa l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932, in quanto la sentenza non potrebbe *di per sè* costituire il contratto, come presupporrebbe l'art. 2932 c.c., ma dovrebbe essere integrata dalla dazione della cosa per poter formare il contratto reale (FRAGALI, *op. cit.*, art. 1803 n. 1 e 2 e n. 16 *sub c* e citazioni *pro e contra* *ivi*). Quest'ultima opinione si estende anche alla promessa di mutuo e, pare, anche alla promessa del cosiddetto comodato di servizi e di opera, il quale sarebbe perfetto con l'*opus coeptum*, cioè con l'inizio della prestazione come surrogato della consegna nel comodato di cose (FRAGALI, *op. cit.*, art. 1813 n. 1, 2, 20, 22; art. 1822 n. 1 a 4; art. 1803 n. 15 *sub c*).

Ora, sottigliezze a parte, in un sistema che ammette i contratti innominati, noi non vediamo quali ragioni di ordine pubblico, o di protezione inderogabile di una delle parti, ostino all'ammissibilità di un cosiddetto contratto consensuale di comodato o di una promessa di dare una cosa in godimento gratuito, dalla quale nasca l'obbligazione comune di consegnare all'uopo la cosa.

L'elemento reale della consegna o dell'*opus coeptum* potrebbe servire a risolvere il problema dell'esistenza dell'intento di contrarre un vincolo giuridico o quello della ponderatezza del volere (v. vol. I § 14 *sub d* e

FRAGALI, *op. cit.* art. 1813 n. 22, ma ivi anche pel mutuo oneroso!). Ma questo problema è superato, anche quando si ammette una promessa di comodato di cose o servizi o una promessa di mutuo come contratti preliminari, da cui derivi una responsabilità per danni, anche se non la sanzione dell'esecuzione specifica (sul problema dell'ammissibilità di una promessa di comodato, di ricevere in deposito e in genere di una promessa di contratto reale, v. anche, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 195, la nota al caso Mulas cr. Tedda, e citaz. ivi: caso riferito nel cap. V).

Venendo al sodo, il problema è piuttosto un altro. Ed è quello di vedere se la sanzione dell'esecuzione specifica dell'obbligazione di consegnare la cosa per un godimento gratuito sia *giusta*, in relazione appunto alla gratuità della « causa » e alle circostanze e, in certo senso, in relazione anche all'intento di chi si obbliga. Si tratta di vedere, cioè, se quella sanzione sia il miglior modo di rendere giustizia nel caso concreto: indagine che, mentre non è consentita pel contratto a titolo oneroso, lo è per quello gratuito (a parte il caso della donazione obbligatoria, contratto formale), e lo è appunto in relazione al cennato principio di attenuazione della responsabilità, principio che deve concernere non soltanto la misura della sanzione (*quantum* dei danni), ma anche la scelta fra le varie sanzioni possibili (v. per la dottrina francese sopra *sub c*). Come abbiamo visto, l'*equity* anglosassone esclude in linea di principio la *specific performance* in tutte le *gratuitous promises* (v. vol. I § 33 nota 5 bis).

La sanzione dell'esecuzione specifica potrebbe, nelle circostanze del caso concreto (v. vol. § 14 *ad* note 25 segg), risultare troppo grave per il promittente o, comunque, non necessaria a riparare l'interesse lesso del promissario; sicchè più adeguata sembra la sanzione del risarcimento dei danni, e nella misura che tenga, eventualmente, conto della *cause juste*. Si viene così a fare, ma limitatamente ai contratti di servizi gratuiti, ciò che l'*equity* anglosassone fa per i contratti a titolo oneroso (v. vol. I § 33 *sub b*). V. in particolare il caso Fellman cr. Mathebs, *infra* riferito.

Forse, se la dottrina che non ammette il c. d. contratto consensuale di comodato, di mutuo e simili e esclude l'esecuzione specifica per le c.d. promesse di questi contratti reali si limitasse al titolo gratuito, essa avrebbe una certa giustificazione, in quanto arriverebbe, sia pure attraverso una artificiosa « costruzione tecnica », ad attenuare la responsabilità del promittente a quel titolo, escludendone una sanzione grave. Ma gli è che la dottrina stessa viene estesa anche alla promessa di mutuo a titolo oneroso o ad interesse (in realtà nella promessa di mutuo, a qualsiasi titolo, per ovvie ragioni pratiche, e cioè per le lungaggini dell'esecuzione forzata, non interessa una sentenza che condanni il promittente alla consegna della

somma mutuata, sicchè praticamente l'unica sanzione sarà quella del risarcimento dei danni).

FELLMAN cr. MATHEBS

Cour de Colmar, 8 mai 1845. — *Sirey*, 1847, II, p. 117.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Les questions ci-dessus avaient été ainsi résolues par un jugement du tribunal de Belfort, motivé dans les termes suivantes :

« Attendu que, par convention verbale intervenue entre Fellmann et Mathebs, antérieurement à l'époque où ce dernier est devenu conducteur de la diligence de Thann à Belfort pour le compte des maîtres de poste, Fellmann s'était engagé à prêter gratuitement à Mathebs un local dans son hôtel pour y placer tous les objets nécessaires pour l'entreprise de messageries organisée et conduite par ledit Mathebs, et cette convention a reçu son entière exécution jusqu'au moment où Mathebs, ayant cessé son entreprise, devint le conducteur de la voiture des maîtres de poste, laquelle depuis lors a joui dans l'hôtel Fellmann des mêmes avantages précédemment concédés à Mathebs; - Attendu que ce dernier, dans la prévision d'une nouvelle séparation de ses intérêts d'avec ceux des maîtres de poste, obtint de la part du sieur Fellmann une promesse conçue en ces termes: « Je soussigné Jean Fellmann, aubergiste à Belfort, déclare que, lorsque le sieur Louis Mathebs, de Thann, a cessé le service de sa diligence de Wesserling à Belfort pour être conducteur d'un pareil service établi par les maîtres de poste, je lui ai promis et je lui promets encore aujourd'hui que, s'il devait quitter son poste de conducteur pour reprendre pour son propre compte le service d'une diligence de Wesserling, ou depuis Thann à Belfort, je lui donnerai la préférence de rétablir son bureau dans mon auberge, dans le local où il se trouvait autrefois et où se trouve maintenant celui des maîtres de postes, à partir du jour même où il recommencerait son service. Donné à Belfort, le ... Signé Fellman »; - Attendu que, le cas prévu s'étant réalisé, et le défendeur s'étant refusé à l'exécution de cette promesse, le demandeur l'a assigné

aux fins de le contraindre par toutes les voies de droit à cette exécution » ;

A cette demande Fellman opposa, entre autre, que la promesse ci-dessus n'avait aucune valeur juridique. Le Tribunal de Belfort rejeta cette exception pour les motifs suivants :

« Attendu, en ce qui concerne le moyen tiré de l'inefficacité de la promesse en elle-même, qu'aux termes de la loi tout engagement librement contracté, qui n'implique aucune stipulation contraire aux lois, doit recevoir son exécution ; que les circonstances dans lesquelles est intervenue entre les parties la convention ci-dessus rappelée, expliquent la promesse faite par Fellman, les raisons plausibles qu'a pu avoir Mathebs pour la demander, et celles qui ont pu déterminer Fellmann à la donner ; qu'ainsi, d'une part, Mathebs, premier organisateur d'une service de diligences qui avait *nécessairement profité à l'auberge* dans laquelle la voiture s'arrêtait, a pu chercher à s'assurer les moyens de reprendre son service avec succès, le cas survenant d'une rupture avec les maîtres de poste, et, de son côté, Fellman a pu, dans de pareilles circonstances, souscrire un engagement qui impliquerait une reconnaissance de quelques services rendus, et le désir de consolider la position présente et future de Mathebs ; qu'il est évident que, dans l'intention de deux parties, un semblable engagement a dû avoir une valeur et former un titre pour le demandeur à telles fins que de droit ; que la valeur de l'acte dont s'agit, d'après l'intention des parties, n'a pas été du même ordre qu'une promesse de bail ou un bail, puisque les conditions essentielles, constitutives du contrat de bail, sont qu'une chose soit louée moyennant un certain prix, et que les termes de la promesse et tous les documents du procès établissent qu'à la concession du droit d'user de certains locaux de l'hôtel Fellman ne correspondait aucun prix stipulé et appréciable, payable par Mathebs, sauf l'avantage résultant pour Fellman de l'arrivée des voyageurs conduits par la voiture auprès de son hôtel ; qu'ainsi on peut reconnaître avec le demandeur que la convention dont il s'agit est une sorte de commodat ou prêt à usage, ou un contrat innommé d'une nature particulière, mais qui n'en doit pas moins recevoir son effet

dans la mesure de l'intention des parties, parce qu'il ne renferme aucune stipulation illicite ».

La promessa di Fellman aveva una durata indeterminata. Su questo punto il Tribunale dice che, da un lato, è impossibile ammettere l'intenzione di fare una promessa di prestare il locale per una durata indefinita; e, d'altro lato, ogni convenzione deve essere interpretata in un senso che sia suscettibile di farle produrre degli effetti secondo l'intento delle parti. « Que dans ces circonstances il appartient au Tribunal de déterminer, eu égard à l'intention des parties, prise dans la nature de l'engagement contracté et dans la position respective des parties, la durée du dit engagement ». Il Tribunale fissa o arbitra così quella durata in due anni, a partire dalla consegna. E condanna Fellman all'esecuzione specifica dell'obbligazione, cioè alla consegna del locale, e non al risarcimento dei danni, ritenendo essere questa una sanzione inadeguata nel caso.

La Corte di Colmar su appello di Fellman confermava la decisione del Tribunale, adottandone i motivi.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 14 *sub e*, nonchè specialmente le note 16, 20, 22, e *ad* 25 segg., e 29; § 16 nota 2; § 20 *sub b*, specie nota 12; § 27 *sub c*; § 36 *sub c*.

Dopo quanto se ne è detto nei luoghi succitati del vol. I e nella nota integrativa del presente capitolo, il lettore è in grado di commentare questo *leading case*.

Si notino nella sentenza:

1°) Il ricorso alla *cause plausible et juste*, pur dopo la premessa sulla obbligatorietà di ogni contratto *innominato*, *cause* operante probabilmente anche per arbitrare la durata del contratto. (V. anche il caso *Société Culturelle* per l'arbitraggio della penale).

2°) La *causa praeterita* di riconoscenza per servizi resi, come *cause juste et plausible* (v. vol. I § 14 nota 23).

Interessante sotto questo aspetto sembra la sentenza belga del Tribunale di Mons, 11 dicembre 1888, *Journ. Trib.*, 1889, 56, citato da DEMOGUE, *Traité des oblig.*, cit., II, n. 770, p. 589 nota 2, secondo la quale avrebbe una tale causa e sarebbe valida « *la promesse de se fournir exclusivement chez un brasseur pour la reconnaissance de services rendus* ».

3°) L'interesse o *chance* di vantaggi patrimoniali per Fellman nell'affare, sia sotto il profilo della *cause juste* che sotto quello del *contrat intéressé* (v. vol. I § 14 *sub e* e § 16).

4°) Quanto all'intento di contrarre un vincolo giuridico, si noti il ricorso non soltanto al testo dello scritto, ma anche alle *raisons plausibles* per ritenere sussistente la volontà di concedere al promissario un'azione in giustizia (v. vol. I § 2 nota in appendice e § 5 *sub b*, per le citazioni di Pothier).

5°) Quale sarebbe la soluzione di questo caso nella *common law*? Il vantaggio che Fellman si riprometteva dall'affare potrebbe costituire una *consideration*? Si può pensare ad una richiesta *implicita* di Fellman che Mathebs si fermasse con la sua vettura nell'albergo, oppure questo era soltanto un vantaggio necessariamente derivante dalla situazione? V. vol. I § 26 *sub d*, § 28 *sub a ad* note 8 e 9 e § 27 note 2 e 3 per casi analoghi di implicito *bargain*; v. anche § 35 *sub a*, nonchè i casi *McDevitt v. Stokes* e *Martin v. Meles*, nota 7.

6°) Si può applicare la *doctrine* della *reliance*, di cui al vol. I § 27 *sub a*, in considerazione del fatto che la promessa di Fellman venne rilasciata « *dans la prévision d'une nouvelle séparation des ses intérêts* (di Mathebs) *d'avec ceux des maîtres de postes* »?.

BAREILLE cr. GALLARD et METIVIER

Tribunal de commerce de la Seine, 27 mars 1912.

Gazette du Palais, 1912, 2, p. 215.

(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

1°) Bareille, suivant acte en date du 13 janvier 1907, a acquis de Gallard le fonds de commerce de marchand tailleur que ce dernier exploitait avec le concours de Métivier, son neveu. Aux termes de l'acte de vente le vendeur et son principal employé, Métivier, se sont interdit formellement de pouvoir exercer la profession de tailleur ou de s'intéresser directement ou indirectement à un commerce similaire dans un rayon déterminé. L'employé contrevient à son engagement et commet un acte de concurrence déloyale justifiant une action de dommages-intérêts de la parte de l'acquéreur, lorsqu'il s'intéresse à un commerce identique dans le périmètre interdit.

Vainement prétendrait-il que la clause d'interdiction dont se pré-

vaut l'acquéreur est nulle comme attentatoire à la liberté humaine et au droit de vivre, puisque ladite clause, limitée dans l'espèce, ne l'empêche nullement d'employer son activité et ses connaissances en dehors d'une zone déterminée.

Au surplus, en admettant même, à la rigueur, que l'engagement par lui pris ne pût l'empêcher d'exercer l'état de tailleur comme ouvrier, encore faudrait-il qu'il se bornât (ce qui n'est pas le cas de l'espèce) à n'être qu'un ouvrier, n'ayant ou ne pouvant avoir aucune relation avec la clientèle, restant inconnu d'elle et ne la sollicitant ni pour lui ni pour le compte d'un tiers.

2°) De même, il n'est pas fondé à soutenir que ledit engagement est nul comme constituant une obligation sans cause, sous prétexte que, simple ouvrier du vendeur et sans aucune part de propriété dans le fonds vendu, il n'y aurait eu pour lui aucune contrepartie à l'obligation contractée.

Cet argument ne pourrait être pris en considération que si l'acquéreur avait obtenu cet engagement par un acte distinct de l'acte de vente, tandis qu'au contraire l'obligation de l'employé est, en l'espèce, incorporée dans cet acte, qu'il est, de plus, constant que cet employé faisait marcher le fonds vendu, qu'il était connu des clients sous le nom de son patron et qu'il apparaît de la correspondance échangée avant la signature de l'acte que l'engagement dont il s'agit a été une des conditions essentielles de l'acquisition.

En cet état, l'acquéreur n'avait pas à rechercher quelles conventions particulières existaient entre le patron et l'employé, ni quel intérêt pouvait avoir ce dernier à intervenir pour prendre un engagement stipulé au profit d'un fonds qu'ils exploitaient en commun.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 14 *sub e*, § 16, § 20 *sub b*.

Una nota della *Revue Trim. de droit civil.*, 1912, p. 994, così commenta il caso:

« *La solution pratique donnée par le Tribunal doit être approuvée. Il serait inacceptable que l'acheteur (du fonds de commerce) ne pût dans un cas de ce genre obtenir qu'une garantie (de non concurrence ou de non éviction) insuffisante. Mais pour la justifier il faudrait présenter avec*

suffisamment de largeur la théorie de la cause et dire que l'esprit libéral qui est la cause des libéralités se retrouve dans un nombre d'actes à titre gratuit qui ne sont pas des donations; cautionnement, renonciation à un droit, promesse de ne pas se rétablir, comme ici. — On peut aussi justifier la solution donnée par un autre argument moins théorique (!), plus proche de la réalité des faits. Un ex-employé a le droit de faire concurrence à son ancien patron ou au successeur de celui-ci; mais ce droit n'est pas absolu. La jurisprudence a reconnu que souvent la façon d'agir de l'employé constituait une concurrence déloyale. Celui-ci peut donc préciser ses obligations, en prenant un engagement étendu, et cela soit par le même acte, soit par un acte séparé, comme le jour de son départ un employé, un associé qui se retire, peut prendre un engagement de cette nature. Il n'y a pas promesse sans cause quand on précise, sauf à l'élargir pour donner toute sécurité, une obligation légale assez vague. Telle est la conclusion à tirer de cette affaire qui paraît nouvelle».

La sentenza, nella sua prima parte, si ispira al principio che i patti di non concorrenza, limitati nel tempo, luogo o oggetto, sono validi (v. anche vol. I § 19 *sub c* e art. 2596 c. civ. ital.).

Si potrebbe tuttavia dubitare che il patto di non concorrenza, anche così limitato, sia valido, quando è a titolo gratuito. Ma non è sotto questo profilo specifico del patto di non concorrenza che la sentenza nella sua seconda parte e la nota della *Revue Trim.* esaminano il caso; sibbene sotto il profilo generico del valore di ogni promessa di fare, non fare, prestare ecc. a titolo gratuito e così dell'esigenza di una *cause plausible ou juste*. In questo senso considera il caso anche DEMOGUE, *Traité des oblig.*, cit., II, n. 770.

Tale causa si troverebbe, secondo la nota citata nell'*esprit libéral* (il che prova troppo, v. vol. I § 5 *sub b* ad note 4 e 5); secondo Demogue, nel principio che «*le simple désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse ou d'honneur constitue une cause suffisante de l'engagement*» (il che, pure, prova troppo: v. vol. I § 9, specie ad note 9 segg.).

Comunque, la gravità dell'obbligazione di non fare concorrenza, che si pretende a titolo gratuito, induce a ricercare una *cause suffisante* o, meglio, *juste*, ai fini di stabilire o, almeno di commisurare la responsabilità del promittente, nella bilancia fra peso dell'obbligazione e pregiudizio del promissario (v. § 14 *sub c*, § 14 *bis*, e § 20 *sub b*).

La sentenza trova tale causa:

a) nel fatto che la promessa di non concorrenza era una condizione

essenziale della vendita di un'azienda, sia pure fatta da altri. L'allusione all'atto distinto significa atto che non sia condizione essenziale di quella vendita, chè per sè tale condizione potrebbe contenersi anche in un atto distinto: «ti prometto ecc., se comperi l'azienda di mio zio». In realtà, questa promessa ha come «causa» una *contrepartie*, cioè un atto, di interesse patrimoniale, la compera, che altrimenti l'altro non avrebbe fatta.

b) nel fatto che il nipote, nelle circostanze del caso concreto, era in grado di recare, con la concorrenza, un effettivo e grave pregiudizio al compratore dell'azienda.

Sotto il profilo di che *sub a*, si può osservare che causa giusta o sufficiente sarebbe anche la causa liberale *nei confronti dello zio*, cioè lo scopo di permettergli di vendere l'azienda: e ciò appunto perchè nel caso lo scopo liberale non concerne il promissario, ma un terzo (lo zio).

Cosa pensa il lettore della nota della *Revue Trim.*, specie quanto alla «causa» consistente nella «precisazione» di un precedente obbligo legale di non fare concorrenza sleale?

Come si risolverebbe il caso nella *common law*?

SOCIETE' CULTUELLE DE SECOURS ISRAELITE
DE SAINT-FONS ET AMICALE AGOUDAH AHIM

cr.

BAROUK-BITTOUM

Tribunal de Commerce de Lyon, 18 septembre 1936.

Gazette de palais, 1936, p. 893

(la sentenza è riferita testualmente)

Le Tribunal. — Attendu que, suivant exploit du 9 mai 1935; 1) la Société cultuelle de secours israélite de Saint-Fons; 2) la Société Union amicale Agoudah Ahim et Herraths Elias Yahou, ont assigné Barouk-Bittoum, en paiement de 6.000 fr. à titre de dommages et intérêts, pur avoir; en contravention d'engagements pris, mis en vente de la viande de boucherie, non cachir, c'est à dire, non acceptée, avec apposition de son sceau, par le rabbin sacrificateur;

Attendu qu'aux termes d'un jugement, rendu dès le 16 août 1935, le Tribunal de céans a notamment désigné comme expert M. Vérard, avec mission de rechercher, par enquête et témoignages, si les con-

ventions précédemment intervenues entre les parties en cause avaient été observées ou non, et, par voie de conséquence, de déterminer s'il en est résulté un préjudice: que ledit expert a rempli la mission qui lui a été confiée, et qu'à défaut de solution amiable entre les parties, il a dû déposer son rapport; que, suivant exploit en date du 22 juin 1936, les Sociétés demandresses ont fait assigner Barouk-Bittoum, demandant la condamnation de ce dernier à 6.000 fr. de dommages-intérêts et le rejet de sa demande reconventionnelle.

Attendu que, tant aux termes de l'assignation ci-dessus que par voie de conclusions, la Société cultuelle israélite expose qu'aux termes d'une convention intervenue entre les parties dans la forme sous seign privé le 1er septembre 1934, Barouk-Bittoum s'est engagé sous diverses conditions, énoncées audit acte, et comme boucher de la Cultuelle, à ne vendre que de la viande cachir provenant de l'abattage dans les formes rituelles par le rabbin, spécialement engagé à cet effet par la Société cultuelle, le dit Barouk-Bittoum précisant, dans ladite convention, qu'il s'est engagé, pour le cas où il contreviendrait à sa promesse de ne vendre que de la viande déterminée par cette convention, à payer 500 fr. de dommages-intérêts pour 1 kg. de viande non cachir; que Barouk-Bittoum, passant outre l'engagement par lui ainsi pris, a détenu et mis en vente, ce qu'il ne conteste pas, des viandes non cachir, notamment 12 kg. provenant des abattoirs de Lyon; et que, malgré ses déclarations tendant à faire admettre qu'il n'a pas vendu cette viande non cachir à ses corréligionnaires israélites, mais à d'autres personnes de religion différente, ce qui n'est pas prouvé sérieusement, il ne resta pas moins établi qu'il n'a pas respecté ses engagements envers la Cultuelle israélite et a causé aux adeptes de cette Société un préjudice moral et matériel; que les Sociétés demandresses maintiennent, par conséquent, leur demande telle qu'elle résulte de l'exploit introductif d'instance, sollicitant, en outre, le Tribunal de débouter Barouk-Bittoum de sa demande reconventionnelle en dommages-intérêts et de le condamner aux entiers dépens;

Attendu que, par voie de conclusions, Barouk-Bittoum, se bornant à faire état du rapport de l'expert Vérard, soutient que la preuve des

faits qui lui sont reprochés n'est pas nettement rapportée, et que la demande formée par la Société Cultuelle doit être rejetée, et, par voie reconventionnelle, demande que ces sociétés soient condamnées à lui payer 10.000 fr. de dommages-intérêts, pour le préjudice par lui subi, et que ces sociétés soient condamnées en tous les dépens;

Attendu que, dans son rapport, l'expert constate que Barouk-Bittoum a reconnu avoir acheté, notamment 12 kg. de viande non rituelle, à un boucher s'approvisionnant aux abattoirs de Lyon; mais que cette même viande aurait été par lui revendue à un acheteur qui n'était pas israélite, ni membre de la Cultuelle de Saint-Fons; que, tout en reconnaissant que Barouk-Bittoum a commis une faute grave, il constate que les Sociétés demanderesses n'apportent pas de preuve réelle à l'appui de leur demande; que, d'autre part, l'expertise n'a pas démontré que Barouk-Bittoum ait subi, jusqu'à présent, un préjudice à la suite des faits ci-dessus rapportés et que sa demande reconventionnelle de 10.000 fr. de dommages et intérêts ne paraît pas justifiée;

Attendu que le Tribunal retient des débats, notamment, qu'en soumettant à la juridiction commerciale un litige où l'élément spirituel est étroitement lié à l'élément matériel, les parties ont entendu, malgré leur personnalité étrangère et les coutumes de leur religion, être jugées dans le cadre des lois françaises, qu'il est donc nécessaire de dissocier, pour un temps, les éléments du litige, afin de les examiner séparément.

Attendu, en effet, que les débats ont relevé que la Société cultuelle israélite de Saint-Fons et l'Union amicale Agoudah Ahim et Herraths Elia Yaou, ont été constituées uniquement avec des adeptes marocains à la loi judaïque; que pour concilier les prescriptions de cette loi religieuse, vieille de 2 millénaires, avec les nécessités et obligations de la vie moderne de ce moment, lesdits étrangers ont dû s'assurer de:

1) la collaboration d'un rabbin sacrificateur qu'ils firent venir à grands frais du Maroc et dont ils assurent la subsistance,

2) la collaboration, également, de deux bouchers détaillants affiliés à leur secte, ce qui a entraîné des dépenses et un effort réels des-

dites sociétés, si l'on considère les modestes ressources de leurs adeptes;

Attendu que si le fait, par celui des deux bouchers culturels mis en cause au présent procès par ses coreligionnaires, d'avoir mis en vente des viandes non cachir, ne constitue pas une infraction aux lois françaises, il ne reste pas moins pertinent que ce boucher ayant, malgré l'engagement écrit pris par lui, vendu des viandes non rituelles, a violé la convention particulière qui existait entre lui et les sociétés demandereses, convention qui fait la loi des parties; qu'en conséquence, nonobstant des appréciations personnelles de l'expert Vérard, on ne peut douter que Barouk-Bittoum, en jetant le trouble et l'inquiétude parmi les adeptes des Sociétés demandereses, a causé un préjudice moral à ceux-ci, en même temps qu'un préjudice matériel, du fait de la désorganisation de l'appareil culturel qu'ils avaient édifié, non sans peine;

Attendu, concernant la demande de 6.000 fr. de dommages et intérêts formée par les Sociétés demandereses, qu'il convient de faire une juste appréciation du préjudice tant moral que matériel, subi par les parties; que l'expression contenue dans la convention ci-dessus rappelée, par laquelle Barouk-Bittoum, avec un sentiment de curieuse défiance de lui-même, a déclaré vouloir payer 500 fr. s'il vendait 1 kgr. de viande non cachir, doit être interprétée comme une sorte de pénalité indéterminée; qu'en effet, il est facile de constater que l'opération, purement arithmétique, effectuée par les sociétés demandereses, appliquant le taux de 500 fr. par kgrs, aux 12 kgrs de viande non cachir négociés par le défendeur et dont la trace a pu être relevée, conduirait à des chiffres astronomiques, si le défendeur avait exercé son négoce prohibé, pendant quelques mois, comme le plus modeste boucher de banlieue; qu'en outre, le texte de l'accord ne dit pas que l'indemnité de 500 fr. sera multipliée par le nombre de kgrs vendus; qu'on ne peut pas, par une interprétation douteuse, admettre la prétention excessive des demandeurs; qu'il y a donc lieu, en conséquence, de réduire de 6.000 fr. à 1.000 fr. la demande en dommages et intérêts formée par les Sociétés demandereses.

Attendu, d'autre part, que ni les débats, ni l'enquête de l'expert Vérard, n'ont révélé que la présente instance ait causé à Barouk-Bittoum un préjudice quelconque, dans l'exercice de son commerce; qu'il y a donc lieu de rejeter comme injustifiée sa demande reconventionnelle de 10.000 fr. de dommages-intérêts;

Par ces motifs, - Prononce la résiliation du contrat aux torts et griefs de Barouk-Bittoum; - Condamne Barouk-Bittoum à payer à: 1) la Société cultuelle de secours israélite; 2) la société Union amicale Agoudah Ahim et Herraths Elia Yahou, conjointement, outre intérêts de droit, la somme de 1.000 fr.; - Condamne ledit Barouk-Bittoum en tous les dépens.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 14, specie nota 5 e *sub e*; § 19 *sub c* specie nota 21; § 20 *sub b*, specie nota 9; § 21, specie nota 21 e *ad* note 35 segg.

Una nota redazionale al caso così lo commenta: *Dans l'espèce, la faute dans l'exécution de la convention n'était pas douteuse: en vertu d'un contrat précis, un boucher choisi spécialement à cet effet, s'était interdit de vendre toute viande autre que de la viande kasher ou kachir. Il semble que la transgression à cette obligation étant établie, il n'y avait pas lieu seulement de résilier le contrat, mais aussi d'appliquer la clause pénale qui y figurait, car il n'appartient pas au juge de réduire l'indemnité forfaitement fixée par les parties en cas d'inexécution de l'obligation.*

Il caso potrebbe anche essere esaminato sotto il profilo dei problemi di che al § 19 *sub c*, in quanto vi si veda una limitazione alla libera attività economica, da giustificare in certi modi. Comunque, vi sarebbe stato un interesse serio della *Société Cultuelle* che avrebbe giustificato tale limitazione. Si noti che la possibilità di successive condanne di Barouk per il ripetersi di sue inadempienze avrebbe importato praticamente una limitazione indefinita nel tempo. Ma il giudice, indirettamente temperando di molto la portata della penale, veniva a permettere a Barouk di fare altre vendite di carne non cacher.

Senonchè non è sotto questo profilo che il caso è esaminato nella sentenza.

Si noti in proposito che l'obbligazione di Barouk non aveva una contropartita (la sua riconvenzionale per danni si fondava sul danno deri-

vante dall'aver instaurato la causa e non su una obbligazione della *Société Cultuelle* di fornirsi presso Barouk).

Tuttavia, se non v'era un contratto commutativo o oneroso, v'erano come *causes justes* per l'obbligazione di Barouk:

- l'interesse serio della *Société Cultuelle*;
- il pregiudizio grave che essa aveva subito e avrebbe continuato a subire per la condotta di Barouk;
- il vantaggio o interesse, anche patrimoniale, che Barouk aveva automaticamente nell'affare, anche se non sussisteva un'obbligazione di fornirsi presso di lui.

Questi argomenti, benchè accennati più o meno esplicitamente nella sentenza, non sembrano aver influito *apertamente* sulla decisione. Ma, nella bilancia di interessi, pesi e pregiudizi (di cui al vol. I § 14 *sub e*, § 20 *sub b* e § 21 *sub b* ad note 35 segg.), la sentenza, sia pure per la via traversa dell'interpretazione della « *curieuse* » clausola penale, o, se si vuole, per la via della *cause plausible*, ha tenuto conto di tutto ciò, e ha temperato la penale, pur parlando, in linea di principio, della validità di ogni contratto « *qui fait la loi des parties* ».

In realtà era in gioco non tanto la questione della riducibilità della penale, non ammessa dal codice e dalla giurisprudenza francesi, specie per i contratti a titolo oneroso, quanto la questione della sanzionabilità o responsabilità (attenuata) per un'obbligazione senza contropartita o per un contratto innominato *curieux*. Da questo punto di vista, l'elemento del pregiudizio subito dal promissario e, in genere, le *causes justes* suaccennate non hanno rilievo in un contratto a titolo oneroso (v. vol. I § 14 *sub e* ad nota 29 e § 20 *ad* note 10 segg.).

Resta da sapere, infatti, che cosa avrebbe deciso il giudice nel caso in esame, qualora non vi fosse stato il concorso di quelle *causes justes* (e, in particolare, nell'ipotesi in cui, mancando una clausola penale, si fossero richieste delle *astreintes*).

A prescindere dalla riducibilità della penale (vol. I § 33 *sub c*), come si sarebbe deciso il caso *Société Cultuelle* nella *common law*? V'era una *consideration* per la promessa di Barouk, o poteva almeno vedersi un'implicita promessa della *Société Cultuelle* di fornirsi presso di lui? (v. analoga questione in nota al caso Fellman). Si potrebbe vedere, rispetto al contegno tenuto dalla *Société Cultuelle* e al pregiudizio da essa subito, una *reliance* agli effetti di quanto detto nel vol. I § 27 *sub a*?

GASSE cr. SABY

Cassation civ., 27 marzo 1928. — *Sirey*, 1928, I, 353.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

In un trasporto « *à titre gracieux* » e a seguito dello scoppio di un pneumatico, i trasportati perdono la vita. Azione per danni dei loro eredi o viventi a carico, fondata sull'art. 1384 c. civ. francese.

La Corte esclude l'applicabilità di questo articolo, e della relativa presunzione, in quanto, dice, esso concerne soltanto i casi di chi non partecipa all'uso della cosa (l'automobile).

« Cette présomption ne peut donc être invoquée contre le gardien d'une voiture automobile par ceux qui ont pris place dans cette voiture, soit en vertu d'un contrat, soit à la suite d'un acte de courtoisie purement bénévole; que les premiers (cioè, en vertu d'un contrat) trouvent leur protection dans les obligations imposées au transporteur par les stipulations expresses ou implicites du contrat; que, quant à ceux qu'ont accepté ou sollicité de participer à titre gracieux à l'usage de la voiture, en pleine connaissance des dangers auxquels ils s'exposaient eux-mêmes, ils ne peuvent obtenir des dommages-intérêts du gardien de l'automobile que s'ils établissent, à sa charge ou à celle de son préposé, une faute qui leurs soit imputable dans les termes des articles 1382 et 1383 c.c. ».

Non occorre, continua la Corte, esaminare se, come afferma la sentenza impugnata, si debba anche provare una *faute lourde*, dacchè dalla stessa sentenza impugnata risulta che non era stata provata alcuna colpa.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 14 *sub d*, ad note 11 segg. e *sub e*; § 14 bis; § 20' *sub b*.

Il Geny, in una nota al caso Gasse in *Sirey*, *loc. cit.*, approva molto caldamente la soluzione adottata dalla sentenza, pur osservando che talvolta il trasporto *à titre gracieux* può essere contratto e non un mero *rapport mondain*, almeno come « *une arrière pensée de sécurité personnelle suffisante pour justifier l'obligation du transporteur* ». (V. vol. I § 14 nota 11 e citaz. di Betti *ivi*). Ma, continua il Geny, ciò conta poco, è una

subtilité: ciò che conta è il carattere gratuito o, meglio, il fatto, considerato nella sentenza, che il « *transporté bénévole se confie, en pleine connaissance des dangers que comporte le transport automobile, à un conducteur désintéressé qui fait acte de pure complaisance... Le sentiment intime de justice commune explique aisément ce point de vue* ».

Quanto all'argomento della volontaria esposizione ad un rischio conosciuto, v. anche ASQUINI, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II p. 15-16 cit. nella nota introduttiva al presente capitolo e RIPERT, in nota al caso Gasse in *Dalloz*, 1928, I, 145; nonchè la critica dell'Esmein in nota al caso Sordet *infra cit.* e in PLANIOL, *Traité pratique*, cit. vol. VII, n. 622 (nota, ove l'Esmein rileva che l'argomento dovrebbe valere anche per i trasporti a titolo oneroso).

Quanto a ciò che dice Geny a proposito dell'ipotesi del contratto a titolo gratuito e del *sentiment de justice*, si tratta di un'evidente allusione al concetto di *cause juste* di cui alla nota introduttiva al presente capitolo *sub a et c.* Senonchè, se v'è contratto, bisognerebbe far ricorso ad altri criteri, piuttosto che semplicemente a quello della non applicabilità della presunzione ex art. 1384 c. civ. francese (*clause implicite*; v. nota introduttiva cit. *sub a* e nota al caso Perrin, *infra cit.*).

Ma la giurisprudenza francese, allo scopo di rendere giustizia, ha operato sulla base dell'art. 1384, poco preoccupandosi dell'esistenza di un contratto, che avrebbe, in realtà, implicato i problemi della capacità del contraente, della prevedibilità del danno, dell'onere della prova ecc. (v. anche vol. I § 27 nota 27).

SORDET cr. BOUQUET et autre

Cassation civ., 7 gennaio 1929. — *Sirey*, 1929, I, 249.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

La Corte ripete quasi testualmente la motivazione del caso Gasse e aggiunge: « La présomption dont il s'agit (art. 1384) ne peut pas être invoquée par la personne qui a été victime d'un accident au cours de l'essai d'une voiture automobile qu'elle se proposait d'acheter; en effet cet essai était effectué, au moins en partie, dans l'intérêt de la victime, qui se trouvait à participer à l'usage d'une chose dont elle ne pouvait ignorer le caractère dangereux ». Sordet, dice la Corte, vittima dell'incidente nel provare la vettura, aveva invocato l'articolo 1384 e non l'art. 1147 sulla responsabilità contrattuale.

NOTA E QUESTIONARIO.

Vuol dire con ciò la Corte che Sordet, se avesse invocato l'art. 1147, si sarebbe trovato in una posizione migliore? è dubbio. L'Esmein, nella nota già citata, osserva che il vero fondamento della decisione è il *sentiment public de justice*, piuttosto che l'esposizione volontaria ad un rischio.

THOMAS cr. REMOND et autres

Cassation civ., 26 febbraio 1940. — *Sirey*, 1941, I, 97, segg.
(sentenza in gran parte riassunta)

Anche in questo caso si discuteva soltanto dell'applicabilità dell'art. 1384. Thomas aveva trasportato Rémond, che riportò una ferita in un incidente occorso durante il trasporto, in un viaggio d'affari per la realizzazione di un'impresa *comune* ai due; anche Thomas, dice la Corte, aveva « *un intérêt certain* » nel trasporto, per cui si deve applicare la presunzione ex art. 1384.

PERRIN (veuve)

cr.

DAMROSAY et Cie d'ASSURANCES « LA PREVOYANCE »

Cassation civ., 3 giugno 1940. — *Sirey*, 1941, I, 131.
(la sentenza è riferita testualmente)

« *La Cour.* — Sur le deuxième moyen: vu les articles 1147, 1384 § 1 et 1784 c. civ. - Attendu que le transport bénévole implique un acte de pure courtoisie de la part du transporteur au profit de la victime transportée; que ne saurait revêtir ce caractère le transport effectué en vue de la réalisation d'une vente pour laquelle le transporteur devait toucher du transporté une commission et auquel il avait, par conséquent, intérêt; - Attendu qu'il résulte des motifs et des qualités de l'arrêt attaqué que Perrin a été victime d'un accident mortel, alors qu'il était transporté dans l'automobile conduite par Damrosay et lui appartenant; - Attendu que la dame veuve Perrin

a articulé et a demandé à être autorisée à prouver des faits de nature à établir que ce dernier, qui exerce la profession de marchand de bestiaux, avait un intérêt à transporter la victime pour lui permettre de réaliser l'achat d'un cheval sur lequel il devait toucher une commission, d'où découlait à son encontre une présomption de responsabilité en dehors de toute faute prouvée; - Attendu que l'arrêt attaqué a rejeté cet articulat comme non pertinent, motif pris de ce que l'intérêt qu'aurait pu avoir Damrosay à toucher une commission ne permettrait pas de contester le caractère bénévole du transport, alors qu'en réalité il lui ferait, au contraire, perdre cette qualité; que la Cour d'appel a débouté, en conséquence, la dame veuve Perrin de sa demande, comme ne rapportant pas la preuve d'une faute de Damrosay, génératrice du dommage; - Attendu qu'en décidant ainsi par un motif de droit erroné, soumis au contrôle de la Cour de Cassation, elle a violé les articles de loi susvisés: etc.... Casse l'arrêt de la Cour de Dijon, 19 janvier 1934 ».

NOTA.

Conforme alla sentenza surriferita: corte di Montpellier, 12 febbraio 1932, *Sirey*, 1933, 2, 66: caso di un macellaio che trasporta una persona incaricata mediante una provvigione, di segnalargli il bestiame da acquistare (interesse comune alle due parti).

SOCIETE LA VOITURE DE SECONDE MAIN

cr.

PELISSOL et MOREL

Cassation civ., 29 ottobre 1940. — *Sirey*, 1941, I, 97 segg.
(sentenza riassunta)

Si trattava del trasporto per determinare un cliente eventuale ad acquistare l'automobile. In base a questo interesse del trasportatore, la Corte ritiene che debbasi applicare l'art. 1384 con la relativa presunzione di responsabilità.

SOCIETE COMMERCIALE DES POTASSES D'ALSACE

cr.

AGANOFF

Cassation civ., 25 gennaio 1943. — *Sirey*, 1943, I, 57.
(sentenza riassunta)

La Société des Potasses aveva messo la sua vettura automobile a disposizione del prof. Aganoff per fare degli studi sui terreni, studi dei quali egli era stato incaricato dall'Istituto per Ricerche Agronomiche. La società, osserva la Corte, aveva uno scopo interessato nei vari trasporti, in quanto, come risulta da una circolare da essa indirizzata ai suoi tecnici, invitava questi ad approfittare, durante tali trasporti, delle osservazioni che il prof. Aganoff avrebbe fatto sulla composizione dei vari terreni della Francia da lui esaminati; e ciò in vista di sviluppare l'impiego dei concimi chimici di cui la società faceva commercio. Ne conclude la Corte che non trattasi di un trasporto di cortesia; sicchè l'Aganoff, che aveva riportato ferite in un incidente, può giovare della presunzione ex art. 1384.

I mezzi di Cassazione proposti dalla Société erano la violazione degli artt. 1384, 1710 e 1799 (concernenti, i due ultimi, il contratto di locazione d'opera come contratto a titolo oneroso).

SOCIETE « THE GRESHAM » et autres

cr.

veuve MENAGE et autre

Cassation civ., 20 aprile 1944. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1945, I, 18.
(la sentenza è in parte riassunta, in parte riferita testualmente)

Certo Guillard, che voleva acquistare una vettura Studebaker, aveva pregato Nugent di salire con lui sulla vettura guidata da Ménage, preposto della società di vendita Studebaker; e ciò affinché Nugent desse il proprio parere, sull'opportunità dell'acquisto, ad esso Guillard. Nugent trovò la morte in un incidente. Si trattava della responsabilità di Ménage (e per esso della vedova) e della Società di

vendita Studebaker. La questione fu proposta, pare, dalla compagnia di assicurazione « The Gresham », che avendo indennizzato i parenti della vittima, aveva rivalsa contro Ménage e la società di vendita Studebaker.

La Corte osserva che « le transporteur (la Società Studebaker) avait manifestement intérêt à accéder à la demande de Guillard (di far salire Nugent sulla vettura), et qu'ainsi c'est à juste titre que la Cour d'appel a estimé que le transport de Nugent, au cours duquel il a trouvé la mort, n'étant pas de la part de la société Studebaker ou de son représentant (Ménage) un acte de pure courtoisie, les ayant droit de la victime étaient fondés à invoquer l'art. 1384 § 1 cod. civ. contre ladite société ».

NOTA E QUESTIONARIO comuni ai casi: Sordet; Thomas; Perrin; Soc. La voiture de Seconde Main; e Soc. des Potasses. - V. vol. I § 14 sub d et e; § 20 sub b; nonchè § 3 sub b.

1°) Il caso Sordet, ove v'era un interesse *comune* alla vittima e a chi faceva il trasporto, sembra in contraddizione con gli altri casi succitati, e specialmente coi casi Soc. La voiture de Second Main e Aganoff. Ciò probabilmente dimostra che la « *cause juste* » è una questione di circostanze del caso concreto, più che di diritto (v. *contra* la Cassaz. nel caso Perrin), da valutare nella bilancia degli interessi delle parti in gioco (v. vol. I § 14 sub e; § 20 sub b).

2°) I casi Perrin (ove si citano e applicano gli artt. 1147 e 1784 sul trasporto come contratto), e Société des Potasses pongono chiaramente in gioco i principi sulla responsabilità contrattuale. Nel caso Perrin la sentenza sembra adottare il criterio dell'interesse del trasportatore come base dell'esistenza di un contratto (v. vol. I § 14 ad nota 22).

3°) Ma ci si può domandare, se nel caso Perrin, e in tutti i casi succitati, per chi veda una responsabilità contrattuale nel trasporto interessato (specie secondo la dottrina italiana), si possa veramente scorgere, in base a vari interessi del vettore ivi considerati, un contratto, cioè l'intento di contrarre un vincolo giuridico, o non piuttosto quella particolare situazione considerata dal Betti cit. nel vol. I § 14 nota 11 e dal Geny in nota al caso Gasse.

In particolare, quanto al caso Soc. des Potasses, ci si può domandare se l'interesse di questa al trasporto era noto all'Aganoff; e se, non essen-

dogli noto, esso valga a costituire la base o « causa » per l'esistenza di un contratto, cioè di un accordo di volontà; o se, invece, un interesse così riservato possa giocare come *cause juste* per determinare o commisurare la responsabilità del trasportatore, piuttosto che come *cause plausible* per spiegare o dimostrare l'intento di concludere un *accordo* sul piano giuridico (contratto), e quindi a prescindere dall'esistenza o meno di questo.

4°) Se, nei casi surriferiti, la questione fosse stata quella della *non feasance*, invece che quella della *misfeasance* (v. vol. I § 14 nota 11 e *sub c*), gli interessi del trasportatore, presi in considerazione nei vari casi, sarebbero stati sufficienti di per sè per indurne l'intento di contrarre un vincolo giuridico? v. anche vol. I § 14 nota 26.

5°) Come si risolverebbero i casi surriferiti secondo la giurisprudenza e la dottrina italiane? Soluzioni analoghe per le stesse vie, soluzione analoghe per vie o tecniche diverse, oppure soluzioni diverse? Se le soluzioni o le tecniche sono diverse, quale delle due preferirebbe il lettore, la francese o l'italiana?

Quanto alla dottrina e alla giurisprudenza italiane, v. nota introduttiva al presente capitolo e citazioni ivi, nonchè per i richiami giurisprudenziali la nota dell'ASQUINI, in *Riv. dir. Comm.* 1952, II, p. 2 segg. sopra cit.

6°) Come si risolverebbero i casi surriferiti nella *common law*? v. vol. I § 27, nonchè questo vol. II, parte II, cap. V.

NOTARI cr. NAVONI

Corte app. Genova, 3 marzo 1952. — Inedita.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« *Fatto*. — Con lettera 26 maggio 1931, Navoni Carlo si impegnava, verso il Ricevitore principale della Dogane di Nizza, « a servire da fideiussore solidale al signor Chizzoli Arnaldo, commissionario di transito in Dogana, per tutte le operazioni che avrà da effettuare all'ufficio di Mentone-Garavan, e particolarmente per tutti gli impegni relativi alle bollette di transito (nel testo: *acquits a caution*), sottomissioni, regolamento di diritti, ed in generale ogni e qualsiasi atto risultante dall'esercizio della sua professione nei confronti della Amministrazione delle Dogane ». Il Navoni precisava, nella predetta

lettera, che lo impegno di fideiussione sarebbe stato valevole fino a revoca da parte di esso Navoni.

Con lettera 15 giugno 1931, l'Ing. Carlo Notari scriveva al Navoni: « a conoscenza della garanzia fornita da Voi in favore del Signor Arnaldo Chizzoli, per tutto ciò che concerne le bollette di transito (nel testo: *acquits à caution*) in dogana, per automobili, tengo a dichiararvi che a mia volta mi rendo garante nei Vostri confronti dell'operato dell'Ing. Chizzoli in caso di perdite e danni ».

Il Notari decedeva a Ventimiglia il 16 giugno 1932.

Con lettera 14 giugno 1933, il Navoni scriveva al Ricevitore principale delle Dogane di Nizza, fra l'altro, quanto segue: « Per soddisfare al desiderio che mi avete espresso, Vi confermo che io resto fideiussore congiunto e solidale per tutti gli impegni che il Sig. Chizzoli Arnaldo, commissionario di transito a Garavan, potrà prendere verso l'Amministrazione delle Dogane, all'Ufficio di Mentone-Garavan, riguardo alle merci che egli dichiarerà per ogni destinazione (bollette di transito e nell'originale, *acquits à caution*; sottomissioni garantite, temporanea importazione ed ogni altro regime sospensivo di diritti e tasse).

Inoltre autorizzo il Sig. Chizzoli Arnaldo, commissionario di transito a Garavan, a firmare per me ed a mio nome, in qualità di fideiussore congiunto e solidale, ogni documento doganale, rispondendo di ciò che potrà risulturne ».

Con citazione 5 agosto 1938, il Navoni richiamato quanto sopra, esponeva che negli anni 1936-1937 erano state rilevate e contestate dalla Amm.ne Doganale francese numerose irregolarità relative al transito delle automobili per operazioni eseguite dal Chizzoli e che, conseguentemente, erano stati iniziati, contro il Chizzoli ed esso Navoni in solido, numerosi procedimenti, a seguito dei quali, nell'anno 1937, e nonostante la difesa sperimentata dal Navoni, erano state pronunciate condanne solidali a forti multe...

Il Navoni precisava ancora che, essendo stati iniziati atti esecutivi avverso di lui, egli, in data 5 novembre 1937, aveva stipulato una transazione, a definitiva sistemazione di tutte le procedure iniziate o ini-

ziande per le irregolarità commesse dal Chizzoli in tema di transito di automobili e che, in forza di detta transazione, esso Navoni si era impegnato a pagare alle Dogane francesi la somma complessiva di franchi francesi quattrocentomila oltre il rimborso delle spese di lite affrontate dall'Amm.ne delle Dogane (v'erano state 41 sentenze francesi portanti una condanna a oltre due milioni di franchi, ridotti a 400.000 con la detta transazione).

Premesso tutto quanto sopra, il Navoni, conveniva innanzi al Tribunale di Sanremo, i predetti Paolo ed Adriano Notari, nella esposta qualità di eredi del Notari Carlo e chiedeva: *a*) che fosse dichiarato l'obbligo dei citati fratelli Notari a sostituirsi al Chizzoli in ogni obbligazione legale e convenzionale verso di esso Navoni nei confronti delle Dogane francesi; *b*) che, in ogni caso, i predetti Notari fossero condannati a rifondere pro-quota a esso Navoni ogni danno da lui sofferto in dipendenza della garanzia solidale da esso medesimo Navoni prestata a favore del Chizzoli; il tutto in somma da precisarsi in corso di causa o in separato giudizio, con provvisoria etc...

(Oltre le somme da lui versate o da versare alla Dogana francese a seguito della transazione, il Navoni chiedeva anche il rimborso di altre spese da lui fatte per le liti di cui sopra e per la transazione).

Innanzi al Tribunale di Sanremo, i convenuti Notari opposero, in sintesi le seguenti eccezioni (*omissis*):

b) dalle sentenze francesi, in ogni modo, risultava che le dogane avevano agito contro il Navoni in virtù della fideiussione da lui rilasciata alle dogane il 14-2-1933, la quale — per essere stata rilasciata dopo il decesso del Carlo Notari — non era opponibile agli eredi di costui;

c) la fideiussione del 14-2-1933 non era comunque opponibile ai Notari, come quello che conteneva un oggetto più ampio e condizioni più gravi della fideiussione del 1931; (*omissis*)

Il Tribunale di Sanremo (*omissis*)... con sentenza 6-28 novembre 1948 dichiarò tenuti i convenuti Paolo e Adriano Notari, quali eredi di Carlo Notari, a rivalere il Navoni dei pagamenti fatti e dei danni subiti in dipendenza della attività del Chizzoli quale commissionario di dogana a Mentone-Garavan ». (*Omissis*)

Dopo aver come sopra riferiti i fatti precedenti l'appello, la Corte di Genova (investita della causa su appello dei Notari e su appello incidentale del Navoni, disposto un incumbente di traduzione di atti e documenti, dato atto che al Navoni erano succeduti gli eredi) così continua:

«Eseguito il predetto incumbente i Notari insistevano in tutti i motivi di appello e, specificamente, aggiungevano: *a)* che secondo la legge francese, applicabile nella specie, mancando un patto in virtù del quale il fideiussore avesse obbligato i suoi eredi, doveva ritenersi gli eredi vincolati solo all'adempimento degli obblighi già sorti — in virtù della fideiussione — al momento della morte del fideiussore; *b)* Che i Notari non erano tenuti a rimborsare il Navoni delle spese per le procedure francesi, in quanto le contravvenzioni elevate a carico del Chizzoli ed a rispondere delle quali il Navoni era stato chiamato quale fideiussore, non erano state mai denunciate agli eredi Notari.

Replicava il Navoni affermando che la successione dei convenuti Notari, nei riguardi del fratello loro Carlo Notari, doveva essere regolata secondo la legge italiana; che, in ogni modo, anche secondo l'art. 2017 del C.C. francese, gli impegni dei garanti passano ai loro eredi. (*Omissis*)

Diritto. — Per un'ordinata impostazione dello *iter* decisorio, conviene preliminarmente accertare la opponibilità o meno agli eredi Notari dell'atto 14-2-1933, richiamato dalle sentenze del giudice di pace di Mentone a fondamento della condanna solidale del Navoni e del Chizzoli al pagamento delle ammende, diritti, tasse e spese di giudizio per le contravvenzioni accertate dalle Dogane francesi a carico del Chizzoli.

Gli eredi Notari contestano tale opponibilità per le seguenti ragioni:

1°) perchè la fideiussione del 1933 implicherebbe la liberazione del Navoni (e quindi del controfideiussore Notari Carlo) dal precedente impegno del 1931, sicchè il Navoni avrebbe dovuto sollecitare ed ottenere nuova controfideiussione degli eredi Notari in relazione al nuovo impegno di esso Navoni verso le Dogane francesi in data 1933;

2°) perchè, in ogni caso, la fideiussione Navoni (verso le predette Dogane francesi) in data 1933 avrebbe oggetto più ampio e condizioni più gravi che non la fideiussione in data 1931, in relazione alla quale il Notari Carlo si era impegnato a sollevare il Navoni;

3°) perchè, anche a ritenere la lettera Navoni alle Dogane francesi in data 1933 semplice atto ricognitivo della fideiussione del 1931, gli eredi Notari avrebbero dovuto rispondere verso il Navoni solo dei danni già concretizzatisi, in pregiudizio di esso Navoni, prima della morte del controfideiussore Notari Carlo, e non anche delle condanne contenute nelle sentenze francesi, cui gli eredi Navoni si richiamano e che sono state pronunziate dopo il decesso del Carlo Notari.

Nessuna delle predette eccezioni appare fondata.

I) Giova mettere in evidenza:

a) che nella lettera 26 maggio 1931 il Navoni scriveva, tra l'altro, al Ricevitore delle Dogane di Nizza « Il presente impegno (e cioè la garanzia, verso le Dogane, per l'operato del Chizzoli) è valevole *fino alla revoca* da parte mia ».

b) che, a sua volta, il Notari Carlo (dante causa degli appellanti) scriveva testualmente al Navoni: « *a conoscenza della garanzia da voi presentata a favore del sig. Arnaldo Chizzoli per tutto ciò che concerne le bollette di transito (acquets à caution en Douane) per automobili, tengo a dichiararvi che a mia volta mi rendo garante verso di voi dell'operato del sig. Chizzoli in caso di perdite e danni* ».

È chiaro, allora, che la controfideiussione Notari-Navoni doveva ritenersi efficace *fino a quando Navoni non avesse revocata* la propria fideiussione verso le Dogane.

Premesso ciò, la successiva lettera 14 giugno 1933 del Navoni al Ricevitore delle Dogane francesi non può avere il valore di una revoca della fideiussione del 1931, ma di quest'ultima costituisce solo atto ricognitivo (per tuzionismo da parte delle Dogane). Infatti, nella lettera 14 giugno 1933, di che si discute, il Navoni si limita a scrivere alle Dogane di Nizza: « *Per soddisfare al desiderio che mi avete espresso, vi confermo che io resto fideiussore congiunto e solidale per tutti gli impegni che il signor Chizzoli Arnaldo etc.* ».

Di qui la persistente efficacia della controfideiussione Notari Carlo (e, per quest'ultimo, degli eredi di lui).

II) Un attento esame della lettera Navoni alle Dogane in data 26 maggio 1931, e della lettera 14 giugno 1933 dello stesso Navoni alle Dogane predette, convince che con la seconda non è stato nè allargato nè aggravato l'oggetto della fideiussione di che alla prima. (*omissis*)

IV) La controfideiussione del Notari Carlo impegna verso il Navoni gli eredi Notari, non solo per i danni rivenuti al Navoni medesimo (in dipendenza della condotta doganale del Chizzoli) prima del decesso del Notari Carlo, ma anche pei danni *successivi* a quel decesso.

Essendo stata la predetta controfideiussione stipulata a Mentone-Garavan (Francia), essendo pacifica la nazionalità italiana del Notari Carlo e quella francese del Navoni, le obbligazioni nascenti dalla fideiussione stessa vanno identificate, in quanto al loro contenuto, secondo la legge francese e cioè secondo la legge del luogo di conclusione del contratto (art. 25 *delle preleggi italiane*). E cioè, in mancanza, come nella specie, di una *lex patriae communis*, viene assunta, quale criterio di collegamento, secondo le norme di diritto internazionale privato, la « *lex loci contractus* », mentre la « *lex loci solutionis* » (a sua volta invocata dal Navoni contro gli eredi Notari) disciplina solo le *modalità di esecuzione* delle obbligazioni nascenti dal contratto.

Ritenuto per i principi di che sopra (pacifici in dottrina), che il contenuto sostanziale e gli effetti diretti della controfideiussione Notari Carlo vanno ricavati dalla legge francese, va messo in evidenza che l'art. 1122 del cod. civ. francese detta: « *on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritières et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé où ne résulte de la nature de la convention* ».

Nella specie dalla controfideiussione del Notari non risulta alcun elemento che autorizzi a pensare che i contraenti vollero derogare alla presunzione di legge e, per quanto attiene alla natura della convenzione, non solo il tenore di quest'ultima non è tale da importare, quale suo elemento naturale, la prospettata limitazione, ma al con-

trario l'art. 2017 del cit. cod. civ. francese espressamente dichiara che « *les engagements des cautions passent à leur héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fut obligée* » (la *contrainte par corps* fu però abolita in materia civile e commerciale dalla legge 22 juillet 1867).

Il prospettato sistema legislativo francese, sul punto della estensione degli effetti della fidejussione agli eredi del fideiussore, non incontra, ai fini dell'art. 31 delle preleggi italiane, limiti nell'ordine pubblico interno italiano, sì da rendere giuridicamente impossibile l'applicazione in Italia delle conseguenze di quel sistema.

Non solo, ma nella soggetta materia vi è assoluta concordanza fra la legislazione francese e quella italiana. Infatti, mentre gli eredi si sostituiscono, in virtù della successione, al proprio dante causa nella complessa titolarità del patrimonio giuridico di costui, nel predetto patrimonio rientrano anche gli effetti della fideiussione prestata dal citato dante causa.

D'altra parte, l'art. 1938 C.C. italiano espressamente prevede che la fideiussione può essere prestata, come fece il Carlo Notari, anche per obbligazioni future o condizionali, e cioè per obbligazioni ancora inesistenti al momento della prestazione della fideiussione, purchè — s'intende — in tale momento sia determinato il titolo dal quale la futura obbligazione possa o debba scaturire.

Il contenuto dell'art. 1938 C.C. non è, poi, innovativo, ma codifica un principio già pacifico in costanza del cod. del 1865.

Nella specie, la lettera 15 giugno 1931 del Carlo Notari determinò che la controfideiussione copriva le eventuali obbligazioni Navoni verso la dogana in dipendenza della attività professionale del Chizzoli, in relazione alla introduzione di automobili in Francia.

Ritenuto pertanto che oggetto della controfideiussione del Notari Carlo fu la copertura di obbligazioni condizionali in capo al Navoni verso le Dogane francesi, e cioè la copertura delle obbligazioni che il Navoni avesse potuto incontrare a seconda della condotta del Chizzoli, va ricordato che, sia secondo il Codice Civile francese (art. 1179: « *la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engage-*

ment a été contracté»), sia secondo il codice civile italiano del 1865 (art. 1170) che secondo il codice civile italiano vigente (art. 1360), la condizione, una volta adempiuta, ha effetto retroattivo fino al giorno della conclusione del contratto. Non constando peraltro che, nella fattispecie, il Notari Carlo ed il Navoni abbiano inteso riportare ad altro momento gli effetti della controfideiussione, ne consegue che, una volta avveratasi la condizione, il negozio giuridico s'intende sorto ed esercita tutti i suoi effetti, *fin dal momento della sua conclusione*; la controfideiussione, di che qui è discussione, fu perfetta e vincolativa, fin dal principio, non solo per il Notari Carlo, ma anche per gli eredi di lui.

V) Per tutto quanto fin qui detto deve concludersi:

a) che la controfideiussione Notari Carlo, di che alla lettera 15 giugno 1931, per la stessa ampiezza di contenuto, in quanto alle operazioni doganali del Chizzoli in materia di automobili, copre la fideiussione Navoni di che alla lettera 26 maggio 1931;

b) che sia la fideiussione Navoni, che la controfideiussione Notari estendevano la propria efficacia alle operazioni Chizzoli di importazioni temporanee di automobili in Francia;

c) che la lettera 14 giugno 1933 del Navoni non dette vita ad una nuova fideiussione, ma ebbe solo finalità ricognitiva del precedente impegno del 1931;

d) che la controfideiussione del Notari Carlo impegna anche gli eredi di lui (attuali appellanti) e anche per i danni rivenuti al Navoni dalla condotta doganale del Chizzoli dopo la morte del Notari Carlo medesimo». (*Omissis*)

Per questi motivi la Corte di Genova confermava sostanzialmente la sentenza del Tribunale di S. Remo, salvo l'accoglimento dell'appello incidentale del Navoni su alcuni punti che non ci interessano (esclusione della necessità di delibare le sentenze del giudice di Mentone, immediato pagamento di alcune somme, interessi e danni ai sensi dell'art. 1224 c. civ. it.).

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I, § 14 *sub f*, § 14 bis, § 15, § 20 *sub b*, e *ad* nota 11; § 23, nonchè la nota al caso Ricciardelli cr. Biondo.

Si distinguono due problemi, uno astratto o ipotetico e l'altro concreto.

A) Il problema ipotetico concerne la revocabilità, da parte di Carlo Notari o dei suoi eredi, della controfideiussione: s'intende, revoca tempestiva, cioè prima che sorgessero dei debiti di Chizzoli e quindi di Navoni verso le Dogane francesi. Si noti, infatti, che la facoltà di revoca, stando ai documenti, appare convenuta soltanto per la fideiussione prestata da Navoni alle Dogane, e non anche per la controfideiussione data da Notari a Navoni.

In concreto, gli eredi Notari neppur tentarono di revocare la controfideiussione, ma sorge il dubbio che essi non fossero a conoscenza di questa o credessero che essa non fosse, da parte loro, revocabile.

B) Il problema concreto concerne la portata della controfideiussione (in quanto questa non era revocabile o, comunque, non era stata tempestivamente revocata): si tratta, cioè, di sapere se la controfideiussione si estendeva a *tutti* i debiti che sarebbero insorti verso le Dogane francesi, anche a quelli insorti dopo la morte di Carlo Notari.

A) Quanto al primo problema, ci si può domandare:

1°) E' giusto che Carlo Notari o i suoi eredi restino esposti per una (contro)fideiussione, concernente debiti eventuali e futuri e di ammontare imprecisato, *finchè il garantito (Navoni) lo voglia*? A tanto infatti equivarrebbe la situazione, se la facoltà di revoca appartenesse alla sola fideiussione data dal Navoni alla Dogana, e non anche alla controfideiussione.

2°) Ai fini di ammettere o meno la facoltà di revoca tempestiva della controfideiussione, e così per limitare praticamente in qualche modo la portata molto vasta di questa, si può tener conto, e *come*, di una *cause juste*, nel senso di cui al vol. I, §§ 14 *sub e*, 14 bis, 15 e 20 *sub b*? In altri termini, si può tener conto dell'interesse che Navoni eventualmente avesse negli affari del Chizzoli e dell'interesse che eventualmente Carlo Notari avesse negli stessi affari? Chi era il Chizzoli? Era egli solvibile o meno al momento della prestazione della fideiussione e di quello della controfideiussione? Si noti anche che la controfideiussione venne prestata circa tre settimane *dopo* la fideiussione. Si può supporre, tuttavia, che v'era già un accordo fra Navoni e Notari per cui la seconda si dava soltanto a condizione che si desse la prima? Tali interessi e le ragioni (*cause*) che spinsero le parti a prestare, rispettivamente, la fideiussione e la controfideiussione, restano in ombra sia nella lite che nella sentenza.

Ma si supponga che interessato agli affari del Chizzoli fosse soltanto Navoni, e che Carlo Notari gli avesse prestato la controfideiussione a titolo puramente gratuito o di favore, per amicizia o rapporti affettivi verso l'una o l'altra delle parti, o altri interessi o moventi di carattere morale.

In tal caso, si potrebbero invocare, e *come*, i tradizionali principii di che al vol. I, §§ 14 *sub e*, 14 *bis*, 15 e 20 *sub b*, nonchè alla nota introduttiva del presente capitolo? E ciò al fine di ammettere la facoltà di revoca tempestiva della controfideiussione e così di limitare la portata pratica di una così grave (contro) fideiussione, sia dal punto di vista dei criteri oggettivi di giustizia o proporzione fra obbligazione e causa gratuita, sia dal punto di vista soggettivo dei presupposti o dell'intento (più o meno integrando) delle parti.

Di fronte a quei principii, non si rendevano necessarie la ricerca e la determinazione della « causa » (insieme alle circostanze) più o meno *giusta, proporzionata e plausibile* per cui Navoni e Notari avevano dato, rispettivamente, la fideiussione e la controfideiussione?

3°) Si faccia l'ipotesi che Tizio garantisca a Caio il pagamento di tutte le forniture o di tutti i crediti che Caio, senz'esservi obbligato, vorrà fare a Sempronio, e tale fideiussione Tizio presti senza ricevere alcun compenso o senza avere alcun interesse patrimoniale negli affari di Caio o di Sempronio. Tale fideiussione potrebbe essere prestata per un periodo determinato o anche per un periodo indeterminato: ma, anche nel primo caso, la responsabilità della fideiussione avrebbe una portata indeterminata, dipendente dal volere di Caio, e così assai grave.

E' giusto, in relazione ai principii surrichiamati, che Tizio non possa revocare, tempestivamente, tale fideiussione?

Si noti che, a seguito della revoca tempestiva di questa, Caio non risentirebbe alcun danno, all'infuori di quello di non poter continuare a trarre lucri da future forniture o prestiti a Sempronio, se Caio non vuol continuare a farli senza la fideiussione di Tizio. Sicchè, in sostanza, questa fideiussione si risolve nello impegno di fornire gratuitamente a Caio la sicurezza per fare gli affari e lucri che gli piaccia di fare in futuro.

Si noti che la situazione di Navoni, se egli ed egli soltanto aveva un interesse negli affari Chizzoli, non sarebbe diversa da quella del suddetto Caio.

Il vincolo derivante da un simile impegno di Tizio non rappresenta forse uno dei casi tipici, anzi uno dei più gravi, da trattare coi principii di cui al vol. I, §§ 14 *bis*, 15 e 20 *sub b* e alla nota introduttiva del presente capitolo, al fine di moderare, sia sotto l'aspetto oggettivo che sotto quello soggettivo, il vincolo o la responsabilità?

4°) Se, a seguito della fideiussione di Tizio, Caio si impegna verso Sempronio a fargli delle forniture o un'apertura di credito a richiesta dello stesso Sempronio, cambiano la situazione e la ragione per ammettere o meno la suddetta facoltà di revoca tempestiva della fideiussione?

B) Quanto al problema concreto di che sopra *sub B*, e cioè rispetto ai debiti ormai sorti di Navoni verso le Dogane, sorti, s'intende, dopo la controfideiussione, ma prima della (ipoteticamente ammissibile) sua revoca, ci si può domandare:

1°) La ricerca della *cause juste* o *plausible*, nei termini di che sopra *sub A*, 2° e 3°, non poteva influire nel determinare (sia sotto l'aspetto oggettivo di giustizia o proporzione, sia sotto quello soggettivo del probabile intento delle parti, intento da integrare) la portata e i limiti della controfideiussione, cioè di una obbligazione di garanzia così grave, come quella illimitata, per debiti eventuali e futuri, di ammontare imprecisato, concernenti un terzo, il Chizzoli ecc...? In particolare:

2°) Non poteva quella *cause juste* o *plausible* servire a stabilire, sotto gli aspetti oggettivo e soggettivo suaccennati, che la controfideiussione doveva intendersi non estensibile agli eredi di Notari Carlo o ai debiti di Chizzoli-Navoni verso le Dogane sorti dopo la morte di Carlo Notari? E ciò anche in relazione all'art. 2015 c. civ. francese, per cui la fideiussione non può essere estesa al di là dei limiti nei quali essa è stata contratta. Quando, di fronte alla portata vasta e indeterminata di questi limiti, le parti non si sono espresse, non si può ricorrere alla causa gratuita, o *juste* o *plausible*, per determinare, anche in via di interpretazione e di integrazione, tali limiti?

3°) Quanto meno la suddetta *cause juste* o *plausible* non poteva servire a stabilire un onere del Navoni di avvertire gli eredi Notari della esistenza della controfideiussione e della sua precisa portata (supposto che essi le ignorassero)? E ciò tanto più che, dopo la morte di Carlo Notari, le stesse Dogane francesi avevano sentito il bisogno di richiedere al Navoni un atto, sia pure ricognitivo, della precedente fideiussione. Tale onere avrebbe avuto come funzione di porre gli eredi Notari in condizioni di poter esercitare la facoltà di revoca tempestiva della controfideiussione (supposto che tale facoltà esistesse), con la conseguenza che Navoni avrebbe potuto revocare anch'egli la sua fideiussione verso le Dogane o continuarla senza la controfideiussione, se così credeva meglio.

Resta da domandarci come mai i difensori dei Notari, che non possono non aver sentito l'importanza, almeno in linea morale, dei suddetti argomenti sulle *cause juste* o *plausible*, non ne abbiano parlato nel corso della lite e non abbiano cercato di portare il giudice su questo terreno, che,

anche se fosse soltanto morale, avrebbe sempre avuto una certa importanza.

C) Si confronti il caso Navoni con il caso Feraud cr. Campiglia (v. Cap. VI) e se ne dicano le differenze o le analogie quanto al concetto e alla funzione del *défaut de cause* nella fideiussione, cui si fa ricorso nella sentenza del caso Feraud. Si noti che, se la causa Navoni-Notari doveva decidersi, come ne dice la Corte di Genova, secondo il diritto e la giurisprudenza francesi, il confronto fra i casi Navone e Feraud si rende quanto mai interessante.

D) Quanto alla *common law*, v. vol. I, § 14 *sub f*, § 35 *sub c*; in relazione al § 29. La fideiussione del Navoni alle Dogane era già stata prestata, quando intervenne la controfideiussione del Notari al Navoni. La fideiussione, quindi, non avrebbe di per sè potuto funzionare come *consideration* della controfideiussione (v. anche vol. I, § 28). Senza la facoltà di revoca della fideiussione, la controfideiussione sarebbe stata nulla.

Ci si può domandare:

1°) Posto che esisteva pel Navoni tale facoltà di revoca, l'astensione dall'esercitarla (*forbearance*), per l'affidamento in lui suscitato dalla controfideiussione, poteva costituire una *consideration* di questa o, almeno, la *reliance* di cui al vol. I, § 27 *sub a*?

2°) In caso di risposta affermativa al precedente quesito (e posto che la facoltà di revoca della controfideiussione, costituendo quella *forbearance* una *executed consideration*, deve ritenersi ammissibile: v. vol. I, § 29), fino a quando potevano il Notari o i suoi eredi revocare la controfideiussione?

3°) Nel caso specifico Navoni cr. Notari, i fini della giustizia sono meglio e più chiaramente serviti dalla *doctrine* della *consideration* o da quella della *cause juste et plausible* della *civil law*?

CAPITOLO V

SULL'INTENTO DI CONTRARRE UN VINCOLO GIURIDICO

(v. vol. I § 1, specialmente la nota finale; § 8; § 11, nota 22; § 14, nonchè § 2 *sub a et b*; § 3, specie *sub b*; § 4 *ad* nota 20 segg.; § 5 *sub b*; § 6; § 24; § 31; § 36 *sub b et c*).

PREMESSA. - La materia oggetto di questo capitolo investe in realtà tutti i problemi discussi nei capitoli precedenti, sia sotto l'aspetto della esistenza o meno di quell'intento e dei criteri per accertarlo, sia sotto l'aspetto degli effetti o dei limiti che si attribuiscono alla promessa sulla base (più o meno presunta) dell'intento stesso, in quanto riferito ad una *causa* (più o meno) gratuita.

In questo capitolo esamineremo in modo particolare il problema dell'intento di contrarre un vincolo giuridico specialmente sotto il primo aspetto. V. anche la premessa al precedente capitolo.

Nel disporre i vari casi seguiremo l'ordine seguente: dapprima i casi che investono i problemi trattati nel vol. I §§ 8 e 11, specialmente nota 22 (casi: Maire de Caen; Coureau; De Loys; R. cr. D.; Urbanowsky); di poi, i casi concernenti i problemi esaminati nel vol. I § 14 *sub b, d et e*, nonchè nel capitolo precedente di questo vol. II (casi Mulas e Perino, con rinvio agli altri casi riferiti nel cap. prec.); infine, i casi che investono i problemi trattati nel vol. I § 14 *sub b ad* nota 7 e *sub c* (casi X cr. Y e Medici del Vascello). Su questi ultimi v. DEMOGUE, *Obl.*, II, n. 564 e citazioni ivi.

Il lettore vorrà poi confrontare i casi e i problemi oggetto di questo capitolo con i casi e i problemi che si presentano per la *common law* nella parte II, cap. III.

MAIRE de CAEN cr. EVRARD

Cours d'Orléans, 23 avril 1842. — Dalloz, *Jurispr. Gén., Obligations*, n. 45.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« En 1823, Evrard a été investi d'un office de notaire créé dans

la ville de Caen, sans qu'aucune condition eût été imposée à sa nomination. A cette occasion, Evrard écrivit au maire de cette ville une lettre dans laquelle il prenait l'engagement de donner aux pauvres annuellement, pendant vingt années, une somme de 1.000 fr. Cette lettre se terminait ainsi: « Veuillez permettre que j'y mette une condition, celle du secret. Puis-je espérer, Monsieur le maire, que vous voudrez bien accepter mon offre et vous charger de l'emploi? Je suis, etc. P. S. Ci-joint un billet de 1.000 fr. pour la première année ». - La condition du secret imposée par cette lettre ne fut point observée. Une délibération du bureau de bienfaisance de la ville de Caen, du 18 juin 1823, ordonna que la somme de 1.000 fr. serait portée chaque année à son budget. En 1837, Evrard cessa ses versements. Toutefois, le maire continua à porter annuellement, et pendant trois années consécutives, la somme de 1.000 fr. au budget du bureau de bienfaisance, puis il a formé une saisie-arrêt entre les mains de l'un des débiteurs d'Evrard, pour sûreté des six dernières annuités, s'élevant à la somme de 6.000 fr. Sur l'assignation en validité, un jugement du Tribunal de Tours, du 17 juil. 1841, déclara que la lettre du 5 mars 1823, renfermait une donation entre-vifs, nulle pour n'avoir point été revêtue des formes prescrites par la loi, et à défaut, par le gouvernement, d'en avoir autorisé l'acceptation, et qu'elle ne constituait, par conséquent, qu'une dette d'honneur, obligatoire dans le for intérieur, mais non susceptible de produire un lien de droit.

Appel. — Pour établir la force obligatoire de la promesse, l'appelant a proposé trois systèmes:

1°) A-t-on dit, cette promesse vaut comme donation rémunératoire.

2°) La promesse du 5 mars doit être assimilée à une souscription rentrant dans la classe des dispositions réglées par le droit naturel, affranchies, à ce titre, de toute espèce de formes, même de la nécessité de l'autorisation du gouvernement pour l'acceptation par le bureau de bienfaisance; (*omissis*).

3°) La promesse du 5 mars renferme une obligation. L'objet de cette obligation est une somme de 20.000 fr. à payer en vingt années; la

cause, la valeur reçue, c'est la considération qu'une telle promesse a acquise à son auteur. Sous un autre point de vue, il y aurait même mandat donné par Evrard au maire de la ville de Caen, d'employer chaque année la somme de 1.000 fr. au profit des pauvres, mandat révoqué seulement en 1837, et en exécution duquel Evrard devrait toujours payer les trois années qui, sur la foi de sa promesse, avaient été portées au budget et même dépensées, quoique non encore versées. - Arrêt.

La Cour. — Considérant que, si l'engagement porté en la lettre missive du 5 mars 1823, ne peut valoir comme donation, l'appellant soutient qu'il doit au moins produire effet comme simple obligation; — Considérant, sous ce rapport, que cet engagement ne présente ni le caractère d'un don rémunérateur ni celui d'une obligation naturelle; que l'on ne peut y voir que la volonté libre et spontanée d'Evrard de faire participer les pauvres de la ville de Caen aux avantages qu'il pensait recueillir de sa nomination à l'office de notaire; - Que rien dans cette lettre ne manifeste l'intention de s'engager de manière à donner contre lui une action en justice, au cas de la non-exécution complète d'un acte de bienfaisance qui ne devait s'effectuer que successivement dans l'espace de vingt années, et dont le principe pouvat être anéanti soit par sa mort, soit par suite de mauvaises affaires; - Que, dès lors, cet engagement ne constitue qu'une obligation imparfaite qui intéresse le for intérieur et la délicatesse, mais qui ne peut lier juridiquement;

En ce qui touche le moyen tiré de l'exécution: Considérant que, si l'engagement dont s'agit s'est réalisé pendant quatorze années par un don manuel de 1.000 fr., cette tradition matérielle rend Evrard non recevable à répéter les sommes payées; cette exécution qui n'est qu'une ratification tacite de son engagement primitif, ne peut en changer la nature et lui donner une portée qu'il n'avait pas dans l'origine;

En ce qui touche les conclusions subsidiaires: Considérant que le maire de la ville de Caen était sans qualité pour faire porter chaque année au budget du bureau de charité de cette ville la somme de

1.000 fr. dont s'agit; - Qu'en effet, par la lettre du 5 mars, dans laquelle il prétend puiser ses pouvoirs, Evrard le prie seulement d'accepter son offre et de se charger de l'emploi, joignant à cette lettre un billet de 1.000 fr. pour la première année; - Qu'il ressort de ce que dessus qu'il n'avait mandat que de faire emploi des fonds qui lui étaient adressés; - Que cette somme de 1.000 fr. promise ne pouvait être réellement portée au budget que lorsqu'elle avait été reçue, et que jusqu'alors elle n'y figure que fictivement; - Que rien dans la cause ne justifie que les trois annuités réclamées aient été réellement versées par le maire, au bureau de charité, et que, même en admettant qu'il en ait été ainsi, il ne peut être admis à en réclamer le remboursement d'Evrard; - Par ces motifs, et adoptant au surplus ceux des premiers juges, met l'appellation au néant, et ordonne que ce dont est appel sortira effet ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 1 e 8; § 12 *sub a*; § 27 nota 3 in fine e § 38 *sub a*.

E' questo un *leading case* citato dagli autori francesi sulla questione dell'esigenza dell'intento di contrarre un vincolo giuridico: cfr. DALLOZ, *Codes Annotés, Nouveau Code Civil*, cit., art. 1101 n. 26, nonché n. 23, 24, 25 e 27, che richiama il passo di Pothier sull'intento d'*accorder le droit d'exiger l'accomplissement de la promesse ou l'action en justice* (v. vol. I § 5 *sub b*).

Non si conosce il testo preciso della lettera di Evrard e non si è quindi in grado di sapere su quali elementi si fonda l'interpretazione datale dalla Corte di Orleans.

La questione della forma della donazione, che avrebbe di per sè risolto il caso, è lasciata da parte nella sentenza della Corte, pur essendo richiamata come motivo di rinalzo, nella parte finale della sentenza stessa.

In fondo la sentenza, con il Dalloz e altri autori, sembra ritenere probabile che la promessa avesse una « causa » diversa dalla pura liberalità e tale che, secondo una certa corrente francese, potesse escludere l'esigenza della forma delle donazioni (v. vol. I § 9 specie *ad* nota 9 segg.). Tale « causa » poteva consistere, se non in un'obbligazione naturale o di coscienza o in una remunerazione, nella *considération qu'une telle promesse a acquise à son auteur*, oppure nello scopo di far partecipare i poveri

della città ai vantaggi derivanti dalla nomina a notaio (sulla promessa alla città *ob honorem decretum* in diritto romano, v. D. 50, XII, 1).

1°) Come si accorda questa sentenza con la corrente che ammette l'*honneur, la délicatesse* etc. quali *causes suffisantes* di una promessa? (v. vol. I § 9 nota 10 e il caso Richer e altri riferiti nella sez. IV del cap. II e nel cap. III sez. II).

2°) Il contegno di Evrard, dopo la promessa e dopo che il segreto fu svelato con l'inserzione del credito nel bilancio della città, non poteva mostrare l'intento di contrarre un vincolo giuridico?

3°) L'inserzione nel bilancio, quale fatto prevedibile dal promittente, poteva valere come affidamento o *reliance* nell'adattamento di questa teoria alla *civil law*, cioè come fatto che, in quanto compiuto *sur la foi de la promesse*, poteva obbligare il promittente a mantenerla? V. nota introduttiva alla sez. III del cap. II.

4°) Come *reliance*, così adattata, potrebbe valere il fatto, se provato, che il sindaco avesse sborsato di tasca sua alcune annualità? Sotto questo profilo la promessa era stata fatta al sindaco personalmente o alla città? Che importanza potrebbe avere qui la tesi del mandato? V. anche il caso Bailly cr. Ville de Nancy.

5°) Come si risolverebbe il caso nella *common law*? La condizione del segreto potrebbe valere come *consideration*? O potrebbe costituirla il fatto che il sindaco doveva destinare ai poveri le somme da lui ricevute? Si potrebbe applicare la teoria della *reliance* propria della *common law*? v. vol. I § 26 e 30 *sub a*, nonché il § 27 *sub a*.

COUREAU cr. BLANDIN

Cour de Bordeaux, 31 mai 1848. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1848, II, 180.
(la sentenza è riferita testualmente)

Le 9 juin 1839, les sieurs Blandin se sont reconnus débiteurs envers le sieur Courau d'une somme de 15.000 fr. par lui avancée, à leur décharge. La déclaration par eux donnée ajoute: «Voulant, autant qu'il est en nous, remplir envers M. Courau l'engagement d'honneur que nous avons contracté envers lui, de lui rembourser tôt ou tard en capital, frais et intérêts, les sommes dont il est à découvert pour nous, et le déterminer à signer le concordat amiable que nous avons passé avec nos créanciers, et à se charger de la mission

qui lui est confiée dans ce traité, nous prenons envers lui l'obligation d'honneur de compter toujours de clerc à maître, sans prétendre à aucune remise de sa part, nonobstant toute signature à ce contraire. - De son côté, M. Courau s'en rapportera entièrement à notre loyauté pour le remboursement du dit compte que nous ne serons tenus de faire que lorsque nous en aurons les moyens; et, pour nous en donner la preuve, il nous a fait, en signant le présent traité, la remise de notre billet de 15.000 fr. échu le 21 septembre 1838 et du protêt, etc., etc. ».

Une remise volontaire de 90 p. 100 fut faite aux sieurs Blandin, qui payèrent même diverses sommes à titre de dividendes. Les choses étaient en cet état, lorsque le sieur Coureau cita ses débiteurs devant le tribunal de commerce de Bordeaux, en paiement de ce qui lui restait du, et il demanda qu'un terme fût fixé pour ce paiement.

Le 14 mai 1847, le Tribunal déclara le sieur Courau non recevable dans cette demande, par les motifs suivants :

« Attendu qu'il est reconnu par les parties que, suivant conventions verbales du 1er. juillet 1839, les créanciers des sieurs Blandin frères, au nombre desquels figurait le sieur J. B. Coureau, leur firent un relâchement de 90 p. 100 sur le montant de leurs créances; - Attendu que, postérieurement à ces conventions, le sieur J. B. Coureau a fait remise volontaire et définitive, aux sieurs Blandin frères, du titre constitutif de sa créance; - Attendu qu'aux termes des art. 1282 et suiv. c. civ., la remise du titre entre les mains du débiteur fait présumer la remise de la dette elle-même; - Attendu, toutefois, que le sieur J. B. Coureau prétend combattre la présomption qui résulte de ce fait, au moyen de la déclaration qui lui a été délivrée par les sieurs Blandin frères, à la date du 9 juillet 1839; - Qu'il soutient que cette déclaration contient une obligation positive de paiement, laquelle n'étant pas assortie d'une échéance déterminée, doit être, sous ce rapport, régularisée par le Tribunal, aux termes de l'art. 1161 du code précité; - Attendu que la déclaration des sieurs Blandin frères exprime en termes formels qu'elle n'est, de leur part, qu'un simple engagement d'honneur de rembourser tôt ou tard, au sieur J. B. Cou-

rau, les sommes dont il s'est mis à découvert pour eux; - Qu'il est dit que J. B. Courau s'en rapporte entièrement à la loyauté de Blandin frères, pour le remboursement définitif du compte, qu'ils ne seront tenus de faire que lorsqu'ils en auront les moyens, et que, pour leur en donner la preuve, J. B. Courau leur a fait, à l'instant même, la remise du billet de 15.000 fr. échu depuis le 21 septembre 1838; - Attendu qu'il résulte de cet acte, précédé de l'abandon que J. B. Courau avait déjà fait, à l'exemple de tous les autres créanciers, du montant des sommes qui lui étaient dues par eux, moyennant un dividende de 10 p. 100, qu'il y a eu réellement de sa part, avec la remise du titre, remise définitive de la dette elle-même, contre une déclaration contenant un simple engagement d'honneur, pour l'exécution duquel il s'en est entièrement rapporté à la loyauté de Blandin frères; - Que cet engagement n'est soumis à aucune condition, qui, venant à se réaliser, donnerait au sieur J. B. Courau le droit de le ramener à exécution, et que, d'un autre côté, il ne peut appartenir au tribunal d'y apporter un terme qui a été, d'un commun accord, abandonné à la loyauté des défendeurs; - Attendu que si un pareil engagement, appelé à juste titre engagement d'honneur, doit être considéré comme exigible aux yeux de ceux qui l'ont souscrit, il n'en saurait être de même aux yeux de la justice et de la loi ». - Appel

ARRÊT

La Cour. — Adoptant les motifs des premiers juges; - Confirme.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 1; § 3 *sub b* in fine; § 9 *ad nota* 9 segg.; § 11 *nota* 22.

A quanto sembra, nonostante il testo confuso della promessa scritta 9 giugno 1839 e della sentenza, il concordato, come convenzione verbale, precedette tale promessa. Comunque, anche se non l'avesse preceduta, restava sempre (a parte la questione della liceità) da interpretare la detta promessa; la quale però, in tal caso, avrebbe servito a determinare i Sigg. Blandin a sottoscrivere il concordato e *à se charger* di una certa *mission*; il che poteva forse attribuire valore giuridico alla promessa. (v. nota al caso Urbanowsky; quali le differenze fra questo caso e il caso Courreau?)

1°) Come si accorda questa sentenza col caso Richer e con la cor-

rente francese menzionata nel vol. I § 9 *ad* note 9 segg? v. anche la questione n. 1° in nota al caso *Maire de Caen*.

2°) La lealtà o l'*honneur* non potevano riferirsi al verificarsi della condizione di avere i mezzi per pagare (pagherò, se potrò)? Questa condizione non dovrebbe aver avuto la preminenza? (v. nota del Dalloz al caso *Urbanowsky*). Naturalmente, si tratta di una *quaestio facti*; ma che dimostra la delicatezza del problema dell'intento di contrarre un vincolo giuridico.

3°) Il fatto che la remissione definitiva e la restituzione del *billet* erano avvenute al momento della promessa in esame non avrebbe dovuto mostrare l'intento di non rimettere il debito che a condizione di questa promessa e dare così un valore particolare a questa? v. osservazione al quesito precedente.

4°) Nella *common law* vi sarebbe un *bargain* fra la detta promessa e la remissione o la restituzione del *billet*, o la « *mission* »? Tale remissione o tale restituzione erano state veramente l'oggetto di un *bargain*, anche implicito? V. vol. I § 26 *sub d*.

5°) La rimessione di debito avente come *consideration* una mera promessa nel foro dell'onore sarebbe valida nella *common law*? v. vol. I § 38 *sub c*, nonchè § 30 nota 6.

DE LOYS cr. DUFAY

Cour de Colmar, 31 décembre 1850. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1853, II, 164.
(la sentenza è riferita testualmente)

12 avril 1850, jugement du Tribunal de commerce de Mulhouse qui admet cette solution par les motifs suivants: « Attendu que, déjà en février 1847, et même antérieurement, les parties avaient cessé tout rapport d'affaires entre elles, et que depuis lors elles n'ont fait ensemble aucune opération de commerce ou autre; - Attendu qu'à ladite époque de 1847, il est intervenu entre le sieur Dufay et la maison de Loys, Peltier et comp., une transaction amiable, aux termes de laquelle M. Dufay a payé à ces derniers une somme de 20.000 fr., pour solde de tout compte entre eux; que, dès lors, en droit, les comptes des parties se sont trouvés terminés et réglés par cette transaction, qui a mis fin à tous les différends jusque alors existants; et que, d'ailleurs, il résulte de la correspondance échangée

entre les parties que MM. de Loys, Peltier et comp. se sont interdit la faculté d'adresser au sieur Dufay aucune réclamation à ce sujet; - Attendu, cependant, que le demandeur prétend qu'il résulte de la correspondance de M. Dufay que celui-ci a reconnu qu'il devait une somme plus élevée que celle par lui payée en vertu de la transaction ci-dessus, et qu'il a promis qu'il donnerait plus tard davantage, et s'affranchirait complètement de sa dette, quand ses moyens le lui permettraient, et s'il revenait à bonne fortune; - Qu'il échet donc d'examiner ces différents faits, et si dans leur ensemble on peut voir une promesse, un engagement de la part de M. Dufay, pouvant conférer au demandeur le droit d'en exiger l'accomplissement en justice; - Attendu, à cet égard, que les sieurs de Loys, Peltier et comp., en acceptant les propositions d'arrangement du sieur Dufay, lui ont fait observer que la somme qu'il leur donnait était bien minime comparativement à celle qu'il leur devait réellement, et que la sieur Dufay leur a répondu que, s'il ne leur avait pas donné davantage, c'était parce qu'il y avait alors de sa part impossibilité physique et morale; que, plus tard, quand M. De Loys l'a appelé à lui venir en aide au moyen d'une somme de 5 à 6.000 fr., qu'il demandait, en rappelant à son souvenir la perte qu'il lui avait fait éprouver à lui personnellement, le sieur Dufay lui a répondu que, si ses affaires prospéraient, il ferait alors beaucoup plus qu'il ne lui indiquait; que plus tard il lui disait encore qu'il lui était impossible de l'aider actuellement, mais que ses intentions à son égard n'avaient point changé, et qu'en temps elles auraient leur exécution; - Attendu que de ces paroles, de ces expressions, de la bouche de M. Dufay, contenues dans ses lettres, dans ses billets, il ressort de la manière la plus évidente qu'il reconnaissait alors que la somme qu'il a payée à MM. de Loys, Peltier et comp., en vertu de la transaction ci-dessus, était réellement au dessous de celle qu'il leur devait; - Que, s'il ne leur avait pas dû davantage, il se serait bien gardé de dire: « Si je ne vous ai pas donné plus, c'est qu'il y a impossibilité physique et morale; si mes affaires prospèrent, je vous donnerai beaucoup plus que vous ne m'indiquez »; qu'il entendait par ces promesses, quoique vagues et indéterminées,

dire que, si ses moyens, ses facultés, le lui permettaient un jour, il lui donnerait non seulement les 5 à 6.000 fr. qu'il lui demandait pour le moment, mais bien au delà de cette somme, qui n'était en définitive qu'une partie du tiers revenant au sieur de Loys pour sa part dans la société de Loys, Peltier et com.; - Attendu que si, aujourd'hui, M. Dufay croit s'être libéré envers le maison de Loys, Peltier et comp., en exécutant la transaction du mois de février 1847, il ne pensait pas de même à l'époque à laquelle il a donné à M. De Loys la promesse dont il s'agit; que, néanmoins, ces promesses par lui faites à M. De Loys ne l'ont été que d'une manière très incertaine et indéterminée, et qu'elles ne constituent qu'un engagement imparfait, d'où il ne résulte aucun lien de droit qui puisse donner lieu à une réclamation en justice; - Qu'ainsi, chaque fois qu'il s'agit, comme dans l'espèce, de promesses, d'engagements d'honneur, ne relevant que de la conscience, du for intérieur, les tribunaux consulaires, qui sont particulièrement les gardiens naturels de l'honneur de la probité du commerce, ne peuvent qu'exprimer de vifs regrets quand de semblables promesses et engagements n'ont pas été remplis; que, d'autre part, ils ne doivent pas être moins péniblement affectés quand, comme au cas particulier, il est question de stipulations et de réclamations de la nature de celles de M. de Loys, faites en particulier, à son profit personnel et sans participation apparente de ses coassociés; - Par ces motifs, déclare le demandeur non recevable et mal fondé en sa demande... » - Appel.

ARRÊT (apr. délib. en ch. du cons.)

La Cour. — Adoptant les motifs, confirme.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 1; § 3 *sub b*; § 9 *ad note* 9 segg.; § 11 *nota* 22.

Una nota redazionale del Dalloz così commenta il caso:

« *L'engagement dont il s'agit dans la solution ci-dessus relevée ne pouvait-il pas, à la rigueur, être considéré comme défini relativement à son objet, au moins jusqu'à concurrence de la somme au delà de laquelle le défendeur avait promis de payer ce qu'il devait encore? L'arrêt ne l'a point pensé ainsi, probablement parce qu'il a vu dans l'engagement litigieux, la*

promesse conditionnelle d'une libération mal définie qu'on ne pouvait scinder, et qui, par la suite, se trouvait pour le tout atteinte du défaut de détermination ».

Si noti che la promessa di Dufay avvenne *dopo* la cosiddetta « *transaction* ». V. nota al caso Coureau.

1°) Si ripropone lo stesso quesito posto *sub* 1° in nota al caso Coureau.

2°) Il motivo del decidere sembra essere stato il carattere vago e indefinito della promessa di « *aider* » De Loys anche più di quanto questi pretendeva come residuo (v. nota del Dalloz), frasi che sembrano escludere l'intento giuridico. *Quaestio facti!* V. il quesito 2° in nota al caso Coureau.

3°) Per la *common law* si ripropongono gli stessi quesiti posti pel caso Coureau. Quanto al quesito 5°, per la validità della remissione resterebbe da vedere se si trattava di una vera « *transazione* » in senso tecnico (per la liquidazione di una quota sociale): v. sulla *transazione*, vol. I § 38 *sub c* e richiami *ivi*.

URBANOWSKI cr. VALDMANN

Cass. Française, Ch. Req., 13 décembre 1875. — *Dalloz, Rec. Pr.*, 1876, I, 417.
(la sentenza è riferita testualmente)

Le 12 mars 1865, arrêt de la Cour de Lyon, ainsi conçu:

Considérant que le 17 juin 1856, par acte reçu Legendre et son collègue, notaires à Lyon, Casimir Urbanowski, riche capitaliste, et Emile Valdmann, avocat au barreau de Lyon, ont formé une société civile pour faire de compte à demi des opérations d'achats et de ventes sur les valeurs de la bourse; - Que, par cet acte, Urbanowski s'engageait à remettre à Valdmann une première somme de 100.000 fr., qui, par des versements successifs, devait s'élever en moins de cinq années au chiffre d'un million; - Qu'il fut stipulé qu'Urbanowski supporterait seul toutes les pertes et qu'il recevrait 5 pour 100 de son argent, que Valdmann aurait un traitement de 6.000 fr. et que les bénéfices seraient partagés par moitié; - Considérant qu'il est dit dans l'art. 6 de l'acte social que Valdmann fera valoir, comme il le jugera convenables, les capitaux d'Urbanowski, qui s'en remet à sa prudence pour les placements et les profits à en tirer; - Mais que cet article

ajoute qu'il demeurerait convenu que Valdmann ne ferait que les opérations au comptant et jamais à découvert; - Considérant que l'art. 8 prescrivait à Valdmann de tenir régistre exact de toutes les opérations qu'il ferait avec les fonds qui lui étaient confiées; - Considérant que cet acte de société a été rédigé sur un modèle écrit de la main de Valdmann, avec cette différence toutefois que le modèle n'imposait aucune réserve à la gestion de Valdmann, et qu'elle n'était pas limitée comme dans l'acte notarié aux opérations au comptant;

Considérant que, dans son interrogatoire Valdmann a reconnu qu'il ne s'était pas conformé aux obligations qui lui étaient imposées par l'acte social; - Qu'il n'a tenu aucune comptabilité régulière et qu'il s'est livré à des opérations de jeu dans lesquelles il a perdu 130 ou 135.000 fr. sur une somme de 150.000 fr. qui lui avait été remise par Urbanowski; - Considérant que, le 17 juillet 1858, Urbanowski a signé une décharge écrite de la main de Valdmann, dans laquelle il reconnaît que celui-ci lui a fait raison de toutes les sommes pouvant lui revenir dans la société, qui est déclarée dissoute d'un commun accord; - Considérant que Valdmann prétend que cette décharge lui a été donnée en toute connaissance de cause, sans condition, et sans qu'il ait pris aucun engagement; qu'Urbanowski avait signé sans rien exiger de lui, après avoir pris une somme de 15 ou 20.000 fr. qui restait dans la caisse, sans qu'il puisse préciser le chiffre; - Qu'Urbanowski soutient, au contraire, qu'il ne restait rien dans la caisse, et que les 150.000 fr. avaient été complètement perdus; que Valdmann s'est reconnu coupable d'avoir violé le pacte social, qu'il a manifesté une grande douleur, et qu'il a supplié en pleurant de ne pas l'exposer aux poursuites de ses (d'Urbanowsky) héritiers dans le cas où il (Urbanowsky) viendrait à mourir, lui promettant par serment solennel de le désintéresser, si, plus tard, il revenait à meilleure fortune;

Considérant que Valdmann est aujourd'hui dans une situation qui lui permettrait de rembourser les 150.000 fr., et qu'Urbanowski, qui affirme avoir subi des pertes considérables, lui en demande la restitution; - Considérant qu'Urbanowski, se fondant sur l'interrogatoire de Valdmann et sur des documents versés au procès, notamment

sur trois lettres écrites par Valdmann, les 9 mai 1863, 2 août 1863 et 30 déc 1866, avait demandé la nullité de la décharge du 17 juillet 1858 et le paiement immédiat de 150.000 fr.; - Considérant qu'on lit dans la première de ces lettres: « Si chacun était exact à me rembourser des avances faites, avant deux mois certaine première dette pourrait être acquittée sans trop de gêne ». Que, dans la seconde, Valdmann, parlant de sa profession d'agent de change, écrivait à Urbanowski: « Quel métier, mon cher ami! et cependant je l'aime, et j'y suis attaché avec passion parce qu'il est le seul qui puisse me permettre d'accomplir un jour les devoirs que je sais »; - qu'enfin, dans la dernière, adressée à Urbanowski comme les deux autres, il dit: « Je viens en serre-file résumer les vœux de tous et vous souhaiter une bonne année, à vous et à M.me Casimir. Cette époque ne manque jamais de soulever en moi un sentiment qui m'attriste: c'est qu'au lieu de paroles, je voudrais pouvoir agir et disposer d'assez de puissance pour arranger toutes choses à mon gré! Quelle bonne part je vous ferais, et comme vous méritez bien la première et la plus belle! En attendant, j'espère, et, comme Dieu est juste, j'ai confiance qu'il me permettra de m'acquitter quelque jour ».

Considérant que la Cour, dans son arrêt du 12 juin dernier, faisant une juste appréciation de ces lettres et des présomptions invoquées par Urbanowski à l'appui de ses prétentions, y a vu un commencement de preuve par écrit suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale; - Que c'est dans l'examen des enquêtes qu'il faut rechercher si Urbanowski a complété la preuve qui lui est imposée par sa qualité de demandeur; - Considérant que les témoins de la contre-enquête, d'accord sur ce point avec ceux de l'enquête d'Urbanowski, sont unanimes à proclamer leur opinion favorable à la moralité de Valdmann, mais qu'ils ne déposent d'aucun fait ayant un trait direct au procès; - Considérant qu'il résulte des déclarations de l'enquête et notamment de celles des premier, deuxième, troisième et cinquième témoins que Mr. et M.me Urbanowski, dans leurs conversations avec les personnes qui fréquentaient intimement leur maison, ont toujours affirmé que Valdmann leur devait 150.000 fr.; - Qu'ils expliquai-

ent que cette somme avait été confiée à Valdmann pour faire des opérations de bourse au comptant et qu'il l'avait dissipée en se livrant à des spéculations à terme; - Que Urbanowski parlait aux mêmes personnes d'une décharge relative à cette somme de 150.000 fr. qu'il avait accordée aux supplications de Valdmann, mais qu'il ajoutait que cette décharge ne devait avoir d'effet que contre ses héritiers; qu'il n'avait consenti à signer qu'après la promesse formelle de Valdmann que ces 150.000 fr. lui seraient remboursés s'il revenait à meilleure fortune; - Qu'il avait fait ce qui était nécessaire pour permettre à Valdmann de conquérir une bonne position; qu'il lui avait prêté de l'argent pour l'acquisition d'une charge d'agent de change; - Qu'une des personnes auxquelles il parlait de sa créance ayant émi des doutes sur le recouvrement, il avait répondu: « C'est bon, c'est bon, Valdmann est un honnête homme, il me payera »; - Considérant que ces conversations ont eu lieu dès 1859 et dans les années suivantes; - Qu'à la même époque, Urbanowski faisait figurer sur les états de sa fortune la créance de 150.000 fr. sur Valdmann; - Qu'à ce moment, ce dernier ne possédait rien, et qu'on ne doit pas supposer qu'Urbanowski songeait à se faire un argument pour le proces actuel;

Considérant que ces faits, complètement étrangers à Valdmann, ne sauraient lui être opposés, mais qu'ils établissent la bonne foi d'Urbanowski, qui a pu très sincèrement prendre pour une reconnaissance formelle de la dette les protestations de gratitude, de dévouement sans bornes, et du desir de s'acquitter dont Valdmann ne ménageait pas l'expression; qu'on ne peut s'étonner qu'il les ait interprétés de la sorte, lorsque, après avoir lu un livre dédié par Valdmann à Urbanowski, un homme des plus éclairés a pu y puiser la conviction que cet ouvrage contenait en plus d'un endroit la reconnaissance explicite, quoique plus ou moins déguisée, d'une dette à payer; - Qu'en réclamant à Valdmann le paiement des fonds qu'il lui avait confiés en 1856, il pouvait s'abuser sur la réalité de son droit, mais qu'il n'est point un audacieux plaideur venant demander la fortune d'un père de famille en dépit de quittances les plus régulières; - Considérant que le capitaine Englinger officier de la Légion d'hon-

neur, a rapporté dans l'enquête une conversation qu'il aurait eue avec Valdmann en 1862, pendant un déjeuner au café Maderni; Valdmann lui aurait dit: « Casimir pouvait me perdre, je lui ai perdu plus de 100.000 fr.; je marche bien maintenant et je les lui rendrai dès que ma position de fortune me le permettra »; qu'il ajouta: « que c'était pour lui une dette sacrée dont il s'acquitterait dès qu'il le pourrait, que, du reste, Casimir le savait bien »; qu'il dit encore: « qu'après la perte de l'argent confié par Urbanowski, il était désespéré et que sans Casimir il était perdu; que lui et les siens ne vivraient jamais assez pour témoigner à Urbanowski la reconnaissance qu'ils lui devaient »; Que le témoin a compris, par ce que lui a dit Valdmann, qu'il avait pris vis-à-vis d'Urbanowski l'engagement de lui rendre la somme qu'il en avait reçue, qu'il l'a d'autant plus compris de la sorte que Valdmann, en parlant du remboursement de cette dette, lui a dit en termes formels: « Du reste, je l'ai dit à Casimir »; Que le témoin affirme en son âme et conscience que, le jour dont il vient de parler, Valdmann avait l'intention de rendre à Urbanowski la somme de plus de 100.000 fr. qu'il lui devait; que si, ce jour-là, il avait eu de l'argent, il aurait certainement fait le paiement et que le procès actuel n'aurait pas lieu; - Considérant que, malgré la gravité de cette déclaration et la gravité que lui donne l'honorabilité du capitaine Englinger, l'affirmation de son impression personnelle ne saurait suffire pour détruire l'effet légal d'une quittance régulière; - Qu'en parlant avec effusion de ses obligations envers Urbanowski, Valdmann n'a pas précisé le chiffre de sa dette, qu'il est resté dans des termes généraux, qu'il n'a jamais parlé d'une décharge opposable seulement aux héritiers, et que sur les deux premiers chefs de l'appointement de preuve, l'enquête ne contient aucun élément décisif.

Considérant sur le troisième point, que si Valdmann a parlé au capitaine Englinger de son vif désir de s'acquitter envers Urbanowski, il ne s'est pas exprimé de manière à ne laisser aucun doute sur le point de savoir s'il entendait parler d'engagement de conscience dont il restait libre de s'acquitter quand il le voudrait, ou s'il se regardait comme obligé par un lien de droit civil que son créancier pourrait

réclamer contre lui; - Considérant qu'Urbanowski, qui prétend prouver la nullité d'une quittance portant sa signature, avait l'obligation rigoureuse d'établir complètement le lien de droit en vertu duquel il réclame le paiement de 150.000 fr.; que cette preuve ne résulte pas suffisamment des enquêtes; - Confirme:

Pourvoi du sieur Urbanowski:

1°) Excès de pouvoir et violation des art. 1347 et 1353 c. civ., et des art. 252 et suiv. c. pr., en ce que l'arrêt attaqué a décidé que les dépositions de plusieurs témoins de l'enquête ne pouvaient être opposées au défendeur, parce qu'elles portaient sur des faits et actes qui lui étaient étrangers, et a ainsi restreint abusivement les moyens de preuve que l'existence d'un commencement de preuve par écrit devait mettre à la disposition du demandeur.

2°) Violation des artt. 1108, 1134 et 2092 c. civ., et fausse application de l'art. 1235 c. civ., en ce que l'arrêt, tout en reconnaissant que M. Urbanowski n'avait pas l'intention de transformer la dette de M. Valdmann en une simple obligation naturelle, et que, dans sa pensée, la décharge du 17 juillet 1858 n'avait d'autre but que de soustraire ce dernier aux poursuites des héritiers de M. Urbanowski s'il venait à mourir, M. Valdmann restant civilement tenu de désintéresser son créancier quand il reviendrait à meilleure fortune, a néanmoins déclaré M. Urbanowski mal fondé à réclamer sa créance, par le motif qu'il ne prouvait pas que M. Valdmann eût consenti à être tenu civilement de l'exécution de cet engagement.

ARRÊT

La Cour. — Sur les deux moyens du pourvoi, tirés, le premier, d'un excès de pouvoir et de la violation des artt. 1347 et 1353 c. civ., et des art. 252 et suiv. c. pr. civ.; le deuxième, de la violation des artt. 1108, 1134 et 2092 c. civ.: Attendu que, par l'arrêt interlocutoire du 12 juin 1874, qui constate un commencement de preuve par écrit, Urbanowski, demandeur en cassation, avait été admis à prouver divers faits tendant à établir que Valdmann, défendeur éventuel, était resté obligé envers ledit Urbanowski au paiement d'une somme de 150.000 fr., malgré les termes d'une décharge définitive consentie par ce der-

nier audit Valdmann; - Attendu que des déclarations de l'arrêt attaqué il résulte qu'aucun des faits libellés n'a été suffisamment établi dans les enquêtes; - Que vainement il est allégué que l'arrêt attaqué aurait commis un excès de pouvoir et violé les lois de la matière en considérant que les dépositions de certains témoins ne pouvaient être opposées à Valdmann, parce qu'elles portaient sur des faits ou des propos qui lui étaient étrangers; - Que, d'une part les motifs d'une décision judiciaire ne sauraient légitimer un pourvoi; - Que, d'autre part, les motifs de l'arrêt attaqué n'indiquent pas que les juges du fond aient entendu poser une thèse de droit sur la manière d'apprécier les témoignages, et que les termes par eux employés ne sont point exclusifs d'une appréciation de fait qui restait dans les limites de leur pouvoir souverain;

Attendu que vainement encore on objecte que, d'après les constatations de l'arrêt, il y aurait eu obligation civile, et non pas seulement obligation naturelle de la part de Valdmann, de payer la dite somme de 150.000 fr.; - Qu'il appert, au contraire, de l'arrêt attaqué que la Cour d'Appel, appréciant les enquêtes dans leur ensemble, il n'y a point trouvé la preuve d'une obligation civile; - Que, dans ces circonstances, l'arrêt attaqué ne contient ni excès de pouvoir, ni violation des textes susrappelés - Rejette ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 1; § 3 *sub b* in fine; § 9 ad note 9 segg.; § 11 nota 22.

In una nota redazionale, che riassumiamo e che consigliamo di leggere, il Dalloz così commenta il caso. Dopo un richiamo ad altre sentenze (Cass. 24-9-1873; 26-1-1874 e Cour d'Aix 11-6-1872) che ammettono la validità dell'*engagement d'honneur* di pagare il residuo debito da concordato in caso di ritorno a buona fortuna, la nota critica il passo della sentenza della Corte di Lione, ove si dà rilievo al fatto che, contrariamente all'intento del promissario (Urbanowsky), il promittente (Valdmann) non aveva intenzione di contrarre un'obbligazione civile. E aggiunge: quando concorrono tutti i requisiti dell'art. 1108 c. civ francese (fra i quali è dubbio se la nota comprenda anche la *cause suffisante* ad escludere la forma della donazione), la convenzione deve produrre i suoi effetti civili *ordinari*. Questi saranno esclusi soltanto in base ad un ac-

cordo delle parti che vogliano produrre soltanto un debito naturale o sociale (v. il nostro vol. I § 1 nota in appendice e il caso *Rose and Frank v. Compton*). E la nota richiama altri autori sull'esigenza di questo intento *comune*, di non contrarre un vincolo giuridico, anche pel caso dell'*engagement d'honneur* nel concordato, se il debitore ritorna a miglior fortuna.

La prova di questo intento è a carico del promittente (v. la citata sentenza della Corte di Aix 11-6-1872 in caso analogo a quello *Urbanowsky*). La nota stessa non sembra distinguere fra il caso in cui l'*engagement* sia assunto contestualmente alla remissione, e il caso in cui esso sia assunto posteriormente. Essa, tuttavia, mette in rilievo la gravità del fallo di *Valdmann*, il grosso ammontare della somma da lui dovuta e la difficoltà di supporre che un creditore, in quelle circostanze, abbia definitivamente, di un tratto in penna, e senza condizione, rimesso il debito (il che sembra alludere all'ipotesi di una promessa di pagare a miglior fortuna, contestuale alla remissione e come condizione o limitazione di questa). L'esperienza di simili casi, frequenti nella pratica, aggiunge la nota, dimostra il contrario.

Secondo la nota, la Cassazione avrebbe confermato la sentenza della Corte di Lione, soprattutto in quanto questa aveva posto in evidenza il carattere vago delle espressioni usate da *Valdman*, contrapposto al carattere ben definito e incondizionato della remissione scritta, contro la quale si richiedevano delle prove più sicure. Vi sarebbe stata, cioè, più una *conferma* di un obbligo morale o naturale, che non la *promessa* o nuova obbligazione di pagare (su questo punto, oltre gli autori citati nella nota del *Daloz*, v. *PLANIOL, Traité pratique*, cit., vol. VIII, nn. 993-994; e il caso *Baratta Prada cr. Faccioli* in nota, nonchè *infra*, p. 609).

In relazione al caso *Urbanowsky* e alla relativa nota del *Daloz* proponiamo le seguenti questioni:

1°) E' esatto quanto dice il *Daloz* a proposito: del valore del « consenso » assistito dai requisiti dell'art. 1108 c. civ. francese; della irrilevanza dell'intento del solo promittente di non contrarre un vincolo giuridico; e dell'esigenza di una prova contraria a carico di costui circa l'intento *comune* in quel senso? Non deve ciò riferirsi soltanto ai contratti di scambio, ad altri contratti tipici e a quelli formali? v. vol. I, § 1, nota in appendice; § 24, nonchè il caso *Mulas*, *infra* riferito, nonchè *infra* parte II, cap. III, premessa n. 5.

2°) Sotto il profilo di che *sub* 1°, non devesi distinguere fra il caso in cui la promessa di pagare « in onore », ritornando il debitore a miglior fortuna, è contestuale alla remissione o condizione di questa, cioè in cui v'è scambio, e il caso in cui tale promessa sia posteriore, cioè fatta per una cau-

sa praeterita? La Corte di Lione e la stessa nota del Dalloz non confondono troppo questi due casi? Oppure la Corte di Lione fa presente espressamente che la prova, dedotta da Urbanowsky, sulla promessa *contestuale* è fallita?

3°) L'elemento dello scambio, specialmente fra valori o sacrifici patrimoniali, non può quanto meno servire, nell'interpretazione di promesse come quelle dei casi Urbanowsky e Coureau, a dare la preminenza, nel dubbio, al « ritorno a miglior fortuna » come condizione della promessa, rispetto al mero *honneur* o coscienza? In altri termini, quell'elemento di scambio non può servire come « *cause plausible* » per interpretare, nel senso di un intento giuridico, delle espressioni vaghe e indefinite?

4°) Pel caso Urbanowsky quale altra « *causa plausible* » si potrebbe trovare alla remissione dell'ingente debito, oltre quella menzionata dalla nota del Dalloz e tratta dall'esperienza?

5°) Che valore può avere, rispetto ai quesiti 2° e 3°, il noto principio che le rinuncie, specie se gravi, non si presumono? v. vol. I, § 38 *ad* nota 24.

6°) Come si risolverebbe il caso Urbanowsky nella *common law*? v. quesito 5° in nota al caso Coureau. A dimostrare che la *consideration* della remissione fatta da Urbanowsky era una promessa con intento giuridico, potrebbero valere gli argomenti di che sopra *sub* 2° e 3°?

R... cr. D.

Cour. de Douai, 6 agosto 1856. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1856, II, p. 295.
(la sentenza è riferita testualmente)

Des relations intimes s'étaient établies entre le sieur D..., adjudant sous-officier d'infanterie, et la demoiselle R..., fille d'un ancien officier et institutrice à Paris. La demoiselle R..., devenue deux fois mère, sur la foi, disait-elle, de promesses de mariage qui lui avait faites le sieur D..., chercha à se faire épouser par celui-ci. Le mariage fut un moment convenu, mais D... retira bientôt sa parole.

Alors la demoiselle R... le fit assigner devant la Tribunal de Saint-Omer en payment: 1°) de 1.200 de dommages-intérêts à raison du préjudice qu'il lui avait causé par l'inexécution des promesses de mariage à l'aide desquelles il l'avait abusée, et 2°) d'une pension de

600 fr. pour ses deux enfants, dont il s'était reconnu le père dans une longue correspondance, échangée entre les deux amants. Elle produisait, en effet, diverses lettres dans lesquelles on lisait les phrases suivantes: « Je te répète encore que c'est l'enfant qui nous unit et que, sans lui, il n'y a pas d'union possible. J'y tiens comme à la prune de mes yeux. Je t'aime cependant, eh bien! sans l'enfant je n'aurais pour toi que l'affection d'un ami dévoué; tous les sacrifices que tu ferais je t'en tiendrai compte, mais protège notre enfant, ne l'abandonne pas... Rassure-toi, Marie!... son père ne l'abandonnera pas ».

8 janvier 1856, jugement conçu en ces termes: « Considérant qu'une reconnaissance de paternité ne saurait être légalement constatée par lettres ou autres écrits non revêtus d'un caractère authentique; que si de pareils actes néanmoins peuvent servir à prouver l'existence d'une dette naturelle, ils ne peuvent évidemment donc donner matière à une action civile qu'autant qu'ils expriment une intention formelle de convertir cette dette en une obligation réelle et juridique; - Considérant que les documents produits au procès ne présentent ni l'expression d'une volonté manifeste de s'engager, ni le caractère d'une obligation civile; - Que la promesse de mariage invoquée par la demanderesse ne pourrait, en droit, donner lieu à des dommages-intérêts qu'autant qu'elle eût été la cause soit d'une séduction, soit de tout autre dommage réel, ce qui n'est nullement établi au procès, et ce que repoussent même les antécédents et toute la conduite de la fille R...;- Qu'à l'égard de la prétendue promesse d'aliments, outre qu'elle ne pourrait au plus s'appliquer qu'à l'un des enfants et resterait étrangère à la demanderesse, elle ne saurait évidemment rencontrer ni dans quelques expressions plus ou moins expansives d'intérêt, ni dans les quelques déclarations plus ou moins vagues de non abandon, signalées parmi les documents de la cause et qui ne précisent aucune pensée, n'impliquent aucune nécessité d'exécution; mais expriment au contraire la réserve persévérante d'une liberté entière d'action; - Qu'ainsi la demande de la fille R... n'est nullement justifiée; - Déboute la demanderesse de ses conclusions, etc. ».

Appel par la demoiselle R..., qui abandonne le chef de la de-

mande relatif à la séduction, et s'en tient à celui des aliments réclamés pour ses enfants.

ARRÊT

La Cour. — Adoptant les motifs, etc., met au néant, etc.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 1; § 3 *sub b*; § 11 nota 22.

Il caso in esame suppone, ovviamente, che non sia fondata un'azione di danni per seduzione e che (nel diritto francese) il mero riconoscimento scritto di paternità naturale non faccia sorgere l'obbligo degli alimenti verso il figlio.

Il Dalloz così redige la massima della sentenza: « *La reconnaissance d'une dette naturelle ne peut donner lieu à une action en justice, qu'autant qu'on y trouve exprimée l'intention formelle de convertir cette dette en obligation civile* (c. nap., art. 1235) ».

Che cosa significa *intention formelle de convertir une dette naturelle en obligation civile* o, come dice la sentenza, *réelle et juridique*?

Significa espressioni *formali* di contrarre un'obbligazione oppure espressioni *chiare* dell'intento di promettere sul piano giuridico? V. vol. I § 1 nota in appendice, nonchè § 28 nota 4 e *ad* nota 5 e § 31 *ad* note 2 e 3.

Si confronti il caso in esame coi casi italiani Vergara cr. Etruschi e Bosio cr. Cappelletti.

MULAS cr. TEDDE SERRA

Cass., 14 luglio 1952. — *Giur. it.*, 1953, I, I, 195.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Si deduce col primo mezzo che la Corte d'appello avrebbe errato qualificando contratto di deposito il rapporto in esame. Tale qualifica non reggerebbe ad avviso del ricorrente per un doppio ordine di ragioni. E cioè in primo luogo perchè la prestazione di esso Mulas sarebbe consistita unicamente in un atto di naturale e consueta cortesia, non configurabile come negozio giuridico in quanto non animato dalla volontà di farne discendere conseguenze di diritto; ed in secondo luogo perchè per quella prestazione, ristretta al compito di vigilare il giogo di buoi senza che ciò importasse la loro materiale

detenzione, sarebbe mancato il presupposto, ed anzi il fondamentale elemento costitutivo del contratto di deposito, ossia la tradizione della cosa. Al qual proposito si fa notare dal ricorrente che la consegna dei buoi non sarebbe stata possibile senza la concomitante consegna dei bollettini correlativi, prescritti dalla legislazione vigente in Sardegna per la repressione dell'abigeato (D. L. 8 agosto 1924, n. 1360). Si aggiunge infine che la Corte avrebbe quanto meno dovuto valutare con minor rigore la responsabilità di esso Mulas, attesa la gratuità della prestazione. E sulla base di tali considerazioni si denuncia la falsa applicazione degli artt. 1766, 1768 cod. civ.

Senonchè tutta questa costruzione non è aderente alla verità processuale insindacabilmente accertata dai giudici di appello. In tesi astratta è da convenirsi col ricorrente nella distinzione fra negozio giuridico e mero atto di cortesia improduttivo di effetti nel campo del diritto — sulla quale la giurisprudenza di questa Corte già ha avuto occasione di pronunciarsi — ed è del pari da condividere l'affermazione che il contratto di deposito non è perfetto se non colla tradizione della cosa (contratto reale), poichè ciò è insito nella stessa sua definizione data dall'art. 1766. Ma in concreto i giudici di appello hanno posto per fermo che il Tedde, dovendosi allontanare dalla fiera dove si trovava il giogo di buoi, affidò questi in custodia al Mulas, il quale accettò l'incarico di custodirli. E con ciò essi hanno stabilito due dati di fatto che fanno cadere le premesse su cui erano impostate le accennate proposizioni di diritto, perchè affidare in custodia cose situate in pubblico, da parte di chi deve lasciarle, significa proprio darle in consegna, ed assumere l'incarico della custodia, significa obbligarsi a custodire; nè si può pensare ad un'obbligazione di tale specie disgiunta dagli effetti giuridici, che le si connettono, anche se assunta senza un interesse proprio diretto od indiretto e col solo animo di far cosa grata. È poi patente l'inconsistenza dell'argomento tratto dalla legislazione speciale per la repressione dell'abigeato in Sardegna, la quale non reca nessuna innovazione nel diritto comune in ordine ai rapporti di carattere civilistico, avendo un ristretto contenuto di norme di polizia e di disposizioni sanzionatorie esclusivamente afferenti al campo penale.

Non meglio fondato si presenta infine il rilievo della gratuità del deposito e del minor rigore che essa postula nella valutazione della responsabilità per colpa, perchè l'art. 1768, su cui tale rilievo si fonda, pone un problema di mero apprezzamento nella cui soluzione è sovrano il giudice di merito». (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 1, specie la nota in appendice; § 14 *sub d*, specie *ad* note 10 e 14.

Si vedano nella nota redazionale della *Giurisprudenza ital.* le citazioni delle note di vari autori al presente caso.

1°) La Corte di Cassazione ha inteso escludere la validità di una promessa di ricevere in deposito, oppure si è riferita all'elemento reale soltanto per l'obbligazione di custodire la cosa ricevuta e per escludere, in questo caso, l'ammissibilità di un deposito di cortesia? V. vol. § 14 *sub d et e*, nonché la nota introduttiva al cap. IV, parte I, di questo vol. II.

2°) Nel caso di una promessa di ricevere in deposito come si può distinguere l'intento di contrarre un vincolo giuridico da quello di cortesia?

3°) Nel caso di un deposito con l'elemento reale della consegna, è ammessa la riserva del depositario espressa chiara e nota al deponente (c. d. intento comune) di non voler contrarre un vincolo giuridico, con la prova di tale intento a carico del depositario? V. anche quesito 1° in nota al caso Urbanowsky.

La motivazione della sentenza esclude di per se l'ammissibilità di quella riserva chiara e nota al deponente?

PERINO cr. RABEZZANA

Tribunale di Torino, 12 novembre 1947. — *Foro Padano*, 1948, 200.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« *Diritto (Omissis)*. — È pacifico in causa che il Perino ed il Rabezzana si erano accordati per compiere una gita e che il trasporto si svolgeva sul motofurgoncino che il Rabezzana aveva messo a disposizione degli amici per compiere la suddetta gita.

La questione della natura del rapporto intercorrente tra conducente del veicolo e passeggero in ipotesi del genere è stata lunga-

mente discussa dalla dottrina e dalla giurisprudenza sotto il codice del '65.

È noto come alcuni scrittori negassero carattere contrattuale al rapporto nascente dal trasporto a titolo gratuito, nel quale si comprendeva il trasporto così detto di mera cortesia, sotto il profilo che, disciplinando il codice il contratto di trasporto come specie di locazione d'opera, e cioè come contratto essenzialmente oneroso, non era possibile qualificare come contratto l'accordo nel quale non fosse dedotto un corrispettivo a favore del vettore.

Ma già allora si osservò come il fatto che fosse stato o meno dedotto un corrispettivo non potesse ritenersi essenziale al fine di escludere la contrattualità del vincolo esistente fra vettore e passeggero e fu richiamata la figura del contratto innominato applicabile all'ipotesi del contratto gratuito. Ma la disputa si riaccese violenta quando si trattò di classificare il trasporto di mera cortesia, in quanto da alcuni si sosteneva che esso non poteva costituire l'oggetto di un vincolo contrattuale, mancando nelle parti l'intenzione di obbligarsi, da altri invece veniva identificata la predetta ipotesi con quella del trasporto a titolo gratuito; nell'un caso e nell'altro infatti il trasporto costituiva l'oggetto, il punto di riferimento di un accordo di volontà, avente un oggetto qualsiasi purchè serio e lecito.

La grave questione, di notevole rilevanza pratica in tema di responsabilità del vettore per i danni al trasportato durante il viaggio, non può dirsi chiaramente risolta dal nuovo codice. (*Omissis*)

Occorre inoltre osservare che il codice civile si riferisce al contratto di trasporto a titolo gratuito, prevede, in altri termini, l'ipotesi in cui il vettore sia obbligato senza corrispettivo ad effettuare il trasporto rispondendo contrattualmente delle incolumità del passeggero, mentre il trasporto di mera cortesia non costituisce nè può costituire oggetto di vincolo contrattuale. Con la suddetta espressione ci si riferisce appunto a casi in cui tra il vettore e il passeggero non intercorre un rapporto obbligatorio; si tratta di ipotesi numerose e varie, ma la cui nota comune è data appunto dal fatto che il trasporto costituisce un mero atto che può avere conseguenze giuridiche ad

altri effetti, ma giammai a quello di derivare a chi l'assume vincoli e responsabilità di natura contrattuale.

Il contratto infatti è definito dal nuovo codice come accordo di volontà per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale. Non qualsiasi accordo di volontà quindi, purchè ver-tente su oggetto serio e lecito è sufficiente per dare vita al contratto, ossia un accordo volto a disciplinare rapporti che, per essere previsti dal diritto, si qualificano come giuridici.

È stato osservato come l'intento giuridico delle parti non possa dirsi essenziale al contratto ed in genere al negozio, perchè le parti quasi mai hanno presenti gli effetti giuridici dei loro atti. Deve però tenersi presente che il concetto di contratto è concetto giuridico, criterio cioè di qualificazione e di atti e di rapporti di cui è intessuta la realtà economico-sociale. L'accordo di volontà preesiste in tale realtà come incontro di consensi per disporre un determinato regolamento d'interessi, alla cui osservanza i soggetti dell'accordo si intendono vincolati.

Tale accordo allora si qualificherà giuridicamente come contratto; l'intento empirico di provvedere ad un dato regolamento d'interessi a contenuto patrimoniale si qualificherà come intenzione di modificare, costituire o estinguere un rapporto giuridico. Dove tale intento non sussista, l'accordo di volontà opererà su di un piano extra giuridico, disciplinato dalle norme del galateo o della morale o magari resterà affidato alla libera discrezionalità delle parti, ma non potrà mai costituire un contratto.

Dire quando sussista l'elemento intenzionale, che più sopra si è cercato di chiarire, costituirà un'indagine di fatto, da compiersi caso per caso, ricercando quella comune intenzione delle parti cui accenna in sede di interpretazione del contratto l'art. 1362 c. c.; ed anzi tutto si dovrà accertare se tale comune intenzione sia giuridicamente rilevante per essere diretta a costituire tra le parti una disciplina vincolante dei loro rapporti».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 1, specie nota in appendice; § 14 nota 1 e *sub d*; nonchè la nota introduttiva al cap. IV e i casi francesi sul trasporto gratuito e di cortesia ivi riferiti.

La questione insorta, ovviamente, concerneva l'ammissibilità di una responsabilità contrattuale, invece che aquiliana.

1°) La sentenza, per stabilire se trattasi di un contratto (innominato) come vincolo giuridico, adotta un criterio oggettivo, oppure il criterio soggettivo dell'intento dei contraenti come materia d'interpretazione o *quæstio facti*? Come si concilia la parte finale della sentenza, quando allude a tale ultimo criterio e nello stesso tempo a quello che l'intento sia « giuridicamente rilevante »? Vuole con questa frase alludere al requisito che l'accordo deve concernere « rapporti che, per essere previsti (anche genericamente come innominati) dal diritto, si qualificano come giuridici »? V. anche *infra* quesito 3° sulla « patrimonialità ».

2°) In relazione anche al 1° quesito, che valore ha l'osservazione della sentenza che « l'intento giuridico non è essenziale al contratto, in quanto le parti quasi mai hanno presenti gli affetti giuridici dei loro atti »?

3°) Che valore hanno il richiamo della sentenza alla definizione del contratto (art. 1321 c. civ.) e la conseguente osservazione che l'intento rilevante è quello « empirico di procedere ad un *dato* regolamento d'interessi a contenuto *patrimoniale* »? E' necessario che tali interessi abbiano carattere patrimoniale o un dato carattere tipico (c. d. tipicità sociale v. § 19 *ad* nota 3), oppure il carattere patrimoniale concerne soltanto la possibilità della sanzione e, nel caso di un contratto di scambio, la presunzione di un intento giuridico? V. anche vol. I § 20 e § 21 specie *ad* note 19 segg. e nota 21.

X. cr. Y.

Cour de Rouen, 17 novembre 1932. — *Recueil Rouen*, 1933, 46;
Revue Trim. de droit civil, 1933, 875.

Non essendo riusciti a procurarci la rivista *Rec. Rouen*, non conosciamo il nome delle parti, che abbiamo chiamate *x* e *y*; e abbiamo dovuto desumere il fatto e la motivazione della sentenza dal riassunto datone nella *Revue Trim.*

Due minori si accordano, a quanto pare, per fare una gita al villaggio A. L'uno, proprietario di una motocicletta, e avente il per-

messo di guida, presterà la motocicletta alla condizione che l'altro, che non ha il permesso di guida, lo conduca al villaggio A e gli offra ivi un pranzo. Il proprietario, che si trova così sul sedile posteriore, trova la morte in un incidente. Gli interessati al risarcimento dei danni per tale decesso chiamano in giudizio il guidatore, ma non danno la prova della colpa di quest'ultimo. Azione fondata, dunque, o sulla presunzione dell'art. 1384 c. civ. francese o sulla responsabilità contrattuale.

La Corte di Rouen ha ritenuto che, se la vittima era trasportata gratuitamente, il guidatore non era responsabile, salvo ne fosse provata la colpa. Ma essa aggiunge inoltre:

« Que le motocyclette, que montait le conducteur au moment de l'accident, appartenait à la victime, qui en avait conservé la garde, ayant pris place sur le siège arrière, et confié au conducteur le soin de conduire. Cette obligation de garde lui incombait, d'autant mieux que, seul titulaire du permis de conduire, sa présence était indispensable... ».

Quanto alla natura dell'accordo e così dell'azione contrattuale, la Corte ne dice:

« Des arrangements de cette nature *entre mineurs liés d'amitié* ne sauraient revêtir un caractère juridique étant dépourvus dans l'*intention* des parties de toute valeur obligatoire ».

Su quest'ultimo punto la nota della *Revue Trim*, così commenta il caso:

« Ceci touche à un point *rarement* examiné dans la doctrine française (Voy. Demogue, *Traité des oblig.* 1923, II, n. 564), celui des ententes qui sont sans valeur juridique comme ne constituant que des relations mondaines. Déjà ceci avait été admis pour un pur engagement unilatéral. La Cour étend cette solution à une entente où chacun promettait quelque chose; ce qui est plus audacieux. Le fait qu'il s'agissait des mineurs, n'était pas décisif, car le mineur, qui n'est pas lésé, passe un contrat valable, s'il ne s'agit pas d'un contrat exigeant des formes spéciales ».

AMOS e WALTON, *Introduction to French Law*, Oxford, 1935, § 57,

così commentano questo caso: «La definizione del contratto, data dal codice francese, contiene una grave omissione. Il promittente deve avere l'intento di diventare un debitore, cioè di conferire all'altra parte il diritto di pretendere in via giuridica (*to claim by law*) che esso promittente esegua la prestazione promessa. Un accordo, per quanto formale nell'apparenza, non diventa un contratto, se esso non si riferisce, per usare l'espressione corrente, a qualche materia di interesse giuridico (*of juridical interest*). L'accettazione di un invito a pranzo e simili non dà luogo ad azione, anche se ne derivano danni perchè l'invitato non è venuto. Non v'era un contratto in senso giuridico, perchè non v'era alcun intento di creare un diritto (*to create a legal right*). Non si trattava di un *acte juridique*». E qui Amos e Walton citano: POTHIER (v. il nostro vol. I §5 *sub b*); JOSSERAND, I, § 120 e DEMOGUE, II, n. 564.

NOTA E QUESTIONARIO.

La questione dell'intento giuridico e dei rapporti sociali o di cortesia, si complica qui per l'intervento della reciprocità delle prestazioni: l'una parte prestava la motocicletta e probabilmente la benzina; l'altra prestava l'opera di guidatore e un pranzo.

Tale reciprocità non è di per sè indice assoluto di intento giuridico, specie quando si tratti di contratti *innominati*, con prestazioni di fare che si avvicinano a rapporti usualmente di carattere mondano (v. vol. I § 14 *sub b*, specie nota 3 *b* e *sub c*).

Per sè, le due prestazioni, specie se in rapporto di scambio, potrebbero essere l'oggetto anche di una promessa fatta con intento di contrarre un vincolo giuridico. Ma le circostanze e l'ambito usuale del rapporto potrebbero dimostrare il contrario (v. vol. I § 14 nota 2). V. anche *infra* parte II cap. III e casi ivi citt., nonchè i casi Medici del Vascello e Bolton v. Madden.

1° Se le circostanze o il caso in genere sono dubbi, dovrà il promittente provare che non aveva l'intento giuridico e che tale riserva era nota all'altra parte (c. d. comune intento), oppure dovrà il promissario provare che v'era tale comune intento? V. vol. I § 1 nota in appendice.

2° Il fatto che il guidatore riceveva in cambio l'uso della motocicletta e la benzina può, quanto meno, valere a costituire un trasporto interessato e a fare così presumere l'intento giuridico (per l'azione contrat-

tuale) o a rendere applicabile la presunzione di colpa *ex art.* 1384 c. civ. francese? V. nota introduttiva al precedente capitolo e nota al caso Gasse.

3°) Quanto all'obbligo del proprietario della moto di prestare una motocicletta senza difetti (se la questione fosse insorta su questo punto), la controprestazione dell'opera di guidatore e del pranzo poteva valere a risolvere i problemi di cui sub 1° e 2°? Tale questione nel diritto italiano potrebbe risolversi in base all'art. 2051 c. i.?

4°) Si poteva arrivare ad una attenuazione della responsabilità o della misura di diligenza richiesta da ciascuna parte, in considerazione dell'ipotetico carattere di cortesia del rapporto? V. vol. I § 14 *sub e* e § 20 *sub b*, nonché la nota introduttiva al prec. capitolo *sub b et c.*

5°) La questione era insorta a proposito di una cattiva esecuzione (*misfeasance*) del trasporto (v. vol. I § 14 nota 11 e *sub e*). Ma che dire, qualora si fosse trattato di un accordo da eseguire l'indomani, e l'una parte si fosse rifiutata di prestare la moto e la benzina, o l'altra di prestare la sua opera di guidatore e il pranzo?

6°) Quanto alla *common law*, ciascuna prestazione o obbligazione poteva costituire la *consideration* per l'altra parte, sia quanto alla *misfeasance* che quanto alla *non feasance*? V. infra parte II, cap. III. In caso affermativo, si doveva necessariamente concludere per l'intento giuridico? Vi poteva, comunque, esser una responsabilità per l'*assumpsit*? V. vol. I § 26, § 31 specie *ad* nota 7 e § 27 specie *ad* nota 12.

MEDICI DEL VASCELLO cr. ROSSI

Trib. Firenze, 1 aprile 1947. — *Foro it.*, 1947, 952.

Traiamo il contenuto della sentenza dalla nota redazionale del *Foro it.*, *loc. cit.*, la quale così espone il caso:

« Alcuni artisti stabiliscono di fondare a Firenze un gruppo, denominato "Il Branco" allo scopo di far mostre e propaganda delle loro opere in comune. Essi, pur mantenendo la loro libertà di far mostre personali o di esporre in grandi manifestazioni nazionali ed internazionali, si impegnano a non aderire e non partecipare singolarmente a manifestazioni di altri gruppi. Vengono organizzate alcune mostre, ma dopo qualche tempo uno degli artisti si duole che alcuni degli aderenti sabotino l'accordo prendendo altre iniziative,

svalutando quelle altrui e non intervenendo al consueto luogo di ritrovo e cercando, anzi, di tagliarlo fuori dalla loro attività. Conviene, quindi, in giudizio gli altri per ottenere il risarcimento dei danni che assume essergli derivati dal loro comportamento.

Quindi il Tribunale passa ad esaminare la natura giuridica del negozio. Ed esclude che esso configuri una società semplice (come sostiene l'attore), perchè manca lo scopo di dividere gli utili, in quanto il ricavato delle opere vendute sarebbe rimasto a vantaggio dei rispettivi autori. Nega altresì che si tratti di un comitato, perchè questo è essenzialmente rivolto all'organizzazione di manifestazioni nell'interesse del pubblico, non nell'interesse degli aderenti. Conclude, quindi, con il riconoscere al negozio la natura di un contratto atipico o innominato.

Un ulteriore punto si è presentato, poi, al giudizio del Tribunale. I convenuti hanno negato il carattere obbligatorio del vincolo sorto tra le parti. Il Collegio ha in contrario ritenuto che, in conformità all'articolo 1174 cod. civ., le prestazioni considerate corrispondono ad un interesse (il quale può anche avere carattere non patrimoniale) delle parti e che esse sono suscettibili di valutazione economica.

Infine, i convenuti hanno opposto la nullità della convenzione perchè violatrice del diritto personalissimo dell'inedito, riconosciuto agli autori di opere dell'ingegno dall'art. 2577 cod. civ. e dall'art. 12 della legge sul diritto di autore. Ma il Tribunale ha rilevato che il negozio non tocca affatto questo diritto, perchè nessun obbligo esso fa ai sette artisti di esporre opere che essi preferiscano, invece, distruggere o comunque non pubblicare. Gli obblighi assunti si riferiscono, invece, ad un momento successivo alla creazione dell'opera ed al diritto di inedito, al momento, cioè, della utilizzazione economica del prodotto dell'ingegno.

E i diritti di carattere patrimoniale spettanti all'autore di un'opera dell'ingegno possono essere alienati o trasmessi in tutte le forme consentite (art. 107 legge sul diritto di autore). Tra questi diritti la legge numera esplicitamente il diritto di mettere in commercio, cioè

di porre in circolazione a scopo di lucro l'opera d'arte. E questo diritto ha formato oggetto appunto della pattuizione tra le parti».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 1 nota in appendice; § 14 specie nota 3 e *sub c*; § 19 *sub b* 2°, e *ad* nota 21 e § 20 *sub a* e nota finale.

La parte della sentenza che ci interessa è quella concernente il carattere giuridico dell'accordo. Si tratta, come nel caso precedente *x cr. y*, di un accordo per prestazioni reciproche, e di carattere innominato.

La sentenza, per risolvere il problema, ha argomentato dell'art. 1174 c. civ. ital. (v. anche il caso Perino-Rabazzana).

1°) L'esistenza di un interesse (quale?) del promissario e il carattere di suscettibilità di valutazione economica nella prestazione possono valere come criteri *oggettivi* per dedurre il carattere giuridico dell'accordo? o, almeno, per dedurre o per presumere l'intento giuridico delle parti? V. vol. I § 1 nota in appendice; § 20 *sub a* specie nota 3 e nota finale allo stesso §; nonchè § 19 *sub b*, 2°; § 14 specie nota 3 e *sub c*.

2°) La possibilità di applicare una sanzione patrimoniale all'obbligazione oggetto della promessa può valere a costituire il criterio oggettivo di che *sub* 1° ai fini ivi indicati? V. luoghi citati del vol. I.

3°) Se l'accordo non si dovesse considerare come accordo in senso giuridico (contratto), si potrebbe riconoscere all'attore il diritto al risarcimento dei danni o di certi danni, su un fondamento diverso da quello strettamente contrattuale?

NOTA FINALE AL CAP. V.

Il lettore vorrà riflettere sui casi riferiti in questo capitolo, su alcuni di quelli riferiti nel capitolo precedente e su quelli di *common law* concernenti lo stesso problema (v. *infra* parte II, cap. III), quello del cosiddetto intento giuridico, in relazione a quanto se ne è detto al vol. I § 1 nota in appendice. Il lettore, che si sarà reso conto della somma delicatezza del problema, uno dei più delicati in tema di contratto, vorrà rispondere ai seguenti quesiti:

1°) Esistono sempre dei criteri *oggettivi* per stabilire il carattere giuridico di una promessa, sicchè il c. d. intento giuridico non abbia alcun rilievo? oppure quei criteri, quando esistono, creano soltanto una presunzione o un particolare onere di prova, mentre in altri casi i criteri non esistono, sicchè in definitiva il c. d. intento di contrarre un vincolo sul piano giuridico è un elemento rilevante pel contratto?

2°) I casi in cui una parte è giuridicamente obbligata a tenere un certo contegno, nonostante la mancanza di quell'intento, si spiegano necessariamente con quei criteri oggettivi o cioè con l'irrilevanza dell'intento stesso?

3°) In quale rapporto stanno fra loro, rispetto al problema dell'intento giuridico, i casi riferiti nel presente capitolo? Tale problema, cioè, vi presenta per tutti questi casi allo stesso modo o con gli stessi caratteri?

CAPITOLO VI
SUL PROBLEMA CONSIDERATO NEL VOL. I § 23

PEYBERNÉS cr. MOULIS

Cass., Ch. Req., 9 décembre 1913. — *Daloz, Rec. Pér.*, 1919, I, 29.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse (Chambre civile MM Ramet, pr. Escaré, sublt.), en date du 25 novembre 1911:

Attendu, en droit, que les conventions constatées par acte authentique ne peuvent être attaquées, en dehors du cas de dol ou de fraude, que pour cause de simulation par les parties contractantes ou par leurs héritiers; - Que, cependant, en dehors des cas de fraude à la loi, la simulation ne peut être établie par témoins ou à l'aide de présomptions qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit; Attendu, en fait, que le 24 novembre 1908, suivant acte passé devant Maître Joly, notaire à Foix, la Dame Veuve Balansa, âgée de 93 ans, a vendu aux époux Peybernès tous les immeubles lui appartenant moyennant le prix de 2700 francs, dont 1700 francs ont été stipulés payés comptant à la vue du notaire et les 1000 francs de surplus convertis en l'obligations par les acquéreurs de loger, nourrir, soigner la venderesse sa vie durant; que cette dernière est décédée après la vente en laissant pour seule enfant et unique héritière de droit la Dame Moulis, qui a demandé la nullité du contrat précité pour cause de simulation et comme reçu par un notaire ayant un intérêt personnel à recevoir.

Sur le premier moyen: Attendu, d'abord, en ce qui concerne la prestation en nature, qu'elle ne saurait être considérée comme prix déterminé dans le sens de l'article 1591 du Code civil, qui, étant

donné l'âge et la maladie de la Dame Balansa à cette obligation, était dérisoire et ne représentait pas un prix sérieux et réel; - Attendu, en ce qui touche le surplus du prix, qu'aux termes des documents produits à l'audience et qui ont fait l'objet d'un débat contradictoire, sa numération n'a pu être qu'un simulacre; (*Omissis*)

Qu'enfin, il n'apparaît pas que le contrat soit intervenu dans le but de réaliser une libéralité, la Dame Balansa ayant déclaré le matin même de la vente qu'elle ne voulait ni vendre ni donner ce qu'elle possédait, et les dispositions de l'acte apparaissant plutôt comme irraisonnées et de pur caprice de la part d'une femme dont les facultés étaient affaiblies par l'âge; - Attendu que de toutes ces circonstances résulte la réunion la plus complète de présomptions graves, précises et concordantes établissant qu'en réalité la Dame Balansa n'a pas reçu la somme prétendument comptée; - Que, par suite, le contrat de vente est entaché de simulation.

Sur le second moyen de nullité, tiré de l'intérêt que le notaire rédacteur de l'acte de vente pouvait avoir à ce contrat: Attendu que les motifs qui précèdent rendent superflu l'examen de ce second moyen; - Qu'au surplus, Maître Joly, notaire, n'ayant pas été mis en cause, la cour ne peut statuer à cet égard.

Par ces motifs: Réformant le jugement rendu par le tribunal civil de Foix, le 27 juillet 1910, déclare nul et de nul effet l'acte de vente du 24 novembre 1908, par lequel la Dame Balansa avait vendu ses biens aux époux Peybernès; dit qu'il ne constitue pas une vente sérieuse, le prix n'ayant pas profité à la venderesse et la numération des 1700 francs stipulés payés comptant n'ayant été qu'un simulacre; dit, en conséquence, que les époux Peybernès seront tenus de remettre aux époux Moulis la possession des immeubles vendus en défaut.

Pourvoi en cassation par les époux Peybernès pour violation des articles 1108, 1109, 1134, 1319, 1347, 1582, 1591, 1964, 1968 du Code civil, de l'article 894 du même Code et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, en ce que, d'une part, l'arrêt attaqué a décidé, sur le fondement d'un prétendu commencement de preuve par écrit et de présomptions et en l'absence de toute inscription de faux, que le verse-

ment d'une somme de 1700 francs sur un prix de vente, déclarée par le notaire rédacteur de l'acte avoir été comptée sous ses yeux, et dont la venderesse, reconnaissant ce versement, donnait d'ailleurs bonne et valable quittance, n'avait pas été effectuée, de sorte que l'arrêt a écarté comme mensongère ou non probante la certification par le notaire, d'un fait matériel qui s'est passé sous ses yeux; et en ce que, d'autre part, l'arrêt a refusé de qualifier de libéralité déguisée l'acte de vente qui lui paraissait, quant au paiement du prix, entaché de simulation et en a prononcé la nullité sans le déclarer vicié par l'erreur, la violence ou le dol.

Arrêt.

La Cour, Sur le moyen unique, pris de la violation des articles 1108, 1109, 1134, 1319, 1349, 1582, 1591, 1964, 1968 du Code civil, de l'article 894 du même Code, et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810;

Attendu que si l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de la réalité des faits qui ont été accomplis par l'officier public ou qui se sont passés en sa présence, il n'en est plus de même lorsque cet acte est attaqué comme simulé; Que la simulation produit sur les actes authentiques les mêmes effets que la fraude, et que notamment la constatation dans un acte, passé sous forme de vente, d'une numération d'espèces à la vue du notaire n'empêche pas les parties d'établir, par les moyens ordinaires de preuve, que l'acte n'avait pas le caractère d'une vente et que la numération d'espèces, même matériellement effectuée, n'a été qu'un procédé employé pour faire fraude à la Loi; - Attendu qu'il est constaté, en fait, par l'arrêt attaqué que, lorsque, le 24 novembre 1908, la Dame Balansa a déclaré vendre aux époux Peybernès tous les immeuble qu'elle possédait à Vernajoul, moyennant le prix de 2700 francs, dont 1700 francs comptés à la vue du notaire, la numération des espèces n'avait été qu'un simulacre et que la venderesse n'avait pas reçu la somme prétendument comptée; - Que la Cour de Toulouse a tiré cette conclusion d'un procès-verbal de gendarmerie signé par les époux Peybernès, contenant de leur part des déclarations mensongères et contradictoires, et d'une sé-

rie de présomptions dont elle appréciait souverainement la gravité; Qu'elle a pu, dans ces conditions, et sans avoir à démontrer que le consentement de la Dame Balansa avait été surpris par erreur, violence ou dol, considérer l'acte comme fictif et en prononcer l'annulation; Attendu que vainement le pourvoi essaie de soutenir que l'acte vaudrait, tout au moins, comme donation déguisée; - Qu'une libéralité n'existe qu'autant qu'on rencontre chez le donateur l'intention de gratifier, que seuls les juges du fond peuvent constater, et qu'à cet égard encore l'arrêt déclare que la Dame Balansa n'a voulu ni vendre ni donner ce qu'elle possédait; - Que cette seconde branche du moyen manque en fait.

Par ces motifs: Rejette ».

Il Dalloz, *loc. cit.*, così redige la massima di questa sentenza:

Une vente entachée de simulation quant au paiement du prix ne peut pas valoir comme donation déguisée si les juges ne constatent pas chez le donateur l'intention de donner (Code civ, article 931);

L'obligation prise par les acquéreurs d'un immeuble de loger, nourrir et soigner la venderesse sa vie durant ne peut pas être considérée comme un prix sérieux et réel, et, par suite, le contrat est nul, alors que la venderesse, âgée de 90 ans et malade lors du contrat, est morte dix jours après (rés. par la cour d'appel, Code civil, article 1591, 1975).

BLIN cr. HENRY

Cass., Ch. Req., 10 fevrier 1925. — *Sirev*, 1925, I, 80.
(la sentenza è riferita testualmente)

La Cour. — Sur l'unique moyen du pourvoi, pris de la violation du principe de la liberté des conventions, des articles 1101 et suivants, 1134, 1135 et suivants, du Code civil, méconnaissance des règles qui président à la validité des contrats aléatoires, violation des articles 1954 et suivants, 1968, 1976 et suivants, du Code civil, fausse application des règles relatives à la nullité ou à la résiliation des contrats, notamment des articles 1582, et suivants, 1591, 1634 et suivants, 1674

et suivants, du Code civil, comme aussi violation de la règle spéciale: «specialia generalibus derogant», et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut et contradiction de motifs et manque de base légale. Attendu, en droit, que le prix est un des éléments essentiels et constitutifs du contrat de vente, et qu'en fait, il appartient aux tribunaux de considérer la vente comme manquant en réalité de prix, lorsque, suivant leur appréciation, le revenu de la chose vendue est supérieur à la somme nécessaire pour l'exécution des engagements contractuels envers le vendeur, sans que l'acheteur ait aucun risque de perte à courir, ni aucun sacrifice à faire de ses propres deniers; - Attendu qu'il est déclaré par l'arrêt attaqué que la rente viagère de 450 francs, constituant dans l'acte du 5 février 1917, le prix de la vente d'un immeuble consentie par la Dame Fayollat à la Dame Blin, était inférieure à l'intérêt de la valeur de l'immeuble au moment de la vente, valeur fixée par la Cour d'appel à 1.175 francs; - Attendu qu'une telle appréciation des faits et circonstances de la cause est souveraine; que l'annulation de la vente pour défaut de prix se trouve en conséquence justifiée; - D'où il suit que le moyen n'est pas fondé.

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 21 décembre 1922, etc.

NOTA E QUESTIONARIO comuni ai casi Peybernès e Blin. - V. vol. I, § 23 e § 10, nota 3).

Per la giurisprudenza più recente sulla questione, v. PLANIOL, *Traité pratique, cit.*, (XI ediz.), n. 1228, p. 582 note 1 a 3.

Una nota di H. L. nel DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1919, *loc. cit.*, così commenta il caso Peybernès:

« Il est constant notamment que la vente faite à vil prix, alors qu'il n'y a pas eu intention de donner, peut être déclarée nulle (seguono citazioni di autori e sentenze).

L'arrêt de la Cour de Toulouse contre lequel, dans l'espèce ci-dessus, pourvoi était formé, considère comme une vente le contrat par lequel une personne cède son immeuble à charge par le cessionnaire de la loger, nourrir et soigner tant en santé qu'en maladie jusqu'à la fin de ses jours; et, partant de cette conception, l'arrêt annule le contrat par application de l'article 1591 du Code civil pour défaut de prix ou vil prix quand le

vendeur est mort, quelques jours après le contrat, d'une maladie dont il était déjà atteint le jour du contrat. La Cour décide comme s' il s'agissait d'une vente moyennant une rente viagère dont les arrérages sont inférieurs aux revenus de la chose vendue (seguono citazioni di autori e sentenze).

Mais, en qualifiant vente le contrat litigieux, la Cour de Toulouse paraît avoir commis une erreur, d'ailleurs fréquente en jurisprudence (seguono citazioni di sentenze).

En effet, des prestations en nature à fournir par l'acquéreur d'un immeuble ne peuvent pas, même quand l'âge ou la maladie du cédant ne les rendent pas illusoires, constituer un prix de vente, celui-ci devant consister en argent ou tout au moins en denrées cotées aux mercuriales (seguono citazioni di sentenze e autori).

Le contrat litigieux n'est donc pas une vente régie par les articles 1582 et suivants du Code civil, mais un contrat du type *do ut facias*, qui est dénommé bail à nourriture et qui, à défaut de règles spéciales, est assujetti au droit commun des contrats (seguono citazioni di autori e sentenze).

Or, ce contrat, qui est aléatoire en raison de l'incertitude qui affecte le temps durant lequel l'acquéreur de l'immeuble devra loger, nourrir et entretenir le cédant, est nul pour défaut de cause si l'aléa fait défaut, par exemple parce que la personne à loger, nourrir et soigner est si malade lors du contrat qu'elle soit vouée à une mort prochaine (seguono citazioni di autori e sentenze).

Tel était le cas dans l'espèce ci-dessus.

Le contrat était donc nul, beaucoup moins, ainsi que l'a décidé la Cour de Toulouse, comme fait en violation de l'article 1591 du Code civil que pour défaut d'aléa.

Les motifs donnés par la Cour de Toulouse pour justifier la nullité du contrat ne semblent donc pas pouvoir être admis sans réserve ».

Lo stesso lettore può rendersi conto del come questi due casi, e specialmente il caso Peybernès, confermino le osservazioni fatte nel vol. I, § 23, alla cui lettura rinviamo.

Qualche chiarimento merita tuttavia la sentenza del caso Peybernès. Essa decide sulla base dell'art. 1591 cod. civ. francese, come nel caso Blin, piuttosto che sulla base dell'art. 1975 (presunzione *ex lege* di mancanza d'alea). Per la mancanza d'alea o il *difetto di causa* (intendi, difetto di una controprestazione, anche di carattere aleatorio) stanno invece la nota surriferita e il caso VIDAL cr. EPOUX BARRIÉ, Trib. de la Seine, 2 mars 1898, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1901, II, 145, In questo caso si è deciso che il *bail à nourriture* è un contratto aleatorio oneroso, distinto dalla rendita vitalizia con-

siderata nell'art. 1975; ma che, tuttavia, questo articolo, non essendo che l'applicazione dell'art. 1131 *sur la cause*, regola anche il *bail à nourriture*, allorchè il creditore degli alimenti muore nei venti giorni dal contratto per malattia grave già esistente al momento di questo (una nota del Dalloz al caso Vidal ne dice che, trattandosi di *obligation de faire et non de donner*, si deve apprezzare liberamente, secondo le circostanze, se manchi l'alea).

Senonchè, quando si prescinda dalla presunzione dell'art. 1975, non sembra che manchi in modo assoluto l'alea: vi sarà magari un prezzo o controprestazione vile, ma sempre una controprestazione; così hanno ritenuto anche alcuni autori francesi (v. anche vol. I, § 23, nota 2).

Sorge allora il dubbio se vi sia una volontà *irraisonnée*, come dice la Corte di Tolosa nel caso Peybernès, cioè una volontà non ponderata, non sciente e cosciente degli effetti pratici dell'atto, oppure l'intento di fare una donazione, (più o meno *déguisée*: v. la nota al successivo caso Christiano *cr.* Raffat). Nel dubbio, secondo risulta dalla sentenza, la prova di quest'ultimo intento deve essere data dall'acquirente (la sentenza del caso Blin non si pone nemmeno quell'alternativa).

Tuttavia una volontà *irraisonnée* non è una volontà viziata da dolo, violenza o errore; sicchè, salvo il caso di lesione enorme, essa non dovrebbe dar luogo ad annullamento e tanto meno a nullità. Ma la sentenza del caso Peybernès, impressionata dalle circostanze che facevano presumere una frode o una captazione, per superare il cennato ostacolo, è ricorsa all'idea di una mancanza di prezzo, o, secondo altri, di *cause (raisonnable, plausible, suffisante?)* o di alea.

Si noti che la questione non era quella della *cause suffisante* necessaria ad escludere l'esigenza dell'atto pubblico nelle donazioni (v. vol. I § 10); e ciò perchè l'atto pubblico sussisteva (pare, anche nel caso Blin).

Questionario:

1°) Se i giudici, nei due casi surriferiti, si fossero convinti che non v'era stata una volontà *irraisonnée*, cioè che il cedente era pienamente sciente e cosciente delle conseguenze dell'atto e della grande probabilità che esso implicasse una donazione (*sub modo*), avrebbero essi ugualmente dichiarato nullo l'atto?

2°) Si può conciliare l'affermazione, da parte della Corte di Tolosa, nel caso Peybernès, di una volontà *irraisonnée*, con quella della simulazione, pure fatta dalla Corte stessa?

3°) Quanto alla volontà *irraisonnée, non plausible* etc., si confrontino

i due casi surriferiti coi casi Feraud cr. Campiglia e Dutiron cr. Paternelle di che *infra*.

3 bis) Si esaminino i due casi Blin e Peybernès alla luce degli articoli del cod. civ. francese citati nei rispettivi ricorsi per cassazione.

4°) Come si risolverebbero i casi Peybernès e Blin o simili nel diritto italiano? (V. anche nota al caso Christiano, quesito 1°).

5°) *Quid* nella *common law*? V. vol. I, § 32 *sub b*, e nonchè § 30 nota 13 e § 23. Si noti che, se v'è un rimedio, il contratto è annullabile (*avoidable*), non nullo (*void*). Si veda anche il caso Embola v. Tuppela nella parte II del presente volume.

CHRISTIANO cr. VEUVE RAFFAT

Cass., civ., 3 décembre 1912. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1913, I, 175.
(la sentenza è riferita testualmente)

« *La Cour*, Sur le moyen unique du pourvoi: Vu l'article 931 du Code civil; Attendu, d'une part, que les libéralités, faites sous le voile d'actes à titre onéreux, sont valables en la forme lorsqu'elles réunissent les conditions requises pour la constitution des actes dont elles empruntent l'apparence; et que, d'autre part, elles demeurent assujetties, quant au fond, aux seules règles qui sont propres aux actes à titre gratuit; qu'ainsi, à raison de leur caractère de contrat de bienfaisance, elles peuvent valablement assurer un avantage à l'une des parties, indépendamment de toute prestation de la part de celle-ci; que, par suite, lorsqu'elles prennent la forme d'une vente, elles ne sauraient être déclarées nulles pour le motif que le prix serait fictif, et notamment quand ce prix consiste en une rente viagère, par le motif que celle-ci ne comporterait, en réalité, aucune chance aleatoire au profit du donateur; - Attendu que les qualités de l'arrêt attaqué (Alger, 6 décembre 1904) constatent que, par acte du 11 septembre 1899, passé devant le greffier de la justice de paix de Souk-Ahras, désigné par ordonnance du procureur de la République, pour exercer les fonctions de notaire en remplacement du titulaire unique, qui était décédé, la veuve Trouque a vendu au sieur Christiano tous ses biens moyennant une rente viagère de 3,000 francs par an et diverses

autres charges; - Attendu que l'arrêt attaqué déclare, par application de l'article 56 de l'arrête ministériel du 30 decembre 1842, que le greffier avait la compétence nécessaire pour dresser le dit acte, mais que n'en fût-il pas ainsi, celui-ci, signé des deux parties, n'en vaudrait pas moins comme écriture privée, en vertu de l'article 1318 du Code civil; D'où il résulte qu'en toute hypothèse, il réunirait les conditions de forme, qui établiraient sa validité comme contrat à titre onéreux; - Attendu, toutefois, que l'arrêt énonce que l'intention de la dame Treuque de faire une libéralité à Christiano ressort de la modicité des charges qu'elle lui imposait, en retour des engagements qu'elle contractait envers lui, et du testament qu'elle faisait en sa faveur, le même jour, 11 septembre 1899; - Attendu qu'il suit de cette constatation souveraine que l'acte litigieux constituait non une vente, dont l'existence eût été subordonnée à la stipulation d'un prix sérieux, mais une donation déguisée; - Attendu, cependant, que l'arrêté ajoute qu'à raison de l'âge très avancé de la crédièntière et des conditions de la vente consentie par elle, elle ne pouvait que perdre, alors que son acquéreur ne pouvait que gagner au contrat intervenu entre eux; et qu'il annulle, en conséquence, l'acte du 11 septembre 1899, en tant que vente, parce qu'il est dépourvu de l'aléa, qui est de l'essence de la constitution de rente viagère à titre onéreux, et, en tant que donation, parce qu'il n'est pas revêtu des formes de l'article 931 du Code civil; - Attendu qu'en statuant ainsi la Cour d'Alger a fausement appliqué, et, par suite, violé le dit article.

Par ces motifs: Casse, ... et renvoie devant la Cour d'Aix ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I, § 23 e § 38 *sub d.*

Nei due casi precedenti, Peybernès e Blin, e in altri simili, la questione non era stata esaminata sotto il profilo della validità di una donazione dissimulata, nonostante il difetto dell'atto pubblico (sussistente in quei casi).

Una nota del Dalloz, al caso Christiano, in *Rec. Pér.*, 1913, *loc. cit.*, osserva che la questione, sotto quel profilo, è discussa. Ma sembra prevalere recentemente una tesi contraria a quella della Cassazione nel caso Christiano (e conforme alla sentenza impugnata), allorchè la rendita è

inferiore o uguale al reddito dell'immobile. E ciò in conformità alla tesi, pur dominante, pel caso di donazione dissimulata sotto una vendita: « *Lorsque, dans la vente qui déguise la donation, aucun prix n'a été stipulé ou lorsque ce prix est une somme dérisoire et qu'on ne peut percevoir aucun engagement sérieux de la part du vendeur, il n'y a même pas l'apparence d'une vente, et on se trouve en présence d'une donation nulle pour défaut de forme* » (DALLOZ, *loc. cit.*, e citazioni di giurisprudenza *ivi*).

Così nel caso La Poumersouly cr. Voisin, Ch. Req., 26 aprile 1893, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1893, I, 359, la Cassazione decise che, per la validità di una *donation déguisée*, occorre che il contratto apparente presenti tutti i propri requisiti. Perciò, se la rendita vitalizia è inferiore sia all'interesse del capitale fissato nell'atto come valore dell'immobile, sia ai redditi di questo, non v'è nè vendita, *faute de prix réel*, nè *donation déguisée*, *parce que la libéralité pure apparaît nettement au premier examen*.

Conforme: il caso Buridan cr. Epoux Rogelet, Ch. Req., 23 ottobre 1905, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1906, I, 32 (ove si dice, come nella surriferita nota del Dalloz, che manca un *engagement sérieux pouvant représenter l'équivalent*). Nel caso Lengrand cr. Lengrand, Ch. Req., 9 luglio 1879, DALLOZ, *Rec. Pér.*, 1881, I, 27, le annualità della rendita vitalizia erano appena superiori al valore del canone d'affitto dell'immobile ceduto o al suo reddito; ma la Cassazione ha ritenuto trattarsi di una *donation déguisée* valida, nonostante la mancanza dell'atto pubblico; e ciò soprattutto in quanto lo scopo *evidente* delle parti era quello di una cessione gratuita dell'immobile (v. anche, per la giurisprudenza più recente, PLANIOL, *Traité pratique cit.*, V. (ediz. 1933), n. 424, p. 432 nota 3; e XI (ediz. 1954), n. 1228, p. 582 note 1 a 3).

Ora, ci si può domandare: perchè la giurisprudenza francese, contraria al caso Christiano o simili e, pare, prevalente, ritiene valida una donazione dissimulata sotto una vendita o altro contratto a titolo oneroso con un prezzo o corrispettivo non vile, e ritiene invece nulla una *donation déguisée* quando il prezzo o corrispettivo è vile o quasi insussistente?

Questi ultimi casi, decisi dalla giurisprudenza francese, concernono veramente una donazione dissimulata, cioè una simulazione? Per donazione dissimulata s'intende una situazione in cui le parti fanno figurare un corrispettivo che non viene pagato e non deve venir pagato. In quei casi, invece, a quanto risulta, il corrispettivo vile viene pagato o deve essere pagato. Sicchè dissimulazione o *déguisement*, se v'è, v'è soltanto nella qualifica data dalle parti all'atto come contratto a titolo oneroso, o nella apparenza o prima vista così creata in chi crede a tale qualifica o

ad altre parvenze e non fa la comparazione fra il valore dell'immobile o del suo reddito e il prezzo, corrispettivo o rendita (perciò alcune sentenze dicono che non v'è nemmeno *donation déguisée*).

In una simile situazione si può ancora dubitare se le parti volessero porre in essere quella modesta parvenza, e quindi se esse volessero veramente una donazione (più o meno *sub modo* o limitata) o non piuttosto se la volontà del cedente fosse una *volonté irraisonnée*, non ponderata, non sciente e cosciente degli effetti pratici dell'atto, coi relativi sospetti di frode, captazione, ecc. (v. nota comune ai casi Peybernès e Blin).

Si noti che alcune sentenze, come nei casi Christiano e Lengrand, ritengono valido l'atto, quando risulti chiaramente l'intento di donare (mentre altre, come nei casi La Poumersouly e Buridan, che lasciano più perplessi, *sembrano* ritenere sufficiente, a tutela del cedente, la forma dell'atto pubblico).

Sotto quel profilo di un intento chiaro di donare, il problema della *donation déguisée*, nella giurisprudenza francese, sembra riallacciarsi a quello dei casi Peybernès, Blin e simili sopra riferiti (v. nota a questi casi).

Ma, se così è, non si vede quale importanza possa avere la presenza o meno dell'atto pubblico.

Ciò che conta dovrebbe essere che in presenza di un prezzo o corrispettivo vile, irrisorio, o quasi insussistente (da essere effettivamente pagato) e di una qualifica o parvenza di contratto oneroso, non si riconosca una volontà *irraisonnée* e si richieda che, se vi fu intento di donare, questo risulti chiaramente dalle circostanze. E ciò per le ragioni esposte nel vol. I § 23 e in nota al caso Peybernès.

Resta allora da domandarsi come deciderebbe la giurisprudenza francese, qualora l'accordo fra le parti fosse che il prezzo o corrispettivo vile o irrisorio non debba essere pagato: qualcosa di analogo al *recital* di una *nominal consideration* (v. vol. I § 30 note 10 e 12 e il caso Schnell v. Nell). Qui, essendovi una vera e propria simulazione, l'intento di donare risulta chiaro e l'atto si dovrebbe ritenere valido, sia in presenza che in mancanza di atto pubblico (v. vol. I § 38 *sub d*). Ma il caso è raro, perchè chi vuol simulare adotta un mezzo idoneo, cioè un prezzo giusto.

Resta da vedere, ancora, che cosa si deciderebbe in presenza di una vendita *nummo uno*, da essere effettivamente pagato, ove pure l'intento di donare risulta chiaro, e ove la cerimonia del pagamento di un prezzo, del cui valore nominale le parti sono *pienamente coscienti*, offre la garanzia di un intento chiaro e serio di donare.

Altre questioni:

1) Come si deciderebbero nel diritto italiano i casi Christiano, Poutersouly, Lengrand e simili? Prospettiamo le soluzioni seguenti: *a*) o v'è vizio di consenso; *b*) o v'è lesione (art. 1448 c. civ. ital.); *c*) o v'è tale sproporzione che l'atto deve considerarsi oggettivamente come donazione ed essere rivestito delle relative forme, con le quali forme l'atto è valido, anche se l'intento o la qualifica eran quelli di promettere o alienare a titolo oneroso, mentre l'intento eventuale di nascondere la gratuità sotto la parvenza o la qualifica di onerosità non varrebbe a liberare l'atto dalle forme della donazione (argom. anal. art. 1419 c. civ. it.; v. anche vol. I § 10 *sub b* ad nota 3).

Sono queste le soluzioni prospettabili per il diritto italiano e queste soltanto? Se sì, in che esse differiscono *praticamente* da quelle adottate nella giurisprudenza francese?

Nell'ipotesi di che sopra *sub c* non si può prospettare anche un *error in negotio* inficiante il consenso?

2) Come si risolverebbero i casi Christiano, Poutersouly, Lengrand e simili nella *common law*? V. anche quesito 5° in nota ai casi Peyberné e Blin.

DUTIRON cr. PATERNELLE

Trib. civ. de Lille, 15 janvier 1900. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1900, 2, p. 239.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« Le Tribunal de paix de Lille (4ème arrondissement) a rendu, le 3 novembre 1899, le jugement suivant prononçant à la demande d'un sieur Paternelle, la nullité d'une opération connue sous le nom de *Boule-de-Neige*.

Le Tribunal. — Attendu que le défendeur a, dans le courant de cette année, émis et offert au public des titres de coopération dont il importe de donner la teneur et qui sont ainsi conçus:

« M. X. ... a versé la somme de 20 francs contre remise du présent titre. Le porteur de ce titre doit vendre à raison de 4 francs chacun les cinq coupons ci-contre; quand les cinq acheteurs de ces coupons auront versé chacun 20 francs pour l'obtention d'un titre nominatif pareil à celui-ci, le porteur du présent titre sera mis en possession d'un vêtement complet pour homme ou d'une jaquette pour dame dont la

valeur réelle sera de 100 francs. Tout acheteur d'un coupon devra verser 20 francs pour obtenir un titre nominatif pareil au présent titre, dont il sera remboursé par la vente à raison de 4 frs. chacun des cinq coupons qui y sont adhérents. On délivrera le vêtement pour homme ou la jaquette de dame aussitôt que le titre de coopération sera libéré totalement. Si l'un des acheteurs de coupons n'avait pas fait le versement de 20 francs, le porteur du titre devra compléter le manquant pour pouvoir prendre possession du vêtement, mais il recevra autant de titres qu'il aura versé de fois 20 francs, et dont il s'assurera le remboursement par la vente des coupons. Le porteur de ce titre de coopération sera avisé aussitôt que la libération de cinq coupons aura été faite. Il pourra alors passer chez moi choisir le drap qui lui convient et prendre mesure... » ;

Qu'au titre adhérent deux tickets ou coupons de 4 francs portant au recto le mention qu'un titre ne pourra être transmis à une autre personne que muni de ses cinq coupons, au verso la mention que le coupon qui ne serait pas utilisé dans les trois mois de sa date d'émission sera annulé; - Attendu que, sans examiner, comme l'a fait le demandeur dans ses conclusions, à quels étranges résultat conduisaient plusieurs cessions successives d'un même titre émis, il est essentiel de constater que Dutiron touche 20 francs sans courir aucun risque chaque fois qu'il délivre un pareil titre à un premier acquéreur ou à un sous-acquéreur, et qu'il ne fournit aucun vêtement sans en avoir, en outre, reçu préalablement la valeur; - Qu'à l'inverse, l'acquéreur court le risque de perdre ses 20 francs (et même 24 francs lorsqu'il s'agit d'un sous-acquéreur) s'il ne réussit à placer aucun de ses cinq coupons dans un temps limité; - Que cette chance diminuera même fatalement à chaque acquisition successive, le public arrivant vite à se rendre compte des suites d'une pareille combinaison; - Attendu que Paternelle ayant acquis d'un sieur Démarécaux un ticket moyennant 4 francs l'a échangé le 20 mai dernier chez Dutiron contre un titre portant le numéro 1,019 et enregistré; - Qu'il l'a obtenu en versant 20 francs au défendeur; - Que, n'ayant réussi à placer aucun des cinq coupons y annexés, il demande la restitution de cette somme

de 20 francs en se basant sur la nullité du contract; - Qu'il fait résulter cette nullité de ce que l'obligation a une cause erronée et illicite et qu'elle a été contractée sous la condition d'une chose impossible; - Attendu qu'une convention de ce genre ne peut être assimilée à une loterie prohibée; - Qu'elle ne paraît pas illicite; - Qu'elle ne comporte par non plus une condition absolument impossible à remplir bien que la réalisation trouve rapidement des obstacles presque insurmontables; - Mais attendu que le contrat, qui doit être considéré comme commutatif et non aléatoire, puisqu'il ne stipule de risque que pour l'une des parties, est vicié dans l'un de ses points essentiels; - Qu'en effet, l'obligation pour l'acquéreur d'un titre d'avancer, indépendamment du prix convenu à payer éventuellement pour la livraison d'un vêtement, une somme de 20 francs entre les mains de l'émetteur, sans risque pour celui-ci et par conséquent sans équivalent, est dépourvue de cause; - Qu'elle est entachée de nullité; - Que Dutiron doit donc restituer ce qu'il a perçu sans cause légitime; - Qu'à tort, il prétend que Paternelle lui a versé la somme réclamée comme mandataire de Démarécaux; - Qu'il n'y a pas eu mandat, mais novation par substitution de débiteur; - Que le défendeur est d'ailleurs obligé de reconnaître qu'une convention nouvelle s'est formée par le fait de la remise à Paternelle d'un titre nominatif; - Attendu, quant à la moralité de l'opération, que Dutiron a reconnu que le numéro délivré au demandeur (1,019) était faux; - Que la première série de titres était partie du numéro 1001, qu'il est superflu d'insister sur cette manoeuvre des plus incorrectes.

Jugement

Le Tribunal (*omissis*):

Sur le défaut de cause: Attendu qu'en remettant 20 francs à Dutiron, Paternelle n'a pas versé un acompte sur le prix de son vêtement qui devait être ultérieurement payé par ses sous-acheteurs ou par lui-même, au moyen de la libération de ses coupons; - Qu'il n'a effectué ce versement que pour participer à une opération offrant pour lui la chance d'obtenir un vêtement à très bon compte et le risque de perdre les sommes avancées; - Que Dutiron, au contraire,

en recevant cette somme de 20 francs, a couru la chance de conserver la valeur des coupons inutilisés, mais ne s'est exposé à aucun risque de perte; - Qu'il n'a donc pas fourni à son cocontractant, sous forme d'aléa ou de prestation, l'équivalent de ce qu'il a reçu de lui; - Que le contrat est donc nul pour défaut de cause; - Qu'à tort Dutiron soutient que Paternelle a versé 20 francs en l'acquit de son vendeur, et en exécution d'une obligation prise envers ce dernier; - Attendu que cette obligation n'existe pas; - Qu'en effet, en achetant un coupon, Paternelle s'est engagé à en payer le prix fixé à 4 francs, mais non à le libérer; - Qu'il était libre de le faire, et que son vendeur n'avait aucun pouvoir de l'y contraindre; - Que, dès lors, si Dutiron a imputé les 20 francs de Paternelle sur le compte du vendeur du coupon, il l'a fait, non en exécution d'une obligation inexistante, mais pour relier, par une imputation ingénieuse, les opérations entre elles, faciliter leur multiplication et accroître ses bénéfices;

Sur la moralité du contrat: Attendu que la convention passée entre Paternelle et Dutiron se rattache intimement à celles qui l'ont précédée, ou auraient pu la suivre, que les unes ont ou auraient été la cause déterminante des autres, et qu'elles forment un ensemble indivisible; - Que c'est donc cet ensemble qu'il convient d'examiner pour apprécier la moralité du contrat; - Attendu que les opérations offertes par Dutiron doivent nécessairement demeurer le plus souvent sans résultat, par suite du grand nombre de coupons offerts en vente et de l'impossibilité de les placer; - Que, par suite, Dutiron réalise, sans risque de perte, des gains continus et progressifs à l'aide des versements faits entre ses mains; - Que de tels avantages sont contraires à la moralité des opérations commerciales et de nature à nuire aux négociants honnêtes, qui se contentent de prélever un bénéfice légitime sur les marchandises vendues; - Attendu, d'autre part, que les opérations, fallacieusement présentées par Dutiron sous la forme de titre de coopération, et en commençant au numéro 1001, constituent un danger pour l'épargne populaire; - Qu'elles invitent, en effet, des personnes n'ayant que de modiques ressources, trompées par l'appât du gain, à engager, pour le perdre dans des opérations le plus souvent

irrémalisables, le produit de leur travail; - Que le contrat doit donc être déclaré nul, comme contraire à la morale et à l'ordre public.

Par ces motifs: Confirme le jugement dont est appel ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I, § 23.

Una nota redazionale del Dalloz così commenta il caso:

« Pour que la combinaison ingénieuse, dont la décision recueillie expose le fonctionnement et qu'on désigne vulgairement sous le nom de Boule-de-Neige, fût reconnue valable, il faudrait que les chances de gain courues par les parties fussent compensées par des chances de perte pesant à la fois sur l'une et sur l'autre de ces parties: le contrat est, en effet, synallagmatique et, par conséquent, l'obligation des chacunes des parties sert de cause à l'obligation de l'autre (seguono citazioni).

Or, dans la combinaison dont s'agit, on trouve bien, pour chacune des parties, des chances de gain mais non des risques de perte. Tout d'abord, l'acquéreur a la chance — il est vrai très invraisemblable et qui le deviendra de plus en plus, au fur et à mesure que l'opération se poursuivra — d'obtenir, pour une somme modique, un objet d'une valeur beaucoup plus considérable: c'est ce qui doit se produire s'il réussit à placer ses cinq coupons et si, en outre, chacun de ses acquéreurs libère ces coupons. De même, le vendeur court, lui aussi, les chances d'un gain, moins considérable sans doute, mais infiniment plus sûr. En effet, si l'opération est menée à bonne fin, c'est-à-dire si elle aboutit à la livraison de la marchandise de l'acquéreur, le vendeur, en sus du prix fixé, probablement rémunérateur, bénéficiera:

1) *de la somme de 4 francs versée à l'origine;*

2) *des intérêts des 20 francs versés par l'acquéreur en échange des coupons et de ceux des sommes qui lui auront été versées pour la libération des divers coupons jusqu'au moment où la libération du cinquième et dernier coupon aura entraîné pour lui l'obligation de livrer la marchandise. Si l'opération n'aboutit pas, il aura les mêmes avantages et, en plus, celui de conserver la valeur des coupons inutilisés. Telles sont les chances de gain pour l'un et l'autre des intéressés. Quels seront leurs risques de perte? Il est aisé d'apercevoir ceux qui pèsent sur l'acquéreur. S'il n'arrive pas à placer les coupons, ou si, les ayant placés, ceux qui les ont acquis se refusent à les libérer — ce à quoi rien ne les oblige, ainsi que le remarque justement le tribunal —, il perdra le montant des versements par lui effectués. On ne peut, au contraire, découvrir aucun*

risque de perte à la charge du vendeur. Jamais, en effet, il ne se dessaisira de la marchandise que lorsqu'il en aura encaissé préalablement le montant intégral, soit des porteurs de coupons, soit de l'acquéreur lui-même. Les sommes qu'il aura reçues en sus du prix déterminé par le contrat — (la somme de quatre francs, les intérêts des coupons libérés si la marchandise est livrée, le montant des coupons inutilisés si elle ne l'est pas) — se trouveront ainsi, en réalité, sans cause entre ses mains. Autrement dit, il n'y a à sa charge aucune obligation pouvant servir de contrepartie aux obligations de son cocontractant. C'est donc avec raison que le jugement rapporté déclare le contrat nul pour défaut de cause ».

Di nullità per difetto di causa parlano anche il DALLOZ, *Codes Annotés, Nouveau code civil*, cit., art. 1131 n. 75 e WALTON, cit. nel vol. I, § 37. L'interessante storia del contratto *boule de neige* si trova in una nota del Vouin nel DALLOZ, *Recueil Hebdomadaire*, 1951, 28ème Cahier del 19 luglio 1951, p. 489 segg. Fra il 1900 e il 1901 due sentenze dei Tribunali di commercio ritennero valido il contratto, mentre due sentenze dei Tribunali civili, fra cui quella del caso Dutiron, lo ritennero nullo, per *défaut de cause* o per impossibilità di realizzare la condizione prevista nel contratto o per immoralità. Dopo la guerra del 1914-1918, la giustizia penale si interessò del caso, condannando una prima volta l'organizzatore della vendita *boule de neige* a titolo d'*escroquerie* e assolvendolo una seconda (Trib. correctionnel de la Seine, 10 gennaio 1920 e 25 luglio 1922).

Il contratto *boule de neige* riapparve dopo l'ultima guerra. La questione fu riesaminata in sede penale: due Tribunali d'appello assolsero l'organizzatore, ma la Corte di Cassazione lo condannò per *escroquerie* (*Cass., ch. crim.*, 7 maggio 1951, in DALLOZ, *Rec. Heb.* 1951 cit., p. 489 segg., con la nota succitata del Vouin).

Il problema di diritto penale diventò così discusso e di incerta soluzione, che una legge del 5 novembre 1953 n. 53-1090 intervenne a proibire la *vente boule de neige* (DALLOZ, *Rec. Heb.*, 1953, p. 513).

Come nota il Vouin, il problema di diritto civile e quello di diritto penale sono distinti. Le sentenze dei Tribunali di commercio e civili dal 1900-1901 neppur ipotizzarono un vizio di consenso come *dolo* di cui sarebbe rimasto vittima l'acquirente del titolo o del *coupon*. D'altro lato, il dolo nel diritto civile è diverso dal dolo (come manovra fraudolenta) nel diritto penale. Nel primo campo si considera il contratto come rapporto fra il venditore o organizzatore e ciascun acquirente. Nel secondo campo si considera l'operazione nel suo insieme e gli effetti pratici che, come

insieme, essa può avere: tra l'altro, l'organizzatore, oltre la possibilità di realizzare dei guadagni continui e progressivi senza correre un rischio, potrebbe anche trovarsi nell'impossibilità di far fronte a tutte le consegne (se le condizioni dei *coupons* vengono adempiute) o d'arrestare la catena della vendita dei *coupons*. Nel caso deciso dalla Cassaz. nel 1951 la sentenza nota che alla decima serie il numero dei partecipanti, per progressione geometrica, sarebbe superiore a un milione! Nel suo insieme l'organizzazione di una *vente boule de neige* tende a creare una *espérance d'un événement chimérique* nei partecipanti (v. Cassaz. cit.).

Ma il singolo partecipante può bene non essere vittima di questa manovra, averne ben inteso la portata e volere, comunque, correre l'alea per avidità di guadagno. Esaminiamo, dunque, il contratto sotto il profilo civilistico, quale rapporto fra venditore e acquirente del titolo, così come la questione si presentava nel 1900-1901, prima che intervenisse la legge 5 novembre 1953, e a prescindere dalla eventuale illiceità o immoralità del contratto anche a quell'epoca.

E' certo, come osserva la surriferita nota redazionale del Dalloz al caso Dutiron, che l'organizzatore, mentre ha delle *chances de gain*, non corre alcun rischio di perdite. Egli infatti non consegnerà il vestito che a quell'acquirente del titolo, che entro un dato termine procurerà altri acquirenti di titoli in modo da coprire il valore del vestito, cioè 100 franchi.

Questionario:

1) Se l'acquirente di un titolo ha ben compreso la portata del contratto (e cioè che il venditore non assume alcun rischio di perdita e può invece guadagnare), e tuttavia vuol correre l'alea, il contratto è in qualche modo viziato, a parte, s'intende, il problema dell'illiceità?

2) A favore dell'acquirente del titolo non v'è sempre una contropartita o « *cause* », in quanto il venditore, pur senza correre alcun rischio di perdita, gli offre una possibilità di guadagno o di perdita, cioè di correre quell'alea, e organizza tutta l'operazione? (Si noti che questa può anche richiedere dei mezzi finanziari notevoli, qualora molti acquirenti di titoli adempiano la condizione e si facciano così a richiedere la consegna di un vestito). Non è questo, quasi sempre, il caso di chi organizza una lotteria, a parte, s'intende, il problema della liceità o del permesso di organizzarla?

3) Non si tratta piuttosto dell'applicazione di un principio analogo a quell'estensione della *cause suffisante* di che al vol. I § 23?

In qual modo il caso Dutiron o simili si può inquadrare nelle preoccupazioni della giurisprudenza francese che hanno ispirata la suddetta

particolare concezione della *causa suffisante* di che al vol. I § 23? In proposito si tenga conto specialmente della difficoltà, ai fini di dar rilievo a un *generico* vizio di consenso, di provare o di sapere che l'acquirente del titolo non aveva ben compreso la portata pratica dell'operazione; o, ancora, si tenga conto dei dubbi sulla illiceità del contratto. Sicchè la cennata concezione della *cause suffisante* o del *défaut de cause* (come contropartita sufficiente) sarebbe stata adottata come rimedio o espediente per superare quei dubbi o ostacoli alla dichiarazione di nullità o all'annullamento del contratto per illiceità o per vizio di consenso (considerando anche che un *generico* vizio di consenso non basterebbe in linea di principio, all'annullamento).

Non v'è qualche relazione fra il caso Dutiron o simili e i casi Peybernés, Blin o simili?

Si noti che la questione, nel caso Dutiron, non concerne la validità di un'obbligazione dell'acquirente del titolo, come obbligazione ancora da eseguire, ma un'azione in ripetizione del prezzo del titolo già *pagato*.

Ora, una simile azione in ripetizione, nel diritto francese, non può fondarsi che su un vizio di consenso (dolo, violenza, errore), sulla lesione, o su una nullità del contratto per illiceità. Infatti il difetto di una contropartita *sufficiente*, se non v'è vizio di consenso, non può di per sè dar luogo alla nullità di un pagamento o di una consegna di cose *mobili*, a tal punto che perfino la donazione manuale, secondo la giurisprudenza francese, è valida senza limiti (v. vol. I § 38 *sub a et d*).

RUBATTO cr. NATTA

Cass., 14 gennaio 1946. — *Foro it.*, 1944-1946, I, p. 191.
(la sentenza è riferita testualmente)

«La questione da risolvere in sostanza è la seguente: un atto, con il quale chi già sia titolare di una servitù attiva di veduta (in dipendenza di un titolo precedente) si fa concedere a titolo puramente precario il godimento della veduta stessa, è in ogni caso nullo assolutamente per mancanza di causa; o è semplicemente annullabile nella sola ipotesi in cui il menzionato titolare sia addivenuto alla stipulazione del secondo atto, quello costitutivo del precario, in istato di errore scusabile, e, cioè, per aver ignorato l'esistenza del primo atto, che gli conferiva il diritto di servitù senza alcuna limitazione?»

Il Tribunale ha ritenuto la mancanza di causa, e perciò ha nella specie ritenuto l'atto di costituzione di precario, in data 17 ottobre 1929, nullo in modo assoluto, e non soltanto annullabile.

Il Collegio Supremo ritiene che il Tribunale abbia deciso correttamente. L'errore incide sul consenso di uno dei contraenti, e cioè sull'elemento subiettivo del negozio. La causa per contro costituisce l'elemento obiettivo essenziale del negozio, e cioè il risultato concreto prevalentemente economico, che i contraenti si propongono di raggiungere; e cioè, in modo più specifico, la controprestazione che uno dei contraenti si prefigge di raggiungere, mercè la propria prestazione. E nel caso, l'errore di fatto, nel quale ha agito il resistente (ignoranza, cioè, dell'esistenza di un precedente titolo di acquisto) non ha influito soltanto su uno degli aspetti della controprestazione, ma su tutta la controprestazione, in modo che il contratto si è venuto a trovare nel nulla per la mancanza, non solo dell'elemento subiettivo, ma anche dell'elemento obiettivo essenziale.

Di qui la prevalenza della questione relativa alla mancanza dell'elemento obiettivo, con assorbimento dell'altra questione (deficienza dell'elemento subiettivo), la quale avrebbe potuto avere influenza solo se relativa ad una delle qualità essenziali dell'oggetto del contratto; e se inoltre fosse stato scusabile, e se fatto valere entro il termine perentorio di prescrizione stabilito dalla legge.

In altri termini, il resistente con la scrittura in data 17 ottobre 1929 ha stipulato un atto per conseguire ciò che già aveva e che ignorava di avere (diritto di servitù attiva di veduta e prospetto), anzi, peggio ancora, per conseguire in via provvisoria e temporanea sotto forma di concessione precaria, liberamente revocabile, un'attività che era già acquisita in via stabile e definitiva al suo patrimonio, in forza del precedente atto 11 novembre 1912. E cioè, con il secondo atto il resistente non ha acquistato nulla: anzi, ha perduto qualche cosa, non raggiungendo così nessuna controprestazione in corrispettivo della propria prestazione. Il caso attuale è analogo all'altro contratto, tipicamente nullo per mancanza di causa, dell'acquisto di una cosa che è già propria, in base a precedente titolo ignorato dall'acquirente.

Aggiungasi che nella specie l'oggetto del contratto era relativo ad un diritto reale (il diritto di servitù). Orbene, i diritti reali, quando sono regolarmente costituiti, e regolarmente trascritti, in base ad un titolo specifico, non si possono perdere, salvo il caso di usucapione contraria, che non ricorre nella specie, se non in forza di un nuovo titolo che contenga espressa rinuncia o modifica del titolo precedente, e che sia a sua volta anch'esso redatto per iscritto e regolarmente trascritto. I diritti reali, in sostanza, sono quello che obiettivamente sono, indipendentemente dall'opinione soggettiva che, del loro contenuto, abbia il titolare o possessore di essi ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 23 nota 1 e § 22 note 6 e 8.

Si noti *in limine* che nel caso Rubatto la questione non è tanto quella della persistenza o meno della servitù, quanto quella della validità del contratto di precario, come obbligazione di pagare un *quid* per la concessione personale e precaria; questione, la seconda, da cui la prima può dipendere (ma forse in modo non necessario).

Il caso Rubatto sta a cavallo fra la concezione del difetto di causa (sufficiente o ragionevole), di cui ai casi precedenti del presente capitolo e al vol. I § 23, e la concezione del difetto di causa, di cui al vol. I § 22 *sub b*. Ma la distinzione, per quanto a volte sottile, è importante.

In entrambi i casi, il presupposto è un errore o un certo vizio piuttosto generico del volere, senza il quale il contratto sarebbe valido, almeno col concorso di certe condizioni o requisiti.

Nei casi precedenti di questo capitolo quell'errore o vizio generico concerne la valutazione degli effetti pratici del contratto, cioè il valore effettivo della controprestazione, che pur v'è, anche se modesta, o il suo modo di funzionare.

Nel caso Rubatto e simili, v'è invece un errore sull'esistenza stessa della controprestazione, come *causa acquirendi*, intesa dal contraente, la quale manca in *modo assoluto* (v. vol. I § 22 *ad* note 6 e 8). In un contratto aleatorio, il caso analogo a Rubatto cr. Natta sarebbe quello in cui l'alea manchi in *modo assoluto* per una situazione già esistente al momento del contratto (e, s'intende, ignorata da una delle parti).

Ne consegue che nei casi Rubatto e simili la questione del difetto di *causa acquirendi*, cioè dell'inesistenza della controprestazione, è veramente preminente rispetto a quella dell'errore, come ben ne dice la nostra Cas-

sazione. E ciò per le ragioni accennate nel vol. I § 22 nota 6. Il contratto è, perciò, senz'altro nullo.

Invece nei casi precedenti di questo capitolo la questione preminente dovrebbe essere (e lo è, di fatto, nell'*arrière-pensée* dei giudici) quella di un vizio, sia pure generico, di consenso, specialmente a seguito di una certa incapacità dell'uno o di manovre o frodi dell'altro contraente, anche se esse non arrivano al dolo. Sicchè, mentre non si potrebbe non ritenere nullo il contratto nel caso Rubatto e simili, nei casi precedenti invece si potrebbe anche ritenerlo soltanto annullabile o anche valido, qualora tale vizio generico di consenso, o il relativo sospetto, non appaia grave o non lo si ritenga, comunque, rilevante.

Tuttavia, sia pure sotto aspetti diversi, la mancanza di un errore o di un vizio generico di consenso è rilevante, sia nel caso Rubatto che nei casi precedenti. Per le conseguenze di tale mancanza rispetto a chi acquista una cosa o un diritto già propri, o cosa perita, v. vol. I § 22 note 6 e 8. Pel caso di dubbio dei contraenti sull'esistenza o l'appartenenza della cosa, v. vol. I *loc. cit.* Nel caso Rubatto il *dubbio sull'esistenza* della servitù potrebbe dar luogo ad una transazione. La *conoscenza* della sua esistenza potrebbe dar luogo alla trasformazione di una servitù in precario, caso raro, ma non impossibile, nonostante quanto ne dice la sentenza della cassazione nella sua parte finale.

Nei casi precedenti di questo capitolo, la mancanza di un errore o di quel vizio generico di consenso darebbe luogo o ad una donazione o ad un contratto aleatorio, con rischio molto grave per una delle parti, a seconda dell'intento dei contraenti.

Infine: è chiaro che il problema dei casi precedenti e del caso Rubatto non ha nulla a che vedere, nonostante l'etichetta comune « difetto di causa », col problema della *cause suffisante* di che al vol. I §§ 10 a 13; e ciò perchè in quest'ultimo problema si suppone che le parti abbiano piena scienza e coscienza della portata pratica dell'atto; la controprestazione si presuppone esistente; e si tratta soltanto di vedere se questa controprestazione è sufficiente ad escludere la figura della donazione coi suoi requisiti formali, secondo i criteri di che al vol. I § 10 *sub b et c.*

1°) E' d'accordo il lettore su questa disamina del caso Rubatto e sui relativi raffronti con gli altri casi surrichiamati?

2°) Se, invece di un precario, il proprietario del fondo servente avesse concesso, dietro corrispettivo, un diritto personale, ma stabile per un lungo periodo, o addirittura una servitù, quali ne sarebbero gli effetti nelle varie ipotesi fatte sopra circa lo stato d'animo del proprietario del fondo dominante?

3°) Come si risolverebbe il caso Rubatto nella *common law*? S'intende, quanto alla validità del precario come obbligazione di pagare un corrispettivo per la concessione di un diritto personale. Avrebbe importanza il fatto che il precario fosse, in ipotesi, revocabile *ad nutum*? Si potrebbe tener conto dello stato d'animo del titolare della servitù (errore, dubbio, conoscenza dell'esistenza o dell'inesistenza di questa)? V. la nota al caso Haighs v. Brooks.

FERAUD cr. CAMPIGLIA et autres

Cour de Bastia, 6 août 1892. — *Dalloz, Rec. Pér.*, 1893, 2, p. 359 segg.
(la sentenza è riferita testualmente)

« Le sieur Morelli, directeur de la Compagnie insulaire de navigation à vapeur (ancienne compagnie Valery), avait fait signer aux sieurs Campiglia, Leonetti, Serafino et Mariani, tous domiciliés en Corse et agents de la compagnie dont il était chef, des billets qu'il avait remis au sieur Féraud, négociant à Marseille, en paiement de fournitures de marchandises faites à la compagnie. Ce sont ces billets, ou du moins l'un d'eux, que le tribunal d'Ajaccio annula par jugement en date du 16 juillet 1891.

Appel par le sieur Féraud.

ARRÊT

La Cour,

Attendu que le sieur Féraud, négociant à Marseille, a relevé appel du jugement du tribunal du commerce d'Ajaccio, en date du 16 juillet 1891, qui a annulé pour vice de consentement, et comme étant d'ailleurs sans cause, un billet à ordre de 2.022 francs 05, portant la signature de Campiglia, et avalisé par les sieurs Leonetti, Mariani et Serafino, dont il était porteur, et l'a débouté de sa demande en paiement du dit billet; - Attendu que ce n'est pas sans fondement, ainsi qu'on l'a prétendu, que le tribunal a pu puiser dans le caractère impératif de la correspondance échangée entre le directeur de la Compagnie insulaire et les intimés, au sujet des signatures qu'on exigeait d'eux, la preuve d'une contrainte de nature à annihiler leur libre volonté et à leur faire craindre la perte de leur situation; - Que

pour bien apprécier si la contrainte est de nature à entraîner la nullité dans les termes des articles 1111 et 1112 du Code civil, il faut, conformément à la loi, avoir égard à la condition des personnes et que, dans ce premier ordre d'idées, il convient de remarquer que tous les intimés, agents ou sous-agents de Morelli, à Ajaccio, Bonifacio, Propriano, et Porto-Torrès, étaient ses subordonnés pouvant être privés, à tout moment, par sa seule volonté, de leur situation qui constituait, cependant, leur principale, sinon leur unique ressource, ce qui explique suffisamment qu'après quelques essais de résistance mal accueillis par leur directeur, et dont témoigne la correspondance versée aux débats, ils aient fini par se courber sous la pression exercée sur eux, en vue de se soustraire aux suites fâcheuses dont ils se sentaient menacés au cas de refus; qu'on ne saurait comprendre, en dehors de cette contrainte, comment les intimés, gens sans fortune, vivant de leur petit commerce, se seraient laissés aller à souscrire des effets pour des sommes considérables auxquelles ils étaient absolument impuissants à faire face, même pour partie, si minime qu'elle pût être; - Mais attendu que la violence morale dont ils excipent, laquelle est basée sur des faits dont l'appréciation souveraine appartient aux tribunaux, suivant la jurisprudence consacrée par deux arrêts de la cour de cassation (Req. 5 février 1828 et 4 novembre 1835, Jurisprudence générale, V^e Obligations, numéros 180 et 193), n'est pas le seul motif sur lequel se base et qui puisse justifier l'annulation prononcée; - Attendu qu'aux termes de l'article 1131 du Code civil, en effet, l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ne peut avoir aucun effet; - Or, attendu qu'à ce second point de vue, c'est avec raison que les premiers juges ont décidé que le billet, dont le paiement était réclamé par Féraux, était sans cause vis-à-vis de Campiglia et consorts; - Que, bien que le billet porte la mention « valeur en marchandises », aucune marchandise n'a été délivrée à ses souscripteurs, et que Féraud, intéressé à démentir cette affirmation, n'a même pas essayé de justifier de cette livraison, comme cela lui eût été facile, au cas où la dite livraison aurait eu lieu; - Qu'il est même à remarquer qu'il a évité, tant dans ses conclusions que dans sa plaidoirie, d'insister à cet

égard et a préféré discuter le peu d'importance qu'aurait, suivant lui, ce défaut de livraison; - Mais attendu qu'il est constant, en fait, et n'a pas été contesté devant la Cour, que la livraison a été faite non à Campiglia, à son domicile à Ajaccio, mais bien aux représentants de la Compagnie insulaire à Marseille; - Que, par suite, la cause portée en l'effet est démontrée fausse et qu'ainsi que le professe Demolombe, l'indication d'une cause spéciale étant exclusive de toute autre, lorsque la cause dénoncée est démontrée fausse, la présomption doit être que l'obligation est sans cause; - Attendu, au surplus, que Féraud qui occupe une grande situation dans le commerce de Marseille, n'ignorait pas la situation compromise de la Compagnie insulaire, comme en témoignent les derniers attendus formulés en ses conclusions; - Qu'il ne pouvait ignorer, notamment, ce qui était de notoriété publique à Marseille, que, depuis plusieurs mois déjà, Morelli était à la veille d'une faillite et ne la retardait qu'en escomptant les papiers qu'il exigeait de ses subordonnés;

Attendu que le contestât-il, son expérience des choses du commerce et ses habitudes commerciales ne permettraient pas de mettre en doute que, s'il avait pu croire un seul instant que les effets, portant les signatures des agents de Morelli et qui lui étaient directement remis par Morelli, ou se représentants à Marseille, eussent une cause sérieuse et pussent liers directement lesdits agents, il se serait, au moins, renseigné sur leur position avant d'accepter leur signature et ne se serait pas abandonné, vis-à-vis d'inconnus étrangers à la France continentale, à une confiance au moins singulière; - Que, par suite, on est forcément amené à conclure qu'en acceptant le billet dont il a réclamé le paiement, Féraud savait bien qu'il se trouvait en présence de billets émanant des agents de Morelli, gens sans fortune, comme sans crédit, ne pouvant et ne devant payer les billets par eux signés que sur les fonds à recouvrer pour le compte de la Compagnie tant qu'elle continuerait à exister; - Que les motifs qui précèdent s'évincent fatalement tant de l'attitude de Féraud, qui n'a fait aucun effort pour prouver des relations directes d'affaires avec Campiglia et consorts, dont sa correspondance eût pu, cependant, témoigner,

au cas où elles auraient existé, que de la déclaration des syndics de la faillite Morelli; - Attendu, enfin, que n'ayant fait aucune fourniture aux intimés, n'ayant reçu d'eux aucune commande, ni même aucune déclaration de garantie de fournitures, faites à un tiers, Féraud ne peut s'en prendre qu'à lui d'avoir accepté un effet portant une cause fausse et peut d'autant moins se plaindre des conséquences légales de cette fausse indication, qu'il s'exposait, en agissant ainsi, à se laisser soupçonner de n'avoir eu d'autre but que de se créer une situation privilégiée, au cas de faillite de Morelli.

Qu'il y a donc lieu de le débouter de son appel.

Par ces motifs et adoptant, au surplus, ceux des premiers juges; confirme ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 14 *sub f*, § 23; § 20 *ad* nota 11.

Una nota redazionale del Dalloz, *loc. cit.*, a questo caso ritiene che la cambiale rilasciata da Campiglia e dagli altri impiegati rappresentava una *caution*, una fideiussione o una garanzia a favore del venditore Féraud; e che tale prestazione di garanzia era nulla per violenza, pur essendo discutibile la questione in certi casi. Ma la nota non parla della nullità per difetto di causa.

Ora, sembra chiaro che il rapporto o negozio sottostante alla cambiale era una garanzia, nota, come tale, a Féraud. E ciò, nonostante l'osservazione della Corte che Féraud non aveva ricevuto dagli impiegati di Morelli « *aucune déclaration de garantie de fournitures* ». Sicchè, anche se la causa enunciata nella cambiale era « *valeur en marchandises* », ciò non esclude che possa valere la causa reale, la garanzia (v. vol. I § 22 nota *explic. n. 4*).

E una fideiussione o garanzia nei confronti del creditore garantito non ha bisogno, per sè, di altra « causa » oltre l'esistenza del debito garantito (v. vol. I § 14 *sub f*): non occorre dimostrare che la fideiussione o la promessa di pagare un debito altrui ha una causa speciale o *plausibile* o *sérieuse* che la spieghi o giustifichi (specialmente se il debito garantito è sorto contestualmente alla prestazione della fideiussione o della detta promessa: v. nota al caso Ricciardelli *cr. Biondo*). Nè occorre, accanto alla cambiale, una *déclaration de garantie* inviata dal garante al garantito, se non per eliminare i sospetti o i dubbi di che *infra*.

La mancanza di una simile « *cause* » può valere soltanto a far sospet-

tare violenza, frode, dolo, o una formazione in qualche modo irregolare della volontà. Oppure, nel caso di dubbio fra la volontà di garantire e quella di fare una semplice raccomandazione al creditore (v. art. 2015 c. civ. francese, 1937 c. civ. ital.), quella mancanza di *cause plausible* può servire per interpretare l'atto in questo secondo senso; il che non è ipotizzabile per una cambiale.

Ma non basta un semplice sospetto di vizio o di irregolarità del volere. La Corte di Bastia, oltre alla tesi del vizio di violenza, di cui forse non si sentiva perfettamente sicura, ha fatto ricorso anche al *défaut de cause*. Si tratta, crediamo, di un'applicazione di quell'estensione del concetto di *cause suffisante et plausible* di cui al vol. I § 23 (in questo senso anche Mason *ivi cit.* a note 1 e 9).

La Corte di Bastia è rimasta impressionata dalle circostanze: falsità della causa enunciata nella cambiale, insolvenza del Morelli e C., dubbi che avrebbe dovuto avere Feraud sulla regolarità del volere dei garanti e in genere sulla formazione regolare della garanzia.

Questionario:

1) Ci si può domandare: se non fosse sussistito il vizio o il sospetto di un vizio di violenza, le considerazioni che fa la Corte per attribuire a Feraud la conoscenza che le cambiali non avevano una « *cause sérieuse* », che gli impiegati erano *gens sans fortune comme sans crédit* ecc., tutte queste considerazioni sarebbero valse a far ritenere nulle le cambiali, come garanzia, per difetto di causa?

2) Le cambiali furono rilasciate al momento della fornitura delle merci, o successivamente? che importanza può avere ciò nella questione oggetto del caso in esame?

3) Come si risolverebbe la questione nella *common law*? v. vol. I § 14 *sub f* e § 35 *sub c*, nonché § 32 *sub b*.

4) Si confronti il caso Feraud col caso Navoni cr. Notari (cap. IV) e se ne dicano le differenze o le analogie, anche quanto alla concezione e alla funzione della *cause juste et plausible* che abbiamo proposto per caso Navoni (v. quesito C in nota al caso Navoni).

CAPITOLO VII
SULLA TEORIA
DELLA FUNZIONE ECONOMICO - SOCIALE
DEL CONTRATTO

FIAT cr. CARRAIN

Corte App. Venezia, 12 novembre 1952. — *Giur. it.*, 1953, I, 2, p. 216.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

Omissis. — *Diritto:* Il *pactum de non alienando* in esame vincolava il compratore a non rivendere o cedere in uso permanente a terzi l'automobile acquistata per un periodo di mesi sei dalla data di consegna, pena il pagamento di una somma pari alla metà del prezzo di acquisto.

Il Tribunale ha negato l'esistenza del requisito richiesto dall'ultima parte dell'art. 1379 codice civile così ragionando:

a) la Fiat afferma di aver interesse ad impedire le speculazioni dei rivenditori in quanto l'immissione sul mercato di macchine a prezzo maggiorato turba il normale svolgimento del commercio delle automobili. Ma la disciplina dei traffici non può riguardare la Fiat: intesa a proteggere la collettività, essa spetta allo Stato o alle altre persone giuridiche all'uopo delegate;

b) assume che la clausola è diretta a tutelare i suoi clienti contro la speculazione: ma da questa devono guardarsi i terzi;

c) soggiunge che la stessa tende a difendere il suo nome commerciale. Ma la possibilità di un suo discredito non sussiste, chè anzi il suo buon nome rimane rafforzato dal fatto che, nonostante la richiesta di automobili a prezzo maggiorato, essa continua a vendere a prezzo normale;

d) afferma infine che la speculazione provoca uno sviamento della clientela la quale, potendo acquistare immediatamente dal terzo, non si rivolge più ad essa che vende solo su prenotazione e perciò a consegna dilazionata. Ma anche eliminata la speculazione, non potrebbe mai costringersi il compratore ad attendere il suo turno, perchè in tal guisa il di lui interesse verrebbe compresso onde soddisfare quello della Fiat. E nella collisione tra i due interessi, il primo, concreto e attuale, va protetto perchè si fonda sull'esigenza della libertà dei commerci, mentre il secondo, per essere eventuale ed incerto, perde ogni apprezzabilità.

Senonchè le argomentazioni del Tribunale non convincono.

1. È anzitutto il caso di considerare la natura dell'interesse protetto dalla norma in esame.

Perchè sia apprezzabile un interesse non già si richiede che abbia sempre un contenuto patrimoniale. La relazione del Guardasigilli (n. 630) commentando l'articolo 1379 codice civile chiarisce: « ... perchè il patto in parola sia valido, l'interesse potrà avere carattere morale ed affettivo, potrà riguardare la protezione di un diritto proprio od anche di un diritto altrui, ma in ogni caso dovrà apparire suscettibile di tutela... ». E da tale rilievo è facile desumere a quale ampiezza di contenuto possa estendersi l'interesse al divieto di non cedere altrui, per un ragionevole limite di tempo, il diritto acquistato.

Va quindi osservato: il *pactum de non alienando* è ovviamente soggetto alla disciplina generale dei contratti. Esso costituisce un vincolo avente forza di legge tra le parti (art. 1372 codice civile) e non riguarda i terzi, che appunto perchè tali restano ad esso estranei.

Se dal patto vengono lesi loro diritti, costoro potranno agire a tutela del loro interesse o in via autonoma, o intervenendo nella eventuale lite tra i contraenti, ma, in difetto di una pronuncia che modifichi la vita del patto in funzione dei riconosciuti loro diritti, il contratto fra le parti, ove non sia invalido per uno dei vizi previsti dalla legge, va rispettato ed attuato.

Tra le cause di nullità rientra la sussistenza di una causa illecita e cioè « ... contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon

costume... (articoli 1343 e 1418 codice civile)», ed invero, in tali casi, vien meno uno dei requisiti essenziali del contratto (art. 1325, n. 2, codice civile).

Ora, solo in tale ultima ipotesi l'interesse del terzo, considerato come collettività, trova protezione; ma, altrimenti, non si può intaccare la giuridica efficienza del vincolo dalle parti voluto.

Ciò posto, può dirsi alla stregua delle considerazioni svolte dal Tribunale che la clausola in questione abbia avuto una causa illecita?

Evidentemente no. Anche laddove la sentenza si preoccupa di riservare allo Stato o agli Enti pubblici l'intervento circa la normalità dei commerci o di dare preminenza alla libertà degli stessi, non si afferma affatto che la clausola in esame abbia causa illecita, come sarebbe invece se, ad es., il patto vincolasse l'acquirente a non alienare mai a taluno, così violandosi il diritto di libertà personale e perciò l'ordine pubblico.

Evidentemente i primi giudici nello svalutare l'interesse della Fiat — che pur riconoscono in misura «... affievolito e quasi inconsistente...» e con carattere di «... eventualità...» — sotto il profilo del non poter essa interferire nella libertà e normalità dei commerci, rivolsero il pensiero a quei terzi, anonimi, che vorrebbero acquistare subito anzichè attendere il turno di prenotazione. Ma che diritto hanno essi di vedersi, per dir così, protetti di ufficio? Nel mutevole gioco della domanda e dell'offerta sono le condizioni di vendita che determinano l'andamento degli affari, e la Fiat, rivolgendosi al pubblico, pone la sua condizione: vendita su prenotazione con divieto di alienazione per mesi sei. Chi crede, liberamente accetta e si vincola. Chi non arriva subito, o si accoda, o rinuncia all'acquisto.

Per quale superiore esigenza interferire in un commercio tra privati così organizzato, sovvertendo il principio della libertà contrattuale?

Ma anche a voler concedere che la clausola in esame debba soggiacere all'invocata libertà dei commerci, non può certo qualificarsi tale la denunciata speculazione dei rivenditori in quanto costoro esercitano un vero bagarinaggio, non una concorrenza commerciale, quale può aversi tra ditte fabbricanti.

Concludendo: per valutare l'apprezzabilità dell'interesse del contraente non già deve aversi riguardo a quello presunto dei terzi estranei; ma, in concreto, a quello proprio della parte a cui favore il patto venne stipulato, salva la invalidità della clausola per causa illecita.

2. Passando ora a considerare se nella specie un interesse apprezzabile sussista nella Fiat, va rilevato come già la sentenza impugnata lo abbia ammesso, negandogli però giuridica rilevanza e per la sua tenuità e genericità e perchè in collisione coll'interesse dei terzi. Perciò caduta, per quanto si è detto, la ragione di infirmarne l'efficienza, esso già basterebbe a sorreggere la clausola in esame.

Ma vanno ora, seppure in succinto, identificati i vari elementi che maggiormente lo sostanziano.

a) La Fiat, come ogni altra azienda industriale, ha il suo piano di produzione, predisposto in rapporto alle sue possibilità costruttive ed alla capacità di assorbimento dei mercati interni e stranieri. È suo interesse evidente che detto piano di lavoro e di vendite si svolga secondo il ritmo previsto. Ora, gli acquisti degli speculatori portano ad una inflazione della domanda con grave ripercussione sui piani stessi di lavoro.

Sostiene l'appellato che l'interesse della Fiat è soltanto accaparratorio, in quanto diretto a vincolare la domanda alla sua insufficiente capacità produttiva. Ma tale obiezione non ha sostanza: infatti gli acquirenti già sanno, nel momento in cui contrattano, le condizioni di acquisto: consegna in ordine di prenotazione, come dice il contratto: « ... non appena possibile in relazione agli impegni assunti ed alle possibilità di produzione della fabbrica... ». Il compratore perciò liberamente accetta la consegna dilazionata secondo ragionevoli previsioni di tempo, contando sulla serietà della ditta e sulla normalità del suo ritmo produttivo. Ove non possa o non creda di aspettare, può sempre rivolgersi ad altra ditta costruttrice di automobili.

b) Oltre a questo importantissimo interesse economico la Fiat ne ha altri ancora non meno rilevanti: in prima linea uno di carattere morale. Invero il bagarinaggio può dare àdito a sospetti sulla sua buona fede, potendosi da qualcuno credere che essa ricorra a fiduciari

segreti per realizzare con le consegne immediate, o a breve termine, prezzi di gran lunga superiori a quelli di listino e conseguire così guadagni ingenti, con danno degli altri clienti prenotati disposti a non sopportare un maggiore dispendio.

c) Il bagarinaggio inoltre svia la clientela, perchè se tra il prezzo di consegna immediata — quello cioè richiesto dallo speculatore — e quello di altra ditta fabbricante corra poca differenza, il compratore può preferire rivolgersi a quest'ultima, col vantaggio di avere una macchina nuova, anzichè di seconda mano.

d) Infine porta profonde alterazioni nella distribuzione delle percentuali di vendita ai concessionari di zona.

In effetti quando lo speculatore acquista in una zona e rivende in un'altra, il concessionario della prima realizza la provvigione che sarebbe toccata a quello della seconda. Se poi si consideri che i bagarini operano nei centri di maggiore richiesta, è facile immaginare quali gravi danni subiscano i concessionari di tali piazze. Nè è a dire che la speculazione lede soltanto gli interessi di questi ultimi e non pure quelli della Fiat, perchè il malcontento dei primi incide sui buoni rapporti tra costoro e la rappresentanza, con grave ripercussione sul buon andamento del complesso organizzativo.

Se ai rilievi che precedono si aggiunga che l'appellante, a salvaguardia del suo buon nome, ha pur sempre un interesse generico a che dei suoi prodotti non si faccia speculazione, ed a prestare il servizio gratuito di assistenza e di controllo nel periodo di rodaggio dei suoi veicoli ai diretti acquirenti, deve necessariamente concludere che ingente, sia sotto l'aspetto economico sia sotto il riflesso morale, è l'interesse della Fiat a convenire il *pactum de non alienando* coi suoi acquirenti secondo il disposto dell'art. 1379 codice civile.

Pertanto la sentenza del Tribunale, seppur condotta con notevole perspicuità di indagine, non può trovar conferma in questa sede.

3. Mancata manifestazione dell'interesse alla controparte. Nessuna norma impone, per la validità del contratto, che vengano comunicate alla controparte, in via specifica, le ragioni tutte che inducono l'altro contraente a chiedere la stipulazione di una data clausola.

Basta che l'obbligazione ponga un vincolo giustificabile al lume della comune logica degli affari, e lecito. Nel caso si è visto come in concreto l'interesse sussista e non vi sia alcuna illiceità di causa.

4. Lamentata eccessività del periodo di durata del divieto.

È questo, del conveniente limite di tempo, l'altro requisito richiesto dall'art. 1379 codice civile per la validità del divieto di alienazione. Ma, nella specie, ove si consideri la durata della vita di un autoveicolo e quindi la possibilità di libera rivendita nel tempo successivo al periodo di divieto, è evidente come la clausola di cui trattasi sia contenuta entro un ragionevole limite di tempo. I sei mesi in sostanza coincidono col periodo di rodaggio, quando ancora la macchina può considerarsi in fase di collaudo.

Pertanto l'obbiezione non regge e il patto è, anche per tale aspetto, valido.

5. Se siavi nullità della clausola perchè avente carattere reale. La realtà discenderebbe, secondo l'appellato, dal diritto riservatosi dalla Fiat di perseguire, mediante sequestro, l'autoveicolo anche presso il terzo acquirente. Senonchè la clausola contiene una semplice riserva e la concessione del sequestro costituisce pur sempre una facoltà del magistrato, il quale ben potrebbe negarlo; onde la clausola non ha efficacia *erga omnes*. Comunque l'invalidità della stessa sarebbe limitata alla riserva di sequestro e non inficierebbe il patto di non alienare, che non riguarda i terzi ed ha valore di obbligazione tra i contraenti. (*Omissis*)

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 19 *sub c*, specie ad note 24 e 27, e § 20 *sub a*.

Il commento a questo caso trovasi già nei luoghi citati del vol. I, cui rinviamo. Vedansi anche, quanto alla sentenza del Tribunale di Padova riformata, la nota critica del BRANCA, in *Foro Padano*, 1952, I, 728; la nota adesiva del VOLPI, ne *Le Corti di Brescia e Venezia*, 1952, 87; e la nota critica del CAROZZA, nella *Nuova Riv. di dir comm.*, 1952, II, 94.

Per l'analogo problema dei *contracts in restraint of trade*, v. parte II di questo volume in nota al caso Wyatt cr. Kreglinger. Notisi che nel caso

Fiat-Carrain, come quasi sempre in pratica, mancava un corrispettivo specifico per il vincolo di inalienabilità; onde si doveva apprezzare l'interesse del promissario del patto (v. vol. I § 19 nota 27).

Nella bilancia di interessi, l'interesse sociale alla libertà dei commerci o alla libera circolazione dei beni e l'interesse individuale al vincolo d'inalienabilità (bilancia che dovrebbe servire anche ad apprezzare la ragionevolezza del vincolo e della sua durata), il Tribunale di Padova aveva dato la prevalenza al primo; anzi la sua sentenza sembra quasi ritenere che soltanto un interesse sociale giustifichi il patto d'inalienabilità.

La Corte di Venezia, invece, ha ben opinato che basti anche un interesse individuale. Ma sembra aver esagerato, laddove ritiene che sia sufficiente anche un interesse tenue o qualsiasi; e che il patto d'inalienabilità non sia di *per se illecito*, mentre non lo è soltanto in presenza di un interesse individuale apprezzabile o plausibile secondo criteri sociali o oggettivi; un interesse, così apprezzato, che controbilanci il pregiudizio subito dalla società in relazione al principio della libera circolazione dei beni. In questo punto sembra aver ragione il Tribunale di Padova, là dove dice che: « nella collisione fra i due interessi, il primo, concreto e attuale, va protetto, perchè si fonda sull'esigenza della libertà dei commerci, mentre il secondo, per essere eventuale ed incerto, perde ogni apprezzabilità ». Si può soltanto non essere d'accordo col Tribunale su quest'ultimo punto nelle circostanze del caso concreto.

Tuttavia la Corte di Venezia, nonostante la sua criticabile premessa, passa poi a dimostrare come nel caso concreto sussistesse un interesse individuale della Fiat apprezzabile e rilevante secondo i surrichiamati criteri oggettivi.

Come si è accennato nel vol. I § 19 nota 27, l'esistenza di un danno patrimoniale e del correlativo interesse sembra in genere risolvere la questione. Ma può trattarsi anche di un c.d. interesse morale; nel qual caso sorge il problema della possibilità di sanzionare il patto; e la sanzione, per l'impossibilità o la difficoltà di liquidare il danno, consisterà in genere o nell'esecuzione in forma specifica (v. nel caso Fiat il tentativo di sanzionare il patto mediante un sequestro) o in una clausola penale: v. vol. I § 19 nota 27, e § 21 *sub a.* E' appunto nel caso di questo c.d. interesse morale che sorgerà di solito il problema di un interesse individuale apprezzabile e rilevante secondo i cennati criteri oggettivi.

Nel caso FERNANDEZ *cr.* VITIELLO e AVITABILE, Cass. 4 agosto 1936, citato nel vol. I § 19 nota 27, il padre del Vitiello aveva donato degli immobili al figlio « allo scopo espresso di sostenere i pesi della famiglia » e col

divieto di « cederli durante il matrimonio, nè costituirvi afficienze ». Il Vitiello vi aveva costituito un'ipoteca a favore del Fernandez, e aveva poi eccepito il suddetto vincolo in sede di opposizione a precetto immobiliare. La Corte d'appello aveva ritenuto valida la condizione di non alienabilità, « perchè limitata nel tempo e giustificata da *apprezzabili interessi*, quali erano quelli della famiglia che il donante intendeva tutelare ».

La Corte di Cassazione seguiva per questa parte la sentenza d'appello, notando che, pur non trattandosi di costituzione di dote, v'era nel caso una donazione *per causa* di matrimonio, causa o interesse giuridicamente rilevante. E così continuava: « La questione, allora, circa la validità di un tal patto va risolta con i principii generali che fanno capo alla esigenza di non vulnerare nei suoi caratteri essenziali il diritto di proprietà, particolarmente il cosiddetto *ius disponendi* che ne è una delle manifestazioni. Basterà all'uopo per risolverla dire che solo le clausole, in cui si fa divieto in maniera perpetua ed assoluta di alienare sono nulle, non quelle per le quali il divieto sia limitato nel tempo e denoti che il disponente sia stato indotto a stabilirle da motivi giuridicamente apprezzabili a vantaggio proprio o di terzi, o di colui cui la disposizione è diretta. E mentre di quest'ultimo elemento, essendo il fine coincidente col divieto lecito dell'inalienabilità della dote, già si è fatto cenno, rilevasi che l'altro della temporaneità manifestamente concorre, dappoichè il termine, per quanto riferito ad un avvenimento incerto nel tempo, quale è lo scioglimento del matrimonio, è obbiettivamente certo (*incertus quando, ma non incertus an*).

Ma, ammessa la validità del patto della non alienabilità degli immobili (siano essi oggetto di donazione o di qualsiasi altro atto di disposizione) deve escludersi possano trarne vantaggio i coniugi Vitiello.

Con pieno fondamento il Fernandez in sede di appello, dopo di aver rilevato che, a seguito del decesso del padre, erano venute nel Vitiello a confondersi le figure di donatario e di erede del donante, poneva in evidenza l'assurdo di una condizione che questi avrebbe fatto valere contro se stesso; esplicitamente ora col terzo motivo del ricorso oppone come il Vitiello, che aveva concesso l'ipoteca, non possa eccepirne la nullità dovendo garantire il fatto proprio; e come nè l'Avitabile, che in ispreto al divieto, aveva trasferito l'usufrutto sugli immobili ipotecati, nè lo stesso Vitiello, congiuntamente alla moglie, nella qualità di rappresentanti dei figli nati e nascituri cui fu trasferita la proprietà, possano opporre al Fernandez la validità del patto, avendolo essi stessi violato. »

Per questi motivi la Suprema Corte cassava la sentenza impugnata. Si trattava in questo caso di un interesse morale, che la Corte ritenne

giuridicamente apprezzabile, per i motivi suddetti. Si noti che non esisteva a quell'epoca una norma come quella del vigente art. 1379 c. civ. ital. La Suprema Corte, tuttavia, ritenne praticamente inopponibile il patto ai terzi. Si domanda quale poteva essere nel caso la sanzione per l'inosservanza del patto d'inalienabilità.

NOTA SULLA TEORIA DELLA FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE.

Con il caso Fiat-Carrain, e con altri riferiti nel corso del presente volume, nonchè con quelli citati nel vol. I § 19, riteniamo di aver dimostrato gli equivoci di quella teoria e come i problemi, pei quali si invoca la « funzione economico-sociale del contratto », possano e debbano risolversi senza far ricorso a quel concetto polivalente e nebuloso.

Il lettore, riflettendo su tutti quei casi, sul vol. I § 19 *sub b*, e in particolare sui casi Stella cr. Gangemi, Ricciardelli cr. Biondo e Fiammingo cr. Opera Naz. Combattenti, potrà rendersi conto come il concetto di funzione economico-sociale sia fatto intervenire nei diversi casi a risolvere problemi fra loro diversi e vi abbia un contenuto diverso, e come questi problemi possano risolversi anche senza far ricorso a quel concetto.

In particolare, quanto al caso Stella cr. Gangemi, il lettore potrà proporsi i seguenti quesiti:

1°) E' possibile, senza far ricorso alla teoria o « tecnica » della funzione economico-sociale, risolvere il problema di cui tratta la prima parte di quella sentenza, e risolverlo nello stesso senso di questa, e cioè nel senso che, ai fini della qualifica di un atto come donazione remuneratoria, e della conseguente esclusione della revocabilità della donazione, dell'obbligo alimentare verso il donante etc., non occorre che il « motivo » di remunerare risulti dall'atto pubblico?

2°) Lo scopo di remunerare un servizio o di riparare un torto costituisce veramente un « motivo » della donazione remuneratoria? O non è piuttosto una « causa secondaria », come l'onere, la quale non occorre risulti dall'atto pubblico, ma che non per ciò si riduce ad un mero « motivo », dato che influisce, come riconosce la sentenza, sul regime della revoca e del dovere degli alimenti al donante ecc.? V. nota al caso *Magenis sub b* e richiami ivi.

Non bastava far ricorso, invece che al concetto di funzione economico-sociale, a qualcosa di analogo al *billet non causé*, per stabilire la possibilità di non menzionare la « causa secondaria » nell'atto pubblico? Del resto, neppur occorre menzionarvi la « causa principale » di liberalità: v. vol. I § 34 nota 10.

CAPITOLO VIII

UN CASO NON CLASSIFICATO

CECCHINI cr. GIACOMELLO

Pretura Vicenza, 22 dicembre 1937. — *Foro it.*, 1938, I, pag. 1421.
(la sentenza è riferita testualmente, salvi gli *omissis*)

« (*Omissis*). — Le persone non possono commerciare elementi del proprio corpo che disintegrino o sminuiscano la loro personalità necessaria allo adempimento dei doveri e delle funzioni sociali. Ma, come è permessa (pur colle varie limitazioni e cautele di legge) la libertà di disposizione in vari modi della propria attività personale, anche se ne deriva fatica, dolore e pericolo alla vita, è del pari permessa l'alienazione di congrua parte del proprio sangue, e viene anzi incoraggiata ed elogiata per salvare da grave pericolo chi ha bisogno del sangue altrui.

Infatti, nonostante l'alienazione di congrua parte del sangue umano (come di una parte della propria pelle e come del latte della balia), rimane ancora integra la personalità, perchè sangue e cute e latte (e così dicasi della chioma femminile) si rinnovano con la materiale possibilità del distacco, senza grande nè duraturo pregiudizio per la persona.

Detta parte di sangue costituisce un bene, di cui la persona può volontariamente disporre, non essendo quel sangue vincolato ad una essenziale destinazione od integrazione personale nè ad una finalità di interesse generale, e ciò tanto più se si tratti di salvare da grave pericolo altra persona.

Così il sanitario che opera la trasfusione non compie delitto di lesione (art. 54 codice penale).

Se si può disporre gratuitamente di congrua parte del proprio sangue colla donazione o con prestazione gratuita, non vi è motivo per cui non si possa disporre anche per compenso, o mediante vendita o mediante obbligazione di fare o mediante locazione d'opere (contratto innominato).

La trasfusione del sangue è operazione chirurgica di recente applicazione come il trapianto di pelle, e per evidenti ragioni speciali si ricorre, di solito, a persone che vi si prestano per spirito altruistico ed eminentemente umanitario. Ma queste, iscritte di solito in elenchi speciali, possono mancare od essere inadatte; ed allora sorge la necessità di invocare il sacrificio di altre persone, che giova allevare mediante compensi. Non risulta che l'attore si fosse iscritto nell'elenco dei benemeriti donatori di sangue; e sarebbe invece stato pel caso in questione scelto e richiesto con promessa di compenso. È possibile che solo per effetto di questa promessa egli abbia aderito alla richiesta di trasfusione del suo sangue nell'elevata misura di 800 cmc. in soli nove giorni, se egli non aveva particolari doveri o sentimenti verso l'ammalata, e se era prevedibile che gliene sarebbero derivati danni o spese di speciale alimentazione rinsanguatrice, spese forse insopportabili per lui semplice operaio.

Qualche infermiere, forse per acquistarsi benevolenza o meriti presso l'Istituto ospedaliero, o qualche persona altruista dotata di sangue esuberante possono fare donazione di parte del loro sangue; qualche altra animosa o generosa persona può esporsi a grave pericolo per salvare altri da danni imminenti, mentre l'urgenza impedisce di contrattare la loro prestazione preziosa. Ma quando i generosi non si presentano, non vi è altro modo per ottenere soccorso che compensandolo e tutelandone la compensazione. Chi ha bisogno di una bella chioma la compera, e chi ha bisogno di baliatico lo compensa. Qualcuno sostiene che non si possono vendere nemmeno parti non indispensabili del proprio corpo, se non quando sono staccate. Ma la chioma, se si può vendere staccata, si può anche staccare per venderla. Il latte della balia prezzolata è una trasfusione di latte, spesso non esuberante e sottratto al figlio naturale. Il fatto relativo non ripu-

gna, solamente perchè, a causa della remota ed universale usanza del baliatico, la gente ha potuto anche in ciò farsi ragionevole e realistica. Tale si farà gradatamente anche in relazione al progressivo uso della trasfusione del sangue e del trapianto della cute e di altre analoghe cure chirurgiche già in uso o da iniziarsi nel futuro.

Non si può negare che nella abrasione del tessuto cutaneo o nella puntura per la fuoruscita del sangue vi sia una lesione di continuo nel tessuto umano, e quindi, dal punto di vista medico legale, una lesione personale. Neppure può negarsi in questi casi, specialmente nelle ipotesi di trasfusione del sangue, la normalità di una reazione febbrile dell'organismo indebolito dall'assorbimento del sangue.

Il sangue, come la cute ed il latte delle nutrici, non sono in stretto senso in commercio, cioè nei negozi e nei mercati, ma, senza essere cose comuni, sono cose utilizzabili, cioè beni di cui non è vietato disporre, e che si possono rifiutare ad altri come cedere per cause particolari.

Anche l'assistenza agli infermi, grande virtù religiosa e civile, è generalmente soggetta a compenso (infermieri, sanitari); e lo sono perfino le cure pietose ai defunti. Non v'è dunque motivo di nullità del contratto, perchè la cosa sia fuori di commercio o perchè la causa sia illecita; e non v'è indeterminatezza di oggetto (compenso), perchè non sia ancora determinato, essendo però in qualche modo determinabile (art. 1117 cod. civ.), considerando l'utile recato all'ammalata (utile fisiologico e risparmio di medicine e cure ricostituenti) ed il danno dell'attore (danno fisiologico e spese per cure rinsanguanti) in relazione all'eventuale agiatezza di essa ammalata.

In sostanza l'attore chiede il corrispettivo della sua prestazione od il risarcimento di quanto gli è costata (*pretium sanguinis vel damnum*: sua scrittura 19 giugno 1937). Non vi è dunque cambiamento di titolo, che è sempre lo stesso (trasfusione del sangue), e perchè la parola *damnum* evidentemente fu usata per indicare non l'*id quod interest* di un'adempienza, ma una norma di valutazione del corrispettivo domandato. Se l'attore si fosse impegnato alla trasfusione, e vi si fosse poi inaspettatamente rifiutato, non sarebbe stato

(pel diritto all'integrità fisica) passibile di esecuzione coattiva, ma sì però di responsabilità per danni; e se avesse col suo sangue anche involontariamente infettato l'ammalato, sarebbe stato passibile delle sanzioni di cui all'art. 590 cod. pen. e 1151 cod. civile.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 19 *sub c* et *d*, § 10 *ad* nota 1; § 14 *sub e*; § 14 bis; § 20 *sub b*; § 27 *sub c*, 4°; v. anche la nota introduttiva al cap. IV e il cap. V.

Non abbiamo classificato questo caso, perchè esso appartiene un po' a tutti i problemi discussi nel vol. I. Esso mostra quali siano i veri problemi del contratto, in raffronto a quelli creati dalla teoria della funzione economico-sociale o da altre vaghe concezioni della « causa ». Confidiamo che il lettore se ne renderà conto, rispondendo ai quesiti che seguono, i quali sono stati, a bella posta, redatti in modo più conciso del solito e con rinvii più generici. Richiamiamo in particolare l'attenzione sul quesito 3°.

La difesa di chi non voleva pagare il sangue ricevuto e la stessa sentenza del Pretore sembrano fondate sul presupposto di una concezione unitaria del contratto sinallagmatico, per cui, se è nulla l'una delle promesse o obbligazioni, quella di dare il proprio sangue, dev'essere nulla anche quella del corrispettivo, e così nullo l'intero contratto. Ciò spiega la lunga discussione del Pretore per dimostrare che l'alienazione o l'obbligazione di dare il sangue non era illecita, ma permessa.

La sentenza del Pretore tocca anche, più o meno direttamente, il problema della responsabilità di chi dà o promette di dare il proprio sangue a titolo gratuito.

Convorrà quindi esaminare separatamente il problema del contratto sinallagmatico e quello del contratto a titolo gratuito.

Quanto al primo problema, trascuriamo l'ipotesi che l'operazione di trasfusione del sangue sia in sè stessa un reato, o che, quanto meno, non si debba riconoscere un diritto al compenso per non incoraggiare una speculazione su operazioni del genere. In entrambi i casi, è chiaro che tutto il contratto sinallagmatico sarebbe nullo per illiceità che tutto l'investe.

Ma si faccia l'ipotesi, a nostro avviso tutt'altro che improbabile, che l'operazione di trasfusione del sangue, pur non essendo un reato o non essendo illecita per compenso, non possa costituire l'oggetto di un'obbligazione. In questo caso, ciò che è illecito, o non giuridicamente sanzionato, è soltanto il farsi promettere, come vincolo *giuridico* pel promittente, una prestazione del genere: come vincolo giuridico, cioè con la possibilità di

un'azione in giudizio per costringere il datore di sangue a mantenere la promessa, direttamente con l'esecuzione specifica, o, indirettamente, con la condanna al risarcimento dei danni per inadempimento. Si noti che in molti casi, quando si parla di contratto illecito, si vuol alludere, più o meno chiaramente, ad un illecito in questo senso.

Se si accoglie questa opinione, contraria a quella del Pretore, si pongono i seguenti problemi:

1) E' da accogliere la suaccennata concezione unitaria del contratto sinallagmatico o della sua causa, che implicherebbe *in ogni caso* la nullità anche della promessa di un corrispettivo a chi ha promesso di dare il sangue?

2) Quanto alla responsabilità di quest'ultimo, se non sussiste una responsabilità contrattuale, può sussistere una responsabilità non contrattuale per non aver eseguito la promessa o per averla male eseguita (sangue infetto ecc.)? A quali condizioni e con quale portata? come si distingue, cioè, negli effetti pratici, questa responsabilità non contrattuale da quella contrattuale?

3) Quanto alla cennata ipotesi di una promessa di dare il sangue senza corrispettivo, *ammesso che possa in astratto sussistere una responsabilità contrattuale*, come e con quali effetti può sorgere un vincolo giuridico contrattuale?

In che si distinguerebbe, negli effetti pratici, questa responsabilità contrattuale da quella di un contratto a titolo oneroso? In che si distinguerebbe, sempre negli effetti pratici, da una responsabilità non contrattuale?

P A R T E S E C O N D A

GIURISPRUDENZA O CASES DI COMMON LAW

CAPITOLO I

CONTINUITÀ STORICA VECCHI (MA SEMPRE VIVI) PRECEDENTI

PREMESSA. - Lo scopo di questo capitolo è quello di mostrare la continuità di sviluppo della *common law* e come, già nei secoli XVI e XVII e anche prima, si fosse venuta formando la concezione fondamentale del *contract* quale *bargain* (v. vol. I § 26). Ciò non si può dire, ovviamente, per la *civil law*: un precedente giudiziale, uno statuto, una consuetudine di quei secoli servirebbero ben poco, quando venissero invocati come autorità pel diritto moderno, e di fatto nessuno pensa ad invocarli. Ancor oggi, invece, i casi *infra* riferiti ed altri hanno valore nella *common law* e vengono all'occasione invocati.

WEBB'S CASE

King's Bench, 1577. — 4 Leonard 110

CONSIDERATION COME DETRIMENT: RAPPORTI CON IL PROBLEMA DELL'ERRORE SU UNA QUALITÀ (ESSENZIALE?) DI ESSA.

(il caso è in parte parafrasato e in parte riferito testualmente)

A ha un debito verso *B* e *B* verso *C*. Questi, che sarà poi il convenuto o *defendant*, promette a un terzo *D* (l'attore o *plaintiff*) 10 sterline, se *D* gli procurerà da *B* una «*letter of attorney*» per agire contro *A*. Obiezione del convenuto: egli non ha ottenuto nulla (*any consideration*) in cambio della sua promessa, all'infuori del «*labour and travel*» dell'attore *D*, perchè la «*letter of attorney*» non serviva allo scopo, per agire contro il debitore, cioè per rendere praticamente attuabile una cessione di crediti.

L'eccezione è respinta: «*for in this case not so much the profit which redounds to the defendant, as the labour of the plaintiff in*

procuring the letter of attorney is to be respected » (perchè in questo caso si deve aver riguardo non tanto al vantaggio che deriva al convenuto — il promittente — quanto al lavoro svolto nel procurare la *letter of attorney*).

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 26 *sub a*; § 30 *sub a*.

La *letter of attorney* doveva servire praticamente per realizzare, mediante una procura, una cessione di crediti (*assignment*). V. in proposito il nostro articolo, *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 267.

La decisione del *case* si ispira all'idea del *detriment* come *consideration*.

Cfr. anche *infra* il caso *Knight v. Rushworth*.

Sulla questione di una *consideration* consistente nel procurare, rimettere o restituire un documento nullo o inefficace allo scopo, v. il caso *Haigh v. Brooks* e la nota *ivi*.

Questionario:

Come si risolverebbe questo caso nella *civil law*? quale influenza potrebbero avervi i nostri principi sull'errore (circa il valore giuridico del documento, o *letter of attorney*, richiesto)?

STURLYN v. ALBANY

King's Bench, 1587, *Cro. Eliz.*

(*Crokes King's Bench Reports temp. Elizabeth*), 67.

CONSIDERATION: ADEQUACY. — PROMESSA DI PAGARE UN DEBITO ALTRUI CONDIZIONATA ALL'ESIBIZIONE DI UNA PROVA DOCUMENTALE.

(il caso è in parte parafrasato e in parte riferito testualmente)

L'attore *Sturlyn* aveva dato in locazione o godimento a vita (*lease for life*) un immobile a un certo *J. S.*, che aveva ceduto il suo diritto di godimento a *Albany*, il convenuto. Il canone non era stato pagato; v'erano anche degli arretrati. Questi ultimi, pare, non erano dovuti dal convenuto, quanto meno in base ad un'azione personale o d'obbligazione come quella promossa da *Sturlyn*. Allorchè *Sturlyn* richiese il pagamento del canone a *Albany*, questi rispose che, se il

primo poteva mostrargli (*to show*) un atto sigillato o *deed* comprovante che v'era un canone dovuto, egli avrebbe pagato il canone e gli arretrati. Sturlyn mostrò l'atto (*showed the act*).

Eccezione del convenuto Albany: « *there was no consideration to ground* (per fondare) *an action, for it is but the showing of the deed* », (perchè si trattava soltanto di mostrare il documento). Il semplice fatto di mostrare un documento non è una *consideration*. L'eccezione è respinta dalla Corte perchè: « *when a thing is to be done by the plaintiff, be it ever so small, this is a sufficient consideration to ground an action* » (quando una cosa deve essere fatta dall'attore — promissario — questa cosa, per quanto piccola sia, è una *suffic. consid.* per fondare un'azione). Si aggiunge, è vero, la ragione sostanziale che, nel caso, l'esibizione del documento serviva per evitare una lite.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 26 *sub a* e § 30 *sub a*.

Il caso è ancora citato da autori e *cases* come autorità in tema di irrilevanza dell'*adequacy*: v. ad es., il caso Allegheny College *infra* riferito, nonchè vol. I § 30 nota 2.

V. per qualche analogia, ma con delle differenze, il Fooly and Preston's case riferito nei miei *Appunti sul contratto obbligatorio*, Riv. trim. di dir e proc. civ., 1953, p. 39.

Come osserva il CORBIN, *Cases on the law of contracts*, St. Paul, Minn., 1947, p. 209, probabilmente il *landlord* Sturlyn poteva ottenere il pagamento degli arretrati mediante una specie di azione reale sui mobili del convenuto Albany esistenti sull'immobile. Ma Sturlyn preferì agire con l'azione personale fondata sulla promessa o *assumpsit*.

Non si discute nel caso se il documento fosse o meno valido, ma sembra fosse stato richiesto, almeno implicitamente, da Albany un documento valido (v., per contro, il Webb's case, e il caso Knight v. Rushworth, e nota ivi; il caso Haigh v. Brooks e nota ivi).

Questioni che si possono porre per la *civil law*:

1) Sarebbe sanzionabile da noi la promessa di pagare dei canoni arretrati, oltre quelli *personalmente* dovuti dal promittente, in quanto il promissario mostri il documento da cui risulti che per l'immobile v'è l'obbligo di pagare un canone (anche se trattasi di prova inoppugnabile come il *deed*)? E se sì, in base a quali principi o concetti? Transazione, negozio d'accertamento, conferma, contratto innominato?

2) Quale importanza ha per noi il fatto che Albany potesse o meno essere soggetto ad un'azione « reale » su propri beni mobili esistenti sul fondo per il pagamento dei canoni arretrati?

3) Se Albany non fosse soggetto a quest'azione reale, quanto agli arretrati quale debito del precedente conduttore del fondo, la sua promessa si dovrebbe qualificare o come fideiussione o in genere come promessa di pagare un debito altrui (in ogni caso, con la *condizione* di esibire il documento); sicchè occorrerebbe l'intento di compiere uno di questi negozi, e sicchè, in mancanza di tale intento, sarebbe rilevante l'errore sul presupposto di essere soggetto ad un'azione reale. È così?

4) In mancanza dell'intento di compiere uno di quei negozi, l'evitar l'azione reale costituisce, per la *civil law*, la *causa* della promessa di pagare gli arretrati, oppure tale causa può consistere nell'esibizione del documento in sè e per sè? Si può pensare ad una transazione, condizionata all'esibizione del documento?

5) In altri termini, in tutte le ipotesi di che ai quesiti precedenti, la esibizione del documento deve prospettarsi come mera condizione della promessa, o può anche prospettarsi come causa? E, in ogni caso, non si avrebbe un contratto sulla prova, non permesso?

Come si vede, l'importanza della questione nella *common law* è del tutto diversa: ivi basta che il fatto richiesto, cioè l'esibizione del documento, sia stato eseguito.

KNIGHT v. RUSHWORTH

Common Pleas, 1596. — *Cro. Eliz.* 469.

CONSIDERATION COME DETRIMENT. — PROMESSA DI PAGARE UN DEBITO PROPRIO, CONDIZIONATA AD UNA PROVA (GIURATA) STRAGIUDIZIALE. — PROBLEMI IN PARTE ANALOGHI A QUELLI DEI CASI PRECEDENTI.

(il *case* è parafrasato)

Rushworth, come concessionario dei beni di Mary Rushworth, aveva affermato che un atto di obbligazione di Mary, verso Knight, per duecento sterline, era stato letto a Mary come un'obbligazione di cento sterline. Tuttavia Rushworth si era assunto di pagare duecento sterline a Knight, se questi e due testimoni avessero deposto, sotto giuramento, davanti al Sindaco di Lincoln, che l'atto era stato letto a Mary come obbligazione di duecento sterline. Ciò che fu fatto.

Eccezione del convenuto Knight: non c'è *consideration*, all'infuori di quella deposizione giurata, che è illegale e perciò nulla.

Uno dei giudici disse: non ha importanza che la *consideration* costituisca una *benefit* pel promittente. Basta che vi sia « *any charge or trouble* », un qualsiasi peso o disturbo pel promissario, « *come nel caso Sturlyn v. Albany* ». Inoltre, aggiunge il giudice, la detta deposizione è sufficientemente legale.

Un altro dei giudici: « *The travail* » di presentarsi davanti al sindaco, « *is a very good consideration* ». La deposizione non è illegale, « *and the smallness of consideration is not material* (la piccolezza della *consid.* non è rilevante) ». L'altro giudice è d'accordo.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 26 *sub a* e § 30 *sub a*.

Cfr., per altri casi più recenti: WILLISTON, *Contracts*, § 112 nota 7. Importante, fra questi, il caso BROOKS v. BALL, *Supreme Court of New York*, (1820). 18 *Johnson*, 337, in cui sono richiamati altri precedenti sulla promessa di pagare o di rimettere un preteso debito, se il preteso creditore o un terzo renderà un giuramento stragiudiziale, o il preteso debitore un giuramento di nulla dovere (perchè si assumeva essere la cambiale un falso).

Nel caso Brooks v. Ball il convenuto negava di dovere la somma richiesta, ma promise di pagarla, se il preteso creditore avesse fatto un giuramento stragiudiziale circa la « *correctness* » della sua pretesa.

Richiamati quei precedenti, SPENCER, *Chief Justice* della Corte di New York, così si esprime:

« Questi precedenti, che stanno fermi e non contrastati, mostrano abbondantemente che una promessa come la presente è giuridicamente valida, e che il rendere la prova del giuramento o l'*affidavit*, sia di un terzo che della stessa controparte, costituisce una *sufficient consideration* per quella promessa. Con ciò non si tratta di rendere un uomo giudice nella propria causa, ma di riferire un fatto disputato alla coscienza dell'altra parte. È un eccedere nella questione, il supporre che ciò condurrà allo spergiuro. Se la promessa è vincolante, in quanto il rendere la prova o l'*affidavit* richiesti costituisce *consideration* per la promessa stessa, al convenuto (promittente) dev'essere necessariamente precluso di contraddire il fatto. Egli ha volontariamente rinunciato ad ogni altra prova; e il permettergli di rimettere in questione la verità o correttezza della prova o

affidavit, significherebbe permettergli di alterare le condizioni del suo impegno e virtualmente di rescindere la promessa ».

Nel caso inglese STEVENS *et al.* v. THECKER (*Peake's N. P. Rep.* 187), si dice in un *obiter dictum* che la promessa sta ferma anche se il giuramento risulta poi falso, perchè chi « ha convenuto di accettare quell'*affidavit* giurato come prova del fatto, non può poi agire, dopo aver indotto l'altra parte a commettere il delitto di spergiuro ». Motivazione, questa, come quella del caso Brooks, un po' diversa da quella del caso Knight v. Rushworth, in quanto si fonda sull'*inducement* e sul *bargain*, più che sulla *smallness* del *trouble* cagionato con la promessa.

Secondo alcuni, il presupposto di questi casi, come del caso *Albany v. Sturlyn*, è che l'offerta della prova dell'obbligazione non costituisca una mera condizione, ma sia stata effettivamente l'oggetto di un *bargain* (WILLISTON, *loc. cit.*).

Dal punto di vista della *civil law*, conviene notare che nel caso *Knight*, come negli altri simili, trattasi di un debito proprio del promittente (come cessionario di beni), a differenza del caso *Sturlyn v. Albany*. Ci si può allora domandare se per la *civil law* l'obbligazione di Rushworth di pagare le 200 sterline si fonda sulla promessa di pagarle (con che sia data la suddetta prova), ovvero sul fatto che il debito precedente (di cui si chiedeva una certa prova) è stato provato, o che è stata provata la mancanza di fondamento in fatto di una certa eccezione (di frode). E secondo quali principi tale prova deve essere data? *Quid iuris*, sotto l'aspetto di una transazione? o sotto l'aspetto di una conferma o rinuncia all'azione di dolo, condizionata al dare la richiesta prova?

Si tratterebbe di un contratto sulla prova, non ammesso, secondo una opinione, nel nostro diritto processuale?

Si tenga presente che nella *common law* la prova è materia lasciata alla disposizione delle parti (v. « Avvertenze » a questo vol. II, n. 5).

In ogni caso, è evidente quanto diversa sia l'impostazione del problema per la *civil law*.

GRISLEY v. LOTHER

King's Bench, 1614. — *Hobarts King's Bench Reports*, 10

CONSIDERATION COME BENEFIT: INFLUENZA DELLA REQUEST SUI PROBLEMI DELL'ADEQUACY O DEL VALORE DELLA CONSIDERATION.

(il *case* è in parte parafrasato, in parte riferito testualmente)

La signora Grisley aveva una figlia, apparentemente l'erede del

marito di essa Grisley. Alla madre Grisley il signor Lothar aveva promesso 100 sterline « *in consideration that she, at his special instance and request, would give her consent that he (Mr. Lothar) should have that daughter to wife* » (in considerazione del fatto che la madre avrebbe dato il suo consenso a che sua figlia sposasse Mr. Lothar).

Eccezione di Lothar: poichè la madre non aveva la tutela sulla figlia, il suo consenso al matrimonio « *was superfluous* ». L'eccezione fu respinta per questi motivi: « La madre ha per legge di natura, per l'affezione della figlia verso di lei, e per la confidenza nel suo consiglio e nella sua guida, un'influenza speciale per inclinare l'animo della figlia in un senso o nell'altro: il fatto che Mr. Lothar abbia desiderato tale consenso e l'efficacia di questo mostrano che Mr. Lothar considerò il consenso stesso come avente tale influenza. Perciò si deve presumere che era importante ottenerlo; ed esso, essendo stato concesso *ad istanza e richiesta* di Mr. Lothar, deve essere ritenuto una *sufficient consideration* ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 26 *sub a, d et e*; § 30 *sub a*.

Il valore della *consideration* nel caso Grisley è tratto dal fatto che il promittente l'ha richiesta.

Come si imposterebbe e risolverebbe questo caso nella *civil law*, a parte, s'intende, la questione dell'illiceità della causa? V. il caso Zambaldo cr. Lavagnoli riferito in questo vol. II e il caso Casciabanca cr. Triggiani citato nel vol. I § 21 nota 21.

FREEMAN et ux. v. FREEMAN

King's Bench, 1615. — 2, Bulstrode's Reports, 269

PROMESSA DI BENI PER UN FUTURO MATRIMONIO. — CONSIDERATION COME DETRIMENT O COME SEMPLICE CONDOTTA TENUTA A RICHIESTA DEL PROMITTENTE.

(il caso è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

Il convenuto Freeman aveva promesso ad una giovane (che sposò poi l'attore) dei beni in *consideration* del fatto che essa spo-

sasse l'attore. Marito e moglie promossero poi l'azione *de qua*. Il convenuto eccettò che quella non era una valida *consideration*.

Il gran giudice Coke, insieme con la Corte, ritenne: « Questa è una *consideration* valida per fondare la promessa. Così, se uno dice a un chirurgo: "cura la tal persona e io ti pagherò per le tue prestazioni"; o dice ad altri: "consegna al tal mercante tanti vestiti, pei quali, se l'altro non pagherà, io pagherò"; in questi casi, v'è una valida *consideration*, e il promittente è soggetto ad un'azione (*action upon the case*, v. vol. I § 26 *sub a*), benchè egli non tragga dall'affare alcun beneficio... Se un atto, da cui io non traggo alcun *benefit*, dev'essere compiuto da altri a mia richiesta, io sarò responsabile in base ad un'*action upon the case*... ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 26 *sub a, d et e*; § 30 *sub a*.

Nel caso *Smith v. Smith*, K. B. 1584 (riferito nel nostro articolo, *Appunti sul contratto oblig.* cit., p. 38) si accolse la tesi che la *consideration* deve costituire un *benefit* per il promittente. Ma questa tesi sembra già respinta nel *Webb's case* e, comunque, come osserva CORBIN, *op. cit.*, p. 212, risulta del tutto screditata nel caso *Freeman*, ove sembra anche irrilevante il fatto che il matrimonio risultasse o meno di vantaggio o di *detriment* (effettivi) per la giovane sposa: v in proposito vol. I § 30 nota 1, nonchè il caso *Hamer v. Sidway* e altri.

Anche oggi, nella *common law*, la promessa di un bene (assegno, dote o simili, nella *civil law*) *in consideration* di un matrimonio, viene considerata e trattata come nel caso *Freeman*: v. il caso *Berry Ruspoli cr. Berry Chigi*, *infra* riferito, nonchè il caso *De Cicco v. Schweizer*, pure *infra* riferito, ma diverso dal caso *Freeman*.

Ma già nel 1459 si trova nella Corte di *Common Pleas* un caso (M. 37 H. VI, 8 pl. 18) riferito da POLLOK, *Contracts*, 13^a ediz., p. 139, di promessa di 100 st. ad un Tizio perchè sposi la figlia del promittente. Ivi la questione è esaminata dal punto di vista del *quid pro quo* in un'*action of debt* (vol. I § 26 *sub a*). Il ragionamento di questo *case* è che il promissario ha fatto ciò che gli era stato richiesto, anche se non ne deriva un diretto *benefit* pel promittente, come nell'esempio di un Tizio che promette qualcosa a un medico perchè curi un'altra persona (che è l'esempio citato da Coke nel caso *Freeman*).

Appena occorre notare il diverso aspetto (che è anche quello della do-

nazione) sotto cui la *civil law* considera casi simili. Per la *common law* ciò che conta è che il matrimonio, come un qualsiasi altro fatto o atto, sia stato *richiesto* dal promittente e *accettato* come base della promessa, e che abbia avuto luogo: *res secuta est!*

Nella *civil law*, a parte il caso della dote (che pur deve rivestire la forma dell'atto pubblico), a parte quello dell'obbligazione naturale dei genitori (v. vol. I § 11 *sub d*), la promessa di un bene o la alienazione (di un immobile) per causa di matrimonio è considerata come donazione, e non come *bargain*, e deve rivestire certe forme (v. ad es. art. 785 c. civ. it.) anche se, non essendovi già un fidanzamento, la promessa viene fatta per indurre al matrimonio (v. il caso De Cicco cr. Schweizer) o a non sciogliere il fidanzamento. V. tuttavia per un tentativo in senso contrario, sulla base di una specie di *reliance*, il caso Arrigoni Ferrari cr. Mera Pelitti sopra riferito.

JEREMY v. GOOCHMAN

Common Pleas, 1595. — *Cro. Eliz.* 442

PAST CONSIDERATION.

(il caso è riassunto)

Nella sua *declaration* (esposto della domanda con i fatti allegati a sostegno) in un'*action of assumpsit*, l'attore espone che, in *consideration quod* (egli, attore) *deliberasset et dedisset* al convenuto 20 pecore, il convenuto assunse di pagargli cinque sterline al tempo del suo (dell'attore) matrimonio; e che in fatto egli contrasse poi matrimonio. Il convenuto fu assolto perchè l'*assumpsit* o promessa « *is for a consideration past* »; perchè « *it* (la *declaration*) *is in the preter tens deliberasset* » (cioè: perchè la promessa venne fatta per una *past consideration*, in quanto si espone dall'attore il fatto con il verbo *dedisset* al tempo passato).

NOTA. - V. vol. I § 28.

Il matrimonio non era la *consideration*, perchè non era oggetto di una *request*, ma semplice termine pel pagamento della somma. Sul carattere formale della *declaration*, v. « Avvertenze » a questo vol. II n. 5, *sub f*.

SIDENHAM and WORLINGTON

Common Pleas, 1585. — 2 *Leonard*, 224

PAST CONSIDERATION. SERVIZI PRESTATI NEL PASSATO A RICHIESTA DI CHI SUCCESSIVAMENTE PROMETTE QUALCOSA PER ESSI. GARANZIA PRESTATATA DOPO LA VENDITA. NEGOTIORUM GESTIO (EASTWOOD v. KENYON, in nota).

(il caso è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

L'attore (in un'*action upon the case*, v. vol. I, § 26 *sub a*) espone nella *declaration* che egli, a richiesta (*at the request*) del convenuto, si rese garante per la somma di 30 sterline al fine di ottenere la liberazione di un certo J. S., in istato d'arresto. Per colpa di J. S. l'attore dovette pagare le 30 sterline. Dopo di che il convenuto promise all'attore di rimborsargli le 30 sterline per quella stessa *consideration*, ma non mantenne la promessa. La difesa del convenuto sostenne che la *consideration* e la promessa non avevano concorso assieme (*did not concur and go together*), perchè la *consideration* era già stata compiuta in tempo anteriore, cosicchè non si può ritenere che la promessa venne fatta per quella stessa *consideration* (intendi, ma per un motivo di riconoscenza, un dovere morale o simili). Come se uno mi dà un cavallo (intendi, senza pretendere e convenire un corrispettivo) e un mese dopo io gli prometto 10 sterline.

ANDERSON: «L'azione non è fondata, perchè si tratta di un mero (*bare*) *agreement* o *nudum pactum*...».

WINDHAM, d'accordo con Anderson: «...Se uno vende ad altri un cavallo, e successivamente (dopo la vendita) gli garantisce che il cavallo è sano di membra, questa è una garanzia nulla, perchè essa avrebbe dovuto essere data al momento della vendita».

Il giudice PERIAM, al contrario, ritenne che l'azione era fondata. Diverso, egli dice, è il caso di un contratto e, in specie, di un contratto di vendita, dove promessa del prezzo e trasferimento della cosa devono andare assieme «*for a contract is derived from con and trahere, which is a drawing together*»; sicchè tutto ciò che è elemento del contratto, la promessa e il trasferimento, devono concorrere e incontrarsi assieme. Ma in questo caso di *assumpsit*, dice sostanzialmente Periam, basta che la *consideration*, sia pure già ese-

guita al tempo della promessa, sia stata eseguita a richiesta di chi poi fece la promessa stessa.

Il giudice RHODES è d'accordo e ne dice: Così, nel caso che un domestico mi presti servizi per un anno, e decorso l'anno, gli prometto per questi servizi 20 sterline, v'è azione per una promessa fondata su una valida *consideration*; mentre sarebbe diverso se, avendo il domestico durante il servizio già ricevuto un salario, io gli prometta poi *ex abundantì* altre 10 sterline.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 28 *sub a* specie *ad* note 8 e 9.

Sulla questione di una promessa di compenso per precedenti prestazioni o servizi resi a richiesta (più o meno espressa) v. il caso LAMPLEIGH v. BRAITHWAIT, K. B. 1616, riassunto nel vol. I § 28 nota 9.

Tuttavia la *doctrine* si sviluppò poi nel senso che non basta la *request*, ma occorre anche che si possa vedere nelle circostanze del caso concreto una promessa implicita (*implied promise*) di un compenso, cioè che ne risulti l'intento di una prestazione a titolo oneroso, e così che la *request* non sia richiesta di un mero favore: v. vol. I § 28 *loc. cit.* e la nota con citazioni di CORBIN, *Cases on Contracts*, cit., pp. 326-327; nonchè a p. 329 la nota al caso ALLEN v. BRYSON, *Supreme Court of Iowa*, 1885, 67 *Iowa* 591, con citazione di HOLMES (nel caso ALLEN si riporta il solito esempio di uno che riceve senza compenso o in dono un cavallo e poi promette qualcosa all'altra parte).

Quanto alla garanzia di sanità di un cavallo venduto, prestata *dopo* la vendita, v. il celebre caso ROSCORLA v. THOMAS, *Queen's Bench*, 1842, 3 *Q.B.* 234 (il presupposto è, naturalmente, che nella *common law* la garanzia non fosse dovuta per legge). Il motivo che la garanzia deve essere parte integrante del contratto, e non posteriore, sembra arieggiare la distinzione romana fra *pacta in continenti* e *ex intervallo*. Ma il lettore, nonostante le analogie, saprà vederne le differenze. Sotto l'aspetto della garanzia posteriore come patto modificativo di un precedente contratto, v. vol. I § 38 *sub c* il mio articolo *La rinuncia e il contratto modificativo ecc.*, in *Riv. dir. com.*, 1952, I, p. 405 segg.

Storicamente interessante, quanto al problema di servizi o prestazioni fatti nel passato con un certo intento o in date circostanze, è il caso EASTWOOD v. KENYON, *Queen's Bench*, 1840, 11, *Adolphus and Elli's Reports*, 438.

Ivi l'attore Eastwood, esecutore o amministratore del patrimonio re-

litto da certo J. Sutcliffe, aveva fatto delle spese per l'educazione e il mantenimento della erede Sarah Sutcliffe, figlia minorenni del defunto, per finire e migliorare la costruzione di certe casette, lasciate incompiute dal defunto stesso, e per pagare gli interessi su un debito ipotecario che le gravava. E ciò aveva fatto di tasca sua, in quanto il patrimonio relitto era insufficiente. All'uopo l'attore aveva contratto un prestito con debito cambiario di 140 sterline verso un terzo.

Divenuta maggiorenne, Sarah Sutcliffe, avuta notizia di quanto sopra, approvò il debito cambiario come sopra contratto, pagò una rata di interessi sul detto prestito, e richiese all'attore di cedere l'amministrazione del patrimonio ad altri; il che l'attore fece.

Sarah si maritò poi con Kenyon (il convenuto), il quale, esaminati i conti di Eastwood, da cui risultavano le spese e i debiti suddetti assunti da quest'ultimo, li approvò. *In consideration* di questi fatti, Kenyon (*at common law* investito dei diritti maritali sul patrimonio della moglie e tenuto anche al pagamento dei debiti di essa anteriori al matrimonio) promise a Eastwood di pagare il suddetto debito cambiario di 140 sterline verso il terzo. Ma non lo fece. Onde la causa, per ottenere le 140 sterline.

Nella sua *declaration*, come attore in *assumpsit*, Eastwood espose quanto sopra e aggiunse: di aver agito, nel fare quelle spese e assumere quei debiti, come tutore e rappresentante di Sarah minorenni (*as the guardian and agent*); e che le spese erano state fatte *in modo prudente e utile e con vantaggio di Sarah* per il loro pieno ammontare; e, ancora, di averle fatte a di lei vantaggio, senza compenso, profitto, o ricompensa qualsiasi; e di avere accresciuto il di lei patrimonio in misura assai superiore alle dette 140 sterline.

La domanda di Eastwood venne respinta.

Lord DENMAN C. J. accolse la tesi del convenuto che si trattava soltanto di una *moral obligation* o *past consideration*, incapace di fondare una promessa, salvo nei casi di contratti annullabili, di fallimento e di debiti prescritti (v. vol. I § 28 *sub a*), e che una *precedent consideration* vale soltanto se v'era concomitante con essa una richiesta dei servizi e una promessa implicita di compenso; sicchè in questi casi speciali è valida una successiva promessa espressa, anche se è intervenuta prescrizione o se l'obbligo è stato *barred* da qualche altra regola positiva di diritto (e critica la citazione di Lord Mansfield: v. vol. I § 28 *sub a*).

Nel caso, continua Lord Denman, non v'era stata una *request* di servizi da parte di Sarah Sutcliffe, ma questi servizi rappresentavano un bene o vantaggio spontaneamente (*voluntarily*) conferito da Eastwood a Sarah, con successiva promessa di pagarli.

«La sanzione giuridica (*enforcement*) di simili promesse, dice Lord Denman, per quanto trovi una spiegazione plausibile nel desiderio di rendere efficaci tutti gli impegni fondati sulla coscienza (*conscientious engagements*), potrebbe portare a dannose (*mischievous*) conseguenze per la società; una delle quali sarebbe la frequente preferenza di spontanee assunzioni (*voluntary undertakings*) rispetto a pretese (*claims*) per giusti debiti. Ne deriverebbe la moltiplicazione di liti, e quelle volontarie assunzioni di servizi ne sarebbero anche moltiplicate, con pregiudizio dei reali creditori. Le tentazioni degli *executors* sarebbero molto aumentate se prevalesse una simile *doctrine*, e il fedele adempimento dei loro doveri ne sarebbe reso più difficile».

Con ciò Lord Denman vuol dire che è saggia politica lo scoraggiare chi si immette spontaneamente negli affari altrui (mediante quei *voluntary undertakings*) per farsene poi rimborsare la spesa. È una direttiva contraria a quella della *negotiorum gestio* della *civil law*, anche se, come nel caso, si tratta di gestione utile al *dominus* e prudentemente condotta.

Tuttavia, come nota CORBIN, *op. cit.*, p. 335, benchè Sarah non avesse richiesto quelle prestazioni e relativi esborsi di Eastwood, si può ragionevolmente supporre che, nel caso, Eastwood abbia agito ragionevolmente come suo tutore e come amministratore (*executor*) del patrimonio ereditario e che le spese erano necessarie per preservare la proprietà. Una richiesta dei servizi in tal caso non era necessaria. In queste circostanze, secondo la *civil law*, osserva Corbin, Eastwood avrebbe avuto diritto al rimborso, sulla base della *neg. gestio*, anche senza una promessa; e in questo senso vi sono ormai degli autorevoli precedenti anche negli Stati Uniti (v. il nostro vol. I § 28 *sub a* nota 5).

Se già Eastwood aveva diritto, secondo questa *doctrine*, al rimborso, la *express promise* di rimborso era valida. V. anche CORBIN, *op. cit.*, p. 371 e il *Restatement* americano, ivi cit. Le Corti inglesi hanno resistito a riconoscere queste obbligazioni da quasi contratto; ma recentemente la House of Lords ha ripreso la già abbandonata opinione di Lord Mansfield (v. CORBIN, *op. et loc. citt.*).

Quesito per la *civil law*:

A parte i casi di *negotiorum gestio*, la richiesta, esplicita o implicita, di servizi o altre prestazioni quale valore avrebbe nel problema della *causa praeterita*? Se la richiesta non è accompagnata dalla promessa, implicita nelle circostanze, di un compenso o del rimborso della spesa, la richiesta stessa vale ad eliminare il problema della donazione nella successiva promessa di compenso o rimborso? V. vol. I, § 11 specie nota 4.

Nel rispondere, si distingua a seconda che la richiesta di servizi o pre-

stazioni è fatta a favore di un terzo (come nel caso Sidenham and Worlington o simili), oppure a favore dello stesso richiedente e successivo promittente del compenso o rimborso. E in quest'ultimo caso, a seconda che la prestazione richiesta consista in un *dare*, oppure in un *facere* (avente un valore tipicamente economico).

Come si distinguono simili casi da quelli di un vero e proprio mandato, con obbligo pel mandante di rimborsarne le spese?

Si riesamini anche il problema (caso tedesco) proposto nella parte I del presente volume, cap. III, sez. II, pp. 299-300.

CAPITOLO II

LO SCHEMA ASTRATTO DEL *BARGAIN* O DI UN CERTO RAPPORTO DI RECIPROCA CAUSALITÀ (*INDUCEMENT, REQUEST*) FRA PROMESSA E CONTRO-PROMESSA O COMPORTAMENTO ALTRUI. — IRRILEVANZA, IN TALE RAPPORTO, DEI *MOTIVES* E DELL'*ADEQUACY*. — IMPLICAZIONI E SVILUPPI DI QUESTA CONCEZIONE FONDAMENTALE DEL *CONTRACT*

BAINBRIDGE v. FIRMSTONE

Queen's Bench, 1838. — 8 *Adolphus and Elli's Reports*, 743

IL COMODATO COME *BARGAIN*. — LE FORMS OF ACTION CI REGGONO ANCORA DALLA LORO TOMBA (*MAITLAND*).

(il *case* è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

Il convenuto aveva promesso all'attore (che agiva in *assumpsit*) di restituirgli, entro un termine ragionevole, due *boilers* (caldaie) di gran valore nello stesso perfetto stato in cui questi si trovavano al momento dell'accordo; e tale promessa fece in *consideration* del fatto che l'attore, *at the request* di esso convenuto, gli permettesse di esaminare o pesare (*to weigh*) i due *boilers*. Il convenuto, dopo aver ottenuto e esaminato i *boilers*, non mantenne la promessa, anzi, fece in pezzi i *boilers* e non li rimise assieme.

Eccezione del convenuto: non v'era una *sufficient consideration* per quella promessa, in quanto vi dovrebbe essere o *detriment* per il promissario o *benefit* per il promittente. Non risulta che il convenuto doveva ricevere alcun compenso. Inoltre, aggiunge la sua difesa, la parola « *weigh* » è ambigua. L'eccezione è respinta, in quanto: « il convenuto aveva qualche ragione per esaminare i *boilers*:

ed egli poteva far ciò soltanto ottenendo il permesso dell'attore; il che ottenne mediante la promessa di restituirli in buono stato. *We need not inquire what benefit he expected to derive* ».

Così Lord DENMAN, *Chief Justice*, cercando di evitare i concetti di *detriment* o di *benefit*.

Il giudice PATTESON, invece, affrontando questo problema, ne disse: « La *consideration* consiste in ciò che l'attore, a richiesta del convenuto, aveva consentito di permettergli di pesare i due *boilers*. Suppongo che il convenuto pensasse di trarne qualche vantaggio; ad ogni modo, v'è un *detriment* per l'attore nel fatto di privarsi del possesso anche per un tempo così breve ». Gli altri due giudici sono d'accordo.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 26; § 27 *sub b* e *sub c* ad nota 34.

Si tratta di un caso di *bailment* nell'interesse del *bailee*, e, per la *civil law*, di un caso di comodato o di un *quid* analogo.

Come si osserva in CHESHIRE AND FIFOOT, *The law of contract*, cit., 1952, p. 65, per ragioni processuali, l'originario *writ of detinue* (azione per restituzione di cosa in possesso altrui, v. vol. I § 26 nota 6) venne sostituito con l'*indebitatus assumpsit* (v. vol. I § 26 *sub b*). E poichè quest'azione era normalmente identificata con il *contract (bargain)*, era inevitabile la tentazione di discutere il problema di un simile *bailment* nei termini di un *contract* o *bargain*, e di richiedere la *consideration*. Di qui l'artificiosità della concezione di un *bargain* o reciprocità fra la promessa di restituire la cosa e il permesso di usarla, esaminarla o possederla, privandone l'altra parte, a richiesta del promittente: WILLISTON, *Contracts*, § 1039; v. il nostro vol. I § 27 *sub c* in fine.

Abbiamo riferito questo caso per mostrare l'invadenza delle *forms of action* dell'*assumpsit* e dell'*indebitatus assumpsit*, che dominano la scena, imponendo il concetto di *contract* come *bargain*, cioè quello della *consideration*, anche là dove si presenta un'obbligazione (quella del comodatario o simili) che per la *civil law* sarebbe contrattuale, ma che per la *common law*, dato quel concetto di *contract*, è di natura equivoca o *sui generis*, come *bailment*, cioè come obbligazione di custodire e restituire senza una vera *consideration* (v. vol. I § 27 *sub b*). Nel caso Bainbridge il *bailment* non è gratuito, nel senso che il *bailor* non si priva del possesso della

cosa nell'interesse proprio, ma in quello del *bailee*; onde questa privazione del possesso è stata presentata, piuttosto artificiosamente, in relazione di *bargain* o reciprocità con l'obbligazione di restituire in buono stato, come se tale privazione fosse avvenuta *at the request* del «comodatario» che, per determinarla, avrebbe promesso di restituire la cosa in buono stato. Ma ancora più artificiosa è la concezione quando il *bailor* si priva del possesso nell'interesse proprio: v. i casi *Coggs v. Bernard* e *Siegel v. Spear*.

Tale artificiosità è favorita o coperta dallo schema astratto del *bargain*, con l'inerente irrilevanza dei reali intenti o del reale negozio «sottostante», o del *detriment* e del *benefit* reali (v. anche note ai casi *Haigh v. Brooks* e *Dunton v. Dunton* e a quasi tutti i casi infra riferiti).

Ciò conferma il surrichiamato detto di Maitland e mostra come, data questa peculiarità nello svolgimento storico della *common law* e dei suoi mezzi tecnico-giuridici, convenga andar cauti nel comparare situazioni e impostazioni dei due sistemi giuridici: v. anche i casi *Sturlyn v. Albany*, *Knight v. Rushworth*, *Siegel v. Spear*, *Martin v. Meles* e note ivi, nonchè quasi tutti i *cases* riferiti in questo vol. II.

È interessante notare come nel diritto romano dei casi analoghi, non potendosi farli rientrare nello schema dei contratti tipici di comodato o di deposito, dessero luogo a questioni circa la natura dell'azione (aquiliana in *factum*, ovvero per un contratto innominato): cfr. frammenti 16, 17 § 2, e 23 del titolo XIX, 5 del Digesto: v. anche vol. I, § 26 nota 20 in fine.

HAIGHS et al. v. BROOKS

Queen's Bench (1839). — 10 *Adolphus and Elli's Reports*, 309

CONSIDERATION CONSISTENTE IN UN QUID (DOCUMENTO) SENZA ALCUN VALORE. — ADEQUACY: IMPORTANZA DELLA REQUEST. — RAPPORTI FRA LA DOTTRINA DELLA CONSIDERATION E QUELLA DELL'ERRORE.

(il *case* è in parte riferito testualmente, in parte parafrasato: per chiarirlo, alcune nostre osservazioni sono inserite nel testo fra parentesi)

Action of assumpsit. Brooks aveva rilasciato a Haigh e Franceys una lettera di fideiussione del seguente tenore:

«*Messrs. Haighs and Franceys. Gentlemen, In consideration of your being in advance to Messrs. John Lees and Sons in the sum of Lst. 10.000 for the purchase of cotton, I do hereby give you my*

guarantee for that amount (say, Lst. 10.000) on their behalf. John Brooks». (Signori, in *consideration* dell'essere voi scoperti nei confronti dei Sigg. Lees and Sons nell'ammontare di Lst. 10.000 per l'acquisto di cotone, con la presente vi dò garanzia per il detto ammontare, cioè Lst. 10.000, a favore dei detti Signori).

In seguito avvenne un fatto che in astratti termini tecnico-giuridici così è esposto nella *declaration* (esposto della domanda e dei fatti a sostegno) degli attori: che il convenuto, in *consideration* della restituzione, a sua speciale istanza e richiesta, del detto documento da parte degli attori, promise loro di pagare delle cambiali per il complessivo ammontare di Lst. 9.666, già accettate dagli stessi Lees and Sons e a tre mesi, qualora questi ultimi non le avessero pagate.

Le tre cambiali non vennero pagate da Lees and Sons e Brooks fu chiamato in giudizio da Haigh et al. Qui Brooks eccepì che il surriferito documento, a lui restituito da Haighs et al. in cambio della promessa di far fronte alle dette cambiali, era nullo e di nessun effetto, come documento contenente una promessa di pagare un debito altrui, il quale, secondo lo Statute of Frauds, deve menzionare la *consideration* per cui viene data una promessa del genere. Essendo il documento nullo e senza alcun valore, argomentava Brooks, la sua restituzione non può costituire una valida *consideration* per la mia promessa di pagare le cambiali altrui. Si tratterebbe di una *consideration* senza valore.

(Poichè, in realtà, il documento menzionava una *consideration* — *in consideration of your being in advance* — praticamente quella difesa di Brooks significava che la *consideration*, così menzionata, non era valida, in quanto la frase « *in consideration of your being in advance* » si riferiva ad un credito o scoperto già esistente al momento in cui fu prestata la fideiussione: v. vol. I, § 28 *sub. a*; § 14 *sub. f*; § 35 *sub. c*, nota 14. Sicchè il documento avrebbe dovuto menzionare un'altra valida *consideration*).

Gli attori replicavano che il documento, la cui restituzione costituì la *consideration* per la nuova promessa di garanzia, fu effet-

tivamente restituito, e perciò la *consideration* fu compiuta; e che, anche se il documento stesso non era giuridicamente valido, la sua restituzione rappresentava una *sufficient consideration*.

Lord DENMAN, *Chief Justice*, nell'esprimere il giudizio per la Corte, osserva che la frase « *in consideration of your being in advance* » potrebbe anche alludere ad uno scoperto futuro, ed ha comunque un dubbio significato, mentre era presumibile che Brooks fosse molto interessato negli affari di Lees and Sons e che Haigh et al. avessero fatto credito a Lees and Sons su richiesta di Brooks. Date queste circostanze e quell'ambiguità della frase, vi era quindi un dubbio sufficiente a rendere interessante per Brooks di ottenere il possesso di quel documento.

« E se così è, continua Lord Denman, noi non dobbiamo preoccuparci dell'*adequacy* o *inadequacy* del prezzo (cioè la nuova garanzia) all'uopo (per ottenere il documento) pagato o promesso.

« D'altro lato (e qui o poco dopo Lord Denman sembra accennare all'ipotesi che Brooks, anzichè in dubbio, fosse in errore, cioè avesse creduto alla validità del documento) noi non siamo affatto disposti ad ammettere che altre circostanze, all'infuori di una fondata impugnativa per frode, possano liberare una persona da una promessa da essa fatta sulla base di una qualsiasi *consideration* che possa essere *valuable*; mentre, nel caso, la promessa (di pagare le cambiali) mediante la quale la *consideration* (il documento) fu ottenuta da chi la possedeva, deve sempre costituire una certa prova che tale *consideration* era *valuable*.

« Nel presente caso, a prescindere dalla validità o meno della fideiussione contenuta nel documento secondo la *doctrine* del caso *Wain v. Warlters* (5, *East*, 10), gli attori furono indotti dalla promessa del convenuto a privarsi di qualcosa (il documento) che essi avrebbero potuto tenere, e il convenuto, mediante la sua promessa, ottenne ciò che egli desiderava.

« Dato che entrambe le parti erano libere e capaci di giudicare da sè dei loro interessi, come può il convenuto giustificare la violazione di quella sua promessa, allegando di aver successivamente sco-

perto che la cosa, in *consideration* della quale egli fece la promessa, non aveva quel valore che egli aveva supposto appartenere alla cosa stessa? Non si può accertare che quel valore costituiva ciò che egli aveva soprattutto di mira. Egli può aver avuto altri scopi o motivi (per chiedere la restituzione del documento) e del loro peso egli era il solo giudice». Testo inglese: «*Both being free and able to judge for themselves, how can the defendant be justified in breaking this promise, by discovering afterwards that the thing in consideration of which he gave it did not possess that value which he supposed to belong to it? It cannot be ascertained that that value was what he most regarded; he may have had other objects and motives, and of their weight he was the only judge*».

Questa decisione, a favore degli attori, fu impugnata dal convenuto avanti la Exchequer Chamber (1840, 10 *A. and E. Reports*, 323). Ivi Lord ABINGER così rese l'opinione per la Corte, confermando la precedente decisione:

«È opinione di tutta la Corte che nel documento di fideiussione v'era un'ambiguità, la quale potrebbe essere spiegata mediante delle prove, in modo da farne un valido *contract*, e pertanto ciò (la restituzione del documento) costituiva una *sufficient consideration* per la promessa fatta sulla sua base.

«È anche opinione della Corte, eccetto il mio Collega Maule, il quale nutrì qualche dubbio in proposito, che le parole sia della *declaration* che della difesa importano che la carta, su cui era scritta la fideiussione, fu restituita, e (è così opinione della Corte) che l'avvenuta restituzione del possesso di quella carta al convenuto era una *sufficient consideration* senza alcun riguardo al contenuto della carta stessa».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 26 *sub d*; § 30 *sub a* e § 32, specie nota 3.

Per bene intendere il caso, bisogna tener presente che la fideiussione, nella *common law*, richiede una *consideration*, la quale non può consistere nel semplice fatto di un debito già esistente (v. vol. I § 14 *sub f*; § 28 *sub a* e § 35 nota 14); e una *consideration* richiedevano così la prima come

la seconda fideiussione, anche se questa fosse stata, come pare, in forma cambiaria (v. vol. I § 34 *sub d* specie nota 27).

Convorrà anche tener presenti, quanto alle influenze della procedura sullo schema astratto del *bargain*, le «Avvertenze» a questo vol. II n. 5 *sub f*.

Sullo *Statute of Frauds*, v. vol. I § 34 *sub b*.

Il caso è delicato.

Non v'è dubbio che, almeno oggi, il preteso difetto del documento in sè non renderebbe nulla (*void*) la fideiussione, ma la renderebbe semplicemente *unenforceable* nei sensi di cui al nostro vol. I § 34 *sub b* (v. CHESHIRE AND FIFOOT, *Contracts*, cit., 1952, p. 64).

In ogni caso, il documento menzionava la *consideration* (a parte la validità di questa).

Quanto al cennato modo ambiguo di menzionarla, il Corbin osserva essere strano che, se davvero tutte le anticipazioni a Lees and Sons erano già state fatte quando venne prestata la prima fideiussione, gli avvocati di Brooks non ne avessero dato la prova ad eliminare quell'ambiguità ed a dimostrare che la *consideration* era *past* (cioè per un debito già esistente); invece di limitarsi, come fecero, a sostenere che il documento non soddisfaceva i requisiti dello *Statute of Frauds* (CORBIN, *Cases on Contracts*, cit., p. 215).

Comunque, la questione venne impostata, anche dagli attori Haighs e al. su questo terreno, e cioè che, in ipotesi, il documento e la stessa (prima) fideiussione non fossero giuridicamente validi. Data questa impostazione, le ipotesi che si possono fare, circa la reale situazione o il reale intento o negozio che condusse alla seconda fideiussione, sono varie.

Può essere:

a) che Brooks ignorasse la (ipotetica) nullità del documento e della fideiussione in esso contenuta. Tale errore, per la *common law*, sarebbe irrilevante, salvo che Haigh sapesse di quella nullità e che ciò, per speciali circostanze, concretasse una frode; o che le parti avessero fatto, della validità del documento, una condizione essenziale dell'affare (v. vol. I § 30 *sub a* e § 32 *sub a et b*).

b) che Brooks dubitasse della validità del documento e della relativa fideiussione. Qui si potrebbe ipotizzare una transazione o *compromise* (per quanto la piccola differenza fra Lst. 10.000 e Lst. 9.666 non sembri una plausibile contropartita). Questa transazione sarebbe nulla soltanto se Haigh sapeva ed era convinto della nullità del documento e relativa fideiussione (v. CHESHIRE AND FIFOOT, *Contracts*, cit., pp. 62-63; ANSON, *Contracts*, cit., 19^a, pp. 95-96).

c) che Brooks sapesse della nullità del documento e relativa fideiussione. Brooks (il quale in giudizio accettò l'impostazione della causa da parte attrice come nella *declaration*, che, cioè, la restituzione del documento fu da lui *richiesta* come *consideration* o contropartita per prestare la nuova fideiussione) avrà avuto le sue buone ragioni per richiedere la restituzione del documento, magari ad eliminare ogni possibilità di liti future, specie se la prima fideiussione riguardava un debito sostanzialmente diverso da quello garantito con la seconda.

Si tenga inoltre presente che la natura dell'affare, in relazione anche alla condotta processuale di Brooks, diventa in quelle ipotesi piuttosto curiosa. Invero, nella prima (*sub a*), l'intento più plausibile di Brooks, interessato negli affari di Lees and Sons, sembra quello di sostituire semplicemente una fideiussione ad un'altra o, se il debito garantito era lo stesso, una forma di fideiussione ad un'altra forma. In quest'ultimo caso, la differenza fra 10.000 e 9.666, accettata senza rimostranza da Haigh, potrebbe lasciar supporre che il famoso documento contenesse una fideiussione per un'apertura di credito (valida questa come *consideration*), la quale, al momento della fideiussione in forma cambiaria, si era riempita fino alla concorrenza di Lst. 9.666, per cui Lees and Sons avevano rilasciato le note cambiali. Comunque, in entrambi i casi (debito diverso o stesso debito), l'intento di semplicemente sostituire una fideiussione od una forma di fideiussione ad un'altra, rendeva più plausibile che la restituzione del documento non fosse una *consideration* o contropartita, ma una semplice ovvia e naturale conseguenza dell'affare. E, invece, Brooks in giudizio accettò l'impostazione della causa sul terreno della *consideration*.

Nella seconda ipotesi (*sub b*), s'è già accennato al dubbio che, rispetto alla transazione, nasce dalla piccola differenza fra 10.000 e 9.666. Si potrebbe piuttosto pensare ad un intento di conferma da parte di Brooks, interessato negli affari di Lees and Sons. Anche qui la restituzione del documento non sarebbe stata una *consideration*, ma un'ovvia conseguenza dell'affare. E se la conferma, riguardando non tanto un difetto del documento (v. vol. I § 34 *sub b*) quanto la nullità della prima fideiussione, era nulla, fa meraviglia che gli avvocati di Brooks non abbiano sollevato la questione, e all'uopo non abbiano rifiutato l'impostazione della causa sul terreno della restituzione del documento come *consideration*.

Nella terza ipotesi (*sub c*), se Brooks sapeva della nullità del documento e relativa fideiussione, vuol dire che egli aveva l'intento di prestare comunque una garanzia a favore di Lees and Sons, e la restituzione del documento gli interessava per le ragioni accennate *sub c*. Che se entrambi,

Brooks e Haigh, sapevano di tale nullità, l'intento comune era sempre quello (più o meno efficace) di rendere valida la fideiussione (magari trasportandola su altro debito o rendendola in altra forma). Anche qui la restituzione del documento sarebbe stata una ovvia e naturale conseguenza dell'affare e non una *consideration* o contropartita; e, anche qui, fa meraviglia che gli avvocati di Brooks non abbiano fatto presente ciò e abbiano accettato l'impostazione della causa sul terreno della restituzione del documento come *consideration*, cioè come una contropartita *richiesta* da Brooks.

Nella ridda di queste, e magari altre, ipotesi, data anche la possibilità che la prima fideiussione fosse valida e data l'ambigua difesa del convenuto, il giudice, una volta eliminata l'ipotesi della frode, ritenne di dover superare tutte le altre ipotesi. Ritenne, cioè, di non dover tener conto del reale intento, o stato d'animo, o del reale « negozio » (per così dire *sottostante*); e di doversi attenere al *criterio estrinseco* che la restituzione del documento era stata da Brooks *richiesta*, come *consideration*, senz'altra aggiunta, specificazione o qualificazione. Quasi come una *stipulatio* (v. vol. I § 32 *sub a*). In tal modo, quei reali intenti o negozi sottostanti vengono respinti nel campo dei vari *motives* irrilevanti. Eliminata l'ipotesi della frode, e data l'irrilevanza dell'errore nella *common law* (nè essendo dedotte e provate le circostanze di un errore rilevante per la *common law*: v. sopra e vol. I § 32 *sub b*), il giudice ha tenuto conto soltanto del fatto che Brooks, capace di giudicare dei propri interessi, richiese la restituzione del documento. Si noti che l'errore è rilevante soltanto se determinato da *misrepresentation* o se — almeno sembra — si tratta di un presupposto essenziale comune a entrambi i contraenti o di una qualità della *consideration* elevata espressamente a qualità contrattuale di questa.

Per la connessione del caso in esame e del *criterio estrinseco* della *consideration* con i criteri di interpretazione nella *common law* e con il relativo trattamento dell'errore, v. vol. I § 30 *sub a*; § 32 *sub a* nota 3; § 35 *sub b* nota 4 e LAWSON, *The rational strength of English law*, p. 57, *ivi cit.*

La decisione del caso Haigh v. Brooks sembra dunque significare che, a parte l'ipotesi di frode o di errore rilevante (nel caso, su una qualità espressamente essenziale della *consideration*), il far avere qualcosa, un documento, un diritto ecc. può, almeno in certi casi, costituire una valida *consideration*, anche se quel *quid* non ha alcun valore.

Tale sembra anche l'interpretazione data al caso da CHESHIRE AND FIFOOT, *op. et loc. cit.*; ANSON, *Contracts*, p. 89; WILLISTON, *infra cit.*;

POLLOCK, *infra cit.* e altri. Vi è qualche caso americano contrario a Haigh v. Brooks, discutibile e discusso, pare, in dottrina: v. CORBIN, *op. cit.*, p. 215.

Vero si è che le *opinions* di Lord Denman e di Lord Abinger sono piuttosto oscillanti, in quanto accennano all'ambiguità del documento e ai dubbi sul suo valore, che avrebbero reso la sua restituzione una *sufficient consideration*.

Probabilmente, quegli accenni vogliono significare che se il documento e la relativa fideiussione fossero stati *ictu oculi* nulli, ciò avrebbe potuto costituire un argomento o per la *fraud* o per escludere che la restituzione fosse stata intesa come *consideration* (v. sopra).

Per delle analogie col caso Haigh v. Brooks, v. il caso *Curlewis v. Clark*, Ex. 375-379 (WILLISTON, *Contracts*, § 1852), in cui una cambiale incompleta era stata data e accettata in pagamento di un debito (*accord and satisfaction*, pel quale si osservano principi analoghi a quelli del *contract*: v. il nostro articolo in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 408). La cambiale fu ritenuta una *good satisfaction*, pel motivo che « *we cannot value the signature of the Earl of Maxborough: possibly it may be worth something as an autograph* »!!

Per altri casi analoghi al caso *Haigh v. Brook* v. WILLISTON, *Contracts*, § 115, note 6 e 7.

Così la richiesta concessione di una licenza per l'uso di un brevetto è stata ritenuta una *good consideration*, benchè il brevetto fosse poi risultato nullo: *Lawes v. Pursar*, *Queen's Bench* (1856) 6 *E. and B.* 390 e altri casi analoghi cit. da POLLOCK, *Contracts*, p. 140.

Una simile soluzione parrebbe a noi, a prima vista, assurda. Ma chi ha una certa pratica di affari del genere sa che non è raro il caso in cui chi richiede la licenza non è sicuro della validità del brevetto, ma vuole comunque avere un titolo, anche di valore presuntivo, di fronte al proprietario dello stesso e alla concorrenza. Data simile possibilità, la *common law* vuole, per la rilevanza dell'errore, che la validità del brevetto sia posta, esplicitamente, o, almeno, in modo implicito ma chiaro, come presupposto essenziale dell'acquisto della licenza.

Diverso è, invece, il caso di promessa del prezzo per una cosa già perita: qui la *common law* ha fatto entrare in gioco una *implied condition* o presupposto normale: v. il mio articolo *Object of contract theory*, in *Tulane Law Review* 1954, p. 442 segg. specie p. 457, riprodotto in *Jus*, 1953, specie p. 298 segg.

Per il diverso punto di partenza della *civil law*, v. i casi citati in DALLOZ, *Codes Annotés, Nouveau code civil*, art. 1131 nn. 68 e 69 ove si

è ritenuto che la compera di un brevetto o l'acquisto di una licenza sono nulli *pour défaut de cause*, se l'invenzione non è suscettibile di essere brevettata. Se ne parla assieme al caso di compera di cosa già del compratore!

V. anche il caso Rubatto cr. Natta.

Il caso *Haigh v. Brooks* nella « civil law ». La fideiussione non richiede una speciale « causa » (v. vol. I § 14 *sub f*). Onde sembra chiaro che:

a) o Brooks era in errore sulla validità del documento e della relativa fideiussione (in ipotesi nulli ma, ovviamente, nulli per motivi diversi da quello di un difetto di *consideration* o dello *Statute of Frauds*); e allora la seconda fideiussione era annullabile per errore su un presupposto, normalmente essenziale e determinante (salvo prova contraria). E ciò in quanto per noi il negozio si prospetta come dazione di una fideiussione sulla base di una fideiussione precedente (se entrambe concernevano lo stesso debito) o per liberarsi da altra precedente (concernente un debito diverso).

b) o Brooks non era in errore (sapeva o dubitava), e allora la seconda fideiussione è valida, perchè, comunque, non si richiede da noi una speciale « causa » o *consideration* per la fideiussione. Bastano l'esistenza di un debito (anche già sussistente) da garantire e l'intento serio ed effettivo di garantirlo (nel caso v'era, in più, come *cause plausible* per garantire un debito già sussistente, l'interesse, probabile, di Brooks negli affari di Lees and Sons). E ciò a prescindere dalle ipotesi di transazione, conferma, o simili.

Come si vede, l'impostazione e la soluzione del caso in esame nella *civil law* sarebbero assai diverse, e per diversità di spirito animatore (questione dell'errore e criteri di interpretazione) e per diversità di mezzi tecnico-giuridici. Anche l'impostazione processuale dei nostri avvocati sarebbe stata diversa.

Il lettore è invitato a riflettere su questi punti e ad approfondire la comparazione.

HAMER v. SIDWAY

New York Court of Appeals, 1891, 124 N. Y. 538

DETRIMENT: MERA LIMITAZIONE DELLA LEGAL FREEDOM. — EXECUTED CONSIDERATION. — DONAZIONE CUM ONERE NELLA CIVIL LAW.

(il *case* è in parte riferito testualmente, in parte riassunto)

Il 20 marzo 1869 il Sig. William E. Story convenne col proprio

nipote, William E. Story, che, se questi si fosse astenuto dal bere alcoolici, dal fumare, dal bestemmiare e dal giocare a carte o a biliardo per danaro fino all'età di 21 anni, egli gli avrebbe poi pagato a quell'epoca la somma di 5.000 dollari per tali astensioni. Il nipote acconsentì ed eseguì perfettamente la sua parte del detto *agreement*. Avendo compiuto i 21 anni nel 1875, il nipote fece sapere allo zio che egli aveva ormai diritto alla suddetta somma. Lo zio rispose rinnovando la promessa, ma facendo rilevare il pericolo di perdere del danaro facilmente acquistato, e disse che egli avrebbe trattenuto la somma *in trust* pel nipote con i relativi interessi. Nel 1887 lo zio morì senza aver pagato alcunchè. La Signora Hamer, attrice nel presente giudizio, alla quale il nipote aveva ceduto il credito, promosse un giudizio contro Sidway, amministratore (*executor*) dell'eredità dello zio.

Il giudice PARKER così espresse l'*opinion*:

« Il convenuto sostiene che il contratto non aveva una *consideration* ed era, pertanto, invalido. Egli asserisce che il promissario (il nipote) per il fatto di astenersi dall'usare liquori e tabacco, non aveva risentito alcun danno, che, anzi, ne aveva tratto un vantaggio; e aggiunge che ciò che il nipote fece era il meglio a farsi per lui, indipendentemente dalla promessa dello zio. Ne consegue, dice ancora il convenuto, che, salvo che il promittente avesse tratto un vantaggio (dalla condotta del nipote), il contratto mancava di *consideration*.

« Questa tesi, se fosse fondata, sembrerebbe lasciar in molti casi aperta la via per discutere se ciò che un promissario ha fatto o ommesso di fare (su richiesta del promittente) costituiva in effetti un tale vantaggio per lui da non lasciare sussistere, in quel fatto o omissione, alcuna *consideration* capace di fondare l'azione per il mantenimento (*enforcement*) della promessa.

« Una simile regola non potrebbe essere tollerata ed è senza alcun fondamento in diritto. L'*Exchequer Chamber*, nel 1875 (nel celebre caso *Currie v. Misa*), definì la *consideration* nel modo seguente: "Una *valuable consideration*, ai sensi del nostro diritto, può consistere o in qualche diritto, profitto o vantaggio pel promittente o in

qualche astensione, svantaggio, perdita o responsabilità a carico del promissario”.

« Secondo ne dice ANSON, *Contracts*, ”i tribunali non si devono domandare se il *quid* che costituisce la *consideration* rappresenta *di fatto* un vantaggio pel promissario o per un terzo, o se essa ha un valore *di un certo rilievo (substantial)* per qualcuno. È sufficiente che come *consideration* qualcosa sia promesso, fatto, rinunciato o sofferto dalla parte cui una promessa vien fatta” (seguono analoghe citazioni di altri autori)... Pollock, nella sua opera sui *Contracts*, dopo aver citato la già riferita definizione dell'*Exchequer Chamber* (*Currie v. Misa*), ne dice: ”La seconda parte di questa definizione giudiziale è la più importante. *Consideration* significa non tanto che una parte (il promittente) ne trae vantaggio, quanto che l'altra parte (il promissario) rinuncia o abbandona qualche facoltà giuridica (*legal right*) o limita nel futuro la facoltà d'agire giuridicamente riconosciuta (*legal freedom of action*), e ciò come mezzo per indurre (*inducement*) il promittente a fare la promessa”.

« Ora, applicando questo principio ai fatti della presente causa, è chiaro che il (nipote) promissario fumava e occasionalmente beveva liquori e che egli aveva un *legal right* di far ciò. Questo diritto egli rinunciò per un certo periodo, sotto la pressione (*upon the strength*) della promessa dello zio di pagargli, a seguito di tale astensione (*forbearance*), la somma di 5.000 dollari. Noi non abbiamo bisogno di investigare sullo sforzo che può essere stato richiesto al nipote per rinunciare all'uso di quegli stimolanti. È sufficiente che egli abbia ristretto entro certi prescritti limiti la sua facoltà d'agire giuridicamente riconosciuta (*lawful freedom of action*) sulla fede dell'accordo intervenuto con lo zio; e ora, avendo egli pienamente eseguito le condizioni imposte, non ha alcuna importanza il vedere se tale esecuzione (*performance*) rappresentava un effettivo *benefit* per lo zio, e la Corte non farà indagini su questo punto. Ma, se dovesse farle, noi non vediamo nulla negli atti di causa che ci permetta di decidere che lo zio non trasse un *benefit* in senso tecnico-giuridico (*in a legal sense*) ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. la nota al caso *Dunton v. Dunton*:

DUNTON v. DUNTON

Victoria Supreme Court, 1892. — 18 Victorian Law Reports, 114

CONSIDERATION: MERA LIMITAZIONE DELLA LEGAL FREEDOM. — PROMESSA DI MENSILITÀ ALIMENTARI: DISTINZIONE FRA EXECUTED E EXECUTORY CONSIDERATION. — DONAZIONE CUM ONERE NELLA CIVIL LAW.

(il caso è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

A seguito di un divorzio, intervenuto fra i coniugi Dunton a istanza del marito, un « *memorandum of agreement* » del seguente tenore venne sottoscritto dalle parti:

« Premesso che, nonostante il divorzio, il Sig. John Dunton desidera provvedere al mantenimento della Sig.ra Louisa Dunton, fintanto che essa si condurrà con sobrietà e in modo rispettabile, ordinato e virtuoso. Ciò premesso, questo *agreement* fa fede che in *consideration* di quanto detto nella premessa, il Sig. J. Dunton conviene di pagare alla Sig.ra Louisa Dunton la somma di Lst. 6 al mese ». — L'atto conteneva un « proviso » nel senso che, qualora la Sig.ra Louisa Dunton commettesse un atto per cui essa o il Sig. J. Dunton potessero andar soggetti a odio, disprezzo o ridicolo, o qualora essa non si conducesse con sobrietà, e in modo rispettabile, ordinato e virtuoso, e con tutto il rispetto per J. Dunton, in tal caso questi potrà por fine all'*agreement*.

HOOD J. (giudice in minoranza): ...« Il motivo (*motive*) del convenuto nel sottoscrivere questo documento è chiaro. Egli desiderava provvedere al mantenimento della donna che era stata sua moglie e che era la madre dei suoi (cinque) figli, in tal maniera da indurla a non disonorare (*to disgrace*) se stessa, lui o i figli. Ma la questione da decidere è se questo documento costituisca un *valid agreement*, e noi non dobbiamo occuparci dei *motives* delle parti, salvo in quanto essi siano espressi in un documento giuridicamente vincolante — i motivi di una persona non possono formare la *consideration* di un *contract*. E affinché questo documento si possa ritenere giuridicamente vincolante pel convenuto, occorre una *consideration*, proveniente dall'attrice (promissaria) su cui si fondi la promessa del convenuto. Secondo me, la sola *consideration* espressa in modo chiaro

(*on the face*) nel documento è il desiderio del convenuto di provvedere al mantenimento dell'attrice, e ciò, ovviamente, non sarebbe sufficiente (come *consideration*).

« Si è sostenuto, tuttavia, che la vera *consideration* è una implicita promessa (*implied promise*) dell'attrice di condursi con sobrietà e in modo rispettabile, ecc. e che il *benefit* che ne trae il convenuto starebbe nel prevenire il pregiudizio e il discredito (*annoyance* e *disgrace*) che la di lei cattiva condotta potrebbe causare a lui e ai figli. Non mi sento di trarre per implicito una simile promessa dal documento; ma anche se essa vi fosse espressa, essa non costituirebbe, secondo me, una *consideration* per la promessa del convenuto. Una promessa, per poter essere una valida *consideration*, deve essere tale da poter essere giuridicamente sanzionata (*enforced*). Essa, pertanto, deve avere un oggetto non soltanto lecito e in sè possibile, ma anche ragionevolmente definito ».

Qui il giudice Hood osserva che l'oggetto è troppo vago: quali atti si devono compiere o non compiere? Sobrietà significa non bere liquori del tutto? non ubbriacarsi? non fare l'uno o l'altro in pubblico? Condotta virtuosa, in pubblico o in privato? qualcosa di più che la castità? E così per la condotta rispettabile. Il giudice Hood assimila così questo caso a *White v. Bluett* (*infra* riferito), cioè alla *consideration* di non annoiare il padre...

« Si ricordi, aggiunge il giudice Hood, che qui non si tratta del caso di un promissario indotto dalla promessa a modificare la sua posizione: l'attrice, invero, non deduce di aver fatto o di essersi astenuta dal fare qualcosa a seguito della promessa del convenuto. Forse si sarebbe potuto applicare un'altra regola giuridica (leggi quella dell'*executed consideration in reliance* della promessa: v. vol. I, § 29), se l'attrice avesse dichiarato che essa non si ubriacò, come avrebbe altrimenti fatto, o che rimase casta e condusse vita rispettabile e ordinata soltanto in conseguenza della promessa del convenuto, e facendo affidamento su di questa (*relying thereon*) ».

HIGINBOTHAM, C. J.: « Secondo me questo *agreement* è giuridicamente vincolante e non è un *nudum pactum* per difetto di con-

sideration... L'*agreement* fu sottoscritto dall'attrice: i suoi termini chiaramente implicano, secondo me, una promessa da parte dell'attrice di condursi, ecc. (nel modo suddetto)».

Qui il giudice passa a criticare l'obiezione che l'attrice promise di fare semplicemente ciò che essa era già altrimenti obbligata a fare (v. vol. I, § 30 *sub b* e note ai casi *Mc Dewitt* e *De Cicco*). E osserva che, per effetto del divorzio, la Sig.ra Dunton non aveva più alcun obbligo di tenere la condotta impostale; nè, all'infuori della legge sul matrimonio, altra umana legge ve l'obbligava. Il caso *Jamieson v. Renwick* (da noi *infra* cit. in nota) e altri *cases* mostrano, dice il *Chief Justice*, che è valida *consideration* una promessa di non fare o di fare qualcosa che il promittente può legittimamente (*may lawfully*), e senza recar torto all'altra parte, fare o non fare. L'attrice era giuridicamente libera (*legally at liberty*), per quanto riguardava il convenuto, di condursi come meglio credeva; «*and her promise to surrender her liberty and to conduct herself in the manner desired by the defendant (il convenuto) constituted, in my opinion, a good consideration for his promise to pay her the stipulated amount*».

WILLIAMS, J. Questo giudice ritiene che la promessa della moglie di comportarsi nel noto modo è necessariamente implicita nella convenzione *de qua*, e vale come *consideration* della promessa del Sig. Dunton.

L'attrice, dice il giudice, sottoscrisse la convenzione (tale sottoscrizione implica, come per il *Chief Justice*, la promessa di un comportamento) ed è vincolata da essa; la penale o sanzione, se l'attrice non mantiene tale promessa, consiste in ciò che, non appena la viola essa perde ogni beneficio derivante dalla convenzione. Osserva ancora il giudice che lo stesso documento recita «*in consideration delle premesse*» e fra queste v'è l'assunta obbligazione di comportarsi nel noto modo.

Qui il giudice critica, come il suo *Chief Justice*, l'obiezione che l'attrice promise di fare ciò che era già altrimenti obbligata a fare. E aggiunge: fu probabilmente perchè il divorzio fece cessare ogni

obbligazione del genere verso il marito, che questi ritenne di un certo interesse per lui di porre in essere, con la promessa di mantenimento, un notevole (*substantial*) mezzo per indurre (*inducement*) l'attrice a consentire di tenere una certa condotta, e quella condotta da lui stesso stipulata, in modo da non portare discredito su di lui e sui figli, di cui essa rimaneva la madre.

Quanto al caso *White v. Bluett*, osserva sempre il giudice Williams, esso non costituisce un'autorità nel nostro caso, perchè là fu deciso trattarsi di un *nudum pactum* sull'espresso motivo che il figlio non aveva alcun diritto (*right*) di lamentarsi della distribuzione del patrimonio fatta dal padre fra gli altri figli, in quanto il padre poteva distribuirlo come meglio credeva, sicchè il fatto dell'astenersi il figlio dal fare ciò che non aveva diritto di fare non poteva costituire una *consideration*.

NOTA E QUESTIONARIO comuni ai casi *Hamer v. Sidway* e *Dunton v. Dunton*. - V. vol. I § 26 *sub d* et *e* specie p. 353 segg.; § 29 e § 30 *sub a* et *b*.

Nel caso *Dunton*, il giudice Williams accenna anche all'interesse o *benefit* reale che probabilmente spinse il Sig. Dunton a fare la promessa; ma quel «probabilmente» mostra che il motivo del decidere fu la promessa della moglie di rinunciare alla sua *legal freedom* di condotta, a ciò che uno può legittimamente (*may lawfully*) fare o è *at liberty* di fare, come ne dice il Chief Justice e come nel caso *Hamer v. Sidway*, a prescindere dall'essere quella rinuncia più o meno vantaggiosa allo stesso rinunciante o ad altri.

Qualche chiarimento meritano la terminologia e i concetti, piuttosto equivoci, usati nei casi *Hamer v. Sidway* e *Dunton v. Dunton* (v. anche i casi *Orr v. Orr* e *White v. Bluett*).

Nei casi *Hamer v. Sidway* e *Dunton v. Dunton* (v. parte finale dell'*opinion* di Williams, per implicito), si parla di un *right* o *legal right*, rispettivamente, del nipote di Story e della Signora Dunton, di tenere una certa condotta.

Ora, in quei casi, il termine *right* non è preso in un senso corrispondente al nostro termine tecnico *diritto soggettivo* (anche nel senso lato di facoltà giuridiche comprese in esso, come il c.d. diritto del proprietario di disporre, alienare, ecc.); o a quello di *diritto potestativo*; o a quello di *potere giuridico*; benchè siano in uso i termini tecnico-scientifici di

right, power e privilege corrispondenti talvolta *grasso modo*, rispettivamente, a quei tre concetti (v. *Restatement* americano sulla *Property* § 1 segg.).

In quei casi, l'espressione *right* o *legal right* di tenere una certa condotta è assunta nel senso di facoltà di agire nella sfera giuridica individuale o delle facoltà lecite e giuridicamente riconosciute, cioè nel senso di *legal* o *lawful freedom of action*: v. anche il passo di Williston da noi citato nel vol. I § 30 nota I e § 26 pp. 353-355. Si tratta di quel concetto di una sfera giuridica individuale, per cui l'interferire in essa non sarebbe permesso senza il consenso dell'interessato; e l'interferirvi mediante una promessa rende responsabile il promittente secondo lo spirito della *common law* (v. vol. I § 26 *sub e* p. 353 segg.).

Ora, il problema che si pone è quello di vedere se l'atto di rinuncia (*waive, abandonment*) o la promessa o *agreement* di rinunciare (*to waive, to abandon, to refrain, to forbear*: v. le espressioni dei casi Hamer e Orr) a quella facoltà o *legal freedom of action* o *right* in questo senso; se quell'atto di rinuncia o quella promessa, diciamo, possano costituire una valida *consideration* per una contropromessa di dare una somma di danaro o altro bene in cambio, o se invece occorra una effettiva astensione (*forbearance, refrain*) dall'esercizio di quella facoltà. In questo secondo caso si ammette senz'altro che l'effettiva astensione (che sarebbe un'*executed consideration*: v. vol. I § 29) è una valida *consideration*, perchè sulla fede o *reliance* dell'altrui promessa ci si è astenuti dal fare qualcosa che si aveva facoltà (« diritto » nel cennato senso) di fare, e tanto basta.

Ma nel primo caso si discute se la mera promessa di astenersi dal fare quel *quid* abbia un qualche valore, anche minimo, che possa costituire una valida *consideration* (v. CORBIN, *Cases on contracts*, cit., p. 227, 229, 232 e 235).

Per l'affermativa: v. i casi Dunton e Jamieson v. Renwick *infra* cit.

Potrebbe sorgere anche il problema del come sanzionare quella promessa di astenersi dal fare quel *quid*, nel caso di suo inadempimento, cioè di renderla produttrice di una vera obbligazione giuridica o di un vero diritto di credito, che possa valere come contropartita, avente un valore sia pure minimo, della promessa (v. vol. I § 30 *ad* nota 6). A parte il concetto del giudice Williams, nel caso Dunton, di una sanzione penale consistente nella perdita del beneficio promesso in cambio, si veda, quanto a quel problema, vol. I § 33 *sub b et c*, e FULLER, p. 817 dell'*op. cit.* nel nostro vol. I § 26 nota I, pel caso Hamer o simili. Si veda, anche, nel caso White v. Bluett, l'argomento dell'avvocato di Bluett, argomento in *astratto* non contestato, per la sanzionabilità della promessa di Bluett.

Venendo al caso *Hamer v. Sidway*, sembra che la decisione, pur accennando equivocamente ad una promessa del nipote di non fumare, non bere, ecc., che è dubbio se sussistesse, si fondi piuttosto sul fatto che il nipote effettivamente restrinse la sua *lawful freedom of action*, cioè effettivamente adempì le condizioni imposte (*executed consideration*).

Se è da ritenere che lo zio Story contrattò, in ogni caso, per un'effettiva astensione (*executed consideration*), anche se si fece dare all'uopo una promessa (v. *WILLISTON, Contracts*, § 78 A e il mio articolo cit. nel vol. I § 29 nota 5), il vedere se v'era una promessa del nipote e se questa era una valida *consideration* non avrebbe importanza. Infatti l'unico problema che sorgerebbe sarebbe quello della revocabilità della promessa dello zio, che questi non potrebbe più revocare una volta adempiuta, con la maggior età del nipote, l'*executed consideration* (v. vol. I § 29).

Passiamo così ad altra questione (connessa con quest'ultima) che concerne in particolare il caso *Dunton*.

Nel caso *Dunton*, per vincolare il marito a pagare le mensilità, occorre una promessa, da parte della moglie, di tenere una certa condotta (*executory consideration*). Invero, si tenga presente che, se la promessa del marito fosse stata di pagare delle mensilità con che la moglie tenesse la detta condotta (senza prometterla), tale promessa sarebbe stata vincolante e irrevocabile soltanto quando la moglie, alla fine della sua vita, avesse tenuto sempre quella condotta; oppure sarebbe stata vincolante di mensilità in mensilità, in quanto nel mese precedente la moglie si fosse comportata in quel modo (ma questa, ovviamente, non era la questione interessante nel caso). Nè si può ritenere il marito vincolato a pagare tutte le mensilità a seguito di un *commencement d'exécution*, anche perchè i comportamenti della moglie nei singoli mesi non costituivano una serie di atti interdipendenti o un tutto unico (v. vol. I § 29 nota 6 e il caso *Martin v. Meles*). Sicchè si può dire in quell'ipotesi che il marito, quanto alle mensilità future, pagherà se vorrà e che, sotto questo profilo, il suo impegno è una mera *gratuity*, sconosciuta come *contract* alla *common law* (salvo *l'act under seal*: v. vol. I § 34): v. anche *infra* la premessa al cap. III e la nota al caso *Wyatt v. Kreglinger*.

Ecco perchè in *Dunton v. Dunton* non restava altro che ammettere una promessa da parte della moglie.

Da un punto di vista sostanziale e di giustizia, poichè le parti avevano l'intento di contrarre un vincolo giuridico e non quello di una mera *gratuity*, e poichè la moglie aveva accettato e sottoscritto il documento, era più facile ritenere che fosse stata, più o meno implicitamente, considerata una simile promessa o un vincolo anche per la moglie; e, comunque, la

natura e le circostanze del caso giustificavano la soluzione di vincolare il marito. V. invece la nota a Wyatt v. Kreglinger, il caso Balfour e altri *infra* nel Cap. III.

Nel caso Dunton, per escludere la possibilità di un'*executed consideration*, il giudice Hood sembra anche accennare all'esigenza che la moglie avrebbe dovuto provare che essa soleva ubriacarsi, perchè soltanto in tal caso essa avrebbe risentito un sacrificio astenendosi in fatto dal bere. A questo proposito, nel caso Hamer v. Sidway, il giudice osserva che il nipote soleva fumare e occasionalmente beveva. Anche se non si può investigare sullo sforzo che gli costò l'astenersene, ci si può domandare se, affinchè l'effettiva astensione dall'esercitare una *legal freedom of action* costituisca una valida *consideration*, occorra che prima della promessa di un compenso il promissario abbia tenuto una condotta diversa da quella da cui poi si asterrà. Lo stesso giudice Hood accenna alla concezione di un onere come mera condizione o *motive* di un atto in cui si esprime il desiderio di fare una liberalità: su questo punto v. *infra* la premessa al cap. III, la nota al caso Wyatt e richiami *ivi*.

Poniamo ora il problema nella *civil law* (si noti che casi analoghi a Dunton v. Dunton si sono presentati sotto il profilo della donazione *cum onere* e sotto condizione: v. DALLOZ, *Codes annotés, Nouveau Code Civil*, art. 900 n. 145).

a) Una promessa della Signora Dunton o, nel caso Hamer, del nipote Story, di tenere la nota condotta (a parte altre questioni) costituirebbe una causa sufficiente ad eliminare l'esigenza dello schema formale-causale della donazione per la promessa del marito o, rispettivamente, dello zio? V. vol. I § 10. Secondo la giurisprudenza francese, forse, si potrebbe distinguere a seconda che quella fosse la causa principale o secondaria della promessa del marito o dello zio (v. vol. I § 9 nota 10 e § 10 *sub c*). Per la giurisprudenza italiana, dato che quella condotta non era suscettibile di valutazione economica (v. vol. I § 10 *sub b* e nel vol. II i casi riferiti nella parte I Cap. II sez. I), una ricerca sul reale *benefit*, derivante al nipote o alla Signora Dunton dalla condotta stessa, sarebbe probabilmente molto rilevante.

Si rifletta, inoltre, che quella promessa della moglie o del nipote di tenere la nota condotta sarebbe stata difficilmente sanzionabile nella *civil law*, salvo il caso di una penale (v. vol. I § 21 *sub a*, p. 250). Ma, anche in quest'ultimo caso, molto probabilmente la giurisprudenza italiana non modificherebbe il suo atteggiamento (v. vol. I § 10 *ad* note 12 e

12): la penale, specie se forte, sarebbe probabilmente, pei francesi, argomento per il concetto della causa principale (v. vol. I *loc. cit.*).

b) L'effettiva condotta tenuta dalla Signora Dunton o dal nipote Story (con o senza una loro promessa *ad hoc*) quali effetti avrebbe? Probabilmente, a parte la concezione della causa principale o secondaria, occorrerebbe anche qui lo schema formale-causale della donazione. Ma, in presenza di questa e della relativa forma, in quanto la « causa » o « negozio » di liberalità è tipicamente riconosciuta dalla *civil law*, il promittente o « donante » sarebbe vincolato alla promessa, anche prima che l'altra parte abbia tenuto la condotta oggetto dell'« onere ». Nella *common law*, la forma dell'*act under seal* avrebbe prodotto questo stesso effetto, ma come atto formale puro e unilaterale, non come « causa » o « negozio di liberalità » non riconosciuto dalla *common law* (v. vol. I § 34 *sub a*; § 28 *sub c*; § 33 *sub d*).

c) Tale condotta, effettivamente tenuta sulla base della promessa di una somma, potrebbe dar luogo ad una di quelle decisioni che abbiamo visto ispirarsi ad una specie di *reliance* con le peculiarità della *civil law*? V. vol. II, parte I, Cap. II, sez. III.

Secondo la *common law*, tutti i criteri testè richiamati *sub a, b et c*, sono irrilevanti. Essa pone i casi Hamer e Dunton, ed altri simili, sul piano di un abbandono della *legal freedom* o di una rinuncia a qualcosa, o sul piano di una *legal benefit*, senza ricercare il movente più o meno principale o il reale « negozio » (nel senso nostro), e accontentandosi che vi sia stato un rapporto di *inducement* (anche se non il solo o il principale) fra promessa e *consideration*.

Basta che vi sia una contropromessa di quella condotta o che la promessa di un compenso abbia la tendenza a premere sull'altra parte per ottenere da lei una certa condotta, anche se la promessa del compenso e la condotta non hanno questo solo o determinante motivo (v. note 12 e 13 al caso De Cicco, e nota 10 al caso Martin v. Meles e altri casi).

E così la *common law* pone i casi Hamer, Dunton e simili sullo stesso piano del caso Orr v. Orr, che usa lo stesso linguaggio, o dei casi Haighs v. Brooks, o di altri (v. *infra* Cap. IV): casi che non possono essere, nemmeno per noi, delle donazioni.

Tutto il contenuto, reale e rilevante per la *civil law*, del « negozio » resta quindi assorbito nello schema astratto del *bargain* (v. vol. I § 26 *sub d*; § 30 *sub a*; § 33 *sub a*).

Per un caso analogo ai casi Hamer e Dunton, e che per noi è o po-

trebbe essere donazione *cum onere* secondo i cennati criteri, v. WILLISTON, *Contracts*, § 112 A nota 2: onere di comportarsi degnamente per una ragazza dall'età di 16 a quella di 22 anni.

Analogo a Dunton v. Dunton il caso JAMIESON v. RENWICK, 17 *Vict. L.R.*, 124 (deciso dallo stesso *Chief Justice* Higinbotham, e citato in Dunton v. Dunton), ove si parla espressamente di un dono o « gift » di 25 sterline all'anno con il *proviso*, ritenuto costituire una promessa del donatario, di non risiedere in un certo luogo, di non visitare o annoiare il « donante » personalmente o con messaggi; di non avanzare pretese giuridiche (*claims*) sul suo terreno, o occuparlo, e di non condursi, a giudizio del donante, in modo indegno o indecente come membro della società: il tutto, sotto pena di perdere quell'annua somma. Tutte *considerations* valide, dice il *Chief Justice*, (a parte quelle di non annoiare o interferire nella vita del donante, perchè il farlo sarebbe un atto illecito), in quanto il promissario è *at liberty* di tenere una diversa condotta, e così la sua promessa di *surrender* questa *liberty* è valida *consideration*.

Per altri casi che sarebbero o potrebbero essere per noi donazioni *cum onere*, in base ai cennati criteri, vedansi: Thomas v. Thomas; De Cicco v. Schweizer; Allegheny College, nonchè i seguenti:

— onere di andare all'università (a prescindere dalla spesa), v. vol. I § 30 nota 1.

— di assistere ai funerali del promittente (che forse anche per noi non sarebbe donazione *cum onere*, ma contratto innominato di scambio, in caso di modicità del compenso, e a parte, allora, la questione della liceità): v. WILLISTON, *op. et loc. citt.*

— promessa di pagare una somma ad un nascituro, se si concede al promittente il potere di dargli il suo nome (*privilege of naming the child*) o se quegli, comunque, porterà il suo nome: GARDNER v. DENISON, *Supreme Jud. Court of Massachusetts*, 1914, 217, *Mass.* 492. Questo *case* fu deciso, *more solito*, sulla base di un *bargain* (o scambio) e di un *detriment*, in quanto quel *privilege* è un *benefit* pel promittente e in quanto il figlio perde l'opportunità di ricevere un nome più vantaggioso ed è costretto a subire qualsiasi *detriment* possa derivargli dal nome impostogli.

Per questo caso, nella *civil law*, v. vol. I, § 2 nota 5 e § 10 note 2 e 5.

Insomma, tutti i vari casi esaminati in questa nota, che sono o possono essere per noi delle donazioni *cum onere*, sono assorbiti nello schema astratto di un *bargain* con un *legal detriment* o con un *legal benefit* (v. vol. I § 30 nota 1 e § 26 p. 353 segg.); e così sono posti sullo stesso piano di casi che per noi non sarebbero donazioni *cum onere*.

WHITE (*executor of John Bluett*) v. WILLIAM BLUETT

In the Exchequer, 1853. — 23 *Law Journal*, *New Series*, *Exchequer*, 36
 ESASPERAZIONE, FINO ALL'ASSURDO, DEL PRINCIPIO DEI DUE CASI PRECEDENTI,
 O MANCANZA DI UN BARGAIN. DONAZIONE CUM ONERE NELLA CIVIL LAW.
 (il *case* è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

John Bluett aveva prestato al figlio William una certa somma e si era fatto rilasciare, per questo, una cambiale (*promissory note*). Deceduto il padre e chiamato in giudizio dall'*executor* pel pagamento di quel debito, il figlio si difese esponendo quanto segue nel suo *plea* (il *plea* era una speciale difesa consistente nel contraddire alcuni dei fatti allegati dall'attore, o nell'ammetterli, ma eliminarne l'effetto con l'allegazione di altri fatti: v. Avvertenze al vol II n. 5, *sub f*).

— Che successivamente al rilascio della cambiale egli si era lamentato col padre di non aver da lui ricevuto altrettanto danaro o benefici quanti egli aveva dato agli altri figli.

— Che su questo punto e sul debito rappresentato dalla cambiale si erano varie volte accese discussioni fra padre e figlio, finchè il primo ammise e dichiarò al secondo che quelle lamentele erano fondate; e pertanto fra i due si convenne « che il figlio avrebbe per sempre cessato di fare quelle lamentele e che, in *consideration* di questa promessa del figlio, e al fine di rendergli giustizia (quanto ai benefici già ricevuti dagli altri figli) e, ancora, per l'amore e l'affetto naturali del padre verso il figlio, il primo lo avrebbe liberato dal cennato debito, e avrebbe accettato la detta promessa da parte del figlio in piena soddisfazione e liberazione del debito stesso ».

— Che in conformità, il padre, durante la sua vita, di fatto accettò la suddetta promessa del figlio in piena soddisfazione del debito *de quo*.

L'avvocato dell'*executor* White ribattè che non v'era alcuna *consideration* per la remissione del debito, e che non v'era alcuna quietanza sulla cambiale (argomento, quest'ultimo, che non venne accettato dal giudice Parke).

L'avvocato del convenuto William Bluett sostenne che la sua

difesa (*plea*) mostrava che vi fu un *agreement* o promessa da parte di esso convenuto e che, *in consideration* di questa promessa, il padre convenne (*agreed*) di rimettere il debito.

Obiezione del giudice Parke: «un *agreement* (promessa) da parte di un padre, *in consideration* che il figlio non lo importuni (*bore*), costituisce forse un *contract* giuridicamente vincolante?».

Ma l'avvocato del convenuto continua:

«La difesa (*plea*) dimostra che le lamentele del figlio erano fondate. Non si può investigare sull'*adequacy* della *consideration*. Una promessa è una buona *consideration* per un'altra promessa, se il promittente della prima (nel caso, il figlio) si assume un vincolo o responsabilità (*liability*) cui prima non era soggetto. Nel presente caso il figlio aveva un diritto (*a right*) di fare le menzionate lamentele, e il suo consentire (*agreeing*) a rinunciare a quel diritto e ad astenersi dal fare ciò che giuridicamente (*legally*) egli avrebbe potuto fare è una buona *consideration*; e ciò perchè egli sarebbe stato soggetto ad un'azione (*liable to an action*: giuridicamente responsabile), se avesse violato la sua promessa di non più lamentarsi. Il caso rientra nella definizione della *consideration* data da CHITTY, *Contracts*, p. 28, in quanto il convenuto, con la sua promessa, si assoggettò ad un'obbligazione, ed ancora in quanto si assoggettò ad un *detriment* per il fatto di non poter più continuare nelle sue fondate lamentele...».

Il giudice POLLOCK, C.B.: «La difesa (*the plea*) è chiaramente priva di fondamento. Da quella tesi un principio è spinto fino all'assurdo, come una vescica è gonfiata finchè scoppia. Stando semplicemente alle parole, v'è qualche fondamento per quella tesi, e, stando semplicemente alle parole, si può arrivare alla conclusione in essa sostenuta.

«Si dice (per il convenuto): il figlio aveva diritto (*a right*) ad una giusta distribuzione del patrimonio paterno, si lamentò col padre perchè non ne aveva ricevuto una giusta parte; e così gli disse: "Io cesserò dal lamentarmi, se tu non agirai contro di me per quella cambiale". A che il padre rispose: "Se tu mi prometti di non più lamentarti, io rinuncerò alla cambiale".

« Ora, se una simile difesa fosse fondata, anche la seguente promessa sarebbe giuridicamente vincolante: un uomo potrebbe lamentarsi che un altro usi della strada pubblica più di quanto dovrebbe, e l'altro potrebbe dire: non lamentarti, ed io ti darò cinque sterline. È ridicolo supporre che una simile promessa possa essere giuridicamente vincolante. Parimenti, se il possessore di una lettera di cambio stesse perseguendo l'accettante, e questi si lamentasse che il possessore lo aveva trattato duramente (*hardly*), o che la cambiale non avrebbe mai dovuto circolare, e il possessore rispondesse: "Se tu non continuerai a lamentarti, io non agirò per la cambiale", questa promessa sarebbe analoga a quella dedotta in questa causa.

« In realtà, non v'era alcuna *consideration*. Il figlio non aveva alcun *right* di lamentarsi, in quanto il padre avrebbe potuto fare quella distribuzione del suo patrimonio che più gli piacesse; e l'astensione del figlio dal fare ciò che egli non aveva alcun *right* di fare non può costituire una *consideration* ».

Il giudice PARKE, B.: « Sono della stessa opinione. L'*agreement* non poteva essere base di un'azione (*could not be enforced*) contro il figlio. Non è inoltre senza rilievo l'osservare che il padre non restituì la cambiale al figlio. Si dubitò un tempo se un *simple agreement* potesse essere base di una difesa (*could be pleaded*)... (*omissis*). Ma una simile questione non sorge nel presente caso, in quanto non v'era alcun *agreement* vincolante da parte del figlio ».

Il giudice ALDERSON, B.: « Se questo *agreement* fosse valido, non vi sarebbe più la possibilità di un *nudum pactum*. V'è una *consideration* dall'una parte, e si sostiene che la *consideration* dall'altra parte è lo stesso *agreement*: se fosse così, non vi potrebbe più essere un *nudum pactum* ».

Il giudice PLATT, B.: d'accordo.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 30 *sub a* et *b* specie nota 6.

Si noti che nella *common law* la remissione di debito è trattata come una *promise* e richiede anch'essa una *consideration*, salvo l'*act under seal* (per la *civil law* sarebbe valida anche una remissione non rivestita della forma delle donazioni: v. vol. I § 38 *sub b* et *c*). Sicchè la questione sa-

rebbe stata la stessa, se il padre avesse promesso di dare qualcosa al figlio.

Questo celebre caso è stato una specie di rompicapo per i suoi interpreti quanto al reale motivo della decisione che sarebbe:

a) il carattere troppo vago e indeterminato dell'oggetto della promessa del figlio (sicchè, se vago non fosse stato, sarebbe stata possibile la sanzione giuridica di tale promessa ed essa avrebbe rappresentato così di per sè un bene, anche minimo, costituente una valida *consideration*, secondo l'assunto dell'avvocato di Bluett). In questo senso interpretano il caso White: il giudice Hood in *Dunton v. Dunton*; POLLOCK, *Contracts*, cit., pp. 144-145; ANSON, *Contracts*, cit., p. 24.

b) l'argomento della vescica gonfiata fino a scoppiare, cioè lo spingere fino all'assurdo il motivo dei casi *Dunton* e *Hammer v. Sidway*, o, anche, lo spingervi il principio dell'irrelevanza dell'*adequacy of consideration*: CORBIN, *Cases on Contracts*, cit., p. 232.

c) la mancanza di un *right* nel figlio di lamentarsi per la distribuzione del patrimonio fatta dal padre (anche se questi riconobbe fondate tali lamentele: si tenga presente che il padre, in quella *common law*, poteva disporre del suo patrimonio liberamente, anche *mortis causa*). In questo senso interpreta il caso White il giudice Williams in *Dunton v. Dunton*.

d) l'insussistenza di un vero *bargain* (con riferimento all'*opinion* del giudice Parke, nello stesso caso *White v. Bluett*): CHESHIRE AND FIFOOT, *Contracts*, cit., pp. 61-62.

Ora, tenuto conto anche dell'equivocità del termine *right* (v. nota al caso *Dunton*), sembra che il motivo possa stare nei punti *b*, *c*, *d*, fra loro connessi. Il figlio non aveva un *right* di lamentarsi, nè nel senso di un diritto soggettivo o di un potere giuridico, nè nel senso di una facoltà di agire rientrante nella sfera giuridica individuale (*legal freedom of action*: v. nota al caso *Dunton*), e ciò specialmente nei confronti del padre. Il rinunciare e il promettere di rinunciare a quelle pretese facoltà, o l'astenersene, non avevano alcun valore, anche minimo, e non potevano essere l'oggetto di un *bargain*.

Sotto altro, ma analogo, profilo, escluso quel «*right*», si può dire che un patto di questo genere: «Hai ragione di lamentarti; ti rimetto il prestito o ti darò la tal somma e non parliamone più»; «Sta bene (e, magari, grazie), risponde l'altro»; oppure: «Dammi *tot*, ed io non mi lamenterò più, cioè starò contento»; che un patto di questo genere, diciamo, è un *nudum pactum*, secondo la concezione che si ha di questo nella *common law*, cioè un patto in cui manca un *bargain* o in cui manca un *negotium aliquod*, secondo una certa terminologia romana, che sembra qui tornare

in punto e che è usata a proposito dei contratti innominati e per escludere il *pactum nudum* (v. vol. I § 2, p. 17). (V. in proposito l'*opinion* del giudice Alderson).

E ciò a prescindere dalla considerazione che, se si vedesse in simili casi un *bargain* o patto valido, si incoraggerebbero i noiosi e seccatori a seccare (*to bore*) il prossimo, anche con qualche buona ragione, fino ad ottenere che si dia loro qualcosa per cavarseli d'attorno!

Ma, anche così interpretati, i motivi della decisione White v. Bluett lasciano un po' perplessi, e forse l'argomento più attraente è quello della vescica che scoppia. Probabilmente, cioè, si tratta di un caso limite. Diverse circostanze concrete, più che astratte definizioni, potrebbero essere influenti per un'altra soluzione.

Pertanto, si propongono i seguenti quesiti:

1) Se la posizione del figlio allora in Inghilterra fosse stata quella del nostro erede legittimario, la soluzione del caso avrebbe potuto essere diversa?

2) Anche se non vi fosse stata quella posizione, *quid iuris*, se il padre avesse « comperato » il silenzio del figlio a basso prezzo, cioè rimettendogli o promettendogli molto meno di quanto dato agli altri figli?

3) E se il figlio, invece di lamentarsi, avesse trattato freddamente il padre? O se si fosse allontanato dalla casa paterna in segno di protesta? La promessa di non trattarlo freddamente o di ritornare nella casa avrebbe potuto costituire una valida *consideration*?

4) Se si fosse lamentato con terzi, invece che col padre? La promessa di non lamentarsi con terzi avrebbe potuto costituire una valida *consideration*?

Passando ad altro rilievo, si noti che i detti motivi importerebbero che, anche guardando il caso sotto il profilo di una *executed consideration*, cioè di una effettiva astensione del figlio dal lamentarsi (come di fatto se ne astenne fino alla morte del padre), la *consideration* sarebbe invalida (v. invece le note ai casi Hamer v. Sidway e Orr v. Orr).

Nella *civil law*:

Tutta l'impostazione e l'inquadramento del caso cambierebbero. Il caso si presenterebbe o come una remissione di debito o come una donazione (se il padre avesse promesso al figlio di dargli qualcosa).

Nella prima ipotesi, la remissione sarebbe valida per sè, senza bisogno della forma della donazione (v. vol. I § 38 *sub b*). Anche se di fatto risultasse l'intento di donare o un accordo, si avrebbe una donazione (valida senza bisogno di forma, v. vol. I § 38 nota 20), rispetto alla quale, per le ragioni cui subito accenneremo, l'astensione dal lamentarsi (o la

relativa promessa, se pensabile e sanzionabile nella *civil law*) sarebbe una mera condizione o un onere.

Nella seconda ipotesi, si avrebbe una donazione, soggetta ai requisiti di forma, con una condizione o con un onere. Pensare che quell'astensione (o quell'ipoteticamente valida promessa) possa costituire la « causa sufficiente » ad escludere lo schema formale-causale della donazione sembra assurdo, anche secondo la dottrina e la giurisprudenza francesi più spinte (v. vol. I § 10 *sub c*).

Ad un risultato *apparentemente* analogo si verrebbe nella *common law*, qualora la remissione o la promessa del padre fosse rivestita della forma dell'*act under seal* (v. vol. I § 34 *sub a*). Ma l'analogia è apparente, perchè nella *civil law* la donazione, sia pur rivestita della forma *ad hoc*, è un « negozio » o tipo di negozio, nel senso generico di affare, dal diritto riconosciuto per sè, per la sua « causa » (in questo senso); mentre nella *common law* l'*act under seal* è un atto formale in senso proprio, e per di più unilaterale, un atto formale che assorbe il suo contenuto, compresa la donazione, la quale, con le relative questioni di onere e causa sufficiente, non è riconosciuta come negozio sostanziale nella *common law* (v. vol. I § 28 *sub c* e § 33 *sub d*).

In altri termini, nella *civil law* ciò che non potrebbe essere causa sufficiente o principale di un contratto innominato di scambio, potrebbe costituire un valido onere (anche come promessa di astensione dal lamentarsi, se pensabile e sanzionabile da noi), o una causa secondaria di una donazione, cioè di un « negozio » o affare, ove rilevano la causa principale e quella secondaria. Nella *common law*, invece, date le considerazioni fatte sopra e dato lo schema astratto del *bargain*, quella « causa secondaria »:

— o implica un *detriment* (nel senso di limitazione della *legal freedom* di cui ai casi Dunton e simili), e così, dando luogo ad un *bargain*, diventa *consideration*, per sè sempre « principale », anche se come movente o *inducement* è soltanto parziale (v. note 12 e 13 al caso De Cicco v. Schweizer e nota 10 al caso Martin v. Meles e altri casi ivi richiamati);

— oppure, se non può dar luogo ad un *bargain*, non vale nulla (s'intende, salvo valere come condizione di un atto formale puro, l'*act under seal*).

Certo si è che un avvocato di *civil law* non avrebbe mai e poi mai pensato ad impostare la difesa del figlio così come fece il suo avvocato di *common law*. Anzi, chi non conoscesse il retroscena (cioè il concetto di *contract* come astratto schema del *bargain*, con quello della *consideration*, quale risulta dai casi Dunton e simili: vol. I § 26 p. 353 segg. e § 30

nota I; concetti che hanno rese serie, difficili e forse non scevre da perplessità e dubbi la discussione e la soluzione del caso *White v. Bluett*), esclamerebbe, leggendo questo caso, che gli inglesi o sono matti o, per lo meno, *funny!*

Un avvertimento che non si rammenterà mai abbastanza a chi fa del diritto comparato.

ORR v. ORR

Appellate Court of Illinois, 1913. — 181, Ill. App. 148

APPLICAZIONE DI PRINCIPII E CONCETTI ANALOGHI A QUELLI DEI TRE CASI PRECEDENTI, PER RISOLVERE CASI CHE NELLA CIVIL LAW NON SAREBBERO DONAZIONI CUM ONERE, MA «NEGOZI» DIVERSI.

(Il *case* è riferito testualmente, salvo alcuni *omissis*)

L'opinion, anche per i Colleghi della Corte, fu resa dal giudice PHILBRICK come segue:

«L'appellata Mina M. Orr aveva contratto matrimonio con un certo Fred W. Orr il 5 giugno 1909. Prima di questo matrimonio Fred W. Orr aveva una polizza di assicurazione a vita nella Modern Woodmen of America per dollari 2.000.

«Dal matrimonio nacque un figlio, Carol. Fred W. Orr morì *ab intestato* il 17 agosto 1910 nella casa del padre, ove era rimasto ammalato per parecchie settimane, lasciando a sopravvivergli la moglie (l'appellata) e il figlio Carol, i quali per il loro sostentamento dipendevano dal loro rispettivo marito e padre (Fred W. Orr.). — Al momento della morte di Fred W. Orr il beneficiario nominato nella suddetta polizza era John W. Orr, padre di Fred, e dopo la morte di questi, sulla base di congrue prove, l'ammontare della polizza fu pagato a John W. Orr.

«L'appellata Mina Orr sostiene che, prima della morte di suo marito, essa aspirava ad ottenere che il beneficiario di quella polizza venisse cambiato in modo che essa ne divenisse beneficiaria.

«L'appellata assume che, dopo che Fred W. Orr era caduto ammalato e mentre egli si trovava in casa del padre, questi ed essa parlarono e discussero della questione del cambiamento di benefi-

ciario nel senso suddetto; e che essa rese nota a John W. Orr la di lei intenzione di recarsi presso il marito, ammalato nella casa di John W. Orr, per indurlo a consegnarle la vecchia polizza e per ottenere poi il rilascio di un'altra polizza a favore di lei...

«L'appellata assume che John W. Orr, quando conobbe la di lei intenzione di recarsi presso il marito per quello scopo, vi fece obiezione: e cioè, John W. Orr, temendo che una richiesta di quel genere (il cambiamento della polizza), mentre Fred W. Orr era ammalato e senza speranza di guarigione, avrebbe potuto riuscire fatale allo stesso, promise e si accordò con l'appellata nel senso che, se essa si fosse astenuta dal recarsi presso Fred W. Orr e non lo avesse turbato o infastidito con la questione del cambiamento di beneficiario, egli, John W. Orr, avrebbe tenuto la polizza a beneficio di lei e del figlio... Continua l'appellata col dire che essa difatti si astenne (*refrain and forbear*) dal recarsi presso il marito per chiedergli il cambiamento del beneficiario.

(*Omissis*: in questo *omissis* il Giudice osserva che, rifiutandosi John W. Orr di versare l'importo della polizza a Mina Orr, questa lo chiamò in giudizio, anche pel figlio, il quale poi morì nel corso del giudizio; e che in primo grado la domanda di Mina Orr fu accolta. Di qui l'appello di John W. Orr).

«L'appellante sostiene che la decisione impugnata è erronea e dev'essere riformata, per il motivo che le prove non sostengono la tesi della pretesa promessa (di tenere la polizza a beneficio di Mina e del figlio). Inoltre, per il motivo che, anche concedendo che tale promessa venne fatta, non v'era per essa alcuna *consideration*, in quanto Mina Orr non aveva alcun potere (giuridico?) per costringere il marito a cambiar la polizza anche se ne lo avesse richiesto. E, ancora, per il motivo che era una mera ipotesi (*speculation*), da parte di Mina Orr, quella che il marito avrebbe cambiata la polizza a di lei richiesta...

(*Omissis*: qui il Giudice osserva che v'erano le prove della promessa).

«L'appellata aveva il diritto (*the right*) di richiedere al marito

il cambiamento del beneficiario della polizza prima della di lui morte, e di assicurarsi il beneficio della polizza per sè e per suo figlio, se le era possibile ottenerlo. La polizza era stata stipulata dal defunto prima del suo matrimonio e il padre (John W. Orr) ne era stato nominato beneficiario. Dopo che l'appellata e il figlio divennero i naturali oggetti della liberalità (*bounty*) di Fred W. Orr, sarebbe stato del tutto naturale che questi dovesse cambiare il beneficiario durante la sua ultima malattia, in modo che la moglie e il figlio ne traessero beneficio, salvo dimostrare alcune gravi ragioni perchè egli ciò non facesse. — Quanto meno, l'appellata aveva il diritto (*the right*) di recarsi presso il marito per premere su di lui in quel senso e con quella persuasione che essa poteva usare all'uopo...

« È principio ben stabilito che una promessa adempiuta (*carried out or completed*) che privi la parte promittente (Mina Orr) di qualche suo *substantial right*, quando ciò avvenga a richiesta dell'altra parte (John Orr), costituisce una *sufficient consideration* per la promessa di quest'altra parte... (qui il giudice vuol dire che Mina Orr promise di rinunciare e rinunciò alla sua libertà d'azione o diritto, non solo, ma di fatto adempì quella promessa astenendosi dal recarsi presso il marito al noto scopo).

« È ancora principio ben stabilito che una promessa è *sufficient consideration* per un'altra promessa; e che la questione della *adequacy of consideration* o della sua *inequality* è del tutto irrilevante. Ed è del tutto irrilevante, quanto alla questione della *consideration* della promessa in esame (quella di John Orr), il sapere se o meno l'appellata sarebbe stata capace di ottenere il cambiamento del beneficiario, com'essa desiderava. — Vi era una *valuable consideration*, in quanto Mina Orr, accedendo alla domanda o alla *request* di John W. Orr, rinunciò e abbandonò (*waived and abandoned*) un diritto (*right*) che in allora essa aveva, cioè il diritto di tentare (*endeavour*) di persuadere il marito a rendere beneficiari della polizza la moglie e il figlio.

« Ai fini di stabilire se vi era una *valuable consideration* per fare quella promessa di John W. Orr, non è necessario che vi fosse stato

un beneficio patrimoniale per John W. Orr. Se vi era una *valuable consideration*, per quanto piccola potesse essere, essa era sufficiente (*if there was a valuable consideration, however small it might have been, then it was sufficient*).

«Noi siamo dell'opinione che l'aver Mina Orr convenuto di astenersi dal recarsi presso il marito nella di lui condizione (di ammalato) per fargli la richiesta che essa aveva diritto di fare, e che essa aveva il diritto di aspettarsi fosse esaudita, che tale accordo, diciamo, era una *sufficient consideration* da parte di Mina per rendere valida la promessa di John W. Orr: la promessa, cioè, che qualora l'ammalato morisse, esso John W. Orr avrebbe incassato la polizza e ne avrebbe poi versato l'ammontare a Mina Orr per lei e il figlio».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 26 *sub d* et *e*, § 30 *sub a*.

Richiamiamo la nota al caso Dunton circa il concetto di *right* (*right* di Mina Orr di recarsi presso il marito e chiedergli il cambiamento della polizza) e circa la *consideration* consistente in una *promessa* di astenersi dall'esercitare quel *right*, anzichè nell'astensione o *executed consideration*.

Forse Mina Orr aveva qualcosa di più che un *right*, nel senso di *legal freedom of action* (di cui ai casi Hamer; Dunton e simili); e ciò poichè, come accenna il giudice Philbrick, sarebbe naturale che un marito, dopo il matrimonio, cambi la polizza. Con che il giudice, più che ad un vero diritto o anche ad una legittima aspettativa, accenna ad una *chance* o probabilità per Mina Orr (v. *infra*); sicchè lo stesso giudice ripiega tosto sul terreno di un *right* (come *legal freedom of action*) di recarsi presso il marito e fare su di lui le pressioni che essa ritenesse opportune.

Si noti, poi, che il problema di una promessa di Mina Orr (ritenuta sussistente dal giudice) come valida *consideration* è superato dal rilievo che Mina Orr sostenne di essersi in effetti astenuta, come in fatto si astenne, dall'andare presso il marito per il noto scopo (e si noti anche che il giudice ne tenne conto, dicendo trattarsi di una promessa adempiuta). Nè si può dire che il suocero J. Orr contrattò soltanto per una promessa (*executory consideration*) e non anche, in ogni caso, per una effettiva astensione o *executed consideration*: v. anche per il caso Hamer la nota al caso Dunton.

Ciò posto, è chiaro che il caso Orr venne deciso sulla base di principii

e concetti analoghi (se pur sotto certi aspetti, diversi) a quelli dei casi Hamer v. Sidway e Dunton. Ma questi ultimi e altri simili sono o possono essere casi di donazioni *cum onere* nella *civil law*, mentre il caso Orr rappresenterebbe in questa un negozio ben diverso da una donazione *cum onere*.

È sempre lo schema astratto del *bargain* (con l'irrilevanza della donazione e di una « causa principale o secondaria » di liberalità) che assorbe quello che per un giurista di *civil law* sarebbe il « negozio » o il contenuto reale e rilevante della *conventio*: v. nota al caso Dunton.

Sotto lo stesso profilo sono interessanti anche i seguenti casi, nella *common law* decisi con quegli stessi principii e concetti, mentre nella *civil law* non sarebbero donazioni *cum onere*, ma neppure sarebbero « negozi » analoghi a quello di Orr v. Orr.

EX PARTE MARTINGELL, *King's Bench*, 1904. - 2 *K.B.*, 133; GOODSON v. GRIERSON, *K.B.* 1908. - I *K.B.* 761 e altri citati nel mio articolo *Appunti sul contratto obbligatorio, ecc.*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1953, p. 46, n. 24. In questi casi il principio ispiratore è che l'astenersi, o la promessa di astenersi dall'applicare sanzioni di carattere sociale, per ottenere il pagamento di un debito morale, sociale o d'onore, può costituire una valida *consideration* per la promessa di pagare quel debito. Si tratta dello stesso principio ispiratore dei casi Dunton, Orr v. Orr o simili, ma applicato per casi di « negozi » fra loro *sostanzialmente* diversi nella *civil law*. In questa, infatti, i casi Martingell, Goodson v. Grierson e simili sarebbero promesse di pagare un debito morale, promesse valide (fino ad un certo punto) se questo debito morale è un'« obbligazione naturale », la quale in sè (e non quel *bargain* fra promessa e astensione dall'applicare sanzioni sociali) sarebbe la *causa sufficiente* di simili promesse: v. vol. I § 11. L'astensione dall'applicare sanzioni sociali non avrebbe alcun rilievo nella *civil law*, se addirittura non getterebbe dei sospetti per non ritenere « causa sufficiente » l'obbligazione naturale e così per non ritenere valida la promessa di adempierla!

Venendo al caso Orr, che cosa sarebbe esso nella *civil law*? Salvo risulti l'intento di donare, escluso dalle circostanze, sarebbe un contratto innominato, ove la controprestazione di Mina Orr (« causa » in questo senso) non sarebbe probabilmente *in obligatione*, ma l'oggetto di una c.d. condizione: v. vol. I § 10 *sub a* (ma, a parte il problema della sanzionabilità di una promessa di Mina Orr, potrebbe anche essere *in obligatione*: v. nota al caso Dunton, problemi di *civil law*).

Sotto questo profilo, l'astensione di Mina Orr dal richiedere al marito il cambiamento della polizza costituirebbe, anche per la giurispru-

denza italiana e per le correnti conformi, una *causa sufficiente* ad eliminare nella promessa del suocero John Orr l'esigenza dello schema formale-causale della donazione. E ciò, non tanto perchè John Orr ne traesse un vantaggio patrimoniale, quanto perchè Mina Orr subiva un sacrificio patrimoniale (v. vol. I § 13 *sub b*), consistente nella perdita di una *chance*, quella di ottenere dal marito il cambiamento della polizza. Si noti che ciò che prometteva John Orr era il valore massimo di questa *chance* e non di più.

Che cosa, in realtà, valesse questa *chance*, non avrebbe importanza, purchè non fosse una mera fantasia di Mina Orr o di un valore così minimo da far sorgere altri problemi, e cioè, quanto meno, il sospetto che Mina Orr avesse speculato su un sentimento pietoso di John Orr pel figlio o che il consenso di John Orr non fosse, comunque, stato libero; oppure, secondo la giurisprudenza francese, la mancanza di un reale corrispettivo (v. vol. I § 23, nonchè § 10 nota 3, e vol. II, parte I, cap. VI). Sotto questo profilo, dovrebbero essere rassicuranti le osservazioni del giudice Philbrick, che, cioè, dopo il matrimonio, sarebbe del tutto naturale che un marito cambi la polizza, salvo dimostrare alcune gravi ragioni perchè egli ciò non abbia fatto (ma non si vede perchè nel caso Orr non lo avesse fatto, pur dopo oltre un anno di matrimonio!).

Ma quale valore hanno queste osservazioni del giudice Philbrick in una sentenza di *common law*? Egli ne parla al fine di dimostrare che sussisteva un *right* (in realtà, una *chance*), cui rinunciava Mina Orr, come bene o valore anche minimo *in the eyes of the law*, valore minimo che è sempre il presupposto del *bargain* come schema astratto o della *consideration* (v. vol. I § 30 note 1 e 4). Subito dopo il giudice ripiega sul terreno di un *bargain* fra la promessa di John Orr e la rinuncia di Mina ad un altro bene, l'astensione dalla *legal freedom of action*, *consideration* anche questa assunta nel solito modo astratto.

Non essendosi parlato nel *case* di un vizio di consenso di John Orr (nel senso di cui al vol. I § 23), quelle osservazioni non possono a ciò riferirsi, per quanto esse di fatto avranno tranquillizzato l'animo del giudice.

Come si vede, qui, come in altri casi, la soluzione e i motivi nella *common law* e nella *civil law* sono, almeno in parte e almeno apparentemente, analoghi. Ma essi sono inquadrati in ordini di idee, di mentalità, d'impostazione diversi, che consigliano di andare cauti nei ravvicinamenti.

Il lettore è invitato a riflettere su ciò e ad approfondire, da questo punto di vista, la comparazione.

DEVECMON v. SHAW and Devries executors

Court of Appeals of Maryland, 1888. — 69 Md 199

CONSIDERATION: INDUZIONE (REQUEST) A FARE UNA SPESA VANTAGGIOSA PER IL PROMISSARIO CHE ALTRIMENTI NON SI SAREBBE FATTA. DONAZIONE CUM ONERE E RELIANCE NELLA CIVIL LAW.

(il *case* è riferito testualmente, salvi gli *omissis*)

L'opinion, anche per i Colleghi della Corte, fu resa come segue dal giudice BRIAN:

« John Semmes Devecmon promosse un'azione contro gli *executors* (amministratori o liquidatori dell'eredità) del defunto John S. Combs... La prova consisteva in certi conti tratti dai libri del defunto e nella testimonianza che l'attore era un suo nipote, e visse per parecchi anni nella sua famiglia ed era al suo servizio come impiegato per parecchi anni. L'attore in seguito (dopo una certa fase del giudizio) offerse un capitolo di testimonianza del seguente tenore: « che l'attore fece un viaggio in Europa nel 1878; che questo viaggio fu da lui fatto e il denaro all'uopo necessario da lui speso su istanza e richiesta (*at the instance and request*) del detto Combs, sulla base (*upon*) di una promessa di quest'ultimo di rimborsare e restituire all'attore tutto il denaro speso in quel viaggio; che il viaggio fu fatto e il denaro speso a quelle condizioni dall'attore, ma che il viaggio non aveva alcuna connessione con gli affari di Combs; che questi parlò col testimonio circa quel suo contegno (*conduct*) di essere in quel modo disposto a pagare al nipote le spese come atto di liberalità e generosità di lui (Combs) ».

« Su eccezione (della controparte), la Corte di primo grado non ammise quella prova, e l'attore se ne gravò.

« Avrebbe potuto ben darsi, e probabilmente era questo il caso, che l'attore non avrebbe fatto il viaggio in Europa a sue proprie spese. Ma fosse questo o meno il caso, la testimonianza (se si fosse ammessa) avrebbe avuto come oggetto di dimostrare che l'attore incorse in una spesa *at the instance and request* del defunto e sulla base di una espressa promessa di quest'ultimo di rimborsargli il denaro speso. Si trattava di un peso (*burden*), in cui l'attore incorse a

richiesta dell'altra parte, ed era certamente una *sufficient consideration* per una promessa di pagare. Se la legge fosse altrimenti, grave danno potrebbe arrecarsi con l'indurre delle persone a fare delle spese al di là dei loro mezzi finanziari, mediante una espressa promessa di rimborso. Del tutto diverso è il caso della promessa di fare ad altri un dono, o di rendergli un servizio gratuito. Non ha alcuna importanza, nella soggetta materia, il fatto che l'attore trasse un vantaggio dallo spendere il proprio denaro. Egli fu indotto da questa promessa a spenderlo in quel dato modo, invece che in qualche altro modo. Se la promessa non è adempiuta, la spesa sarebbe stata cagionata da un falso pretesto » (*omissis*).

Ecco il testo inglese di quest'ultimo interessante passo: « Great injury might be done by inducing persons to make expenditures beyond their means, on express promise of repayment, if the law were otherwise. *It is an entirely different case from the promise to make another a present, or render him a gratuitous service.* It is nothing to the purpose that the plaintiff was benefited by the expenditure of his own money. He was induced by this promise to spend it in this way, instead of some other mode. If it is not fulfilled, the expenditure will have been procured by a false pretence ».

La Corte d'Appello del Maryland, dopo altre considerazioni sull'azione, sul fondamento dedottone e sulle prove, in riforma della decisione di primo grado, ordinò un nuovo *trial* (rinnovamento del dibattimento: v. Avvertenze al vol. II, n. 5).

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 26 *sub d et e*, p. 353 segg.; § 30 *sub a*; nonchè il § 27 *sub a*.

La decisione si fonda sul motivo dell'aver Devecmon fatto una spesa (che altrimenti non avrebbe fatto o fatto in altro modo), piuttosto che sul motivo di un abbandono della sua *legal freedom* di non fare il viaggio (v. la nota ai casi Hamer v. Sidway, Dunton v. Dunton e simili). Ma l'elemento del *benefit* per lo stesso promissario Devecmon venne, pare, invocato dal convenuto, come nel caso Hamer.

Perciò il motivo dell'aver fatto una spesa ecc. arieggia piuttosto quello della *reliance* (v. vol. I § 27 *sub a*; CORBIN, *Cases on contracts*, cit., p. 381). Ma, rispetto alla *doctrine* della *reliance* di cui al § 90 *Rest. americano*, sta

la differenza che il viaggio con la relativa spesa era non tanto ragionevolmente prevedibile, quanto espressamente preveduto come condizione della promessa, e compiuto da Devecmon sulla base di questa e della relativa condizione. Perciò il caso viene fatto rientrare ancora nello schema del *bargain*, come condotta tenuta a *special instance and request* del promittente o, meglio, come condotta a cui si è stati indotti per la pressione o *inducement* della promessa, anche se dall'una e dall'altra parte vi possano essere stati altri *motives* (v. nota ai casi Hamer v. Sidway e Dunton v. Dunton e richiami ivi ai casi De Cicco v. Schweizer e Martin v. Meles). Basta quel reciproco rapporto causale, anche in concorso di altre cause, fra promessa e condotta.

Ciò posto, per la *civil law* sembra trattarsi di una donazione *cum onere*, secondo il classico esempio di onere a beneficio del donatario o di « *affectation* » della somma: v. vol. I § 10 *sub f ad* nota 15; e la nota al caso David, con citazione di Planiol, proprio pel caso dell'onere di fare un viaggio; ma v. anche vol. I § 9 nota 10 quanto al diritto francese. Per il diritto italiano si tratterebbe senz'altro di una donazione *cum onere*: v. vol. I § 10 *sub b* e i casi nella parte I, cap. II, sez. I di questo vol. II.

Senonchè, in genere, il problema si presenta nella *civil law* per una donazione reale (v. vol. I § 38 *sub a*), più che per una promessa di dare la somma. In quest'ultimo caso (o, comunque, di fronte all'azione di ripetizione del già dato, se ammissibile, per difetto di forma: v. vol. I § 38 *sub a*), si è presentato anche nella *civil law* il problema di una *reliance* consistente nel fare una spesa che altrimenti non si sarebbe fatta, anche se, rimborsata la spesa, vi sia un beneficio (o donazione) per chi ha fatto il viaggio o altra spesa a lui vantaggiosa. E, benchè talvolta si sia fatto ricorso al concetto di contratto innominato di scambio o di causa principale e sufficiente diversa da quella di liberalità (v. il caso Bardet e altri richiamati in questo vol. II, parte I, premessa al cap. II sez. III), in sostanza si è deciso sulla base della *reliance* o affidamento.

Sotto questo aspetto il caso Devecmon presenta analogie coi casi *Fabrique de S. Martin cr. Bardet*; *Cattaneo cr. Milesi* e altri richiamati sopra nella detta premessa al cap. II sez. III della parte I. Ma nel caso Devecmon si decide sulla base dello schema astratto del *bargain* e della *request*, più che sui motivi sostanziali di cui ai citati casi di *civil law*.

EMBOLA v. TUPPELA

Supreme Court of Washington (lo Stato di Washington, non la capitale federale), 1923. — 127 *Wash.* 285

CONTRATTO ALEATORIO: ADEQUACY OF CONSIDERATION.

(il *case* è riassunto)

Tuppela aveva seguito la corsa (*rush*) dei cercatori d'oro verso l'Alaska, e dopo esservi rimasto alcuni anni, divenuto pazzo, era stato ricoverato in un manicomio a Portland, Oregon. Rilasciato dopo quattro anni, scoperse che le sue proprietà in Alaska erano state vendute dal suo tutore.

Tuppela, nel maggio 1918, disoccupato e miserabile, incontrò in Astoria, Oregon, il signor Embola, suo amico da 30 anni. Questi gli fornì, o prestò, 270 dollari per il suo mantenimento.

Tuppela, dopo aver cercato invano chi gli fornisse i mezzi per ricuperare le sue proprietà in Alaska, il cui valore era stimato circa 500.000 dollari, si rivolse nel settembre 1918 a Embola e gli disse che, se, in aggiunta ai 270 dollari già datigli, gliene avesse dati altri 50 per potersi recare in Alaska allo scopo di ricuperare quelle proprietà, avrebbe dato a Embola 10.000 dollari, qualora egli (Tuppela) avesse vinto la causa di ricupero.

L'altro accettò e versò i 50 dollari. Dopo una lunga lite, la causa di ricupero di quei beni fu vinta. Ma, richiesto del pagamento dei 10.000 dollari, Tuppela obiettò che il contratto era *unconscionable*, senza un'*adequate consideration*, ottenuto mediante *fraud* ed era inoltre affetto da usura.

Il giudice, premesso che non trattavasi di un mutuo (e quindi di un mutuo usurario), ma di un investimento aleatorio e, così, in caso d'insuccesso, di un investimento a fondo perduto, osserva che la causa di ricupero dei beni in Alaska era difficilissima, secondo il parere dato in allora da un avvocato; sicchè il rischio di perdere i 50 dollari era molto grave. Ciò, dice il giudice, mostra che la *consideration* non era *inadequate*. Quanto alla tesi della *fraud*, il giudice rileva che, secondo le prove, lo stesso Tuppela offerse di dare 10.000

dollari quando era sano di mente e così mostrò di ritenere che il contratto presentava per lui dei vantaggi.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 26 *sub d*; § 30 *sub a* e § 32 *sub d*.

Trattasi di un contratto aleatorio. Il giudice dalle circostanze deduce che non vi era *fraud* (lesione per l'art. 1448 c. civ. ital. e simili). Nè la può dedurre dalla *gross inadequacy of consideration*, poichè questa in fatto, data la gravità del rischio, non era *inadequate*.

La ricerca dell'*adequacy* ha quindi un rilievo nei contratti aleatori, ma, in fondo, soltanto per escludere la *fraud* o l'*indue influence*.

Nel caso *Elliott v. Northern Trust Co., Illinois App. Court, 1913.* - 17 *Ill App.* 438, cit. da CORBIN, *Cases on Contracts*, cit., p. 225, una moglie diede 500 dollari al marito per fornirgli i mezzi per andare in Alaska, in cambio della promessa del marito di darle, al momento della morte di esso, la metà del suo patrimonio. A questo momento il patrimonio del marito ammontava a 2 milioni di dollari!

Nella *civil law* si sarebbe ritenuto nullo o, comunque, annullato o rescisso il contratto in casi come *Embola v. Tuppela, Elliott v. North. Trust* e simili? V. vol. I § 23.

SCHNELL v. NELL

Supreme Court of Indiana, 1861. — 17 *Ind.* 29

NOMINAL E UNSUFFICIENT CONSIDERATION. RECITAL OF CONSIDERATION. — PAST CONSIDERATION. — PROBLEMI PER LA CIVIL LAW. — DONAZIONE DISSIMULATA, ECC.

(il *case* è riferito testualmente come risulta dal *Report*, salvo alcuni *omissis*)

PERKINS J.: « Si tratta di un'azione di J. B. Nell cr. Zacharias Schnell, sulla base del seguente istrumento:

« Il presente atto, in data 13 febbraio 1856, fra Zach. Schnell (prima parte) e J. B. Nell, Wendelin Lorenz e Donata Lorenz (seconde parti), fa fede di quanto segue:

Il detto Zacharias Schnell conviene quanto segue:

premesse

— che la di lui moglie, Theresa Schnell, ora defunta, ha fatto

un testamento in cui, fra l'altro, si dispone che ciascuna delle sunnominate seconde parti deve avere la somma di 200 dollari;

— che queste disposizioni del testamento sono del tutto nulle, in quanto nessuna proprietà, mobiliare o immobiliare, apparteneva individualmente (*in her own name*) alla defunta T. Schnell al momento della sua morte, e perciò tutti i beni posseduti congiuntamente (*jointly*) ritornano al di lei marito;

— che inoltre la detta T. Schnell è stata una moglie rispettosa dei suoi doveri e amorosa per Zach. Schnell, e lo ha efficacemente aiutato nell'acquistare tutto il patrimonio, immobiliare e mobiliare, che ora egli possiede.

Ciò premesso

per e in *consideration* di tutto ciò e dell'amore e rispetto che egli nutre per sua moglie; e inoltre, in *consideration* di un centesimo da lui ricevuto dalle seconde parti, il detto Zach. Schnell conviene di pagare le suindicate somme a ciascuna delle stesse seconde parti (seguono specificazioni e rate di pagamento).

Dal canto loro le seconde parti per e in *consideration* di ciò convengono di pagare la summenzionata somma di un cent., e di astenersi dal far valere ogni reale o supposta pretesa (*claim*) nascente contro il detto Schnell o il suo patrimonio dal surichiamato testamento della defunta Theresa Schnell, e così di rinunciare alla pretesa stessa.

In fede di quanto sopra, le parti hanno, questo giorno 13 febbraio 1856, posto su questo documento le loro mani e i loro sigilli (seguono le sottoscrizioni)».

«L'istanza giudiziale (*Complaint*: v. Avvertenze al vol. II, n. 5) non contiene alcuna affermazione di una *consideration* per l'istrumento, all'infuori di quelle in esso menzionate, e non dichiara in modo positivo che il centesimo che si convenne di pagare fu pagato o offerto. (*Omissis*).

«Il convenuto rispose che l'istrumento, sulla cui base si agiva, era privo di una qualsivoglia *consideration*.

«Rispose, inoltre, che l'istrumento mancava di *consideration*, in

quanto la moglie, Theresa, al tempo in cui fece il menzionato testamento e a quello della sua morte, non possedeva nè separatamente (individualmente) nè congiuntamente col marito o altri, alcun bene immobiliare o mobiliare, eccetto per quanto la legge le dava come interesse (*grosso modo*, diritto di godimento) nel patrimonio del marito.

« Il testamento è in atti, ma non interessa ai fini della decisione. (*Omissis*).

« Il caso fu rinviato al primo giudice e deve essere riesaminato qui sul punto se l'istrumento, base dell'azione, esprime una *consideration sufficient* a creare un'obbligazione giuridica contro Zach. Schnell. L'istrumento specifica tre distinte *considerations* per la promessa di quest'ultimo di pagare 600 dollari:

1°) una promessa, da parte degli attori, di pagargli un cent.;
2°) L'amore e l'affetto che egli portava alla defunta moglie, e il fatto che essa aveva cooperato, come moglie, all'acquisto del di lui patrimonio.

3°) Il fatto che essa aveva espresso il desiderio, nella forma di un testamento inefficace, che le persone in esso menzionate riceversero le somme ivi specificate.

« La *consideration* di un cent. non può costituire la base della promessa del sig. Schnell. È vero che, in linea generale, l'*inadequacy of consideration* non vizia una convenzione... Ma questa *doctrine* non si applica ai meri scambi di somme di moneta, di conii, il cui valore è esattamente fissato, ma allo scambio di qualcosa, in se stesso di valore indeterminato, con della moneta o magari con altra cosa pure di valore indeterminato.

« Nel presente caso, una diversa opinione si potrebbe adottare, se il centesimo menzionato nell'istrumento fosse stato un centesimo particolare, un oggetto di famiglia, o un conio antico o notevole, avente un valore indeterminato ed estrinseco al suo valore come semplice moneta. Così come stanno le cose, la mera promessa di pagare 600 dollari contro 1 cent., anche se la porzione di quel centesimo dovuta dall'attore fosse stata offerta, si ha un *unconscionable contract*

(contratto irragionevole o con sproporzione enorme), nullo a prima vista e in modo evidente, se lo si debba riguardare come un contratto serio (citaz. di un caso). La *consideration* di 1 cent. in questo caso è chiaramente *nominal* ed intesa come tale.

Siccome il testamento della moglie di Schnell non gli imponeva alcuna obbligazione giuridica di eseguire i legati mediante il di lui patrimonio, e siccome essa non aveva beni propri, la promessa di Schnell di eseguire quei legati non era giuridicamente vincolante per lui su quella base. Una semplice *moral consideration* non può sostenere (*support*) una promessa (*citazioni di cases*). E per la stessa ragione una valida *consideration* per la promessa di Schnell non può trovarsi nel fatto di una transazione (*compromise*) su una pretesa contestata; e ciò perchè, quando la pretesa è giuridicamente priva di alcun fondamento, una promessa, fatta in una transazione su tale pretesa, non è giuridicamente vincolante (citaz. di un *case*).

« Non v'era nel presente caso, alcun errore di diritto o di fatto, perchè l'istrumento ammette che il testamento è inefficace e nullo.

« La promessa era una semplice promessa di fare una donazione.

« I servizi resi nel passato al sig. Schnell dalla moglie, e l'amore e l'affetto che egli le aveva portato, non possono costituire una *legal consideration* della promessa di Schnell per due motivi: 1°) si tratta di *past consideration* (citazioni di *cases*); 2°) il fatto che Schnell amava la moglie e che questa aveva prestato la sua attività (per la formazione del di lui patrimonio) non costituiscono una *consideration* per la di lui promessa di pagare a J. B. Nell e ai sigg. Lorenz una somma di danaro.

Non abbiamo bisogno di risolvere quest'altra questione: nell'ipotesi in cui la moglie, durante la sua vita, avesse fatto un *bargain* col sig. Schnell nel senso che, *in consideration* della di lui promessa di pagare, dopo la morte della moglie, alle suddette persone una somma di danaro, essa avrebbe prestato la sua attività come sopra e si sarebbe condotta in modo da essere meritevole dell'affetto del marito, se in tale ipotesi, diciamo, una promessa del genere sarebbe stata valida e conforme all'ordine pubblico (*public policy*).

«Nè il fatto che ora il sig. Schnell venera la memoria della defunta moglie può costituire una *legal consideration* per una promessa di pagare una somma di danaro a terze persone...».

La decisione del precedente giudizio viene riformata.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 30, specie note 7 e 12; § 28 *sub a*; v. anche § 31 p. 415.

Il sigillo, pare, non aveva importanza nella fattispecie.

Il caso viene deciso, pare, sul motivo che la *consideration* era *unsufficient* (v. vol. I § 30 nota 7), per quanto il giudice l'appelli *nominal* e benchè non sia chiaro se il centesimo si dovesse pagare nello stesso tempo e luogo in cui si dovevano pagare i 200 dollari (ma, non essendo espressamente stabiliti un luogo o un tempo diversi, si dovrebbe presumere che erano i medesimi). Sul detto motivo di una *unsufficient consideration* viene deciso il caso, piuttosto che sul motivo, pur accennato di sfuggita dal giudice, che v'era un mero *recital of consideration* (v. vol. I § 30 nota 12). A questo proposito si noti l'equivocità dell'istrumento, il quale, ora parla di un centesimo ricevuto, ora di un centesimo convenuto o promesso. Ma, anche se fosse stato promesso, poteva trattarsi di un mero *recital*, in quanto risultasse (e quell'equivocità ne era la prova) che non si intendeva in realtà fare una promessa seria, cioè pagarlo.

Quanto alla *past consideration*, v. vol. I § 28 *sub a*.

Quanto al *compromise* o transazione, la nota al caso Haighs v. Brooks, e ivi quanto al problema dell'errore nella transazione.

Nella *civil law*:

1) L'obbligazione naturale da testamento nullo potrebbe essere causa sufficiente della promessa (senza bisogno della forma della donazione), secondo la giurisprudenza francese; oppure potrebbe aversi una conferma del testamento nullo, ai sensi degli artt. 590 e 799 c. civ. ital., 1340 c. civ. francese e simili: v. vol. I § 11 note 27 e 28, nonchè vol. II, parte I, cap. III.

In quale delle due figure giuridiche, promessa per un'obblig. nat. o conferma, si potrebbe inquadrare il presente caso?

2°) Quanto al *recital of consideration*, sarebbe valida la promessa dei 200 dollari (non rivestita dalla forma della donazione), come donazione dissimulata, secondo la giurisprudenza francese?

3°) A prescindere dalla questione del *recital*, e supposto che il dollaro fosse stato effettivamente pagato o promesso, *quid iuris* per la cenata giurisprudenza francese? v. nota al caso Christiano.

4) In relazione al quesito precedente, la soluzione potrebbe essere

influenzata dal fatto che il centesimo promesso fosse stato di un conio speciale o simili?

5°) Il giudice Perkins, definendo « *unconscionable* » il contratto, ha inteso alludere ad una concezione analoga a quella della giurisprudenza francese di cui al vol. I § 23 e al vol. II, parte I, cap. VI? V. anche vol. I § 32 *sub b*.

MCDEVITT v. STOKES

Court of Appeals of Kentucky, 1917. — 174 Ky. 515

CONSIDERATION CONSISTENTE NELL'ADEMPIMENTO DI UN DOVERE (VERSO UN TERZO). — PROBLEMI PER LA CIVIL LAW.

(il *case* è in gran parte riassunto)

Stokes aveva promesso a McDevitt, un fantino al servizio del sig. Shaw, proprietario del cavallo Grace, di pagargli 1000 dollari nel caso in cui esso McDevitt avesse vinto con Grace una gran corsa del Kentucky. Questa era una corsa celebre che, in caso di vittoria, accresceva di molto il valore del cavallo vincente, ed anche del padre, della madre e dei fratelli. Il premio di questa corsa veniva distribuito fra i primi quattro vincitori e i proprietari delle rispettive madri dei cavalli vincenti.

Stokes era proprietario delle azioni di una società di allevamento, cui appartenevano il padre, la madre e due fratelli del cavallo Grace. In caso di vittoria di Grace, alla detta società sarebbero spettati 300 dollari sui premi. Inoltre, il valore del padre, della madre e dei fratelli di Grace, appartenenti alla società, ne sarebbe stato oltremodo accresciuto.

Si allegava dall'istante McDevitt che Stokes, spinto dai suaccennati suoi interessi nella nota corsa, gli promise 1000 dollari, se esso McDevitt avesse guidato Grace e vinto la corsa stessa; al che il fantino aderì, guidò il cavallo e vinse. Stokes ebbe il premio di 300 dollari come proprietario (attraverso la società) della madre di Grace; il valore del padre di Grace aumentò di 10.000 dollari; quello della madre di 5.000; e quello dei due fratelli di 5.000 ciascuno.

In giudizio (d'appello) il fantino McDevitt sostenne che i van-

taggi summenzionati, derivati a Stokes dalla vittoria di Grace e dovuti in gran parte alla perizia del fantino, costituivano una *sufficient consideration* per la promessa di 1000 dollari fattagli da Stokes.

Il *Chief Justice* SETTLE respingeva la domanda del fantino, in quanto questi, pel suo contratto d'impiego con il sig. Shaw, proprietario del cavallo Grace, era già «moralmente e giuridicamente vincolato» a compiere la prestazione richiestagli da Stokes mediante la promessa dei 1000 dollari. Onde, dice il giudice, quella prestazione, in quanto già dovuta per contratto a Shaw, avrebbe automaticamente prodotto i vantaggi ricevuti da Stokes, anche senza la promessa di quest'ultimo.

«Ritenere che il fantino McDevitt avrebbe vinto la corsa con Grace soltanto per la promessa di Stokes di pagargli 1000 dollari, se avesse vinto, significherebbe dire che il fantino si sarebbe altrimenti comportato in modo disonesto rispetto all'obbligazione nascente dal suo contratto d'impiego con Shaw, un'illazione che non è affatto giustificata da quanto è detto nell'istanza d'appello».

Le parole *benefit* e *detriment*, osserva sempre il *Chief Justice* Settle, si prestano a equivoci. *Benefit* non si riferisce ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, nè *detriment* a ogni e qualsiasi perdita patrimoniale derivanti dall'affare. Non si può aspettare che l'affare sia compiuto e che si faccia il bilancio dei patrimoni per vedere se la *consideration* esisteva originariamente. *Benefit* significa tecnicamente che il promittente, in cambio della sua promessa, ha ottenuto il vantaggio (*legal right*) cui altrimenti non avrebbe avuto diritto; *detriment*, che il promissario, in cambio dell'altrui promessa, si astiene da una facoltà (*legal right*) che egli avrebbe avuto altrimenti diritto di esercitare. Qui il giudice cita il principio per cui l'adempimento o la promessa di adempimento di un dovere preesistente non può costituire una valida *consideration* per l'altrui promessa. Chi adempie o promette di adempiere quel dovere compie un atto che non ha alcun valore come *consideration*, perchè egli non fa nulla più di quanto era già tenuto a fare. E questa regola vale anche pel caso in cui la prestazione sia dovuta ad un terzo, e uno prometta al debitore un *quid* perchè esegua la prestazione stessa. Questa motivazione, ag-

giunge il *Chief Justice*, ci dispensa dall'esaminare la questione se il contratto era o meno contrario all'ordine pubblico (*public policy*).

NOTA E QUESTIONARIO. - V. Vol. I § 30 *sub b*, specie ad nota 5 e 8; § 32 nota 8; § 35 *sub c*, nota 10 *bis*. Vedasi anche il caso *De Cicco v. Schweizer*.

Come si è visto nei luoghi citati del vol. I, il concetto è che chi è già tenuto da un dovere preesistente verso chi promette il compenso (per l'adempimento del dovere stesso) o verso un terzo o verso il pubblico, non fa nulla più di quanto deve, non limita una libertà che non aveva; v. anche vol. I § 30 nota 1.

Si noti che, a parte la questione di *public policy*, la forma dell'*act under seal* avrebbe reso valida la promessa di Stokes.

Oltre i casi richiamati nei luoghi citati del vol. I e molti altri casi assai frequenti nelle Corti di *common law*, citiamo i casi seguenti concernenti un dovere preesistente fra le parti:

— Marinai di una nave che, avendo altri marinai disertato durante il viaggio, si fanno promettere, per suddividerlo fra loro, il salario di quegli altri, se non si potessero trovare dei sostituti: promessa nulla: *Stilk v. Myrick, Common Pleas, 1810. - 2 Camp. 317.*

— Nulla, per la stessa ragione, la promessa di un datore di lavoro di aumentare lo stipendio ad un impiegato (durante il corso del relativo contratto) che gli aveva fatto presente di aver trovato altro impiego a migliori condizioni, ma di non voler andarsene senza il suo consenso: *Davis and Co. v. Morgan, Supreme Court of Georgia, 1903, 117, Ga. 504.*

Quanto al concetto di *legal right*: v. nota al caso *Dunton*.

Quesiti:

1) *Quid iuris* nella *common law*, se il fantino avesse promesso a Stokes di fare qualcosa di più o di diverso (e, intenzionalmente, in meglio) di quanto dovuto dal fantino al suo padrone Shaw?

2) Come si risolverebbe nella *civil law* l'interessante caso *Mc Devitt*?

Fra gli altri problemi si risolvano i seguenti:

a) la promessa di un premio al fantino era una donazione, valida se per atto pubblico? un contratto lecito?

b) che influenza può avere nella questione l'interesse di Stokes alla vittoria del cavallo?

3) *Quid*, anche nella *common law*, per la promessa di un premio a chi, fra i vari fantini già *impegnati* coi loro padroni per partecipare alla corsa, arriverà primo? E se la promessa è diretta ai fantini *non ancora impegnati*?

DE CICCO v. SCHWEIZER et al.

Court of Appeals of New York, 1917. — 221 N. Y. 431

MARRIAGE SETTLEMENT IN CONSIDERATION (O IN OCCASIONE?) DI MATRIMONIO. —
DONAZIONE PER CAUSA DI MATRIMONIO NELLA CIVIL LAW.

(la sentenza è riferita testualmente, salvo alcuni *omissis* e riassunti)

Il celebre giudice CARDOZO rese l'*opinion* come segue: « Il 16 gennaio 1902 un accordo (*articles of agreement*) fu redatto dal convenuto Joseph Schweizer, sua moglie Ernestina e il conte Oberto Gulinelli. L'accordo è in italiano. Citiamo da una traduzione la parte di esso interessante ai fini della decisione della lite.

« Premesso che Miss Blanche Josephine Schweizer, figlia di Mr. Joseph Schweizer e di Ernestine Teresa Schweizer, è ora fidanzata con il conte Oberto Gulinelli e deve con questi contrarre matrimonio (*is now affianced to and is to be married to the Count Gulinelli*).

Ciò premesso, in *consideration* di tutto quanto si è esposto, il sig. Joseph Schweizer promette ed espressamente conviene con il presente contratto di pagare annualmente alla detta sua figlia Blanche, durante la di lui vita e di inviarle, durante la di lei vita, la somma di 2500 dollari, o l'equivalente in franchi, il primo pagamento dovendo farsi il 20 gennaio 1902 ».

Con successive clausole si stabiliva che « per la ragione su esposta » (il matrimonio) M. Schweizer non cambierà le disposizioni fatte nel suo testamento a favore di sua figlia e dei di lei discendenti. In caso di morte di esso Mr. Schweizer, i pagamenti dovranno essere continuati da sua moglie.

Il matrimonio fu celebrato il 20 gennaio 1902. Nello stesso giorno il convenuto (M. Schweizer) fece il primo pagamento alla figlia e continuò a pagare fino al 1912. La presente azione è stata promossa per il pagamento della rata di questo anno, 1912.

L'attore (De Cicco) ha ottenuto una cessione del credito dalla figlia (Blanche J. Schweizer), al quale atto di cessione il di lei marito intervenne.

La questione in esame concerne l'esistenza o meno di una *consideration* per il promesso assegno annuale.

Non è contestato che il matrimonio possa costituire una *sufficient consideration* (1). Tuttavia la tesi del convenuto è che il conte Gulinelli era già fidanzato (promesso in matrimonio) con Miss Schweizer, e che il matrimonio non era che il mero adempimento di un precedente dovere giuridico (*legal duty*). Per questa ragione, si afferma, manca la *consideration* (2).

Questa tesi ci porta alla discussione di una vessata questione, dibattuta da Corti e autori con molta sottigliezza e poco accordo. Si ammette generalmente che, quando fra A e B v'è un contratto, la promessa dell'uno all'altro per indurre quest'altro all'adempimento è nulla. Le difficoltà sorgono quando la promessa per indurre all'adempimento è fatta da un terzo C » (3).

Seguono ampie citazioni di autori *pro e contra*. Cardozo cita come *storm center* della vessata questione il caso inglese *Shadwell v. Shadwell*, *Common Pleas*, 26 novembre 1860, in cui uno zio aveva promesso al nipote di pagargli, dopo il matrimonio, un assegno annuale di 150 st., promessa fatta quando il nipote era già fidanzato: due giudici ritennero la promessa *enforceable*; il terzo dissentì, in quanto mancava la *consideration*, perchè il nipote, essendo già fidanzato, *had incurred no detriment on the faith of the promise*.

Cardozo osserva che il caso De Cicco si distingue dal caso *Shadwell* per le ragioni che tosto dirà, sicchè, aggiunge, nessuna delle due opinioni espresse nel caso *Shadwell* può reggere il caso De Cicco.

« Le Corti dello Stato di New York sono concordi nell'opinione che è nulla la promessa di A a B per indurre B a non rompere il suo contratto con C (seguono citazioni). Se tale è la vera natura della promessa nel caso De Cicco, non v'è per essa alcuna *consideration*.

Tuttavia noi non abbiamo mai ritenuto che una simile nullità affetti anche una promessa di A, non soltanto a B, ma a B e a C

congiuntamente, per indurli a non rescindere o a non modificare un loro contratto che essi sono liberi (4) di abbandonare. Per stabilire se la promessa in esame presenti quest'ultimo carattere, occorre una più approfondita analisi.

L'obbligazione contrattuale (*contract*) del convenuto Mr. Schweizer, se è un *contract*, è un *contract* non *bilateral*, ma *unilateral* (segue citazione). La *consideration* richiesta nel caso non è una promessa, ma un fatto (*act*). Il conte Gulinelli non promise alcunchè. Infatti Mr. Schweizer gli disse: se voi e mia figlia contrarrete matrimonio, io pagherò a lei un assegno vitalizio. Finchè il matrimonio non veniva celebrato, Mr. Schweizer non era obbligato (5). Non sarebbe stato sufficiente (per poter poi porre in essere quella *consideration*) che il conte fosse rimasto disposto a contrarre il matrimonio. L'ovvia portata del contratto era che anche la sposa dovesse restar disposta a ciò e che il matrimonio ne seguisse. La promessa (di Mr. Schweizer) era intesa ad affettare o influenzare la condotta, non soltanto di uno dei fidanzati, ma di entrambi (6). Ciò si fa più evidente quando si tenga presente che, benchè la detta promessa fosse stata fatta al conte, essa era intesa come vantaggio (*for the benefit*) della figlia (segue citazione di un caso). Quando tale promessa giunse a conoscenza della figlia, questa aveva il diritto di aderirvi (*to adopt it*) e di chiederne l'esecuzione (*to enforce it*) (seguono citazioni di casi).

Così facendo, la figlia divenne una parte del contratto. Se questo fosse stato *bilateral*, la situazione avrebbe potuto essere diversa. Ma siccome era un contratto *unilateral*, siccome, cioè, la *consideration* consisteva nel compimento di un fatto (*performance*), l'agire (*action*, cioè il contrarre matrimonio come *acceptance* o *performance*) della figlia sulla fede di quella promessa, pose lei nella stessa condizione in cui si sarebbe trovata, se essa fosse stata formalmente la promissaria (7).

Che, poi, la figlia avesse avuto conoscenza della promessa prima del matrimonio (8), è cosa che si è legittimati a inferire dai rapporti fra le parti e da altre circostanze concomitanti, e precisamente:

il documento fu sottoscritto dai genitori di lei, fu consegnato a chi sarebbe stato suo marito; fu redatto quattro giorni prima del matrimonio; in questo giorno il pagamento fu fatto e fu fatto a lei. Da tutte queste circostanze si può inferire che al momento del matrimonio la promessa (di Mr. Schweizer) era nota alla sposa come allo sposo e che entrambi agirono sulla fede della promessa stessa (*and that both acted upon the faith of it*).

La situazione, pertanto, è in sostanza quella stessa che si sarebbe avuta, se la promessa fosse stata fatta allo sposo e alla sposa, e fosse stata intesa ad indurre entrambi alla *performance* (cioè a contrarre il matrimonio). Essi erano liberi, mediante comune accordo, di rescindere la loro promessa di matrimonio o di posporre il matrimonio stesso. Se essi si astennero (*forbore*) dall'esercitare questo loro diritto (*right*) (9), e si assunsero la responsabilità di un matrimonio sull'affidamento della promessa del convenuto (*in reliance of the defendant's promise*), questi non può ora ritrattarla.

Non è nuova la distinzione fra una promessa da *A* a *B* per indurre *B* a non rompere il suo contratto con *C*, e una analoga promessa per indurre *B* a non accordarsi con *C* per una volontaria rescissione (sottinteso: nel quale ultimo caso la promessa avrebbe una valida *consideration*) (10).

Tale tesi è stata avanzata rispetto a casi in cui la promessa era stata fatta soltanto a *B*, e non a *B* e *C* congiuntamente (seguono citazioni di Pollock e Williston). Una critica di quella tesi (si intenda, quando la promessa è stata fatta soltanto a *B*) si è fatta nel senso che dovrebbe esservi qualche prova che *C* era pronto a recedere dal contratto (Williston) (11). È discutibile se una simile critica possa comunque valere, quando il contratto, per evitare la consensuale rescissione del quale si promette qualcosa ad *una* delle parti, è una promessa di matrimonio. Nelle promesse di matrimonio infatti, entrano molti elementi estranei all'ordinario contratto a interessi economici (*ordinary business contract*). Non è un'assunto fantastico il ritenere che nella promessa di matrimonio il pentimento di una parte libera l'altra dalla promessa.

Tuttavia agli scopi della nostra decisione noi vogliamo ammettere che l'accennata critica è fondata, quando la promessa di qualcosa è fatta per indurre soltanto una delle due parti del contratto a non accordarsi con l'altra per una volontaria rescissione di questo: nel qual caso può essere una mera ipotesi (*speculation*) il dire che l'altra parte avrebbe potuto venir persuasa a rescindere il contratto. Ma quando la promessa di qualcosa è fatta ad entrambe le parti, come mezzo per indurle a non rescindere consensualmente il loro contratto, vi sono nuove e diverse implicazioni. Infatti non si fanno di solito delle pressioni per costringere la volontà e l'azione di coloro che sono già ansiosi di procedere in quest'azione. Il tentativo d'influire sulla loro condotta mediante nuovi mezzi di induzione è una implicita ammissione che entrambi possono essere titubanti: che l'uno come l'altro deve essere incoraggiato e persuaso (nel caso, a prendere la decisione di sposarsi) e che la rescissione o almeno il rinvio (della esecuzione dell'impegno dei due) è qualcosa che si vuol evitare; è qualcosa, quindi, che sta nel raggio di una non irragionevole probabilità.

Se una pressione diretta a entrambi, e diretta a tenere entrambi fermi nel loro proposito, non è lo scopo (*purpose*) della promessa di qualcosa, ne è almeno la tendenza naturale e il risultato probabile (12).

Il convenuto sapeva che un uomo e una donna stavano assumendo la responsabilità del matrimonio nella persuasione (*belief*) che un adeguato assegno sarebbe stato fatto per la donna e per i figli a venire. Egli offerse a entrambi questo (la promessa di un assegno) mezzo per indurli a contrarre il matrimonio, mentre essi erano liberi di rescindere consensualmente il fidanzamento o di rinviare il matrimonio. Che essi non rescissero l'uno nè rinviarono l'altro, è certo.

Non si può pretendere che i due fidanzati mettessero a nudo tutti i motivi e impulsi, alcuni confessati e consci, altri forse semi-consci e inarticolati, che influenzarono la loro condotta (consistente nel celebrare poi il matrimonio). È sufficiente che la conseguenza naturale

della promessa del convenuto fu quella di indurre i fidanzati a mettere da parte ogni idea di rescindere il loro impegno o di rinviarne l'esecuzione.

Da quel momento non vi era più per essi una reale alternativa; non vi era più ciò che i filosofi chiamano «una vivente opzione». Tutto ciò in se stesso permette di inferirne l'esistenza del *detriment* (citazione di *cases* concernenti l'induzione a fare un contratto). La stessa illazione, per quanto non altrettanto inevitabile, ma tuttavia legittima, segue quando una promessa di qualcosa è stata fatta per indurre a mantenere un contratto (cioè, a non rescinderlo consensualmente)...

Se la tendenza della promessa è quella di indurre altri a perseverare in una data linea di condotta, l'affidamento (*reliance*) e il *detriment* possono essere inferiti dal mero fatto della *performance* (compimento di quella linea di condotta). Le molle o moventi dell'azione sono varie e sottili. Chi interferisce (nel caso, mediante la promessa di un bene) in questo campo dei moventi non può pretendere una prova rigorosa che la molla, che egli ha fatto scattare, fu quella effettivamente determinante ad esclusione di tutte le altre (13).

Un'altra tesi deve essere esaminata. Si sostiene, cioè, che la promessa del convenuto non fu fatta *animo contrahendi* (14). Essa non era diretta, ci si dice, ad influire sulla condotta di alcuno; era la mera offerta di un dono (*gift*) che aveva come motivo (*motive*) il fidanzamento della figlia col conte (15). Senza dubbio, un progettato matrimonio non può ritenersi una *consideration* per una promessa, salvo che le parti lo abbiano trattato su questo piano (16) (seguono citazioni, fra cui Holmes, *The Common Law*, p. 292). Ma lo stesso carattere formale (*formality*) dell'accordo fa pensare all'intento di affettare i rapporti giuridici fra le parti. Normalmente chi usa il linguaggio di un *covenant* non intende impegnarsi a mero titolo di generosità. È certo che le parti ritennero che vi fosse una *consideration*. Il documento enuncia il fidanzamento e l'imminente matrimonio, e stabilisce che questi fatti costituivano la *consideration*

per la promessa. La mancanza del matrimonio avrebbe reso la promessa invalida (*ineffective*, per mancanza di *consideration*, e non meramente caduca per mancanza di una condizione o presupposto).

In queste circostanze non si può dire che la promessa non era diretta a determinare (*to control*) la condotta di coloro cui essa intendeva recare vantaggio.

Certo non si può trarre quest'illazione come se fosse una questione di diritto.

(*Omissis*: qui Cardozo osserva come tale questione fosse stata trattata e risolta nel precedente giudizio come questione di fatto).

La conclusione, cui siamo così pervenuti, è rafforzata da quelle considerazioni di *public policy* (nel caso: di pubblico interesse), che si presentano per i contratti concernenti i rapporti matrimoniali. Il diritto favorisce i *marriage settlements* e cerca di mantenerli; esso li mette, per molti scopi, in una classe per sè stante (seguono citazioni). Esso li ha sanzionati (*enforced*) in casi in cui la esistenza di una *consideration*, se questa era davvero presente, dipendeva da dubbie illazioni (seguono citazioni) (17). Esso, se necessario, tende al massimo lo sforzo di interpretazione di parole e comportamenti equivoci al fine di legare gli uomini all'onorevole adempimento di impegni diretti a influenzare la vita degli altri nei loro più intimi rapporti.

La decisione precedente deve essere confermata con le « spese ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 26 *sub d*, specie nota 16, e pp. 353-355; § 27 *sub a*; § 29, § 30 *sub b* nota 5; § 31, specie nota 6.

È questo un celebre caso, deciso da un grande giurista dallo spirito sottile e di avanguardia, come Lord Mansfield, Lord Denning e altri grandi innovatori. Le sue sentenze sono fra le più erudite e ricche di informazione, anche storica, per un lettore di *civil law*.

Il *case*, riferito nel suo testo, talvolta conciso o succinto, presenta delle notevoli difficoltà per chi non sia addentro nei meandri del concetto di *contract* nella *common law*. Perciò, oltre i chiarimenti da noi inseriti fra parentesi (tutte le parentesi includono chiarimenti del genere, come, del resto, per tutti gli altri casi riferiti: v. Avvertenze a questo II volume, n. 8),

altri ne diamo qui mediante note che portano la numerazione inserita nello stesso testo del *case*.

(1) V. nota al caso *Freeman v. Freeman*.

(2) V. vol. I § 30 nota 5 e la nota al caso *McDevitt v. Stokes*. Si tenga presente che nella *common law* anche il fidanzamento, o promessa di matrimonio, è considerato come un *contract* (con reciproche promesse quali *considerations* l'una dell'altra), la cui sanzione consiste, come al solito, nel risarcimento dei danni, anche morali, per inadempimento: v. volume I § 33 nota 7. E ciò a differenza del nostro diritto: v. nota 31 al caso *Berry Ruspoli cr. Berry Chigi*. Pertanto il fidanzamento creava un dovere giuridico (contrattuale); e la tesi del convenuto era che la sua promessa di un assegno aveva una *consideration* invalida, in quanto questa consisteva nell'adempimento di un esistente dovere giuridico (non verso di lui, ma fra i fidanzati).

La conseguenza di questa tesi, come poi si vedrà (v. nota 14), è che: o il matrimonio fu riguardato nell'istrumento come una *consideration*, e allora la promessa di un assegno vitalizio era nulla per le ragioni dette; oppure il matrimonio fu riguardato come un *motive*, « causa » o presupposto di quella promessa (come nella nostra donazione per causa di matrimonio: v. art. 785 c. civ. ital. e simili), e allora la promessa è ancora nulla, come mero atto di liberalità o di *generosity*, non riconosciuto come tale dalla *common law*, salvo sia assorbito nell'atto formale puro o *act under seal*, che nel caso mancava: v. vol. I § 28 *sub c* e § 34 *sub a*.

(3) V. vol. I § 30 nota 5 e il caso *McDevitt v. Stokes*.

(4) Qui si presenta quel concetto della *consideration* consistente in una restrizione della *legal freedom of action*, di cui al vol. I § 26, pp. 353-355 e in nota al caso *Dunton*.

(5) Per intendere questo passo si legga attentamente il vol. I § 29, nonchè ivi la nota 5.

(6) Su questo *leit motiv*, di una promessa diretta a costituire un *inducement* per entrambi i fidanzati, si svolgerà tutta l'*opinion* di Cardozo. V. vol. I § 26, p. 353 segg. e le note ai casi *Dunton*, *Martin v. Meles* e altri circa la concezione della *consideration* come rapporto di *inducement* fra promessa (mezzo per indurre e influenzare la condotta altrui) e la condotta altrui; nonchè in proposito l'*opinion* di Cardozo nel caso *Allegheny Colledge*, ove pure si cita *Holmes*.

(7) Anche per intendere questo passo v. vol. I § 29. Cardozo pare voler dire che, consistendo la *consideration* nel mero compimento di un fatto, la promessa di Mr. Schweizer, in quanto diretta anche alla figlia, poteva essere da questa « accettata » compiendo quel fatto; mentre, trat-

tandosi di una *consideration* consistente in una *contropromessa* (nel caso, di non rompere il fidanzamento o di celebrare il matrimonio), cioè di un *bilateral contract*, una *acceptance* come contropromessa da parte della figlia non risultava da alcuna circostanza prima del matrimonio; e la celebrazione di questo esauriva ormai l'*iter* e non poteva dirsi contropromessa di celebrare il matrimonio. Il dubbio è se veramente la promessa dell'assegno vitalizio poteva dirsi diretta anche alla figlia?!

(8) Sull'esigenza che l'*executed consideration*, come *acceptance*, dev'essere compiuta essendo a conoscenza della promessa, v. vol. I § 29 e la nota al caso *Williams v. Carwadine*.

(9) Sulla concezione della *consideration* come astensione, sotto la pressione o sulla fede dell'altrui promessa, dall'esercitare un *right* o, meglio, una *legal freedom of action* (libertà, nel caso, di rescindere consensualmente il fidanzamento): v. note ai casi *Dunton v. Dunton*, *White v. Bluett* e *Orr v. Orr*.

(10) Questa distinzione vuol significare che, mentre nel primo caso la *consideration* consiste semplicemente nell'adempiere un obbligo esistente (cioè di non rompere un contratto fra B e C); nel secondo caso la *consideration* consisterebbe in qualcosa di più, cioè nel non rompere il contratto, anche se C è d'accordo per una rescissione.

(11) Altrimenti, si vuol dire, mancherebbe il presupposto naturale di un indurre (con la promessa di un compenso) B a non accordarsi con C per la rescissione del loro contratto.

(12) Per intendere questo passo si tenga presente la natura del rapporto di causalità o *inducement* fra promessa e condotta altrui, rapporto che non è necessariamente quello di uno scopo (*purpose*) o « causa » nel senso soggettivo della *civil law*, benchè vi debba essere l'intento di un *bargain*, o un rapporto di causalità voluto dal promittente: v. vol. I § 26, pp. 353-355 e nota 16, nonchè la distinzione fra « causa » come *motive* e *consideration* nei casi *Thomas v. Thomas*, *Re Bonacina* e altri.

Certo che qui si entra su un terreno molto labile e che si può, più o meno inavvertitamente, scivolare sul terreno della *doctrine* della *reliance* di cui al vol. I § 27 *sub a*.

(13) Su tutto questo passo, a cominciare dal capoverso « Il convenuto sapeva, ecc. », v. le note 6 e 12, nonchè i casi in esse citati per la distinzione fra *motive* o « causa » in senso soggettivo e *consideration*, la quale basta sia uno dei *motives*, anche se parziale o secondario (v. anche nota al caso *White v. Bluett*). Cioè, in genere, basta che la promessa abbia la tendenza (in senso soggettivo: v. vol. I § 26 nota 16) a influenzare, anche in minima parte, la condotta altrui.

(14) V. sopra nota 2.

(15) Su questo passo interessante, per i concetti di *contract*, di *animus contrahendi*, di intento di contrarre un vincolo giuridico, ecc., v. vol. I § 26 note 18 e 19; § 28 *sub c*; § 31; § 35 *sub a*; e *infra* la premessa al cap. III, nonchè ivi le note ai casi Wyatt v. Kreglinger, Balfour v. Balfour e Kirksey v. Kirksey.

(16) V. vol. I § 26 nota 16; § 31 nota 4 e 6; nonchè le presenti note 6, 12 e 13 e i casi ivi citati.

(17) Qui Cardozo sembra accennare a quella che nel § 90 del *Restatement* americano sui *Contracts* si chiarirà e svilupperà come la *doctrine* della *reliance* di cui al nostro vol. I § 27 *sub a*. Per analogo accenno v. HOLMES nel caso Martin v. Meles. In questi casi, infatti, sembra che, più che una vera *consideration*, difettante per mancanza di alcuni dei suoi requisiti, vi fosse una *reliance* in quel senso.

Nonostante gli sforzi di Cardozo per inquadrare il caso nella *doctrine* della *consideration*, il lettore si sarà reso conto che in realtà si tratta di un *marriage settlement* fatto in occasione o, come noi diremmo, per causa di matrimonio: v. note 2, 7, 12 e l'artificiosa costruzione di una promessa fatta per indurre entrambi gli sposi a non accordarsi per una rescissione del fidanzamento o un rinvio delle nozze, costruzione non rispondente molto probabilmente all'intento delle parti. Che le parti abbiano parlato di « *consideration* » non è in sè rilevante, poichè l'espressione è spesso usata perfino per la *past consideration* o per meri *motives* o « cause »: v. i casi Schnell v. Nell; Thomas v. Thomas; Allegheny College, eccetera.

Sembra trattarsi piuttosto di una donazione che si regge sulla *doctrine* della *reliance*: v. vol. I § 27 nota I *sub d*, nota 2 *sub d* e citazioni ivi, nonchè CORBIN, *Cases on Contracts*, cit., p. 316 (v. anche le presenti note 12 e 17).

Considerazioni di *public policy*, cioè il *favor matrimonii*, hanno spinto la *common law* (i suoi giudici) su questa strada, del resto seguita anche in altri casi, ove quelle considerazioni non si presentavano (v. vol. I § 27 e *infra* il cap. o nota sulla *reliance*). Circa quelle considerazioni, v. anche Cardozo nel caso di Allegheny College *infra* riferito.

Per questa via la *common law*, superando le rigide strettoie della *doctrine of consideration* o del suo concetto di *contract* come *bargain*, o forse rifacendosi alle sue pure fonti (v. vol. I § 27 *sub a et b*), è giunta o sta

giungendo a non richiedere la forma dell'*act under seal* per i *marriage settlements* privi di una *consideration*.

Nella *civil law*, invece, il *favor matrimonii* non è giunto a tanto. Non vi è giunto perfino ove vi sarebbe stata una specifica *request*, un *inducement* o una *consideration* senza un precedente impegno, o fidanzamento, di contrarre il matrimonio: v. i casi De Sangro cr. Marchetti e Arrigoni-Ferrari cr. Mera-Pelitti, nonchè la premessa al cap. II sez. III della parte I di questo II vol.

Si noti, inoltre, la differenza fra la nostra donazione con l'onere o sotto condizione o per causa di matrimonio, e la concezione della *common law*. Secondo la prima, sussiste una donazione (negozio tipico, con il relativo requisito formale), anche se il matrimonio non era la mera occasione, ma l'oggetto di una specifica *request* o *inducement* da parte di chi ha promesso il *settlement* (*établissement pour cause de mariage*): v. art. 785 c. civ. ital. e simili. E ciò perchè la figura giuridica dell'onere, nelle donazioni, può da noi presentarsi anche in quest'ultimo caso.

Perciò non sembra esatta l'assimilazione, che talvolta si fa nella *common law*, fra il caso, in cui il matrimonio sia la mera occasione o *motive* del *settlement*, e la nostra donazione *cum onere*: v. in proposito il caso Thomas v. Thomas e CORBIN, *op. et loc. citt.*

Il lettore non mancherà, infine, di rilevare come l'impostazione data al caso De Cicco e le relative disquisizioni siano lontanissime dal nostro spirito e dalla nostra mentalità. Onde, pur ammirando la sottigliezza che spacca il capello in due e la squisita eleganza di quelle disquisizioni e distinzioni (v., ad esempio, quella di che sopra alle note 10 e 11), noi ce ne sentiamo estranei. Eppure, se quelle disquisizioni seriamente si fanno e se ci si dà tanta pena per farle, ciò significa che esse poggiano su uno spirito, un costume, una mentalità diversi dai nostri.

Il che, un'altra volta, consiglia di andar cauti nel « diritto comparato » e nella fiducia di farne un mezzo per arrivare, già nel presente corso della storia, ad una legge uniforme. V. a questo proposito anche le note ai casi Haighs v. Brooks, Dunton v. Dunton, White v. Bluett, Orr v. Orr e i casi di che *infra* al cap. IV e alla parte III.

Un quesito di *common law*:

In che differisce il caso De Cicco dal caso McDevitt v. Stokes?

ALLEGHENY COLLEGE v. NATIONAL CHAUTAUQUA
COUNTY BANK OF JAMESTOWN

Court of Appeals of New York, 1927. — 246 N. Y. 369

CHARITABLE SUBSCRIPTION. — NELLA CIVIL LAW: DONAZIONE CUM ONERE AD
UN ENTE DI BENEFICENZA.

(il case è riferito testualmente, salvo alcuni *omissis*)

Si trattava di un'azione dell'Allegheny College contro la detta banca quale *executor* del testamento di Mary Yates Johnston. In primo grado e in appello la decisione era stata favorevole alla banca convenuta. La *Court of Appeals* dello Stato di New York, giudice di diritto in terza istanza, accolse il ricorso del College. Per la maggioranza espresse l'*opinion* il *Chief Justice* Cardozo.

CARDOZO C. J.: «L'attore, Allegheny College, è un'istituzione di *liberal learning* in Meadville, Pennsylvania. Nel giugno 1921 era in corso una raccolta di fondi per ottenere un'ulteriore dotazione di dollari 1.250.000. Un appello per contribuire a questo fondo fu rivolto a Mary Yates Johnston, di Jamestown, Stato di New York. In risposta a tale appello, la signora sottoscrisse e consegnò al College il 15 giugno 1921 il seguente scritto:

«*In consideration* dell'interesse ch'io nutro per l'istruzione impartita secondo i principii cristiani (*Christian education*), e in *consideration* di altre sottoscrizioni, con il presente sottoscrivo e m'impegno a pagare all'ordine del tesoriere dell'Allegheny College, Meadville, Pennsylvania, la somma di cinquemila dollari, 5000. Quest'obbligazione dovrà essere adempiuta trenta giorni dopo la mia morte, ed io con il presente atto incarico il mio *executor* o *administrator* di pagare la detta somma traendola dal mio patrimonio. Questo impegno produrrà l'interesse al tasso del —% all'anno, da pagarsi annualmente, a partire dal fino al pagamento del capitale. Il provento della presente obbligazione dovrà essere aggiunto alla dotazione della detta Istituzione o speso in conformità alle istruzioni di cui al retro di questo impegno». (Seguono la sottoscrizione della promittente e quelle di due testimoni per la autenticità della firma).

Sul retro del documento si legge quanto segue:

« In memoria affettuosa questo dono dovrà essere conosciuto come *Mary Yates Johnston memorial fund*, il cui provento dovrà essere impiegato per l'istruzione di studenti che si preparino all'esercizio del sacro ministero, negli Stati Uniti o altrove.

Questo impegno sarà valido soltanto alla condizione che le disposizioni del mio testamento, ora esistente, siano dapprima adempiute. - Mary Yate Johnston ».

La sottoscrizione in esame non doveva essere eseguita, secondo i suoi termini, prima di 30 giorni dopo la morte della promittente. Tuttavia, la somma di 1000 dollari fu pagata, come acconto, nel dicembre 1923, mentre la promittente era ancora in vita. Il College mise da parte questa somma per essere destinata come fondo per una borsa di studio a beneficio di studenti preparantisi al sacro ministero. In seguito, nel luglio 1924, la promittente comunicò al College che essa revocava la promessa. Scaduti i 30 giorni dalla sua morte, venne promossa la presente azione contro l'*executor* del suo testamento al fine di conseguire il pagamento del residuo non pagato.

Il trattamento giuridico delle *charitable subscriptions* è stato fonte di molteplici controversie in questo Stato (di New York) e altrove (1). Noi abbiamo ritenuto che una promessa di questo genere non è giuridicamente sanzionabile (*enforceable*), quando sia fatta senza una *consideration* (seguono citazioni di precedenti *cases*). D'altro lato, pur professando di applicare a simili sottoscrizioni i principi generali sui *contracts*, noi abbiamo trovato che la *consideration* era presente là dove quei principii generali, almeno così come in allora dichiarati (all'epoca di quei precedenti), ci avrebbero detto che essa era assente. (seguono citazioni di *cases* e di WILLISTON, *Contracts*, § 116) (2).

Una classica formulazione del concetto di *consideration* identifica la *consideration* con il *detriment* subito dal promissario per effetto della promessa (seguono citazioni del caso Hamer v. Sidway, di ANSON, *Contracts*, e HOLDSWORTH, *History of English Law*, vol. 8, 10). Una formula così compendiosa costituisce poco più che una

mezza verità. Occorrono molte glosse supplementari prima che il quadro sia completo in modo da rappresentare la classica *doctrine*. «La promessa e la sua *consideration* devono presentarsi, totalmente o almeno in parte, come reciproco movente l'una dell'altra. Non basta che la promessa abbia determinato il *detriment*, ovvero che questo abbia determinato la promessa, se manca l'altra metà (di tale rapporto di determinazione o *inducement*)». (Seguono citazioni di *cases* e autori, fra cui ancora WILLISTON, *Contracts*, § 139) (3). Così, se *A* promette di fare una donazione a *B*, la *consideration* può mancare, benchè *B*, confidando che la promessa sarà mantenuta, abbia abbandonato altre occasioni di migliorare la sua posizione.

Nel campo del diritto le mezze verità di una generazione tendono talvolta a perpetuarsi come l'intera verità di un'altra generazione, allorchè la loro costante ripetizione fa sì che alcune determinazioni o restrizioni (*qualifications*) di certi concetti, un tempo date come presupposti, vengano trascurate o dimenticate. La *doctrine* della *consideration* non è sfuggita a questa comune sorte dei concetti giuridici. Già nel 1881 il giudice Holmes, nelle sue lezioni sulla *Common law*, p. 292, distingueva il *detriment*, che sia mera conseguenza di una promessa, dal *detriment*, che sia in realtà il movente o *inducement* della promessa stessa, e tuttavia aggiungeva che le Corti erano andate molto lontano nell'obliterare questa distinzione (4). La tendenza a cancellarle non è diminuita con l'andar degli anni. Al contrario, recentemente è sorta una *doctrine*, secondo la quale un surrogato della *consideration*, o un'eccezione ai suoi requisiti ordinari, può trovarsi in quel che viene chiamato un *promissory estoppel*: WILLISTON, *Contracts*, §§ 139 e 116 (5).

Noi non ci attentiamo qui di stabilire se quell'eccezione nello Stato di New York abbia fatto o meno tanta strada, da permetterci di affermare che i principi generali sulla *consideration* sono stati modificati in conformità all'eccezione stessa. Dei casi come Siegel v. Spear e De Cicco v. Schweizer (6) possono essere degli avamposti o antesignani su quella strada. È certo, quanto meno, che noi abbiamo adottato la *doctrine* del *promissory estoppel* come equivalente

della *consideration* per quanto concerne il trattamento giuridico delle *charitable subscriptions*. Di fronte alle decisioni relative a queste sottoscrizioni, e fin quando esse stanno ferme, il problema non è meramente quello di vedere se il riconoscimento giuridico (*enforcement*) di una *charitable subscription* può essere inquadrato nella *doctrine* della *consideration* in tutto il suo antico rigore (7). Il problema può essere anche quello di vedere se tale *enforcement* può essere inquadrato nella *doctrine* della *consideration* così come risulta modificata (*qualified*) dalla *doctrine* del *promissory estoppel*.

Si è detto testè che la giurisprudenza dello Stato di New York ha riconosciuto quell'eccezione (delle *charitable subscriptions*), se la si ritiene un'eccezione ai principii. Così, nel caso *Barnes v. Perine*, 12, N. Y. 18, una sottoscrizione era stata fatta senza la richiesta, espressa o implicita, che la chiesa (beneficata) dovesse fare alcunchè sulla fede della sottoscrizione stessa. Più tardi la chiesa, essendo ciò a conoscenza del promittente, incorse in una spesa nella ragionevole credenza che la promessa sarebbe stata mantenuta. Noi ritenemmo che la promessa era vincolante, benchè non vi fosse alcuna *consideration*, salvo che sulla base della *doctrine* del *promissory estoppel* (seguono citazioni di casi simili).

Molto probabilmente delle considerazioni di *public policy* hanno ispirato, più o meno inconsciamente, il trattamento giuridico di quei casi di *charitable subscriptions*. I giudici sono stati colpiti dall'idea che difese del genere (cioè il difetto di *consideration*) costituiscono « violazioni della fede nei confronti del pubblico e specialmente nei confronti di coloro che si sono impegnati nella medesima impresa (di beneficenza), e costituiscono inoltre una ingiustificata delusione delle ragionevoli aspettative degli interessati al funzionamento dell'impresa stessa » (seguono citazioni di *Barnes v. Perine* e altri *cases*).

Il risultato di queste decisioni parla da sè, a prescindere dal loro movente. Decisioni che sono rimaste ferme così a lungo, e che sono suffragate da tante considerazioni di *public policy* e dalla ragione, non saranno rovesciate per salvare la simmetria di un concetto giu-

ridico, la *consideration*, il quale, d'altronde, si introdusse nel nostro diritto, non tanto per qualche ragionata convinzione di ciò che è giusto, quanto a seguito di accidenti storici concernenti la prassi e la procedura: HOLDSWORTH, 8 *History of English Law*, 7 e segg. Quel concetto sopravvive come uno dei tratti distintivi del nostro sistema giuridico. Noi non pensiamo di suggerire che il concetto stesso è antiquato o sulla via di essere abbandonato. Tuttavia, come è avvenuto per altri concetti, la pressione delle eccezioni ha fatto sì che, per includerle, il concetto subisca delle deformazioni.

È sullo sfondo di questi precedenti che noi dobbiamo considerare il problema oggetto del presente caso. Quello sfondo ci aiuta a meglio comprendere le implicazioni inerenti alla sottoscrizione *de qua* e alla sua accettazione. E ciò, benchè si possa alla fine scoprire che, senza bisogno di ricorrere alla innovazione del *promissory estoppel*, l'affare (*transaction*) in esame può ben adattarsi nello stampo tradizionale della *consideration* (8).

La promittente (M. Yate Johnston) desiderava avere un *memorial* che perpetuasse il suo nome. All'uopo essa impose una condizione, e cioè che la « donazione » (« *gift* ») venisse intitolata *Mary Yate Johnston Memorial Fund*. Allorchè il College accettò i mille dollari come acconto, v'era in ciò il presupposto (*assumption*) di un obbligo di compiere tutti gli atti necessari, secondo l'uso e la ragione, per mantenere il *memorial fairly and justly* in conformità allo spirito per cui era stato istituito (9). Il College non poteva accettare quel danaro (i mille dollari) e ritenersi di poi libero dall'obbligo personale di adempiere quella condizione (seguono citazioni di *cases* e di WILLISTON, *Contracts*, §§ 90 e 370). Nel fatto di ricevere quel fondo (di 1000 dollari) v'è implicito qualcosa di più che nella mera accettazione di una somma da essere destinata allo scopo proprio di un ente (*to a corporate use*: seguono citazioni di *cases* fra cui: *Martin v. Meles infra riferito*) (10).

Lo scopo del fondatore sarebbe deluso in modo *unfair* o, almeno, inadeguatamente adempiuto, se il College non comunicasse il titolo del *memorial* al pubblico o, in ogni caso, ai candidati alla bor-

sa di studio. In modo implicito il College, nell'accettare una parte della « donazione », si assunse di inserire l'annuncio del nome del donante nelle sue circolari e negli altri usuali modi di rendere nota l'esistenza della borsa di studio.

Quanto alla donante, questa non poteva, da un lato, conseguire, mediante il pagamento di un acconto, il vantaggio di quell'impegno del College (di dare il nome al *memorial*) e, dall'altro, deludere l'aspettativa che anche il residuo della sottoscrizione sarebbe stato pagato.

Se, dopo aver ricevuto l'acconto di 1000 dollari, il College avesse dichiarato che avrebbe destinato il danaro allo scopo prescritto, ma che nelle circolari e nel rispondere agli eventuali candidati avrebbe trattato il fondo come una donazione anonima, non v'è dubbio che la sottoscrittrice sarebbe stata libera di considerare tale dichiarazione come ripudio dell'obbligo implicitamente assunto (di far risultare il suo nome come *memorial*), un ripudio che avrebbe giustificato il rifiuto di fare altri versamenti in futuro. In simili circostanze l'obbligazione è correlativa e reciproca. Un precedente assai puntuale si trova nel caso *New Jersey Hospital v. Wright*, 95 N.J. L. 462, 464 dove una sottoscrizione per il mantenimento di un letto in un ospedale fu ritenuta giuridicamente vincolante in base ad una promessa implicita, da parte dell'ospedale, di mantenere il letto al nome del sottoscrittore (11). Cfr. anche *Board of Foreign Missions v. Smith*, 209 Pa 361. Una situazione analoga potrebbe presentarsi per la dotazione di una cattedra o di una borsa in un'università mediante versamenti annuali, con la condizione che la cattedra o la borsa commemori il nome del fondatore o quello di un membro della sua famiglia. L'università non si atterrebbe al senso *fair* della sua promessa, se essa, nel rendere nota nelle sue circolari o altrimenti l'esistenza della cattedra o della borsa nella materia prescritta dal benefattore, omettesse il nome di quest'ultimo. A seguito dell'accettazione del danaro graverebbe sul promissario (l'università) un obbligo di comportarsi in modo da procurare al promittente quel *benefit* morale (di commemorare il nome), oltre la semplice destina-

zione dei fondi agli scopi della dotazione (12). Non è il caso di misurare l'estensione del *benefit* per il promittente o del *detriment* per il promissario impliciti in quell'obbligo. « Se una persona sceglie di fare una promessa *extravagant* per una *consideration* inadeguata, questo è affar suo » (12-bis). HOLDSWORTH, 8 *History of English Law*, 8, p. 17. Già nel lontano passato i giudici di *common law* ebbero occasione di dire che: « quando una cosa deve essere fatta dall'attore (promissario), per quanto piccola sia, essa costituisce una *sufficient consideration* per fondare l'azione »: *Sturlyn v. Albany* (e altre citazioni) (13).

L'aspirazione ad un postumo ricordo non è un'emozione talmente debole da giustificare l'affermazione che la sua soddisfazione costituisca un bene trascurabile.

Noi riteniamo che l'obbligo assunto dall'attore (il *College*), di perpetuare il nome della fondatrice del *memorial*, è sufficiente per sé a rendere giuridicamente valida la sottoscrizione nell'ambito delle regole che definiscono la *consideration* concernente una promessa del genere (cioè nell'ambito delle regole tradizionali).

Quando il promissario si assoggetta ad un simile obbligo sull'implicita richiesta del promittente (14), il risultato è la creazione di un *bilateral agreement*: WILLISTON, *Contracts*, §§ 60 A, 68, 90 e 370 (seguono citazioni di *cases*) (15). Nel caso in esame, v'erano, da un lato, una promessa e, dall'altro, una contropromessa, fatta sì per implicazione (*by implication*), ma esprime un'obbligazione che era stata imposta come una condizione del pagamento della somma sottoscritta. Un *bilateral agreement* può sussistere, anche se una delle promesse reciproche sia una promessa « *implied in fact* », un'illazione dal comportamento delle parti, anziché un'illazione dalle loro parole: WILLISTON, *Contracts*, §§ 90 e 22 A (citazione di un *case*). E noi riteniamo che una giusta (*fair*) illazione, che si deve trarre dalla accettazione di un acconto sulla sottoscrizione, si è la promessa da parte del *College* di fare quanto necessario per realizzare pienamente l'istituzione della borsa di studio. Il progetto concepito dalla sottoscrittrice sarebbe mutilato e distorto, qualora la somma,

che dovrà essere accettata, non fosse adeguata allo scopo dell'istituzione. Inoltre, convien tener presente che il *memorial* non potrà essere intitolato al nome della sottoscrittrice prima che l'intero fondo sia stato ricevuto dal College. Pertanto il College può rendere vano lo scopo del pagamento dell'acconto, se il College stesso potesse respingere l'offerta del residuo (16). Nè si potrebbe obiettare che in tal caso sorgerebbe l'obbligo di restituire l'acconto. Se un simile obbligo può imporsi, la sua sola ragione deve essere che v'è in tal caso un venir meno (*failure*: inadempimento) della *consideration* (17). Dire che v'è *failure of consideration* significa ammettere che una *consideration* è stata promessa, poichè, altrimenti, essa non potrebbe venir meno (*fail*). Senza dubbio si danno casi e situazioni, in cui delle limitazioni, imposte al promissario e concernenti l'uso di quanto è versato da un sottoscrittore, mancano dei requisiti della *consideration* e debbono classificarsi come mere condizioni: WILLISTON, *Contracts*, § 112; PAGE, *Contracts*, § 523. « Spesso è difficile stabilire se le parole di una condizione in una promessa indicano la richiesta di una *consideration* o rappresentano una mera condizione di una *gratuitous promise* (18). Un aiuto, benchè criterio non decisivo, nel determinare quale sia l'interpretazione (*construction*) più ragionevole della promessa, è costituito dal vedere se il verificarsi della condizione rappresenterà un *benefit* per il promittente (19). In quest'ultimo caso, si può seriamente inferirne che il verificarsi di quella condizione era stato richiesto come *consideration* »: WILLISTON, *Contracts*, § 112. E tale dev'essere il senso dell'affare in esame, salvo che noi siamo disposti a ritenere che il College possa trattenerne l'acconto e possa in seguito annullare la borsa di studio istituita per preservare la memoria della sottoscrittrice. La *fair implication*, che deve trarsi dall'insieme dell'affare, è: assenso alla condizione imposta e assunzione dell'obbligo di proseguire sulla via della realizzazione della borsa di studio (seguono citazioni di *cases* e autori).

La sottoscrittrice non dice: io vi consegno 1000 dollari, e voi potrete decidere più tardi, dopo la mia morte, se assumere o meno

l'obbligo di commemorare il mio nome. Ciò che essa effettivamente dice è questo: Io vi consegno 1000 dollari, e se voi non siete disposti a commemorarmi, questo è il momento per dirlo.

La conclusione, cui siamo così pervenuti, rende ultroneo il considerare se, a prescindere dalla questione del *memorial*, un *promissory estoppel* può risultare dal fatto che nell'affare era presupposto un obbligo di destinare il fondo o acconto, in quanto già pagato, a scopi speciali non rientranti nella funzione dell'ente College, quale prevista dalla carta di sua fondazione, e cioè allo scopo speciale del mantenimento e dell'istruzione di studenti che si preparino al sacro ministero: un presupposto determinato dalla credenza che altri versamenti, sufficienti a rendere efficiente la borsa di studio, sarebbero stati aggiunti in seguito, e cioè dopo la morte della sottoscrittrice, al fondo già versato (seguono citazioni di *cases*).

La decisione di secondo e di primo grado dev'essere riformata e si deve decidere in favore dell'attore, il College, come richiesto nel ricorso, con le spese di tutti i giudizi ».

KELLOG, J. (dissenziente): « Il *Chief Justice* vede nell'espressione « In affettuosa memoria questo dono deve essere conosciuto come Mary Yates Johnston Memorial Fund », una offerta, da parte di Mary Yates Johnston, di un *contract* con l'Allegheny College (20). Quell'espressione non produce in me la stessa impressione. L'Allegheny College non era richiesto di compiere alcun atto, mediante il quale al fondo offerto si attribuisse il titolo con cui l'offerente dichiarò che esso doveva essere conosciuto. La somma offerta fu definita come « dono » (*gift*) dalla stessa offerente (21). Conseguentemente non vedo alcuna ragione per cui noi dovremmo sforzarci per farne, anzichè un *gift*, un *trade* (scambio, commercio). Inoltre, poichè la donante specificò che il *gift* veniva fatto « in *consideration* dell'interesse che ho all'istruzione cristiana e in *consideration* di altre sottoscrizioni », *considerations* non adeguate secondo il diritto, io non vedo alcun motivo per affermare che il dono fu altrimenti fatto in *consideration* di un atto o di una promessa da parte del donatario, costituenti un sufficiente *quid pro quo* per convertire il *gift* in una

obbligazione da *contract* (*to convert the gift into a contract obligation*). Secondo me, le parole usate esprimevano semplicemente una aspettativa o desiderio, da parte della donante, e mancava in esse la richiesta del corrispettivo (*return*) di un'*adequate consideration* (22). Ma se davvero v'era nel caso un'offerta contrattuale, si trattava chiaramente dell'offerta di concludere un *unilateral contract* (23). L'offerente doveva ritenersi vincolata soltanto dopo che il destinatario dell'offerta avesse compiuto quegli atti che potevano occorrere per rendere il dono offerto noto (al pubblico o agli interessati) sotto il titolo proposto. Questo è evidentemente il pensiero del *Chief Justice*, in quanto egli dice: «Essa (Mary Y. Johnston) impose la condizione che il *gift* dovesse essere conosciuto come *Mary Yates Johnston Memorial Fund*». In altri termini, essa propose di scambiare la sua offerta di una donazione con degli atti da essere compiuti (e non con una promessa di essi). Anche se fosse così, non vi fu mai alcuna accettazione (*acceptance*) dell'offerta, e quindi alcun *contract*, e ciò perchè gli atti richiesti non sono mai stati compiuti. Il dono non è stato mai reso noto nel modo richiesto dalla donante. Invero gli atti richiesti, secondo gli stessi termini della supposta offerta, non avrebbero mai potuto essere compiuti in tempo per convertire l'offerta in una promessa (intendi: giuridicamente vincolante): e ciò per la ragione che la donazione non doveva aver effetto se non dopo la morte della donante, e all'epoca della sua morte l'offerta era già stata revocata: v. WILLISTON, *Contracts*, § 62. È chiaro che, benchè si possa magari presumere (*imply*) una promessa del College di rendere noto il dono sotto il titolo richiesto, quella promessa non rappresentava l'*acceptance* di un'offerta che desse luogo a un *contract*. Invero la donante aveva stipulato, come contropartita, il compimento di certi atti e non la loro promessa (*the donor stipulated for acts, not promises*)» (24).

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I §§ 26, 27 *sub a*, 29, 30 *sub a*, 31.

Come per il caso De Cicco v. Schweizer e per le ragioni accennate in

nota allo stesso, preferiamo anche qui seguire il metodo di annotazioni al *case* secondo i numeri o richiami inseriti nel corpo del *case* stesso.

(1) Le *charitable subscriptions* (sottoscrizioni non formali ad un ente di beneficenza) sono state ritenute a volte valide, a volte nulle (v. l'*opinion* di Kellog nel caso in esame). Per la validità si sono avanzati nella giurisprudenza americana, fin dal secolo scorso, vari argomenti:

a) Il fatto che l'ente sia incorso in spese sulla fede o in *reliance* della promessa o sottoscrizione, benchè non vi sia stata una *request* di fare quelle spese o benchè l'opera rientrasse nelle funzioni ordinarie dell'ente (v. vol. I § 10 *sub e* et § 12 *sub a*; nonchè vol. II, parte I, cap. II, sez. II). Alcune sentenze vedono in ciò una vera *consideration*, altre un *estoppel* (v. vol. I § 27 *sub a*).

b) Una *consideration* consistente nella promessa di altri sottoscrittori, oppure nel fatto che una sottoscrizione ne ha indotto altre (v. lo stesso documento del caso in esame e il caso *Martin v. Meles* in fine). Per la *civil law*, v. i casi *Cordepatre*; *Asilo Infantile Belluomo*; *Mazzucchelli* e note *ivi*.

c) Una promessa, implicita nell'accettazione delle sottoscrizioni, da parte dei *trustees* dell'ente d'impiegare i fondi *properly* o di eseguire l'opera contemplata.

In Inghilterra, in mancanza di una vera *consideration*, le *charitable subscriptions* non sono ritenute valide o *enforced*.

V. anche vol. I § 27 nota I *sub b*, nota 3 *sub b et c*; e per l'Inghilterra *Cheshire and Fifoot* cit. in fine alla nota stessa; nonchè il caso *Re Ross, Hutchinson v. Royal Institution for the Advancement of Learning*, *infra* riferito.

(2) V. su ciò la nota 1. - Cardozo ritiene che in quei casi non vi fosse in realtà una *consideration*, e accenna poi alla *doctrine* del *promissory estoppel* (poi chiarita nel § 90 *Restat.* americano sui *contracts*, v. vol. I § 27 *sub a*). Egli parla di principii generali (sui contratti) « *dichiarati* » (*general law of contract, at least as then declared*); si rammenti, in proposito, l'idea o finzione, assai diffusa nella *common law*, che il giudice non fa la *common law*, ma la trova (*finds*) o dichiara.

(3) V. vol. I § 26 nota 16 e pp. 353-354; nonchè *Holmes* in *Martin v. Meles*, e la nota 6 al caso *De Cicco v. Schweizer* e richiami *ivi*.

(4) V. nota precedente e lo stesso *Holmes* nel caso *Martin v. Meles*.

(5) V. nota 2.

(6) V. questi casi sopra o *infra* riferiti;

(7) Ma vedasi, quanto all'originaria funzione dell'*assumpsit*, vol. I § 27 *sub a et b*.

(8) Qui Cardozo sembra ammettere che sia applicabile al caso la *doctrine* di cui al vol. I § 27 *sub a*. Ma si osservi, come osserverà il dissenziente giudice Kellogg, che nel caso il College non aveva fatto nulla *in reliance on the promise*, prima che la *promise* venisse revocata. Se qualcosa fece, lo fece dopo la revoca (valida se si fosse trattato di quella *doctrine* o anche di un'*executed consideration*: v. nota seguente).

(9) Di qui in avanti Cardozo sostiene l'esistenza di un'*implied promise* del College di adempiere la condizione di far risultare il nome di Mary Yate Johnston, *implied promise* successiva, in realtà, alla ricezione o all'accettazione del documento e delle sue condizioni. A questo *bargain* con una *implied promise* Cardozo ricorre per parare gli argomenti che poi svilupperà il suo collega Kellogg (v. *infra* note 23 e 24). Infatti, se la ipotetica *consideration* doveva consistere in un mero *act o performance (unilateral contract)*, la sottoscrizione sarebbe stata validamente revocata: v. sopra nota 8 e vol. I § 29.

(10) Se non v'era quell'onere speciale del *Memorial*, ma lo scopo della sottoscrizione fosse rientrato nello scopo o funzione ordinari (mission *ordinaire*) dell'ente, vi sarebbe stata una *consideration*? Per la *civil law*, v. vol. I § 10 *sub e*; § 12 *sub a*; nonchè vol. II, parte I, cap. II, sez. II e la nota al caso David. Per la *common law*, v. sopra nota I *sub c*. e nota 2.

(11) V. per la *civil law* il caso Ospedale Maggiore di Milano cr. Garovaglio.

(12) Per il valore di un *benefit* morale nella *civil law*: v. vol. I § 10 *sub b*; e nel vol. II il caso citato a nota precedente e altri casi nella parte I, cap. II. Per la destinazione agli scopi ordinari della fondazione, v. nota 10.

(12 bis) Veramente quest'argomento presuppone che lo scopo *extravagant* costituisca la causa principale della promessa: il che non è necessario per la validità di questa nella *common law* (v. invece vol. I § 10 *sub c*).

(13) V. il caso Sturlyn v. Albany sopra riferito e vol. I § 30 *sub a*.

(14) È su questa *implied request* che, fra l'altro, si accenderà la discussione con il Collega Kellogg, e ciò ai fini di cui *infra* note 18 e 22.

(15) V. vol. I § 29 e sopra la nota 9.

(16) V sopra nota 1 *sub c*, per l'obbligo implicito di ricevere il residuo sulle sottoscrizioni.

(17) V. vol. I § 34 *sub e*.

(18) V. *infra* nota 22 per l'opinione di Kellogg, nonchè vol. I § 26 nota 16; § 31 nota 6 e per analoga questione le note 2 e 15 al caso De Cicco v. Schweizer e i casi Thomas v. Thomas; Wyatt v. Kreglinger e Dunton.

(19) Anche se trattasi di un *benefit* morale (v. sopra nota 12). Ma anche se non v'è *benefit*, e se il *quid* da fare o la condotta da tenere è a vantaggio del promissario (c. d. *affectation*), v. Hamer v. Sidway e la nota al caso Devecmon v. Shaw. Per la *civil law* v. nota al caso David e vol. I § 9 nota 10. Comunque, l'impostazione e i ragionamenti della *civil law* sarebbero molto diversi.

(20) Sul concetto di *offer* e *acceptance* in relazione a quello di *contract*, v. vol. I § 29 specie nota I.

(21) Tuttavia le espressioni letterali non sono decisive in materia: v. nota al caso De Cicco v. Schweizer in fine; Thomas v. Thomas e altri.

(22) V. sopra nota 18.

(23) V. sopra nota 9.

(24) Questo, espresso da Kellogg con una concisione degna di un giurista romano, sembra l'argomento più grave in relazione a quanto detto nel nostro vol. I § 29.

Il problema delle promesse (o alienazioni: v. vol. I § 38 *sub a*) ad un ente di beneficenza o pubblico, con o senza oneri, è uno dei più gravi anche per la *civil law*: v. vol. I § 10 *sub e*, § 12 *sub a* e vol. II, parte I, cap. II, sez. II e IV, specie il caso Bailly cr. Ville de Nancy. Sforzi, analoghi a quelli dei giudici di *common law*, sono stati compiuti da quelli di *civil law* per salvare quelle promesse o alienazioni, e, anche qui, in fondo, per considerazioni di pubblico interesse: v. vol. I § 12 *sub a* e ivi citazione di Trasbot.

Ma, come risulta dai passi succitati del vol. I e dai casi riferiti nel vol. II, parte I, cap. II, sez. II e IV l'impostazione, le vie, la tecnica della *civil law*, per tentare d'arrivare a quel risultato, sono del tutto diverse da quelle della *common law*.

L'argomento del *memorial*, su cui fa perno tutta l'*opinion* di Cardozo, non sarebbe di *per se* sufficiente, nella *civil law*. Infatti bisognerebbe poter sostenere, secondo la giurisprudenza francese, che il commemorare il nome, anche se oggetto di una promessa del College, era la « causa principale » della promessa di Mary Johnston; ma, a parte che ciò si poteva difficilmente sostenere nella fattispecie, anche così l'impostazione e la concezione del problema sarebbero diverse da quelle della *common law*, in quanto fondate su una contrapposizione estranea alla *common law*, cioè la contrapposizione fra due « negozi »: la donazione *cum onere* e il contratto innominato di scambio (o con causa principale di scambio).

Per la giurisprudenza italiana, poi, e in genere per la corrente che

segue l'opinione tradizionale che rimonta oltre Pothier (v. vol. I § 5 *sub d* e § 10 *sub b*), quel *memorial* costituirebbe sempre l'onere o *charge* di una donazione, cioè una causa *insufficiente*, perchè non suscettibile di valutazione economica, a fondare un contratto innominato di scambio o a liberare l'atto dallo schema formale-causale della donazione. E ciò, anche se quel commemorare il nome avesse costituito l'oggetto di un'obbligazione o promessa del College. V. anche sopra note 10, 11, 12 e 19.

Tutto l'argomento di Cardozo, fondato su una *promise* del College, rappresenterebbe, dunque, in ogni caso un'impostazione estranea alla *civil law*.

Quanto alla *doctrine* della *reliance*, nel suo adattamento alla *civil law* (v. vol. II, parte I, premessa al cap. II, sez. III), essa non sarebbe applicabile a casi come Allegheny College e simili. Essa si applicherebbe, se mai, all'esecuzione di un'opera (qualora questa o la relativa spesa non rientrasse negli scopi o nei piani o possibilità dell'ente); ma non alla semplice esecuzione di un onere consistente nel commemorare, nei cennati modi, il nome del benefattore.

BOLTON v. MADDEN

Queen's Bench, 1873. — 9 *Q. B.* 55

SCAMBIO DI DUE PRESTAZIONI DI FARE NON AVENTI VALORE ECONOMICO. PROBLEMI PER LA CIVIL LAW.

(il caso è riferito testualmente, salvi alcuni *omissis*)

(*Omissis*) « I seguenti casi vennero citati: Blachford v. Preston; Haigh v. Brooks; Bainbridge v. Firmstone; Shadwell v. Shadwell; Sterry v. Clifton ».

Il giudizio, anche per gli altri colleghi della Corte, fu reso come segue da BLACKBURN J.:

« (*omissis*) ... Dalle note risulta che non vi fu disputa circa i fatti di causa. L'attore ed il convenuto erano entrambi sottoscrittori (*subscribers*) o membri in un'associazione di beneficenza (*charity*). Gli scopi (più precisamente, i destinatari o *candidates* dell'assistenza benefica) dovevano essere scelti di volta in volta dai sottoscrittori mediante un'elezione, nella quale ciascun sottoscrittore aveva un numero di voti proporzionato alle somme da lui sottoscritte. L'attore e

il convenuto espressamente si accordarono nel senso che, se l'attore avesse dato 28 voti per un oggetto o destinatario della beneficenza che il convenuto favoriva, questi avrebbe nella successiva elezione dato 28 voti per quell'oggetto o destinatario che l'attore avrebbe favorito a suo tempo. L'attore eseguì da parte sua l'accordo e votò per il candidato favorito dal convenuto; ma questi si rese inadempiente e non fornì alcun voto per il candidato favorito dall'attore nella successiva elezione. A seguito di che l'attore sottoscrisse 7 sterline e 7 scellini nell'opera di beneficenza, in modo da ottenere altri 28 voti a suo proprio nome, voti che egli usò in luogo di quelli che il convenuto aveva promesso di fornirgli.

« Non vi può essere alcun dubbio che vi fu una promessa espressa da parte del convenuto e una violazione di questa promessa; ma il dubbio sollevato concerneva il punto se la *consideration* era tale da rendere la promessa sanzionabile in una Corte di *common law* (*enforceable at law*).

« È principio generale che un accordo obbligatorio (cioè non immediatamente eseguito: *executory agreement*), mediante il quale l'attore consente di fare qualcosa a condizione che il convenuto consenta di far qualcos'altro, può essere *enforced*, se ciò che l'attore ha consentito di fare costituisce « o un vantaggio per il convenuto ovvero un disturbo o pregiudizio (*trouble or prejudice*) per l'attore ». V. com. Dig. Action on the case of assumpst, B. 1. Se ciò che l'attore ha consentito di fare è l'una o l'altra di quelle cose, l'*adequacy of consideration* è qualcosa che costituisce l'oggetto di un giudizio esclusivo delle parti al momento della conclusione dell'accordo, e non di un giudizio della Corte al momento in cui essa è adita per l'*enforcement* dell'accordo stesso. (Nel testo inglese: « *The adequacy of consideration is for the parties to consider at the time of making the agreement, not for the Court when it is sought to be enforced* »).

« L'argomento a difesa del convenuto era che chi fa parte di un'associazione di beneficenza è obbligato a dare il suo voto per l'oggetto o scopo migliore, e che l'attore, se votò nella prima elezione per quello che egli riteneva essere il miglior candidato, non incorse nè in

un disturbo nè in un pregiudizio; sicchè da tale punto di vista non vi era alcuna *consideration*; che, se esso attore non votò per il candidato che egli riteneva essere il migliore, l'intero accordo era nullo (*void*) come contrario alla *public policy*.

« Ma, benchè alcuni di noi, quanto meno, disapprovino molto questo genere di traffico, noi non possiamo trovare alcun principio giuridico per giustificarci nel ritenere che al membro di un'associazione di beneficenza non è permesso di votare come gli piace, rispondendo soltanto di fronte alla sua coscienza e alla sua reputazione per il modo con cui esercita il suo potere di voto. (Nel testo inglese: « *But though some of us, at least, much disapprove of this kind of traffic, we can find no legal principle to justify us in holding that the subscriber to a charity may not give his votes as he pleases, answering only to his own conscience and reputation for the way he exercises his power* »).

La Corte così ritenne che il convenuto dovesse pagare all'attore, a titolo di risarcimento di danni, le sterline 7 e scellini 7 di cui sopra.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 14 *sub b*, specie nota 3; § 30 *sub a et b* nota 5; § 31, specie nota 7; § 33 *sub b*, specie nota 5; nonchè *infra* in questo vol. II la premessa al cap. III, *sub 5*.

I casi *Haigh v. Brooks* e *Bainbridge v. Firmstone* sono riferiti in questo volume. Quanto al caso *Shadwell v. Shadwell*, se ne veda la citazione nel caso *De Cicco v. Schweizer*.

Sul concetto di *public policy* e sulle sue differenze rispetto al nostro concetto di ordine pubblico, v. la nota 8 al caso *Wyatt v. Kreglinger*.

I luoghi sopra richiamati dei voll. I e II contengono il commento al presente caso, con riferimento anche alla posizione e alla soluzione dei problemi che sorgerebbero per questo caso nella *civil law*, e che il lettore è invitato a risolvere.

WILLISTON, Contracts, § 21 nota 14, che « *l'agreement*, nel caso *Bolton v. Madden*, non può essere chiamato, in senso stretto, un impegno di carattere sociale, ma la decisione di questo caso sembra indicare la possibilità di impegni (*undertakings*) giuridicamente sanzionati (*enforced*) che non sono *business contracts* ».

In realtà, per sè, l'*agreement* Bolton v. Madden poteva anche essere un rapporto sociale, di cortesia, d'onore ecc.; tutto dipendeva dall'intento delle parti, risultante dalle circostanze, e inoltre dalla possibilità o meno, in un dato ordinamento giuridico, di una sanzione giuridica per obbligazioni del genere.

A parte questi problemi, si noti, nel modo con cui i giudici trattarono il caso e nelle citazioni di altri *cases*, la solita concezione del *bargain* come schema astratto o atipico.

Quanto al concetto di *public policy*, a volte più ristretto di quello nostro di ordine pubblico e di buon costume, si noti nella sentenza il riferimento alla coscienza individuale, anzichè a quella collettiva e ci si ponga il problema per la *civil law*. Si confronti, viceversa, col caso McDevitt v. Stokes, in quanto vi si accenna, di passaggio, alla possibilità che sorga una questione di *public policy*.

Bolton v. Madden è diventato un *leading case*, spesso citato, quanto alla massima che « *the adequacy of consideration is for the parties to consider at the time of making the agreement, not for the Court when it is sought to be enforced* ».

CAPITOLO III

SULL'INTENTO DI CONTRARRE UN VINCOLO GIURIDICO

PREMESSA.

1) Questo capitolo tocca uno dei problemi più delicati nella *common law*: quello dell'intento di contrarre un vincolo giuridico: v. vol. I § 1 nota in appendice, e § 31 specie note 1, 4, 5 e 6. Nè si può dire che i *cases* brillino per la loro perspicuità.

Secondo lo spirito e la mentalità peculiari alla *common law*, quel problema s'intreccia, spesso in modo inestricabile, con la concezione del *bargain* o dell'intento di un *bargain* come indice dell'intento di contrarre un vincolo giuridico, nonchè con la particolare concezione dell'atto di liberalità, che non è riconosciuto dalla *common law* come « negozio sostanziale » (o « causa » in questo senso): v. vol. I § 28 *sub c* e § 33 *sub d*. Ma, sotto quest'ultimo profilo, siccome sembra anche che, secondo quella mentalità, la promessa a mero titolo di liberalità, di *generosity* o di *gratuity*, venga considerata, almeno normalmente, come fatta senza l'intento di contrarre un vincolo giuridico, ecco che nuovamente si ripresenta, in modo assai equivoco, il problema circa l'esistenza di quell'intento. (V. i casi *De Cicco v. Schweizer*, note 14 e 15 e richiami ivi; *Thomas v. Thomas*; e il giudice *Kellogg* nel caso *Allegheny College*).

Si potrebbe anche dire che, di fronte ad una mera *generosity* o *gratuity*, è molto dubbio se il promittente, che non ricorre alla forma, abbia l'intento di vincolarsi giuridicamente (v. vol. I § 31 ad nota I con citaz. di *Hamson*; ma v. ivi la nota 4). Sicchè, in tale grave dubbio, la *common law* preferisce attenersi ad una presunzione *iuris et de iure* di mancanza di quell'intento.

Su questo sfondo intricato ci si presentano due concezioni o criteri:

a) Il criterio, per cui si esclude l'obbligatorietà della promessa, in quanto una determinata condotta del promissario, in essa prevista, non risulta in fatto essere stata, *neppure in minima parte*, in rapporto di reciproco *inducement* con la promessa, ma è piuttosto da considerare come

una mera condizione o un mero presupposto della promessa stessa. Ad esempio: se vieni a trovarmi, ti darò mille; ove quel « se » non accenni affatto ad un reciproco movente o *inducement*: v. anche vol. I § 26 nota 16 e § 31 nota 6. Sicchè, in questo caso, per mancanza di un (intento di) *bargain* consistente in quel reciproco, anche minimo, *inducement*, si avrebbe un mero atto di liberalità, di *generosity* o *gratuity*, con le inerenti concezioni sopra accennate. In questo senso sembrano stare il caso *Kirksey v. Kirksey* (ma non è chiaro) il caso *Bibb v. Freeman* in nota a *Kirksey v. Kirksey* e alcuni passi del caso *Wyatt v. Kreglinger*. V. anche le note 2, 14 e 15 al caso *De Cicco v. Schweizer*; la nota a *Thomas v. Thomas*, nonchè *WILLISTON, Contracts*, § 21 specie nota 14.

b) Il criterio, per cui si ritiene che, anche se vi è stato quel reciproco rapporto di *inducement*, e così di un *bargain*, in senso lato, e benchè ciò si accompagni normalmente all'intento di assumere una certa responsabilità, anche giuridica, tuttavia le circostanze, i rapporti fra le parti, il carattere ordinario dell'affare mostrano che non v'è stato quell'intento. Così il problema si connette anche con quello dei c.d. rapporti sociali o di cortesia: v. vol. I § 14 *sub b*. In questo senso sembrano alcuni passi del caso *Balfour* e il caso *Richards* (ma non chiaro), nonchè alcuni altri passi del caso *Wyatt v. Kreglinger*. V. anche *CHESHIRE AND FIFOOT*, cit. nel vol. I § I nota 4 e § 31 nota 7 e altri autori *ivi*. Secondo questa concezione, il *bargain*, come indice di quell'intento giuridico, sarebbe ridotto a criterio di presunzione, combattibile in vari modi. Certo, questa presunzione è ancora più forte in un *bargain* ove sia una *business promise* (v. il caso *Martin v. Meles*, nota 8). Sicchè il problema si presenta piuttosto per le promesse, in cui il promittente non persegue uno scopo tipicamente economico o di *business*. V. *Bolton v. Madden*; ma v. però *Wyatt v. Kreglinger*, ove la promessa di *Kreglinger* e *Fernau* potrebbe anche considerarsi come una *business promise*. V. inoltre *infra sub 5°*. Sotto quell'aspetto di una presunzione, il problema, si può connettere anche con quello della *express* e dell'*implied promise* e della facilità di presumere questa in un contratto di scambio economico (v. note 1, 7 e 20 al caso *Balfour*).

2) Le due concezioni o criteri, sopra accennati *sub a* et *b*, sono ovviamente diversi, per quanto essi si intreccino spesso in modo equivoco nei *cases*. Ma talvolta sorge il sospetto di equivoci verbalistici e che, quando l'opinione di che sopra *sub a* parla di intento di *bargain*, alluda ad un « *bargain* con intento giuridico ». Ciò potrebbe risultare da quanto dice *WILLISTON, Contract*, § 21 nota 14 a proposito del solito esempio dell'invito a pranzo, che non sarebbe giuridicamente vincolante, in quanto vi mancherebbe l'intento di un *bargain* fra la promessa dell'invitato d'assistere

al pranzo e la promessa di chi lo invita, o, in altri termini « *because the promise of the guest to attend the dinner is not given or asked for as the price of the host's promise* ». (V. anche Scrutton L. J. nel caso *Wyatt v. Kreglinger*). In questo passo di Williston è evidente che non si allude all'intento di un *bargain* in senso generico (o, come dice lo stesso Williston, *in the popular meaning*), intento che potrebbe esservi nella fattispecie, ma all'intento di un *bargain* con effetti giuridici! Sapere quando v'è in questo ultimo intento, che pur potrebbe esservi (v. vol. I § 14 nota 2), è una *quaestio facti*.

3) Il problema, oggetto di questo capitolo, si complica ancora di più, quando si accolga la *doctrine* della *reliance* come base oggettiva della responsabilità del promittente, anche se egli ha avuto l'intento di una *gratuity*, o come concezione ispirante la *doctrine* della *consideration* (ma v. vol. I § 31 nota 2). Forse quest'ultima concezione era, in fondo, il reale motivo per cui il giudice Ormond, in minoranza, nel caso *Kirksey* riteneva che vi fosse una valida *consideration*.

4) Sembra, infine, che quando il promissario fa, da parte sua, una contropromessa, sia più facile vedere l'intento di un *bargain* (secondo la concezione di cui sopra *sub a*) o l'intento giuridico (secondo la concezione di cui sopra *sub b*), più facile, cioè, che nel caso in cui la c.d. *consideration* consiste nel semplice fatto di tenere una certa condotta (v. il caso *Wyatt v. Kreglinger* e vol. I § 29; ma v. per contro il caso *Balfour*).

5) In relazione al campo dei contratti atipici e a quello dei rapporti che possono essere o sono normalmente di carattere sociale più che giuridico (v. vol. I § 14 *sub b*, specie nota 3), si vedano anche i casi: *Bolton v. Madden* sopra riferito; *Lens v. Devonshire Club*, cit. nella nota 10 bis al caso *Wyatt v. Kreglinger*; e altri casi citati in COKLE AND HIBBERT, *Leading Cases in Common law*, vol. I, *Contracts*, London, 1945, p. 124; e in WILLISTON, *Contracts*, § 21 nota 14. V. anche l'articolo anonimo, *Moral and Social contracts*, in *Law Times*, 1930, vol. 170, 317.

Ma la questione dell'intento di contrarre un vincolo giuridico (*to enter into legal obligation*) può presentarsi anche per contratti, ove quell'intento è tipico o normale, e si presenta allora come intento espresso di non contrarre quel vincolo (v. vol. I § 1, p. 10).

Qui v'è una gradazione fra i *business bargains* e altri *bargains*, che tendono ad avere quel carattere nel costume e nei quali l'intento di non contrarre quel vincolo, cioè di un mero *gentlemen's agreement*, può anche risultare implicitamente dalle circostanze (v. vol. I, *loc. cit.*).

Per un esempio di quest'ultima classe, v. il caso *Lens v. Devonshire Club*. Per i *football-pools*, i nostri *Totocalcio* ecc., che tendono ad avere

nel costume quel carattere in modo ormai spiccato, si richiede una clausola espressa per escludere l'intento giuridico: v. *Appleson v. H. Littlewood Ltd.* 1939, I *All England Law Reports* 464, ove esisteva quella clausola espressa, nonchè altre citazioni in *COKLE AND HIBBERT, op. et loc. citt.*

Nel caso *Rose and Frank Co. v. Crompton and Brothers Ltd.* 1923, 2 *K.B.* 261 (*Court of Appeal* di Londra) e 1925, *A.C.* 445 (*House of Lords*: v. vol. I § I, p. 9), si ha invece una tipica *business transaction* (*transaction* = affare). Un documento fra le parti, che avevano avuto fra loro lunghi rapporti di affari, stabiliva che gli attori sarebbero stati i venditori con esclusiva per gli Stati Uniti dei prodotti della ditta (inglese) convenuta e ne recava le clausole contenenti obbligazioni reciproche (*considerations*) fra le parti; ma aggiungeva: « questo *arrangement* non è concluso nè questo documento viene redatto come un *formal or legal agreement* e non sarà soggetto *to legal jurisdiction in the law Courts either of the United States or England* ». La *House of Lords* ritenne valida questa clausola per quanto riguardava l'esclusiva e gli ordini di merce per il futuro, ma (in ciò riformando il giudizio della *Court of Appeal*) non per quanto concerneva gli ordini già dati e accettati.

A parte quest'ultimo punto il giudizio di Lord Atkin nella *Court of Appeal* venne confermato. Così ne diceva Lord Atkin:

« Per creare un *contract* (intendi, obbligazione contrattuale giuridicamente vincolante) vi deve essere la comune intenzione delle parti di assumere un vincolo giuridico (*to enter into legal obligations*), un comune intento mutuamente comunicato in modo espresso o implicito. Tale intento sarà normalmente inferito nel caso in cui le parti entrino in un *agreement*, il quale, sotto altri rispetti, si conformi ai principii giuridici concernenti la formazione dei *contracts* (qui Lord Atkin allude ad un *agreement* che soddisfi il requisito del *bargain* o della *consideration*).

« Quell'intento può essere escluso in modo implicito dalla natura della promessa o delle promesse oggetto dell'*agreement*, come nel caso dell'offerta e dell'accettazione di un'ospitalità, o di alcuni *agreements* conclusi nel corso della vita familiare fra i membri della famiglia, come nel caso *Balfour v. Balfour*.

« Se l'intento suddetto può essere escluso in modo implicito, esso può essere escluso in modo espresso. Di fronte a questo documento (il documento del caso *Rose and Frank*), interpretato nel suo insieme, mi sento portato alla conclusione che la clausola in esame esprime in termini chiari il mutuo intento delle parti di non entrare *into legal obligations* rispetto ai rapporti, pei quali esse redassero per iscritto il loro *agreement*. Non mi è mai capitato di vedere una clausola del genere, ma io non vedo nulla di

necessariamente assurdo nel fatto che uomini d'affari cerchino di regolare i loro rapporti d'affari mediante mutue promesse, che manchino del carattere di *legal obligations* e riposino su obbligazioni o d'onore o di *self-interest* o di entrambi».

Con ciò Lord Atkin, e con lui la *House of Lords*, proclama espressamente e in termini scultorei il punto di vista di cui sopra, *sub* I lettera *b*.

BALFOUR v. BALFOUR

King's Bench (1919) 2 K. B. 571. — 121 *The Law Times Reports*, 346

RILEVANZA DELL'INTENTO DI CONTRARRE UN VINCOLO GIURIDICO OPPURE DI QUELLO DI FARE UN BARGAIN? IMPLIED E EXPRESS PROMISE. — NATURA ORDINARIA DELL'AFFARE, IMPORTANZA DELLE CIRCOSTANZE, ONERE DELLA PROVA CIRCA QUELL'INTENTO.

(il *case* è in parte riassunto, in parte riferito testualmente, salvo alcuni *omissis*)

Riassumiamo il fatto di causa, inserendo già nello stesso riassunto alcuni chiarimenti.

Dopo il loro matrimonio, i coniugi Balfour erano andati a stabilirsi a Ceylon, ove il marito aveva un impiego. Venuti entrambi in Inghilterra nel novembre 1915 per una licenza del marito, vi rimasero fino all'agosto 1916, epoca in cui la detta licenza spirava.

Senonchè, non potendo la moglie per ragioni di salute, seguire il marito, poco prima della partenza di questi i due discussero e si accordarono verbalmente sulla somma, di cui la moglie avrebbe avuto bisogno per il suo sostentamento in Inghilterra durante l'assenza del marito, e questa somma fu stabilita in un assegno mensile di 30 sterline.

Successivamente, pare, a seguito di dissidi insorti fra i coniugi, il marito sospese l'assegno concordato; per il che la moglie chiese giudizialmente il pagamento di 55 sterline, somma che essa pretendeva riferendosi a quell'accordo, anzichè al comune obbligo alimentare del marito (che sarebbe stato da determinare nell'*an* e nel *quantum debeatur*). È chiaro anche nel *case* che la moglie faceva valere il preteso accordo, non come regolamento generale dei rapporti alimentari fra coniugi, ma soltanto per il di lei mantenimento duran-

te il periodo della loro separazione determinata dalle ragioni suddette, periodo cui quell'accordo si riferiva.

Come base dell'azione la moglie allegava un *contract*, la cui *consideration*, da parte di essa moglie, sarebbe consistita nella promessa di provvedere al proprio mantenimento con la detta somma, senza chiedere altro al marito o di rinunciare al di lei diritto di obbligare il marito (*to pledge his credit*) per il proprio mantenimento.

In primo grado, il giudice Sargant ritenne che v'era stato al momento della partenza del marito un « *definite bargain* », riaffermato fra le parti in almeno due occasioni. L'unica eccezione, continuava Sargant, poteva essere quella di un *nudum pactum*; ma, essendo il marito per legge obbligato a mantenere la moglie, i due coniugi potevano stabilire mediante un contratto l'ammontare dell'obbligazione, in modo che nè l'uno potesse poi pretendere di dare meno, nè l'altro di avere di più, quali che fossero le successive personali occorrenze o evenienze di ciascuno dei due. In queste reciproche rinuncie o promesse stava la *consideration*. Da questa decisione appellava il marito.

WARRINGTON, L. J. ... (*Omissis*: qui il *Lord Justice* riassume i precedenti di causa e la decisione di Sargant; osserva come sia difficile vedere nel caso un *definite agreement* o *definite bargain* e come le successive lettere fra le parti non gettino alcuna luce su questo punto):

« Tali essendo i fatti, qual'è la situazione? Noi dobbiamo decidere se sulla base di questi fatti v'è un *legal contract* fra le parti. In altre parole: se ciò che avvenne fra di esse aveva il carattere di un *legal contract*, oppure se si trattava di un mero *arrangement* fra marito e moglie della stessa natura di un *domestic arrangement*, che può essere fatto nella vita quotidiana fra una comune coppia di sposi che vivono assieme in amichevoli rapporti.

« Può essere, e per il momento non ne escludo la possibilità, che un affare quale quello allegato sia stato concluso come *contract* fra il marito e la moglie. Ma si tratta di vedere se un simile *contract* fu fatto nel presente caso. Ciò può essere stabilito soltanto o provando

che esso fu fatto in termini espressi, oppure che le circostanze, concernenti le parti e l'affare in genere, necessariamente implicano che un simile *contract* fu fatto (1).

«È del tutto chiaro che un contratto del genere non fu concluso in termini espressi, e che non vi fu *bargain* da parte della moglie (2). Tutto ciò che avvenne è questo: le due parti si incontrarono in via amichevole e discussero su quanto sarebbe stato necessario per il mantenimento della moglie, mentre questa doveva restare in Inghilterra durante la permanenza del marito a Ceylon; ed esse parti arrivarono alla conclusione che la somma mensile di 30 sterline sarebbe stata all'incirca giusta. Ma non v'è alcuna prova di un qualsiasi *express bargain* da parte della moglie nel senso che essa avrebbe considerato, in ogni circostanza o evenienza futura, quella somma come soddisfazione dell'obbligazione del marito di mantenerla.

«Quanto alla posizione delle parti, possiamo noi argomentarne un contratto? Mi sembra quasi impossibile. Se noi dovessimo trarre per implicazione (dalle circostanze) un simile contratto, noi dovremmo nel presente caso implicare un impegno da parte della moglie nel senso che, qualunque cosa fosse per accadere in futuro e qualunque cambiamento avessero subito le circostanze mentre il marito era assente, essa si sarebbe ritenuta soddisfatta della somma di 30 st. al mese, e si sarebbe legata con un'obbligazione, che sarebbe stata *giuridicamente vincolante* per lei (3), di non richiedere altre somme al marito.

«Dall'altro canto, noi dovremmo implicare, da parte del marito, un *bargain* di pagare 30 st. al mese per un certo periodo indefinito, quali che fossero le future circostanze o evenienze. Anche qui mi pare impossibile fare una simile implicazione. In realtà, la cosa, quando ben la si consideri, si riduce ad un assurdo, perchè se noi dovessimo ritenere che vi fu un *contract* in questo caso, noi dovremmo ritenere che, anche riguardo a tutti i più o meno insignificanti (*trivial*) affari (*concerns*) della vita, in cui una moglie a richiesta del marito gli fa una promessa, questa è una promessa che può essere giuridicamente sanzionata (*enforced in law*).

«Tutto ciò che io posso dire si è che qui non v'è un simile *contract*. Queste due persone mai ebbero l'intento di fare un *bargain* che potesse essere giuridicamente sanzionato (4). Il marito espresse la sua intenzione di fare quell'assegno e promise di farlo; ed era vincolato in linea d'onore a continuarne il pagamento, fin quando egli era in condizioni di potervi adempiere. D'altro lato, la moglie, per quanto mi risulta, non fece alcun *bargain* (5).

«Ciò, secondo me, è sufficiente per decidere il presente *case*. Non occorre vedere se, nel caso in cui il marito non pagasse l'assegno, la moglie potesse obbligarlo nel senso di *to pledge his credit* (6), o se, sempre nel suddetto caso, la moglie potesse fare altri *arrangements*. La sola questione che noi dobbiamo considerare è la seguente: se la moglie ha provato un *contract* che essa si era proposta di provare (7). Secondo me, la risposta dev'essere negativa.

«Ritengo, pertanto, che il giudizio di Sargan J. non può sostenersi. L'appello dev'essere accolto, etc.».

DUKE, L. J.: «Sono d'accordo.

«Questo è un caso sotto certi aspetti importante...

«...Sostanzialmente si tratta, nel caso, di vedere se la promessa del marito alla moglie di farle un'assegno periodico mentre essa vive lontano da lui, è una promessa che implica, secondo il diritto, delle *considerations* da parte della moglie, sufficienti a convertire quella promessa in un *agreement* (8). Secondo me, la risposta dev'essere negativa. Non dissento dalla proposizione che in questo caso gli sposi avrebbero potuto fare un *agreement*, che potrebbe costituire per l'attrice il fondamento di un'azione (*cause of action*) (9). (*Omissis*: Duke L. J. richiama il *Married Women's Property Act* del 1882).

«La vera questione concerne l'esistenza o meno della *prova* (10) di uno scambio di promesse del genere, tale che farebbe della promessa del marito la base di un *agreement*.

«Mr Hawke (avvocato della sig.ra Balfour) ha insistito sul punto che, essendo la promessa (del marito) stata fatta in modo assoluto (11), essa dovrebbe essere interpretata (*construed*) come una delle reciproche promesse che costituiscono un *agreement*. Si è detto che

una promessa e un'implicita assunzione di fare qualcosa (*implied undertaking*) fra persone estranee, del genere della promessa e dell'*implied undertaking* allegati in questo caso, avrebbero fondato una azione contrattuale. Può essere. Ma non si può trascurare in questo caso di considerare qual'era la base (12) di tutte le dichiarazioni fra le parti, dichiarazioni mediante le quali si pretende che si sarebbe formato il contratto.

« Tale base era il rapporto di marito e moglie, un rapporto che crea obbligazioni (*omissis*: il giudice osserva che l'assegno concordato si riferiva ad un allontanamento temporaneo delle parti viventi ancora in pieno accordo, e non ad una separazione legale, nel qual caso l'accordo per la separazione importa delle reciproche *considerations*).

« Nel presente caso non vi fu affatto un *agreement*. Le parti erano marito e moglie, legate da questo rapporto giuridico (di marito e moglie). Si può forse dire che, laddove esiste questo rapporto e delle promesse sono scambiate (13), queste devono considerarsi come promesse di natura contrattuale? Secondo me, vi dovrebbe essere qualcosa di più che delle semplici promesse reciproche aventi riguardo al rapporto coniugale. Si richiede che le obbligazioni nascenti da questo rapporto siano consensualmente estinte (*discharged*) prima che una delle parti possa fondare un *contract* su quelle promesse.

(*Omissis*: Il Lord Justice Duke critica qui la tesi che la *consideration* della promessa di 30 st. mensili consisteva nella rinuncia da parte della moglie al diritto di obbligare il marito verso terzi per il di lei mantenimento: *to pledge his credit*. Sembra poi che lo stesso Lord Justice fondi il suo giudizio di accoglimento dell'appello sulla mancanza di una *consideration* da parte del marito o di una sua promessa che fosse idonea a fondare un'azione, proposta come azione esclusivamente contrattuale. Il giudice si richiama anche ai gravi inconvenienti che sorgerebbero qualora si concedesse un'azione contrattuale in casi del genere: v. in proposito *infra* anche Atkin, L. J.).

ATKIN, L. J.: « Per difendersi contro quest'azione fondata sul preteso *contract*, il marito afferma che egli non concluse alcun *contract* con la moglie. Al fin di decidere su questo punto occorre ricordare che vi sono accordi (*agreements*), i quali non danno luogo a dei *contracts* nel senso che questo termine ha nel nostro diritto (14). L'esempio comune è quello di due persone che si accordano per fare una passeggiata assieme, o dell'offerta e accettazione di un atto di ospitalità. Nessuno vorrà dirci che, in circostanze ordinarie, simili accordi danno luogo a ciò che consideriamo un *contract*, e una delle più comuni forme di *agreement* non costituenti un *contract* mi sembra essere quella degli accomodamenti (*arrangements*) che si sogliono fare fra marito e moglie (*omissis*: il giudice qui menziona gli accordi fra marito e moglie circa un assegno di certe somme alla settimana o mensili o annuali per le spese di lei, o per quelle della casa, ove la moglie espressamente o implicitamente promette di impiegarle per questi scopi).

« Secondo me, simili accordi, o molti fra essi, non danno luogo a dei *contracts*, benchè vi possa essere ciò che fra altre parti costituirebbe una *consideration* dell'*agreement* (15). La *consideration*, come sappiamo, può consistere, ecc. (il giudice riporta la classica definizione del caso *Currie v. Misa*, riferita anche nel caso *Hamer v. Sidway*). Accade, credo, molto spesso che quegli *arrangements* fra marito e moglie presentano promesse reciproche, cioè *arrangements* in cui, nella forma, si presenta una *consideration* che rientra nella surrichiamata definizione (16). Tuttavia essi non sono *contracts*, e non lo sono perchè le parti non intesero che essi fossero assistiti da effetti giuridici (*omissis*: qui il giudice rileva i gravi inconvenienti cui l'opposta tesi darebbe luogo nei rapporti coniugali, gli innumerevoli litigi, che richiederebbero la moltiplicazione per cento dei magistrati di ordine inferiore, ecc.).

« Sulla base di questi accordi non si propongono azioni giudiziali, e ciò, non perchè le parti siano riluttanti a chiedere l'attuazione in giudizio (*to enforce*) dei loro diritti a seguito della violazione dell'accordo, ma perchè le parti, fin dallo stesso inizio del-

l'accordo, non intesero affatto che ciascuna di esse potesse essere chiamata in giudizio su quella base.

« Accordi di questo genere sono del tutto fuori dal regno dei *contracts*. La *common law* non regola la forma degli accordi fra coniugi. Le loro promesse non sono sigillate con sigilli o cera. La *consideration*, che in realtà prevale in simili accordi, consiste in quell'amore e quell'affetto naturali che contano così poco in questi nostri freddi tribunali. I termini o patti di questi accordi possono essere ripudiati, modificati (17), rinnovati durante l'esecuzione dell'accordo o quando sorgono dissensi, e i principii della *common law* quanto alla remunerazione, alla remissione di debito, all'*accord and satisfaction*, sono tali che non trovano alcun posto nel codice domestico (18). Le parti stesse sono avvocati, giudici, tribunali, ufficiali giudiziari e *reporters*. Rispetto a queste premesse, ogni casa è un dominio nel quale il *Writ* (19) del Re non tenta di entrare e nel quale i suoi ufficiali non tentano di essere ammessi.

« Nel presente caso si tratta soltanto di vedere se la promessa delle parti rientrava o meno nella classe di accordi testè menzionati. Per le ragioni offerte da miei colleghi, la soluzione mi sembra chiara. Ritengo sia chiaramente stabilito che nel nostro caso la promessa non fu intesa da nessuna delle parti come promessa da cui derivassero effetti giuridici. Ritengo che l'onere di provare (il contrario) era a carico dell'attrice, e che l'attrice non ha affatto provato l'esistenza di un *contract* (20).

« Le parti vivevano assieme; la moglie aveva intenzione di ritornare a Ceylon (s'intende presso il marito, dopo aver curato la propria malattia).

« Ciò che suggerisce (l'attrice) è che essa si vincolò ad accettare, come il marito si vincolò a pagare, sterline 30 al mese in ogni e qualsiasi evenienza; che essa si vincolò a ritenersi soddisfatta con quella somma in ogni e qualsiasi evenienza; che, benchè essa fosse ammalata e in Inghilterra, essa si vincolò a coprire con quella somma tutte le spese per cure mediche che avrebbero potuto occorrerle, qualunque potesse essere il corso della sua malattia, e qualunque fosse l'ammontare delle spese stesse.

« A mio avviso, nessuna delle due parti mai contemplò un simile risultato. Ritengo che la prova orale, con la quale si vorrebbe mostrare l'esistenza di un *contract* non la dimostra; e che la prova scritta, cioè le lettere, alle quali soltanto, abbastanza stranamente, il giudice di primo grado si riferisce, non provano l'esistenza di tale *contract*, ecc. Per queste ragioni ritengo erroneo il giudizio del detto giudice di primo grado e ritengo di dover accogliere l'appello ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 1 in appendice e ivi la nota 4; § 14 *sub b* specie nota 3; § 31 note 1 e 7; nonché la premessa al presente capitolo.

Si tratta di un celebre caso, che ha dato luogo a notevoli difficoltà di interpretazione circa i veri motivi della decisione; e ciò anche in relazione al sistema, peculiare alla *common law*, dell'opinione personale di ciascun giudice (v. Avvertenze al presente volume II, n. 5 *sub e*).

Secondo alcuni autori, il motivo predominante della decisione sarebbe la mancanza dell'intento di fare un *bargain* e così la mancanza della *consideration*: WILLISTON, cit. nel vol. I § 1 nota 4 e § 31 nota 7. Secondo altri, invece, il motivo predominante sarebbe la mancanza dell'intento di contrarre un vincolo giuridico, nonostante la presenza di un *bargain* e di una contropromessa (della moglie): CHESHIRE AND FIFOOT e altri cit. nel vol. I *loc. cit.*, nonché COKLE AND HIBBERT, *Leading cases in common law*, vol. I, *Contracts*, London, 1945, p. 123. In questo senso il caso è stato interpretato dallo stesso Lord Atkin nel successivo *case* Rose and Frank v. Crompton (v. Premessa al presente cap. *sub 5°*).

Date le cennate difficoltà di interpretare il *case*, riteniamo conveniente seguire qui il metodo delle note secondo richiami o numeri da noi inseriti nel testo del *case* stesso.

(1) Su questa concezione dell'*express* e dell'*implied promise* e sulla sua portata, v. vol. I § 4 *sub d* e § 14 *sub e* nota 16. In presenza di un'*express promise*, sembra, l'onere della prova, e cioè la prova che manca un intento giuridico, è a carico di chi assume la mancanza di quest'intento.

(2) Sul concetto di *bargain* v. vol. I § 26 *sub d* e § 31.

Il giudice intende qui alludere ad un *bargain*, o intento di *bargain*, in senso generico, oppure nel senso di un *bargain* accompagnato dall'intento di contrarre un vincolo giuridico? Nella prima ipotesi si ammetterebbe che, pur avendo le parti l'intento di scambiare qualcosa (nel caso, una promessa con una rinuncia in modo che l'assegno doveva considerarsi à for-

fait: v. *infra* nel *case*), questo intento può non essere accompagnato dall'intento di contrarre un vincolo giuridico. Nella seconda ipotesi, l'intento di fare un *bargain*, o il *bargain*, si identifica con quell'intento di vincolarsi giuridicamente (v. anche *infra* nota 4). Ma, se non si vuol fare una questione terminologica, sembra che nel passo annotato si alluda all'idea che mancava l'intento di un *forfait*.

Oppure si vuol semplicemente dire che la moglie non promise nulla in cambio? V. *infra* nota 5. O, ancora, che non vi fu un *express bargain*, cui subito dopo allude il Lord Justice Warrington?

(3) Nel nostro diritto non sembra che un simile contratto sugli alimenti fra coniugi sia giuridicamente vincolante, anche se tale è l'intento delle parti.

(4) Qui il Lord Justice sembra alludere non tanto all'intento di un *bargain*, quanto a quello di fare un *bargain* giuridicamente vincolante. V. sopra nota 2.

(5) V. nota 2.

(6) L'espressione significa il potere della moglie di obbligare il marito verso terzi, fornitori di beni o servizi alla moglie stessa per il suo mantenimento.

(7) Sembra si voglia dire che, nei casi in cui non risulta un'*express promise*, o ove un'*implied promise* non si può presumere, data la natura ordinaria dell'affare e date le circostanze, l'onere di provare l'intento di contrarre un vincolo giuridico è a carico di chi l'assume (nel caso, a carico della moglie): v. sopra nota 1 e vol. I § 1 in appendice.

(8) Sul concetto di questa *implication* di una *consideration* o promessa da parte della moglie, v. note 1 e 7. Sul concetto del consenso, accordo o *agreement*, come dipendente da reciproche concessioni fra le parti, v. vol. I § 35 *sub a*.

(9) La *cause of action* è quel complesso di fatti rilevanti e sufficienti a far nascere un'azione o, per l'equivalenza nella *common law* fra diritto e azione, un diritto.

V. anche il caso in *Re Bonacina*.

(10) Su questa prova e sul relativo onere, v. sopra nota 7.

(11) In modo assoluto, cioè, pare, senza riserve o presupposti limitativi; sicchè sembra si voglia dire che, in presenza di una promessa del genere, si deve presumere, salvo prova contraria, che tale promessa fu fatta per un *quid pro quo* o una reciproca concessione.

(12) Qui il giudice sembra ammettere che vi possa essere un *bargain* in senso generico, o l'intento di reciproche concessioni, ma che tale intento non basta, se dalla natura ordinaria dell'affare o dalle circostanze ri-

sulta, quanto meno, una presunzione di mancanza dell'intento di contrarre un vincolo giuridico; v. sopra note 7 e 10.

(13) V. nota 12.

(14) Ecco il punto cruciale: In questo passo, e nelle parole che lo seguono, il giudice sembra ammettere la tesi che la presenza di un *bargain*, di una *consideration* o di reciproche concessioni o accordi anche *express* (v. vol. I § 35 *sub a*), non è di per sè decisiva a creare un *contract*; e che occorre anche l'intento di contrarre un vincolo giuridico, quale può risultare dalla natura ordinaria dell'affare o, altrimenti, da una prova *ad hoc*, v. anche note 15 e 16. Si veda, in proposito, anche il nostro vol. I § 14 *sub b*, specialmente nota 2 e il caso *Wyatt v. Kreglinger*, e ivi la nota 10 bis.

(15) V. nota 14.

(16) V. nota 14.

(17) e (18) v. vol. I § 38 *sub c ad* nota 27 segg. e il mio articolo ivi citato.

(19) Sul *writ*, con cui qui il giudice vuol alludere all'azione in giustizia, v. vol. I § 26 *sub a*.

(20) V. sopra nota 7.

Dopo la lettura di queste note, il lettore potrà rendersi conto delle difficoltà di interpretazione del *case*, e vorrà dire quale delle due opinioni, richiamate nel principio di questa nota circa il motivo predominante nella decisione, egli preferisce. Egli vorrà anche confrontare questo *case* con gli altri riferiti nel presente capitolo.

Quesito per la *civil law*:

Come, e per quali vie o concezioni, si risolverebbe da noi il caso *Balfour*, a prescindere, s'intende, dalla questione di cui a nota 3?

KIRKSEY v. KIRKSEY

Supreme Court of Alabama, 1845. — 8 Ala, 131

PROBLEMA DELL'INTENTO GIURIDICO IN RELAZIONE A QUELLO DI UN BARGAIN. — MERO CONSIGLIO DEL PROMITTENTE? INTENTO DI UNA MERA GRATUITY O DONAZIONE CON UN MERO PRESUPPOSTO O CONDIZIONE? RELIANCE? — PROBLEMI PER LA CIVIL LAW.

(il *case* è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

L'attrice, signora *Kirksey*, cognata del convenuto e rimasta ve-

dova con parecchi figli, aveva in affitto un immobile, sul quale viveva e che aveva intenzione di acquistare.

Il convenuto, che risiedeva circa sessanta miglia lontano, così le scrisse il 10 ottobre 1840:

« Cara sorella Antillico, con mio grande dolore ho appreso che mio fratello Henry e uno dei suoi figli sono morti. So che la tua posizione è dolorosa e difficile. Sei stata sfortunata prima, e lo sei ancor più ora, vorrei venire a trovarti, ma non lo posso fare ora... Non so se hai qualche diritto di prelazione sull'immobile in cui vivi. Se l'hai, io ti consiglierai (*I would advise*) di realizzarlo e di vendere l'immobile e di lasciare il paese che, a quanto mi risulta, è assai malsano e abitato da gente cattiva. Se tu verrai a trovarmi, io ti farò avere un posto ove allevare la tua famiglia; ho molta terra libera, assai più di quanto possa offrirti; e, tenendo conto della situazione tua e della tua famiglia, sento il desiderio che tu e i tuoi figli ve la facciate bene ».

Dopo un mese o due dalla ricezione di questa lettera, la signora Kirksey abbandonò l'immobile ove abitava, senza averne disposto, e si trasferì con la famiglia nel luogo ove risiedeva il cognato. Questi la collocò in un'abitazione confortevole e le diede terra da coltivare. Ma dopo due anni, egli la invitò ad andarsene e la collocò in una casa, nei boschi, priva di ogni comodità; e, successivamente, le fece lasciare anche questo luogo.

A seguito di che la signora Kirksey chiamò in giudizio il cognato per ottenere l'*enforcement* della promessa (di darle un posto per allevare la famiglia, ecc.), cioè il risarcimento dei danni.

In primo grado, il convenuto venne condannato al risarcimento nella somma di duecento dollari.

Egli appellò. In sede d'appello, essendo le parti d'accordo sui fatti di cui sopra, la sentenza venne riformata a maggioranza. Il giudice ORMOND, esprimendo l'opinione della maggioranza e il proprio dissenso, così ne disse:

« Io propendo per l'opinione che la perdita e il disturbo (*loss and inconvenience*), che l'attrice subì nell'abbandonare i suoi luoghi

e nel trasferirsi presso il convenuto a 60 miglia di distanza, costituivano una *consideration* sufficiente a sostenere la promessa di fornirle una casa e della terra da coltivare fino a quando essa avesse allevato la sua famiglia. Tuttavia i miei colleghi ritengono che quella promessa da parte del convenuto costituiva una *mera gratuity*, sicchè la violazione della promessa stessa non può dar luogo ad una azione ».

NOTA al caso *Kirksey*: v. la nota al caso *Richards*.

RICHARDS' EXECUTOR v. RICHARDS

Supreme Court of Pennsylvania, 1863. — 46 Pa 68

STESSI PROBLEMI DI CUI AL CASO PRECEDENTE, MA SOTTO IL PROFILO DEL MERO CONSIGLIO E DEL CARATTERE SOCIALE O DI CORTESIA DEL RAPPORTO. — CIVIL LAW.

(il *case* è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

Un certo Richards, il cui esecutore testamentario sarà poi chiamato in giudizio, aveva detto all'altro Richards, suo parente, il quale intendeva recarsi nel West, di comperare una certa fattoria e di non trasferirsi nel West, aggiungendo che gli avrebbe fornito la differenza fra il prezzo della fattoria e la somma, di cui l'altro Richards poteva disporre. Anzi, il testatore Richards aveva redatto all'uopo delle *notes* o « pagherò » per pagare tale differenza, *notes* delle quali tuttavia non si fece nulla, perchè furono restituite e distrutte.

In queste circostanze il *Chief Justice* Lowrie ne disse: « (Data la sorte di quelle *notes*)... noi non abbiamo nulla, in questo caso, fuorchè il consiglio (*advice*), dato dal testatore all'attore, di comperare la fattoria e di non trasferirsi nel West, consiglio accompagnato da un'assicurazione (*assurance*) che esso testatore avrebbe fornito all'attore la differenza rispetto al prezzo d'acquisto. Ma ciò non costituisce un *legal contract*. Le assicurazioni di assistenza che accompagnano un gentile consiglio non sono mai intese (dalle parti) come *contracts*. E il conformarsi al consiglio non è mai inteso (dalle par-

ti) come una *legal consideration* per le gentili assicurazioni (nel caso, di pagare la detta differenza) che accompagnano il consiglio stesso, benchè tale conformarsi costituisca un *motive* per l'adempimento delle assicurazioni stesse. Sarebbe estremamente dannoso alla libertà dei rapporti sociali (*exceedingly hurtful to the freedom of social intercourse*) il creare anche il solo sospetto nella mente del pubblico che simili gentili offerte di consiglio e assistenza, le quali hanno luogo fra amici e parenti possano essere convertite in *contracts* giuridicamente sanzionabili ».

NOTA E QUESTIONARIO comuni ai casi Kirksey e Richards. - V. la premessa al presente capitolo, nonchè i luoghi del vol. I e i casi citati nella premessa stessa.

Nel caso *BIBB v. FREEMAN*, 50 Ala 612, che adottò come precedente il caso Kirksey, la Corte ne disse:

« È spesso molto difficile tracciare la linea che separa le *promises creating legal obligation* dai *mere gratuitous agreements*.

« La soluzione di ciascun caso dipende talmente dai fatti e dalle circostanze ad esso particolari, che essa offre un ben piccolo aiuto nel risolvere altri casi contenenti fatti diversi. La promessa o *agreement*, la relazione fra le parti, le circostanze che le attorniano, e il loro intento, quale può essere dedotto dalle circostanze stesse, devono determinare la ricerca della soluzione. Se lo scopo è quello di conferire un beneficio al promissario per affezione o generosità, l'*agreement* è *gratuitous*. Se lo scopo è di ottenere un *quid pro quo*, se vi è qualcosa da ricavarci (dal promittente), in cambio del quale *quid* la promessa viene fatta, la promessa non è *gratuitous*, ma contiene una *legal obligation* » (V. su questo criterio anche il caso Allegheny College, nota 19).

Il caso *Bibb v. Freeman* sembra interpretare il caso Kirksey nel senso di cui alla premessa del presente capitolo n. 1 *sub a*; suggestivo è in proposito il richiamo alla distinzione fra *gratuitous promise* e *promise of legal obligation* (v. vol. I § 28 *sub b*, § 29 nota I, § 31 *ad* nota I). Lo « intento », di cui parla il caso *Bibb v. Freeman*, non è l'intento di contrarre un vincolo giuridico, ma di considerare una certa condotta del promissario come uno scambio o *inducement*, e non come mera condizione o presupposto (v. premessa al presente cap. *sub a*). Se la Corte nel caso Kirksey ha tenuto conto del rapporto di parentela fra le parti e del fatto che il promittente diede un « consiglio », ciò fece in relazione alla concezione dello « intento » testè accennata.

Tenuto presente tutto questo, e dopo aver riflettuto su quanto detto nella premessa al presente capitolo, il lettore sarà in grado di valutare i casi Kirksey e Richards e le difficoltà di fare fra essi una distinzione netta quanto ai motivi del decidere.

Probabilmente, la maggioranza nel caso Kirksey si ispira alle concezioni e ai criteri di che alla premessa n. 1 *sub a* (mentre per l'opinione dissenziente del giudice Ormond v. la stessa premessa). *Probabilmente* la decisione del caso Richards si ispira alle concezioni e ai criteri di che alla stessa premessa *sub b*.

Si noti nel caso Richards il riguardo che il giudice ha avuto alla sorte delle *notes*, lasciando intendere che, se queste avessero avuto corso, la soluzione sarebbe stata diversa: cioè quelle *notes* (che per sè non sarebbero valide senza una *consideration*, anche se mostrano chiaramente l'intento di un vincolo giuridico: v. vol. I § 31 nota 4 e § 34 *sub d*) potevano, *dimostrando l'esistenza di questo intento*, dimostrare che quella *consideration* o il rapporto di *motive* o *inducement* fra promessa e condotta altrui, pur riconosciuto dal giudice, non era stato considerato dalle parti sul piano dei meri rapporti sociali, di affezione o di cortesia, ma sul piano di un vincolo giuridico. E tuttavia si può sempre dubitare di questo nostro modo di interpretare il caso Richards!

Se, nei casi Kirksey e Richards, il promittente, dopo aver dato il consiglio, avesse detto « se seguirai il mio consiglio, ti darò ecc. », la soluzione avrebbe potuto essere diversa?

Si noti che, a differenza del caso Balfour, nei casi Kirksey e Richards la prospettata o prospettabile *consideration* consisteva in una condotta o *act* (*executed consideration*) e non in una contropromessa o *executory consideration*; v. in proposito la premessa al presente cap. *sub 4*°.

L'argomento del pregiudizio che deriverebbe alla società da una soluzione diversa, al quale accenna il giudice nel caso Richards, presenta qualche analogia con l'argomento dei Giudici Duke e Atkin nel caso Balfour (v. *ivi* la nota 19).

Quando poi si vogliono distinguere i casi Kirksey e Richards da *Devecmon v. Shaw*, non si può trovare il criterio della distinzione che nel mero « consiglio », nei rapporti fra le parti e in altre circostanze, per quanto rapporti di parentela vi fossero anche in *Devecmon v. Shaw*. V. in proposito anche Pothier *cit.* nel vol. I § 5 *sub b*, p. 62 e § 31 nota 7.

Si confrontino anche il caso Kirksey e specialmente il caso Richards col caso Cattaneo *cr. Milesi* (il quale anche nella *common law* verrebbe deciso come venne deciso dalle Corti torinesi, benchè con una tecnica diversa); e se ne vedano le differenze quanto alla situazione di fatto.

I casi Kirksey e Richards nella civil law.

Si tenga presente la diversa impostazione che vi si darebbe nella *civil law*: ivi, anche se fosse dimostrato l'intento di contrarre un vincolo giuridico (v. premessa al presente cap. n. 1° *sub a*) o l'intento di considerare la condotta del promissario come « causa », o *inducement*, (secondaria) della promessa, si avrebbe sempre al massimo una donazione *cum onere*, se non una donazione sotto una mera condizione. E questa donazione richiederebbe sempre la forma dell'atto pubblico: quegli intenti non basterebbero, come invece bastano nella *common law*, ad escludere l'esigenza dell'*act under seal*.

Soltanto qualora nel caso Kirksey si veda, anzichè una donazione, una promessa di comodato (il che non sembra facile: v. vol. I § 7, nonchè i casi Antonucci cr. Scarazzato e Fellman cr. Mathebs), si prescinderebbe dalla questione della forma della donazione e la questione di quegli intenti verrebbe ad aver rilievo di per sè (v. invece per la *common law* § 28 *sub b*).

Ciò posto, si propongono i seguenti quesiti:

1) Supposto che nel caso Kirksey si trattasse di una promessa di comodato, quale funzione avrebbe nella *civil law*, in relazione al problema dell'intento giuridico e alla sanzione da applicare, la *cause juste* consistente nell'affidamento, per cui la signora Kirksey si era indotta ad abbandonare la sua residenza e così a subire il relativo danno? V. vol. I § 14 *sub e*, § 15, § 20 *sub e*, e nel vol. II, parte I, la premessa al cap. IV, e il caso Fellman v. Mathebs.

Si dovrebbe dire che nella *civil law* quella *cause juste* fa presumere l'intento giuridico, salvo prova contraria da parte del promittente? V. vol. I § I nota in fine.

2) Supposto che anche nel caso Kirksey, come nel caso Richards, per la *civil law* si trattasse di una donazione richiedente la forma dell'atto pubblico e che vi fosse l'intento giuridico, si potrebbe, sulla base di quell'affidamento, realizzatosi in fatto, sanzionare la promessa del Sig. Kirksey o del testatore Richards, e come? V. il caso Cattaneo cr. Milesi e la premessa al cap. II, sez. III di questo vol. II, parte I. Si noti che nell'ipotesi di che *sub I* la promessa sarebbe revocabile in caso di urgente bisogno della cosa da parte del Sig. Kirksey. Lo sarebbe anche nell'ipotesi qui considerata *sub 2*?

3) Supposto che nei due casi di che *sub 1* e *2* risulti la mancanza dell'intento giuridico, si potrebbe, nella *civil law*, riconoscere alla Signora Kirksey o al Sig. Richards (promissarii) un'azione extracontrattuale per il risarcimento dei danni? V. anche i casi Pastorino cr. Pastorino e Humar cr. Zbogor, ove, peraltro, sembra sussistere quell'intento.

4) Si potrebbe, nella *common law*, invocare oggi la *doctrine* della *reliance*, di cui al § 90 *Restatement* americano sui *contracts* e al vol. I § 27 *sub a*?

Si tenga presente che non v'era una semplice ragionevole previsione che la Signora Kirksey avrebbe tenuto quella condotta, ma addirittura l'invito o la condizione di tenerla; e che, d'altro lato, sembra escluso nel caso, secondo la *common law*, l'intento di contrarre un vincolo giuridico. V. vol. I § 31 nota 2.

5) Si faccia una comparazione, quanto al mezzo tecnico-giuridico e ai suoi risultati, fra la concezione della *cause juste* e dell'affidamento nella *civil law* e la concezione della *consideration* e della *reliance* nella *common law*.

WYATT v. KREGLINGER and FERNAU

Court of Appeal, february 7, 1933. — 148 The Law Times Reports, 521

SULL'INTENTO DI CONTRARRE UN VINCOLO GIURIDICO IN RELAZIONE AL CONCETTO DI GRATUITOUS PROMISE. — CONTRACT IN RESTRAINT OF TRADE. — PROBLEMI PER LA CIVIL LAW.

(il *report* è riferito testualmente, salvo alcuni riassunti e alcuni *omissis*)

«L'attore, Mr. Henry Hyatt, ora dell'età di 71 anni, era stato impiegato dei convenuti, Mrs. Kreglinger e Fernau, una ditta belga con filiale in Londra, dal 1904 al 1923, ed era stato impiegato di una precedente ditta, di cui i convenuti erano cessionari, dal 1876 al 1914.

Nel 1923 egli era direttore dell'ufficio importazione-esportazione della ditta convenuta con lo stipendio di 400 sterline all'anno e una commissione del 2½ %; ma per parecchi anni egli non era stato impiegato nel ramo lana della ditta stessa.

Il 25 giugno 1923 i convenuti scrissero all'attore una lettera nei seguenti termini: «A seguito del vostro ritiro dall'impiego il prossimo 31 luglio noi abbiamo deciso di concedervi (*to grant you*) una pensione di 200 sterline all'anno, pagabili a rate mensili. Voi siete libero di assumere qualsiasi altro impiego o di trattare affari in proprio, fatta eccezione per il commercio della lana, e la sola altra condizione (*stipulation*) che noi colleghiamo (*we attach*) alla conti-

nuazione di questa pensione, si è che voi non facciate nulla in qualsiasi tempo a nostro danno, eccetto la concorrenza leale (*fair business competition excepted*)... ».

La risposta dell'attore andò perduta e il suo contenuto rimase sconosciuto.

Il 26 giugno 1923 i convenuti scrissero come segue all'attore: « Possediamo la vostra lettera. Noi (io) non eravamo a conoscenza del patto di un preavviso di tre mesi per il licenziamento, conseguentemente voi riceverete il pieno stipendio fino al 30 settembre e, a partire da quella data, riceverete una remunerazione (*remuneration*) nella misura di 200 sterline all'anno in conformità ai termini e alle condizioni della nostra lettera di ieri. Il vostro stipendio fino a questa data vi sarà pagato netto dalla *income tax*... ».

L'attore ricevette il pieno stipendio fino al 30 settembre 1923 e da questa data la somma di 200 sterline all'anno in rate mensili. Il 1° aprile 1932 i convenuti scrissero all'attore quanto segue: « Nell'esaminare la contabilità della filiale di Londra, il mio socio ed io fummo molto sorpresi che un assegno (*allowance*) di 200 sterline vi era stato pagato dall'ufficio di Londra, mentre da tempo si erano presi drastici provvedimenti per ridurre le spese eccessive di Londra che sono divenute insopportabili in proporzione ai valori odierni della lana e prodotti. Dopo debita considerazione dei vostri passati servizi e della situazione presente, noi arriviamo, pur riluttando, alla conclusione che quest'assegno dovrebbe cessare a partire dal prossimo 30 giugno. Noi crediamo che la Vostra situazione è tale che Voi potete fare a meno di quest'assegno senza trovarvi in ristrettezze, alle quali invece sono ridotti molti altri nostri impiegati di Londra a seguito di riduzione dei loro stipendi o di cessazione del loro impiego. Vi preghiamo di prendere nota della nostra decisione, ecc. ».

I convenuti cessarono i pagamenti in conformità a questa lettera.

L'attore chiese giudizialmente i danni per violazione di una convenzione (*agreement*) di pagargli 200 sterline all'anno contenuta nel-

le lettere del 25 e 26 giugno 1923 e, alternativamente, mediante una modifica della sua difesa (*amendment*), sostenne che i convenuti erano tenuti a pagargli le 200 sterline all'anno per tutta la sua vita.

I convenuti sostennero che non v'era alcun contratto (*contract*) fra l'attore ed essi e, mediante una modifica della difesa, che, se vi era un *contract*, esso:

- a) poteva essere fatto cessare con ragionevole preavviso;
- b) era nullo come fatto in *restraint of trade*.

Il giudice Macnaghten (in primo grado) così si espresse: (*Omissis*: nella parte omessa il giudice ripete il fatto come sopra riferito e osserva che la risposta, andata perduta, del sig. Wyatt alla lettera 25 giugno 1923 doveva aver fatto rilevare il suo diritto di preavviso. Lo stesso giudice osserva inoltre che anche alla lettera 26 giugno 1923 dei convenuti il sig. Wyatt doveva aver risposto, poichè il 2 luglio 1923 i convenuti ancora gli scrissero di aver ricevuto una sua del 28 giugno, per la quale lo ringraziavano).

«La questione da risolvere (*at issue*) in quest'azione concerne la retta interpretazione (*construction*) delle lettere 25 e 26 giugno 1923. E precisamente: se la promessa di pagare un *quid* nella misura di 200 sterline all'anno in rate mensili — il che nella prima lettera è chiamato *pension* e nella seconda una *remuneration* — era una *gratuitous promise*, ovvero se essa era una promessa fatta per una *good consideration* e, pertanto, una promessa sanzionata dal diritto (*enforceable at law*).

Tutti i fatti estrinseci che possono gettar luce sull'interpretazione della lettera sono i fatti che ho già menzionato ed io mi volgo, pertanto, a considerare il tenore delle lettere.

La prima così comincia: «*upon your retirement on the 31th July next we have recided to grant you a pension of 200 Lgs per annum, payable by monthly instalments*».

Questa frase, presa in se stessa, sembra significare che la promessa era una *gratuitous promise of an ex gratia payment*. Un *contract* richiede il consenso delle due parti. La frase così comincia: «noi abbiamo deciso»; il che val quanto dire che i convenuti sono

pervenuti ad una decisione di concedere qualcosa (*to grant*) *motu proprio* (*of their own motion*) e senza richiedere alcun consenso (1) o obbligazione da parte dell'attore.

La parola *grant* non è molto lontana dalla parola *give* (donare) ed essa sarebbe certamente un termine appropriato da usare allo scopo di esprimere un assegno *voluntary* (2) fatto ad un impiegato o dipendente che si ritira. Ciò vale anche per la parola « *pension* ». Benchè una pensione possa anche essere un assegno, al quale chi lo riceve ha un diritto contrattuale, in molti casi una pensione è un pagamento fatto spontaneamente e senza alcun diritto del ricevente di agire in giudizio per esso (*omissis*).

Pertanto, le prime parole di questa lettera, rettamente interpretate, significano, io penso, che la pensione era una *voluntary gratuitous pension*, che i convenuti erano liberi di dare o di ritirare a loro piacimento e discrezione.

Ma la lettera contiene un secondo paragrafo, il quale, ci si dice, mostra che vi erano obbligazioni assunte dall'attore, che vi era una *consideration* da lui proveniente, e che, date queste circostanze, benchè la lettera di accettazione della *pension*, nel suo contenuto effettivo, sia andata perduta, il fatto che la pensione fu accettata (3) e accettata nei termini posti nella detta lettera, costituisce un *contract enforceable in law*.

Quel secondo paragrafo dice: « *you are at liberty to undertake any other employment, or enter into business on your own account, except in the wool trade, and the only other stipulation we attach to the continuance of this pension* » — qui ancora si usa la parola *pension* — « *is that you do nothing at any time to our detriment (fair business competition excepted)* ».

Con riguardo all'ultima parte di questo periodo, e cioè alla *stipulation* che l'attore non doveva far nulla a danno dei convenuti, *fair business competition excepted*, io non credo affatto che ciò possa valere giuridicamente come *consideration* (4). Con riguardo alla prima parte, la frase « voi siete libero di assumere ogni altro impiego o di trattare affari in proprio » non può importare alcuna *conside-*

ration. Poi vengono le parole « eccetto nel commercio della lana »; ed io leggo ciò con questo significato che Mr. Wyatt non deve, fin quando egli riceve la pensione, trattare affari nel commercio della lana.

A me pare che ciò potrebbe essere una *good consideration in law*, sotto la riserva del punto proposto dall'avvocato dei convenuti, che, cioè, si tratterebbe di un patto *in restraint of trade*. Osserva infatti l'avvocato dei convenuti: qui v'è un signore il quale si impegna, se si accetta l'opinione che v'è nel caso un *contract*, all'età di 61 anni a non trattare *mai* affari in lana *in ogni parte del mondo*. Tale accordo è ovviamente *in restraint of trade*: con ciò la società sarà privata di qualsiasi vantaggio essa può trarre dall'attività di Mr. Wyatt nel *wool trade*, e questa limitazione, dice l'avvocato dei convenuti, è così vasta da essere del tutto irragionevole, sicchè non può costituire alcuna *consideration in law* e pertanto non è una *consideration*.

Non mi è necessario di decidere la causa sulla base di questo argomento, del quale potrà eventualmente valersi l'avvocato dei convenuti in sede d'appello, e ciò perchè io non ritengo che questo secondo paragrafo della lettera 25 giugno 1923 modifichi l'opinione che mi sono formato, quanto al significato del primo paragrafo, e cioè che si trattava di un *voluntary gratuitous payment*, offerto dai convenuti e che essi erano liberi di dare o ritirare in ogni momento a loro discrezione. Io ritengo che le parole « voi siete libero di assumere ogni altro impiego o di trattare affari in proprio, eccetto nel *wool trade* » costituiscono un mero avvertimento (*intimation*) che essi convenuti non desideravano che Mr. Wyatt entrasse nel *wool trade* e che, se egli vi fosse entrato, non doveva aspettarsi che essi continuassero a pagare l'assegno.

Ma si obietta, e con ragione, che l'interpretazione della lettera del 25 giugno non può farsi separatamente dalla lettera del 26 e che questa ultima appoggia la tesi dell'attore che si trattava di una obbligazione contrattuale.

Ora, in primo luogo, è da osservare che i convenuti scrissero la

lettera del 25 giugno (lo scrivente fu un certo sig. Gibbs) ignari del diritto dell'attore ad un preavviso di tre mesi, e non appena l'attore richiamò la loro attenzione su ciò, i convenuti immediatamente si dichiararono d'accordo. Benchè essi non richiedessero i servizi di Mr. Wyatt (per tale periodo di tre mesi) e benchè stessero altrimenti provvedendo per il loro ufficio, essi si dichiararono d'accordo di pagargli il pieno stipendio per quei tre mesi. Pertanto non vi è alcuna base per dire, ed in verità neppure lo si sostiene, che questa *pension* veniva concessa in soddisfazione di ogni obbligazione cui i convenuti fossero soggetti verso Mr. Wyatt in relazione al contratto d'impiego che a quell'epoca era ancora in vigore (5). È chiaro infatti che i convenuti pienamente adempierono tutte le loro obbligazioni dipendenti dal contratto di impiego; e se un nuovo (*fresh*) contratto fu concluso, come si sostiene che fu concluso con quelle due lettere, si trattava di un *fresh contract*, o *new contract*, separato e distinto dal contratto d'impiego.

Ora la seconda lettera recita: « Non eravamo a conoscenza del patto di preavviso di tre mesi, conseguentemente, ecc. » (V. sopra il testo completo).

Mentre il termine *pension* generalmente implica un assegno fatto per servizi passati (6), il termine *remuneration* (usato nella lettera del 26 giugno), e in ciò io sono d'accordo con l'avvocato dell'attore, implica un assegno di qualcosa per un servizio, un *quid pro quo*; e questa cosiddetta *remuneration*, la quale deve essere « in conformità con i termini e le condizioni della nostra lettera di ieri », sembrerebbe, salvo ci si riferisca ai termini della *remuneration* stessa, implicare qualche obbligazione da parte di Mr. Wyatt.

Come ho detto sopra, la sola obbligazione che si può dedurre dalla lettera del 25 giugno, è l'obbligazione di non entrare nel *wool trade*. Ma io ritengo che nella lettera del 25 giugno, e conseguentemente in quella del 26, ciò non significhi altro che questo: un'*intimation* da parte dei convenuti che essi non desiderano che Mr. Wyatt entri nel *wool trade* e che questi deve prendere nota che, se egli vi entra, essi non pagheranno la *pension*. Gli altri termini della lettera

non gettano alcuna luce sulla questione. La conclusione, cui sono pervenuto, è quella che ho già espresso, e cioè che i convenuti erano e sono liberi di dare o ritirare l'assegno di 200 sterline all'anno a loro discrezione; e perciò, secondo me, l'azione deve essere respinta con le spese ».

L'attore ha appellato.

SCRUTTON, *Lord Justice*. « Questo è un caso di un certo interesse. Il primo e principale punto da considerare è l'interpretazione di quattro lettere, due delle quali noi non possediamo; e quando questo punto sarà deciso, sorgerà una questione di importanza generale, perchè di principio.

La posizione è la seguente: Kreglinger e Fernau, una ditta antica nel senso che per circa 125 anni trattò affari sotto vari nomi e assorbendone varie altre, assunse nel 1900 un signore, l'attore, che prima aveva prestato servizio per circa 20 anni in altra ditta poi assorbita dalla ditta convenuta.

Nel 1923 quest'ultima, che aveva una filiale a Londra, si trovò costretta a ridurre le spese. Essa aveva diritto, secondo il suo contratto d'impiego con Mr. Wyatt, di fare cessare il contratto stesso mediante preavviso di tre mesi. Essa non aveva alcuna obbligazione di dargli una pensione, non vi era alcun *contributory pension scheme*, sicchè quell'impiegato non aveva versato alcun contributo o non aveva subito alcuna deduzione dal suo stipendio in relazione ad una pensione; e la ditta avrebbe potuto, se lo avesse voluto, dargli semplicemente tre mesi di preavviso e licenziarlo, nè egli avrebbe avuto alcun diritto ad una pensione qualsiasi. Ma la ditta non desiderava comportarsi in questo modo e scrisse certe lettere all'attore che vi rispose con certe altre lettere. Egli ora dice: « Voi concludeste con me un contratto di pagarmi in via giuridica (*as a matter of law*) una pensione e non avete alcun potere di ritirarmela », e ciò in quanto, dopo aver pagato tale pensione per circa nove anni, trovandosi di nuovo la ditta in difficoltà finanziarie, essa ritirò la pensione e addusse di non aver alcuna obbligazione di continuare a pagarla.

Mentre i membri di questa Corte sono d'accordo quanto al risultato di quest'appello, può essere che essi non siano d'accordo sui motivi che sono stati discussi *hinc et inde*, ed io dico subito che faccio mia la stessa opinione del dotto (*learned*) giudice di primo grado: io sono dell'opinione che queste lettere non sono le lettere di un *contract*; questa era l'opinione del giudice Macnaghten. Credo che i miei colleghi non sono d'accordo con essa. Essi ritengono che vi fu un *contract* — io direi un *agreement* (7); ma tutta la Corte è dell'opinione che, se vi fu un *agreement*, si trattava di un *agreement* che la Corte non può sanzionare (*enforce*), non importa ad istanza di quale delle due parti; e ciò sul motivo che esso è contrario alla *public policy* (8) come un *agreement in restraint of trade*.

Anzitutto, quanto all'interpretazione delle lettere, io ritengo che la Corte si trovi in serie difficoltà, in quanto essa deve trarre l'esistenza di una *promise* e di una *acceptance*, aventi effetti giuridici, da quattro lettere di cui ne possiede soltanto due; essa non ha le lettere scritte dall'attore.

Le lettere che la Corte possiede sono queste: Il 25 giugno 1923 i convenuti scrissero: «*Dear Mr Wyatt, upon yor retirement on 31th July next we have decided to grant you a pension of 200 Lgs. per annum payable by monthly instalments*».

Ora i convenuti non avevano alcuna obbligazione di pagargli una pensione, e l'intero affare sembra essere cominciato con una *voluntary gratuitous offer*. Non v'è alcuna questione circa un *agreement*. Le parole sono «*We have decided*». Il mio punto di partenza è quindi una lettera che sembra incominciare non come un *contract*, ma come una *intimation* di una *intention*. La lettera continua: «*you are at liberty to undertake any other employment or enter into any business on your own account*». Ciò non si presenta come un contratto. I convenuti con quelle parole constatano (*state*) semplicemente la situazione presente (a quell'epoca) e cioè che, se il contratto d'impiego è cessato, l'attore è libero di assumere qualsiasi altro impiego o di trattare affari per proprio conto. Per il momento tralascero le parole successive; vi ritornerò, ma per ora le tralascio. Queste parole sono «*except in the wool trade*».

La lettera quindi continua: « *and the only other stipulation we attach to the continuance of this pension is that you do nothing at any time to our detriment (fair business competition excepted)* ».

La mia opinione, quanto a questa clausola, è che essa è priva di significato, troppo vaga (*too vague*) per poter costituire parte di una *legal obligation* (9). Ora noi non abbiamo la risposta a questa lettera, ma io inferisco dalla successiva lettera dei convenuti che quella risposta non conteneva una *acceptance* della prima lettera. Ritengo sia abbastanza chiaro che nella sua prima risposta l'attore disse: « voi non potete far cessare il mio contratto d'impiego; io ho diritto ad un preavviso di tre mesi ». E ciò perchè la seconda lettera dei convenuti, scritta il giorno dopo, cioè il 26 giugno, è in questi termini: « Eravamo ignari del patto di preavviso di tre mesi; conseguentemente voi riceverete il pieno stipendio fino al 30 settembre e da tale data la *remuneration* nella misura di Lgs. 200 all'anno — la parola *pension* è cambiata in *remuneration* — in conformità ai termini e alle condizioni della nostra lettera di ieri ». Non v'è altro nel resto delle lettere che abbia una qualche importanza. Di nuovo ci manca la risposta a questa lettera; sicchè noi dobbiamo trarre l'esistenza di un *contract* da certe lettere, mentre mancano le lettere di una delle parti.

Il 2 luglio 1923 i convenuti scrissero: « Caro sig. Wyatt, siamo in possesso della vostra lettera del 28 giugno u.s. per la quale vi ringraziamo ». Sicchè vi era qualcosa per cui il padrone riteneva di dover ringraziare l'impiegato...

Le parole, sulle quali l'attore fa speciale affidamento per la sua tesi che v'era un *contract* implicante *legal obligations*, sono le parole della lettera: « *You are at liberty to undertake any other employment or enter into any business on your own account except in the wool trade* ».

Il *learned* giudice di primo grado ha esattamente espresso l'opinione che io adotto rispetto a quelle parole, leggendole in una lettera che, secondo me, incomincia come una lettera di una *gratuitous offer* che non impone alcuna *legal obligation* (10).

Il *learned* giudice (di primo grado) esprime come segue la sua opinione sul significato del primo paragrafo (della lettera): « Si trattava di un *voluntary gratuitous* assegno offerto dai convenuti, assegno che questi erano liberi di dare o di ritirare in ogni momento a loro discrezione. Io credo (diceva quel dotto giudice) che le parole *you are at libery ecc... except in the wool trade* costituiscono un mero avvertimento (*intimation*) che essi convenuti non desideravano che Mr Wyatt entrasse nel commercio della lana, e che, se vi fosse entrato, egli non doveva aspettarsi che essi avrebbero continuato a pagare l'assegno ».

Queste parole (del giudice di primo grado) esprimono esattamente l'opinione che io adotto circa quelle frasi della lettera, essendo esse inserite in un complesso che s'inizia con la comunicazione di aver concesso un assegno gratuito. Deve tenersi presente che non ogni proposta ed accettazione, tali nell'aspetto esteriore, costituiscono un *legal contract*.

« Volete venire da me a cena martedì?... Ho il piacere di accettare il vostro gentile invito ». Proposta e accettazione. Qui non v'è alcun *legal contract*, perchè le parti mai intesero che esso fosse un *legal contract*. Una volta io ebbi il piacere, come giudice della King's Bench Division, di ascoltare un'animata disputa sul punto di sapere se un signore aveva diritto ad un premio, secondo i termini di una gara tenuta al Devonshire Club di Eastbourne, ed io decisi (nè alcun appello venne fatto) che nessuna delle persone interessate in quella gara aveva mai inteso che dalle condizioni di gara e dalla loro accettazione da parte dei concorrenti seguissero degli effetti giuridici (10-bis).

La stessa cosa io penso di quelle lettere.

Supponiamo ora che vi sia (nel nostro caso) un *contract* e supponiamolo nei termini più favorevoli all'attore, e cioè che non vi sia l'assunzione di un'obbligazione da parte sua, come « io non entrerò nel commercio della lana »; ma che vi sia la (sola) obbligazione contrattuale (*contract*) da parte dei convenuti nei seguenti termini « Io vi pagherò una certa somma, se voi non entrerete nel commercio

della lana » (11). Questo è un *contract in restraint of trade*, questo è un punto che la Corte deve considerare, perchè si tratta di materia di ordine pubblico (*public policy*), e la Corte non sanziona (*enforce*) accordi (*arrangements*) che sono contrari all'ordine pubblico. L'avvocato dell'appellante è d'accordo che, se si trattasse di un *contract* di non esercitare il commercio della lana in ogni tempo e luogo, esso non sarebbe *enforceable*, perchè in *restraint of trade*, nocivo all'ordine pubblico e contrario al principio concernente tali contratti fra padrone e impiegato come distinti dai contratti fra cedente e cessionario di un'azienda: v. *Attwood v. Lamon* (1920) 3 K. B. 571.

Ora questo, se è un *contract*, recita, quando sia posto nei termini più favorevoli all'attore, come segue: « Noi vi pagheremo tanto all'anno, se voi non eserciterete il commercio della lana per il resto della vostra vita in ogni parte del paese o del mondo ». Ciò mi sembra essere altrettanto *in restraint of trade* e quindi non *enforceable*, quanto il *contract* fatto da un impiegato in questo senso: « io non eserciterò il commercio della lana per il resto della mia vita in ogni parte del mondo », nel qual caso il paese è privato dell'attività (*services*) di un uomo di sessant'anni nel campo del commercio della lana, di un uomo che è assai competente in quel campo, dato che gli è permesso (dai convenuti) di esercitare il commercio in ogni altro ramo, fuorchè in quello della lana: il paese è privato della sua attività senza alcuna legittima giustificazione. Che questo, se è un contratto, non sia *enforceable* perchè in *restraint of trade*, risulta dal principio dichiarato (*stated*) nel caso succitato *Atwood v. Lamont*.

Per questi motivi, esaminando la causa, prima come questione di interpretazione, e poi come questione di diritto, senza considerare se i padroni (*employers*) avrebbero o non avrebbero dovuto (*ought or ought not*) continuare a pagare la pensione, giungo alla conclusione che il dotto giudice (di primo grado) rettamente decise e che conseguentemente l'appello deve essere respinto ».

GREER L. J. « Questo caso, quando era davanti al dotto giudice di primo grado, implicava una questione circa la retta interpretazio-

ne di certi documenti intercorsi fra le parti alla fine di giugno e ai primi di luglio 1923; e implicava poi se la retta loro interpretazione era nel senso dell'esistenza di un *contract* fra le parti, un'ulteriore questione circa la sanzionabilità o meno di questo contratto in relazione ai principi dei *contracts in restraint of trade*. Ora io propendo per l'opinione che l'interpretazione del dotto giudice (di primo grado) non sia esatta; ma noi non abbiamo ritenuto necessario di invitare l'avvocato dell'appellante a sostenere quell'opinione; perciò non mi sento legittimato a dare alcuna decisione definitiva sulla questione concernente l'interpretazione dei documenti. Tuttavia io propendo per l'opinione che il documento che stabilì i diritti delle parti è una lettera del 25 giugno 1923 dei convenuti, Mssrs. Kreglinger e Fernau, all'attore Mr. Wyatt e che quando essi convenuti dissero, come mi sembra che dissero, di richiedere (*require*) due *stipulations* da Mr. Wyatt, essi con ciò gli chiedevano di far loro una *legal promise in consideration* della pensione che gli offrivano (12).

Su questo punto noi non abbiamo udito l'avvocato degli appellati e perciò io non esprimo alcuna definitiva opinione in merito; ma, supponendo sia esatto che l'obbligazione creata (da quell'accordo) era una *contractual obligation*, in tal caso io adotto la stessa opinione espressa dal L. J. Scrutton, che, cioè, il *contract* sarebbe *in restraint of trade* e così non vincolante. In altri termini: la promessa in questione, da parte di Mr. Wyatt, era una promessa di non esercitare il commercio della lana e di non fare alcunchè, in ogni tempo, a danno dei suoi padroni sua vita natural durante in qualsiasi luogo e tempo. Supponendo che egli si fosse vincolato, egli si vincolò a qualcosa che era giuridicamente nullo (*void*). Sicchè, in quanto la *consideration* (contenuta in tale promessa) era nulla (*void*), il contratto nel suo insieme cadrebbe, perchè non si può avere un *contract in consideration of a void promise* (13), in quanto questa promessa è un nulla (*nullity*). Per questi motivi io sono d'accordo che l'appello deve essere respinto ».

SLESSER L. J. « Sono d'accordo che l'appello deve essere respinto. Ai fini del mio giudizio suppongo che l'attore Mr. Waytt abbia

provato con soddisfazione della Corte che alla data del 25 e 26 giugno 1923 sussisteva un accordo (*agreement*) fra lui e i convenuti Mssrs. Kleglinger e Fernau, inteso come accordo vincolante entrambe le parti (14). Mi limito a fare su questo punto una supposizione ai fini di quanto ho da dire; e ciò perchè non abbiamo udito l'avvocato dei convenuti su quel punto, e può essere che egli sarebbe stato capace di gettare sulla causa una luce che avrebbe potuto condurre ad una diversa opinione. Ma, supponendo che vi fosse nel caso un *contract*, si deve considerare la natura dell'allegato rapporto contrattuale fra le parti. Come io lo leggo, il rapporto è il seguente: Mssrs. Kleglinger e Fernau pagheranno 200 sterline — qualificate come *pension* nella lettera 25 giugno e come *remuneration* in quella del 26 giugno — a certe condizioni (*stipulations*), delle quali quella importante è questa: « Voi, cioè Mr. Wyatt, siete libero di assumere ogni altro impiego e di trattare affari in proprio, eccetto nel commercio della lana ». Io ritengo che lo scopo o intento (*effect*) di ciò non è che Mr. Wyatt si obbliga a non esercitare il commercio della lana, ma che si pone una condizione per ricevere quel danaro, e cioè che, se egli in qualsiasi tempo eserciterà il commercio della lana, perderà (*he is to forfeit*) ogni diritto che egli potrebbe *altrimenti* avere in base all'accordo (15).

Nell'interesse di Mr. Wyatt si è sostenuto che si deve fare una distinzione fra il caso, in cui egli si sia espressamente obbligato (*expressly convenanted*) ad astenersi da un *trade* senza limitazioni di tempo e di luogo, e il caso in cui egli si è accordato (*agreed*) nel senso che un diritto, che *altrimenti* avrebbe avuto, sarebbe distrutto (*defeated*), qualora egli entrasse nel detto commercio.

In linea di principio, io non posso vedere alcuna differenza fra i due casi. La *public policy*, che deve essere considerata, cioè l'interesse della comunità, sembra essere affetta tanto nel caso di un diretto accordo (obbligazione), un accordo che potrebbe, se fosse *enforceable*, fondare un'ingiunzione di astenersi (dal detto commercio) o una pretesa di danni, quanto nel caso in cui esso Mr. Wyatt dichiara che, se eserciterà quel particolare commercio, egli perderà (*will give up*) un vantaggio (*benefit*) che *altrimenti* riceverebbe ».

[Qui il giudice cita il caso Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunitions Co. (1894) A.C. p. 565, in cui Lord Macnaghten disse: «Ogni interferenza con la libertà individuale di agire nel campo economico (*trading*) e tutti i *restraint of trade* in se stessi, se non v'è *nulla più*, sono contrari alla *public policy*, e perciò nulli (*void*)»].

«A me pare (continua Slessor L. J.) che il dire ad un uomo che egli sarà privato di un vantaggio (*benefit*), se egli manca di astenersi (*fails to restrain*) da un dato commercio, quando tale *restraint* avrebbe portata generale, è altrettanto contrario alla *public policy* e priva la comunità dei suoi servizi, quanto il caso in cui egli espressamente si obblighi a ciò (*he made an express covenant*)».

[Qui il giudice cita il caso Leather Cloth Co. v. Lhorsont (1869), in cui il Vice Cancelliere James disse: «La *public policy* esige che ogni uomo sia libero di lavorare per se stesso e non sia libero di privare se stesso e lo Stato, mediante un qualsiasi contratto, del suo lavoro, della sua abilità (*skill*) o talento»].

«Questa massima, continua Slessor L. J., che mi sembra esatta, si estende ad ogni contratto che ha di necessità come risultato (o intento? = *effect*) di privare un uomo della libertà di servire lo Stato mediante il suo lavoro e la sua abilità. Può ben darsi che vi siano casi in cui, indipendentemente da quella considerazione, il *restraint* è talmente parziale che la comunità non ha interesse a che esso non sia sanzionato (*enforced*), ma nel presente caso mi pare chiaro, prescindendo da quella questione, che si tratta di un *restraint* illimitato nel tempo e nello spazio.

Non si tratta di un *restraint in consideration* della vendita di un avviamento (*goodwill*), come nel caso Nordenfelt cit. in cui Lord Macnaghten dice: «Cosa ha il pubblico da sperare, quanto a futuri servizi, da un uomo che vende la sua azienda intendendo di non più commerciare?».

Nel presente caso v'è per Mr. Wyatt un'obbligazione contrattuale (*contract*), considerata nello stesso *agreement*, perchè vi è un patto (*provision*) espresso nel senso che Mr. Wyatt deve essere libero di

assumere ogni altro impiego o trattare affari in proprio, ma non deve far nulla a danno dei sigg. Kreglinger e Fernau *fair competition excepted*.

Questo è un caso in cui v'è un *general restraint of trade* imposto ad una persona che, altrimenti, dice l'accordo, potrebbe continuare a servire la comunità nel *business* della lana.

Infine vorrei dire una parola circa un'autorità che è stata citata e che non è facile da intendere, il caso Bishop v. Kitchin (1868, 38 L.J. Q.B. 20). In questo caso, nel molto breve *report* della decisione della Corte, sembra si sia detto, sulla tesi che un accordo era in *restraint of trade*, che essendo l'accordo stato eseguito ed essendosi l'attore astenuto dal commercio, egli aveva chiaramente diritto al corrispettivo (*consideration*) dovuto per tale astensione.

Non posso credere che quel *report* renda esattamente la decisione della Corte. Se l'accordo era nullo, è molto difficile vedere come una parte dovrebbe fondare una pretesa su di esso (segue citazione di Scrutton L. J., il quale in un altro caso pure criticava il caso Bishop nel senso che la Legge non può prestare il suo aiuto a un contratto nullo perchè in *restraint of trade*, come contratto viziato, *tainted*, da illiceità)».

L'appello viene respinto.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. Premessa al presente cap. e i luoghi del vol. I citati ivi e in nota ai due casi precedenti.

Abbiamo riferito l'intero *report* dell'interessante caso, anche per dare (insieme al caso Re Bonacina) un esempio della discussione di un *case* e del relativo *report* in un paese di *common law* (v. Avvertenze a questo vol. II, n. 5).

Prima di esaminare il caso, riteniamo opportuno anche qui dare alcuni chiarimenti che ne facilitino la lettura, con riferimento ai richiami di note inserite nello stesso testo del *report*.

(1) Sul concetto del consenso nella *common law*, concetto che ritorna spesso nel *case*, v. vol. I § 35 *sub a*.

(2) *Voluntary* qui, come in altri casi, significa «senza un *bargain*», senza, noi diremmo, una contrattazione di *do ut des*; ed equivale, praticamente, a *gratuitous*: v. vol. I § 28 *sub b*, nonchè la nota seg.

- (3) Su questo concetto di accettazione, v. nota prec. e vol. I §§ 17 e 29.
- (4) Perchè *too vague* (v. *infra* nota 9), o perchè Wyatt era già obbligato per legge a non fare concorrenza sleale (v. vol. I § 30 *sub b*)?
- (5) Se ciò fosse stato, vi sarebbe una valida *consideration*, benchè la ragguardevole somma di 200 st. all'anno fosse stata promessa per poter far cessare il contratto tre mesi prima della scadenza? V. vol. I § 30 *sub a et b* nota 7.
- (6) *Past consideration*, v. vol. I § 28 *sub a*.
- (7) La terminologia tecnica di *agreement* e *contract* (v. vol. I § 25, pp. 337-338) non è sempre osservata in questo ed altri *cases*.
- (8) *Public policy* non risponde sempre puntualmente al nostro concetto di ordine pubblico: v. GUTTERIDGE, *Comparative Law*, Cambridge, 1946, p. 98 segg.
- (9) V. il caso *White v. Bluett* e vol. I § 30 *sub b* nota 6.
- (10) Per questo concetto, v. vol. I § 28 *sub b*, § 29 nota I, e § 31, pp. 412-413.
- (10 *bis*) Il caso da lui deciso, cui allude Scrutton L. J., è *Lens v. Devonshire Club*, in *London Times*, 4 dic. 1924.
- (11) Su questa distinzione, v. vol. I § 29.
- (12) Sul valore di tale *request*, v. vol. I § 26 *sub d* e § 29. Si vuol dire con ciò che v'era, da parte dei promittenti Kreglinger e Fernau, la richiesta di una contropromessa (*executory consideration*).
- (13) V. vol. I § 30 *sub b* nota 6.
- (14) V. nota 12.
- (15) S'intende alludere con ciò al concetto che nel caso la *consideration* era stata intesa dalle parti come *executed*? V. note 11 e 12.

Il *case* tratta due questioni, che, per quanto connesse, noi considereremo separatamente: l'una concerne l'oggetto del presente capitolo, l'altra il problema dei *contracts in restraint of trade*.

Quanto alla prima questione, le varie opinioni dei giudici nel *case* sembrano, come al solito, oscillare fra la concezione di una promessa, che non obbliga giuridicamente in quanto *gratuitous* o senza *bargain*, con le inerenti implicazioni di un intento non giuridico *per legge* (v. premessa a questo capitolo, I, *sub a*); e la concezione che, anche quando vi sia un *bargain* in senso generico, la promessa non obbliga se dalle circostanze risulta che mancava l'intento di vincolarsi giuridicamente (v. premessa cit., I, *sub b*).

Per la prima concezione, v. l'opinione del giudice Macnaghten, già

nella sua impostazione sulla distinzione fra *gratuitous promise* e *legal obligation* e, sul concetto di consenso (v. sopra nota I); nonché il passo corrispondente alla nota 2 e e la conclusione che il giudice trae dal carattere di *voluntary gratuitous pension*, e cioè che i convenuti erano liberi di pagarla o ritirarla a loro piacimento e discrezione. Nell'ambito di quella concezione sembra stare anche il passo, in cui il giudice Macnaghten vede nell'astensione di Wyatt dal commercio della lana non una *consideration*, ma il semplice oggetto di un desiderio o, magari, secondo noi, una donazione *cum onere* o sotto condizione (v. premessa al presente cap. 1, *sub a*), la quale donazione, di per sè, non esclude nella *civil law* l'intento del donante di vincolarsi giuridicamente.

Anche l'opinione del Lord Justice Scrutton sembra stare in quest'ordine di idee, ma sembra puntare anche sulla questione di interpretazione, in concreto, dell'intento di vincolarsi o meno giuridicamente, nonostante la possibilità di un *bargain*, almeno come rapporto sociale (vedansi gli esempi addotti dallo stesso Scrutton L. J. dell'invito a cena, come obbligazione reciproca di darla e di assistervi: e della gara sportiva, ove pure v'era e v'è un *bargain*, diventando questione di fatto quella di vedere se le parti avevano l'intento di considerarlo come una *matter of law*). In quest'ultimo senso è stato inteso anche da altri questo passo di Lord Scrutton. V. GLOAG, cit. nel nostro vol. I § 36 nota 36; COCKLE AND HIBBERT, *Leading Cases in Common Law*, vol. I, *Contracts*, London, 1945, p. 124 in nota al caso *Balfour v. Balfour*; WILLISTON, *Contracts*, § 21 nota 14. Gloag e Cockle and Hibbert citano quel passo di Lord Scrutton insieme coi casi: *Balfour*; *Rose and Frank v. Crompton*; *Appleson v. H. Littlewood Ltd.* (v. premessa al presente cap. *sub 5°*).

Da questo punto di vista, Lord Scrutton sembra anche interpretare le parole « *we have decided* »; ma poi, con la mente sempre impregnata dalla concezione ambientale di cui alla premessa del presente cap. *sub a*, Lord Scrutton ritorna a questa concezione, accogliendo l'opinione di Macnaghten circa l'*intimation* di un'*intention* o desiderio (donazione sotto condizione) e relative implicazioni, dandosi a ricercare se nel caso vi fosse o meno un *bargain* o una *consideration*, una controbbligazione, ecc. (v. sopra *ad* note 9, 10 e 11).

Il giudice Greer, in quanto vede nel caso un *bargain* e una *consideration*, consistenti in una contropromessa, supera il problema o non lo risolve (v. premessa al presente cap. *sub 4°*). L'opinione del giudice Slesser, in quanto non è chiara fra la contropromessa e l'*executed consideration* (v. sopra nota 15), non ci permette alcuna illazione.

Il fatto che in appello i convenuti ripiegarono sulla tesi della nullità

del contratto come *in restraint of trade* (tesi sicura soltanto in quanto vi fosse una contropromessa di Wyatt di non esercitare il *wool trade*: v. *infra*), fa sospettare che i convenuti stessi non si sentissero affatto sicuri della tesi della mancanza di una contropromessa e così della mancanza dell'intento di un vincolo giuridico o, comunque, dell'esistenza di una mera *gratuity*!

Senonchè il *case*, se ad un giurista di *civil law* è lecito azzardare una proposta, potrebbe essere spiegato da un altro punto di vista.

Si noti, cioè, che, per vincolare Kreglinger e Fernau a mantenere la promessa di pensione o a non revocarla, occorre una contropromessa di Wyatt di non esercitare il *wool trade*, o una *executory consideration*. Una *executed consideration* (v. vol. I § 29) non sarebbe bastata. Questa poteva dirsi eseguita di volta in volta, da parte di Mr. Wyatt, alla fine di ogni mese o per il periodo cui si riferiva ogni mensilità della pensione. Quanto alle mensilità future, mancando l'*executed consideration*, Kreglinger e Fernau avrebbero sempre potuto revocare la loro promessa (v. vol. I § 29). Nè si poteva ritenerli vincolati a seguito di un *commencement d'exécution*, da parte di Wyatt, rispetto ad una condotta (astensione) costituente una serie di atti interdipendenti e inscindibili (v. nota al caso Dunton v. Dunton). Tale, pare, era in fondo la tesi dei convenuti, quando dicevano, che se vi era un *contract*, « questo poteva essere fatto cessare con ragionevole preavviso ».

Diverso sarebbe stato il caso, se Kreglinger e Fernau avessero detto: « Se voi non eserciterete il commercio della lana per 5 anni, vi pagheremo a tale scadenza 1000 sterline e successivamente 200 all'anno ».

Ecco perchè, nel caso Wyatt, i giudici (a parte qualche punto oscuro sull'ammissibilità di un'*executed consideration*: v. sopra nota 15) si danno a ricercare se, come *consideration*, fosse stata *intesa dalle parti* una contropromessa di Wyatt.

La ricerca di questo intento comune poteva, è vero, essere interessante al fine di stabilire l'intento di Kreglinger e Fernau di vincolarsi giuridicamente, e ciò in quanto, secondo una mentalità diffusa fra la gente dei paesi di *common law*, una promessa fatta per una *executed consideration* non vincola, finchè questa non è effettivamente eseguita: sicchè il non aver Kreglinger e Fernau *richiesta* una contropromessa, poteva mostrare il loro intento di non vincolarsi giuridicamente.

Ma, anche a prescindere da questo profilo dell'intento, anche se Kreglinger e Fernau avessero inteso vincolarsi giuridicamente, e cioè a mantenere o a non revocare la promessa della pensione anche prima che Wyatt

avesse adempiuto totalmente (alla fine della sua vita!) la *executed consideration*, ciò sarebbe stato *irrilevante*, posto il principio illustrato nel vol. I § 29.

Ecco un caso in cui il promittente, che ha *richiesto* un'*executed* e non un' *executory consideration*, ha interesse che quella e non questa venga data dal promissario. Ed ecco l'importanza della *request!* V. vol. I § 29 e la nota 24 al caso Allegheny College.

Un vincolo di Kreglinger e Fernau si potrebbe vedere soltanto sulla base della *doctrine* americana della *reliance*, in quanto Wyatt si fosse comportato, in *reliance*, in modo analogo a quello con cui si comportò il promissario nel caso di cui al vol. I § 27 nota 1 *sub c*, nota 3 *sub d*.

Che se le mensilità avessero dovuto pagarsi in *via anticipata* al 1° di ogni mese, allora non sarebbe stata forse considerata dalle parti neppure una *executed consideration* (salvo ritenere il termine anticipato come mera facoltà per i promittenti). Vi sarebbe stata allora una mera condizione *de futuro* anche per i pagamenti già fatti o da fare al 1° di ogni mese. Con che la promessa della pensione, come *mera gratuity*, sarebbe stata comunque nulla (salvo, s'intende, *l'act under seal*).

Ma quel che è interessante notare in tutto l'affare per un uomo dei paesi di *civil law* è il contegno di Kreglinger e Fernau, i quali trovarono la cosa più naturale di questo mondo di ritirare la pensione con la loro lettera del 1° aprile 1932 (che non sembra ispirata da criteri tecnico-legali), come semplice *gift* o *gratuity*, sia in quanto questo non vincola giuridicamente (cioè non è un « negozio » riconosciuto dalla legge: v. premessa a questo cap. sub. 1°), sia in quanto non lo si fa con l'intento di vincolarsi giuridicamente. Ciò indica una mentalità e un costume diversi dai nostri. Un italiano o un uomo dei paesi di *civil law* avrebbe magari detto: ho promesso sì, ho donato (« negozio » riconosciuto dal diritto), ma, poichè manca la *forma* della donazione, la promessa è nulla.

Sul *contract in restraint of trade*: v. vol. I § 19 *ad* note 18, 20, 35-36 (pp. 222-223), 40, nonchè pp. 218-220.

I giudici del caso Wyatt adottano la tesi che, se vi era un *contract* (cioè una *consideration*), questo sarebbe nullo, anche se la *consideration* era *executed*, cioè, ad esempio: promessa di una pensione, se Wyatt non eserciterà il *wool trade* (senza un'obbligazione di non farlo), da pagarsi dopo un periodo irragionevolmente lungo di *restraint* o periodicamente dopo ogni mese. Sicchè Wyatt, anche dopo eseguita la *consideration*, non potrebbe pretendere il pagamento della promessa pensione. Il contratto

sarebbe *in toto* illecito o immorale o contro la *public policy* anche da parte di Wyatt, che si presta a non lavorare nella lana per ottenere un premio! Nullo tutto l'affare, perchè contiene un incentivo o pressione (mediante promessa di un premio) a non esercitare un dato commercio. La Corte sembra così ispirarsi alla concezione accennata nel vol. I § 19 nota 20, contro quanto diciamo nello stesso § 19 pp. 222-223.

Questa tesi è stata criticata come eccessiva o come un eccesso di zelo per l'interesse pubblico: v. COCKLE AND HIBBERT, *Leading Cases* cit., vol. I, 1945, pp. 145-146, dove si troveranno riferiti o riassunti anche i casi citati in Wyatt v. Kreglinger e Fernau. Si noti che diversa e più giusta potrebbe essere quella soluzione se, per essersi dato al commercio della lana, Wyatt avesse dovuto restituire anche le rate di pensione per precedenti periodi, in cui si era astenuto da quel commercio: allora veramente la pressione, esercitata su Wyatt mediante la promessa di un premio, potrebbe dirsi illecita. Ma tale non sembra l'intento delle parti, dato che la stessa lettera di Kreglinger e Fernau del 25-6-1923 collega quella condizione di astensione alla « continuazione di questa pensione ».

Il concetto fin qui dominante nella *common law* in materia di *restraint of trade* sembra quello che, se il *restraint* è ragionevole con riguardo agli interessi di ciascuna parte nel contratto, lo è anche con riguardo al pubblico interesse (v. vol. I § 19 nota 18 e pp. 218-220 e note 26-28 *ivi*).

Quel che è interessante notare si è che le Corti di *common law*, nonostante non professino il preteso principio della funzione economico-sociale del contratto, sono tendenzialmente più severe delle nostre in materia di *contract in restraint of trade*: v. vol. I § 19, p. 220.

Il caso Wyatt nella *civil law* (validità della promessa della pensione, a prescindere dalla questione del *restraint of trade*). Per rispondere ai quesiti il lettore si metta nella posizione di un giudice o giurista di *civil law*.

1) Supponendo che la promessa della pensione non contenesse alcuna limitazione concernente il commercio della lana o altro, il lettore riterrebbe sussistente l'intento di contrarre un vincolo giuridico? In base a quali argomenti, per quali vie o tecniche si risolverebbe questo problema?

2) In caso di risposta affermativa al quesito precedente, i servizi prestati per tanti anni e la situazione particolare di Mr. Wyatt avrebbero potuto costituire una causa sufficiente ad escludere lo schema formale-causale della donazione? Si risponda separatamente per il diritto francese e per quello italiano, v. vol. I §§ 9 e 11, e il vol. II, parte I, cap. III.

3) Nella situazione concreta, cioè prendendo la lettera 25-6-1923 di

Kreglinger e Fernau nel suo testo integrale, in quale senso il lettore interpreterebbe il contratto: come contenente una contropromessa di Wyatt di astenersi dal commercio della lana, oppure nel senso che questa astensione costituiva una cosiddetta condizione, secondo il concetto di cui al vol. I § 10 *sub a*?

4) In ciascuna delle due alternative testè accennate, come il lettore interpreterebbe il contratto quanto alla questione della sussistenza o meno dell'intento di contrarre un vincolo giuridico?

5) Supposto che l'astensione dal commercio della lana costituisse una cosiddetta condizione nel senso suaccennato e che la promessa della pensione dovesse considerarsi come animata dall'intento di contrarre un vincolo giuridico, come risolverebbe il lettore il problema circa la sussistenza o meno di un vincolo giuridico dei promittenti di pagare le mensilità future e così di permettere a Wyatt di realizzare man mano quella condizione? Con quali argomenti o per quali vie o *tecniche* si risolverebbe questo problema? Sarebbe influente una distinzione fra una donazione *cum onere* priva di forma, ove quell'astensione costituirebbe una causa secondaria, e un contratto di scambio, ove l'astensione sarebbe la causa principale? V. vol. I §§ 10 e 17 in relazione al § 29.

6) L'interpretazione, di cui ai quesiti 1°, 3° e 4°, è libera, cioè ricerca storica e puntuale della volontà del promittente o delle parti, oppure, e fino a qual punto, è guidata, più o meno consciamente, dai principii giuridici, dalla mentalità, dal costume proprii di un ambiente di *civil law* e che guidano anche nella soluzione degli altri quesiti sopra proposti? Per rispondere, ci si proponga anche un analogo problema per la *common law*.

Il lettore si renderà conto del come tutto questo questionario implichi per la *civil law* una diversa impostazione del caso Wyatt, con le inerenti diversità di sfondo (*background*) storico, nel quale si sono venuti depositando costumi, mentalità, e tecniche diverse.

Quanto alla questione del *restraint of trade* rinviemo ai luoghi sopra citati del vol. I § 19.

CAPITOLO IV

LA BUSINESS PROMISE E LA CONCEZIONE DEL CONTRACT NELLA COMMON LAW. — RAPPORTI ANCHE COL PROBLEMA DELLE PROMESSE AL PUBBLICO. — LA FORMAZIONE DEL CONTRACT: OFFER E ACCEPTANCE

PREMESSA. - Lo scopo di questo capitolo è quello di mostrare come nella *common law* la concezione del *contract*, quale *bargain*, costituisca un letto di Procuste proprio nel campo degli affari, cioè in molti casi, in cui la concezione di una promessa interessata, secondo la stessa prassi e lo stesso sentimento degli uomini d'affari, giustificherebbe un'obbligazione contrattuale (v. vol. I § 35 *sub c.*). E come quella concezione costringa i giudici di *common law*, talvolta a negare la sanzione giuridica, talaltra a costruzioni, rigiri, artifici e finzioni, che sono molto lontani dalla nostra mentalità e dall'impostazione che noi daremmo alla causa.

Si è approfittato di questo capitolo anche per mettere in un certo rilievo la concezione dell'*offer* e dell'*acceptance*, in relazione al problema della formazione del contratto (v. vol. I § 29).

GREAT NORTHERN RAILWAY CO. v. WITHAM

In the Common Pleas, 1873. — *Law Reports*, 9 *Common Pleas* 16
CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE (SECONDO LA CIVIL LAW).
(il *case* è riferito testualmente, quale risulta dal *Report*, salvo alcuni *omissis* o riassunti)

« I fatti erano i seguenti: Nell'ottobre 1871 gli attori (Great North. Ry.) fecero un avviso pubblicitario per avere delle offerte (*tenders*) di merci, fra cui materiali ferrosi, da consegnarsi alla loro

stazione a Doncaster, secondo una certa lista o specifica. Il convenuto inviò un'offerta del seguente tenore:

«Io sottoscritto mi impegno di fornire alla Great North. Ry. Company per dodici mesi, dal 1° novembre 1871 al 31 ottobre 1872, quelle quantità di ciascuno o qualsiasi dei vari articoli indicati nell'allegata specifica che il magazziniere della detta Società potrà ordinare di volta in volta, al prezzo menzionato accanto a ciascun articolo, e sono d'accordo di attendere le condizioni stabilite dall'altra parte. f. S. Witham ».

L'impiegato della Company rispose come segue:

«Mr. S. Witham, Signore, sono incaricato di informarvi che i miei direttori hanno accettato la vostra offerta datata, etc., di fornire a questa società alla stazione di Doncaster ogni quantità degli articoli in ferro menzionati nell'allegata lista, che essa possa ordinare durante il periodo avente termine il 31 ottobre 1872, e ciò ai prezzi colà specificati. I termini del contratto devono essere strettamente osservati. In attesa di un vostro cenno di ricezione della presente lettera, etc. ».

Al che il convenuto rispose:

«Vi accuso ricevuta della vostra del 20 corrente, che accetta la mia offerta di sbarre, per cui vi sono obbligato. Le vostre specificazioni riceveranno la mia migliore attenzione. f. S. Witham ».

Parecchi ordini di ferro furono dati dalla società, i quali furono di volta in volta debitamente eseguiti dal convenuto; ma, da ultimo, il convenuto rifiutò di fornire altra merce, per il che venne promossa questa azione (*Omissis*: si noti che l'azione concerneva l'ultimo ordine dato dalla società e rifiutato da Witham, e non anche eventuali altri futuri ordini) ».

KEATING, J.: ... (*Omissis*: qui il giudice riassume i fatti di causa) «Il convenuto cerca di scusare il suo inadempimento dell'accordo, adducendo che questo era *unilateral*, in quanto la compagnia non si era obbligata a dare l'ordine (1). Il motivo, sul quale tale difesa fu fondata da Mr. Seymour (avvocato del convenuto), era la mancanza di una *consideration* per la promessa del convenuto di fornire la

merce: in altri termini, che, siccome non v'era alcuna obbligazione della società di dare un ordine di merce, non v'era alcuna *consideration* da parte della società stessa, e quindi nessuna obbligazione del convenuto di fornire la merce (2). Il caso, sul quale si fondava principalmente tale tesi, era *Burton v. Great North. Railway Co.* (9 Ex. 507). Ma questa non è un'autorità a favore di quella tesi. Si trattava del caso inverso: e cioè la Corte ritenne che non vi era azione contro la società per non aver dato un ordine. (Nel presente caso) se prima che (l'ultimo) ordine fosse stato dato, il convenuto avesse comunicato alla società che egli non avrebbe eseguito l'accordo, può (3) essere che egli sarebbe stato giustificato nel comportarsi in tal modo. Ma qui la società aveva già dato l'ordine, ed aveva conseguentemente fatto qualcosa che vale come *consideration* per la promessa del convenuto (4)... ».

BRETT, J.: «La società pubblicò un avviso per avere offerte di fornitura, per un anno, nella quantità che essa avesse ritenuto opportuno di ordinare. Il convenuto fece un'offerta (*tender*) di rifornire la società per quel periodo a certi prezzi; e la società accettò la sua offerta. Se non vi fosse altra obiezione, il *contract* fra le parti si troverebbe nell'offerta e nella lettera che l'accettava (5).

«La presente azione è promossa a seguito del rifiuto del convenuto di consegnare della merce ordinata dalla società, e l'obiezione del convenuto al diritto degli attori al risarcimento si è che il contratto è *unilateral*. Io non comprendo tuttavia quale obiezione sia questa rispetto ad un *contract*. Molti *contracts* sono soggetti allo stesso attacco. Se io dico ad altri «Se voi andrete a York, io vi darò 100 sterline», questo è in certo senso un *unilateral contract*. L'altro non ha promesso di andare a York. Ma se ci va, non v'è dubbio che egli ha titolo per ricevere le 100 sterline. Il suo andare a York a mia richiesta (*his going to York at my request*) è una *sufficient consideration* per la mia promessa (6). Allo stesso modo, se io dico ad altri: «Se voi mi darete un ordine di materiali ferrosi, o altre merci, ve li fornirò al tale prezzo»; e se l'ordine è dato, vi è un *contract* perfetto (*complete*) che il venditore è obbligato a eseguire. In simile caso v'è ampia *consi-*

deration per la promessa (7). E così qui, avendo la società dato al convenuto un ordine a di lui richiesta, la di lui accettazione dell'ordine vincolerebbe la società (*omissis*: sul caso Burton già citato). Questo è un affare di pratica quotidiana: ed io ritengo che sarebbe ingiusto il concetto che chi offre di fornire merci in tal modo non sia obbligato a consegnarle, quando viene dato un ordine. Sono d'accordo che questo giudizio non risolve la questione di sapere se il convenuto avrebbe potuto liberarsi dall'ulteriore esecuzione del contratto mediante avviso all'altra parte ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 35 *sub c*, specie nota 9; nonchè la nota 8 e il mio articolo ivi citato; § 28 *sub b*; § 27 nota 2 in fine.

Diamo qualche chiarimento, con riferimento ai richiami inseriti nel corpo dello stesso *case*.

(1) Sulla portata di questo argomento, e cioè sulla possibilità per Witham di revocare la sua promessa, v. vol. I § 29. Per la critica di questo argomento, cioè per la irrevocabilità, v. *infra* nota 7.

Secondo la giurisprudenza americana, la *promise* della Compagnia viene talvolta considerata come *implied*: v. vol. I § 35 nota 9 e § 29 nota 6.

(2) V. nota 1 per il chiarimento di questo argomento della difesa del convenuto.

(3) Circa questo « può essere », v. vol. I § 29 note 6 e 7.

(4) V. *infra* nota 7 per il chiarimento di questa concezione.

(5) Cioè, se il *contract* fosse stato *bilateral*: v. vol. I § 29.

(6) V. sopra il caso *Devecmon v. Shaw*, e la nota al *case Dunton v. Dunton* per la *consideration* come limitazione della *legal freedom of action*, qualora si prescindia dalla questione delle spese del viaggio. Ma per la critica di questo argomento nel caso in esame, v. *infra* nota 7.

(7) Qui il giudice vede una *consideration* (*executed*: v. vol. I § 29) nel semplice fatto di dare l'ordine: v. vol. I § 35 nota 9. Cioè per un argomento analogo a quello di cui a nota 6. Ma sembra chiaro che il semplice fatto di dare un ordine è diverso da quello di fare un viaggio, di tenere una certa condotta, di limitare in genere la *legal freedom of action* come ai casi: *Dunton v. Dunton*; *Hamer v. Sidway*; *De Cicco v. Schweizer*, eccetera.

Sembra davvero artificioso concepire il fatto di dare l'ordine come una

limitazione a quella *legal freedom*, cioè come un tenere a richiesta altrui una certa condotta che si avrebbe il *right* di non tenere: v. casi testè citati.

Si tratterebbe, piuttosto, di un'*acceptance* che costituisce *consideration*, in quanto, limitatamente a quel dato ordine, la Compagnia si obbligava a pagare il prezzo. Sotto questo profilo, si dava luogo ad un *bilateral contract* rispetto a quell'ordine: cioè, la *consideration* consisteva nella *promise* di pagare il prezzo; si aveva una *standing* o *open offer*, che poteva essere convertita in una serie di contratti mediante ordini *pro tanto* da parte della Compagnia. (CHESHIRE and FIFOOT, *Contract*, cit., p. 43; ANSON, *Contracts*, cit., p. 41; v. anche sopra la nostra nota 5; nonchè il § 31 *Restat.* americano sui *Contracts*, in relazione alla presunzione di un *bilateral contract*, di cui al nostro vol. I § 29 nota 5).

Oppure si tratterebbe di un *act* (il dare l'ordine) compiuto *in reliance on the promise*, secondo la concezione di Lord Denning; v. vol. I § 27 *sub a* nota 2.

Quesiti:

1°) Quell'*acting in reliance on the promise*, o *on the faith of the promise*, implica la concezione che la Compagnia, avendo dato l'ordine, invece che ad altri, a Witham, può subire o subisce un pregiudizio, qualora Witham si rifiuti di osservare l'ordine stesso?

2°) Come si imposterebbe e risolverebbe il caso nella *civil law*? L'accettazione della Compagnia poteva consistere soltanto nella sua lettera di risposta all'offerta di Witham? Per impegnare Witham a eseguire gli ordini durante tutto il termine stabilito di un anno, occorre che la Compagnia si obbligasse a dare qualche ordine o degli ordini pel suo fabbisogno, o a non rifornirsi altrove o a qualcos'altro? V. vol. I §§ 16 e 17 e artt. 1559 segg. cod. civ. ital. sul contratto di somministrazione.

3°) Nella *civil law*, potevano simili obbligazioni della Compagnia essere implicate (*implied*) nel caso in esame?

MARTIN et al. v. MELES et al.

Supreme Judicial Court of Massachusetts, 1901. — 179 *Mass.* 114

PROMESSA DI CONTRIBUTI AD UN COMITATO INCARICATO DELLA DIFESA DEGLI INTERESSI DI UN GRUPPO DI PRODUTTORI. — PROBLEMI PER LA CIVIL LAW.

(Il *case* è in parte riassunto o parafrasato, in parte riferito testualmente. Date alcune difficoltà di intenderlo, abbiamo premesso alcuni chiarimenti all'*opinion* di Holmes ed altri ne abbiamo fatto nella nota, secondo una numerazione progressiva inserita nel testo del *case*, oltre quei chiarimenti fra parentesi, le quali parentesi, come detto nelle « Avvertenze » a questo vol. II, n. 8, appartengono soltanto a noi e non al *report*)

La lite insorse per il pagamento di contributi promessi con il seguente atto:

«21 gennaio 1896. Noi sottoscritti, manifatturieri di cuoio, promettiamo di versare (al comitato di cui *infra*) la somma di 500 dollari ciascuno e quelle altre somme che il comitato, nominato dalla Massachusetts Morocco Manufacturers Association, potrà richiedere; in nessun caso il comitato potrà richiedere da ciascuna ditta un totale superiore a 2000 dollari. Tale somma dovrà essere impiegata per spese legali e altre, sotto la direzione del comitato, nel difendere e proteggere i nostri interessi in ogni domanda o lite nascente in relazione a brevetti per la conciatura al cromo, e nel caso di una lite contro uno o più di noi, il comitato se ne incaricherà e destinerà quella parte del fondo che sarà necessaria per le spese della lite stessa».

Gli attori erano i componenti del comitato e, sottoscrivendo il documento, si erano pure essi impegnati al versamento dei contributi. I convenuti, che pure sottoscrissero il documento, non erano membri della detta Associazione.

Il comitato intraprese il suo lavoro, assunse la difesa in alcune liti, richieste e riscosse contributi, fra i quali 750 dollari da parte dei convenuti. Nel novembre 1896 la ditta dei convenuti fu sciolta e due dei suoi componenti, Meles e Auerbach, cessarono dall'industria della conciatura del cuoio. I convenuti allora notificarono tale scioglimento al Comitato, e il 23 giugno 1897, richiesti di pagare il resto della loro sottoscrizione fino alla concorrenza di 2000 dollari, vi si rifiutarono.

Chiamati in giudizio, i convenuti sostennero di non dover pagare più di quanto già versato.

Per ben intendere l'*opinion*, espressa dal grande giurista Holmes (divenuto poi presidente della Suprema Corte Federale), si rende opportuno qualche chiarimento, date le difficoltà che presentano la tecnica e la mentalità della *common law*, specie quanto alle tesi dei convenuti che non sono riferite direttamente nel *report*.

La questione venne posta sotto il profilo di un rapporto fra i membri del Comitato e i convenuti quali promittenti dei contributi

nei confronti del Comitato stesso; e, secondo lo spirito e la tecnica della *common law*, venne posta sul requisito di una *consideration*, da parte del Comitato, per la detta promessa di contributi. Tale *consideration* poteva consistere: a) in una contropromessa o controobbligazione, da parte del Comitato, di compiere o condurre a termine l'attività per la difesa in materia dei noti brevetti (*executory consideration*); b) ovvero nel compimento (senza un'obbligazione *ad hoc*) degli atti inerenti a tale attività (*executed consideration*: v. il nostro vol. I § 29).

a) Sotto il primo profilo, i convenuti, pare, negavano che esistesse una promessa o obbligazione del Comitato; quest'obbligazione sarebbe nata soltanto a seguito dei versamenti di volta in volta eseguiti da coloro che avevano sottoscritto il noto documento. Comunque, anche se una simile promessa fosse esistita, essa non stava in rapporto di scambio, *bargain* o *consideration*, con la promessa dei contributi. Quest'argomento, come risulterà da quanto diremo, sembra alludere a ciò che, come nel nostro mandato, la promessa di fondi per il compimento di un incarico non sta in relazione di reciprocità o scambio con l'obbligazione di compiere l'affare oggetto dell'incarico, ma si collega piuttosto al compimento dell'affare per le spese o debiti incorsi dall'incaricato: è quello che nella *civil law* si chiama contratto bilaterale imperfetto. L'argomento può essere superato soltanto in quanto si tratti di un incarico nell'interesse anche dell'incaricato, chè allora una promessa, non tanto di rimborsare, quanto di *anticipare* i fondi all'uopo necessari, può costituire un diritto a favore dell'incaricato e stare così in relazione di reciprocità o scambio con la promessa o obbligazione di compiere l'incarico. Questa sembra la risposta che, in un passo non molto chiaro della sua *opinion*, Holmes darà al cennato argomento dei convenuti.

b) Sotto il secondo profilo, i convenuti sostenevano che, anche a voler considerare gli atti, oggetto del compito del comitato, come un tutto inscindibile o una serie o complesso interdipendente, per cui l'intraprendere tale compito mediante un atto di un certo rilievo rappresentava già di per sè il compimento della *consideration*,

non per ciò sussisteva una valida *consideration*. E ciò perchè il Comitato avrebbe svolto il suo compito, anche se i convenuti non avessero partecipato all'accordo e fatto la promessa dei contributi: questa non poteva quindi rappresentare il movente o *inducement* dell'attività del Comitato, quel rapporto di movente, *inducement* o scambio fra promessa e contegno o atto indotto, che costituisce un requisito della *consideration* o *bargain* (v. *infra* nota 5). Senonchè, aggiungevano i convenuti, non è neppur vero che gli atti, oggetto del compito del Comitato, costituissero un tutto inscindibile agli effetti di cui sopra. In realtà i contributi erano dovuti man mano che il Comitato compieva atti implicanti spese o debiti, ed avevano, perciò, come *consideration* (*executed*) questi atti in quanto già compiuti. Trattandosi di *executed consideration*, ne conseguiva, comunque, che il recesso o revoca della promessa di contributi (a seguito dello scioglimento della ditta dei convenuti) era legittimo, in quanto intervenuto prima del compimento di ulteriori atti da parte del Comitato (v. il nostro vol. I, § 29).

Questi, pare, i termini della questione, assai delicata per la *common law*. Il *Chief Justice* Holmes ritenne che i convenuti fossero tenuti a pagare il residuo contributo richiesto.

HOLMES, C. J. ... « Si osservi che questa non è una sottoscrizione ad un'opera di beneficenza (*subscription to a charity*) (1). Si tratta, invece, di un *business agreement*, per scopi ai quali le parti avevano un comune interesse, e cui i convenuti avevano interesse anche dopo aver cessato la loro attività (per scioglimento della ditta), in quanto essi potevano ancora andar soggetti a delle liti (per i noti brevetti). Quell'*agreement* contempla l'assunzione di compiti più o meno ardui da parte del Comitato, nonchè il fare spese e l'incorrere in debiti sulla fede dell'*agreement* stesso. Il Comitato, nel sottoscrivere l'*agreement*, promise implicitamente (*by implication*) non soltanto di accettare il danaro dei contribuenti (2), ma anche di assolvere quei compiti. È erroneo interpretare l'accordo nel senso che quella promessa o, meglio, quell'obbligazione sorgeva soltanto in quanto o dopo che la promessa di contributi fosse stata eseguita con qualche versamento di danaro ».

Con ciò il *Chief Justice* Holmes viene a risolvere il caso sulla base di una *consideration* consistente nella promessa o obbligazione dei membri del Comitato, verso i convenuti, di svolgere o condurre a termine il compito affidato. Holmes aggiunge che, a differenza di una *charity subscription*, ove la promessa dei *trustees* di fare ciò che già rientra negli scopi dell'ente non impone loro un nuovo peso (3), la promessa o obbligazione *de qua*, in quanto nascente soltanto dall'accordo, imponeva uno speciale peso o dovere al Comitato.

« Senonchè, continua il *Chief Justice*, il dubbio più grave concerne il punto se, secondo una retta interpretazione del contratto, la detta promessa del Comitato vuol essere (*purports to be*) la *consideration* per le promesse di contributi » (4).

A questo proposito Holmes osserva: « I casi più recenti nel Massachusetts sembrano aver dato rilievo al fatto dell'essere un promissario (nel caso, il Comitato promissario dei contributi) incorso in debiti e spese sulla fede o in *reliance* della promessa, più che al fatto di una contropromessa da parte del promissario stesso (nel caso, la contropromessa del Comitato di compiere quella data attività)... Certo, il mero fatto che, dopo la promessa, un promissario fa affidamento sulla promessa stessa, data senza una *consideration*, non rende valido ciò che prima era nullo. Si deve poter dire, con qualche fondamento, che gli atti compiuti dal promissario in *reliance upon the promise* erano stati contemplati, implicitamente o esplicitamente, nell'affare, come l'*inducement* o movente o scambio (*equivalent*) della promessa (nel caso, di pagare i contributi) (5). Ma le Corti sono andate molto lontano nel trovare per implicazione un tale *inducement* o scambio, talvolta forse trovandolo anche in situazioni che sembrano non essere più che condizioni o conseguenze naturali della promessa (6). Quando si tratta, come nel caso, di un *business agreement*, vi sono le più forti ragioni per interpretarlo nel senso che la cennata condotta del promissario fu l'*inducement* o scambio della promessa (7); un *business agreement* dev'essere, nel dubbio, interpretato in quel senso che lo rende giuridicamente valido » (8).

Sicchè, conclude Holmes, la *consideration* per la promessa dei

contributi si trova o in una promessa del Comitato (di compiere la nota attività), oppure nella condotta (*acts*) tenuta dal Comitato stesso per svolgere la sua attività, e tenuta a richiesta o su invito (come scambio) dei sottoscrittori o come *inducement* per la loro sottoscrizione ai contributi (9). Non è dunque necessario, continua Holmes, vedere quale delle due interpretazioni (*consideration* consistente in una promessa oppure in una condotta da parte del Comitato) sia esatta. Tuttavia, egli osserva, per ridurre l'alternativa alla sola prima interpretazione (sussistenza, contestata, di una promessa del Comitato), si obietta che la detta attività o condotta del Comitato sarebbe stata tenuta, anche se i convenuti non avessero partecipato all'accordo e promesso i contributi, e che pertanto la attività o condotta stessa manca di un requisito della *consideration*, in quanto essa non si può dire tenuta dal Comitato sulla base o *in reliance* della promessa di contributi da parte dei convenuti.

«Ma questo è un terreno nel quale le Corti non possono entrare. Quando un atto (promessa), compiuto a conoscenza di un'altra parte, tende espressamente a invitare quest'altra parte a tenere una certa condotta, e questa condotta viene poi tenuta, si potrà soltanto in circostanze eccezionali o peculiari ricercare fino a qual punto quell'atto (o promessa) è stato in realtà il *motive* di quella condotta (10) (e qui Holmes cita il caso *Williams v. Cawardine*, da noi altrove riferito e altri casi)... Nel presente caso, senza dubbio, il documento invitava il Comitato a procedere nello svolgimento della nota attività».

«Ma, quando si ritenga che la *consideration* consisteva in una condotta (*acts*, anzichè in una promessa del Comitato), sembra sorgere una difficoltà più seria, e cioè che in tal modo si pone il dilemma: o tutti quegli atti, a compiersi dal Comitato, devono essere compiuti perchè si possa dire che la *consideration* è fornita; oppure la promessa di contributi da parte dei convenuti deve essere trattata in modo distributivo e suddivisa in tante distinte promesse di pagare delle somme, man mano che successivi passi compiuti dal Comitato rendano necessari ulteriori versamenti e così forniscano (s'in-

tenda, come atti compiuti o *executed consideration*) una *consideration* per richiedere i versamenti stessi. Quest'ultima concezione è artificiale e può essere lasciata da parte (seguono citazioni di *cases*).

« Contro la prima concezione, se necessario, noi dovremmo ricorrere all'assunto che il primo atto *substantial* (avente un certo rilievo) compiuto dal Comitato, nello svolgimento del suo compito, era tutto ciò che si richiedeva, come *acts* (*executed consideration*, s'intenda) per fondare l'obbligazione dei convenuti (di pagare l'intero contributo)... Ma, se ciò fosse vero, ne conseguirebbe che, quanto alla successiva condotta del Comitato, la promessa di tenerla, e non l'averla poi effettivamente tenuta (*performance*), era la *consideration*: e se si arriva fino a questa concezione, si può dubitare se non sia più semplice e più ragionevole il contrapporre puramente la promessa dei convenuti (di pagare i contributi) alla promessa del Comitato (11). Noi propendiamo per quest'ultima concezione, ma non riteniamo di dover decidere il punto in modo più definito, dacchè è chiaro che noi riteniamo che, per una via o per l'altra, i convenuti devono pagare ».

« Quanto si è detto vale anche per risolvere una questione subordinata sollevata dai convenuti. Questi sostengono di aver notificato una denuncia (*notice*) dell'accordo, mentre era ancora pendente lo svolgimento dell'attività del Comitato: e che con ciò i convenuti, anche se prima erano incorsi in una responsabilità (a titolo di danni) per le spese o debiti fatti dal Comitato, avevano posto fine al diritto dei membri del Comitato di continuare la loro attività (nei confronti dei convenuti) e di ottenere ulteriori risarcimenti di danni (per quei debiti o spese); così come nel caso in cui l'ordine di compiere un dato lavoro (come *executed consideration* in un contratto di locazione d'opera) viene revocato nel momento in cui l'esecuzione del lavoro sta per incominciare o quando, più tardi, il committente dice all'altra parte di non più continuare il lavoro stesso » (citazioni di *cases*) (12).

« Noi riteniamo che ciò è esatto in quei casi in cui la continuazione del lavoro costituirebbe un mero aggravio dei danni (s'intenda,

del corrispettivo, spese o altro dovuti al lavoratore). Ma ciò non si può applicare al presente caso. Anzitutto, non risulta che una simile denuncia o revoca dell'accordo sia stata fatta. La prima chiara (*definite*) denuncia, e nello stesso tempo inesecuzione dell'accordo, fu il rifiuto da parte dei convenuti di versare i residui fondi richiesti dal Comitato e oggetto della presente lite (13). A quell'epoca la responsabilità per gli ulteriori atti compiuti dal Comitato era già fissata, e i danni (s'intenda, le spese e i debiti dal Comitato incorsi) rappresentavano appunto la somma oggi richiesta.

«In secondo luogo, se una chiara denuncia dell'accordo fosse stata fatta in tempo dai convenuti (14)... ciò non avrebbe posto termine al diritto dei membri del Comitato di continuare nello svolgimento del loro compito o incarico, oggetto del contratto, in un caso come il presente, dove esisteva un interesse comune nell'esecuzione dell'incarico e dove ciò che era stato fatto e ciò che restava da fare costituivano probabilmente atti strettamente interdipendenti (seguono citazioni di *cases*) (15).

«Prima di finire, è interessante richiamare la concezione, retta-mente respinta nel caso *Cottage St. Church v. Kendall*, 121, *Mass.* 528, per cui la sottoscrizione di altre persone ad un contributo per un'opera o un compito può costituire una *consideration* rispetto alla promessa di contributo di uno dei sottoscrittori (16). Tale concezione sembra esser rimasta indiscussa nel caso del concordato coi creditori» (17). (Seguono citazioni di *cases*).

«Non si sostiene, dai convenuti, che, quale che fosse il contratto concluso, esso non fu concluso con gli attori».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 26 *sub d* specie nota 16 e *sub e* pp. 353-355; § 27 *sub a*; §§ 29 e 30 *sub a*; § 35 *sub c*.

Secondo le premesse, facciamo seguire alcuni chiarimenti che si riferiscono ai richiami di note inseriti nel testo del *case* o della sua parafrasi.

(1) V. nota 1 al caso *Allegheny College*.

(2) Circa questo, per noi strano, argomento, v. la nota al caso citato a nota precedente.

(3) V. la nota al caso citato a nota 1.

(4) Con ciò Holmes sembra alludere alla cennata tesi che l'obbligazione di fornire fondi ad un incaricato o mandatario non sta in rapporto di reciprocità o *bargain* con l'obbligazione dell'incaricato di assolvere il compito affidatogli (salvo, come già da noi accennato, il caso che l'incarico sia anche nell'interesse dell'incaricato).

(5) V. vol. I, § 26 nota 16 e pp. 353-355; nonchè le note 12 e 13 al caso De Cicco v. Schweizer e richiami ivi.

(6) Con ciò Holmes sembra alludere a quella *doctrine* che si chiarirà e svilupperà poi come *doctrine* della *reliance* nel § 90 del *Restatement* americano sui *Contracts*: v. vol. I § 27 *sub a*.

(7) E non, vuol dire Holmes, nel senso che quella condotta sia una mera naturale o ragionevolmente prevedibile conseguenza della promessa.

(8) Interessante questo passo, il quale potrebbe significare che anche il nostro principio di conservazione (v. art. 1367 c. civ. ital.), nell'interpretazione dei contratti, si applica precipuamente ai *business agreements*, più che ai meri atti di liberalità.

(9) Questo assunto di Holmes, come vedremo, ne presuppone un altro, e cioè che il Comitato avesse *executed* la *consideration* già con il compimento di uno degli atti aventi un certo rilievo e facenti parte del compito del Comitato, compito concepito, nel caso, come una serie di atti interdipendenti (v. anche, forse sotto altro profilo, per il *commencement d'exécution*, vol. I § 29 note 5, 6 e 7).

(10) V. anche Cardozo nel caso De Cicco v. Schweizer e ivi note 12 e 13.

(11) Promessa che pur, come risulta dalla parte precedente della sua *opinion*, Holmes ritenne sussistente, a parte i cennati dubbi sulla competenza della promessa stessa come *consideration*: v. sopra note 4, 5 e 6.

(12) Su questo punto v. vol. I § 29.

(13) Si ricordi in proposito che tale rifiuto si verificò il 23 giugno 1897, mentre la notifica pura e semplice dello scioglimento della Ditta dei convenuti si ebbe nel novembre 1896.

(14) Qui Holmes sembra replicare alla tesi che la notifica dello scioglimento della Ditta implicava quella denuncia.

(15) In questo passo Holmes tocca uno dei punti cruciali: invero la più volte accennata concezione degli atti interdipendenti in un tutto inscindibile non legittimerebbe di per sè l'incaricato a continuare nell'attività, salvo che l'incarico o compito fosse anche nell'interesse suo.

(16) V. nota 1 al caso Allegheny College.

(17) V. vol. I § 30 nota 5 e § 35 nota 10.

Con gli accenni, contenuti nell'ultima parte della sua *opinion* (v. sopra note 16 e 17), su altre sottoscrizioni come *consideration* e sul contratto come sussistente coi membri del Comitato, Holmes fa sorgere agli occhi di un giurista di *civil law* una tesi per noi spontanea: e cioè che la situazione si dovesse prospettare come un contratto fra i manifatturieri sottoscrittori dei contributi, ivi compresi i membri del Comitato, un contratto implicante fra di essi l'obbligazione reciproca di provvedere, con dei contributi, ad un oggetto di interesse comune — la difesa nel campo dei noti brevetti — mediante un organo, incaricato o mandatario comune, il Comitato. Questi, secondo tale concezione, in proprio e in rappresentanza degli altri sottoscrittori, avrebbe potuto esigere, anche in giudizio, l'adempimento di quell'obbligazione reciproca dei contributi, « reciproca » e quindi *consideration* per ciascuna promessa di contributo. Nel caso di sottoscrizioni ad una *charity*, la tesi di una *consideration*, consistente nelle reciproche sottoscrizioni, tesi che pur è stata sostenuta in varii *cases* americani — v. nota 1 al caso Allegheny College — incontra serie difficoltà, perchè l'attore in giudizio, o promissario, cioè l'opera di beneficenza, non ha dato quella *consideration*, nè può dirsi un rappresentante degli altri sottoscrittori. Analoghe difficoltà si incontrano per il concordato coi creditori, quando il debitore si difenda contro un creditore per fare rispettare il concordato stesso (v. sopra nota 17).

Per una vera e propria obbligazione reciproca fra sottoscrittori rispetto ad un'opera di beneficenza, v. sopra il caso Mazzucchelli cr. Saluzzo.

Il caso Martin v. Meles è stato inserito nella nostra raccolta, oltre che perchè costituisce un'autorità spesso citata, soprattutto in quanto è istruttivo per mostrare la diversità di mentalità, di tecniche, di impostazioni fra la *common law* e la *civil law*.

Esso mostra anche l'erculeo fatica cui un giudice e giurista della statura di Holmes si è dovuto sottoporre per salvare un caso come Martin v. Meles, secondo gli dettava il suo senso di giustizia e pratico. Lo stesso Holmes tenta di condurre la sua decisione sul *leit motiv* di una distinzione fra promesse come le *charity subscriptions* (sostanzialmente sempre, per noi di *civil law*, a titolo gratuito) e le *business promises* o *business agreements* (v. vol. I § 35 *sub c* e la premessa al presente capitolo). Ma se si toglie l'argomento di cui sopra a note 4 e 15, cioè l'interesse comune delle parti nell'incarico, la discussione di Holmes si aggira ancora in quella cerchia di argomenti che si farà valere per una *charitable subscription* (v. note al caso Allegheny College).

Probabilmente, anche nella *civil law* la decisione finale del caso Martin

v. Meles sarebbe quella datane da Holmes per la *common law*: la condanna dei convenuti a pagare il residuo contributo richiesto. Ma le vie per pervenire a questo risultato sono assai diverse.

Il lettore, il quale ritenga che il caso deve risolversi per la *civil law* nel senso accennato, è invitato a dire per quali vie, cioè impostazioni, concetti e tecniche, vi si arriverebbe e a fare una ragionata comparazione fra queste vie e quelle seguite dal giudice di *common law*.

DE LA BERE v. PEARSON Ltd.

King's Bench (1908). — I K. B. 280

PROMESSA AL PUBBLICO DI DARE CONSIGLI (IN MATERIA FINANZIARIA) NELLA RUBRICA DI UN GIORNALE. — PROBLEMI PER LA CIVIL LAW.

(il *case* è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

La ditta convenuta, proprietaria di un giornale, aveva offerto in una rubrica del giornale stesso, mediante il suo *city editor* preposto a quella rubrica, di rispondere a delle domande dei lettori che desiderassero consigli in materia di investimenti finanziari.

L'attore, lettore del giornale, aveva richiesto con una lettera tali consigli circa l'investimento di 800 sterline, nonchè il nome di un buon agente di borsa (*a good stockbroker*).

Il *city editor*, incaricato di quella rubrica, rispose raccomandando il nome di persona che, come egli ben sapeva, non era in realtà un agente di borsa, ma un *outside broker* (cioè persona che trattava affari di borsa per conto altrui, ma non era agente di borsa iscritto). Il *city editor* si era già rivolto a lui durante alcuni mesi per averne consigli relativi alla suddetta rubrica, restandone soddisfatto e non avendo alcuna ragione per sospettare della sua onestà.

L'*outside broker* era in realtà un *undischarged bankrupt* (fallito non ancora liberato, secondo una peculiare caratteristica di quell'istituto fallimentare): circostanza, questa, ignorata dal *city editor*, che tuttavia avrebbe potuto facilmente conoscerla, se egli avesse assunto le ordinarie informazioni sulla posizione finanziaria del raccomandato.

L'attore, fidandosi di quella raccomandazione, inviò all'*outside*

broker 1300 st. e ancora 100 st., al fine di investirle. Immediatamente l'agente si appropriò queste somme.

Di qui l'azione contro la ditta, proprietaria del giornale, per ottenere il risarcimento del danno, cioè le somme come sopra perdute.

La Corte ritenne che v'era stato, fra la convenuta e l'attore, un *contract*, per cui la prima si era assunta l'obbligo di usare una ragionevole cura, affinché l'agente raccomandato rispondesse ai requisiti di un « *good stockbroker* »; e che il *city editor*, e per lui la convenuta, nel raccomandare quella persona senza aver fatto ragionevoli investigazioni su di essa, si era reso inadempiente a quel *contract*. Quanto al rapporto di causalità rispetto al danno lamentato (1400 st.), i giudici superarono l'eccezione che l'attore non avrebbe dovuto anticipare delle somme, rilevando che l'anticipo era conforme alla pratica in materia e ragionevole. Un dubbio fu sollevato soltanto da uno dei giudici (in minoranza), quanto alla limitazione del risarcimento a 800 st., somma indicata dall'attore nella sua lettera di richiesta dei consigli.

La ditta convenuta fu condannata a pagare tutte le 1400 st.

Dato l'assunto di un *contract*, per trovare in esso il *bargain* o la *consideration*, il Lord Justice Vaughan Williams ne disse:

« La ditta convenuta fece un avviso pubblicitario (*advertised*), offrendo di dare consigli in materia di investimenti. L'attore, accettando quell'offerta, richiese dei consigli e insieme il nome di un buon agente di borsa. I quesiti e le risposte, se così avesse voluto la ditta convenuta, potevano essere pubblicati nel suo giornale; tale pubblicazione poteva ovviamente aumentare le vendite del giornale stesso. Ritengo che quell'offerta, in quanto accettata, diede luogo ad un *contract* con una valida *consideration* ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 16; § 27 specie nota 14; § 28 *sub b*; § 29; § 30 *sub a*; § 35 *sub c*.

Si noti che senza una *consideration*, l'assumersi (*undertaking*) di dare quei consigli sarebbe stato *gratuitous*, anche se il giornale aveva un interesse nell'affare, come *business promise*, o poteva trarre direttamente o in-

direttamente un vantaggio dalla corrispondenza oggetto di quella rubrica: v. vol. I § 27 *sub b* e 28 *sub b*.

Non pare che la facoltà di pubblicare quesiti e risposte, cui accenna il *Lord Justice Vaughan Williams*, fosse stata oggetto di un permesso richiesto e dato come *consideration*, cioè oggetto di un *bargain* fra le parti (v. vol. I § 26 nota 16); e ciò a prescindere dal vedere se quella facoltà non era una conseguenza naturale o inerente nella stessa natura della lettera, in relazione anche alla pratica delle precedenti rubriche che l'attore pur leggeva. Il vantaggio di pubblicare la lettera, con l'eventuale conseguenza dell'aumento delle vendite del giornale, non era, quindi, il *benefit* (o, per l'attore, il *detriment* consistente nel rinunciare alla *privacy* della lettera) contrattato o *bargained for*, ma piuttosto un vantaggio inerente allo stesso affare, come *business promise* (v. vol. I § 16).

Come ben si osserva in *CHESHIRE AND FIFOOT, Contracts*, cit., p. 67, bisogna prescindere dal cennato concetto di affare interessato, e esaminare la situazione nei termini di *offer* e *acceptance* propri della *common law* (v. vol. I § 29 specie nota 14). E allora, se non si vuol considerare l'*advertisement* del giornale come un invito a trattare (nel qual caso la lettera dell'attore sarebbe stata l'offerta o la risposta del *city editor* l'accettazione, senza che neppur in questo caso la lettera contenesse l'offerta di un *benefit*), la lettera dell'attore costituiva il richiesto *act of acceptance* dell'offerta del giornale. Ma questo *act of acceptance* non può costituire nè un *benefit* per il giornale, nè un *detriment* per l'attore, salvo che il mero fatto di scrivere una lettera per ottenere consigli gratuiti possa essere considerato in tal modo, cioè come un disturbo, anche minimo, una limitazione della *legal freedom*, un'interferire nell'altrui sfera giuridica, oggetti di un *bargain* (v. vol. I § 30 specie nota 1 e nel vol. II le note ai casi *Dunton v. Dunton* e *White v. Bluett*). Sembra anche evidente l'artificiosità di una costruzione, per cui si ritenga che il giornale si assunse di dare consigli richiedendo, come contropartita, il fatto di scrivere la lettera considerato nel modo di cui sopra.

WILLISTON, Contracts, § 112 nota 7 vede nel caso in esame un *extreme case*.

POLLOCK, Contracts, cit., p. 140, propone piuttosto una soluzione sul piano extracontrattuale di un *tort* (responsabilità per negligente esecuzione di uno spontaneo o *voluntary undertaking*, senza un vero *contract*, come *bargain*, s'intende). Sarebbe così responsabile del danno causato una persona che, come il giornale, fa spontaneamente e seriamente una dichiarazione (*statement*, come quella contenente la raccomandazione del noto *outside broker*), intendendo che il destinatario agisca o possa agire sulla

fede della dichiarazione stessa. Ma sembra che ad una simile concezione osti la giurisprudenza fin qui consolidata delle Corti inglesi: v. CHESHIRE AND FIFOOT, *op. et loc. citt.*

La *doctrine* della *consideration* sembra quindi un letto di Procuste per casi del genere e altri di *business promises* (v. vol. I § 35 *sub c* e gli altri casi riferiti o citati nel presente capitolo). E ciò benchè, come si osserva in CHESHIRE AND FIFOOT, *op. et loc. citt.*, l'affare De La Bere v. Pearson, preso nel suo insieme, possa presentarsi, dal punto di vista comune di un *business*, in modo tale da meritare il nome di un *bargain*.

Quesiti per la *civil law*:

1) Si può nel caso pensare ad una azione contrattuale fondata su una promessa interessata (v. vol. I § 16) di dare consigli del genere?

2) Quale importanza avrebbe nel caso il fatto che la promessa era diretta al pubblico? V. vol. I § 12.

3) Si può pensare ad una responsabilità di carattere delittuale e come?

4) Quale delle due soluzioni, di che *sub 1°* e *3°*, meglio si attaglierrebbe a casi del genere, non infrequenti nella prassi giornalistica di oggi?

Si veda anche il caso Rovatti-Sighinolfi e si cerchi di distinguerlo dal caso in esame, s'intende, dal punto di vista della *civil law*.

CARLILL v. CARBOLIC SMOKE BALL C°.

Court of Appeal, 1892 (1893). — I *Queen's Bench* 256

PROMESSA AL PUBBLICO A TITOLO DI RECLAME.

(il *case* è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

La Società convenuta, produttrice di un preparato contro l'influenza e simili, chiamato « Carbolic Small Ball », aveva inserito in varii giornali il seguente avviso pubblicitario:

« La Carbolic Small Ball C° pagherà 100 sterline a chiunque contragga l'influenza in crescente epidemia, raffreddori o altra malattia cagionata dal freddo, dopo aver usato il *smoke ball* tre volte al giorno per due settimane secondo le istruzioni incluse in ciascun *ball*. La somma di 1000 sterline viene depositata presso la Alliance Bank, Regent Street, per mostrare la nostra sincerità nell'affare » (seguono magnificazioni del prodotto, dei suoi effetti e della sua durata).

L'attrice, signora Carlill, *fondandosi su quest'avviso*, acquistò un *smoke ball* presso un farmacista e l'usò, secondo le istruzioni, per tre volte al giorno per circa due mesi, al termine di che contrasse l'influenza. In primo grado l'attrice ottenne la condanna della Società a pagare le 100 sterline. Appello della Società alla *Court of Appeal* di Londra.

Lindley, L. J. ... (*Omissis*: contro l'eccezione che non v'era una promessa, ma un mero *puff*, il giudice osserva che il deposito di 1000 sterline alla banca mostra un serio intento di contrarre un vincolo giuridico).

Contro l'eccezione che la promessa non era vincolante, in quanto non venne fatta a persona determinata, lo stesso giudice osserva che ciò è comune a tutte le offerte al pubblico o mediante avviso pubblicitario (*advertisement*).

« Si tratta, egli dice, di offerte a chiunque adempia la condizione indicata nell'avviso e chiunque l'adempia *accetta* con ciò l'offerta... L'adempimento della condizione costituisce l'*acceptance* dell'offerta » (citazione del caso *Williams v. Cawardine*, *infra* riferito e altri).

Contro l'eccezione, che anche supponendo che in ciò stia l'*acceptance*, questa avrebbe dovuto essere notificata alla Carbolic Small Ball C., lo stesso Lord Justice Lindley osserva: è ben vero che, in linea generale, occorre non soltanto l'accettazione, ma anche la sua notificazione. Ma casi di questo genere costituiscono un'eccezione, o se non v'è eccezione, si può sostenere che la notificazione dell'accettazione non deve precedere l'adempimento della suddetta condizione. Ora, se tale notificazione è necessaria (ed io ne dubito, dice il giudice), essa giunge all'offerente contemporaneamente con la notizia dell'adempimento della condizione, e prima della revoca dell'offerta (revoca che fu fatta, se mai, soltanto dopo tale notizia, cioè dopo la richiesta delle 100 sterline da parte della signora Carlill).

« Tuttavia, continua sempre lo stesso giudice, io ritengo che in casi del genere il punto di vista esatto sia che l'offerente mostra, con il suo stesso linguaggio e secondo la stessa natura dell'affare, che egli non richiede la notizia dell'accettazione separata dalla notizia

dell'adempimento della condizione... Io vengo ora all'ultimo punto su cui è attirata la nostra attenzione, cioè la *consideration*. Si è sostenuto dalla difesa della convenuta che questo è un *nudum pactum*, che non v'è *consideration*. Di fronte a questa tesi noi dobbiamo applicare i comuni criteri giuridici. Vediamo se non v'è alcun vantaggio per la ditta convenuta. Si dice (dalla difesa della convenuta) che l'uso del *ball* non reca alcun vantaggio ad essa convenuta e che ciò che le reca vantaggio è la vendita del prodotto; si fa l'ipotesi che un lotto di questi *balls* venga rubato, e si osserva che il fatto che essi vengano usati dai ladri o da altri non recherebbe alcun vantaggio alla convenuta. La risposta è, mi pare, la seguente: è del tutto ovvio che, nel pensiero della persona che ha pubblicato quell'avviso, l'uso del rimedio da parte del pubblico produrrà una certa reazione e un afflusso di comperche che arreca direttamente un vantaggio a quella persona, e basta all'uopo che si determini nel pubblico abbastanza fiducia per usare il rimedio. Pertanto, la Società che ha pubblicato quell'avviso ha tratto dal fatto dell'uso del rimedio un vantaggio che è sufficiente per costituire una *consideration*.

« Ma v'è un altro modo di vedere le cose. La persona, che tiene una certa condotta sulla base di quell'avviso e che accetta (con ciò) l'offerta, non si mette forse in un certo disturbo a richiesta della ditta convenuta? È nulla l'usare, a richiesta della convenuta, questo *ball* tre volte al giorno per due settimane secondo le istruzioni? È questa una inezia? Mi pare che v'è un preciso disturbo, per non dire un *detriment*, per chiunque usi il *smoke ball*. Sono pertanto dell'opinione che v'è un'ampia *consideration* per la promessa ».

Ecco il testo inglese di quest'ultimo passo:

« *But there is another view. Does not the person who acts upon this advertisement and accepts the offer put himself to some inconvenience at the request of the defendants? Is it nothing to use this ball three times daily for two weeks according to the directions at the request of the advertiser? Is that to go fore nothing? It appears to me that there is a distinct inconvenience, not to say a detriment, to any person who so uses the smoke ball. I am of opinion, therefore, that there is ample consideration for the promise* ».

Sul particolare problema della notifica dell'accettazione, un altro giudice, il Lord Justice Bowen, osserva che ciò è richiesto ai fini del *consensus*; ma, d'altro lato, è richiesto nell'interesse dell'offerente, il quale può dispensare dalla notifica il destinatario dell'offerta. E può farlo esigendo, in modo esplicito o implicito, da quest'ultimo, un particolare modo di accettazione, come il tenere una certa condotta sulla base dell'offerta senza bisogno di comunicare l'accettazione. Quando ciò si abbia, è questione da decidere sulla base delle circostanze, della natura dell'affare, o del buon senso comune, come nel caso degli avvisi pubblicitari del genere, poichè, osserva il L. J. Bowen, sarebbe assurdo pensare che chi cerca e trova il cane perduto, si debba sedere a scrivere una lettera di accettazione dell'offerta di un compenso.

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 12 *sub b*; § 26 specie pp. 353-355; § 28 nota 10; § 29; § 30 *sub a* nota 1 e § 35 *sub c*.

Si noti che il presupposto della decisione è che la Signora Carlill avesse conoscenza dell'avviso prima di usare (se non di comperare) il rimedio: v. vol. I § 12 *sub b* e § 29.

Quanto all'argomento del *benefit* e del *detriment*, usato dal giudice Lindley, v. la nota al caso De La Bere v. Pearson. Non si tratta forse anche qui di un *benefit* non oggetto di un *bargain*? V'è però, a differenza del caso De La Bere, un *detriment*, come limitazione della *legal freedom* della Signora Carlill.

Nelle *civil law* si arriverebbe, crediamo, ad una decisione occasionalmente analoga a quella della Corte inglese, ma sulla base di motivi diversi (e per una via più piana), sia quanto al requisito della *consideration*, sia quanto al problema dell'accettazione. L'acquisto o l'uso del rimedio non sarebbe, nella *civil law*, nè un'*acceptance* nè una controprestazione o contropartita in senso generico, ma semplicemente una condizione per conseguire le 100 sterline, insieme con la condizione (che sarebbe mera condizione e non *consideration* nè *acceptance*, anche per la *common law*) di contrarre l'influenza. Anche un atto di liberalità, mediante promessa al pubblico, sarebbe valido nella *civil law*.

Il caso Carbolic Small Ball è molto istruttivo per mostrare la diversità di spirito, di principii e di mezzi tecnico-giuridici dei due sistemi contrattuali, di *common law* e di *civil law*, e come non ci si possa fidare della

simiglianza dei risultati nella decisione di un caso, simiglianza che può essere talvolta del tutto occasionale.

Il lettore è perciò invitato, dopo la lettura dei §§ succitati del volume I, a riflettere, in via comparativa, sui rispettivi principii ispiratori e sui mezzi tecnici dei due sistemi riguardo sia alla impostazione delle questioni nel caso in esame, che alla via seguita per la loro soluzione.

WILLIAMS v. CARWARDINE

In the King's Bench, 1833. — 4 *Barnwall and Adolphus* 621

PROMESSA AL PUBBLICO: PECULIARITÀ DELLA COMMON LAW. — RAPPORTI FRA CONSIDERATION E MODI DI FORMAZIONE DEL CONTRATTO. — CONSIDERATION E MOTIVE.

(il caso è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

Certo Walter Carwardine, fratello del convenuto, era stato visto in una casa pubblica la notte del 21 marzo 1831 ed era di poi scomparso, finchè il suo corpo fu trovato il 12 aprile in riva ad un fiume a 12 miglia dalla città. In un'inchiesta, tenuta fra il 13 e il 19 aprile, risultò che la signora Williams era in casa con W. Carwardine nella notte in cui si supponeva che questi fosse stato assassinato; ma, interrogata, la Williams non diede alcun informazione che potesse condurre all'arresto dell'assassino. Il 25 aprile il convenuto, fratello dell'assassinato, fece pubblicare un avviso in cui offriva 20 sterline a chi avesse dato delle informazioni che menassero alla scoperta e alla condanna dell'assassino. Alle assisi dell'estate 1831 due persone furono processate, ma andarono assolte.

Poco tempo dopo l'attrice, signora Williams, fu vittima di percosse e lesioni gravi da parte di un certo Williams e, nell'agosto 1831, credendosi in fin di vita e per liberare la sua coscienza, fece una spontanea dichiarazione contenente l'informazione o rivelazione che condusse alla condanna di quel certo Williams. Successivamente essa, ristabilitasi, chiese il pagamento delle suddette 20 sterline. Il convenuto si difese sostenendo che l'attrice non era stata indotta dalla promessa di ricompensa a dare quell'informazione; e che, pertanto, secondo la legge non se ne poteva dedurre (*imply*) un *contract* da parte del convenuto di pagarle 20 sterline.

Su apposito quesito del giudice, i giurati (in allora in uso anche per i giudizi civili in Inghilterra) ritennero che la signora Williams non era stata indotta a dare l'informazione dalla promessa di una ricompensa, ma da altri motivi, cioè in ispecie dal rimorso e dal bisogno di liberare la propria coscienza.

La difesa del convenuto sostenne che la promessa di ricompensa era stata fatta e poteva essere sanzionata (*enforced*) soltanto nei confronti di chi fosse stato indotto dalla promessa stessa a fare le rivelazioni; e così che non v'era un *contract* nei confronti di chi fosse stato indotto da altri motivi.

DENMAN, C. J. « L'attrice, avendo dato l'informazione che condusse alla condanna dell'assassino di Walter Carwardine, si è posta nei termini dell'avviso al pubblico (*advertisement*), ed ha perciò titolo a conseguire la ricompensa promessa ».

LITTLEDALE, J. « L'avviso importa una promessa al pubblico di pagare una somma di danaro a chiunque fornirà l'informazione che conduca alla scoperta del colpevole. L'attrice diede quell'informazione ».

PARKE, J. « V'era un *contract* con ogni persona che adempiesse la condizione (*performed the condition*) menzionata nell'avviso ».

PATTESON, J. « Sono della stessa opinione. Noi non possiamo entrare nei motivi dell'attrice (*we cannot go into the plaintiff's motives*) ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 12 *sub b*; § 29 specie nota 10 e § 30 *sub a*.

Sembra presupposto nel caso che la signora Williams aveva conoscenza dell'offerta di una ricompensa, ma fu indotta a fare le rivelazioni per un motivo diverso (per questa interpretazione v. CHESHIRE AND FIFOOT, cit. nel nostro vol. I § 29 nota 10).

L'attenersi, come han fatto i giudici, al semplice fatto della conoscenza dell'avviso e del compimento della sua « condizione », oggetto della promessa di ricompensa, per respingere tutto il resto nell'ambito dei *motives* (irrilevanti), è atteggiamento tipico della *common law* o dei suoi giudici (v. vol. I § 30 nota 11 e § 32 *sub a*). Ma la nozione del *consent*

(v. vol. I § 35 *sub a*) e dell'*acceptance* diventa in tal modo, specie nel caso in esame, eccessivamente formale ed estrinseca. La promessa della ricompensa dovrebbe essere almeno uno dei *motives* o *inducements*; e ciò sembra implicitamente presupposto nel caso in esame (v. l'interpretazione data da Holmes nel caso *Martin v. Meles*, e ivi la nota 10).

Allorchè fece la rivelazione, la signora Williams ricordava o aveva presente la promessa di ricompensa? Anche ciò sembra presupposto nel caso in esame.

Ma non è azzardato il sospetto che attraverso tutti questi presupposti (conoscenza della promessa e ricordo di essa al momento della rivelazione), presupposti o anche prove difficili da controllare e di valore dubbio, la soluzione del caso Williams non sia nei risultati pratici molto diversa da quella recentemente adottata nella *civil law* (v. vol. I § 12 *sub b*).

Come si risolverebbe il caso nella *civil law*? Il fatto che la *civil law* più recente non richiede una accettazione o una conoscenza della promessa al pubblico (e tanto meno una *consideration*) può portare al mantenimento della promessa, anche quando l'informazione richiesta sia stata data nelle circostanze e pei motivi per cui la diede la signora Williams?

Se sì, si notino, così come nel caso *Carbolic Small Ball*, la diversità delle vie e delle tecniche dei due sistemi giuridici, nonostante l'eventuale simiglianza delle soluzioni del caso concreto.

NOTA SUI MODERNI ATTEGGIAMENTI DELLA RECLAME

È oggi assai frequente il caso dell'offerta fatta da chi organizza uno spettacolo (v. i nostri recenti spettacoli nelle sale di trasmissione radio) una festa da ballo, magari a titolo di reclame o associandosi a ditte che vogliono far reclame, una vendita all'asta, un magazzino, ecc., l'offerta, diciamo, di premi, magari da estrarsi a sorte, a chi parteciperà allo spettacolo o alla festa (gratuiti), o visiterà la vendita all'asta, il magazzino, eccetera.

Nel caso americano *Maughs v. Porter* (1931), 157 *Va* 415, l'organizzatore di una vendita all'asta aveva promesso con avviso pubblicitario (*advertised*) che un automobile nuovo sarebbe stato regalato a quegli fra coloro che assistessero all'asta, il cui nome fosse stato estratto a sorte. Uno di essi, l'attore, aveva assistito all'asta, pur senza fare offerta.

Come si pongono, si inquadrano e si risolvono, rispettivamente nella *civil law* e nella *common law*, i problemi concernenti la validità di quelle promesse? Si rammentino le recenti correnti della *common law* che tengono conto della mancanza di un *detriment* o dell'artificiosità, in quei

casi, della costruzione di un *bargain* fra promessa e limitazione della *legal freedom* (consistente nel partecipare all'asta, visitare l'asta, ecc.), e vedono il fondamento per la sanzione di quelle promesse piuttosto in un *acting on the faith of the promise* (v. vol. I § 27 *sub a*, specie nota 2, e ivi citazione di Lord Denning).

CAPITOLO V

I GRATUITOUS UNDERTAKINGS

(vol. I, § 27 *sub b et c*)

COGGS v. BERNARD

K. B. 1703. — 2 *Lord Raymond's Reports*, 909

GRATUITOUS UNDERTAKING (PROMESSA GRATUITA DI TRASPORTO DI COSE).

(il *case* è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

Il convenuto si era assunto (*undertaken*) gratuitamente di trasportare alcuni barili di *brandy* da una cantina ad un'altra, e cioè di prenderli dall'una e collocarli nell'altra. I dipendenti del convenuto deposero i barili nell'altra cantina così negligenemente « *tam negligenter et improvide* », che un barile si ruppe e ne uscì una grande quantità di *brandy*.

Chiamato in giudizio per risarcire il danno, il convenuto oppose, fra l'altro, che non v'era nel caso una *consideration* per la sua promessa di trasporto, la quale costituiva così un *nudum pactum*.

Il *Chief Justice Holt* colse l'occasione di questo caso, divenuto celebre, per riassumere o *restate* la *doctrine* della *common law* in materia di *bailment* (v. vol. I § 27 *sub b*). Egli distingue sei specie di *bailments*:

1°) Nudo (gratuito) *bailment* per la custodia nell'interesse del *bailor* o *depositum*: responsabilità del *bailee* per la sola *gross negligence*.

2°) Comodato: dovere della più stretta cura e diligenza, perchè il comodatario ha il *benefit*.

3°) *Hire* o *Locatio conductio*: dovere, per il conduttore, della *utmost diligence*, come quella del più diligente padre di famiglia.

4°) Pegno: responsabilità particolare di *true diligence*,

5°) Consegna a scopo di trasporto o per sottoporre la cosa ad altre operazioni (*to manage*), mediante un corrispettivo, con una responsabilità speciale per chi esercisce un servizio pubblico, e, comunque, con la responsabilità di un *contract* (v. vol. I, § 32) anche per il privato.

6°) Consegna di una cosa a qualcuno che deve trasportarla, o compiere qualche altra operazione sulla stessa, gratuitamente.

Le prime cinque specie ci interessano relativamente (tanto più che il concetto della diligenza e della responsabilità nei casi 2° a 5° dipende da concezioni e casistiche particolari alla *common law*). Nella sesta rientra il caso in esame.

Il *Chief Justice Holt*, rispetto a questo caso, dopo aver accennato che la responsabilità per *misfeasance*, negligente esecuzione del trasporto o *ill-management* delle cose, si fonda su una specie di *deceit*, per essere il *bailee* venuto meno alla fiducia suscitata nel *bailor* con la sua pretesa di essere diligente (v. vol. I, § 26 *sub a*, nota 4), passa alla eccezione del difetto di *consideration*:

« Il fatto che il proprietario (dei barili ebbe a confidare al convenuto quelle cose (*trusting him with the goods*) costituisce una *sufficient consideration* per obbligarlo a trattare con diligenza le cose stesse... Se l'*agreement* fosse stato *executory*, cioè di trasportare quei barili di *brandy* da un luogo all'altro nel tal giorno, il convenuto non sarebbe stato obbligato a eseguire il trasporto. Ma il nostro caso è diverso, perchè *assumpsit* non significa soltanto l'assunzione di una prestazione da eseguire in futuro (*future agreement*), ma, in un caso come questo, significa un effettivo entrare nell'esecuzione della prestazione assunta e un effettivo assumersi il *trust* (*an actual entry upon the thing and taking the trust upon himself*). E se un uomo eseguirà ciò (la prestazione) e si comporterà negligenemente nell'esecuzione del *trust*, sarà fondata un'azione contro di lui per tale fatto, benchè nessuno potesse costringerlo a compiere la cosa ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 27 *sub b et c*.

È, questo, un *leading case*.

In esso è la nota distinzione tra *misfeasance* e *nonfeasance*. Per mantenere il caso sul terreno dell'*assumpsit*, come *contract* o *bargain*, il *Chief Justice Holt* vede la *consideration* nell'affidamento o consegna della cosa sulla base della promessa di trasporto (*trusting him with the goods*). È un argomento, in certo senso, analogo a quello del caso *Bainbridge v. Firmstone*; ma là la consegna era stata fatta nell'interesse del *bailee* (comodatario). L'argomento di una *consideration* o di un *bargain*, fra promessa di trasporto e affidamento della cosa, è qui ancora più artificioso (v. vol. I § 27 *sub b*). In realtà il *Chief Justice* passa ad un altro argomento, quello dell'*actual entry upon the thing* o *performance*, e della responsabilità (contrattuale o extra contrattuale?) nascente da *misfeasance*.

A chi spetterà l'onere della prova?

L'argomento dell'*actual entry* riaffiorerà spesso in tema di *gratuitous undertakings*: V. il caso *Siegel v. Spear* e altri casi ivi citati in nota. Ma ci si può domandare se tale *actual entry* avrebbe importato anche l'obbligazione di condurre a termine il trasporto, una volta intrapresa l'operazione ricevendo le cose (V. la nota al caso *Siegel v. Spear*). Se così fosse, l'*actual entry* avrebbe quel valore di elemento reale o *res*, analogo a quello dei contratti reali, che mostra, fra l'altro, l'intento serio di assumere un vincolo e l'intento serio di fare affidamento su di esso, subendone eventualmente un pregiudizio pel mancato trasporto (v. anche premessa al cap. IV, parte I, e ivi citazione del *Fragali*). Sulla natura di questo pregiudizio e del suo risarcimento v. § 27 *sub b et sub c*, pp. 376-382.

Quesiti per la *civil law*:

- 1) V'era, nel caso *Coggs*, l'intento di contrarre un vincolo giuridico?
- 2) Questo intento potrebbe risultare, comunque, dall'aver ricevuto le cose per il trasporto?
- 3) In caso di risposta affermativa a uno dei due quesiti precedenti, il promittente sarebbe stato obbligato a eseguire e condurre a termine il trasporto, o la responsabilità sarebbe stata soltanto quella (contrattuale) per negligente esecuzione?
- 4) In caso di risposta negativa ai quesiti precedenti, quale responsabilità vi sarebbe per il promittente? V. su tutto ciò vol. I § 14 *sub e*, § 27 *sub c* e vol. II, parte, I, capp. IV e V.

SIEGEL v. SPEAR and. C^o.

Court of Appeals of New York, 1923. — 234 N. Y. 479

PROMESSA DI PROVVEDERE ALL'ASSICURAZIONE DI COSE ALTRUI. — MANDATO GRATUITO E RELATIVI PROBLEMI FONDAMENTALI ANCHE PER LA CIVIL LAW.

(il case è riferito testualmente, salvo alcuni *omissis*)

CRANE, J.: « ... Nell'agosto 1917 e nel gennaio 1918, l'attore (Siegel) aveva comperato dal convenuto dei mobili di casa pel prezzo di dollari 909,25 e li aveva portati nel suo appartamento in New York City. Il Siegel costituì a garanzia del prezzo due *chattel mortgages* (in traduzione molto libera: ipoteche mobiliari), in cui si stabiliva il pagamento del prezzo a rate mensili e inoltre che la mobilia non doveva essere rimossa dall'appartamento suddetto senza il consenso scritto del creditore garantito.

« Nel maggio 1918 l'attore aveva pagato 295 dollari. In quel mese egli, desiderando allontanarsi dalla città durante i mesi estivi e abbandonare l'appartamento, si recò nella sede della ditta convenuta in New York City per vedere come poter collocare la mobilia in un magazzino fino al suo ritorno.

« D'accordo con il sig. McGrath, preposto dalla ditta convenuta a quel genere d'affari, si stabilì (*it was arranged*) che l'attore avrebbe trasportato col proprio autocarro la mobilia nel magazzino della stessa convenuta, e che questa l'avrebbe ivi tenuta (*to keep*) gratuitamente. Si pretende (dall'attore) che Mc Grath, all'epoca (*at the time*) in cui venne stabilito (*arranged*) quanto sopra, promise e convenne inoltre (*promised and agreed*) di assicurare la mobilia per conto dell'attore. Questi non aveva mai assicurato la mobilia. La conversazione (che ebbe luogo in proposito) si sarebbe svolta, secondo l'attore Siegel, nei seguenti termini:

« A quell'epoca (*at that time*) McGrath mi disse: voi (Siegel) dovrete trasferire la vostra polizza di assicurazione al nostro magazzino. Io risposi: non ho alcuna assicurazione. Nè ho mai pensato di farla, poichè non ebbi mai tempo di provvedervi. — Tuttavia aggiunsi: Prima che la mobilia venga trasportata qui, io la farò assicurare dall'agente d'assicurazioni che ha provveduto anche per la

mia assicurazione sulla vita, e la farò trasportare nel vostro magazzino. Al che McGrath rispose: Non è necessario che voi provvediate all'assicurazione mediante quell'agente: io farò ciò per voi; sarà molto meno caro; io tratto molte assicurazioni; quando voi riceverete il prossimo biglietto (pel pagamento della mobilia), potrete mandare, insieme con la rata, anche uno cheque per ciò (per il rimborso della spesa dell'assicurazione)».

«La mobilia fu inviata al magazzino della convenuta circa il 15 maggio e il 15 giugno fu distrutta da un incendio. Nessuna assicurazione venne fatta per essa. Sulla base di questi fatti l'attore ha ottenuto (nei precedenti gradi di giudizio) il risarcimento della perdita subita. La convenuta impugna questa decisione per almeno due motivi. Essa sostiene, anzitutto, che non vi era alcuna *consideration* nell'*agreement* fatto, secondo l'attore, con Mc. Grath per l'assicurazione della mobilia; e, in secondo luogo, che McGrath non aveva i poteri per concludere tale *agreement*, anche se lo fece.

«Noi propendiamo per l'opinione che, se il *contract* fu concluso — e dobbiamo ritenere che lo fu, in quanto v'è una prova sufficiente per sostenere il verdetto del *jury* — v'era nella natura del caso una *consideration* sufficiente a rendere valida la promessa. Naturalmente, sta di fatto che la convenuta si assunse di immagazzinare la mobilia dell'attore senza alcun compenso. Il fatto che essa convenuta aveva un *chattel mortgage* sulla mobilia non modificava il suo rapporto di depositario (*bailee*) senza compenso. Limitatamente a queste circostanze, la convenuta non era responsabile per la distruzione delle cose a seguito di incendio, salvo che ciò fosse dovuto a negligenza grave (*gross neglect*: seguono citazioni). Non v'è nel caso tale elemento (di negligenza grave).

«Ma se, in relazione al ricevere in deposito la mobilia, McGrath inoltre si assunse volontariamente (gratuitamente) di provvedere all'assicurazione a vantaggio dell'attore, questa promessa costituì parte integrante dell'intero negozio (*transaction*) e venne connessa con il *gratuitous bailment*. Il *bailee*, se tale contratto rientrava nei poteri di rappresentanza di McGrath, era dunque altrettanto obbligato a

provvedere per l'assicurazione, quanto lo era a custodire (*to take care*) la mobilia.

« Quando McGrath dichiarò (*stated*) che egli avrebbe assicurato la mobilia, questa si trovava ancora in possesso dell'attore. Fu dopo le dichiarazioni e le promesse di McGrath che l'attore inviò la mobilia al magazzino. La convenuta o McGrath incominciò a eseguire l'incarico fiduciario (*entered upon the execution of the trust*). È in questo particolare che il presente caso si distingue dal caso *Thorne v. Deas 4 Johns* (N. Y.) 84, 99, sul quale la convenuta fa tanto affidamento. In quel caso A e B erano comproprietari di una nave. A volontariamente (gratuitamente) si assunse di provvedere all'assicurazione della nave, ma poi trascurò di farlo. La nave naufragò e fu ritenuto che B non aveva alcuna azione contro A per la mancata esecuzione della sua promessa, benchè B avesse fatto affidamento su questa promessa e da tale affidamento fosse derivata a lui una perdita. Si disse, in quel caso, che non v'era alcuna *consideration* per la promessa (di assicurare la nave). V'era la mera nuda promessa (*naked promise*) di A di provvedere all'assicurazione della nave. B non si separò da alcun bene nei confronti di A (*parted with nothing to A*). Egli non abbandonò ad A il possesso di alcun elemento del suo patrimonio, nè alcun suo interesse (o diritto) sulla nave. Senza dubbio, il caso sarebbe stato deciso in modo diverso, se B avesse fatto ciò.

« Come ne disse il Cancelliere Kent riferendosi ai vecchi precedenti giudiziari: "Non v'era discussione o dubbio che un'*action upon the case* (vecchia *form of action* di carattere extracontrattuale) spettava per la *misfeasance*, pel caso di violazione di un *trust* (incarico fiduciario o mandato) volontariamente assunto (citazione di un altro *case*)".

« Nel caso *Rutgers v. Lucet, 2 Johns. Cas. 92, 95*, la regola giuridica su questo punto venne *stated* come segue:

« *A mere agreement to undertake a trust, in future, without compensation, it is true, is not obligatory; but when once undertaken, and the trust actually entered upon, the bailee is bound to perform it, according to the terms of his agreement. The confidence*

placed upon him, and his undertaking to execute the trust, raise a sufficient consideration; a contrary doctrine would tend to injure and deceive his employer, who might be unwilling to consent to the bailment on any other terms». (Traduciamo: È ben vero che un mero accordo di intraprendere un incarico fiduciario o mandato nel futuro senza alcun compenso non è obbligatorio. Ma una volta intrapreso e una volta che si è effettivamente entrati nell'esecuzione dell'incarico, il *bailee* è obbligato a eseguirlo in conformità ai termini dell'*agreement*. La fiducia riposta in lui, il suo intraprendere l'esecuzione del *trust*, fanno sorgere una *sufficient consideration*. Una *doctrine* contraria tenderebbe a danneggiare e ad ingannare il committente il quale, a condizioni diverse, potrebbe non essere disposto a consentire il *bailment*).

« Nel caso *Hammond v. Hussey*, 51 *N. H.* 40, 50, la Corte, citando il professor *Parsons*, ne dice:

« *If a person makes a gratuitous promise, and then enters the performance of it, he is hold to a full execution of all he has undertaken* » (Se una persona fa una *gratuitous promise*, e poi entra nella sua esecuzione, essa è tenuta ad eseguire pienamente tutto ciò che si è assunta di fare).

« Quando una persona (*bailee*) si è gratuitamente assunta di trasportare in un certo luogo e di rimettere ad altri del danaro all'uopo consegnatole da qualcuno (*of a bailor*); e, dopo aver ricevuto il danaro, tale persona o *bailee* lo ha dato ad un vicino, che si è assunto di far trasportare quella somma e l'ha perduta, è stato ritenuto che il *bailee*, così disponendo del danaro, ha violato il *trust*, e che egli è responsabile di negligenza grave nel non adempiere i termini del *bailment* (citazioni di *cases*).

« Da questo punto di vista noi riteniamo che nel presente caso v'era una *consideration* per l'*agreement* di provvedere all'assicurazione. Ciò rende ultroneo il vedere se l'attore, nell'astenersi, a seguito di quanto gli disse *McGrath*, dal provvedere all'assicurazione mediante il proprio agente, abbandonò qualche facoltà giuridica (*surrendered any right*) che avrebbe fornito una *consideration* per la promessa di *McGrath*.

Omissis (il giudice si richiama ancora al caso *Thorne v. Deas*, dicendo che oggi esso potrebbe essere riaperto alla discussione se si ripresentasse; e respinge l'eccezione di difetto di poteri in *McGrath*).

« Il precedente giudizio a favore dell'attore viene confermato con le spese ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 27 *sub a, b, et c*, nonché il caso *Coggs v. Bernard*.

Nel caso *Thorne et al. v. Deas*, 4 *Johns (N.Y.)* 84, citato in *Siegel v. Spear*, il Chief Justice Kent, per assolvere il convenuto che si era assunto gratuitamente di assicurare la nave, così ne disse: « Una breve rassegna dei *leading cases* mostra che secondo la *common law* un mandatario che, senza compenso, si assume di compiere un atto per conto di altri, non è responsabile per avere omesso di compierlo, ed è responsabile soltanto in quanto cerchi di compierlo e lo compia in malo modo. In altre parole, egli risponde soltanto per *misfeasance*, ma non per *nonfeasance*, anche se da questa ne derivano danni ».

Tuttavia, il caso *Thorne v. Deas* non venne così deciso per mancanza di *consideration* (la quale non costituiva un requisito dell'*action on the case* di carattere extracontrattuale), ma perchè il convenuto (mandatario) non era entrato nell'esecuzione dell'assunto incarico e così non aveva incontrato alcun'obbligazione giuridica.

Questo principio venne accolto anche nel caso *Brawn et al. v. Lyford*, *Supreme Judicial Court of Maine*, 1907, 103 *Me.* 362. In questo caso, nella vendita di una fattoria, venne ceduta anche l'assicurazione. Dopo perfezionati tutti gli atti di trapasso (e quindi con un *pactum adjectum ex intervallo*), il venditore fece osservare che al trapasso dell'assicurazione occorreva anche l'assenso della compagnia di assicurazione e si impegnò a procurarlo. Non lo fece. La fattoria andò distrutta da un incendio, e il compratore reclamò dal venditore dollari 1350, ammontare assicurato. La domanda fu respinta dalla Corte, in quanto v'era un *nudum pactum* (cioè senza *consideration*) di procurare l'assenso della compagnia; nè l'aver lasciato la polizza nelle mani del venditore poteva costituire una *consideration*, perchè l'affidamento della polizza non era stato richiesto dal venditore (mandatario) come *inducement* o ragione determinante della sua promessa di ottenere il consenso della compagnia.

D'altro lato, mancava quell'elemento dell'entrare nell'esecuzione dell'incarico (*entering upon the execution of the undertaking*) che avrebbe potuto obbligare il mandatario, quanto meno, per *misfeasance*, *deceit* o

simili (v. *Coggs v. Bernard*, nonchè *Rutgers v. Luce* citato nel caso *Siegel v. Spear*).

All'epoca di questi casi non si era ancora stabilita o chiarita la *doctrine* di cui al § 90 *Restatement* americano sui *contracts*.

Come si vede, la materia dell'obbligazione da mandato gratuito o simili promesse gratuite di servizi è allo stato fluido.

Secondo la *doctrine* classica, citata dal Chief Justice Kent (v. anche *Coggs v. Bernard* e ANSON, *Contracts*, p. 113 e i casi inglesi *Skelton v. L. and N.W. Railway*, 1867 *L.R.* 2 *C.P.* 636 e altri ivi citati), v'è una responsabilità soltanto quando il mandatario o l'assuntore dell'incarico è effettivamente entrato nell'esecuzione dell'incarico stesso, e tale responsabilità concerne la *misfeasance*, non la *nonfeasance*. L'Anson assimila questa situazione a quella del mandato in diritto romano. Ma nel diritto romano, e nella *civil law*, il mandatario a titolo gratuito è responsabile per non aver compiuto l'affare, quando la sua denuncia del mandato sia intempestiva (v. vol. I § 27 *sub c*).

È certo che, limitata la responsabilità alla *misfeasance* di un incarico già in sede di esecuzione, tale responsabilità può assumere anche l'aspetto extracontrattuale di un *tort of negligence*, come avveniva nell'*action on the case*, di cui al caso *Thorne v. Deas*, o, piuttosto, un aspetto equivoco (equivoco sia perchè alla base v'è sempre un incarico, sia perchè si risponde anche per aver eseguito l'incarico in modo contrario agli ordini ricevuti, come il passare l'incarico ad un terzo per il trasporto di una somma di danaro, o come nel caso *Elsee v. Gatward*, 5 *T.R.* 143, richiamato da Anson, ove chi si era assunto di dirigere gratuitamente la costruzione di un magazzino, venne ritenuto responsabile per averne accresciuta la spesa usando materiali nuovi anzichè vecchi, come era stato stabilito nell'incarico).

Senonchè l'aver intrapreso l'affare o l'esecuzione dell'incarico sembra, nel caso *Siegel v. Spear* e simili, produrre un effetto che va al di là di una mera responsabilità per *misfeasance*. Se ne fa derivare anche l'obbligazione di condurre a compimento l'affare, salvo, sempre, che il mandatario o l'assuntore denunci tempestivamente il mandato. L'abbandono (senza denuncia tempestiva) dell'affare intrapreso viene presentato, nel caso *Siegel*, come una *misfeasance* o, comunque, come qualcosa di *wrong*, che costituirebbe una *injuria* o un *deceit* per l'altra parte (sul *deceit* v. anche *Coggs v. Bernard*). Invece, nei casi *Thorne v. Deas*, *Brawn v. Lyford* e in quelli inglesi citati da ANSON, *loc. cit.*, non sembra si tenga conto di un abbandono tempestivo o intempestivo dell'affare o della possibilità di una denuncia più o meno tempestiva; sembra si escluda in ogni modo la respon-

sabilità per *nonfeasance* (salvo si ritenga che l'Anson, richiamando l'analogia col *mandatum* romano, intenda dire implicitamente che il mandatario non è obbligato a compiere l'affare, purchè ne dia denuncia tempestiva, e che l'abbandono dell'affare in modo da causare danno al mandante rientra, più o meno equivocamente, nel quadro di un *tort*).

Nel caso Siegel v. Spear, per giungere al cennato risultato, si richiama, in modo piuttosto vago, la *consideration of confidence* (v. vol. I § 27, nota 14), insieme con l'argomento di una *consideration* che consisterebbe nell'abbandono del possesso (deposito) della cosa con il previo patto o condizione che l'altra parte provveda alla sua assicurazione (contro questo argomento v. vol. I § 27 *sub b* e il caso Brawn v. Lyford).

Questo argomento nello stesso caso Siegel sembra presentato anche sotto un altro aspetto: e cioè il ricevere il possesso (o deposito, *bailment*) della cosa, previa assunzione dell'incarico di assicurarla, costituirebbe quell'effettivo entrare nell'esecuzione dell'incarico stesso, da cui nascerebbe, per evitare l'*iniuria* e il *deceit*, l'obbligo di condurre l'affare a compimento o di non abbandonarlo senza una tempestiva denuncia.

Come si vede, la motivazione del caso Siegel è piuttosto equivoca ed oscillante. In realtà non v'è nel caso una vera e propria *consideration*, sia per le ragioni accennate nel vol. I § 27 *sub b*, sia perchè Siegel aveva già deciso di dare la cosa in deposito a Spear, (quindi non vi fu un *bargain*), e soltanto dopo, e sia pure prima di spedire la mobilia, quando McGrath gli fece rilevare l'opportunità di un'assicurazione, pensò a farla e si astenne dal farla a seguito dell'offerta di McGrath di provvedervi. La decisione del caso Siegel, dunque, si può meglio sostenere sulla base della *reliance*, per cui Siegel si astenne dal fare l'assicurazione; *doctrine* della *reliance*, cui accenna anche la parte finale della sentenza, sia pure sotto l'aspetto inesatto di un'astensione che sarebbe *consideration* (mentre non lo è, perchè avvenuta senza richiesta o *bargain* da parte di McGrath; tale astensione è piuttosto una condotta ragionevolmente prevedibile quale conseguenza dell'essersi McGrath assunto di provvedere all'assicurazione: v. vol. I § 27 *sub a*). Su questa astensione come abbandono o *surrender* di un *right v.* la nota al caso Dunton v. Dunton.

Ma ritorniamo all'argomento della intrapresa esecuzione dell'incarico o *opus coeptum* (che sembra arieggiare un analogo criterio proprio della nostra gestione di negozi, ma che non vi corrisponde, perchè nella gestione l'obbligo del gestore di continuare nell'esecuzione dell'affare si connette non ad una denuncia intempestiva, ma al presupposto che il *dominus* non è in condizioni di trattare personalmente l'affare).

Finchè si tratta di *misfeasance* vera e propria, l'intrapresa esecuzione

dell'affare è un concetto chiaro, poichè non si può eseguire male un incarico, se non in quanto lo si stia effettivamente eseguendo.

Ma, rispetto alla responsabilità per *nonfeasance* o, meglio, per aver abbandonato l'affare in modo da cagionare danno al mandante (senza denuncia tempestiva), quand'è che si può dire che si è entrati nell'esecuzione dell'incarico?

La sentenza del caso Siegel vede quest'elemento nel fatto di ricevere la mobilia (dopo la promessa di assicurarla). Ma tale ricezione, più che inizio di esecuzione dell'incarico, sembra piuttosto la dimostrazione di un concreto affidamento, quando si tenga inoltre presente che la consegna della mobilia venne fatta non affinché questa venisse assicurata (o come mezzo per assicurarla), ma al fine di ottenerne la custodia.

Rispetto a quel problema (di così detta responsabilità per *nonfeasance*), il criterio dell'intrapresa esecuzione dell'incarico sembra piuttosto tradursi nella questione, assai delicata, di vedere se vi fu un concreto affidamento dell'affare da parte del suo *dominus*, e cioè un complesso di circostanze il quale mostri in modo chiaro e inequivoco che una persona ha effettivamente assunto l'obbligo di compiere l'affare, e che l'altra lo ha effettivamente abbandonato alle cure della prima. Questa, in fondo, sembra la funzione del requisito dell'intrapresa esecuzione dell'affare.

Del resto, il passaggio del caso Rutgers v. Lucet citato in Siegel v. Spear e questo stesso caso sono assai vaghi e oscillanti, fra il concetto di un effettivo cominciamento di esecuzione e quello di un'effettiva assunzione dell'incarico (*the trust undertaken, the undertaking to execute the trust*). Se così è, il concetto potrebbe presentare qualche analogia con quello romano del *suscipere mandatum* (v. testi romani citati nel vol. I § 27 nota 24): un affidamento reale o consegna dell'affare che ha un valore fiduciario analogo a quello della *res* nel *depositum* (v. vol. I § 14 *sub d* specie p. 173; per una certa funzione dell'elemento reale dell'*opus coeptum* in promesse di servizi a titolo gratuito diverse dal mandato: v. questo vol. II, parte I, cap. IV, richiami e citazione del Fragali *ivi*).

Poste le cose in questi termini, sembra che (anche nella *civil law*) il presupposto normale per il sorgere della responsabilità per mancato compimento di un affare gratuitamente assunto (salvo la denuncia tempestiva e a parte la *misfeasance* vera e propria) si è che l'assunto incarico concerna un affare che lo stesso *dominus* aveva deciso di compiere o avrebbe compiuto lui stesso direttamente o altrimenti. Si presuppone, cioè, quell'affidamento o *reliance* che è caratteristico del mandato o di negozi analoghi: il che risulta anche dalla definizione del mandato più o meno implicita nei nostri codici: « compiere un affare in luogo del mandante ».

Se invece A si offre (gratuitamente) di fare qualcosa (trattare un affare, compiere un servizio, ecc.) per B, che B non aveva deciso di fare o non avrebbe fatto, non v'è alcun affidamento: lo scopo di quell'offerta, anche se accettata, è soltanto quello di accrescere, mediante il servizio gratuito, il patrimonio di B o, in senso generico, i beni di B, chè anche un servizio è un bene. Una pura beneficenza, poichè B, per conto suo, non aveva deciso di provvedervi nè lo avrebbe fatto.

Per esempio: se un amico mi consiglia di assicurare la mia casa contro l'incendio, e stante la mia pigrizia o la mia resistenza a fare ciò, si offre di farlo lui per me (s'intende, a mie spese, ma senza che io gli anticipi il danaro), ed io gli rispondo: grazie, d'accordo. Oppure, se l'amico mi offre di trasportare le mie cose altrove, in quanto mi dice che esse si trovano in luogo pericoloso; trasporto che io non ho nessuna intenzione di fare, per pigrizia o altro, salvo che lo faccia per me l'amico.

In questi e simili casi, nella *common law* senza dubbio non nasce alcuna responsabilità in A per non aver compiuto l'affare (a parte, come detto, la diversa responsabilità per *misfeasance*, almeno in certi casi). Nella *civil law* si può dubitare che vi sia, in simili situazioni, l'intento di contrarre un vincolo giuridico; la prova di questo sarebbe molto difficile o quasi impossibile; e, comunque, anche se vi fosse, mancherebbe, oltre la *cause plausible*, anche la *cause juste* per un'obbligazione giuridica (del resto, anche sotto altro aspetto, non vi sarebbe, nel caso, responsabilità per non avere compiuto l'affare: infatti, l'abbandono di questo da parte dell'assuntore gratuito lascerebbe sempre la *res adhuc integra*, appunto perchè il *dominus* non avrebbe, da parte sua, intrapreso l'affare: v. vol. I § 27 *sub c* specie *ad nota* 24).

Soltanto l'elemento di un corrispettivo o compenso farebbe sorgere in simili casi una *cause*, nello stesso tempo *plausible et juste*, come fa sorgere, quale *consideration*, un *contract* di compiere l'affare.

Sotto il cennato profilo (mancanza di affidamento nell'assunzione di un incarico puramente benefico per un affare che il *dominus* non intendeva compiere, se non lo fa l'assuntore) il caso Siegel v. Spear è molto istruttivo anche per la *civil law*.

Supponiamo che nella *civil law* il colloquio fra Siegel e McGrath si fosse svolto nei seguenti termini:

McGrath: hai provveduto all'assicurazione dei mobili?

Siegel: no, nè ci ho mai pensato, nè intendo provvedervi, non voglio perdere tempo.

McGrath: bene, provvederò io per te e tu me ne rimborserai la spesa.

Siegel: d'accordo (un simile colloquio, nella fattispecie, era tutt'altro che assurdo, dato anche l'interesse che nell'assicurazione la Ditta Spear aveva come creditore garantito),

Se questo colloquio si fosse svolto *dopo* il deposito della mobilia, sarebbe molto dubbio che, anche nella *civil law*, Mc Grath o per esso la Ditta Spear sia responsabile per la mancata assicurazione (manca la *cause plausible* per l'intento di vincolarsi giuridicamente, e manca, nel contempo, la *causa juste* di un affidamento in base al quale Siegel possa dire di essersi astenuto dal provvedere lui stesso all'assicurazione).

Ma anche nel caso in cui il colloquio si fosse svolto *prima* del deposito, il dubbio resterebbe, perchè, se Siegel non intendeva assicurare la cosa, salvo lo facesse McGrath per lui, l'assunto incarico di assicurare non costituiva condizione del deposito (del resto, già deciso prima).

Pertanto, nella questione, tutto il peso grava (anche per la *common law*) sul fatto che, al richiamo di McGrath sull'opportunità di assicurare la mobilia, Siegel rispose che l'avrebbe fatto lui e si astenne dal farlo a seguito dell'assunzione del relativo incarico da parte di McGrath. In ciò sta quell'affidamento (di un affare che Siegel avrebbe altrimenti compiuto) che dà luogo al mandato come vincolo giuridico o fonte di responsabilità per mancata esecuzione. Il successivo deposito della cosa, per la *civil law*, conferma tale affidamento e costituisce anche un presupposto dell'incarico assunto da McGrath (che, come risulta dalle circostanze, non avrebbe assicurato la mobilia, se non in quanto veniva depositata nei magazzini Spear).

Nella *common law*, in fondo, specie se si accoglie la *doctrine* della *reliance*, quel deposito non ha, almeno praticamente, una funzione molto diversa.

Fin qui, abbiamo lasciato da parte un elemento che potrebbe essere comunque interessante per la *civil law*, e che non lo è per la *common law* (come recita lo stesso caso Siegel): cioè, l'interesse che Spear, come creditore garantito, aveva all'assicurazione della mobilia (v. vol. I § 16). Ma è dubbio che, anche per la *civil law*, tale interesse, nelle circostanze della fattispecie, potesse avere un particolare rilievo. Poteva averlo quando Siegel non fosse deciso ad assicurare, salvo lo avesse fatto McGrath per lui?

Sulla questione dell'obbligo del depositario o custode di assicurare le cose depositate (nella *civil law*), v. il mio articolo *Conservazione di beni altrui e assicurazione contro i danni*, nella rivista *Assicurazioni*, 1941, pagina 297 segg., che concerne, tuttavia, il deposito di professione e si riferisce soprattutto agli usi commerciali in materia.

NOTA FINALE AI CAPITOLI PRECEDENTI

LA RELIANCE

(Vo. I § 27, *sub a*)

Non abbiamo riferito alcun caso che tratti specificamente della concezione della *reliance* di cui al § 90 *Restatement* americano sui *contracts*. E ciò perchè se ne tratta o di fatto o con espressa allusione in molti dei *cases* sopra riferiti: molti di questi, infatti, più o meno coscientemente si ispirano alla *reliance*, come concezione basilare della stessa *consideration*, che può definirsi una *reliance* qualificata (v. vol. I § 26 p. 354 e § 27 pp. 362 e 367). Vedansi, in particolare, i casi De Cicco v. Schweizer, note 12 e 17; Allegheny College nota 1 *sub a*, e nota 8; Martin v. Meles nota 6; Great North Railway v. Witham, in nota; Siegel v. Spear in nota; Devecmon v. Shaw in nota.

Qualche caso americano più recente adotta espressamente come motivazione la *doctrine* della *reliance* di cui al § 90 *Rest. americ.* sui *contracts*: v. ad es. il caso W. B. Saunders Co v. Galbraith et al., *Court of Appeals of Ohio*, 1931. 40 *Ohio App.*, 155; Fried v. Fisher, *Supreme Court of Pennsylvania*, 1938, 328 Pa 497 e altri nell'articolo di PACE, *Consideration, genuine and synthetic*, cit. nel vol. I § 27 nota 1. Ma, molto spesso, si tratta di casi in cui la soluzione per la *civil law* è chiara (remissione di debiti ecc.). Del resto, il § 90 *Rest americ.* sui *contracts*, rappresenta molto spesso, più che una regola, una spiegazione di casi che cercano di atternersi alla *doctrine* della *consideration*, sia pure in modo non ortodosso o contro certi requisiti tecnici, non sempre incontrastati nella storia della *common law*.

Quanto all'opinione di Lord Denning (v. vol. I § 27 *sub a*), quando non vuol essere anch'essa una spiegazione di casi decisi sulla base della *doctrine* della *consideration*, si tratta di vederne i futuri sviluppi. Per ora i casi sollevano in modo assai limitato il nostro interesse di comparatisti, in quanto concernono i problemi del *pactum de non petendo*, della remissione o riduzione di un debito, della modifica di un precedente rapporto contrattuale e simili, che non danno luogo a questioni per la *civil law* (v. Vol. I § 38 *sub b*).

P A R T E I I I

GIURISPRUDENZA DI DIRITTO COMPARATO

PREMESSA ALLA PARTE TERZA. - Questa parte III vuol essere un commento al nostro Vol. I § 37. Per le ragioni accennate in quel luogo, essa servirà anche a meglio delucidare i problemi trattati nella parte I e nella parte II del presente volume.

THOMAS (Eleanor) v. THOMAS (Benjamin)

In the *Queen's Bench*, 1842. — 2 *Q. B.* 851

CAUSA E CONSIDERATION. — DONAZIONE CUM ONERE E BARGAIN. — ADEQUACY OF CONSIDERATION. — LA CAUSA NELLA CIVIL LAW.

(il *case* è riferito testualmente come nel *Report*, salvi alcuni *omissis* e riassunti)

« *Assumpsit.* La *declaration* dell'attrice (esposto della domanda e dei fatti allegati a sostegno) afferma l'esistenza di un *agreement* fra l'attrice e il convenuto, nel senso che questi doveva, quando richiese dall'attrice, e mediante gli atti formali all'uopo necessari o altrimenti, fare avere una certa casa d'abitazione e annessi beni, nella Contea di Glamorgan, all'attrice stessa per la durata della sua vita o fino a quando essa rimanesse vedova. E, ancora, nel senso che l'attrice doveva, per tutto il tempo in cui sarebbe rimasta in possesso della detta casa e beni annessi, pagare al convenuto e a certo Samuel Thomas (di poi deceduto) o a chi per essi, la somma di una sterlina all'anno come canone d'affitto per il terreno (*ground-rent*) da pagare rispetto alla casa e annessi, e mantenerli in buono stato di riparazione ».

(*Omissis:* la *declaration* espone come l'attrice, pur avendo adempiuto a quanto sopra e avendone richiesto il convenuto, questi non adempette all'obbligo assunto di farle avere con gli atti formali idonei, pur predisposti dall'attrice, la casa e annessi di cui sopra).

Il convenuto si difese sostenendo, fra l'altro, che per la sua promessa non v'era la *consideration* allegata nella *declaration* dell'attrice.

« Dal dibattimento (*trial*) risultò che John Thomas, il defunto marito dell'attrice, al tempo della sua morte nel 1837, era in possesso di un gruppo di sette case d'abitazione in Merthyr Tidvil, in una delle quali, che è quella in questione, egli stesso abitava. Risultò ancora che col suo testamento egli nominò suoi esecutori il fratello Samuel Thomas, ora defunto, e il convenuto, affinchè prendessero possesso di tutte le sue case, etc., con l'onere di certi legati menzionati nel testamento, fra cui alcuni in danaro a favore dell'attrice.

« La sera prima del giorno della sua morte egli (il marito) espresse oralmente il desiderio di fare qualche altra disposizione a favore della moglie; e il mattino seguente dichiarò oralmente, alla presenza di due testimoni, essere sua ultima volontà che la moglie dovesse avere o la casa in cui egli viveva con quanto ivi contenuto, oppure una somma addizionale di 100 st.

« Queste dichiarazioni (del *de cuius*) vennero poco dopo portate a conoscenza di Samuel Thomas e del convenuto, esecutori e legatari di tutto il residuo patrimonio del *de cuius*, ed essi consentirono di eseguire le intenzioni del testatore come sopra espresse. Dopo alcuni giorni essi e l'attrice redassero l'*agreement* di cui alla *declaration*, il quale, dopo menzione delle parti e del testamento, così recita:

”Premesso:

— che il detto testatore, poco prima della sua morte, dichiarò alla presenza di parecchi testimoni essere suo desiderio che la moglie dovesse avere e godere, durante la sua vita o fin quando restasse vedova, la casa, etc., oppure 100 st. in aggiunta ai legati a lei lasciati col detto testamento;

— che tali dichiarazioni e desideri non furono ridotti in iscritto e a lui letti durante la vita di John Thomas;

— che, tuttavia, i detti Samuel e Benjamin Thomas sono pienamente convinti e soddisfatti che tale era il desiderio del testatore; e desiderano che tale intenzione sia pienamente eseguita.

Ciò premesso, col presente atto si fa fede e si conviene e dichiara fra le parti che, in *consideration* di quel desiderio (del *de cuius*) e

delle premesse, gli esecutori faranno avere (con regolare atto) la casa all'attrice durante la di lei vita o fin quando essa rimarrà vedova: a condizione (*provided*) tuttavia, e all'uopo qui se ne conviene, che la detta Eleanor Thomas, durante il tempo in cui rimarrà in possesso della casa, pagherà ai detti Samuel e Benjamin Thomas la somma di una sterlina all'anno come canone d'affitto del terreno, da pagare rispetto alla casa e annessi (*towards the groundrent payable in respect of the said dwelling-house, etc.*), e manterrà tali beni in buono stato di manutenzione".

«L'attrice fu lasciata in possesso della casa e annessi per qualche tempo. Senonchè il convenuto, dopo la morte del suo *co-executor*, rifiutò di prestarsi al perfezionamento dell'atto formale di *conveyance* all'uopo predisposto e presentatogli dall'attrice, e poco prima dell'inizio del *trial*, egli estromesse, con un ordine di *ejectment*, l'attrice dal possesso (*omissis*).

«Mr. Williams, l'avvocato del convenuto, sostenne che si trattava di una mera donazione *cum onere* (*gift cum onere*) e che la sola *consideration* del surriferito *agreement* era il desiderio espresso (oralmente) dal testatore. "Che cosa si intende, dice Williams, per *consideration* di una promessa se non la *cause or inducement* per farla? Plowden, commentando il caso *Sharrington v. Strotton*, dice: nella *civil law* il *nudum pactum* viene così definito: *nudum pactum est ubi nulla subest causa praeter conventionem; sed ubi subest causa fit obligatio et parit actionem*. In CHITTY, *Contracts*, si cita il seguente passo dal *Code Civil*: *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*. Non si può dire che il canone d'affitto da pagarsi e le riparazioni alla casa siano stati la *cause or motive* che indussero gli *executors* (S. e B. Thomas) a far questo *agreement*...

... Il *proviso* (come detto, lo strumento recitava: *provided that* si pagasse il canone di 1 st. e si facessero le riparazioni) importa semplicemente che la donataria prenda il dono col peso inerente (si intenda, a favore di un presunto terzo, proprietario della casa o *landlord*) di pagare il canone o *ground-rent* e di fare le riparazioni;

ed essa donataria non può convertire simili condizioni in una *consideration*". Così Mr. Williams, avvocato del convenuto ».

Lord DENMAN, *Chief Justice*: « In questo caso v'è una buona dose di ingegnosità (*ingenuity*) e un poco di volontaria cecità rispetto ai termini effettivi dell'istrumento. Non v'è nulla che provi che il canone d'affitto del terreno (*ground-rent*) era da pagare a un *superior landlord*; e la stipulazione per il suo pagamento non è un mero *proviso*, ma un *express agreement* (qui il *Chief Justice* legge il *proviso*). Questo è, in termini, un *express agreement*, e mostra una *sufficient legal consideration*, del tutto indipendente dal sentimento morale che dispose gli *executors* a concludere quel tale *contract*. La definizione che Mr. Williams dà della *consideration* è troppo ampia: la parola *causa*, nel passaggio da lui citato, significa una causa che conferisce ciò che il diritto considera un *benefit* per la parte (*one which confers what the law considers a benefit on the party*). E poi l'obbligazione di fare le riparazioni è un'obbligazione tale che potrebbe imporre pesi più gravi del valore del diritto di godere a vita della casa (*life estate*) ».

PATTESON, J.: « Se noi dovessimo adottare la tesi sostenuta per il convenuto, ciò significherebbe dare alla *causa* una interpretazione (*construction*) troppo ampia: significherebbe confondere la *consideration* con il *motive*. *Motive* non è la stessa cosa che *consideration*, — *consideration* significa qualcosa che ha qualche valore agli occhi della legge (*something which is of some value in the eye of the law*) e che proviene dall'attore (*moving from the plaintiff*, cioè dal promissario). Può essere un qualche *benefit* per il convenuto (promittente) o un qualche *detriment* per l'attore (il promissario); ma, in ogni caso, essa dev'essere *moving from the plaintiff*.

« Ora, ciò che si sostiene essere qui la *consideration*, cioè un pio rispetto per i desideri del testatore, non proviene in nessun modo dall'attrice; ma proviene dal testatore; perciò parlando in termini giuridici, essa non costituisce parte della *consideration*.

« Inoltre si dice (dall'avvocato del convenuto) che, se così è, la *consideration* è del tutto assente; e si tratta di uno spontaneo dono

(*voluntary gift*). Ma quando si esamini l'*agreement de quo*, si vede che non vi si contiene un mero *proviso* nel senso che la donataria deve prendere la cosa donata coi pesi che la gravano. Si tratta invece di un *express agreement* per il pagamento di ciò che sembra essere una nuova attribuzione (*fresh apportionment*) di un *ground-rent*, che è da pagare non a un *superior landlord*, ma agli stessi *executors*. (S. e B. Thomas). Dimodochè chiaramente questo canone non è qualcosa di incidente o inerente alla cessione della casa, perchè, altrimenti, invece di doversi pagare agli *executors*, sarebbe stato da pagare al *landlord*.

« Quanto poi alle riparazioni, è ben possibile che quelle case siano state tenute (dal *de cuius*) mediante una concessione (*lease*) contenente dei patti circa l'obbligazione di fare le riparazioni; ma noi non sappiamo nulla di ciò; a tutto quanto appare, l'obbligazione di fare le riparazioni è stata per la prima volta creata con l'istrumento in esame.

« A prima vista il *proviso* mi colpì come se avesse il senso prospettato da Mr. Williams, e cioè che il canone e le riparazioni erano stati meramente uniti (*merely attached*) a un dono dai donanti; e se l'istrumento fosse stato formato dai soli donanti, ci sarebbe stato qualche fondamento per una simile interpretazione (*construction*); ma le cose in fatto non stanno così » (*omissis*).

COLERIDGE, J.: « Le ammissioni fatte nel corso della discussione della causa hanno in realtà deciso il caso. Si ammette che il mero motivo (*mere motive*) non ha bisogno d'essere dichiarato nell'atto; e, per cercare la *consideration*, noi non siamo tenuti a esaminare una particolare parte dell'istrumento; *ut res magis valeat*, noi possiamo aver riguardo a qualsiasi parte dell'istrumento stesso. Quanto all'istrumento di che trattasi, nella parte in cui si usa dichiarare (*to state*) la *consideration*, non è espresso altro che il desiderio di adempiere le intenzioni del testatore; ma in altra parte noi troviamo un *express agreement* di pagare un'annua somma per uno scopo particolare ed inoltre un distinto *agreement* per le riparazioni. Se ciò fosse stato detto nella prima parte dell'istrumento, si sarebbe

difficilmente potuto sostenere che la *declaration* (base dell'azione *de qua*) non era stata ben redatta e sostenuta dalla prova.

Quanto alla tesi che si tratta nel caso di uno spontaneo atto di trasferimento (*voluntary conveyance*), la mia impressione è che quel pagamento di 1 sterlina all'anno è più che una *good consideration*, è una *valuable consideration*, è chiaramente un *quid* di bel nuovo creato con l'istrumento e non una parte del vecchio *ground-rent* ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 37, nonchè § 10; § 11; § 26 *sub d*; § 30 *sub a*.

Per ben intendere il *case* si tengano presenti le Avvertenze a questo vol. II, n. 5 e terminologia ivi, e il mio articolo cit. nel vol. I § 38 nota 29.

Il caso è interessante per la comparazione che vi si fa fra la *consideration* e la nostra « causa », nonchè fra il concetto di *bargain* e quello della nostra donazione *cum onere*. Sicchè, per quanto il caso non concerna un contratto retto dalla *civil law*, e vi siano questioni di pura *common law*, abbiamo ritenuto opportuno inserirlo nel presente capitolo.

Sul punto che il dovere morale o l'obbligazione naturale nel caso di testamento nullo non possano costituire una *consideration*, i giudici sono d'accordo con Mr. Williams, avvocato del convenuto (v. vol. I § 28 *sub a*). Per la *civil law* la questione è dubbia e risolta diversamente dalla giurisprudenza francese e dalla nostra (v. vol. I § 11 *sub b et d*, p. 140, e nel vol. II i casi Cantelli cr. Cantelli; Gonzaga cr. Danani; Servain cr. Girardau e note di richiami ivi), salvo che si consideri il caso sotto il profilo di una conferma o esecuzione volontaria di testamento nullo: v. vol. I § 11 note 28 e 29. Sicchè non sembra esatta l'osservazione di CORBIN (*Cases on Contracts*, in nota al caso in esame) che molto probabilmente il cenato desiderio del testatore, di fare avere una specie di usufrutto alla vedova, e quello dei suoi fratelli e esecutori testamentari di eseguirlo, sarebbero una « *sufficient causa* » nella *Roman and French Law* per il riconoscimento giuridico (*enforcement*) della promessa di eseguire quel desiderio.

Dove l'accordo non regna fra Mr. Williams e i giudici è sul punto concernente il pagamento del canone annuo di 1 st. e le riparazioni.

L'argomento di Mr. Williams, per quanto non chiaro, sembra duplice:

a) il canone e le riparazioni erano già dovuti al *landlord*, sicchè essi non costituivano l'oggetto di una speciale obbligazione per la vedova, ma

un peso inerente al bene promesso (qui occorre tenere presente la natura del canone dovuto ad un *landlord* per la *common law*): il bene, cioè, *grosso modo*, una specie di usufrutto o *life estate*, veniva promesso così come stava, coi pesi inerenti. Comunque, anche se la vedova avesse promesso di pagare il canone, e fare le riparazioni, come sopra dovuti ad un *landlord*, il fatto che ciò era già dovuto mostrerebbe l'intento delle parti di fare una donazione *cum onere*, ove canone e riparazioni non sarebbero l'oggetto di una *consideration*, non sarebbero, cioè, ciò che ha *veramente* indotto il promittente a fare la promessa (del detto usufrutto): la *causa, motive* o *inducement* sarebbe stato quello di eseguire il desiderio del defunto. Su questo argomento v. la premessa al cap. III della parte II e casi ivi citt.

b) anche se il canone e le riparazioni a carico della vedova non erano dovuti o non erano quelli dovuti ad un *landlord*, tale carico non rappresentava la vera o determinante *causa, motive* o *inducement* della promessa di farle avere il cosiddetto usufrutto; e ciò sempre perchè il vero o principale *motive* di questa promessa era quello di eseguire il desiderio del defunto.

Quanto al primo argomento, i giudici ribattono che il canone e le riparazioni non erano o non risultano dovuti o quelli dovuti ad un *landlord*; e l'obbligazione, rispetto ad essi assunta dalla vedova è una *consideration adequate*, anche se si riduce ad una sterlina annua ed a riparazioni di valore molto inferiore al valore dell'usufrutto (per quanto Lord Denman accenni all'eventuale alea insita nell'affare).

Quanto al secondo argomento (poco chiaro e forse connesso al primo), i giudici osservano che sufficiente per il concetto di *consideration* e di *bargain* è che vi sia un *benefit* pel promittente (il convenuto), un *quid* che ha qualche valore agli occhi della legge (v. vol. I § 30 *sub a et b*, nota 4), anche se questo *quid* non è stato il *motive* determinante o il solo motivo della promessa: v. vol. I § 28 *sub c*; § 30 *sub a* et nota 11, nonchè Holmes e Cardozo nei casi Martin v. Meles, nota 10, e De Cicco v. Schweizer, nota 13 e sopra riferiti.

Altrimenti si confonderebbe la *consideration* con la «causa» come *motive* (e, noi aggiungiamo, si confonderebbe il concetto di *bargain* con quello della nostra donazione *cum onere*, onere che, in molti casi, non si limita ad un mero peso inerente al fondo o ad una, più o meno automatica, decurtazione del *quid* donato: v. vol. I § 10, specie p. 121).

Il passo dell'*opinion* di Patteson («il *proviso* a prima vista mi colpì, ecc.») non significa che, anche in presenza di una espressa e nuova obbligazione della vedova, questa obbligazione può rappresentare un mero *pro-*

viso, condizione o onere di una donazione (e non una *consideration*, *inducement* o *bargain*), se tale è il *motive* o reale intento delle parti; ma significa, pare, che a prima vista il giudice era stato colpito dal *proviso* come se alludesse ad un peso *inerente* al fondo, come dovuto al *landlord*.

QUESITO:

Il lettore è invitato a vedere se le citazioni della *civil law* fatte nel *case*, sul *nudum pactum*, sulla *cause* (art. 1131 c. civ. franc.) e sul concetto di donazione *cum onere*, e relative concezioni di quei giudici e avvocati, sono esatte.

in RE BONACINA

Court of Appeal, 1912. — 107 *The Law Times Reports*, 498

OBBLIGAZIONE NATURALE (PEL FALLITO LIBERATO SECONDO IL DIRITTO FALLIMENTARE INGLESE) COME CAUSA DI UNA PROMESSA DI PAGAMENTO SECONDO IL DIRITTO ITALIANO. — RAFFRONTO FRA QUESTO E IL DIRITTO INGLESE. — PROBLEMI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO.

(il *case* è riferito testualmente, secondo il *report*, salvi alcuni *omissis* o riassunti)

Nel 1897 il testatore, Ludovico Carlo Bonacina, cittadino italiano commerciante in Londra, era debitore verso il cognato Giacomo Mina, pure cittadino italiano di Monza, per la somma di sterline 1350, rappresentanti un prestito fatto da Mina a Bonacina per il mantenimento delle due figlie di quest'ultimo, per l'assistenza ai suoi due figli e per certe spese di funerali.

Il 30 agosto di quell'anno 1897, Bonacina fu dichiarato fallito; ma il suo debito verso Mina non fu da lui denunciato (*disclosed*) nella procedura fallimentare; nè Mina ebbe alcuna notizia del fallimento. Il 10 agosto 1901 Bonacina ottenne la liberazione da tutti i suoi debiti (*discharge*) nella procedura fallimentare (1).

Il 31 gennaio 1906 Mina inviò a Bonacina una lettera contenente un estratto conto, secondo il quale l'ammontare del debito al 31-1-1906 era di Lit. 43.959, chiedendone il pagamento. Il 16 dicembre 1902 Bonacina aveva rimesso a Mina 100 sterline in conto del debito, e altre 150 sterline nell'aprile 1904.

Nell'ottobre 1906 le parti si incontrarono a Monza e discussero

l'estratto conto, col risultato che un documento — « privata scrittura » — valido secondo il diritto italiano come un documento pubblico, venne redatto e sottoscritto da Bonacina il 15 ottobre 1906. In questa scrittura Bonacina riconosceva di essere debitore verso Mina per la somma di Lit. 43.959 — corrispondenti a circa 1760 sterline inglesi — e si obbligava per sè, suoi eredi e successori, a pagare a Mina, suoi eredi o successori, entro cinque anni dal gennaio 1907, quella somma in una sola volta o in varie rate, con l'interesse del 4% annuo sul capitale ancora da pagare, in moneta legale, al domicilio di Mina, suoi eredi e successori.

Successivamente Bonacina pagò alcune somme in conto di questo debito e relativi interessi e il 31 marzo 1908 morì... Mina allora, (in sede di esecuzione o liquidazione del patrimonio relitto dal testatore Bonacina), ebbe notizia della dichiarazione di fallimento di Bonacina.

A seguito di un'ordinanza (*order*) della Corte (2), il patrimonio del testatore venne posto sotto amministrazione della Corte; Mina presentò una domanda per l'ammissione di un suo credito di sterline 1760 (e rotti) e relativi interessi. Il *Master* (giudice della *Probate Division*) rifiutò l'ammissione. Mina impugnò questo provvedimento e la causa fu discussa (in primo grado) avanti il giudice Eve il 16 e 17 aprile 1912.

Ivi venne letta una *evidence* (nel caso, relazione peritale) quanto al diritto italiano (3) in merito all'interpretazione del documento italiano — privata scrittura — e per dimostrare che tale atto era valido in Italia senza bisogno di *consideration*,⁴ in quanto la *moral obligation* di pagare era sufficiente per fondare una promessa giuridicamente vincolante (*legal obligation*).

CLAYTON e MAUGHAN, avvocati dell'istante (preteso creditore): « Secondo il diritto inglese, questa pretesa potrebbe non essere giuridicamente riconosciuta a seguito della liberazione del fallito da tutti i suoi debiti nel fallimento (4), se la promessa di pagare (*contract*) contenuta nel documento fosse un *nudum pactum*. Ma qui si tratta di un *contract* giuridicamente sanzionabile (*enforceable*) nei Tribu-

nali italiani, e pertanto *enforceable* in Inghilterra. Di più, questo è una nuova promessa di pagamento (*new contract*) *enforceable* secondo il diritto inglese, se vi è una *good consideration*: *Heather and Son v. Webb*, 2 *C.P. Div.* I, 5.

«Una nuova promessa (*new promise*) di pagamento fa rivivere il vecchio debito. Nel presente caso v'è una nuova promessa di pagamento, un *new contract* rispetto al vecchio debito (5), e questo *contract* è *enforceable*, in quanto v'è un nuovo debito (*by reason of the fresh debt*): *Jakeman v. Cook*, 4 *Ex. Div.*, 26.

«Che, se questo non è un *new contract* secondo il diritto inglese, esso è comunque un *Italian contract*, fatto fra cittadini italiani, nella forma ammessa dal Diritto italiano (*in Italian form*) e da interpretarsi secondo il diritto italiano (seguono citazioni di *cases* e di Dicey, *Conflict of laws*).

«Secondo la relazione peritale (*evidence*), un simile contratto sarebbe *enforceable* in Italia (citazioni di *cases*).

«Pertanto è applicabile la *lex loci contractus*. Secondo il diritto italiano, una *moral obligation* è una base sufficiente per una promessa di pagamento: non è richiesta la *consideration*, come invece nel diritto inglese. Il *contract* è giuridicamente vincolante, in quanto vi sia una «causa» o un *good motive* (buono o sufficiente motivo: citazioni di HUNTER, *Roman Law*, 4 ediz., p. 597 e di *cases*)».

LAWRENCE e GREENLAND, avvocati per l'*executor* del patrimonio relitto da Bonacina: «La sola questione da risolvere riguarda il punto se la presente pretesa (*claim*, di Mina) concerne un debito, dal quale il debitore è stato liberato. L'art. 30 *sub* 3 del *Bankruptcy Act* 1883 costituisce una completa risposta a quella pretesa, in quanto in base a tale articolo essa concerne un debito, da cui il fallito è stato liberato (6). Il caso *Heather v. Webb* sopra citato è decisivo in materia. Non v'era (nel presente caso) alcuna nuova promessa (*new promise*) e non v'era alcun *agreement* vincolante il creditore a non agire entro un certo tempo (7) (*to give time*: citazione del caso *Kidson v. Turner*, 3 *H. e N.* 581).

«Si trattava di una mera obbligazione di pagare entro un certo

termine. Non v'è alcun indice di un intento delle parti nel senso che il debito dovesse esser fatto rivivere: si trattava di un mero riconoscimento di un debito esistente (8).

« Il caso *Jakeman v. Cook* sopra citato non può essere considerato come fonte di diritto (*as good law*), dacchè fu deciso il caso *Heather v. Webb* sopra citato. Gli elementi di una novazione fanno difetto nel presente caso. In *Jakeman v. Cook* sopra citato v'era un *fresh contract*; qui, invece noi abbiamo soltanto il riconoscimento di un debito esistente. Questo non è pertanto un *contract* riconosciuto in Inghilterra come fonte di un debito giuridicamente valido, ma è un *contract* contrario alla *policy* (principii di politica legislativa) del diritto (fallimentare inglese)... Uno degli scopi della legge fallimentare inglese è che il fallito ottenga la liberazione dai suoi debiti; e altro scopo si è che si deve evitare la frode ai creditori (citazioni di *cases*).

« Il nostro è, dunque, un mero *agreement* di pagare un vecchio debito ad un dato termine. Il creditore non si vincola affatto (9).

« Per quanto concerne il diritto italiano sul punto in questione, v'è un conflitto di opinioni fra i due avvocati che hanno testimoniato (10), ed è dubbio se la promessa contenuta nel documento in esame potrebbe essere giuridicamente sanzionata (*enforced*) in Italia. Non si accenna da quegli avvocati che vi fosse una qualche *consideration* per un *new contract*, ma soltanto una *moral obligation* come base di un *fresh agreement*. Si osservi che in *Jakeman v. Cook* v'era un *fresh contract*. E si noti in proposito che per creare un *fresh contract* (intendi, secondo il diritto inglese) vi deve essere un accordo da parte di Mina di non richiedere (*to enforce*) il pagamento del debito, se questo verrà pagato entro un certo termine (11). Ma nel caso nostro si ha soltanto uno *statement* da parte di Bonacina che egli pagherà ciò che egli è obbligato a pagare (12). Ci permettiamo di sottoporre la tesi che nel caso non sorge alcuna questione di diritto italiano (13).

CLAYTON, avvocato dell'attore, in replica: « La storia delle leggi inglesi sul fallimento mostra che la liberazione del fallito nel falli-

mento (*discharge in bankruptcy*) costituiva un *release* dei debiti e obbligazioni incorsi prima del *receiving order* (ordine di sequestro che apre la fase preparatoria ad un'eventuale dichiarazione di fallimento e priva il debitore della facoltà di contrarre nuovi debiti). Non v'era alcun divieto contro dei *futuri contracts*. Quando al caso *Kidson v. Turner* sopra citato, secondo il quale un'obbligazione *released by a discharge in bankruptcy* può esser fatta rivivere, (soltanto) se vi è una *good consideration*, si osservi che questo caso fu deciso sulla base dell'art. 204 del *Bankruptcy Act* del 1849, le cui parole sono ben diverse da quelle dell'art. 49 del *Bankruptcy Act* del 1869 e dell'art. 30 del *Bankruptcy Act* del 1883 (14)».

Il giudice Eve interrompe: « Se Mina avesse ottenuto una condanna di Bonacina in Italia, potrebbe egli agire in Inghilterra sulla base di tale condanna? ».

L'avvocato Clayton risponde e continua: « Sì. L'obbligazione creata dal *new contract* o promessa di pagamento (contenuta nella privata scrittura) non sarebbe affetta in Italia dal *discharge in bankruptcy* del vecchio debito pronunciato in Inghilterra in quella procedura fallimentare. Si tratta, nel nostro caso, di un *new contract* di pagare un vecchio debito, e la domanda di ammissione al passivo dell'eredità relitta da Bonacina dev'essere accolta ».

Il giudice EVE: ...(*omissis*: qui il giudice espone i fatti di causa, come riferiti nella premessa). « La difesa del creditore Mina ammette che l'*order of discharge in bankruptcy* liberò il testatore dall'originario debito; ma sostiene che l'affare (*transaction*) del 15 ottobre 1906 rappresentava un *new contract to pay*, e perciò dava luogo ad una *cause of action* (15) sorta dopo quel *discharge*.

« L'*executor*, che resiste a questo *claim*, sostiene che si tratta in sostanza di un'azione rispetto al debito, dal quale il testatore fu liberato per effetto del *discharge in bankruptcy*, e così che l'art. 30 *sub 3* del *Bankruptcy Act* del 1883 costituisce una completa risposta a tale *claim*.

« Queste opposte tesi rendono anzitutto necessario l'accertamento della vera natura dell'affare (*transaction*) intervenuto il 15 otto-

bre 1906. Nell'affrontare questo problema, bisogna tener presente che il creditore Mina non aveva in allora alcuna notizia del fallimento o del relativo *discharge*; e che il debitore Bonacina non ebbe mai, in qualsiasi maniera, a trattare il debito o la sua obbligazione di pagarlo come affettati da quel fallimento o dal *discharge*. Pertanto, le menti delle parti non erano dirette a considerare un qualsiasi problema sul come poter fare rivivere quel debito: sia le circostanze che la corrispondenza, che condussero a quell'affare del 15-10-1906, mostrano che il solo scopo delle parti fu di far risultare per iscritto un riconoscimento del sussistente debito (16).

«Passando ora all'esame del documento, che fu in allora sottoscritto, è da osservare che non si tratta di un documento che imponga qualche obbligazione al creditore (17); questi nemmeno lo sottoscrive. Il documento incomincia con un «dare atto» (*statement*), avente il carattere di una enunciativa (*recital*), che i conti fra le parti mostrano un debito di lire 43.959. Il debitore poi continua col riconoscere il debito e promette di pagarlo nel termine di cinque anni dal 1° gennaio 1907 in una sola volta o a rate, e con l'aggiunta che un interesse del 4% deve decorrere sul capitale ancora da pagare. Il documento conclude con la sottoscrizione di Bonacina, sopra la quale si trova, scritta da lui, la frase: «Riconosco il mio debito in lire 43.959».

«Secondo me, ai sensi del diritto inglese, quel documento non dà luogo ad alcuna *cause of action* (18). Si tratta di una *voluntary* (19) *promise* di pagamento, per la quale non v'è alcuna *consideration*, e che pertanto non può essere *enforced*. Non accolgo l'opinione che dai termini usati in quel documento si deve spremere a forza (*spell out*) una promessa da parte del creditore di concedere al debitore cinque anni entro i quali pagare il debito (20).

«Ma si sostiene inoltre, da parte dell'attore, che i sigg. Mina e Bonacina, entrambi italiani, compiendo quest'affare in Italia e inseguendovi il patto che il debito doveva essere pagato a Monza in moneta italiana (21), chiaramente intesero che i loro diritti dipendenti da quel documento dovessero essere regolati dal diritto italiano. E

si aggiunge, sempre da parte dell'attore, che secondo il diritto italiano, la promessa di pagamento in questione sarebbe *enforceable by action* (giuridicamente sanzionabile), nonostante la mancanza di una *consideration*; e che, contro una simile *action*, il *discharge*, ottenuto nel fallimento secondo il diritto inglese, non costituirebbe una valida difesa.

« Ritengo che queste tesi, in quanto asseriscono che il documento dev'essere interpretato (*construed*) in conformità al diritto italiano (22), siano fondate. Voglio anche supporre, ai fini della decisione — benchè non ritenga che l'istante Mina abbia bene stabilito questo punto (23) — che la promessa di pagamento, contenuta in quel documento, sia una promessa che possa dar luogo ad una condanna del promittente davanti alle Corti italiane, nonostante il *discharge in bankruptcy* avvenuto in Inghilterra.

« E che per ciò? Supponendo che Mina avesse ottenuto in Italia una condanna di Bonacina in base al riconoscimento di debito dell'ottobre 1906, e avesse poi cercato, sulla base di questa condanna, di ottenere in via coatta (*to enforce*) il pagamento in Inghilterra contro Bonacina o il suo patrimonio relitto, non sarebbe stato consentito a Bonacina, e non lo sarebbe oggi al suo *executor*, di resistere a quella pretesa sul motivo che il presente processo (o azione) è in sostanza un processo concernente un debito da cui il debitore ottenne una liberazione per legge (*statute*)? Ritengo che ciò sia possibile, e che la decisione del presente caso concerna una questione di fatto: quella di vedere se l'affare (*transaction*) dell'ottobre 1906 era un nuovo impegno (*new engagement*) di pagare un vecchio debito (24) da cui il debitore era stato liberato, oppure un mero tentativo di mantenere in vita il vecchio debito, che entrambe le parti credevano essere, e che magari secondo il diritto italiano era, ancora in vita, ma che, secondo il nostro diritto, era stato estinto (*barred*) dal fallimento. Ora, in relazione a questa questione di fatto, è chiaro che le parti considerarono e trattarono in tutto il documento il vecchio debito che era sorto prima del processo fallimentare; e, per questa ragione, io ritengo che qualsiasi pretesa (*claim*), fatta valere in Inghilterra in

base al documento dell'ottobre 1906, dev'essere in sostanza considerata come un'azione (*proceedings*) concernente il vecchio debito, e pertanto un'azione cui il *discharge in bankruptcy* costituisce una completa risposta.

« Nel ritenere ciò, non credo, e non intendo certo, dire qualcosa di incompatibile con la decisione del caso *Jakeman v. Cook* sopra citato. In quel caso, la Corte pervenne alla sua conclusione sulla base di questi fatti: che vi era — per usare la parola del giudice Cleasby — un effettivo *contract* di buona fede per far rivivere il vecchio debito per una *valuable consideration* sorgente dopo il *discharge in bankruptcy*. E la Corte ritenne che la promessa fatta dopo il *discharge*, sulla base della quale il creditore tenne una certa condotta (*acted on*) (25), costituiva una *cause of action*. Ma, nel presente caso, come ho già rilevato, non vi fu mai, dal principio alla fine dell'affare, una qualsiasi idea di fare rivivere un vecchio debito o di farne sorgere uno nuovo; la sola intenzione e il solo scopo delle parti furono quelli di far risultare per iscritto (*putting on record*) l'ammontare del vecchio debito, e questa situazione di fatto fa rientrare il presente caso nei principii che sottostanno ai casi *Jones v. Phelps* e *Heather v. Webbs* sopra citati (26).

« In conformità, respingo l'istanza ».

Contro questa decisione, il creditore Mina interpose appello. Gli stessi avvocati discussero per le parti e fecero valere gli stessi argomenti fatti valere nel precedente giudizio, citando inoltre altri *cases*...

COSENZ HARDY, M. R. così si espresse sull'appello: ... (*omissis*: qui il giudice riassume i fatti del caso, notando che il documento, chiamato *privata scrittura*, doveva considerarsi un *public instrument*: *was to be deemed to be a public instrument*):

« Si è sostenuto per l'*executor* che in base all'art. 30 *sub* 3 del *Bankruptcy Act* del 1883 nessuna azione o procedimento potrebbe intraprendersi in Inghilterra rispetto al debito in questione; e il giudice Eve accolse questa tesi.

« È importante osservare che l'ordine di *discharge in bank-*

ruptcy libera il fallito soltanto dai debiti che si sarebbero potuto insinuare nel fallimento (non da quelli sorti posteriormente) e che l'art. 30 *sub* 3 concerne soltanto i debiti da cui il fallito è stato liberato secondo l'art. 37 *sub*. 3. In conformità è stato ritenuto nei casi *Jakeman v. Cook* e in *Re Aylmer* (ex parte Cram, 70 L. T. Rep. 244) che una promessa, fatta dopo il *discharge*, di pagare un debito estinto dal *discharge* stesso, è perfettamente valida se sostenuta da una nuova e *valuable consideration*. Pertanto, se nel 1906 fosse stato fatto un contratto secondo il diritto inglese mediante una *consideration* (*value*), ritengo che l'istanza di ammissione al passivo dell'eredità Bonacina avrebbe dovuto essere senz'altro accolta.

« Senonchè la *privata scrittura* è un documento soggetto al diritto italiano, e la prova (peritale), addotta mediante avvocati italiani, sembra aver stabilito che secondo il diritto italiano la *doctrine* inglese della *consideration*, necessaria per sostenere un *contract*, non vi ha alcuna applicazione, ed inoltre che una *moral obligation* di pagare un debito è sufficiente per fondare un'obbligazione giuridica, se un documento, quale la *privata scrittura*, è stato all'uopo formato (*executed*). Mi sembra, pertanto, che l'istante Mina si trova in Inghilterra precisamente nella stessa situazione, in cui si sarebbe trovato, se vi fosse stato un *contract* secondo il diritto inglese, portante la stessa data e con una nuova e *valuable consideration* (27). In breve, l'istante si fonda su un nuovo e *enforceable contract*, compiuto dopo il *discharge in bankruptcy* e pertanto non soggetto in alcun modo al disposto dell'art. 30 *sub* 3.

« Per qualche istante rimasi piuttosto impressionato dalla decisione del caso *Kidson v. Turner* sopra citato. Senonchè quella decisione si fondava sul linguaggio dell'art. 204 del *Bankruptcy Act* del 1849, il quale differisce notevolmente dall'art. 30 dell'*Act* del 1883 oggi in vigore (28)...

« Nè ritengo che la decisione del caso *Heather v. Webbs* possa avere qualche applicazione nel presente caso. In quel caso v'era un *contract* (29), senz'alcuna *consideration*, recante l'obbligazione di pagare un debito estinto nel fallimento. Qui, invece, v'è un valido e

enforceable nuovo *contract* (30) successivo al *discharge*... Per queste ragioni ritengo che la decisione del giudice Eve dev'essere riformata... ».

FARWELL L. J.: « Sono della stessa opinione. Se un'azione fosse promossa in Inghilterra sulla base dell'*agreement* del 15 ottobre 1906 come su un *stated account* (riconosciuto estratto conto di debito), tale azione fallirebbe, perchè le voci, su cui si fonda lo *stated account*, rivelerebbero immediatamente la mancanza di una *consideration*. Non si può più far ricorso al dovere morale (*moral duty*), che ai tempi di Lord Mansfield (31) era sufficiente base di una promessa, e ciò perchè il *Bankruptcy Act* del 1883 libera il fallito da tutti i debiti che avrebbero potuto essere insinuati nel fallimento e lo legittima a eccepire quella liberazione contro ogni azione o procedura « concernente qualsiasi debito da cui egli è stato in quel modo liberato... »

« Ma, mentre l'*Act* del 1883 ripudia quella *consideration* consistente o inerente nel debito *discharged*, l'*Act* stesso non rende illegale, e meno ancora immorale, il pagare o il promettere di pagare il debito, da cui il fallito è stato come sopra liberato. Pertanto se il fallito dopo il *discharge* fa un nuovo *contract* per una *valuable consideration*, egli può così (giuridicamente) vincolarsi a pagare il vecchio debito. Le persone rispettabili (*honourable*) pagano i loro giusti debiti, se lo possono, protette o meno che siano dalla liberazione in *bankruptcy*, proprio come le persone rispettabili pagano delle scommesse perdute in modo *fair*, benchè queste non diano luogo ad un vincolo giuridico. È bene stabilita la distinzione fra un *contract*, che è meramente nullo (*void*), e un *contract* immorale. Il primo è una mera nullità innocua rispetto al bene o al male. Il secondo vizia e distrugge l'intero nuovo *contract*, come ho cercato di spiegare nel caso *Hyams v. Stuart King*.

« Pertanto, se un fallito che ha ottenuto il *discharge* desidera concludere affari con coloro che già lo fornivano (prima del fallimento) e vede che essi si rifiutano di fornirgli altra merce a prezzi normali e finchè egli non paghi o garantisca il residuo loro credito

insinuato nel fallimento, è consentito al fallito e a quei fornitori di concludere un valido *contract* per raggiungere quel loro scopo: *Jakeman v. Cook e Re Aylmer* sopra citati (32). Tutto ciò che si richiede per la validità di un simile *bargain* è che esso sia fatto dopo il *discharge* e in buona fede e *for value (consideration)*. Non starò a considerare se sia valido un *act under seal* o un *bond*: il caso *Kidson v. Turner* sopra citato può essere ripreso in considerazione, quando si ripresentasse (33).

« Nel presente caso il nuovo *contract*, benchè fatto molto tempo dopo il *discharge* (nell'ottobre 1906), non ha secondo il diritto inglese nessuna *consideration* che lo possa sostenere. Senonchè si tratta di un *contract* italiano (nell'orbita del diritto italiano), fatto in Italia fra italiani, retto quindi dal diritto italiano: la prova peritale mi ha convinto che questo *contract* è valido e *enforceable* in Italia. Se così è, l'unico ostacolo alla sua validità in Inghilterra scompare; nessuna questione di procedura sorge; un *contract* che in Inghilterra è *void*, senz'essere *immoral*, può essere perfettamente valido in un paese straniero e, se così è, esso può essere *enforced* in Inghilterra, salvo vi sia qualche norma di procedura che faccia ostacolo all'azione (citazione di un *case*). Ma qui non si presenta una norma del genere, salvo che il *discharge* (in *bankruptcy*) possa essere efficacemente eccepito come una liberazione; ma non può esserlo nel caso, perchè il *contract* (dell'ottobre 1906) è successivo al *discharge* e la questione della *consideration* concerne non la procedura, ma la validità del *contract*, e questa è materia lasciata, nel caso, al diritto straniero (34).

Ritengo, pertanto, che l'appello dev'essere accolto ».

KENNEDY, L. J.: « A me pare, dopo aver considerato le eccellenti perorazioni dei dotti avvocati da entrambe le parti, che la nostra decisione nel presente caso deve dipendere dal carattere e dagli effetti della « privata scrittura » come documento legale secondo il diritto italiano. Se la pretesa (*claim*) dell'appellante Mina dovesse considerarsi semplicemente come un *claim* per ottenere il pagamento di un debito insinuabile nel fallimento ai sensi dell'art. 37 del *Bankruptcy Act 1883*, e pertanto un debito *discharged* per l'art. 30

sub 2, sarebbe chiaro che l'art. 30 *sub 3* consente all'appellato, *executor* del debitore, di opporre una vittoriosa difesa a tale *claim*; in tal caso la pronuncia del giudice Eve, che respinge quel *claim*, sarebbe del tutto esatta. Infatti, l'eccezione (*objection*) contro un simile *claim*, eccezione creata dall'art. 30 *sub 3*, è materia di procedura e in ogni materia del genere prevale la *lex fori* (35).

« Senonchè — ed è qui che io sento di dovermi separare dal dotto giudice di primo grado — ecco il problema: deve il *claim* dell'appellante essere trattato *sic et simpliciter* come un *claim* concernente un debito insinuabile nel fallimento del defunto debitore? Mi pare di no. Il dotto giudice (Eve) ha trattato la « privata scrittura » come un documento che merita da parte della Corte tanto poca attenzione, quanto la promessa di pagamento del debitore di cui al caso *Heather v. Webbs*, il cui principio quel dotto giudice ritiene governare il presente caso. Non posso consentire in questa opinione. L'effetto della « privata scrittura », quanto al produrre un vincolo giuridico, deve essere determinato secondo il diritto italiano; e, a quanto io intendo dalla prova peritale addotta circa il diritto italiano, questa « privata scrittura » creava in sè e per sè contro Bonacina un'obbligazione valida e giuridicamente sanzionabile, a partire dalla sua sottoscrizione da parte di Bonacina il 15 ottobre 1906, cinque anni, credo, dopo che egli aveva ottenuto il *discharge* nel fallimento inglese, del quale, fin dopo la morte di Bonacina, l'appellante nulla seppe. Nel caso *Heather v. Webbs* sopra citato, il *claim* dell'attore concerneva un vecchio debito insinuabile nel fallimento del convenuto, e la mera promessa di pagamento del debitore, nonostante il previo *discharge in bankruptcy*, non poteva creare alcuna nuova obbligazione secondo il diritto inglese, in quanto non v'era alcuna *consideration* per quella promessa. Se vi fosse stata una *valuable consideration* per questa, il giudizio della Corte, com'è dimostrato dal successivo caso *Jakeman v. Cook*, sarebbe stato diverso.

« La *doctrine* della *consideration*, quale si trova da noi, è peculiare alla nostra *common law*; non la si trova nel diritto italiano o, per quanto io sappia, nel diritto di altri paesi del continente che de-

rivano i principii della loro *jurisprudence* in tema di contratti dal diritto romano. Nel presente caso la « privata scrittura », in quanto fondata sulla *moral obligation* di pagare un giusto debito, credè, secondo il diritto italiano, una nuova e valida obbligazione, così come nel caso *Jakeman v. Cook* si ritenne crearla la promessa, fatta da un debitore, per una valida *consideration*, di pagare un debito dal quale egli era stato liberato per il *discharge in bankruptcy*: V. anche il caso *Re Aylmer* sopra citato.

« L'interpretazione e l'obbligazione della « privata scrittura », come ha riconosciuto lo stesso giudice *Eve*, sono rette dal diritto italiano, il diritto da applicare a quel *contract*. Ma, se così è, il *claim*, cui diede luogo la privata scrittura, era un nuovo *claim* — come nuovo era il *claim* creato dall'accordo successivo alla chiusura del fallimento nel caso *Jakeman v. Cook*. Come tale, il *claim* dell'appellante non può essere con ragione trattato come un *claim* concernente un debito insinuabile nel fallimento di *Bonacina* ai sensi del *Bankruptcy Act 1883*. L'appello, pertanto, dev'essere accolto ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 11 specie *sub c*; § 28 *sub a*; § 37 e il caso francese *Coureau* e i tre successivi riferiti in questo vol. II, parte I, cap. V.

Abbiamo riferito testualmente (salvo pochi *omissis*) tutto il *report* di questo *case*, sia per dare al lettore un esempio della discussione fra giudici e avvocati e del relativo *report* in un paese di *common law*, sia per l'altissimo interesse che il *case* presenta per il diritto comparato e per il punto di vista considerato nel vol. I § 37. La diversità di principii, di tecniche e di mentalità fra i due sistemi giuridici vi si svolge brillantemente (a parte qualche menda) e, diremmo, più nell'azione dei giudici e degli avvocati, che nel pensiero. È, per così dire, il diritto comparato in azione.

Il *case* è molto interessante anche per i principii di diritto internazionale privato (*conflicts of laws*) che esso tocca.

Ma per apprezzare e, vorremmo dire, per gustare il *case*, riteniamo opportuni alcuni chiarimenti, che cercheremo di dare in una serie di note secondo la numerazione inserita nel testo del *report*.

(1) Sul *discharge in bankruptcy v. infra* nota 6.

(2) Si tratta della *Probate, Divorce and Admiralty Division* della *High o Supreme Court* sedente (per tutta l'Inghilterra) a Londra. Tale

Division tratta, per una connessione dovuta a mere ragioni storiche, oltre le cause di divorzio e di diritto marittimo, le questioni testamentarie e di amministrazione o liquidazione di eredità, secondo il sistema proprio della *common law* in quest'ultima materia; sistema, il quale non ammette il nostro concetto di successione, ma quello di una liquidazione del patrimonio relitto, a mezzo di un *executor*, per rimetterne poi l'eventuale residuo netto agli «eredi e legatari» (per usare un nostro concetto).

(3) Per la conoscenza del diritto straniero davanti ad una Corte dei paesi di *common law*, ci si vale di una relazione peritale, considerata come materiale probatorio o *evidence* orale (v. Avvertenze a questo volume II, n. 5).

(4) V. *infra* nota 6.

(5) Qui gli avvocati di Mina, oltre che alla tesi di cui a nota 14, si riferiscono alla tesi che l'invalidità della promessa di pagare un debito estinto per *discharge in bankruptcy* (v. *infra* nota 6) non si estende, comunque, al caso in cui quella promessa contenga un *new contract*, cioè un *contract* o obbligazione contrattuale avente una propria e nuova *consideration*. Sembra che, secondo quegli avvocati, nel caso tale *consideration* consisterebbe nella promessa, più o meno implicita, da parte del creditore Mina, di non agire per un certo tempo (il termine entro il quale con la privata scrittura Bonacina aveva promesso di pagare): v. per questa tesi e pel suo valore *infra* note 7 e 20.

(6) Secondo il diritto fallimentare inglese (e anche americano), il fallimento si deve chiudere col *discharge in bankruptcy*, cioè con la liberazione del fallito dai debiti (insinuabili o *provable* nel fallimento), anche per la parte non pagata, o per quelli non insinuati e anche se un creditore, che non si è insinuato, non sapeva nulla della procedura fallimentare. Tuttavia il *discharge* può essere assoggettato a certe condizioni, come quella che il fallito consenta a procurare un titolo esecutivo (nella forma di un *judgment*) per i debiti non soddisfatti alla data del *discharge*. Il *discharge* non vale per le obbligazioni nascenti da *fraud* o da fraudolenta violazione di un *trust*.

Ora, la tesi degli avvocati del convenuto è la seguente: ai sensi dell'art. 30 *sub* 3 legge fallimentare del 1883, la semplice promessa di pagare un debito, per cui vi sia stato quel *discharge*, non vale nulla, se essa promessa non è un *new contract*, in quanto si tratterebbe ancora di far valere quello stesso debito oggetto del *discharge* (pel diritto americano v. nota 14). Diverso è il caso in cui vi sia un *new contract*, cioè una promessa con una propria *consideration* (non consistente nella mera *moral obliga-*

tion: v. vol. I § 28 nota *sub a*). Su tale *new contract* e sulle varie sue *considerations*, v. sopra nota 5 e *infra* note 7 e 25.

(7) Una *consideration*, per la promessa di pagare il debito oggetto del *discharge*, potrebbe consistere anche in una promessa del creditore di non agire o non chiedere il pagamento entro un dato termine (v. sopra nota 5). Benchè ad una azione pel debito, oggetto del *discharge*, si possa opporre il *bar* del *discharge* stesso, il promettere di non agire o di non chiedere il pagamento di un debito, anche naturale, può essere una valida *consideration* per la promessa di pagarlo: v. i casi *ex parte* Martingell e Goodson v. Grierson in nota al caso Orr. v. Orr.

(8) Intendi: supposto o considerato come esistente dalle parti; ma ciò varrebbe, anche se il debito fosse effettivamente esistente: v. vol. I § 28, p. 388.

Quest'argomento è addotto per escludere alla radice l'idea di un *new contract*, per il quale, oltre la *consideration*, sarebbe necessario l'intento di far rivivere il vecchio debito oggetto del *discharge*, promettendone il pagamento. Per quest'argomento v. anche il giudice Eve *infra* nota 24, anche quanto al problema del diritto italiano.

(9) Con una *consideration*, come quella di cui a nota 7 o quella di cui a nota 32.

(10) V. sopra nota 3. Per il probabile contenuto di questo dissidio fra i due avvocati periti, v. il nostro vol. I § 11 e *infra* note 16 e 24.

(11) V. nota 7.

(12) Intendi, « obbligato », a parte la questione del *discharge in bankruptcy*.

(13) Per questa tesi v. *infra* a note 16 e 24 l'opinione del giudice Eve.

(14) Su questo punto v. *infra ad* nota 28 l'opinione del giudice Cozens. L'avvocato di Mina vuol sostenere che, mentre nell'*Act* del 1849 era provveduto espressamente per la nullità delle promesse (semplici, a parte la sussistenza di una nuova *consideration*) di pagare un debito oggetto del *discharge*, negli *Acts* del 1869 e 1883 non se ne parla espressamente. Ma questa tesi, fondata sul silenzio della legge, è stata respinta dalle Corti inglesi: v. i casi citati e lo stesso caso Bonacina *infra* nel testo.

Diverso, sul punto, il diritto americano, che ammette quelle semplici promesse: v. § 87 *Restatement* americano sui *Contracts* e WILLISTON, *Contracts*, § 158; nonchè il nostro vol. I § 28, p. 386 e nota 4, ove devesi leggere, invece di « liberazione nel concordato », « liberazione nel concordato fallimentare e nel *discharge in bankruptcy* ».

(15) Il concetto di *cause of action*, fondamentale nella *common law*, ma con il quale un giurista di *civil law* non può facilmente familiariz-

zare, sembra quello di un complesso di fatti, ivi compreso un *contract*, i quali siano capaci a determinare il diritto ad ottenere un provvedimento favorevole della Corte, di solito quello richiesto dall'attore. V. SERENI, *Aspetti del processo civile negli Stati Uniti*, Milano, 1954, pp. 45-46.

(16) Supposto sussistente, o anche davvero sussistente giuridicamente: v. sopra nota 8.

Quest'osservazione del giudice Eve è molto importante anche per la questione nel diritto italiano e nella *civil law* in genere: v. vol. I § 11 nota 22 e i casi francesi Coureau e successivi riferiti nel vol. II, parte I, cap. V. Ritorniamo su questo punto: v. anche *infra* nota 24.

(17) V. sopra note 5 e 7.

(18) V. sopra nota 6.

(19) *Voluntary promise*, come in altri casi riferiti in questo II vol., significa tecnicamente « senza un *bargain* », spontanea o anche « *gratuitous* » in senso tecnico (v. vol. I § 28 *sub b*).

(20) V. note 5 e 7.

(21) Sono, questi, alcuni dei criteri di collegamento ammessi dal diritto internazionale privato inglese (*conflict of laws*) per vedere se un dato contratto fu concepito dalle parti nell'ambito di un dato ordinamento giuridico.

(22) V. nota 21.

(23) V. note 10 e 16 e quanto diremo *infra*.

(24) Per questo *new contract* il giudice Eve non sembra voler porre i requisiti di un *contract* inglese; egli ne giudica come *contract* italiano; ma vuole che almeno, anche così considerato, esso sia un *new contract*, cioè animato dal comune intento delle parti di promettere l'adempimento di un'obbligazione naturale, e non semplicemente di riconoscere un debito supposto esistente e magari esistente secondo il diritto italiano. Altrimenti, dice il giudice, si rientra nel « far valere il precedente debito », il che è precluso dalla legge fallimentare inglese. V. anche sopra nota 16 per la *civil law*.

(25) Su questo *acting on the faith of the promise* v. vol. I § 27 *sub a*, specie nota 2. Tale *acting*, nel caso Jakeman v. Cook, consistette, a quanto pare, nel fornire altre merci all'ex fallito. V. *infra* nota 32.

(26) V. note 24 e 16.

(27) Sul concetto di *valuable*, v. vol. I § 30 *sub a et b* nota 4.

(28) V. sopra nota 14.

(29) S'intende, un *contract* disciplinato dal diritto inglese e perciò nullo in mancanza di *consideration*.

(30) S'intenda, valido secondo il diritto italiano da applicare al caso Bonacina.

(31) V. vol. I § 28 *sub a* nota 7.

(32) V. nota 25.

(33) Nel caso *Kidson v. Turner*, fondato sulla legge fallimentare del 1849, che aveva un provvedimento espresso a differenza delle leggi successive (v. sopra nota 14), si ritenne che anche un *bond*, atto *formale*, non fosse valido.

(34) Per la delicata concezione di materie di procedura nel diritto privato internazionale inglese (*conflicts of laws*) v. anche nota 35, nonché vol. I § 34 nota 19.

(35) V. nota 34.

Dopo queste note di chiarimento, veniamo al punto del caso Bonacina, che è, a vero dire, una questione di diritto italiano.

Lasciamo da parte la curiosa concezione che si legge nel *case*, e cioè che la « *privata scrittura* è un documento valido secondo il diritto italiano *come un atto pubblico* » (equivoco derivante dalla solita clausola di stile « la presente privata scrittura da valere ad ogni effetto come atto pubblico », dove da noi ognuno sa che non vale come tale!). E così lasciamo da parte l'altrettanto curiosa concezione che la privata scrittura conteneva un *Italian contract in Italian form*, quando da noi ognuno sa che la privata scrittura non è una forma, almeno una forma prescritta per promesse di pagamento del genere. A queste curiose concezioni o informazioni si collega il passo, ove il Giudice Cozens Hardy, riferendosi alla prova peritale sul diritto italiano, ne dice che « una *moral obligation* è sufficiente per fondare un'obbligazione giuridica, *se un documento quale la privata scrittura è stato all'uopo formato* ». Ognuno sa che, per rendere valida la promessa di adempimento di un'obbligazione naturale, se si ammette che valida sia, non occorre alcuna forma scritta (chè, se si richiede quella dell'atto pubblico, il problema è superato: v. vol. I § 11).

Il vero punto della questione, per il diritto italiano e per la *civil law* in genere, è quello adombrato dal giudice Eve: v. sopra note 16 e 24. Ed il punto non manca di una certa delicatezza. Lo svolgiamo in forma di questionario, tenendo presente che, secondo ne dice Farwell L.J., una promessa di pagare un debito colpito da *discharge in bankruptcy* non è contraria alla *public policy* nè *immoral*, e che tutto ciò che si esige per tale promessa si è che essa sia giuridicamente sanzionata (*enforceable*) secondo la legge del luogo ove venne fatta.

a) Posto che il prestito fatto da Mina a Bonacina per il mantenimento della famiglia di questi, ecc., rientrasse nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, in quanto Mina e Bonacina erano cittadini ita-

liani e o per altre circostanze di collegamento che non risultano dal *case*, il *discharge in bankruptcy* inglese produceva, secondo il diritto italiano, l'estinzione di quel debito?

In caso di risposta negativa, si tratta di vedere se la promessa di pagamento, contenuta nella scrittura privata e fatta sulla base del riconoscimento di un estratto conto, produceva nella *civil law* un'obbligazione per sè stante, o se l'obbligazione era sempre quella del cosiddetto rapporto fondamentale, e ciò ai fini di quanto accennato sopra nota 24 (v. vol. I § 22 nota esplicativa 4, pp. 311-312 e seguenti, specie nota 36). Dato che vi fu discussione del conto e che le parti si accordarono per riconoscerlo, sembra che ne nascesse un'obbligazione nuova: v. vol. I § 28 *sub a* in fine, p. 390.

In caso di risposta affermativa a quel quesito, e cioè se il *discharge* operava anche nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, benchè il prestito fosse « italiano », o perchè « inglese », sorgono i problemi più delicati, di cui alle lettere seguenti e che concernono la promessa per adempiere un'obbligazione naturale (v. vol. I § 11).

b) V'era indubbiamente in Bonacina, nel promettere con la nota scrittura privata, l'intento di obbligarsi giuridicamente, e non di meramente riconoscere un'obbligazione naturale (v. vol. I § 11 nota 22 e i casi francesi in questo vol. II, parte I, cap. V). Ciò risulta dallo stesso testo della scrittura e dalla clausola « da valere come atto pubblico » probabilmente in essa contenuta (v. vol. I § 14 *ad* nota 16). Che, se Bonacina non avesse avuto quell'intento, e dato che Mina non sapeva in allora del fallimento e del relativo *discharge*, si sarebbe avuto un problema di dissenso, da risolversi coi principii sull'affidamento o sulla riserva mentale.

Ma l'intento di Bonacina, che sapeva del suo *discharge*, era quello di promettere (come vincolo giuridico) per adempiere ad un'obbligazione naturale? Se sì, sorgono i due problemi di cui alle seguenti lettere *c et d*.

c) La promessa in adempimento di un'obbligazione naturale del genere di quella in esame era giuridicamente valida secondo il diritto italiano o, almeno, la giurisprudenza italiana di quell'epoca? V. vol. I § 11, specie p. 133 *ad* note 18 seguenti, specie nota 22, e vol. II, parte I, cap. III.

d) In caso di risposta affermativa al precedente quesito, avrebbe rilievo, per modificare la soluzione, il fatto che Mina riteneva che lo scopo o « causa » della promessa fosse quello di accertare una obbligazione civile e prometterne il pagamento?

e) Supposto, invece, che Bonacina, pur sapendo del suo *discharge*, ma non comprendendone la portata o ritenendo che esso non fosse operante nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, in cui rientrava la

scrittura privata, avesse l'intento di accertare e promettere il pagamento di un'obbligazione civile, quale valore avrebbe quest'errore *nel caso specifico* (sia per la natura di quel *discharge* che per lo stato d'animo di Mina)? V. vol. I § 11, p 131 *ad nota* 14.

Questo problema si può tradurre nei seguenti termini:

L'obbligazione naturale, come *cause suffisante* nel senso di che al vol. I § 11, specie *ad nota* 1, opera in modo oggettivo, cioè quale « causa » di giustificazione di un vincolo giuridico (a prescindere dallo schema formale-causale della donazione), oppure soltanto in modo soggettivo, cioè in quanto vi sia l'intento concorde delle parti, o almeno del promittente, di promettere in adempimento di un'obbligazione naturale? Almeno in un caso così grave come il presente, in cui per la legge italiana il debito *civile* sussisteva e data, secondo il nostro spirito, l'ingiustizia di una diversa soluzione, non si deve accogliere la concezione oggettiva?

f) Probabilmente Bonacina non si pose neppure il problema di promettere in adempimento di un'obbligazione naturale, o, invece, in riconoscimento di un'obbligazione civile (v. sopra a nota 16 l'opinione del giudice Eve). In tale situazione, e tenuto conto dello stato d'animo di Mina, cosa pensa il lettore circa il trattamento giuridico di tale promessa?

Se si dovesse ritenere che regna il dubbio circa l'intento di Bonacina (di promettere per un'obblig. nat. o, invece, di riconoscere un'obblig. civile), in quale senso, nel dubbio, si dovrebbe interpretare la promessa quanto alla direzione di tale intento? V. artt. 1131 segg. cod. civ. italiano del 1865; artt. 1362 segg. c. civ. italiano del 1942.

g) Quale apprezzamento fa il lettore dell'opinione del giudice Eve, di che sopra alle note 16 e 24?

E quale apprezzamento, invece, dell'opinione dei giudici della Corte d'appello in relazione, specialmente, al quesito posto sopra *sub e*? Si noti anche la definizione della « causa », data dagli avvocati Clayton e Maugham, come di un *motive* col requisito di essere *good* .

RE ROSS, HUTCHINSON v. ROYAL INSTITUTION
FOR THE ADVANCEMENT OF LEARNING

Quebec Court of Appeal, 1931. — K. B. 107 (Que. C. A.) e
Supreme Court of Canada, 1932. — S.C.R. 57

CASO DI DONAZIONE CUM ONERE E PER UN DOVERE MORALE TRATTATO DA DUE
PUNTI DI VISTA: CIVIL LAW E COMMON LAW.

(il *case* è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

Ecco il fatto di causa, quale è diligentemente riferito nell'interessante lavoro di H. Newman, *The doctrine of cause or consideration in the civil law*, *The Canadian Bar Review*, 1952, p. 670 segg.

Nel 1914 il sig. J.K.L. Ross (in seguito venuto a morte) promise un contributo (*subscription*) di dollari 150.000 alla McGill University, il cui titolo formale è The Royal Institution for ecc. Tale *subscription* venne fatta per l'erezione di un *gymnasium* che doveva portare il nome di Ross Memorial Gymnasium, con la condizione che l'Università destinasse al completamento del *Gymnasium* anche una certa somma di dollari 100.000, che era stata lasciata dal padre del sig. Ross all'Università (pare, senza quella specifica destinazione).

Nel 1920 lo stesso sig. Ross fece un'altra *subscription* di 200.000 dollari ad una campagna per una raccolta di fondi condotta dalla medesima Università, con l'intesa che la precedente *subscription* di dollari 150.000, non ancora pagati, doveva essere inclusa nei 200.000 dollari e con l'ulteriore intesa che esso sig. Ross liberava l'Università dall'obbligo di costruire il *Gymnasium*.

Su questa sottoscrizione di 200.000 dollari il sig. Ross ne versò 100.000, e successivamente chiese e ottenne una dilazione di tre anni per il pagamento del residuo, rilasciando all'uopo all'Università una cambiale diretta o pagherò (*promissory note*) pagabile a tre anni dalla sua data.

Poco prima che la cambiale venisse a scadenza, il sig. Ross fu dichiarato fallito. L'Università presentò al *trustee* del suo patrimonio una domanda per l'ammontare della detta cambiale.

Il *trustee* si rifiutò di ammettere tale domanda, sostenendo che, ai sensi dell'art. 10 del *Bills of Exchange Act* o legge cambiaria, si

dovevano applicare i principii della *common law* e che non v'era, per la cambiale in questione, alcuna *valuable consideration*, come invece richiesto dall'art. 53 della stessa legge (1).

La causa giunse alla Corte d'appello di Quebec; e qui la maggioranza dei giudici ritenne che il diritto applicabile al caso fosse la *civil law* (2) e che, secondo questa, v'era una *cause* per la promessa cambiaria, sicchè il contratto doveva considerarsi a titolo oneroso (3).

Il giudice Dorion così si espresse in proposito:

« En droit anglais le mot *considération* sousentend *valuable consideration* (4), tandis que dans le droit français la cause ou considération n'est que le motif qui détermine le consentement des parties. Ainsi il y a toujours une cause ou considération dans une donation, et cette cause c'est l'intention de faire du bien au donataire; c'est un contrat à titre gratuit, ou contrat de bienfaisance (5)... On soutient avec raison qu'un simple intérêt moral peut être une considération *valable* dans un contrat et qu'il en fait un contrat à titre onéreux. Mais encore exist-t-il une différence entre une considération morale et le désir de faire du bien. On sait à quelles controverses a donné lieu la *cause ou considération*; elle n'est en définitive que le motif qui détermine la volonté du contractant; cela va de soi, car on n'agit jamais sans motif, et le contrat sans considération se réduit à celui qui n'a pas été voulu » (v. su ciò il nostro vol. I, § 4 nota 20).

Sulla base di queste considerazioni il giudice Dorion ritenne:

— Che la prima *subscription* del 1914 per 150.000 dollari non aveva alcuna *considération* o *cause* (s'intenda, nel senso di una *cause* diversa dal mero *désir de faire du bien*). Si trattava di una pura donazione, nulla perchè non rivestita della forma dell'atto notarile (6).

— Che la seconda *subscription* del 1920 per dollari 200.000 costituiva un mero riconoscimento della precedente *subscription* con l'aggiunta di un'altra *subscription* per 50.000 dollari, la quale pure mancava di *considération* (nel senso e con gli effetti testè accennati).

— Ma che la *promissory note* o cambiale costituiva l'adempimento di un debito d'onore, che imponeva al sig. Ross un'obbligazione morale o naturale, quella, cioè, di mantenere integro il proprio onore (7).

Questo punto fu svolto anche dal giudice Bernier come segue:
« Pour former un contrat, on ne peut mettre en doute qu'une obligation de conscience ou une obligation naturelle est suffisante ». E all'uopo il giudice cita Pothier: « On appelle obligation naturelle celle qui, dans le for de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui la contracte à l'accomplissement de ce qui y est contenu ».

E così conclude:

« Si le simple désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse ou d'honneur peut constituer une cause suffisante d'engagement rentrant dans la classe des actes à titre onéreux, on doit en conclure 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 une considération suffisante pour les rendre obligatoires » (8).

In conformità a queste considerazioni il giudice Bernier ritenne che non soltanto la *promissory note*, ma anche le precedenti due *subscriptions* erano valide senza bisogno della forma dell'atto notarile prescritta per le donazioni; e ciò perchè tutte quelle promesse rappresentavano dei *contrats à titre onéreux* fondati su una *considération (cause ou intérêt) morale*.

Il giudice Bond, rimasto in minoranza, dissentì dall'opinione dei suoi colleghi. Ritenne che si dovessero applicare al caso i principii della *common law*; e che, secondo questi principii, mancava una *consideration* (qui assunta nel senso tecnico proprio della *common law*) sia nelle due *subscriptions*, che nella *promissory note*; e che questi erano pertanto nulli (9). In proposito il giudice Bond, citando POLLOCK, *Contracts*, 9^a ediz., p. 178 e LEAKE, *Contracts*, 7^a, p. 449, osserva che « *La considération* è quel *quid* che viene dato e accettato come scambio per la promessa. Possono concorrere ulteriori *motives*, scopi o aspettative, ma questi, dal punto di vista giuridico, sono irrilevanti... *La consideration* deve provenire dal promissario (10) ».

Su ricorso del *trustee*, la *Suprema Court of Canada* confermò la decisione (di maggioranza) della Corte d'appello favorevole all'Uni-

versità. Ritenne che la maggioranza della Corte d'appello aveva retamente giudicato, se al caso si doveva applicare la *civil law*. Ma che, anche se vi si doveva applicare la *common law*, la decisione favorevole all'Università doveva essere mantenuta, in quanto v'era nel caso una *consideration* secondo gli stessi principii della *common law*. E ciò perchè:

— La prima *subscription* del 1914 per 150.000 dollari era assistita da una *consideration*, come contratto oneroso, in quanto l'Università si era obbligata a costruire il *gymnasium* (11).

— La *subscription* del 1920 pure aveva una *consideration*, in quanto l'Università aveva acconsentito di stornare la somma, di cui alla prima sottoscrizione, dal fondo per la costruzione del *gymnasium* e di trasferirla al fondo generale di dotazione dell'Università (12).

— Quanto alla *promissory note*, la dilazione di tre anni ottenuta mediante il rilascio della *note* costituiva una *consideration* per la *note* stessa. La Corte osserva in proposito che la *forbearance* (cioè la rinuncia o l'astensione dal fare qualcosa che si ha diritto di fare, nel caso, il diritto di agire pel pagamento della precedente *subscription*, per di più in sè valida), costituisce sempre una *sufficient consideration* per la *common law* (13).

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 9 specie *ad* note 8, 9 e 10; § 10; § 11 specie *ad* note 10 e 17, nonchè vol. II, parte I, capp. II e III (donazione *cum onere*, *causa praeterita* e donazioni ad un ente).

Quanto alla *common law*, v. vol. I §§ 26; 28 *sub a*; 30 *sub a*; 34 *sub d*; nonchè la nota 1 al caso Allegheny College nel vol. II.

Facciamo seguire alcune note di chiarimento, secondo i richiami inseriti sopra nel testo del *case*.

(1) V. vol. I § 34 *sub d*. Il *Trustee* (v. note 1 e 2 al caso *Re Bonacina*) obiettava che le precedenti *subscriptions* non erano valide per difetto di *consideration* e che la *promissory note* non aveva quindi la *consideration* di un debito precedente (v. vol. I § 28, p. 388 e § 34 *sub d* nota 27), nè aveva una *consideration* propria.

(2) Quebec è paese di *civil law* (v. vol. I § 25 *sub d*, p. 329). Ma la questione del diritto applicabile doveva essere dubbia in base a qualche discutibile criterio di collegamento.

(3) Applicandosi la *civil law*, se il contratto fosse stato una donazione, sarebbe stato necessario l'atto notarile, essendo in vigore a Quebec l'istituto del notariato e il cennato requisito formale della donazione.

Senonchè sorgeva la questione circa la sufficienza della forma cambiaria, sia come dono manuale, che come donazione « indiretta o dissimulata » (v. vol. I § 22, p. 306 in fine e nota 37; e § 38 *sub d*).

Secondo ne dice Newman, nell'articolo citato, questa tesi fu respinta dalla Corte sotto il profilo che il dare una cambiale non costituiva un dono manuale.

(4) Su questo concetto di *valuable consideration*, v. vol. I § 30 *sub a et b*, specie nota 4.

(5) Su questo passo e sul seguente: v. vol. I § 5; § 9 *ad* note 8, 9 e 10; § 11 *ad* note 10 e 17.

(6) V. vol. I § 10 e § 12 *sub a ad* nota 1 e la nota al caso Ospedale Maggiore di Milano cr. Garovaglio, e vol. II, parte I, cap. II, sez. I, II e IV.

(7) Intende qui il giudice alludere ad un'obbligazione naturale del genere di quelle considerate nel nostro vol. I § 11 *ad* nota 25 segg., pp. 138-140?

(8) Questo punto non è ben chiaro (come inesatto sembra il concetto che la promessa per un'obbligazione naturale è *acte à titre onéreux*) e ciò in relazione anche a quanto il giudice Bernier dice, subito dopo, circa le precedenti *subscriptions* (v. vol. I § 9, pp. 98-99 e p. 105 *ad* nota 12).

(9) Su questo punto v. la nota al caso Allegheny College.

(10) V. analogo argomento nel caso Thomas v. Thomas e vol. I § 26 nota 26.

(11) V. nota 9, anche quanto al « Memorial ».

(12) Argomento più dubbio: v. vol. I § 30 *sub a*, e note ai casi Dunton v. Dunton e al caso Allegheny College in fine.

(13) V'era stato un *bargain* fra il rilascio della cambiale e la concessione di una dilazione? Non v'era un precedente debito valido, come *consideration*, per la cambiale? V. § 34 *sub d*.

Leggendo i passi succitati del vol. I e gli altri casi richiamati nelle precedenti note, il lettore sarà in grado di apprezzare il caso Re Ross.

Sarebbe questo un caso in cui la *civil law* (diritto francese) e la *common law* arriverebbero allo stesso risultato, ma per *vie diverse*.

Senonchè, riflettendo sulle note 5, 6, 7 e 8, il lettore può dubitare che anche secondo il diritto francese (salvo la tesi circa la validità della cam-

biale, di cui a nota 3) si potesse arrivare a ritenere valide quelle promesse

Certo si è che non ci si arriverebbe secondo la corrente dominante nella giurisprudenza italiana: v. nota 6 e vol. I §§ 10, 11 e 12 *sub a*, e vol. II, parte I, cap. II, sez. II.

BERRY RUSPOLI cr. BERRY CHIGI

C. Appello Roma, 19 dicembre 1933. — *Foro it.*, 1934, I, 609

CAUSA E CONSIDERATION. — ATTO NOTARILE E ACT UNDER SEAL. — DONAZIONE PER CAUSA DI MATRIMONIO E MATRIMONIO COME CONSIDERATION. — DONAZIONE CUM ONERE E CONTRATTO DI SCAMBIO.

(la sentenza è riferita come nel testo riportato dal *Foro it.* coi relativi *omissis*)

La Corte, ecc. — *Fatto* — Con citazione 20 gennaio 1931, ripetuta il 27 marzo ed il 20 aprile, la Principessa Donna Marian Berry in Chigi esponeva:

Che per favorire le nozze tra essa istante ed il Principe Don Sigismondo Chigi, celebratesi in Roma il 15 luglio 1928 col rito civile ed il 16 luglio successivo col rito religioso, la zia Donna Eugenia Berry ved. Ruspoli, con atto 9 luglio 1928, riconosciuto davanti al Console degli Stati Uniti d'America in Roma, le aveva assegnata una rendita di lire italiane 120.000 per anno e per tutta la durata della vita di essa Donna Eugenia Berry.

Che costei sino al 31 dicembre 1928 aveva corrisposto l'assegno versandolo in Roma in rate mensili, mentre dal 1° gennaio 1929 in poi non aveva eseguito alcun ulteriore versamento e vane erano riuscite le sollecitazioni per indurla a mantenere fede all'obbligo assunto. (*Omissis*).

Diritto. — L'atto che forma oggetto della controversia è del seguente letterale tenore:

« Roma - Italia, 9 luglio 1928.

« Io col presente atto dono alla mia nipote Marian aut Marian Berry il mio interesse quota nella proprietà situata nella contea Floyd Georgia, comprata da mio fratello L. J. Berry e conosciuta già come la proprietà L. J. Berry.

Io inoltre, per la mia vita natural durante, assegno, a mia nipote Marian Berry, una rendita di lire italiane 120.000 per anno.

L. S. Jennie E. Berry Ruspoli.

Regno d'Italia - Città di Roma.

Consolato Generale degli Stati Uniti d'America.

Io Giorgio B. Seawright, Vice Console degli Stati Uniti d'America in Roma - Italia, debitamente commissionato e qualificato col presente, certifico che il giorno 9 di luglio 1928 dinanzi a me è personalmente comparsa Jennie E. Berry Ruspoli a me personalmente conosciuta, e da me conosciuta essere la persona, il cui nome è sottoscritto, e che ha eseguito il precedente istrumento, ed essendo da me informata del contenuto del detto istrumento, essa debitamente ha riconosciuto di fronte a me di avere eseguito il medesimo liberamente, e volontariamente per gli usi e scopi in esso menzionati.

In testimonianza di che, io ho qui posto la mia firma ed applicato il sigillo ufficiale questo giorno ed anno sopra scritti.

F.to Giorgio (George) Seawright, Vice Console degli Stati Uniti di America in Roma - Italia ».

Ora è certo che il rapporto è regolato dal diritto americano sia per quanto concerne la forma, sia nei riguardi della sostanza e degli effetti; del pari è pacifico che dal lato formale esso è valido; la contestazione, quindi, si restringe alla validità intrinseca e precisamente si sostiene che manchi nell'atto quell'elemento essenziale dei negozi giuridici (1), che il diritto anglo-americano chiama « consideration » e che, per quanto non corrisponda perfettamente alla « causa » del nostro diritto, sostanzialmente ad essa equivale (2).

Precisati così i termini, nei quali si presenta la disputa, si osserva che l'argomentazione, con la quale il patrocinio dell'appellata contrasta l'impugnativa, si riassume in queste due proposizioni:

a) La promessa è fatta in una forma, che dispensa dalla prova di qualsiasi « consideration », cioè a mezzo di istrumento sigillato (*deed*);

b) La promessa è in ogni modo sostenuta da una valida « consideration » consistente nelle nozze che la Donna Marian Berry do-

veva contrarre e pochi giorni dopo effettivamente contrasse col Principe Don Sigismondo Chigi.

a) Della prima proposizione difensiva i primi giudici non si occuparono menomamente, del che si duole l'appellata spiegando all'uopo financo reclamo incidentale. E poichè la questione ha manifestamente carattere pregiudiziale è necessario che sia presa in esame preliminarmente.

In proposito conviene ricordare che nel diritto anglo-americano i contratti si dividono in due grandi categorie, contratti sigillati e non sigillati o semplici (Sealed e Unsealed).

La distinzione si avvicina a quella romana tra contratti formali e non formali: alle parole solenni della *sponsio* nella *stipulatio* è sostituito il sigillo nell'istrumento sigillato (3). Ma come nella *stipulatio* romana così nel contratto sotto sigillo anglo-americano la importanza della forma ha subito una notevole evoluzione nel corso del tempo. Nell'antica « Common Law » il contratto sigillato costituiva un negozio astratto (4) nella sua figura tipica: la promessa integrava un'obbligazione di per sè stante. Lo stesso sigillo era elevato a « consideration » e, quindi, da solo era sufficiente a generare il vincolo ed il corrispondente diritto, il quale era al sicuro da ogni attacco. Ma questa concezione si venne a poco a poco attenuando a tal segno da giungere a fare svanire l'astrazione della « consideration » (5). Nel moderno diritto anglo-americano, infatti, i contratti sotto sigillo sono, al pari di quelli semplici, contratti materiali (6) intimamente legati alla « consideration » e la differenza tra le due specie di contratti consiste solo in ciò che nella prima la « consideration » è presunta (7). Il principio è così formulato dalla sezione 342 dell'attuale codice di procedura civile di New York chiamato « Civil Partice Act »: « Il sigillo messo su di un istrumento da eseguirsi rappresenta solamente una prova presuntiva di causa sufficiente (consideration), la quale può essere impugnata come se lo istrumento non fosse munito di sigillo ».

Anche però con questo temperamento l'efficacia dello istrumento sigillato si addimostra tutt'altro che trascurabile per la comoda posi-

zione processuale che assume l'attore nel giudizio e per la difficoltà della prova della « consideration » incombente al convenuto (8). Importante è, quindi, vedere se in tale categoria di atti rientri quello in esame ed al quesito la Corte non esita a rispondere di no. All'uopo basta notare che, come risulta dal certificato del Notaio Urbani, presso il quale il documento originale è stato depositato, nel corpo della scrittura non vi è sigillo alcuno e neppure alcuna dichiarazione che accenni ad istrumento sigillato; i sigilli vi sono sì, ma sono del Consolato americano e sono apposti dopo la sottoscrizione della Donna Eugenia Berry e nell'atto di « attestazione » del Console.

Per sostenere la sua tesi la difesa dell'appellata deduce che è arbitrario scindere l'atto in due parti: la scrittura di donazione ed il riconoscimento del Console; che si tratterebbe invece di un atto unico e di un atto pubblico redatto secondo la legge americana, perchè il pubblico ufficiale non si sarebbe limitato ad autenticare la firma della Donna Eugenia Berry, ma avrebbe anche attestato di avere letto la scrittura alla dichiarante e che questa l'avrebbe dichiarata conforme alla sua volontà liberamente manifestata. Essendo tale atto, si dice, munito di sigillo, lo si deve ritenere istrumento sigillato. Non importa, si prosegue, che il sigillo non sia della Berry, perchè non occorre che il sigillo sia della parte che si obbliga, essendo sufficiente anche quello del pubblico ufficiale, davanti al quale la parte abbia riconosciuto il suo debito.

Ma questi argomenti non resistono alla critica.

Sul primo punto si osserva che l'atto pubblico è quello che è fatto per opera del pubblico ufficiale: nella specie, opera del pubblico ufficiale, vale a dire del Console americano, è l'atto di riconoscimento della scrittura. Questa, scritta e sottoscritta dalla Eugenia Berry fuori la presenza del pubblico ufficiale, ha manifestamente carattere di scrittura privata ed il riconoscimento non ne modifica affatto la natura, ma unicamente le conferisce autenticità.

Che poi il Console non si sia limitato ad autenticare la firma ed abbia anche ricevuto la dichiarazione della parte della conformità dell'atto alla sua volontà, ciò significa soltanto che si è in presenza

non di una semplice autentica della sottoscrizione della Eugenia Berry, sibbene di un atto pubblico a sè. Precisamente si ha qui l'atto pubblico del diritto inglese ed americano denominato « attestazione o riconoscimento della esecuzione di istrumenti », che la dottrina e la giurisprudenza anglo-americane considerano come interamente separato dal contratto (9). Invero nella causa *Blaesi* cr. *Blaesi*, 1888, 14 (parere *Battle*) la Corte di appello dello Stato di New York affermò: « l'attestazione di uno strumento non forma prova tra le parti ma costituisce solamente una forma di prova del contratto ». Ed analogamente nel 1 *Corpus Iuris*, una compilazione generalmente ammessa dalle leggi degli Stati Uniti, p. 778 (parere citato) è scritto: l'attestazione ha lo scopo di mostrare che il concedente ha eseguito lo strumento e non esenta dall'obbligo di qualsiasi delle formalità essenziali per la valida esecuzione di uno strumento.

Per quanto concerne poi il secondo punto, corrisponde ad esattezza che, giusta le attestazioni degli scrittori, « oggi raramente avviene che la parte che compie un *deed* (istrumento) lo sigilla con le sue proprie mani e col suo proprio sigillo; il sigillo è apposto o impresso sull'istrumento dalla persona che esercita questa professione » (*Addixon on Contracts*); ma quegli stessi scrittori aggiungono però che è necessario che « la parte esecutrice dell'istrumento attesti in presenza dei testimoni che il sigillo è il suo sigillo ». E la necessità di questo elemento, che precisamente mancherebbe nella specie, è intuitiva. Opinare diversamente equivale a ridurre la solennità dell'istrumento sigillato ad un fatto meramente materiale riscontrandola in ogni istrumento, nel quale comunque si trovi impresso un sigillo; il che non si può ritenere. L'istrumento sigillato, come ogni negozio giuridico (10), consta invece di due fondamentali requisiti, materiale l'uno: il sigillo, che si può ridurre anche ad un simbolo (le lettere *L. S. locus sigilli* o la parola « *seal* ») e si può sostituire financo con una marca fatta con un timbro; psichico l'altro: la intenzione di formare uno strumento sigillato. Se, di regola, il secondo elemento si immedesima col primo, ciò non toglie che quando il sigillo non è idoneo di per sè solo a rivelare senza ambiguità sif-

fatta intenzione, ciò che si verifica appunto nel caso che il sigillo sia del pubblico ufficiale, occorre che la volontà della parte sia manifestata espressamente con la dichiarazione che il sigillo del pubblico ufficiale è usato come di lei sigillo personale o con altri fatti univoci (11).

b) Rimane, adunque, fermo in seguito alle osservazioni svolte che grava sull'attrice la prova dell'esistenza della « consideration », onde sorge la necessità di determinare in che precisamente questa consista. E poichè la « consideration » del diritto anglo-americano, come del resto la « causa » nel diritto italiano (12), se pure in astratto è un concetto unitario, in concreto si atteggia in modo diverso a seconda dei diversi tipi di negozi (13), per riuscire chiari sarà bene delimitare il campo della ricerca.

Innanzitutto esulano dall'indagine i contratti o negozi così detti *executed*, cioè eseguiti, quelli nei quali niente rimane a farsi da nessuna delle due parti (*Corpus Iuris*, vol. XIII, p. 245 citato nelle compare) (14). Qui dove la tutela dell'ordinamento giuridico non si esplica con la possibilità della coazione e colla forma piena e diretta dell'azione, bensì, come nelle obbligazioni naturali del diritto romano e nostro, si concreta semplicemente nell'accordare una difesa: la *soluti retentio* per impedire la ripetizione e la restituzione della prestazione già fatta (15), non è richiesta una vera e propria « consideration » ed è al contrario sufficiente l'esistenza di una « good » buona o meritevole « consideration » (16).

E « buone » « considerations » possono essere naturale parentela, amore ed affetto; motivi di dovere naturale o generosità e prudenza possono essere compresi in questa classe (parere Butterworth).

Ancora estranei alla controversia sono i contratti a titolo oneroso. Potrà forse non esser privo d'interesse uno studio dottrinale sul se e quali rapporti di affinità esistano in relazione a tali contratti tra la « consideration » del sistema anglo-americano e la « causa » del sistema nostro; ma la disamina a nessun utile risultato condurrebbe ai fini della decisione della causa (17).

Nella specie la indagine deve restringersi alle donazioni *execu-*

tory vale a dire non ancora eseguite (18). È in questa categoria di negozi che rientra quello posto in essere dalla Donna Eugenia Berry ed è precisamente per essa che il distacco dell'ordinamento giuridico anglo-americano da quelle dei popoli latini si afferma nettamente e recisamente. Mentre, infatti, secondo i diritti più o meno derivati dal diritto romano, il semplice animo di beneficiare (*animus donandi*) basta a render valida l'obbligazione (19), così non è per il diritto anglo-americano, il quale non riconosce come azionabili le semplici promesse di donare, ma richiede qualche cosa di più del solo spirito liberale, quel di più che appunto è espresso dalla parola « *consideration* » (20).

Per dare la nozione di questa la difesa delle parti ha offerto un ricco materiale di dottrina e di giurisprudenza; senonchè una minuta analisi od anche solo un'ampia esposizione di esso non si reputa affatto necessaria. Invero, le molteplici definizioni riportate tratte da autori o da sentenze non differiscono per altro che per la terminologia; per quanto invece concerne la essenza dell'elemento, ed è questa che unicamente interessa, si può ben dire che tutte le definizioni sono informate ad un identico concetto. Pertanto la Corte si limiterà ad enunciarne una veramente celebre, che è universalmente accolta in Inghilterra ed in America, che rimonta ad una antica sentenza (del 1875) della Corte inglese e che è così concepita: « una valida "consideration" può consistere in un diritto, interesse o vantaggio o beneficio per una parte o in una tolleranza, in un detrimento, in una perdita o responsabilità concessa, sofferta o sopportata dall'altra » (21).

Come si vede, la formula ha un'ampia comprensione; essa, tenendo la mente fissa alle donazioni (22), abbraccia in sè ogni atto o fatto della più svariata natura, positivo o negativo, da compiersi dal promissario o in seguito (23) alla promessa per la fiducia che questa ha in lui generata, senz'altri limiti oltre quelli che derivano dai principi generali della liceità o del riferimento al presente o al futuro non già al passato.

Che poi l'azione o l'omissione sia a vantaggio del donante, di

un terzo od anche di esclusivo interesse dello stesso donatario, non monta e neppure ha importanza la entità maggiore o minore della « tolleranza » del promissario, avendo in materia pieno dominio l'autonomia individuale (24). I giureconsulti americani pongono in giusta luce che il giudice deve limitarsi a constatare che una « consideration » esista; ma gli è interdetto di statuire se essa sia più o meno adeguata o ragionevole. È perciò che uno scrittore di diritto americano ha potuto affermare che « in alcuni casi l'introduzione nel contratto di una "consideration" diviene mera formalità giustificata più che da una ragione giuridico-economica da un'antica inveterata consuetudine (25) (MATTEUCCI, *Principi di diritto privato degli Stati Uniti*, p. 22); e per colpire nel vivo della pratica l'essenza della « consideration » nella donazione gioverà ricordare il seguente caso presentatosi alla giurisprudenza inglese riferito dal Sarfatti (*Le obbligazioni nel diritto inglese*, p. 97). « Uno esigeva un orologio da un altro fondando la sua pretesa nel fatto di essersi recato nel giorno fissato presso il negoziante indicatogli dal convenuto, che aveva promesso di comprarlo per lui; fu deciso che l'attore vi avesse diritto per avere la parte avversaria espressamente fondata (26) la promessa sul fatto che egli si fosse trovato nel luogo e al tempo fissato, che questo fatto, cioè, fosse « consideration ».

Non sembra pertanto corretta l'affermazione della difesa dell'appellante che « una sola parola può rendere in italiano con sufficiente esattezza il concesso di "consideration" ed è: corrispettivo (27), a meno che non se ne allarghi il significato fino a renderla capace di designare per le donazioni un peso, un onere (28) imposto al donatario, un fatto qualsiasi, anche se della minima importanza, che il donatario debba compiere in correlazione alla donazione. La parola, intesa invece nel senso tecnico giuridico di scambio di valori patrimoniali (29), condurrebbe a far escludere addirittura dal diritto anglo-americano l'istituto della donazione (30), tesi che è per se stessa un assurdo. Perocchè anche nel diritto anglo-americano le donazioni esistono e non potrebbero non esistere, attuando una delle più essenziali esigenze della vita sociale, e la necessità della « considera-

tion » opera non col concetto di controprestazione o di corrispettivo, sibbene con quello di utilità, di soddisfazione di bisogno, di raggiungimento di scopo (31); utilità, bisogno, scopo che assurge ad entità per sè stante e costituisce il fondamento razionale e giustificativo della attribuzione patrimoniale a favore del donatario insita nell'atto. Concludendo e per rendere ancora più chiaramente la nozione della « consideration » nelle donazioni (32) con concetti tratti dal nostro diritto, si può ben dire sulle orme del Sarfatti che essa corrisponde al *modus*, con questa sostanziale differenza però che, mentre il *modus* è un elemento accessorio del negozio, la « consideration » ne integra un requisito essenziale (33).

Ritornando alla causa dopo i cenni premessi da un punto di vista astratto sulla « consideration » nelle donazioni del diritto anglo-americano, si osserva che le eccezioni della convenuta appellante sollevano tre questioni:

1°) Se il matrimonio possa costituire una valida « consideration » di una donazione;

2°) Se posto che la legge americana prescrive l'uso della scrittura per le convenzioni matrimoniali (34), anche la « consideration » di una donazione a causa di matrimonio debba risultare dallo scritto e per di più dallo stesso scritto che costituì la promessa (tesi dell'appellante), oppure la prova dell'esistenza di essa possa essere ricercata in tutti i modi anche fuori del negozio (tesi della appellata);

3°) Se nella specie la « consideration » della donazione fatta dalla Donna Eugenia Berry alla nipote Donna Marian sia provata.

Tali questioni bisogna, adunque, partitamente esaminare per pervenire alla decisione della controversia.

I. E, cominciando dalla prima, l'analisi può speditamente essere condotta, perchè la soluzione affermativa discende direttamente e logicamente da quanto sopra è stato osservato. Solo è necessario ripetere che, in armonia ai criteri enunciati, perchè il matrimonio possa essere la « consideration » di una donazione, occorre che esso costituisca un avvenimento presente o futuro non passato, che rap-

presenti non la semplice ragione occasionale della donazione, ma bensì la ragione determinante o giustificativa, che in altri termini la donazione miri a rendere possibile o ad agevolare il matrimonio, servendo ad assicurare le basi finanziarie della nuova famiglia (35). Il matrimonio anzi è stato sempre considerato dal diritto anglo-americano come la « consideration » per eccellenza delle donazioni, tanto che le donazioni *propter nuptias* figurano contemplate da una antica legge tuttora in vigore, lo « Statute of Frauds » del 1667, la quale prescrive appunto per esse la forma scritta.

D'altronde lo stesso Battle, il quale ha redatto un elaborato parere nell'interesse dell'appellante, non contesta « il fatto che il matrimonio possa essere una causa sufficiente (consideration) per un contratto » ed ancora più esplicitamente riconosce che « è impegnativa la promessa fatta per causa o per facilitare il matrimonio », e se esclude che nella specie il matrimonio da celebrarsi dalla Donna Marian Berry col principe Chigi potesse costituire una valida « consideration » della donazione fattale dalla zia, a tale conclusione egli arriva muovendo dai seguenti due presupposti: *a*) che la donante Donna Eugenia avrebbe usato ogni mezzo possibile per impedire il matrimonio « invece di causarlo o facilitarlo »; *b*) che la donazione sarebbe stata fatta posteriormente al fidanzamento, dopo cioè che la donataria Donna Marian sarebbe stata tenuta a contrarre il matrimonio per effetto del vincolo in precedenza costituito (36).

Se pertanto si dimostrasse la infondatezza dei suddetti presupposti, è naturale che cadrebbe anche dalla base il parere del giurconsulto americano e verrebbe così a sparire ogni sostanziale divergenza tra le parti.

Orbene, il primo presupposto è in stridente contrasto con la realtà dei fatti, come si vedrà, e, quanto al secondo, stanno contro di esso due considerazioni, ciascuna delle quali è di per sè sola decisiva:

1°) che anche secondo il diritto anglo-americano, e si può aggiungere secondo la logica, perchè la promessa di matrimonio valga ad impedire che questo costituisca una possibile « consideration »

di una donazione, è necessario che la promessa sia stata fatta puramente e semplicemente e non sia stata invece condizionata, come sarebbe avvenuto nel caso concreto, proprio alla donazione da parte di un terzo da stipularsi prima delle nozze.

È solo nella prima ipotesi, infatti, che il matrimonio, rappresentando un *detriment* che il promissario è già tenuto a sopportare per altra obbligazione, non può integrare la « consideration » di una donazione e più precisamente non può stare con questa in rapporto di causa ad effetto;

2°) che in ogni modo nella specie gli sponsali avvennero in conformità del diritto italiano, nel quale è codificato il principio opposto a quello sancito dalla legge anglo-americana, e cioè che « la promessa scambievole di futuro matrimonio non produce obbligazione legale di contrarlo » e che, nel concorso di particolari requisiti, obbliga il promittente che senza giusti motivi ricusi di eseguirla soltanto alla rivalsa delle spese che il fidanzato incolpevole abbia incontrate per causa delle future nozze (artt. 53 e 54 Cod. civile) (37).

II. Più delicata è la seconda questione.

Come già si è accennato, un'antica legge, gli « Statuti di frode », stabilisce la forma scritta per le convenzioni matrimoniali; appare, quindi, legittimo il corollario che per iscritto debbano risultare tutti gli elementi essenziali del rapporto e tra essi rientra indubbiamente la « consideration », qualora si tratti di un atto che, come la donazione, di per se stesso non la riveli. La caratteristica sopra posta in rilievo degl'istrumenti sigillati dimostra, senza bisogno di ulteriori commenti, che solo per tale categoria di contratti vige il principio che il diritto italiano stabilisce in via generale per tutti i contratti che « il contratto è valido quantunque non ne sia espressa la causa » e che « la causa si presume sino a che non si prova il contrario » (art. 1120 e 1121 Cod. Civ.) (38). Comunque questo punto sembra indiscutibile per la giurisprudenza americana. La Corte di Appello dello Stato di New York nella causa *Barney c. Forbes* (parere *Battle*) affermò: « I Tribunali hanno giudicato con grande uniformità che tutte le parti essenziali dei contratti debbono essere per iscritto;

l'esistenza od il riconoscimento dell'esistenza della causa (consideration) legale ad appoggio della promessa non è solamente essenziale, ma è assolutamente indispensabile». E la medesima Corte in altra causa ebbe a ribadire: « il difetto del contratto qui considerato è che esso non contiene una ragione espressa nè vi è alcuna reciproca promessa delle parti di esso, da cui tale ragione può essere giustamente inferita (parere Zomphius) (39).

Ma, se la necessità della indicazione scritta della « consideration » nei contratti per i quali tale forma è prescritta pare incontestabile, non può ritenersi indispensabile anche la unità o contestualità della scrittura. Questo ulteriore requisito non risponde alla logica e non deriva dai principi.

La legge americana, come del resto la nostra, non determina la forma che deve rivestire l'atto scritto; ond'è che si ritiene sufficiente qualunque scritto, anche un semplice memorandum od una lettera, ed analogamente l'unica sentenza tra quelle riportate nei pareri esibiti, che accenni al tema in disamina a giustifica della dichiarazione di nullità di una donazione per mancanza di « consideration », così motiva: « considerando la parte narrativa dell'accordo stesso, la precedente corrispondenza fra le parti e le loro relazioni, ci sembra chiaro che l'accordo era una semplice disposizione volontaria in favore dell'attore » (*Omissis*).

c) Con quanto fin qui si è detto la causa dovrebbe ritenersi esaurita. Senonchè l'appellante ripiega ancora su di un diverso ordine di argomenti, sostenendo che in ultima ipotesi, ove anche l'atto fosse valido secondo la legge americana, non potrebbe mai farsi valere in Italia in virtù dell'espresso divieto contenuto nell'art. 12 delle disposizioni preliminari al cod. civile.

Il filo logico con cui si perviene a tale conclusione è il seguente: la disposizione dell'art. 1056 cod. civ., per la quale « tutti gli atti di donazione debbono essere fatti per atto pubblico altrimenti sono nulli », è di natura cogente e proibitiva non ammettendo deroga alcuna; per l'art. 12 delle disp. prel. « in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero e le private disposizioni e convenzioni

potranno derogare alle leggi proibitive del Regno che concernano le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume»; *ergo* la legge americana, che stabilisce, per le donazioni la semplice scrittura privata, non può avere applicazione in Italia.

Si risolveva così una vecchia questione originata, più che da altro, da una non perfetta dizione del cennato art. 12 delle disp. prel., ma che non è seriamente disputabile. Contro il modo di argomentare dell'appellante si è, infatti, e con ragione, osservato che, se a rendere inapplicabile in Italia una legge straniera bastasse che essa fosse in contrasto con una nostra legge proibitiva, si verrebbe a distruggere in gran parte il valore di tutte le disposizioni, di cui consta il nostro sistema di diritto internazionale privato. Pertanto l'assurdità di tale risultato, che non può assolutamente ritenersi voluto dal legislatore, ha condotto la dottrina a distinguere le disposizioni proibitive in due categorie comprendenti, l'una le disposizioni proibitive, che riguardano solo i cittadini; l'altra quelle che concernono i cittadini e gli stranieri (ordine pubblico interno ed internazionale), ed a considerare solo queste ultime come limite all'applicazione del diritto straniero. In termini più chiari: per negare l'applicazione della legge straniera non è sufficiente dimostrare che essa è in contrasto con una disposizione proibitiva della legge italiana, ma bisogna altresì dimostrare che l'attuazione in Italia della legge straniera offende i principii fondamentali dell'ordine pubblico e del buon costume. Ora alla stregua di tali concetti non occorre spendere neppure una parola per convincere che la norma dell'art. 1056 cod. civ. è dettata per i cittadini italiani non anche per gli stranieri e che l'applicazione in Italia della legge americana, che si accontenta, per le donazioni, della semplice scrittura privata, non urta contro l'ordine pubblico e tanto meno contro la moralità.

Per questi motivi, ecc. ecc.».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 37, specie p. 503, nonchè gli altri luoghi del vol. I e i casi del vol. II, *infra* citati.

Il caso è celebre. Difensori delle parti erano, fra gli altri, Scialoia, Car-

nelutti e Chiovenda. E la sentenza (annotata dal nostro Franceschelli, cit. nel vol. I § 26 nota 1, e da Matteucci) è oltremodo interessante, perchè vi si affrontano in pieno dei problemi di diritto comparato. Ed è interessante, non soltanto per quanto essa dice del diritto anglo-americano (i giudizi delle Corti nostre, come quelli di altre Corti e come quasi sempre in casi del genere, riflettono il parere di esperti), ma anche e soprattutto per i raffronti che vi si fanno fra istituti di *common law* e istituti nostri.

Faremo rinvii al nostro vol. I e porremo quesiti nelle note seguenti, secondo i richiami da noi inseriti nello stesso testo della sentenza.

(1) È esatto dire che la *consideration* è un elemento essenziale dei « negozi giuridici »? V. vol. I § 35 nota 18.

V'è nella *common law* una generalizzazione corrispondente al nostro concetto di negozio giuridico? *Legal transaction* è concetto o termine che non vi corrisponde: esso si riferisce piuttosto ad un negozio tra vivi abbracciante i nostri concetti di contratto obbligatorio e di atto dispositivo (con riguardo al loro contenuto materiale).

(2) È esatta quest'altra proposizione? V. vol. I §§ 37 e 26 e 33. È chiaro che cosa la Corte intende per la parola « causa »?

(3) V. vol. I §§ 22 *sub c* specie p. 289 segg. e § 34 *sub a et c.*

(4) V. citazioni a nota precedente.

(5) V. vol. I § 34 *sub a et c.*, specie nota 24. Ma non è nel senso accennato in quei luoghi che la sentenza parla di « attenuazione dell'astrazione ». V. infatti nota 7.

(6) È esatto il nostro concetto di contratto materiale applicato al *contract* con *consideration*? V. vol. I §§ 30, 31 e 32 *sub a.*

(7) Ciò non è esatto per la *common law* inglese, e non lo è nemmeno per quella americana, ove la cennata presunzione vale soltanto per alcuni stati dell'Unione: v. vol. I § 34 nota 9.

(8) V. vol. I § 22 nota esplicativa n. 4, p. 311 segg. e § 34 *sub d.*

(9) A tutti questi argomenti si può aggiungere che l'istituto del nostro notariato col relativo istituto nel nostro atto pubblico è sconosciuto alla *common law*: v. vol. I § 34 *sub a.*

(10) V. nota 1.

(11) Su tutto questo passo della sentenza, veramente pregevole, v. vol. I § 34, specie nota 4.

(12) V. nota 2.

(13) V. note 1 e 2, nonché vol. I § 26 *sub d.*, specie p. 348; § 26 *sub e.*, specie pp. 353-355; § 28 *sub c.*; § 29 specie nota 1; § 30 *sub a* specie pagina 403 e *sub b et c.*; § 31; § 33 *sub a, b et d.* Da questi luoghi risulta,

se non andiamo errati, che il *bargain*, col relativo concetto di *consideration*, costituisce uno schema astratto, che si atteggia nello stesso modo, qualunque sia il suo contenuto, e che la nostra concezione di negozio (*rectius*, contratto) tipico è estranea alla *common law*. V. anche sopra cap. II, e ivi specialmente le note ai casi Hamer v. Sidway e Dunton (pag. 448-450 della nota), Orr v. Orr, Devecmon v. Shaw, De Cicco v. Schweizer e Martin v. Meles (in fine della nota, pag. 556-557).

(14) V. vol. I § 38 *sub c*.

(15) È esatta questa assimilazione fra la *ratio*, per cui non si richiede nei *transfers* « eseguiti » la *consideration*, e la *ratio* della nostra *soluti renetio*? V. vol. I § 38 *sub a et sub c*.

(16) Su questo concetto della *good* (nel senso di meritevole) *consideration*, v. il mio articolo *Causa consideration e forma nell'atto d'alienazione ecc.*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 272 nota 51, ove risulta che quel concetto non ha nulla a che vedere con la *consideration* (*valuable*: vol. I § 30 nota 4) del *contract*.

(17) Ci permettiamo di dissentire. Questo è proprio uno dei punti cruciali circa la diversità del *contract* dal nostro contratto: v. nota 13. Nella *civil law* uno dei problemi più gravi è quello di distinguere la donazione *cum onere* (col relativo requisito dello schema formale-causale della donazione) dal contratto a titolo oneroso o, meglio, dal contratto di scambio (v. vol. I § 10 e vol. II, parte I, cap. II): distinzione che invece è assorbita, nella *common law*, dallo schema astratto del *bargain*. Sicchè è erroneo avere un particolare riguardo alla *consideration* nelle donazioni *cum onere* o sotto « condizione » (v. vol. I § 10 *sub a*), come invece fa subito dopo la sentenza. V. anche, oltre i casi citati a nota 13, i casi Freeman v. Freeman; Allegheny College; le note 2, 12, 13 e 14 al caso De Cicco v. Schweizer; la nota 10 e le osservazioni finali al caso Martin v. Meles.

(18) V. nota precedente.

(19) *Rectius*: la donazione come « negozio materiale » è riconosciuta dalla *civil law*, ma, a renderla valida, occorre la forma dell'atto pubblico, come schema formale-causale: v. vol. I § 8 specie *ad* nota 3 p. 95; § 28 *sub c*; § 30; § 33 *sub d*.

(20) Anche su questo passo ci permettiamo di non essere d'accordo; quanto meno, esso richiede qualche chiarimento: La *consideration* è qui richiesta come schema astratto del *bargain*, senza aver riguardo al *motive* di donare (v. vol. I § 30 nota 11) e i casi citati a nota 17, nonchè Thomas v. Thomas.

Tanto più non vi è un trattamento o concezione speciale della promessa di donare, in quanto la *gratuitous promise*, che richiede l'*act under*

seal, è concetto che abbraccia anche promesse che non sono di « donare », ma di fare, non fare, e anche la *business promise* senza *consideration*: v. vol. I § 28 *sub b et c* e i *cases* riferiti sopra nel cap. IV.

(21) È la definizione del caso *Currie v. Misa*: v. nota al caso *Hamer v. Sidway*.

(22) Ciò non è esatto: v. note 13, 17, 18 e 20.

(23) *Rectius*, a richiesta del promittente, altrimenti si versa nella *doctrine* della *reliance not bargained for*: v. vol. I § 27 *sub a*.

(24) V. vol. I § 26, p. 353 segg e § 30 *sub a*; nonché la nota ai casi *Hamer v. Sidway* e *Devecmon v. Shaw*.

(25) V. vol. I § 31.

(26) V. § 31 nota 6 e § 26 nota 16, nonché vol. II, premessa al cap. III, della parte II e casi ivi cit.

(27) V. tuttavia vol. I § 26 *sub d ad* note 14, 15 e 16.

(28) Ma come si fa a distinguere se l'intento delle parti era quello di un mero onere o condizione? Per la *civil law*, v. vol. I § 10 e vol. II, parte I, cap. II. Per la *common law* v. i casi: *Wyatt v. Kreglinger* e *Fernau*; *Allegheny College*; *Thomas v. Thomas*; *De Cicco v. Schweizer*; nonché, sempre in questo vol. II, parte II, la premessa al cap. III e casi ivi citati.

(29) Ecco affiorare, secondo la mentalità di un giurista di *civil law*, il concetto a noi tradizionale di scambio, implicante prestazioni o sacrifici tipicamente economici. V. vol. I § 5 *sub d*; § 10 *sub b*; § 13 *sub a*. Concetto estraneo alla *common law*: v. vol. I § 26 *sub d et sub e*, p. 353 segg.; § 28 *sub c*; § 30 *sub a*.

(30) Ma questo, come « istituto », cioè come « negozio materiale » giuridicamente riconosciuto pel suo contenuto o « causa », è sconosciuto al diritto anglo-americano. V. sopra note 13, 17, 18 e 20. Di fatto, è possibile fare donazioni o mediante lo schema astratto del *bargain*, o mediante quello formale dell'*act under seal*: v. vol. I § 31, pp. 412-413 e § 29 nota 1.

(31) Anche questo passo, tenendo conto di quanto si è detto a nota precedente e alle note ivi richiamate, ci convince poco. V. anche, sul concetto di « utilità, scopo, ecc. », vol. I § 30 note 1 e 11, nonché § 32 *sub a*, e i casi testè citati a nota 20, quanto alla distinzione della *consideration* dal *motive* (v. anche vol. I § 30, p. 402 e il caso *Haigh v. Brooks* ivi citato).

(32) V. note 20 e 22 e note ivi richiamate.

(33) Il lettore potrà rendersi conto, dopo quanto si è detto nelle note precedenti, del come « i concetti tratti dal nostro diritto possano servire a rendere ancor più chiaramente la nozione della *consideration* nelle donazioni »!

E sulla assimilazione al *modus* o *onere*, v. note 17 e 28.

In realtà per la *common law* l'onere, se non è mera condizione, è elemento di un contratto di scambio o *bargain* e non di una donazione.

(34) È il celebre *Statute of Frauds*, *infra* citato: v. vol. I § 34 *sub b*.

(35) V. il caso *De Cicco v. Schweizer*, specie note 2, 10, 13 a 16.

(36) V. su questo argomento il caso *De Cicco* citato a nota precedente e l'espedito di Cardozo per eliminare l'argomento stesso.

(37) L'argomento è perfetto.

(38) Su questa assimilazione fra *l'act under seal* e il nostro *billet non causé*, v. sopra note 7 e 8.

(39) Sulla questione, v. il caso *Haigh v. Brooks*.

Conclusione delle annotazioni da noi fatte a questa sentenza: adagio con le assimilazioni e le trasposizioni di concetti, ordini di idee, tecniche e mentalità fra due sistemi giuridici come la *civil law* e la *common law*!

INDICE ALFABETICO DEI CASI

N. B.: I casi sono citati con l'indicazione del volume (I o II) e delle pagine.

I numeri in carattere corsivo indicano il luogo ove il caso è riferito (per i casi riferiti) con la nota e il questionario relativi. — I numeri in carattere comune indicano i luoghi ove il caso è oggetto di richiami, comparazioni o commenti in genere.

Le aggiunte fra parentesi a ciascun caso: *it.*, *fr. am.*, *ingl.*, *canad.*, indicano, rispettivamente, che si tratta di un caso italiano, francese, americano, inglese o canadese.

- Abbé Bresson (v. Bresson) (fr.).
- Allegheny College v. National Chautauqua County Bank of Jamestown (am.): II, 86, 120, 123, 131, 137, 164, 170, 185, 224, 417, 450, 484 segg., 486 segg., 503 segg., 519, 540, 554 segg., 582, 614 segg., 630 segg.
- Allen v. Bryson (am.): II, 425.
- Antoniucci cr. Scarazzato (it.): I, 90; II, 3 segg., 8, 521.
- Appleton v. Littlewood (ingl.): II, 506 segg., 538.
- Armenise cr. Moroni (it.): II, 32 segg., 65, 98, 104.
- Arrigoni-Ferrari cr. Mera-Pelitti (it.): II, 144, 148 segg., 227, 231, 247, 258, 423, 485.
- Asilo Infantile Belluomo cr. Bianchi (it.): II, 71, 86, 123, 134 segg., 141, 143, 147, 170, 223, 496.
- Bailly cr. Ville de Nancy (fr.): II, 117, 123, 137, 213 segg., 341, 498.
- Bainbridge v. Firmstone (ingl.): I, 352, 384; II, 429 segg., 501, 571.
- Balfour v. Balfour (ingl.): I, 166; II, 448, 484, 503 segg.; 507 segg., 520 segg., 538 segg.
- Balzac (dame de) cr. Alexandre Dumas (fr.): II, 220.
- Banbury v. Bank of Montreal (ingl.): I, 369.
- Barabino cr. Lupi (it.): II, 77 segg.
- Baratta Prada cr. Faccioli (it.): II, 153, 232, 240, 245, 251 segg., 272, 354.
- Bardet cr. Fabrique de Saint-Martin (fr.): I, 105, 224; II, 70, 92, 141, 143, 170, 172, 173 segg., 185, 197, 202, 211, 220, 224, 465.
- Bareille cr. Gallard et Métivier (fr.): II, 309 segg.
- Bernardi cr. Bernardi (it.): II, 35 segg., 43.
- Berry Ruspoli cr. Berry Chigi (it.): I, 446, 503; II, 227, 230, 422, 482 segg., 616 segg.
- Bianciotto cr. Pignatelli (it.): I, 139, 509; II, 143, 225 segg., 231.
- Bibb v. Freeman (am.): II, 504 segg., 519.
- Blanchard v. Haber (am.): I, 499-500.
- Blin cr. Henry (fr.): I, 109, 317 a 322; II, 82, 153, 372 segg., 376, 377 segg., 387.
- Bolelli cr. Frascaroli (it.): II, 276, 277, 298.
- Bolton v. Madden (ingl.): I, 166, 434; II, 364, 499 segg., 504 segg.
- Bonacina, in Re (ingl.): I, 387; II, IX, 483, 515, 592 segg.
- Bosco cr. Fogliatti (it.): II, 55, 92, 93, 240, 247 segg., 259, 275, 291.
- Bosio cr. Cappelletti (it.): II, 279 segg., 357.
- Brawn et al. v. Lyford (am.): II, 576 segg.

- Bresson Abbé (fr.): I, 105, 156, 224; II, 148, 181, 185, 198 segg.
- Brooks v. Ball (am.), II, X, 419 segg.
- Buridan cr. Rogelet époux (fr.): II, 378 segg.
- Caccia cr. Caccia Nicolini (it.): II, 143, 228 segg., 241, 243.
- Cadeo cr. Fabbrica Chiesa Parrocchiale di Chiari (it.): II, 67, 78, 120, 123 segg., 131, 133-134, 140, 181, 201.
- Cantelli cr. Cantelli (it.): II, 232, 240, 243 segg., 259, 590.
- Carlill v. Carbolic Smoke Ball C° (ingl.): I, 390, 400; II, 560 segg.
- Carozzi cr. Carozzi (it.): I, 90; II, 8.
- Carrari cr. Masiero (it.): I, 108, 110, 111, 125, 146, 156, 195, 222, 364, 488; II, 34, 49, 86, 98, 99 segg., 109, 114, 142, 147, 153.
- Casciabanca cr. Triggiani (it.): I, 252; II, 65, 421.
- Casasola cr. Amm. Fondo per il Culto (it.): II, 67, 117 segg., 129, 134, 141.
- Casey's Patent Stewart v. Lasey (inglese): I, 389.
- Cattaneo cr. Milesi (it.): II, 27, 49, 70, 86, 117, 144-145, 147, 152, 153 segg., 177 segg., 185, 212-213, 227, 240, 250, 465, 520 segg.
- Cavezzali cr. Comune di Crespiatica e Tormo (it.): II, 117, 123, 129 segg., 141, 170, 184, 223.
- Cecchini cr. Giacomello (it.). I, 174; II, 407 segg.
- Christiano cr. Raffat (fr.): II, 375, 376 segg., 377 segg., 471.
- Cillocco cr. Sedda (it.): I, 121.
- Cocchi cr. Marioni (it.): II, 50 segg., 78, 129.
- Cochran v. Taylor (am.): I, 421.
- Coggs v. Bernard (ingl.): II, 431, 569 segg., 577.
- Comune di Aglié cr. Tapparo (it.): II, 86, 115 segg., 123, 141, 143, 147, 152, 223.
- Cordepatre cr. Comune di Monteleone (it.): I, 156; II, 117, 120 segg., 131, 134, 137, 140, 141, 143, 170, 223, 496.
- Coureau cr. Blandin (fr.): II, 245, 259, 341 segg., 347, 355, 607.
- Curlewis v. Clark (ingl.): II, 438.
- Currie v. Misa (ingl.): II, 440, 512, 631.
- Danani cr. Gonzaga (v. Gonzaga cr. Danani).
- David cr. Commune de Vaison (fr.): I, 111, 156; II, 71, 117, 128, 143, 164, 170, 172, 182 segg., 187, 211, 497-498.
- Davis and C° v. Morgan (am.): II, 474.
- Debens cr. Dellarole (it.): II, 19 segg., 26, 55, 93, 143.
- De Cicco v. Schweizer (am.): II, 230, 422-423, 449, 450, 456, 465, 474, 475 segg., 495 segg., 503 segg., 546 segg., 555 segg., 582, 591, 630 segg.
- De Filicaia Dotti cr. Guarducci (it.): II, 65.
- De La Bere v. Pearson (ingl.): I, 369, 390; II, 557 segg., 563.
- De Lorenzi cr. De Lorenzi (it.): II, 41 segg.
- De Loys cr. Dufay (fr.): II, 344 segg., v. per altri richiami i luoghi citati per il caso Coureau cr. Blandin.
- De Mailly cr. Chalon (v. Mailly).
- De Sanctis cr. Comune di Roma (it.): I, 149, 154; II, 71 segg., 140, 223.
- De Sangro ne' Marchetti cr. Marchetti (it.): II, 44 segg., 86, 142, 147, 153, 164, 485.
- Devecmon v. Shaw (am.): II, 165, 181, 185, 463 segg., 498, 520, 546 segg., 582, 630 segg.
- Dunlop Pneumatic Tyres C° v. Selfridge and C° (ingl.): I, 347.
- Dunton v. Dunton (ingl.): II, 23, 41, 431, 442 segg., 454, 456, 460 segg., 464 segg., 482 segg., 497, 539, 546 segg., 559, 578, 615, 630 segg.

- Dutiron cr. Paternelle (fr.): II, 376, 380 segg.
- Eastwood v. Kenyon (ingl.): II, 425 segg.
- Elliott v. Northern Trust (am.): II, 467.
- Elsee v. Gatward (ingl.): II, 577.
- Embola v. Tuppela (am.): II, 376, 466 segg.
- Faenzi cr. Opera Pia Veralli Cortesi Todi (it.): I, 248-249.
- Fantino cr. Pepino (it.): II, 12, 31, 80, 81 segg., 245.
- Faure cr. Rougier (fr.): I, 105, 144; II, 202, 267, 295 segg.
- Fellman cr. Mathebs (fr.): I, 51, 90, 175, 182, 189, 237, 323, 384; II, 306 segg., 521.
- Feraud cr. Campiglia (fr.): II, 92, 335, 376, 391 segg.
- Fernandez cr. Vitiello e Avitabile (it.): I, 219; II, 403 segg.
- Ferrario cr. Ferrario (it.): I, 90; II, 6 segg.
- Ferri cr. Sbei (it.): II, 104, 105.
- Fiammingo cr. Opera Nazionale Combattenti (it.): I, 101; II, 9 segg., 18, 22, 23, 26, 31, 62, 117, 143, 405.
- Fiat cr. Carrain (it.): I, 217, 219; II, 397 segg.
- Finanze cr. Gentile (it.): II, 67, 78, 120, 128-129, 131 segg., 140, 184, 201.
- Fontana cr. Congregazione di Carità di Roburent (it.): II, 66 segg.
- Fooly and Preston's case (ingl.): II, 417.
- Freeman v. Freeman (ingl.): II, 421 segg., 482, 630 segg.
- Fried v. Fischer (am.): II, 582.
- Garabello cr. Fusani (it.): II, 65, 95 segg., 104, 109, 114, 142, 147.
- Gardner v. Denison (am.): II, 450.
- Garrone cr. Foà (it.): I, 99.
- Gasse cr. Saby (fr.): II, 318 segg., 323.
- Gelardi cr. Tamburello (it.): II, 285 segg.
- Gillet cr. Malkot et Vandencan (belga): II, 299.
- Goodson v. Grearson (ingl.): II, 461, 606.
- Gonzaga cr. Danani (it.): I, 134; II, 153, 240, 250, 272 segg., 298, 590.
- Graziani cr. Lo Gatto (it.): II, 260 segg.
- Great Northern Railway C° v. Witham (ingl.): I, 470; II, 543 segg., 582.
- Grisley v. Lothar (ingl.): II, 65, 420 segg.
- Guagliardo cr. Granà (it.): II, 55, 92, 93 segg., 232.
- Haigh v. Brooks (ingl.): I, 402, 423; II, XII, 95, 391, 416, 417, 431 segg., 449, 454, 471, 485, 501, 631-632.
- Hamer v. Sidway (am.): I, 403; II, 41, 120, 181, 422, 439 segg. e 445 segg., 455, 460 segg., 464 segg., 498, 546 segg., 630 segg.
- Harrison v. Cage (ingl.): I, 406.
- Humar cr. Zbogor (it.): II, 98, 104, 109, 110 segg., 143, 147, 152, 521.
- Jamieson v. Renwick (ingl.): II, 446 segg., 450.
- Jeremy v. Goochman (ingl.): II, 423.
- Kirksey v. Kirksey (am.): II, 5, 114, 484, 504 segg., 516 segg.
- Klobb cr. Le Figaro et Phoenix (fr.): II, 220.
- Knight v. Rushworth (ingl.): II, X, 416, 417, 418 segg., 420, 431.
- Lampleigh v. Braithwait (ingl.): I, 389; II, 425.
- Lapeyre cr. Commune d'Urrugne (fr.): I, 101, 156; II, 12, 170, 172, 186 segg., 221.

- La Poumersouly cr. Voisin (fr.): II, 378 segg.
- Lawes v. Pursar (ingl.): II, 438.
- Lengrand cr. Lengrand (fr.): II, 378 segg.
- Lens v. Devonshire Club (ingl.): II, 505 segg., 537.
- Levi cr. Finanze (it.): II, 22, 53 segg., 92, 93.
- Levy cr. Garnier (interv. dame de Balzac) (fr.): II, 188 segg.
- Lima Locomotive and Machine C° v. National Steel Casting C° (am.): I, 470.
- Limousin cr. Parry (fr.): II, 292 segg.
- Magenis cr. Magen's (it.): II, 27 segg., 80, 82, 245, 405.
- Maggi cr. Scattolini (it.): II, 12, 31, 78 segg., 82, 245.
- Magnani cr. Presti (it.): II, 231 segg., 240, 245, 259.
- Mailly (de) cr. Chalon (fr.): I, 156; II, 12, 128, 140, 141, 170, 171 segg., 178, 180-181, 185, 188, 192, 197, 202, 224.
- Maire de Caen cr. Evrard (fr.): I, 144; II, 143, 224, 337 segg., 344.
- Martin v. Meles (am.): II, 137, 198, 309, 431, 447, 449, 456, 465, 482 segg., 496, 504 segg., 547 segg., 566, 582, 591, 630 segg.
- Martingell - ex parte (ingl.): II, 461, 606.
- Mazzucchelli cr. Saluzzo (it.): II, 67 segg., 123, 137, 184, 187, 496, 556.
- Maughs v. Porter (am.): II, 566.
- McDevitt v. Stokes (am.): II, 309; 472 segg., 482 segg., 485, 502.
- Medici del Vascello cr. Rossi (it.): I, 165, 216; II, 364, 365 segg.
- Mulas cr. Tedde Serra (it.): I, 170-171; II, 354, 357 segg.
- Natta cr. Rubatto (v. Rubatto cr. Natta).
- Nicolini cr. Nicolini (it.): II, 152, 246 segg.
- Notari cr. Navoni (it.): II, 92, 324 segg., 395.
- Orr v. Orr (am.): I, 110; II, 445 segg., 455, 457 segg., 483, 485, 630.
- Ospedale Maggiore di Milano cr. Garovaglio (it.): II, 83 segg., 137, 141, 142, 223, 497, 615.
- Pastorino cr. Pastorino (it.): II, 98, 104-106, 107 segg., 114, 143, 147, 521.
- Percival v. London County Council (ingl.): I, 470.
- Perino cr. Rabezzana (it.): I, 164, 172; II, 359 segg., 367.
- Perrin cr. Damrosay et autre (fr.): II, 319, 320 segg., 323 segg.
- Peybernés cr. Moulis (fr.): II, 153, 369 segg. e 373 segg. 376, 377 segg., 387.
- Pierfelici cr. Pierfelici (it.): II, 231, 232, 233 segg., 243, 245, 250, 259.
- Pillans v. Mierop (ingl.): I, 413.
- Pinnel's case (ingl.): I, 405, 407.
- Poteliakhof v. Teakle (ingl.): I, 407.
- Pressenda cr. Cagnassi (it.): II, 92, 93, 250.
- R... cr. D... (Cours de Douai, 6 agosto 1856) (fr.): II, 355 segg.; v. per altri richiami i luoghi citati per il caso Coureau cr. Blandin.
- Rann v. Hughes (ingl.): I, 413.
- Ranzato cr. Scarneo (in arte Nella Regini) (it.): I, 509; II, 23 segg., 143, 192.
- Re Ross, Hutchinson cr. Royal Institution for the Advancement of Learning (canad.): I, 103, 132; II, 62, 496, 611 segg.
- Reverchon cr. Commune de Morez (fr.): I, 101, 156; II, 12, 123, 128, 140, 141, 143, 147, 168 segg., 172, 185, 188, 192, 197, 202, 220.
- Ricciardelli cr. Biondo (it.): II, 55, 86 segg., 92, 95, 232, 291, 332, 394, 405.

- Richards' executor v. Richards (am.): II, 503 segg., 518 segg.
- Richer et Goumarin cr. Richer (fr.): II, 92, 143, 250, 289 segg., 341, 343.
- Rolando cr. Rolando (it.): II, 241 segg.
- Roscorla v. Thomas (ingl.): II, 425.
- Rose and Frank C^o v. Crompton and Brothers Ltd. (ingl.): I, 9; II, 354, 506 segg., 514, 538.
- Rossi e Lanificio Rossi cr. Finanze (it.): II, 55 segg.
- Rovatti cr. Sighinolfi (it.): I, 123, 134, 142; II, 258, 267 segg., 276.
- Rubatto cr. Natta (it.): I, 269, 317; II, 387 segg., 439.
- Rutgers v. Lucet (am.): II, 574, 577, 579.
- Salini cr. Silva e Collegio Alberoniano (it.): II, 51 segg.
- Sauders C^o v. Galbraith (am.): II, 582.
- Schnell v. Nell (am.): I, 407; II, 379, 467 segg., 484.
- Servain cr. Girardeau (fr.): II, 297 segg., 590.
- Shadwell v. Shadwell (ingl.): II, 501.
- Sidenham v. Worlington (ingl.): II, 424 segg.
- Siegel v. Spear (am.): II, 431, 571, 572 segg., 582.
- Smith v. Smith (ingl.): II, 422.
- Société Commerciale des Potasses de Alsace cr. Aganoff (fr.): II, 322, 323 segg.
- Société Cultuelle de Secours Israélite de Saint-Fons et Amicale Agoudah Ahim cr. Barouk-Bittoum (fr.): I, 167, 216, 236-237, 252, 259; II, 143, 312 segg.
- Société La Voiture de Seconde Main cr. Péliissol et Morel (fr.): II, 321, 323 segg.
- Société « The Gresham » cr. Ménage (fr.): II, 322 segg.
- Sordet cr. Bouquet (fr.): II, 319 segg., 323 segg.
- Spitalieri de Cessoles cr. Henn et Hargreaves (fr.): I, 110, 149; II, 143, 148, 192 segg.
- Stella cr. Gangemi (it.): I, 123-124, 208; II, 280 segg., 287, 405 segg.
- Stevens v. Thecker (ingl.): II, 420.
- Stilk v. Myrick (ingl.): II, 474.
- Sturlyn v. Albany (ingl.): I, 404; II, 416 segg., 420, 431, 497.
- Tessitori cr. Gagliardi (it.): II, 67, 138 segg., 141, 223.
- Thomas cr. Remoud (fr.): II, 320, 323 segg.
- Thomas v. Thomas (ingl.): II, 450, 483 seg., 497-498, 503 segg., 585 segg., 615, 630 segg.
- Thorne et al. v. Deas (am.): II, 576 segg.
- Urbanowsky cr. Valdmann (fr.): II, 343-344, 347 segg., 359; v. per altri richiami i luoghi citati per il caso Coureau cr. Blandin.
- Vento cr. Vento (it.): II, 287.
- Vergara cr. Etruschi (it.): II, 278 segg., 280, 357.
- Vidal cr. Barrié époux (fr.): II, 374 segg.
- Ville de Marseille cr. Impératrice Eugénie (fr.): I, 105, 148-149, 156, 195, 364, 509; II, 12, 86, 143, 147, 203 segg.
- Webb's case (ingl.): II, 415 segg., 417.
- White v. Bluett (ingl.): I, 407; II, X, 11, 18, 43, 445 segg., 451 segg., 483, 485, 537, 559.
- Wild cr. Wild (it.): I, 101; II, 11, 13 segg., 22, 23, 26, 143.

- Williams v. Carwardine (ingl.): II, 483, 567 segg.
- Wyatt v. Kreglinger (ingl.): I, 416; II, IX, 11, 402, 447-448, 484, 497, 501, 503 segg., 516, 522 segg., 631 segg.
- X... cr. Y... (Cour de Rouen, 17 novembre 1932) (fr.): I, 168, 171; II, 362 segg.
- Zambaldo cr. Lavagnoli (it.): II, 63 segg., 421.

INDICE ANALITICO - ALFABETICO DELLE MATERIE TRATTATE NEI VOLUMI I E II

N. B.: I, e II, indicano il Volume. I numeri indicano le pagine. — Le pagine, ove la materia è trattata in modo speciale, sono in carattere corsivo.

La comparazione fra *civil law* e *common law*, fra diritto italiano e francese, ecc., è inclusa in ogni voce dell'indice. Soltanto là dove è parso più opportuno, si è indicato che v'è una trattazione speciale dal punto di vista comparativo.

- ABUSO DI DIRITTI: v. INTERESSE CREDITORIO.
- ACCEPTANCE: v. ACCETTAZIONE.
- ACCETTAZIONE, *civil law* e *common law*: I, 2, 192-196, 463-467; II, 165 e 547.
Nella *common law*: I, 391, 393-400; II, 477, 483, 495, 547, 559, 561-563, 564-566; v. anche *Executed consideration*, FORMAZIONE DEL CONTRATTO, AFFIDAMENTO.
- ACCORD AND SATISFACTION: II, 438.
- ACCORDI FRA PRODUTTORI, MONOPOLI: I, 214 segg.
- ACCORDO: v. CONSENSO - concetto del consenso.
- ACT UNDER SEAL: I, 193, 412-421 (riforme), 444-449, 452-456, 462 (astrazione), 515 segg. (*conveyance*), 521 (decadenza); II, 449, 456, 471, 618 (comparazione con la *stipulatio*), 618, 629 e 632 (comparazione con l'atto astratto e il *billet non causé*). Comparazione con l'atto notarile: I, 447-448 e 455; II, 616-632, specie 629 nota 29.
V. anche ATTO FORMALE, *Cautio indiscreta*, *Contract (formal contract)*, FORMA.
- ACTE SCELLÉ: I, 39 e 445.
- ACTIO PRAESCRIPTIS VERBIS: I, 268; v. anche DIRITTO ROMANO.
- ACTION OF DEBT: I, 342-344; v. anche *Quid pro quo* e *Consideration*.
- ADEQUACY OF CONSIDERATION: I, 400-411; II, 415-421, 429-472, 475-502, 591; v. anche EQUIVALENZA.
- AFFIDAMENTO, nella *civil law* come base o ragione giustificativa (causa) di responsabilità contrattuale e extracontrattuale: I, 5-6, 173, 180-181, 363-365, 466, 482 (diritto scozzese); II, 142-167, 170, 177 segg., 197, 202, 212 segg., 224, 227, 230, 291-294, 309, 449, 463-465, 521, 522 (comparazione con la *reliance*), 579-581 (nel mandato, comparazione con la *civil law*); v. anche: ACCETTAZIONE, MANDATO, *Reliance* e *Rei interventus*.
- AGENCY: I, 365-380; v. anche MANDATO.
- AGREEMENT e CONTRACT: I, 337-338; II, 537; v. anche *Contract*.
- ALEA, contratto aleatorio: II, 369-380 (rendita vitalizia), 380 segg. (contratto *boule de neige*), 466-467 (*common law*); v. anche RENDITA VITALIZIA e, sotto CAUSA, *Cause raisonnable*, *plausible*, *suffisante*, come indice di assenza di vizi del consenso.
- ALIENAZIONE, atto di — *inter vivos*: v. *Transfert* e DIVIETI DI ALIENAZIONE.
- ALIMENTI: II, 30 segg. (dovuti al donante), 515 (fra coniugi, regolamento contrattuale, *civil law* e *common law*); v. anche OBBLIGAZIONE NATURALE.
- AMORE: v. OBBLIGAZIONE NATURALE PER RAPPORTI AMOROSI.

- ANIMUS DONANDI: v. DONAZIONE.
- APERTURA DI CREDITO CONFERMATO CONTRO DOCUMENTI, *common law*: I, 359 segg. e 472; v. anche VENDITA CONTRO DOCUMENTI.
- ARRA: I, 5, 409-413 (*nominal consideration* e arra); v. anche: DIRITTO ROMANO, DIRITTO MEDIEVALE.
- ASSEGNO AI FIGLI, per matrimonio, per avviarli ad una professione, ecc: I, 136 segg.; II, 233 segg., 241 segg.; v. anche OBBLIGAZIONE NATURALE.
- ASSICURAZIONE, promessa di assicurare cose altrui, mandato: I, 368-369; II, 572-578 (comparazione con la *common law*). Obbligo di assicurare cose depositate, *ibidem*.
- ASSIGNMENT: v. CESSIONE DI CREDITI.
- ASSOCIAZIONE A FAVORE DI TERZI: v. DONAZIONE.
- ASSUMPSIT: I, 171, 339-342 e *passim* 342-380, 436; II, 415-439, 451-457, 496, 569 segg.
- ASTRAZIONE, atto, promessa, *transfert* astratti: I, 283-293 e 303-316; I, 444-448, 454-456 e 456-460 (comparazione con la *common law*): II, 618 e 629 (comparazione con la *common law*); v. anche: ATTO FORMALE, *Act under seal*, CAMBIALE E TITOLI DI CREDITO, *Cautio indiscreta*, *Negotiable instruments*, *Stipulatio*.
- ASTREINTES: I, 226 e 240-262.
- ATTO ASTRATTO: v. ASTRAZIONE, FORMA.
- ATTO FORMALE: v. FORMA.
- ATTO NOTARILE: I, 92-97, 519-521; II, 616-632 (comparazione con la *common law*); v. anche: *Act under seal*, DONAZIONE, FORMA.
- AUTONOMIA DELLA VOLONTÀ: I, II, 76-82, 211, 253-262; v. anche: FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE, LIBERTÀ CONTRATTUALE, CLAUSOLA PENALE.
- AVALLO nella *common law*: I, 457 e 473; v. anche FIDEIUSSIONE.
- BAIL A NOURRITURE: v. RENDITA VITALIZIA.
- BAILMENT: I, 365-372; II, 429-431, 569-571, 573 segg.; v. anche: COMODATO, DEPOSITO, RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E EXTRA-CONTRATTUALE, SUA MISURA NELLE PROMESSE GRATUITE, ecc.
- BANKRUPTCY: v. FALLIMENTO.
- BARGAIN: v. *Consideration*, *Contract*.
- BENEFICENZA: v. *Charity subscription*, ENTE PUBBLICO, SOTTOSCRIZIONE PUBBLICA.
- BENEFIT E DETRIMENT: I, 341-356, 400-411 e *passim* nel vol. I, § 27-35; II, 415-422, 445, 559, 563, 588 (comparazione con la « causa ») e *passim* nel vol. II, parte II; v. anche: *Adequacy*, *Consideration*.
- BILL OF EXCHANGE: v. CAMBIALE E TITOLI DI CREDITO.
- BILLET NON CAUSÉ: v. *Cautio indiscreta*, ASTRAZIONE.
- BOULE DE NEIGE, contratto —: I, 316-322; II, 380 segg.; v. anche ALEA.
- BREVETTO, licenza per — nullo, *civil law* e *common law*: II, 438-439.
- BUSINESS PROMISE o *Bus. agreement*: I, 166, 389, 419 segg. (riforme), 469-479 (inconvenienti del concetto di *contract*); II, 543-567; v. anche: INTENTO GIURIDICO, INTERPRETAZIONE, *Option*, PROMESSE INTERESSATE, RECLAME.
- CACCIA, riserva: I, 244.
- CAMBIALE E TITOLI DI CREDITO: I, 415-416 e II, 520 (intento giuridico, *common law*): I, 519-522 e II, 64 segg., 271 (forma della donazione) I, 388, 456-560 e II, 611-616 (*common law*, *consideration*); v. anche ASTRAZIONE, *Cautio indiscreta*, *Negotiable instruments*.
- CAPRICCIO, come « causa » futile della promessa: I, 216-218 e 227-240; II, 176, 178-181, 200-202; v. anche: FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE, INTERESSE CREDITORIO.

- CAUSA DELLA PROMESSA O DEL CONTRATTO, in genere: I e II *passim*.
- Acquirendi: v. *Solvendi, Acquirendi*, ecc.
 - Codificazioni, significato del termine « causa » nelle —: I, 161-162, 266-303.
 - Comparazione con la *Consideration*: I, *passim*: specie 349-412, 463-476, 499-504; II, 585-632.
 - Concetto unitario della causa del contratto, critica: I, 221-224.
 - *Conditio in praesens vel praeteritum relata, cause fausse*, presupposizione, *Voraussetzung*, etc.: I, 274-280.
 - (Causa come) condizione impropria della promessa, analogie con *Executed consideration*: I, 105-106, 223-224; II, 105-107, 142-147, 165, 168-212, 410-411.
 - *Conditio causa data causa non secuta*: I, 266-274.
 - *Conditio indebiti*: I, 266-274.
 - *Credendi*: v. *Solvendi, acquirendi*, ecc.
 - *Data*: v. le voci: CONTRATTO INNOMINATO, DIRITTO ROMANO, DIRITTO MEDIEVALE, *Executed consideration*.
 - *Donandi*: v. *Solvendi, acquirendi*, ecc.; v. anche la voce DONAZIONE.
 - Equivocità del termine, confusione fra problemi diversi: I, 262-303; II, 387-391.
 - Errore, causa e teoria dell'errore e della garanzia: v. *Conditio in praesens vel praeteritum relata*; nonchè *infra*, nella presente voce, Garanzia.
 - Falsa: v. *Fausse*.
 - *Fausse e inexistente*: I, 266-280; v. anche nella presente voce: Codificazioni, Errore.
 - *Finalis*: I, 270.
 - *Finita*: I, 266 segg.
 - Funzione economico-sociale: v. la voce FUNZIONE ECON.-SOCIALE.
 - Garanzia, distinta dall'errore e dal difetto di causa: I, 274-280.
 - Giuristi di *common law*, loro visione della causa: I, 301, 386, 499-504; II, 585-632.
 - Gratuita e onerosa: I, 361-368; II, 1-224 e 331-636; v. anche *Raisonnable, suffisante, juste*; nonchè le voci: CONTRATTO, DONAZIONE, INTERESSE CREDITORIO, ONEROSITÀ, PROMESSA, RESPONSABILITÀ E SUA MISURA.
 - Motivi: v. la voce MOTIVI.
 - Obbligazione naturale come causa di una promessa: v. *Causa praeterita* e la voce OBBLIGAZ. NATURALE.
 - *Praeterita*, obbligazione naturale, servizi resi, donazione remuneratoria: I, 122-153; II, 21 segg., 31, 80, 152-153, 165 segg., 225-300, 337-357, 611-616 (comparazione); v. anche le voci: DIRITTO ROMANO E MEDIEVALE, OBBLIGAZIONE NATURALE, *Past consideration*, Pothier.
 - Presunzione di causa: v. la voce *Cautio indiscreta*.
 - Principale e secondaria: v. la voce DONAZIONE.
 - Promesse interessate: v. la voce PROMESSA.
 - Pubblico interesse, causa di —: I, 147-149.
 - Ragione giustificativa della sanzione: I, 4 e *passim*, II *passim*.
 - *Raisonnable (Reasonable)* in genere: I, 48-54 e 496 (Grozio); v. anche *infra*.
 - *Raisonnable, plausible et juste*: nelle obbligazioni diverse da quelle di dare: I, 163-184 e 372 segg.; II, 227-240, 301-335, 391 segg. (fideiussione), 580 segg. (mandato).
 - Risoluzione per inadempimento: v. le voci: RISOLUZIONE PER INAD. e *Failure of consideration*.
 - *Solvendi, acquirendi (credendi), donandi*, come scopo (causa) non rea-

- lizzato o non realizzabile, distinzione dalla *cause suffisante, raisonnable* o *juste*: I, 266-274 e 283 segg.; I, 460-462 (*common law*).
- *Sufficiente, suffisante*: I, 82-192; II, 11, 19 segg., 21, 35-300, 301-368, 541, 585-632; v. anche le voci *Adequacy*, DONAZIONE, EQUIVALENZA, nonché supra: (*cause*) *raisonnable*.
- *Suffisante, raisonnable e juste*, come indice di assenza di vizi del consenso: I, 259, 316-322; II, 280, 369-395, 462, 472.
- Sulla causa in genere v. anche le voci *Adequacy* (equivalenza), ASTRAZIONE, *Cautio indiscreta*, DOMAT, DONAZIONE, FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE, GROZIO, MOTIVI, PATTO NUDO, POTHIER, PROMESSA, REMISSIONE, *Transfert*.
- CAUSE OF ACTION: v. DIRITTO PROCESSUALE.
- CAUSE *juste, plausible, raisonnable, suffisante*: v. CAUSA.
- CAUTIO INDISCRETA, *billet non causé*, promessa di pagamento non menzionante la «causa», riconoscimento di debito: I, 274-275, 283-293 e 303-316, 456-460 (*common law*); II, 21, 166, 259, 260, 632 (comparazione con *Pact under seal*); v. anche: ASTRAZIONE, CAMBIALE E TITOLI DI CREDITO.
- CESSIONE DI CREDITI: v. *Transfert*.
- CHARTA, *traditio chartae*: I, 93; v. anche DIRITTO MEDIEVALE.
- CHARITY SUBSCRIPTION: I, 358-362; II, 486-499, 550-551, 554, 556; v. anche ENTE PUBBLICO, SOTTOSCRIZIONE PUBBLICA.
- CHOSÉS IN ACTION e IN POSSESSION: v. *Transfert*.
- CIVIL LAW NON CODIFICATA sui vari temi oggetto del libro: I, 479-497; v. anche DIRITTO SCOZZESE e *Roman-Dutch Law*.
- CLAUSOLA PENALE: I, 113, 120, 166-167, 214, 226, 227-240, 240-262, 437-442 (*common law*); II, 316 segg., 446, 448.
- CODIFICAZIONI, valore e influenza: I, 56-57, 76 segg.; Valore delle formule dei codici: II, 224.
- COMMENCEMENT D'EXECUTION: I, 398; II, 447, 539 segg., 553 e 555; v. anche *Executed consideration*.
- COMMON LAW - brevi cenni generali e storici: I, 328-338; v. anche: *Consideration, Contract, Equity*, DONAZIONE, *Reliance*, ecc.
- COMODATO: I, 83 (modale) e 87 segg.; 174-183 (promessa di comodato), 383-384 (*common law*); II, 4, 303-309 (promessa di comodato); 429-431 (*common law*); 521 segg., 569-571; v. anche *Bailment*, CONTRATTI REALI, DONAZIONE, PROMESSA DI CONTRATTI REALI.
- COMPAGNIA, contratto di —: II, 98-114; v. anche DONAZIONE *cum onere*.
- COMPLAINT: v. DIRITTO PROCESSUALE.
- COMPROMISE: v. TRANSAZIONE.
- CONCORDATO: v. FALLIMENTO.
- CONDIZIONE IMPROPRIA come causa: v. CAUSA.
- CONSTITUTUM DEBITI: I, 46-47; II, 231 segg., 233 segg., 243 segg., 259; v. anche *Pactum geminatum*, FIDEIUSIONE e PROMESSA DI PAGARE UN DEBITO ALTRUI.
- CONCORRENZA, divieti, patti di non —: I, 213-224; II, 309-312, 540-542; v. anche *Restraint of Trade*, FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE, VINCOLI.
- CONSENSO o ACCORDO, concetto, *civil law* e *common law*: I, 463-467; II, 536, 565-566.
- CONSENSUALISMO: v. PATTO NUDO.
- CONSIDERATION, in genere; *bargain, contract* e comparazione con la «causa» e la *civil law*: I, 338-421 e *passim*; II, 415-632 e *passim*.
- *Acceptance, consider.* come *acceptance*: I, 393-400; v. anche la voce *Acceptance*.
- *Adequate*: v. la voce *Adequacy*.

- *Benefit e detriment* : v. queste voci.
- Condizione, distinzione dalla *consid.*: I, 416; II, 503-504; v. anche ONERE.
- *Confidence, Consid. of.* —: I, 369; II, 578.
- Debito precedente, riconoscimento di —: I, 388-390; v. anche *Past consideration*.
- *Executed e executory*: v. queste voci.
- *Failure of consid.*: v. questa voce.
- *Forbearance*: I, 402-403; v. anche le voci *Legal freedom* e *Legal right*.
- *Good*: II, 630.
- Intento giuridico: v. questa voce.
- *Moral*: v. *Past consid.*
- *Motives*, distinti da *consid.*: v. questa voce.
- *Must move from the promisee*: I, 355, 396, 472 (riforme).
- *Negotiable instruments*: v. la voce CAMBIALE E TITOLI DI CREDITO.
- *Nominal*: I, 409-411, 415 segg.; II, 462-472; v. anche la voce DIRITTO MEDIEVALE.
- Onere: *consid.* e donazione *cum onere*: II, 35-224 (nelle note ai vari casi); 439-457, 463-465, 475-499, 518-521, 538 segg., 542 segg., 585 segg.; v. anche la voce DONAZIONE.
- *Past consideration*: v. questa voce.
- *Preexisting duty*, adempimento di dovere precedente come *consid.*: I, 471; II, 472-485; v. anche *Sufficient*.
- *Real*: v. *Sufficient*.
- *Recital of consid.*: I, 409-411, 415 segg.; II, 462-472; v. anche STIMOLAZIONE.
- Riforme della *consid.* e del *contract*: I, 412-421 e 426-427.
- *Sufficient*: I, 404-409.
- *Valuable*: v. *Sufficient*.
V. anche: CAUSA, *Contract, Promise, Transfert*.
- CONSORZIO per la difesa di interessi (brevetti) di produttori, *civil law* e *common law*: II, 547-557.
- CONTRACT, *common law*; terminologia: I, 337-338 e II, 527. - Cenni storici: I, 338-356. In genere: I, 338-476; II, 413-632.
- *Bilateral e unilateral*: v. *Executed e executory consideration*.
- *Formal e informal o simple*: I, 337, 444-452 e 456; v. *Act-under Seal*.
V. in genere: *Bargain, Consideration, CONTRATTO, Promise, Undertaking*.
- CONTRATS DE SERVICES GRATUITS: II, 301-335.
- CONTRATTO: in genere e comparazione vol. I e II *passim*.
- Aleatorio: v. la voce ALEA.
- Consensuale: v. le voci PATTO NUOVO, DIRITTO ROMANO.
- Formazione: v. la voce FORMAZIONE DEL CONTRATTO.
- Formale: v. la voce FORMA.
- Funzione dell'istituto giuridico: I, 199 segg.; v. anche la voce FUNZIONE ECON. SOCIALE.
- Gratuito e oneroso: I, 92-192, 235-240; v. anche le voci: PROMESSA e *Gratuitous Promise*, CAUSA, ONEROSITÀ, RESPONSABILITÀ.
- Illecito, distinto dal futile: I, 213-224.
- Innominato: I, 7-8, 98-105, 106-122 e 153-169, 233-262, 428-434 (*common law*), 487 (dir. scozzese); II, 35-224, 306-309 e *passim* nel vol. II. V. anche *infra* Tipico e atipico, nonchè le voci DIRITTO ROMANO E MEDIEVALE, DOMAT, GROZIO e POTHIER.
- Interessato: v. la voce PROMESSA INTERESSATA.
- Interessi non economici, contratto a interessi non econ: I, 158, 224-227, 227-262.
- Misto: I, 108 segg.; II, 220 segg.
- Modificativo: I, 512 segg.

- Obbligatorio e traslativo o modificativo: I, 1; v. la voce *Transfert*.
- Preliminare: v. la voce PROMESSA (di contratto reale, di vendita).
- Reale: I, 169-183; II, 304-309, 357 segg.; v. anche le voci: PROMESSA (di contratto reale), DIRITTO ROMANO E MEDIEVALE.
- Scambio, contratto di —: v. le voci: SCAMBIO e DONAZIONE *cum onere*.
- Sinallagmatico: concezione unitaria, critica: I, 221 segg.; II, 410.
- Socialmente dannoso, v. *supra* Illecito.
- Terzi, a favore di terzi: I, 233, 240 segg., 355 (*common law*); II, 70 segg., 137, 183 segg., 245, 289 segg., specie 291.
- Tipico e atipico: I, 3, 5-7, 8-11 (intento giuridico), 48 segg. (Grozio), 206 segg. (funzione del tipo), 233-262, 428-434 (*common law*), 487 segg. (dir. scozzese); v. anche *supra*: Innominato, nonché le voci: DONAZIONE, FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE, SCAMBIO.
- CONVEYANCE: I, 515 segg.; II, 587; v. anche *Transfert*.
- CORTESIA, rapporti sociali, di cortesia e non giuridici in genere: I, 8-11, 163-184; II, 301-305, 318-324, 359-365, 365-368, 499 segg., 505-522, 538 segg. v. anche: INTENTO GIURIDICO, TRASPORTO.
- COSTITUTO DI DEBITO: v. *Constitutum debiti*.
- DAMAGES: v. DANNI.
- DANNI:
- *Exemplary damages*: I, 436-442.
- *Moral* e *Morali*: I, 166, 227-262, 434-443.
- *Nominal damages*: I, 436, 442.
- *Punitive*: v. *Exemplary*.
V. anche SANZIONI.
- DATIO VEL FACTUM: I, 5-7; v. CAUSA DATA, CONTRATTI INNOMINATI, DIRITTO ROMANO E MEDIEVALE.
- DECEIT, *Tricherie*, Dolo, come fondamento di responsabilità contrattuale e extracontrattuale: I, 2, 181; II, 570-571, 576-577.
- DECLARATION, COMPLAINT: v. DIRITTO PROCESSUALE.
- DEED: v. *Act under seal*.
- DEPOSITO:
- Contratto reale e promessa di —: I, 169-183; II, 304-305, 357 segg.
- Trasporto e deposito: I, 170-173.
V. anche *Bailment*; Promessa (di contratto reale).
- DESSAISINE - SAISINE: v. POTHIER, *Transfert*.
- DETRIMENT e BENEFIT: II, 415-422, 488, 559, 563; v. anche *Adequacy*, *Consideration*.
- DILIGENZA: v. *Bailment*, CAUSA GRATUITA, CONTRATTI A TITOLO GRATUITO, DEPOSITO, RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E EXTRACONTRATTUALE E SUA MISURA, TRASPORTO GRATUITO.
- DIRIGISMO CONTRATTUALE: I, 224-227; v. anche FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE.
- DIRITTO CANONICO: I, 44-48.
- DIRITTO COMUNE: I, 44-76; v. anche, *Civil law* non codificata, DIRITTO MEDIEVALE, DOMAT, GROZIO, POTHIER.
- DIRITTO MEDIEVALE, su tutti i temi oggetto del vol. I (v. per questi temi le voci sotto DIRITTO ROMANO): I, 27-48, 84, 30-38 e 474-476 (comparazione con la *common law*).
- DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO: I, 452; II, 15, 592-610, 616-632.
- DIRITTO NATURALE: I, 4, 44-76.
- DIRITTO PROCESSUALE nella *common law*: II, VIII segg.
- *Cause of action*: II, XI, 515, 606-7.
- *Complaint*: v. *Declaration*.
- *Declaration*: II, XI.
- *Evidence*: II, 594-595; v. anche *Statute of Frauds*.

- *Forms of action*: I, 3, 330 segg., 352 segg.; II, X segg.; 429-431.
- *Issues of fact e of law*: II, X segg.
- Ordinamento giudiziario: I, 332 segg.; II, XI segg., 604-605.
- *Plea*, II, X segg.
- *Pleadings*: II, X segg.
- *Statement of claim*: v. *Declaration*.
- *Writ*: v. *Forms of action*.
- DIRITTO ROMANO (su tutti i temi oggetto del libro e in particolare: *Arrha*, CAUSA, *Causa data*, *Causa praeterita*, COMPARAZIONE CON LA *common law*, CONTRATTO IN GENERE, CONTRATTO INNOMINATO, *Deceit* o DOLO, DONAZIONE, EQUIVALENZA, INTENTO GIURIDICO, ONERE, RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E EXTRACONTRATTUALE, *Stipulatio*, *Synallagma*, ecc.).
I, 11-27, 45 segg. (influenza nello sviluppo della *civil law*); 93, 291 segg. (evoluzione della *stipulatio* da promessa formale in promessa astratta); 296-298 (significato della parola « causa » nei testi); 349 segg. (comparazione con lo sviluppo storico della *common law*).
II, 71, 123, 127, 164, 240, 243 segg., 259, 285, 431.
- DIRITTO SCOZZESE sui vari temi oggetto del libro: I, 479-484; v. *Civil law* non codificata.
- DISCHARGE IN BANKRUPTCY: v. FALLIMENTO.
- DIVIETI DI ALIENAZIONE: I, 217-219; II, 397-405.
- DOMAT: I, 57-60, 182.
- DONATORI DI SANGUE, a titolo gratuito e oneroso, contratto e responsabilità: II, 407 segg.
- DONAZIONE, in genere: *animus donandi*; *cause suffisante*; *causa praeterita*; *cum onere* o modale e sua distinzione dal contratto di scambio specie innominato; comparazione con la *consideration*; donazione come schema causale-formale; obbligazione naturale; donazione remuneratoria: I, 82-162; II, 3-300.
- *Affectation*: I, 104.
- Alea o contratto aleatorio: II, 192, 201-202.
- Alimenti al donante, regolamento contrattuale: II, 30 segg.
- Associazione a favore di terzi: v. *infra*, nella presente voce, Contratto a favore di terzi.
- Calcolo utilitario nelle donazioni: I, 100 e 191-192; II, 11, 18, 22, 26.
- Cambiale: I, 519-522; II, 64 segg., 271; v. anche la voce ASTRAZIONE.
- Causa principale e secondaria: I, 98-162; II, 35 segg. specie 41, 106, 168-224, 405, 448.
- Clausola arbitrare: II, 196.
- *Common law*, concetto della donazione e della donazione *cum onere* nella —: I, 355, 392-393, 400-404, 443; II, 503-542, 585-632; v. anche la voce *Gratuitous promise*.
- Comodato e distinzione dalla donazione, forma: I, 87-92, 176; II, 4 segg., 8.
- Condizione impossibile o *contra legem*: II, 185-186.
- Contratto a favore di terzi: II, 70 segg., 137, 183, 245.
- Diritto internazionale privato: II, 15.
- Dissimulata: v. SIMULAZIONE.
- Ente pubblico, donazione da parte di —, forma: II, 203 segg., v. per la donazione ad un ente pubblico le voci: *Charity subscription*, ENTE PUBBLICO, SOTTOSCRIZIONE PUBBLICA.
- Evizione: garanzia per —: I, 186-188.
- *Honorem, ob hon. decretum*: II, 340-341.
- Insinuazione: I, 93; v. anche le voci DIRITTO ROMANO e COMUNE, POTHIER.
- Intento giuridico: II, 337-341, 503-

- 542; v. in genere: INTENTO GIURIDICO.
- Interessate: v. Calcolo utilitario.
- Locazione di cose od opere e donazione: II, 3 segg., 34 segg.
- Mandato e deposito: II, 85-86, 122, 128, 220 segg., 340 segg.
- Manuale: 5, 504-521; II, 8.
- Matrimonio, donaz. per causa di —: v. MATRIMONIO.
- Motivo: I, 98-195; II, 11, 17, 19 segg., 40-41, 210 segg., 284, 405.
- Mutuo o promessa di mutuo e donazione, forma: I, 86-92; II, 6 segg.
- Onere: se deve risultare da atto pubblico: II, 31, 80, 82, 245.
- *Pactum de non petendo*: v. Remissione *infra* nella presente voce.
- Previsione di una condotta del donatario non richiesta come onere: I, 463-467; II, 11, 18, 22, 27; v. anche *supra* Calcolo utilitario, nonchè la voce: CONSENSO E ACCORDO.
- Promessa di donazione: II, 30.
- Reciproche donaz.: I, 100.
- Registro, tassa di —: v. la voce REGISTRO.
- *Règles de fond.*: I, 87 segg., 117 segg., 130.
- Revoca, per bisogno, per sopravvenienza di figli: I, 186-187; II, 31, 284.
- Remissione, *pactum de non petendo* e donazione: I, 512-515; II, 7 segg., 30 segg., 62.
- Rendita vitalizia: v. la voce RENDITA VITALIZIA.
- Sovrano, donaz. al o dal —: I, 147-149; II, 203 segg.
- *Trust*: donazione mediante *Trust*: I, 443 e 517.
- Sui vari problemi della donazione, v. anche le voci: DIRITTO COMUNE, ROMANO e MEDIEVALE, MATRIMONIO, PATRIMONIALITÀ, POTHIER, SCAMBIO, *Transfert*.
- DRIT COUTUMIER: v. DIRITTO COMUNE.
- EDIZIONE, contratto di — senza corrispettivo per l'autore: II, 188 segg.
- ENTE PUBBLICO, donazione a —: I, 116-117, 147-149; II, 71 segg., 83 segg., 115-141, 168-188, 213-224, 486 segg. specie 499.
- v. anche *Charity subscription*, SOTTOSCRIZIONE PUBBLICA.
- Donazione da Ente Pubbico: II, 203.
- EQUITY: I, 330, 335 segg., 356, 362, 424-443, 453-456, 467, 515 segg.
- EQUIVALENZA: v. *Adequacy*, *Cause suffisante*, DONAZIONE *cum onere*, SCAMBIO.
- ERRORE: I, 33, 426 e 467 (*consideration* e errore, interpretazione del contratto): II, 416, 431-439 (comparazione fra *civil law* e *common law*); v. anche CAUSA, MOTIVI, VIZI DEL CONSENSO.
- ESECUZIONE IN FORMA SPECIFICA: I, 434-437; II, 305-309; v. anche PROMESSA DI CONTRATTO REALE, *Specific performance*.
- EVIDENCE: v. DIRITTO PROCESSUALE, PROVA, *Statute of Frauds*.
- EVIZIONE, garanzia per —: I, 186-188, 464-465 e II, 285 (nelle donazioni e nei contratti a titolo gratuito); II, 303 (nel comodato).
- EXECUTED e EXECUTORY CONSIDERATION: I, 345, 393-400; II, 443, 446-448, 455, 460 segg., 483, 495, 520, 539 segg., 546, 549, 552 segg., 564-566; v. anche *Acceptance*, *Commencement d'exécution*.
- Come prova di intento giuridico: II, 505, 537-538.
- EXECUTOR di eredità: II, 440, 585-592, 592 segg.
- EXPRESS e IMPLIED PROMISE: v. *Promise*.
- FAILURE OF CONSIDERATION, distinta dal *want* o *lack of consid.*: I, 452-456, 460-462; II, 493; v. anche: *Causa*

- solvendi, acquirendi, ecc.*, RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO.
- FALLIMENTO e CONCORDATO:
- *common law*: II, 592-610.
 - concordato, difetto di *consideration*, difficoltà ad ammetterlo nella *common law*: I, 471; II, 554-555.
 - Promessa di pagare il residuo debito da concordato o fallimento, obbligazione naturale, *civil law* e *common law*: I, 135; 386-387; II, 341-357, 592-610.
 - Promessa di pagare in caso di ritorno a miglior fortuna: II, 341-347.
- FAMIGLIA, negozi familiari: I, 211-212.
- FIDUCIA, obbligazione naturale come causa sufficiente di una promessa non formale: I, 140-141 e 386; II, 152-153, 245, 272 segg., 277 e 297 segg. (distinzione dal semplice voto o raccomandazione del testatore), 471 (testamento nullo, *common law*), 585-592 (*common law*).
- v. anche *Causa praeterita*, OBBLIGAZIONE NATURALE.
- FIDEIUSSIONE, e promessa in genere di pagare un debito altrui, costituito di debito altrui; causa sufficiente o *raisonnable, consideration*: I, 183-184, 359 e 472-473 (*civil law* e *common law*); II, 92, 94 segg., 324 segg., 391 segg., 434-439 (*civil law* e *common law*).
- FISIOCRATI e teoria della funzione economico-sociale: I, 220.
- FORBEARANCE: II, 439-462, 475 segg.; v. anche *Consideration, Legal freedom* e *Legal right*.
- FORMA, distinzione fra vari tipi di forme: atto formale puro, atto astratto, forma della donazione nella *civil law*, forma nel senso moderno (*civil law* e *common law*): I, 92-95, 196-198, 283-293, 444-452, 456.
- *Ad probationem*, I, 39; v. *Statute of Frauds*.
 - Come protezione del promittente: I, 3-4.
 - Decadenza della forma: I, 519-522.
 - Intento giuridico: I, 8-11.
 - Mera scrittura, intento giuridico: I, 175; II, 412-421 (*common law*).
 - Scritta, valore della forma scritta in *common law*, riforme attuate o in corso: I, 412-421.
- v. anche: *Act under seal*, ASTRAZIONE, ATTO NOTARILE, DIRITTO ROMANO e MEDIEVALE, DONAZIONE, *Formal* e *Informal contract, Stipulatio*.
- FORMS OF ACTION: v. DIRITTO PROCESSUALE.
- FORMAZIONE del Contratto: II, 543, 559, 561-566, anche: ACCETTAZIONE, *Acceptance, Executed* e *Executive consideration*.
- FRAUD: v. DECEIT, DOLO, *Undue influence*, VIZI DEL CONSENSO.
- FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE DEL CONTRATTO, teoria della —, critica: I, 91, 134-135, 162, 199-235, 295, 301-303, 309, 420-421 (nella *common law*); II, 10, 92, 284, 316 segg., 362, 397-405, 410; v. anche: CAUSA, CONCORRENZA, DIVIETI DI ALIENAZIONE, MOTIVI, *Restraint of Trade*, VINCOLI ALL'ATTIVITÀ ECONOMICA E ALLA PROPRIETÀ.
- GARANZIA PER EVIZIONE: v. EVIZIONE.
- GARANZIA PER LE QUALITÀ DELLA COSA VENDUTA: distinzione dall'errore e dalla causa come presupposto: I, 274-280; II, 424 segg. (*civil law* e *common law*); v. anche: MODIFICAZIONE DI CONTRATTO.
- GESTIONE DI NEGOZI, *civil law* e *common law*: I, 386; II, 425-428.
- GIOCO, oblig. naturale come causa sufficiente di una promessa: I, 138; I, 461 (*civil law* e *common law*).
- GIORNALE, promesse pubblicitarie (di

- consigli in materie finanziarie, ecc.): II, 557-560.
- GIUSNATURALISMO: v. DIRITTO NATURALE.
- GRATUITOUS PROMISE e *Gratuitous Undertakings*: I, 390-392 e 356-384 *passim*; II, 503 segg., 536, 537 segg. (intento giuridico), 569-581, 630-631; v. anche *Consideration*, MANDATO, *Opus coeptum*, *Reliance*.
- GRATUITOUS UNDERTAKINGS: v. *Gratuitous promise*, nonchè: *Agency*, *Assumpsit*, *Bailment*, DEPOSITO, *Reliance*, TRASPORTO.
- GRATUITY: v. *Voluntary agreement*, *Payement*, ecc.
- GROZIO: I, 4, 8, 42-43, 48-57, 60, 61, 233, 236-237; v. anche *Roman Dutch Law*.
- HIRE: v. LOCAZIONE.
- HONORARY PROMISE: I, 406.
- ILLICEITÀ: v. CONTRATTO ILLECITO.
- ILLUSORY PROMISE, condizione meramente potestativa: I, 406.
- IMPLIED CONDITIONS: I, 423, 433.
- IMPLIED PROMISE: II, 546, 550.
v. anche: *Express Promise*.
- INALIENABILITÀ: v. DIVIETI DI ALIENAZIONE e VINCOLI ALLA PROPRIETÀ.
- INDEBITATUS ASSUMPSIT: I, 344-345; v. anche *Pactum geminatum*.
- INGIUSTO ARRICCHIMENTO, come base dello sviluppo storico del contratto: I, 4 e 6; v. anche *Action of Debt*, DIRITTO ROMANO e MEDIEVALE, *Quid pro quo*.
- INJUNCTION: v. SANZIONI NELLA *common law*.
- INSINUAZIONE delle donazioni: I, 56, 65-76, 85, 92 segg.; v. anche DIRITTO ROMANO, POTHIER.
- INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO, a seconda del suo carattere, tipico, atipico, gratuito o oneroso: I, 3, 11, 12, 32-38, 186-187.
- v. anche: *Implied conditions*, INTERPRETAZIONE.
- INTENTO GIURIDICO o di contrarre un vincolo giuridico, a seconda dei vari contratti: tipici, atipici, gratuiti, onerosi, formali, riserva di esclusione nell'intento giur. nei contratti tipici e formali; *civil law* e *common law*. In generale: I, 3, 5, 8-II; II, 245, 259, 276, 291-292, 298.
- *Business promise*: I, 389; II, 504 segg.
- *Consideration* come indice dell'intento giur.: I, 412-421 e 424; II, 447-448, 480, 499 segg., 503-542, 571, 580.
- Cortesia, rapporti sociali ecc.: I, 163-183. - Contratti innominati o atipici: I, 163-169 e 487 segg.
- Funzione economico-sociale, teoria della funzione econ. sociale e problema dell'intento giur.: I, 209.
- Grozio: 51 segg.
- Mandato: II, 580.
- Misura della responsabilità assunta: I, 186-187.
- Promesse per un'obbligazione naturale: I, 135 e II, 341-357.
- Promesse gratuite di servizi o di contratti reali: I, 174-183 e II, 301-368.
- Scrittura come indice dell'intento giur.: I, 175 (*civil law*); 413-414 e 419-421 (*common law*).
v. anche le voci: CORTESIA, *Executed consideration*, *Promise (Express promise)*, TRASPORTO.
- INTERESSE CREDITORIO, apprezzabile, degno di tutela, serio, ecc., *cause juste*: I, 185-186, 210-211, 218 segg., 227-240, 240-262; I, 425 (*in equity*), 491 segg. (diritto scozzese); v. anche: *Cause juste*, CLAUSOLA PENALE, FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE, PATRIMONIALITÀ DELLA PRESTAZIONE.
- INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO *civil law* e *common law*: I, 3, 35 segg. (diritto medievale), 75-76, 186-187

- (nei contratti gratuiti), 422-424 (nella *common law*), 455 (*act under seal*), 467 (*consideration* e interpretaz.); II, 437, 542, 550-551 e 555 (principio di conservazione del contratto nelle promesse interessate e nelle *business-promises*), 589, 598 e 610 (diritto internazionale privato).
- LACK O WANT OF CONSIDERATION: I, 460-462.
- LAUNEGILD e *nominal consideration*: I, 30 e 409-410.
- LAVORO, contratto di lavoro, aumento del corrispettivo durante il contratto, pensione (*civil law* e *common law*): II, 474 e 541-542.
- LAWFUL FREEDOM OF ACTION: v. *Legal Freedom*.
- LEGAL FREEDOM e LEGAL RIGHT: I, 402-403; II, 439-462, 482, 546, 559, 563, 567, 575; v. anche *Consideration*, *Forbearance*.
- LEGAL e EQUITABLE RIGHTS: I, 515 segg.
- LIBERTÀ CONTRATTUALE: I, 77-81; v. anche AUTONOMIA, FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE.
- LIMITAZIONI ALL'ATTIVITÀ ECONOMICA, INDIVIDUALE E ALLA PROPRIETÀ: v. CONCORRENZA, VINCOLI, FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE.
- LOCAZIONE, come *bailment* nella *common law*: I, 365 segg.; II, 569-571; v. anche DONAZIONE e LOCAZIONE.
- MANDATO:
- Affidamento dell'affare e non mera promessa gratuita come base della responsabilità del mandatario: I, 169-173; II, 579-581 (*civil law* e *common law*).
 - Diritto romano: II, 577-578.
 - Gratuito, *civil law* e *common law*: I, 169-173, 186-187, 365-382; II, 572-581.
 - Interesse del mandatario e contratto sinallagmatico, *civil law* e *common law*: II, 549, 555-557.
 - Mero consiglio e mandato: II, 267-272, 560.
 - *Opus coeptum* e affidamento dell'affare, *civil law* e *common law*: I, 181; II, 304 segg., 576-582.
 - Recesso o rinuncia al mandato, *re adhuc integra*: I, 181, 372-382.
 - Responsabilità del mandatario gratuito, carattere e misura, *civil law* e *common law*: I, 365-382; v. anche: *Agency*, ASSICURAZIONE, DONAZIONE e MANDATO, *Gratuitous undertakings*.
- MARRIAGE SETTLEMENTS: v. MATRIMONIO.
- MATRIMONIO, donazione per causa o in occasione o in *consideration* di —: II, 152 segg., 227, 228. Per la *common law* e comparazione: I, 358 e II, 421 segg., 475 segg., 616-632 (comparazione con il diritto italiano e diritto internazionale privato). v. anche *Statute of Frauds*.
- MATRIMONIO, promessa di —, *civil law* e *common law*: I, 436; II, 626.
- MESSE, donazione con onere di —: II, 78, 128 segg., 131 segg.
- MISFEASANCE e NONFEASANCE, come base di responsabilità contrattuale e extracontrattuale; *civil law* e *common law*: I, 171, 174 segg., 369-384; II, 302, 304, 324, 365, 570-571, 572-581.
- MISREPRESENTATION: I, 426; II, 437; v. anche VIZI DEL VOLERE.
- MODIFICAZIONE DI CONTRATTO O DI PRECEDENTE RAPPORTO GIURIDICO, contratto modificativo, *civil law* e *common law*: I, 405-406, 471-472, 504-518; II, 425 (garanzia posteriore alla vendita). v. anche: REMISSIONE.
- MODUS: v. DONAZIONE.
- MORAL DAMAGES: v. DANNI, SANZIONI.
- MOTIVES e CONSIDERATION: I, 410, 415-416; II, 437, 448, 480, 482 segg., 552, 565-566, 591-592 (comparazione con la *civil law*), 630.

- MOTIVI: I, 35 segg., 186-187 (interpretazione, contratti gratuiti); 207-208 (motivi e causa come funzione economico-sociale); II, 11, 17, 19 segg., 40-41, 210 segg., 284.
v. anche DONAZIONE, *Motives*.
- MUTUO: promessa di —: I, 85, 169-183; II, 304-305; v. anche PROMESSA DI CONTRATTO REALE.
- NATURALIA NEGOTII: I, 11.
- NEGOZIO D'ACCERTAMENTO, riconoscimento di debito, *civil law* e *common law*: I, 390; II, 417; v. anche *Cautio indiscreta*.
- NEGOZIO GIURIDICO:
— *common law* e *civil law*: II, 457 segg., 503, 618, 629 segg.
— Teoria generale, generalizzazioni: I, XI, 77-81, 211-212.
v. anche: AUTONOMIA, FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE.
- NEGOTIABLE INSTRUMENTS: v. CAMBIALE E TITOLI DI CREDITO.
- NOME, onere di assumere o dare il nome nelle donazioni: I, 16, 110; II, 450.
- NON FEASANCE: v. *Misfeasance*.
- NOTAIO, NOTARY: I, 446; II, 629; v. anche ATTO PUBBLICO, *Act under seal*.
- NUDUM PACTUM: v. PATTO NUDO.
- OBBLIGAZIONI, varie categorie, dare, fare, ecc.: distinzione quanto alla causa e alla forma: I, 82-192, 392; II, 1-335; v. anche CAUSA.
- OBBLIGAZIONE NATURALE, come causa sufficiente di una promessa non rivestita dello schema formale-causale della donazione. In genere: v. I, 122-146 e 385-390 per la *common law*; II, 225-300, 337-357.
— Adempimento di obbligazione naturale altrui: II, 249.
— Agevolazione di un matrimonio, per —: II, 246 segg., 298 segg.
- Alimenti verso parenti bisognosi: I, 386; II, 251-259.
— Amore: v. *infra* Rapporti amorosi, Seduzione.
— Arricchimento ingiusto: I, 192 e 386; II, 260-267, 295-297.
— Assegno ai figli per matrimonio, professione, ecc. v. questa voce.
— Concordato e fallimento: v. questa voce.
— Coscienza, onore, distinzione da obbligazione naturale, diritto francese e italiano: I, 122-146 *passim*; II, 225-299 *passim*, specie 289-299.
— Danni causati da un figlio o congiunto: II, 53 segg., 247 segg., 250.
— Danni non risarcibili: I, 142; II, 249, 267 segg., 294.
— Debiti di un congiunto: II, 289 segg.
— Errore nel pagamento o nella promessa di pagamento di un'obbligazione: I, 130-133.
— Fiducia, testamento nullo: v. questa voce.
— Figli naturali: II, 278, 355 segg.
— Gioco: I, 138, II, 461.
— In concreto, obbligazione naturale da valutarsi in concreto: I, 142; II, 258 e 272 con richiami.
— Intento unilaterale o bilaterale di adempiere un'obbligazione naturale: II, 610.
— Lesione, prezzo ingiusto: v. supra Arricchimento nonchè la voce MODIFICAZIONE DI CONTRATTO.
— Onore della famiglia: II, 289 segg.; v. anche supra: Danni causati da congiunto e Debiti di congiunto.
— Pagamento, distinzione fra promessa di pagamento e pagamento di un'obbligazione naturale: I, 130-143.
— Patto nullo per difetto di forma: I, 138 segg.; II, 227, 245; v. anche *Pactum geminatum*.
— Rapporti amorosi, Seduzione: I,

- 142; II, 231 segg., 278, 279-280, 284, 357.
- Seduzione: v. Rapporti amorosi.
V. anche le voci: *Causa praeterita*, DONAZIONE, *Constitutum debiti*, INTENTO GIURIDICO, *Moral consideration*, *Pactum geminatum*, *Past consideration*.
- OFFER e ACCEPTANCE: v. *Consideration*, FORMAZIONE DEL CONTRATTO.
- OFFERTA e mera iniziativa contrattuale: I, 10.
- OFFRES DE CONCOURS: I, 100 segg., 152; II, 221-222.
- ONERE: v. DONAZIONE.
- ONEROSITÀ E GRATUITÀ: I, 4, 82-102, 117-122 (teorie generalizzanti, critica), 98-105 (diritto francese).
- ONEROSITÀ IMPLICITA, promessa implicita di compenso: I, 387-389; II, 425 segg.
- OPINION, nelle sentenze di *common law*: II, VIII segg.
- OPTION e OPZIONE: I, 188 segg., 356-362, 390-392, 470 segg.; v. anche: PROMESSA UNILATERALE DI CONTRATTO E DI VENDITA.
- OPUS COEPTUM: II, 570-571 e 572-581; v. anche MANDATO, *Gratuitous undertakings*.
- ORDINAMENTO GIUDIZIARIO, *common law*: v. DIRITTO PROCESSUALE.
- PACTUM ADIECTUM *in continenti* e *ex intervallo*, *civil law* e *common law*: I, 512-519; II, 576.
v. anche MODIFICAZIONE DI CONTRATTO.
- PACTUM DE NON PETENDO:
— *civil law* e *common law*: I, 357 segg., 471, 512-518; II, 582, 594, 597, 606.
— Diritto romano: I, 90.
— Donazione: v. DONAZIONE.
V. anche: REMISSIONE DI DEBITO.
- PACTUM GEMINATUM: I, 46-47, 55, 139-140, 344, 386; II, 232.
v. anche, *Constitutum debiti*, *Indebitatus Assumpsit*, OBBLIGAZIONE NATURALE.
- PACTUM NUDUM: v. PATTO NUDO.
- PALMATA: v. DIRITTO MEDIEVALE.
- PAST CONSIDERATION e *causa praeterita* (*civil law*): I, 385-390, 419 segg. (riforme); II, 225-300 (nelle note ai vari casi), 423-428, 467 segg., 537, 585-616 (sentenze di diritto comparato).
V. anche: *Causa praeterita*, *Consideration*, OBBLIGAZIONE NATURALE, ONEROSITÀ IMPLICITA.
- PATRIMONIALITÀ DELLA PRESTAZIONE: I, 107-122, 153-156, 227-240, specie 239-240.
- PATTO NUDO, consensualismo, *solus consensus obligat*, ecc.: I, 2, 35 e 42 (patto nudo e criteri di interpretazione e errore), 38-76 (sviluppo storico), 76 segg. (nelle codificazioni), 92-198, 235-240, 280-283 (influenza di erronea concezione della causa); 322 segg., 481 segg. (diritto scozzese); v. anche GROZIO, DOMAT, POTHIER, *Transfert*; e i vol. I e II *passim*.
— Nella *common law*: I, 390, 413; II, 424 segg., 442-445, 451-455, 574, 576, 587-592, 593 segg. (comparazione fra *common law* e *civil law*).
- PENALTY: v. CLAUSOLA PENALE.
- PENSIONE: v. LAVORO.
- PIAE CAUSAE, Donazione a —: I, 147-149; v. anche ENTE PUBBLICO.
- PINNEL'S CASE: I, 405-406, 470-472.
- PLEADINGS: v. DIRITTO PROCESSUALE.
- POLLICITATIO: I, 193.
- POTHIER: I, 61-75, 132, 232 segg., 240-262, 298 segg., 374, 427.
- POWER, PRIVILEGE, RIGHT, terminologia comparata: II, 466.
V. anche *Forbearance* e *Legal freedom - Legal right*.
- PREMIO, promessa di — al vincitore di una gara, di un concorso, ecc.: I, 149-153; II, 192 segg., 196 (clausola arbitrale), 472-474, 566-567.
- PRESTAZIONE, suscettibile di valutazione

- ne economica, *appréciable à prix d'argent*: I, 107-122, 153-156, 227-240; v. anche PATRIMONIALITÀ.
- PRESUPPOSIZIONE: I, 274-280; v. anche CAUSA come *condicio in praesens vel praeteritum relata*.
- PRESUNZIONE DI RESPONSABILITÀ: v. TRASPORTO GRATUITO.
- PRIVATA SCRITTURA: I, 175, 412-414 e 419-421 (*common law*); II, 592-610 (comparazione).
- PRIVILEGE: v. *Power*.
- PROCESSO: v. DIRITTO PROCESSUALE.
- PROMESSA:
- Di contratto: v. Promessa unilaterale di vendita, *Option*.
 - Di contratto reale: I, 174-183, 382-384 (misura della responsabilità); II, 301-309; v. anche COMODATO, DEPOSITO, MUTUO, CONTRATTO REALE, DIRITTO MEDIEVALE E COMUNE.
 - Di pagamento, riconoscimento di debito: v. ASTRAZIONE, *Cautio indiscreta*, CAMBIALE E TITOLI DI CREDITO.
 - Di pagare un debito altrui: II, 92, 94 segg., 291, 418 (*civil law* e *common law*); v. anche *Constitutum debiti*, FIDEIUSSIONE E PROMESSA DI PAGARE UN DEBITO ALTRUI.
 - Espresa: I, 48-56, 175; v. anche *Promise - express*.
 - Interessata: I, 62 segg., 75-76, 100 segg., 188-192, 390-392; v. anche COMODATO, PROMESSE DI SERVIZI A TITOLO GRATUITO, PROMESSA UNILATERALE DI VENDITA e *Option*, RECLAME, TRASPORTO.
 - Pubblico, al —: *civil law* e *common law*: I, 147-153, 399-400, 471; II, 197, 557-566.
 - Titolo gratuito: I, 7-8, 82-192, 186-187, 235-240, 365-384; II, 3-301; v. anche CONTRATTO, *Gratuitous promise*, PROMESSA DI CONTRATTO REALE.
 - Unilaterale di vendita: I, 188 segg., 356-362, 390-392, 470 segg.; v. anche Promessa interessata.
- V. anche CONTRATTO, OBBLIGAZIONE NATURALE e *Constitutum debiti*, *Promise*.
- PROMESSA AL PUBBLICO: v. *Promessa*.
- PROMISE: I, 338-339; v. anche *Contract*. — *Express*: II, 514-516 (intento giuridico).
v. anche PROMESSA ESPRESSA, e *Implied promise*.
- *Gratuitous*: v. *Gratuitous promise*.
- PROMISSORY ESTOPPEL: I, 356-364; II, 488 segg.; v. anche *Reliance*.
- PROMISSORY NOTE: v. CAMBIALE E TITOLI DI CREDITO.
- PROVA, disponibilità della —; contratti sulla —: II, X, 418-420 (*civil law* e *common law*).
- PUBLIC POLICY, sua distinzione da « ordine pubblico »: II, 501-502, 537, 540-541.
- QUASI-CONTRACT: I, 462.
- QUID PRO QUO: v. *Action of debt*.
- RAPPORTI SOCIALI, DI CORTESIA, ONORE, ecc.: v. CORTESIA, TRASPORTO.
- RAZIONALISMO: I, V-XII, 56-57.
- RECLAME: I, 101, 188-190; II, 557-566.
- REGISTRO, tassa di — nelle donazioni o contratti di carattere dubbio: II, 53 segg., 55 segg., 131 segg., 172.
- REI INTERVENTUS: I, 482; v. anche AFFIDAMENTO, *Reliance*.
- RELIANCE, *civil law* e *common law*: I, 171, 181, 192-196 (accettazione come *reliance*), 354-356, 356-384, 418-421 (riforme del *contract*); II, 26, 49, 86, 109, 110, 114, 117, 122, 138, 142-167, 463-465, 483-484, 488-499, 505, 522, 540, 547, 550-551 e 555, 566-567, 582; v. anche AFFIDAMENTO, *Rei interventus*.
- REMISSIONE DI DEBITO, *civil law* e *common law*: I, 405-406 (*Pinnel's Case*), 512-515 e 517-519; II, 341-357 (promessa di pagare in caso di ritorno a migliore fortuna), 453 segg. (*common law*).

- V. anche CONCORDATO, DONAZIONE, *Pactum de non petendo*.
- RENDITA PERPETUA e donazione *cum onere*: II, 128.
- RENDITA VITALIZIA e donazione *cum onere*, contratto di scambio: II, 369-380, 374 (*bail à nourriture*); v. anche ALEA, CAUSA.
- REPORTS, organizzazione e modi di citazione: II, XII segg., 536 e 604 (esempi di *Reports*).
- REQUEST OF CONSIDERATION, valore della — nel *contract*: I, 346 segg., 356 segg., 393-400; II, 357, 540, 545.
- RES o CAUSA DATA: I, 5-7; v. anche *Causa data*, *Executed consideration*.
- RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE, misura della —:
- Contratti a titolo gratuito: I, 186-188, 235-239; II, 301 segg.; v. anche PROMESSE E CONTRATTI A TITOLO GRATUITO, RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E EXTRA-CONTRATTUALE.
 - Piena o tipica, contratti di scambio e promesse interessate, contratti formali, *civil law* e *common law* (garanzia di un risultato o di un evento): I, 182, 238, 391, 422 segg., 464-467.
- RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E EXTRA-CONTRATTUALE, *civil law* e *common law*: I, 2, 12, 181-182, 357-384; II, 110, 114, 143 segg., 301-335 specie 323-324, 362, 367, 411, 521, 559-560, 570-571, 573-581; v. anche *Misfeasance*, *Reliance*.
- RESTATEMENTS: I, 335.
- RESTRAINT OF TRADE: v. CONCORRENZA.
- RICONOSCIMENTO DI DEBITO: v. *Cautio indiscreta*, OBBLIGAZIONE NATURALE.
- RIGHT: v. *Power*, *Legal right*.
- RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO: I, 266-280; v. anche *Failure of consideration*.
- ROMAN-DUTCH LAW: I, 48-55; v. *Civil law* non codificata.
- SAISINE - DESSAISINE: I, 504-517; v. anche POTHIER.
- SANZIONI, sistema delle sanzioni del contratto, *civil law* e *common law*: I, 227-262, 428-443, 491 (segg. (diritto scozzese)); II, 446, 448, 499 segg.
- SCAMBIO, contratto di —, tipico e atipico, *civil law* e *common law*: I, 43-44, 106-122, 143-146, 153-161, 322-325, 346-356, 400-411, 428-434, 463-467; II, 35-224, 415-501, nonchè II, 98, 104 (pattuizione e discussione sulla controprestazione come criterio distintivo dalla donazione *cum onere*).
- V. anche DONAZIONE *cum onere*, POTHIER, RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE.
- SCRITTURA PRIVATA: v. PRIVATA SCRITTURA.
- SEDUZIONE: v. OBBLIGAZIONE NATURALE.
- SIMULAZIONE, donazione dissimulata, *nominal consideration*, *recital of consideration*: I, 409-411, 465, 519-521; II, 277, 369-380, 467 segg.
- SOMMINISTRAZIONE, contratto di —, *civil law* e *common law*: I, 470; II, 543-547.
- SOLUS CONSENSUS OBLIGAT: v. PATTO NUDO.
- SOTTOSCRIZIONE PUBBLICA: II, 122 segg., 137 segg., 213 segg., v. *Charity Subscription*, ENTE PUBBLICO.
- SOTTOSCRIZIONE AD UN'OPERA DI INTERESSE PRIVATO: II, 220.
- SPECIFIC PERFORMANCE: I, 455; II, 305; v. anche *Equity*, SANZIONI.
- STARE DECISIS: I, 333 segg.
- STATUTE OF FRAUDS: I, 333, 449-452; 55, 431-435, 632.
- STIPULATIO: I, 167, 175 (equipollenti moderni), 283-293 (evoluzione da atto formale ad atto astratto), 424 (*stipulatio* e *contract*), 455-456 (*stipulatio* e *deed*).
- V. anche DIRITTO ROMANO.

- TORTS: I, 365-384, 433; v. anche RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E EXTRA-CONTRATTUALE.
- TRADITIO CHARTAE: v. *Charta*.
- TRADITION FEINTE, *brevi manu*, costituito possessorio, ecc.: v. POTHIER e *Transfert*.
- TRANSACTION, legal —: II, 629.
- TRANSAZIONE, *Compromise, civil law e common law*: II, 435 segg., 471.
- TRANSFERT, astrazione, causa, *consideration*, contratto traslativo, forma, nudo consenso: I, 44, 86, 130, 137, 139-140, 197, 307 segg., 459, 493, 494, 504-521; II, 91, 98, 277.
- TRASPORTO, *civil law, common law*:
 — Amichevole o di cortesia: I, 169-183, 188-190; II, 301-305, 318-324, 359-365.
 — Deposito e trasporto: I, 171-173.
 — Gratuito e interessato: I, 365-384; II, 569-571; v. anche Amichevole.
 — *Misfeasance e non-feasance*: v. *Misfeasance*.
 — Presunzione di responsabilità (art. 1384 c. civ. france); II, 302, 318-324, 359 segg.
 — Responsabilità contrattuale e extra-contrattuale: II, 301, segg., 318-324, 359-365, 569-571; v. anche RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E EXTRA-CONTRATTUALE.
- TRATTATIVE: I, 3.
- TRIAL: II, IX segg.
- TRUST:
 — come *transfert* e come donazione: I, 392-393, 443, 517 segg.
 — come mandato o *agency*: I, 365-370.
- UNDERTAKINGS: v. *Assumpsit, Gratuitous undertakings*.
- UNDUE INFLUENCE: I, 316-322, 424-428.
- UNILATERAL CONTRACT: I, 393-400; II, 544, 546-547; v. anche *Acceptance, Contract bilateral, Executed consideration*.
- UNUSUAL CONTRACT: I, 487 segg.; v. anche CONTRATTO TIPICO E ATIPICO e INNOMINATO.
- VORAUSSETZUNG: v. CAUSA, come *condicio in praesens vel praeteritum relata*.
- VENDITA CONTRO DOCUMENTI, *civil law e common law*: I, 359 segg., 472
 — Di cosa perita, *civil law e common law*: II, 438.
- VERMÖGENS-ZUSETZUNG: I, 266-274.
- VINCOLI all'attività economica, individuale, alla proprietà e libera circolazione dei beni: I, 211-224; II, 316 segg., 397 segg.; v. anche, CONCORRENZA, FUNZIONE ECONOMICO-SOCIALE, *Restraint of trade*.
- VIZI del consenso o del volere, *civil law e common law*: I, 266-280, 316-322, 424-428; II, 369-395, 415-418, 434-439, 460-467; v. anche: *Adequacy, EQUIVALENZA, ERRORE, Fraud Misrepresentation, Undue influence*.
- VOLUNTARY AGREEMENT, *payement, undertaking*: II, 536, 559, 589-590, 607; v. anche *Gratuitous promise*.
- WADIATIO: v. DIRITTO MEDIEVALE.
- WIDERDONUM: v. DIRITTO MEDIEVALE e *Consideration - nominal*.
- WRIT: v. DIRITTO PROCESSUALE.

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 bizzarra. 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.