

THE
CARDOZO ELECTRONIC
LAW BULLETIN

FALL 2016

PENSARE IL *CONTRACT* ANGLOSASSONE
A PARTIRE DALLA PROMESSA

Davide Gianti

GENEALOGIA DEL *NOMOS*.
LO 'SPAZIO' COME FORMA DEL PENSIERO
IN CARL SCHMITT

Mauro Balestrieri

IL PROBLEMA DELLA SOVRANITÀ
IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA

Antonio Cucinotta

The Cardozo Law Bulletin is a peer-reviewed, English and Italian language journal concerned to provide an international forum for academic research exploring the thresholds of legal theory, judicial practice and public policy, where the use of a 'comparative law and literature' approach becomes crucial to the understanding of Law as a complex order.

The Cardozo Law Bulletin, established in 1995 as one of the world first Law Journals on the Web, invites the submission of essays, topical article, comments, critical reviews, which will be evaluated by an independent committee of referees on the basis of their quality of scholarship, originality, and contribution to reshaping legal views and perspectives.

SUBMISSIONS: The Cardozo Law Bulletin only accepts submissions made in accordance with the MLA (Modern Language Association) style, the most commonly used to write papers and cite sources within the liberal arts and humanities.

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/>

CHIEF EDITOR: Pier Giuseppe Monateri

MANAGING EDITOR: Cristina Costantini

REFEREES: Ermanno Calzolaio, Daniela Carpi, Maria Rosaria Marella, Giovanni Marini, Roberto Pardolesi, Giovanni Pascuzzi, Federico Pizzetti, Giovanni Maria Riccio, Giovanni Sciancalepore, Salvatore Sica, Andrea Zoppini

© 1995-2016 The Cardozo Institute

THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN

VOLUME XXII

FALL 2016

NUMBER 2

CONTENTS

ARTICLES

PENSARE IL *CONTRACT* ANGLOSASSONE
A PARTIRE DALLA PROMESSA

Davide Gianti

GENEALOGIA DEL *NOMOS*.
LO 'SPAZIO' COME FORMA DEL PENSIERO
IN CARL SCHMITT

Mauro Balestrieri

IL PROBLEMA DELLA SOVRANITÀ
IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA

Antonio Cucinotta

PENSARE IL *CONTRACT* ANGLOSASSONE A PARTIRE DALLA PROMESSA

Davide Gianti

1. La *promise* e la teoria della volontà: *common law* e *civil law*
2. L'obbligatorietà della promessa nei sistemi di *common law*: il nesso con *consideration* e *bargain*
3. Il *common law* nel XX secolo e un nuovo fondamento per le promesse: la *reliance theory*
4. Le c.d. *gratuitous promises*
 - a. Le promesse non coperte dalla *consideration* intesa come *bargain*
 - b. Le promesse contenute in *gratuitous undertakings* caratterizzati da *nonburdensome performance*
 - c. Le c.d. *donative promises*
 - d. Le promesse *to give land* e le *licenses*
 - e. La promessa nella *firm* o *irrevocable offer*
 - f. Le promesse contenute nei c.d. *option contracts*
 - g. La rinuncia ad un diritto di credito e i contratti modificativi e solutori
 - h. Le c.d. *promises for benefit conferred* e la moral obligation
5. Il c.d. *unilateral contract*
6. Le promesse di una ricompensa e quelle al pubblico (c.d. *promises of reward*)
7. Le promesse rese *enforceable* tramite l'*estoppel* nel sistema inglese
8. Le promesse rese *enforceable* tramite l'*estoppel* nel sistema nordamericano
9. I danni risarciti dall'*estoppel* e la loro quantificazione

1. LA PROMISE E LA TEORIA DELLA VOLONTÀ: *COMMON LAW E CIVIL LAW*

Nel corso del secolo XIX il diritto delle obbligazioni contrattuali ha visto il progressivo trionfo della teoria che pone come base dell'istituto sia da un punto di vista legale, sia da uno morale, la volontà umana. Questa ricostruzione fu teorizzata compiutamente ad opera dei Pandettisti tedeschi come Savigny i quali svilupparono l'idea che il fine della legge altro non fosse che promuovere la libertà umana e per fare ciò l'unico modo possibile fosse garantire la più ampia possibilità di auto-affermazione del soggetto che non deve incontrare alcun limite se non quando viene a contatto con altre libere e sovrane sfere di volontà. Questa teoria della volontà umana come fonte del potere di creare dei vincoli obbligatori ebbe così ampia diffusione in ambito giuridico continentale da divenire il paradigma dominante e incontrastato; tale circostanza non poté passare inosservata nemmeno nel mondo giuridico anglosassone e tanto grande si rivelò la sua *vis expansiva* che penetrò anche nei sistemi di *common law* tanto da dominare sino al XX secolo la maggior parte delle ricostruzioni dottrinarie, mentre il formante giurisprudenziale si atteneva ad enunciazioni più legate alla tradizione autoctona¹. Persino le corti statunitensi cercarono nel corso di tutto il XIX secolo di rileggere l'intero sistema giuridico in funzione della volontà delle parti ma incontrarono molti problemi pratici e alla fine questo obiettivo fu abbandonato².

Nella teoria della signoria della volontà come fonte del potere normativo privato dell'individuo il contratto che si forma attraverso lo scambio delle promesse tra i soggetti coinvolti trova giustificazione morale e legale nel potere che ogni soggetto ha di dare forma al proprio mondo creando legami con altre persone e decidendo in quale maniera auto-obbligarsi³. Naturalmente questa teoria generale nel corso del tempo ha avuto varie declinazioni e due in particolare sono state quelle che hanno riscosso maggior successo. In una prima

¹ Si vedano le principali trattazioni della dottrina americana del XIX secolo come Parsons on contracts di Parson e English law of contract and of agency in relation to contract di Anson che seguivano le teorie volontaristiche continentali e si consideri come fosse prassi abituale nella formazione dei giuristi d'oltreoceano la lettura dei testi di Pothier e Savigny

² POUND, The role of the will in law, in Harvard Law Review, 68, 1, 1954, pp. 1-19

³ RAZ, Promises and obligations, in Law, Morality and Society, p. 228 ss.

prospettiva la volontà stessa come fonte dell'obbligazione creata viene considerata come un potere normativo proprio del soggetto e dunque ciascuna promessa riceve dalla volontà umana sia la propria origine, sia la propria forza vincolante. In una seconda prospettiva invece i rapporti si pongono in maniera leggermente diversa in quanto il soggetto che compie la promessa si impegna tramite il proprio sovrano volere ad auto-obbligarsi ma la fonte e la forza vincolante della sua manifestazione di volontà risiedono nel potere normativo di cui dispone l'ordinamento che attribuisce legittimità a quanto voluto dall'individuo⁴.

Quale che sia l'approccio che si vuole preferire, sia le teorie continentali che pongono l'accento sul consenso delle parti come fonte dell'obbligazione contrattuale sia le ricostruzioni di *common law* che invece pongono a base del contratto l'idea di *bargain*, sono nel corso del tempo state adattate per presupporre in qualche modo la teoria volutaristica stessa. Per quanto più ci interessa in questa sede si può rilevare come di fatto nel corso del secolo XIX la dottrina anglosassone sia stata fortemente influenzata dalla lettura degli scritti continentali e di fatto abbia continuato nell'elaborazione della teoria del *contract* facendo propria l'idea della presenza del consenso tra le parti come base per la sussistenza del vincolo negoziale⁵. Nonostante vi sia stata una indubbia recezione di modelli continentali tuttavia il sistema anglosassone si è mostrato molto refrattario ad essere costretto nelle anguste maglie del paradigma consensualistico che evidentemente ha sempre percepito come a lui fondamentale estraneo. Proprio per questo motivo si cercherà nel prosieguo della trattazione di delineare il sistema contrattuale anglosassone prendendo come paradigma epistemologico quello della *promise* che ancora oggi si pone come indispensabile strumento da cui partire per comprendere le peculiarità del sistema in analisi; solo guardando le operazioni negoziali che noi tutti conosciamo con gli occhi di un giurista che ragiona in maniera del tutto diversa da quella che ci è propria in ambito continentale si potrà cercare di comprendere la natura delle soluzioni da egli

⁴ COOTE, *Contract as assumption: essays on a theme*, Hart Publishing, 2010, p. 67 ss.

⁵ HAMBURGER, *The development of the nineteenth-century consensus theory of contract*, in *Law and History Review*, 7(2), 1989, p. 241 ss.

adottate e penetrare i misteri di quelle finzioni giuridiche che così tanto sembrano affollare l'armamentario concettuale del *common lawyer*.

2. L'OBBLIGATORIETÀ DELLA PROMESSA NEI SISTEMI DI COMMON LAW: IL NESSO CON CONSIDERATION E BARGAIN

Nei sistemi di *common law* il paradigma a cui ricondurre ogni accordo che viene stipulato dai privati risiede nella *promise* e quindi ogni riflessione su quelle operazioni che noi siamo soliti ricondurre alla presenza del consenso delle parti coinvolte prende le mosse dall'evidenza per cui i vari soggetti per vincolarsi pronunciano ciascuno delle promesse. Ovviamente non tutte le promesse possono essere considerate vincolanti per la legge e infatti per circoscriverne il novero il sistema anglosassone ha edificato il fondamento dell'obbligatorietà della *promise* sulla nozione di *consideration*, a sua volta costruita sulla presenza, concorrente o meno, di un *benefit* per il promittente e di un *detriment* per il promissario⁶. Il nucleo essenziale è comunque da identificarsi con il *detriment* e anche se i due elementi di valutazione possono essere o meno presenti entrambi ormai si esclude che la *consideration* si possa esaurire nell'originaria idea di scambio⁷.

Il punto di arrivo della concezione di *consideration* è la classica definizione contenuta nel caso del 1915 *Dunlop Pneumatic Tyre Co. vs. Selfridge and C.*:

“an act or forbearance of one party, of the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought and the promise thus given for value is enforceable”

Oggi possiamo così affermare che in *common law* la regola generale è che una promessa sia da ritenersi *enforceable* quando rivesta la forma dell'atto *under seal* o qualora vi sia una *consideration* e cioè rientri nell'ambito di un negozio di scambio, anche non tipicamente economico, detto *bargain*; nella moderna *common law* dunque la sanzione giuridica va di pari passo con la valutazione che *benefit* e

⁶ Si veda la nota definizione della *consideration* contenuta nel caso CURRIE v. MISA, L.R. 10, Ex. p. 162

⁷ CHITTY, *On contracts, General principles*, 25, London, 1983, p. 80 ss.; TREITEL, *The law of contract*, 4, London, 1975, p. 46; POLLOCK, *Principles of contract*, 7, London, 1902, p. 168 ss.

detriment siano stati oggetto di contrattazione, ovvero di un *bargain*⁸ tra le parti interessate.

La *consideration* rappresenta in questa veste un vero e proprio elemento di formazione del contratto che, in una prima fase, si integrava solo al momento della materiale dazione della controprestazione secondo il modello definito in epoca moderna come *executed consideration*, mentre in un secondo momento si ammeso che potesse integrarsi anche con una contro-promessa secondo il modello definito come *executory consideration* che andava di fatto a riconoscere come vincolante il contratto bilaterale obbligatorio. Il contratto pertanto non si forma sino alla prestazione della *consideration* nelle due forme descritte e secondo le modalità stabilite dal promittente nella sua proposta.

Proprio considerando che il promittente risulta essere quasi il *dominus* dell'accordo, il quale ne definisce tratti caratteristici e termini esecutivi, la *consideration* è stata spesso rappresentata anche come *acceptance*, la quale non corrisponde alla nozione di accettazione accolta nella maggior parte dei sistemi continentali ma che consiste nell'esatto compimento di quanto richiesto dal promittente secondo le forme da lui previste e che deve dunque sempre venire dal promissario e non da una terza persona. Dato che assumere un'obbligazione riveste una certa importanza il promittente deve essere libero di agire e stabilire in quale modo e in quale misura auto-obbligarsi ed altrettanta attenzione deve caratterizzare il comportamento del promissario nell'eseguire le richieste poste, altrimenti non sarà in grado di far valere validamente le proprie ragioni in un eventuale giudizio.

Questa almeno sembra la concezione classica del contratto come venuta a svilupparsi in Inghilterra e consolidatasi negli Stati Uniti sino al secolo scorso⁹. Nella dottrina classica statunitense i due elementi del *bargain* sono il *benefit* per il promittente e il *detriment* per il promissario che sono costruiti nel senso di essere uno il motivo dell'altro ed a ciò si aggiunge, secondo l'autorevole opinione di Holmes, che le parti devono essere d'accordo anche sulla ragione per cui le due

⁸ CHESHIRE, FIFOOT, *Contracts*, London, Butterworth, 1960, pp. 53 e 54

⁹ LANGDELL, *A selection of cases on the law of contracts*, The Lawbook Exchange, 2014; KENT, *Commentaries on American Law*, II, Halsted, 1827, p. 364

cose vengono scambiate tra le parti, ovvero deve sussistere anche il c.d. *reciprocal mutual inducement*.

Questa teorica limitava l'area del contratto, rendeva più difficile stipulare certi tipi di operazioni e non garantiva la vincolatività di istituti come la promessa di mantenere ferma una offerta irrevocabile¹⁰, la promessa di rimettere un debito o la modifica di un contratto¹¹. La rigidità del sistema contrattuale anglosassone era accentuata anche per via della sussistenza della c.d. *mirror image rule*, secondo cui ogni promessa deve ricevere accettazione espressa o, in difetto, un adempimento negli stessi termini stabiliti dal promittente, altrimenti l'intera operazione viene meno, e per via del requisito della c.d. *mutuality*, in forza del quale entrambe le parti devono essere vincolate e dunque, in caso di *unilateral contracts*, visto che a una parte è consentito adempiere o meno alla prestazione, all'altra è altresì consentito di revocare l'offerta sino al momento stesso dell'adempimento¹².

Il *bargain* che deve caratterizzare la *consideration* diviene in questa prospettiva una specie di schema astratto per creare un vincolo giuridico a partire da una promessa che permette ai soggetti di dimostrare concretamente la propria volontà di obbligarsi ma non si può ritenere che si riduca ad un indice da cui dedurre che sussiste una *obligation*, né tantomeno che esso assolva sempre e solo questo fine; in realtà quando si verte in tema di rapporti economici la *consideration* comporta che ci sia l'intento di assumere una obbligazione, salvo che non sia fatta una espressa riserva in senso contrario, mentre nel campo dei rapporti non economici, come i rapporti sociali e quelli di cortesia, la *consideration* costituisce una presunzione dell'intento di obbligarsi che può essere vinta anche per il tramite di elementi di senso contrario.

La concezione del contratto *bargained for* ha connotato la *consideration* di alcuni tratti peculiari che è bene considerare singolarmente per cercare i limiti sino a

¹⁰ ALPA, Contratto nei sistemi di common law, in Digesto italiano, II, Torino, 1988, p. 165

¹¹ GORLA, La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law, in Rivista di diritto commerciale, 1, 1952, p. 391; GORLA, Quid dei pacta adiecta ex intervallo?, in Rivista di diritto commerciale, 1, 1966, p. 263 ss.

¹² WORMSER, The true conception of unilateral contracts, in Yale Law Journal, 26, 1916, p. 136; WILLINSTON, Mutuality of obligation in bilateral contracts, in Columbia Law Review, 25, 1926, p. 705 ss.

dove può spingersi il riconoscimento di obbligatorietà delle promesse in *common law*.

Purchè il volere delle parti dell'operazione sia stato manifestato liberamente, è preclusa al giudice qualsiasi valutazione in ordine alla c.d. *adequacy of consideration*, ovvero circa la necessità che il *detriment* del promissario stia in una qualche relazione di proporzionalità con il *quid* promesso; i sistemi di *common law* si sono assestati su questa opinione negativa perseguendo la certezza dei rapporti giuridici e invocando la libera volontà delle parti che si estrinseca nel richiedere un *detriment* e, non accogliendo valutazioni in merito alla congruità di questo sacrificio richiesto alla controparte, hanno potuto confermare nel corso del tempo criteri letterali e formali di interpretazione del contenuto della promessa.

Nonostante in forza di quanto appena detto a proposito dell'*adequacy* ci si aspetti che l'idea di una *sufficient consideration* che operava originariamente sia del tutto scomparsa, in realtà esistono ancora alcuni principi di diritto ad essa riconducibili ma che vengono utilizzati dalle corti in senso strettamente oggettivo che non lascia spazio al valore attribuito dai soggetti o ai motivi che hanno mosso i medesimi¹³. In primo luogo la *consideration* non può consistere solamente nell'adempimento o nella promessa di adempimento di un precedente dovere, sia esso contrattuale, non contrattuale o legale; bisogna vi sia una modifica nel regolamento degli interessi tra le parti anche se minima. In secondo luogo una contro-promessa che sia nulla per qualsivoglia motivo non può rappresentare una *sufficient consideration*, nemmeno qualora il promittente nel richiederla abbia mostrato un proprio specifico interesse¹⁴. In terza battuta lo scambio di cose di genere, diverse solo nella quantità dello stesso genere, non rappresenta una *sufficient consideration* a meno che non vi siano delle differenze nelle modalità dell'adempimento.

¹³ GORLA, La teoria dell'oggetto del contratto, in *Jus*, 1953, p. 145 ss.

¹⁴ I casi più rilevanti analizzati dalla giurisprudenza hanno riguardato: la contro-promessa fatta da un soggetto incapace che sia radicalmente nulla e non solo annullabile, la contro-promessa nulla per difetto di forma, la c.d. *honorary promise* che rappresenta un semplice impegno sociale da parte del soggetto, la c.d. *illusory promise* che contiene cioè una condizione meramente potestativa e infine la promessa nulla per impossibilità assoluta, cioè in *rerum natura*, del suo oggetto

A parte questi *test* di carattere oggettivo un qualunque *bargain* può rendere obbligatoria la prestazione di una promessa quale che siano le caratteristiche di ordine quantitativo e qualitativo degli interessi per cui si chiede il *quid* come controprestazione. Il quadro disegnato viene completato laddove si consideri che una promessa può essere resa vincolante anche dalla presenza di una *nominal consideration* che si deve intendere non in senso quantitativo di valore minimo, bensì in senso di simbolico, come avveniva nel diritto medievale con l'istituto del *launegild* dove il promittente richiede un qualcosa solo per attivare il meccanismo dello scambio che integra il requisito della *consideration*. In questo modo in *common law* si possono ritenere vincolanti anche le promesse sostenute dal puro spirito di liberalità e rendere valida anche quella promessa che in *civil law* sarebbe definita come donazione obbligatoria.

Nella concretezza dei rapporti giuridici di fatto si vede come la *nominal consideration* vada poi di fatto a confondersi con quella di valore minimo o irrisorio ma comunque, a testimonianza della rigidità della nozione di *bargain*, essa deve venire comunque prestata materialmente e non basta un *recital of consideration*. Questa granitica regola che abbiamo delineato è tuttavia stata nel corso del tempo messa in discussione soprattutto nella giurisprudenza statunitense dove il desiderio di controllare in questi casi la portata della *consideration* o almeno la sussistenza di una qualche forma di *adequacy* ha reso molto più incerto il diritto vivente¹⁵.

3. IL COMMON LAW NEL XX SECOLO E UN NUOVO FONDAMENTO PER LE PROMESSE: LA RELIACE THEORY

Le teorizzazioni circa il fondamento del *contract* dei sistemi di *common law* nel XX secolo hanno compiuto sviluppi interessanti che hanno visto il progressivo emergere di un diverso approccio al problema dell'origine della forza vincolante

¹⁵ SIMPSON, Handbook on the law of contracts, Saint Paul, West Publishing Company, 1954, p. 146 ss.

delle promesse il quale è sfociato nella elaborazione della c.d. *reliance theory* per spiegare i rapporti tra promesse contrattuali e liquidazione dei danni causati dal loro inadempimento. Il nucleo di tale visione si ha già nelle riflessioni di Adam Smith, il quale pone in rilievo come a parer suo la promessa in realtà non sia nient'altro che la dichiarazione del desiderio che il promissario dipenda da noi per l'adempimento di quanto promesso dal promittente¹⁶e più volte nel corso delle sue riflessioni sul contratto fa appunto riferimento alle ragionevoli aspettative che una tale manifestazione di volontà genera nella parte promissaria ma non arriva mai ad esporre una compiuta elaborazione teorica di questa intuizione.

L'idea di fondo di tale approccio si sviluppa più recentemente secondo la direttrice che vede la forza morale e giuridica del pronunciare una promessa risiedere nell'affidamento che con questo atto si ingenera nel prossimo, circostanza che potrebbe comportare delle diminuzioni patrimoniali ingiuste per il promissario qualora la promessa non sia mantenuta e la parte destinataria della manifestazione linguistica abbia intrapreso delle iniziative economiche confidando nella bontà di quanto appreso¹⁷. Per alcuni il dovere morale e giuridico di mantenere la promessa si genererebbe solo qualora a sua volta si sia prodotto un affidamento in concreto nel promissario¹⁸, mentre per altri, più legati a posizioni simili a quelle prettamente volontaristiche, la forza obbligatoria risiederebbe nell'intenzione del promittente di ingenerare l'affidamento a prescindere che questo poi si sia effettivamente prodotto nel promissario¹⁹.

Sia le teorie giusnaturalistiche sia quelle volontaristiche che si sono analizzate in precedenza nella trattazione non ignoravano l'idea dell'affidamento e la sua possibile utilità nella risoluzione di alcuni problemi pratici del diritto contrattuale come quelli legati all'errore come vizio causato da altri ma non erano mai giunte a porre la *reliance* in una posizione tale da costituire l'architrave dell'intero diritto

¹⁶ SMITH, Lectures on jurisprudence, Of contract, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 472 e ss.

¹⁷ MARINI, Promessa e affidamento nel diritto dei contratti, Napoli, Jovene Editore, 1995, p. 49 ss.

¹⁸ ATIYAH, Promises, morals and law, Oxford, Oxford University Press, 1981, p. 36 ss.

¹⁹ MAC CORMICK, Voluntary obligations and normative powers I, in Proceedings of the Aristotelian Society, 46, 1972, p. 66

contrattuale. In epoca recente i sostenitori di *common law* di questa teoria invece hanno teorizzato che sia proprio l'affidamento ingenerato nel promissario a costituire il fondamento dell'obbligatorietà della promessa e quindi dell'intero contratto ed hanno mostrato la tendenza a ridurre a questo aspetto tutto il diritto delle obbligazioni, ritenendo che si possa rinvenire una responsabilità legale ogniqualvolta sia stato conferito un *benefit* ad un altro soggetto o questi sia incorso in un danno ricollegabile all'affidamento; questo può accadere perché in questa prospettiva il fulcro dell'attenzione si sposta dall'uomo libero creatore dei propri obblighi al gruppo sociale nel suo complesso, il quale viene considerato come l'unico soggetto in grado di imporre le proprie soluzioni ai propri membri in quanto unico vero soggetto in grado di decidere e creare obbligazioni e diritti²⁰.

Un così ampio ambito di applicazione della *reliance theory*, tale da poter fondare l'intero diritto dei contratti non riflette tuttavia il diritto vivente non solo per quanto riguarda i sistemi continentali ma nemmeno per quanto concerne quelli di *common law* per i quali è evidentemente stato pensato in origine. I critici di tale orientamento²¹ portano vari argomenti a sostegno della fallacia di tale impostazione totalizzante che è opportuno riassumere brevemente.

In primo luogo la *reliance theory* sarebbe fondata su un'erronea valutazione del ruolo della promessa nel diritto contrattuale; nella ricostruzione offerta dai sostenitori di questa impostazione verrebbe infatti trascurata l'importanza dell'obbligatorietà della promessa come sviluppatasi nel corso di un'evoluzione plurisecolare per arrivare a concludere che la vincolatività delle c.d. *bare mutual promises* sarebbe stato un traguardo raggiunto relativamente tardi nel corso del XIX secolo e trascurando così l'evoluzione del principio *pacta sunt servanda* in favore dello sviluppo della teoria della volontà del dogma del consenso come venuto ad elaborarsi in epoca moderna.

In secondo luogo la teoria dell'affidamento non descriverebbe il reale stato del diritto vivente in quanto cercherebbe di comprimere ogni esempio di contratto nel modello fondato su paradigma *benefit/detriment*, dimenticandosi per esempio

²⁰ ATIYAH, Promises, morals cit., p. 129 ss.

²¹ HOGG, Promises and contract law. Comparative perspective, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 100 ss.

come siano ritenuti vincolanti ovunque i c.d. *executory contracts* nei quali è pacificamente riconosciuto che questi due elementi sono assenti.

Infine la *reliance theory* rappresenterebbe l'ultimo e più importante attacco alla responsabilità contrattuale come intesa in senso tradizionale in quanto la ridurrebbe a niente altro che ad una responsabilità da *tort* e contemporaneamente trascurerebbe la libertà delle parti e il suo ruolo nei meccanismi della moderna economia di mercato.

4. LE C.D. *GRATUITOUS PROMISES*

Analizzando la categoria delle c.d. *gratuitous promises* bisogna tenere a mente che negli ordinamenti di *common law* è radicata la convinzione che debba essere preclusa al giudice qualsiasi considerazione sull'*adequacy* della *consideration* ovvero ogni apprezzamento sulla relazione qualitativo-quantitativa che si viene a programmare tra le due prestazioni da parte dei soggetti interessati. Nei sistemi di *common law* le *gratuitous promises* sono obbligatorie solo se effettuate nella forma del *deed under seal* e si devono tenere distinte dai *gifts*, i quali comportano la dazione immediata della cosa e l'irretrattabilità dell'acquisto da parte del donatario²². La categoria delle attribuzioni a titolo gratuito come si vede è comunque caratterizzata dalla presenza di una certa forma e dunque la gratuità di per sé, in difetto della forma, anche negli ordinamenti di *common law* non giustifica l'obbligatorietà della promessa.

Le *gratuitous promises* sono definite tali non perché manchi lo scambio ma perché manca la *consideration* in senso economico classico e quindi nella prassi concreta possono aversi promesse che non ineriscono ad un rapporto di scambio ma non sono nemmeno del tutto *gratuitous* perché esiste una *consideration*; in questi casi anche qualora manchi il requisito formale, le promesse in questione sono da ritenersi comunque obbligatorie. Si rammenti inoltre che, data l'irrilevanza dell'*adequacy*, molte volte può essere ritenuta sufficiente a fondare l'obbligatorietà

²² FARNSWORTH, *Contracts*, Boston-Toronto, Little, Brown, 1982

della promessa anche una *nominal consideration*; in questi casi bisognerà tenere distinte dalle *gratuitous promises* comunque vincolanti quelle che in realtà sono solo elusive del principio della generale non obbligatorietà delle *informal gratuitous promises* e pertanto non possono ritenersi meritevoli di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico. In questo modo potranno ritenersi *enforceable* persino le promesse in vista di un comportamento del promissario che non configuri uno stretto scambio o quelle effettuate nell'ambito dei rapporti familiari.

Anche per il riconoscimento delle *gratuitous promises* si è perpetuato comunque nel tempo il requisito di un atto formale e a prima vista non sembrerebbe che la verifica della sussistenza dell'intento liberale costituisca un requisito vincolante per l'obbligatorietà della promessa in questione come avviene invece nei sistemi continentali in analoghe circostanze²³. Ad una analisi più attenta si comprende inoltre come il mero atto formale non comporti quella pienezza di tutela e di rimedi esperibili che ci si attenderebbe ed infatti il rimedio di *equity* della *specific performance* non è stato mai accordato a promesse che seppure *under seal* fossero però "*entirely without consideration*"²⁴.

Dunque per ottenere il rimedio della *specific performance* anche le *gratuitous promises* fatte *under seal* devono sostenere il vaglio circa la presenza di elementi da cui si possa evincere chiaramente l'effettiva natura di *gratuitous* e quindi si deve anche in questo caso vagliare la presenza e la natura di una eventuale *consideration*. Bisogna comunque rammentare che il principio dell'*estoppel by deed* preclude che il promittente formuli eccezioni che siano in contrasto con il contenuto del *deed* e, dato che in *common law* non viene riconosciuto un generale diritto alle restituzioni in tutti i casi di ingiustificato arricchimento, non si è nemmeno sviluppato un rimedio che consenta al promittente di ottenere la ripetizione di quanto dato in esecuzione di una promessa formale ma priva di giustificazione gratuita²⁵.

²³ ANSON, *Law of contracts*, 25, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 70 ss.; CHESHIRE, FIFOOT, *Law of contracts*, 9, London, 1976, p. 19 ss.

²⁴ Si vedano i casi WICHERLEY v. WICHERLEY, 2 Eden 177; GROVES v. GROVES, 3 Y. & J. 163; JEFFERYS v. JEFFERYS, 1 Cr. & Ph. 138 e infine KEKEWICH v. MANNING, 1 D e G M. & G. 176, 188

²⁵ GOFF, JONES, *The law of restitution*, 2, London, 1978

Nei sistemi di *common law*, analizzando la categoria delle *gratuitous promises* si rinviene pertanto un arco di obbligatorietà garantita dalla forma solenne ben più ampia di quella garantita nei sistemi continentali dalle formalità proprie della donazione in quanto la forma può essere anche slegata dai requisiti del rapporto sostanziale, mentre nei sistemi di *civil law* invece questo deve essere sempre tenuto in considerazione perché viene sempre richiesto all'interno del requisito rappresentato dalla *causa donationis*. Queste peculiarità che si sono viste emergere dall'analisi dei sistemi di *common law* in materia di promesse derivano per lo più dall'originario carattere sinallagmatico del *quid pro quo* che è poi mutato configurando l'obbligatorietà della promessa come non sempre corrispondente allo scambio; se da un lato questo processo ha reso difficile il riconoscimento di promesse che, pur non riguardando uno scambio, si ponevano in relazione ad una operazione economica meritevole di tutela, dall'altro ha tuttavia consentito di riconoscere l'obbligatorietà di promesse che non esaurivano il proprio fondamento nella liberalità del promittente²⁶.

L'area di vincolatività delle *gratuitous promises* sembra dunque essere più ampia rispetto a quella riconosciuta in *civil law* in materia di attribuzioni a titolo gratuito, mentre risulta più ristretta per quelle promesse connesse a ragioni di scambio in quanto la creazione del requisito ulteriore della *consideration*, identificato nel fatto che essa sia *bargained for*²⁷ limita in linea teorica il riconoscimento della meritevolezza di determinate operazioni economiche. Come comprensibile però, per stare dietro all'evolversi dell'economia di mercato, il contenuto del requisito della *consideration* nel corso dell'ultimo secolo è andato mutando e frequenti sono state le critiche rivolte al sistema, come quella che vorrebbe la responsabilità contrattuale ricondotta a quella da *torts* o come quella che addirittura vorrebbe l'eliminazione del requisito della *consideration* per stabilire l'obbligatorietà della promessa²⁸.

²⁶ D'ANGELO, Promessa e ragioni del vincolo, Torino, Giappichelli Editore, 1992, p. 182 ss.

²⁷ KESSLER, GILMORE, KRONMAN, Contracts. Cases and materials, 3, Boston-Toronto, Aspen Publishers, 1986, p. 113ss.

²⁸ LORENZEN, Causa and consideration in the law of contracts, in Yale Law Journal, 28, 1919, p. 646; COOTER, ULEN, Law and economics, Glenview-London, 1988, pp. 212-227

A. LE PROMESSE NON COPERTE DALLA *CONSIDERATION* INTESA COME *BARGAIN*

Dal quadro che si è cercato di disegnare, discende come corollario che non vi sia assoluta coincidenza tra le promesse ritenute *enforceable* in *common law* e quelle ritenute obbligatorie in *civil law* e pertanto è d'uopo richiamare alcune ipotesi di promesse la giustificazione della cui *enforceability* ha provocato non poche difficoltà ai giuristi dei sistemi di *common law*²⁹.

La prima ipotesi da considerare riguarda le promesse fondate su una *past consideration*, rappresentata da servizi resi in passato o da obbligazioni di tipo naturale, le quali sono sempre state ritenute non vincolanti in quanto il *benefit* o il *detriment* si sono verificati precedentemente e indipendentemente dalla *consideration* e non può d'altro canto nemmeno essersi creato un affidamento in seguito alla dichiarazione del promittente perché questa avviene in un momento successivo all'opera compiuta dal promissario; eccezionalmente le corti di *common law* riconoscono valide le promesse di pagare un debito prescritto purchè sia dedotto espressamente il rapporto pregresso e, in ambiente statunitense, sono riconosciute come vincolanti anche quelle promesse viziate da incapacità o altri vizi del consenso o caratterizzate dall'incerta caratteristica della *strong moral obligation*. Per quanto concerne le promesse di risarcire un *tort* o di adempiere un'obbligazione originatasi da un ingiustificato arricchimento esse seguono la stessa sorte del debito prescritto. Tanto è sentito il ripudio della *past consideration* che per i giuristi di *common law* ancora oggi è persino difficile trovare una giustificazione alla possibilità di esperire una azione fondata su un *negotiable instrument*, come la cambiale, emesso per un debito civile precedentemente contratto.

Il secondo punto che ha ingenerato non pochi problemi ai giuristi di *common law* riguarda la teoria prospettata da Mansfield a fine XVIII secolo e ripudiata definitivamente a metà XIX secolo dalle corti in forza della quale la *consideration* potrebbe fondarsi non solo sulla presenza di un *bargain* ma anche di una semplice

²⁹ ALPA, Contratto nei sistemi di common law, in Digesto discipline privatistiche, sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 149 ss.

moral obligation. Le promesse di adempimento di una preesistente *moral obligation* sono dunque oggi considerate non vincolanti in quanto prive di *consideration*, e dunque ammetterne l'*enforceability* anche in difetto di questo requisito comporterebbe di fatto l'abolizione del requisito stesso della *consideration* così come elaborata dalle corti nel corso del tempo. Seguendo il filo conduttore del ragionamento si comprende perché siano ritenute *unenforceable* anche le promesse effettuate “*in consideration of natural love and affection*”: da un lato è vero che la *consideration* deve essere *adequate* e tale potrebbe tranquillamente ritenersi in queste ipotesi ma dall'altro essa deve altresì essere *real*, e cioè of the “*same value of the eye of the law*”, altrimenti tutte le *informal gratuitous promises* sarebbero da ritenersi obbligatorie.

La *common law* ha grosse difficoltà a rinvenire una valida *consideration* anche per le promesse di adempimento di precedenti obbligazioni civili come la concessione di una dilazione di pagamento o la rimessione parziale di debito e per i patti modificativi di un precedente accordo contrattuale, di modo che anche le promesse fatte a scopo di garanzia che non costituiscono ragione di concessione del credito né di modifica delle condizioni del medesimo in favore del debitore, presentano delle criticità che molto spesso sono risolte in modo non univoco, tanto che per esempio si riconosce l'obbligatorietà della promessa della banca contenuta nel credito documentario.

Anche per le *gratuitous promises*, quelle cioè che non rientrano nel rigido schema del *bargain*, corrispondenti ad operazioni negoziali di grande rilievo quali le proposte tenute ferme per un certo periodo, le opzioni e le promesse unilaterali di vendita, vale il principio per cui, essendo chiaramente di creazione unilaterale, se non è stabilito un corrispettivo per il beneficiario non si vede quale *consideration* possa sorreggere l'operazione negoziale e da qui si è originata tutta una serie di finzioni giuridiche adottate dalle corti per riconoscere comunque la presenza del requisito legittimante la loro vincolatività.

Infine le promesse di premi, ricompense e quelle rivolte al pubblico nei sistemi di *common law* sono ritenute vincolanti in quanto fondate sulla *executed consideration*; presentano cioè un meccanismo di giustificazione particolare dove è vero che una

parte sola si obbliga in vista dell'esecuzione di una prestazione da parte di un soggetto che non si obbliga ad essa, ma la conoscenza della promessa da parte del promissario e il suo successivo adempimento comportano rispettivamente accettazione e creazione della necessaria *consideration*³⁰.

Per cercare di ovviare alle difficoltà che si sono registrate in tutte le ipotesi rapidamente passate in rassegna, le corti hanno dovuto cercare di attingere nuova linfa altrove e ancora una volta si sono rivolte allo strumentario procedurale tramandato loro da secoli di evoluzione. Esse hanno così valorizzato la circostanza che, sin dai tempi più remoti dell'ordinamento di *common law*, sussistesse il principio che violare una promessa rappresenti un *tort* e ciò soprattutto in quanto si va a ledere l'affidamento del promissario incolpevole³¹. L'ascesa del *bargain* sembrava aver riassorbito l'elemento del *detriment* del promissario al proprio interno e tuttavia era rimasto un rimedio di *equity*, il c.d. *equitable estoppel*, che non permetteva a chi avesse statuito qualcosa di contraddirsi in un momento successivo e che sarebbe servito a superare le rigidità del modello classico di contratto³².

B. LE PROMESSE CONTENUTE IN *GRATUITOUS UNDERTAKINGS* CARATTERIZZATI DA *NONBURDENSOME PERFORMANCE*

Mentre nelle *donative promises* il promittente desidera trasferire un'utilità da sé al promissario senza che questo sopporti alcun sacrificio, esistono delle promesse che sono anch'esse senza corrispettivo ma che possono essere fatte senza alcun costo significativo a carico del promittente e per questa ragione sono considerate obbligatorie dalla legge senza troppe difficoltà. Molte di queste situazioni nel mondo di *civil law* sarebbero ricostruite alla luce della presenza di una promessa o del consenso tra le parti, mentre nel sistema anglo-americano vengono sanzionate

³⁰ ATIYAH, *An Introduction to the law of contract*, 4, Oxford, 1981

³¹ AMES, *The history of assumpsit*, 2, in *Harvard Law Review*, 1888, p.1 ss.

³² CORBIN, *Mr. Justice Cardozo and the law of contract damages*, in *Yale Law Journal*, 46, 1936, pp. 52-73

con azioni di carattere diverso. I tipi più importanti sono rappresentati dalle promesse a titolo gratuito che si originano dall'affidamento di una cosa ad un altro soggetto a titolo di deposito o di mandato (*bailment*), la promessa fatta dall'*agent* (*agency*) e la promessa fatta dal *trustee* nell'ambito dell'istituto del *trust*.

Il *bailment* è un istituto che riguarda l'affidamento di cose per degli scopi precisi e copre le nostre figure contrattuali di deposito, comodato, trasporto, locazione di cose o di opere con consegna della cosa, pegno, mandato con consegna di una cosa, gestione con possesso di cose del *dominus*, ritrovamento di cose smarrite, doveri d'ufficio e può avere fonte nella volontà delle parti o in altri fatti riconosciuti dall'ordinamento. L'*agency* invece consiste nell'affidamento di un affare e corrisponde, quantomeno per ciò che riguarda i rapporti interni tra le parti, al nostro mandato ed ai casi di gestione consensuale di un affare altrui, ricomprendendo però anche figure come il *nuncius* e il generico agire in nome altrui.

La disciplina in materia di *agency* e *bailment* ha cominciato a prendere forma prima che la *consideration* divenisse l'elemento caratteristico delle promesse ritenute contrattualmente vincolanti e per lungo tempo si è ritenuto che una semplice promessa di assumere il ruolo di agent o *bailee* non desse possibilità di una tutela giuridica contro il promittente fino a quando non ci fosse un inizio di esecuzione. La situazione risultava ben diversa laddove il promittente avesse dato inizio all'esecuzione della promessa compiendo atti o entrando in possesso della cosa, poiché in tali casi era pacifico che sorgessero in capo al medesimo alcuni doveri svincolati dall'aver il servizio carattere gratuito.

La regola per cui ogni *failure* del *bailee* o dell'*agent* nell'adempiere agli obblighi insorti ha la propria origine nello *Statute Second of Westminster* che rendeva possibili le *actions in case* e l'essenza stessa dell'azione posta a tutela di questa situazione, come si è conservata sino ad oggi, risiede nella *reliance* riposta dall'attore che ha affidato i propri affari o una proprietà ad un soggetto con cui si è creata immediatamente una relazione qualificata che ha originato un dovere in capo al *bailee* o all'*agent*³³. Ancora in casi risolti di recente le corti hanno ritenuto

³³ MONAHAN, *Gratuitous undertakings*, in *Cornell Law Quarterly*, 9, 1923, p. 54 ss.

vincolanti le promesse di compiere qualcosa per il promissario a titolo di favore gratuito ed hanno ritenuto che in questi casi di *gratuitous agency* il fondamento dell'obbligatorietà fosse proprio la *reliance* del promissario; in molti casi queste promesse si verificano in un contesto commerciale come patto accessorio ad un contratto già concluso e le corti non hanno mai richiesto che il promissario dimostrasse di aver effettivamente modificato la propria posizione sulla base dell'affidamento intrattenuto e inoltre hanno sempre riconosciuto la validità delle promesse fatte nella loro originaria estensione. Proprio perché queste promesse comportano un costo per il promittente quasi irrisorio le corti le ritengono vincolanti³⁴.

Dopo lo sviluppo della teorica della *consideration* tuttavia i problemi insoluti riguardanti questi istituti si sono fatti sentire con maggior peso soprattutto nella riflessione dei teorici nordamericani. Essi hanno rilevato come nei casi in cui il *bailee* o l'*agent* o il *trustee* promittenti ricevano una cosa in custodia senza un corrispettivo, la promessa dei medesimi di custodire la cosa in questione sia assolutamente priva di *consideration* e, per supplire a quella che sarebbe una evidente anomalia sistematica, questo requisito si è talvolta voluto rinvenire nel *detriment* che il mandante subisce permettendo ad altri di agire al proprio posto; in realtà questi tipi di rapporto si fondano tutti su una speciale fiducia posta alla base dell'operazione la cui natura oscilla tra la natura contrattuale e quella extracontrattuale. Si tratta nello specifico di una responsabilità per *misfeasance* nata dall'affidamento di una cosa o di un affare ad un soggetto il quale origina nell'affidatario una *reliance* nel poter non prendersi cura dei propri affari, mentre generalmente la responsabilità per *nonfeasance*, viene ammessa solo nel caso in cui si sia assunta l'opera.

In realtà il *bailee* non sta facendo una promessa vera e propria, si prende cura dei beni affidatigli solo a titolo gratuito e dunque si pone un problema nella configurazione della sua responsabilità. Una possibile spiegazione, poi effettivamente recepita nell'ordinamento americano, è quella formulata da Corbin secondo il quale il *bailee* incorre in una responsabilità per *tort* fondata sulla

³⁴ BEALE, *Gratuitous undertakings*, in *Harvard Law Review*, 5, 1891, p. 222 ss.

propria *negligence* che si origina perché in capo a lui sorge un dovere *to take care* come precisato dalla stessa Sezione 323 del *Second Restatement of Torts*³⁵ e dunque non ci sarebbe alcun bisogno di configurare questo tipo di responsabilità come contrattuale. In questi casi il promittente deve tenere sotto controllo i possibili danni originatisi dal proprio *undertaking* ma non sarà ritenuto responsabile se il *bailor* non ha contemporaneamente fatto affidamento sulla sua condotta; il *bailee* sostanzialmente anche in questo caso è responsabile perché può proteggere la cosa affidatagli senza alcun particolare costo a proprio carico ma la situazione potrebbe cambiare qualora dovesse sostenere una spesa importante³⁶.

Altra problematica di rilievo di tipo sistemico con cui la dottrina ha dovuto confrontarsi è se il *bailor* che ha dato in prestito qualcosa gratuitamente possa riprenderselo o meno liberamente qualora ne abbia bisogno; i codici francese e tedesco prevedono questa facoltà purchè egli non potesse prevedere la necessità al momento di dare la cosa in prestito, mentre ad oggi non si registrano casi analoghi risolti dalle corti nordamericane; a rigore di logica giuridica, non essendoci una *consideration*, si dovrebbe ritenere la revoca sempre possibile ma la dottrina americana ha cercato anche in questi casi di trovare un modo per tutelare il *borrower* in caso abbia subito dei danni e la revoca sia stata irragionevole. La soluzione venne raggiunta cercando di trovare una valida *consideration* nel mutamento della posizione da parte del *borrower* ma quando si codificò la natura della medesima nel nesso *bargained for detriment* questa costruzione non poté reggere ed infatti Williston sostenne che il prestito gratuito potesse essere sempre revocato. La soluzione più appropriata andrebbe trovata anche in questo caso in una analisi dei costi a carico delle rispettive parti e cioè si dovrebbe ritenere che il *lender* possa revocare l'operazione solo qualora sia incorso in costi che non aveva avuto modo di preventivare precedentemente, mentre altrimenti, non sussistendo alcun costo in capo al promittente, dovrebbe ricevere tutela la posizione del promissario.

³⁵ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, § 323, 1964

³⁶ ARTENBURN, Liabilities for breach of gratuitous promises, in *Illinois Law Review*, 22, 1927, 161 ss.

La specifica disciplina nordamericana in materia oggi è contenuta al paragrafo 378 del *Restatement of Agency* il quale prevede che la responsabilità per non avere intrapreso o continuato il servizio gratuitamente assunto è ammessa solo qualora controparte, facendovi affidamento, abbia evitato di utilizzare altri mezzi o persone disponibili per trattare l'affare. In caso in cui si verifichi una giusta causa sopravvenuta si può scusare l'inadempimento degli obblighi assunti e la responsabilità è valutata con minor rigore in considerazione del loro carattere gratuito; la responsabilità in questa prospettiva non è fondata tanto sull'aspetto promissorio, quanto sull'aver peggiorato la posizione del promissario con la promessa poi non adempiuta correttamente, la quale assume connotati molto simili ad un *tort*.

Esistono dunque tre casi di *reliance* che non sono fondati su richiesta del promittente e cioè non sono conseguenza di un *bargain*: (1) la *reliance* che consiste nell'affidamento di qualcosa a titolo gratuito, (2) la *reliance* di cui al paragrafo 378 del *Restatement of Agency* americano (3) e la *reliance* su ogni altro genere di *gratuitous promise*. Questi tre tipi di *reliance* si definiscono *reliance not bargained for* e sebbene a volte ci sia confusione sulla natura della responsabilità, il primo e terzo tipo vengono considerati di natura contrattuale, mentre il secondo di natura extracontrattuale

C. LE C.D. DONATIVE PROMISES

Le promesse trovano la maggior parte della loro regolamentazione all'interno delle regole che disciplinano la responsabilità contrattuale e perciò nell'analisi di questo paragrafo escluderemo di trattare delle promesse fatte per adempiere una obbligazione precedente che non sia ritenuta legalmente vincolante e quelle fatte in ambito commerciale dove non si vede quale sia lo scambio che si realizza ma dove è comunque chiaro che il promittente non è mosso da spirito di liberalità. In questo paragrafo si intende prendere in considerazione solo le *donative promises*, quelle tramite le quali il promittente beneficia il promissario senza chiedere nulla

in cambio e sopportando un proprio significativo impoverimento patrimoniale. Principio diffuso in tutti i sistemi giuridici presi in considerazione, tanto di *civil law* quanto di *common law*, è quello per cui una volta che vi sia stata la consegna di qualcosa donato in proprietà ad un altro soggetto, la proprietà passa a questi e il donante non può più revocare l'attribuzione effettuata.

La regola è così uniformemente diffusa che si ritiene solitamente possa farsi discendere dalla necessità di distinguere chiaramente tra le transazioni ancora incerte e quelle invece definitive; di fatto però, come si vedrà nel prosieguo, nel sistema angloamericano le corti hanno dato grande rilievo anche in questi casi al *promissory estoppel* e dunque all'affidamento mentre in questo caso dovrebbe invece essere reso inutile dalla consegna della cosa³⁷. Probabilmente questo è avvenuto perché a volte la semplice consegna non è una così chiara indicazione sull'intenzione delle parti circa le sorti del diritto di proprietà e dunque molto spesso si è ritenuto opportuno fare riferimento ad indici esterni che caratterizzassero come incontrovertibile l'affidamento riposto dal promissario. Queste considerazioni spiegano anche perché le corti trattino questo tipo di promesse come doni già scambiati, prediligendo il rimedio dell'esecuzione in forma specifica rispetto alla concessione del risarcimento dei danni per l'affidamento frustrato e gettano anche luce su perché in ambiente inglese la dottrina che si oppone alla *promissory reliance* qualifichi queste ipotesi come casi in cui si previene un ingiustificato arricchimento da parte di una delle due parti³⁸.

La prima categoria di *donative promise* di cui occuparci è quella delle c.d. *informal and unrelieved upon*, promesse realizzate senza alcuna formalità e sulle quali in promissario non ha fatto alcun serio affidamento, le quali dovrebbero essere adempiute in virtù di un obbligo sociale e morale ma che non ricevono alcuna tutela da parte dell'ordinamento. Bisogna considerare che spesso questo tipo di promesse non viene compiuto dopo un'attenta ponderazione ma piuttosto sull'onda dell'emotività e spesso è persino difficile distinguere un serio intendimento ad impegnarsi da una semplice dichiarazione di intenti futuri. Si

³⁷ VON MEHREN, Analogues to consideration: an exercise in comparative analysis, in Harvard Law Review, 72, 1959, pp. 1009-10078

³⁸ ATIYAH, Consideration in contracts: a fundamental restatement 31-32, 1971

predilige pertanto la soluzione di non riconoscerne la vincolatività in primo luogo perché solitamente l'inadempimento di questo tipo di promesse è di scarsa rilevanza e non ha comportato costi significativi per il promissario, in secondo luogo perchè il promittente con la propria statuizione non si è nemmeno materialmente arricchito a spese del promissario; inoltre appare più che sufficiente lo stigma sociale in cui l'inadempiente incorrerà e la conseguente riduzione della propria reputazione, conseguenze che vanno certamente a bilanciare il piccolo guadagno eventualmente ottenuto.

La seconda categoria di promesse da prendersi in considerazione è quella delle c.d. *formal donative promises*. Nel diritto americano una *donative promise* realmente vincolante può essere realizzata o tramite un *deed of gift*, cioè un documento firmato dal promittente che dichiara di trasferire immediatamente la proprietà di qualcosa ad un altro soggetto o tramite un *trust*, cioè un'operazione giuridica con cui il donante si spoglia della proprietà in favore di un terzo che la amministrerà nell'interesse del donatario³⁹. In queste circostanze non c'è bisogno di alcun *bargain* in quanto le formalità richieste già testimoniano della seria volontà del donante di trasferire al donatario un diritto e si può pertanto presumere che l'affare sia stato ben ponderato raggiungendo così quel grado di certezza che in ambito continentale viene perseguita tramite la forma dell'atto pubblico notarile. In questo modo si può essere sicuri che la scelta del donante sia stata effettivamente ponderata e la manifestazione di volontà rispecchi esattamente quali sono le sue preferenze e i suoi scopi.

In questi casi la questione di maggior rilievo rimane oggi quella di stabilire in che misura si possano riconoscere come valide altre formalità diverse da quelle sopra riportate. Nel sistema nordamericano il problema è particolarmente sentito perchè molte legislazioni nazionali sono arrivate a stabilire che lo strumento della semplice forma scritta rappresenta una prova presuntiva della presenza della *consideration* ed alcune sono andate anche oltre, riconoscendo addirittura la diretta obbligatorietà di tutte le promesse redatte per iscritto. Questa tendenza volta a valorizzare la forma scritta che di fatto sembra perseguire i medesimi risultati a

³⁹ FULLER, Consideration and form, in *Columbia Law Review*, 41, 1941, pp. 799-824

cui sono giunti i più importanti sistemi continentali necessiterebbe però, per assicurare una disciplina completa e una tutela effettiva equivalente a quella garantita negli ordinamenti di *civil law*, anche di un corpo di disposizioni che risolvano i problemi legati a fenomeni quali l'ingratitude del promissario, la sopravvenienza di figli e l'errore nei motivi che hanno portato a decidersi per la *donative promise*, tutte circostanze che generalmente sono invece ritenute irrilevanti dalle corti di *common law*, le quali preferiscono limitare la propria indagine all'accertamento della sussistenza della manifestazione di volontà piuttosto che estenderla anche alla situazione e ai motivi personali del soggetto promittente⁴⁰. A questo proposito può essere utile compiere un parallelo con una regola che a prima vista potrebbe apparire contraddittoria con quanto appena sostenuto, ovvero quella per cui un dono già eseguito è sostanzialmente irrevocabile; in realtà anche in questo caso la *common law* concentra la propria attenzione sulla certezza della prova e la libertà della manifestazione di volontà del donante ed esclude che possano rilevare altre cause soggettive che possano portare a mettere in discussione una situazione materiale certa che si è venuta a creare⁴¹.

Il terzo tipo di promesse da considerare è quello delle c.d. *relied-upon donative promises*, il cui vero problema, dopo il diffondersi dell'istituto del *promissory estoppel*, è quello di stabilire quale sia l'ampiezza della tutela giuridica che si deve loro riconoscere. L'affidamento certamente può essere prova che una promessa è davvero stata effettuata ma non risolve del tutto il problema e soprattutto lascia aperta la questione di come gestire la possibile scarsa previdenza del donante o la sopravvenuta ingratitude del donatario. Queste grosse problematiche spiegano perché per molto tempo le corti di *common law* abbiano cercato di fronteggiare il problema della obbligatorietà delle *relied-upon donative promises* cercando, con varie finzioni, di inserirle nello schema del *bargain* o di farle rientrare all'interno di altri istituti come la *agency*, il *bailment*, le *charitable subscriptions*, le promesse "in contemplation of marriage" o le promesse "to give land".

⁴⁰ EISENBERG, Private ordering through negotiation: dispute settlement and rulemaking, in *Harvard Law Review*, 89, pp. 637 ss.

⁴¹ BROWN, Gifts: recovery of engagement gifts: California Civil Code Section 1590, in *California Law Review*, 38, 1950, pp. 529 ss.; STOLIJAR, A rationale on gifts and favours, in *Modern Law Review*, 19, 1957, pp. 237 - 251

Questo stato di cose si è modificato all'apparire del *First Restatement of Contracts*, elaborato principalmente da Williston, e della sua famosa Section 90 che permette di applicare il *promissory estoppel* anche a questo tipo di promesse. Nella sua versione originaria il *Restatement* prevedeva che le *donative promises* fossero ritenute vincolanti qualora concorressero quattro elementi: (1) il promittente doveva aspettarsi ragionevolmente di indurre il promissario a compiere o tollerare qualcosa; (2) l'affidamento del promissario doveva avere un carattere sostanziale e concreto; (3) l'affidamento doveva essere di carattere ben definito; (4) infine si riconosceva la vincolatività della promessa qualora solo per il suo tramite si potesse evitare il compimento di un'ingiustizia.

Tutti questi requisiti sottendevano l'idea che una promessa, se ritenuta obbligatoria, doveva essere tutelata nella sua originaria estensione e non solo limitatamente all'affidamento che in essa aveva riposto il promissario. Questo assioma, sostenuto soprattutto da Williston, è stato però sconfessato dal *Second Restatement of Contracts* che ha modificato la Section 90(1) prevedendo esclusivamente che “*the express purpose of this sentence is to sanction the use of a reliance measure of damages under the section*⁴²”. Anche dopo questo riconoscimento del principio della *reliance* effettivamente prestata rimangono alcune problematiche con cui le corti devono quotidianamente confrontarsi e che non sono di facile soluzione. Per esempio è pacifico che il promissario debba essere reintegrato di qualsiasi danno, patrimoniale e non in cui sia incorso a causa della *reliance* ma, come è noto, la valutazione dei costi non patrimoniali subiti è tutt'altro che agevole. L'aspettativa finanziaria che il promissario ha fondato sulla promessa normalmente eccederà i costi sostenuti, altrimenti non si vede perché avrebbe dovuto modificare la propria posizione e tuttavia non per questo si deve ritenere che il risarcimento debba essere sempre commisurato sulla sua aspettativa di guadagno; piuttosto questa può essere utilizzata per misurare i costi della *reliance* qualora questi appaiano importanti, difficili da quantificare altrimenti e strettamente legati alle dimensioni della promessa o comunque, nello specifico, il promissario abbia effettuato un cambiamento sostanziale nelle proprie abitudini

⁴² RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS, § 90(1)

di vita non facilmente reversibile. Infine bisogna ricordare che una *relied-upon donative promise* può aver apportato anche dei benefici in capo al promissario e qualora la *reliance* e questi vantaggi siano entrambi concretamente valutabili patrimonialmente si applicherà la regola conosciuta sul continente con la formula *compensatio lucri cum damno*, mentre la soluzione risulterà più difficile qualora si tratti di benefici intangibili o comunque di carattere non economico che infatti di solito le corti evitano di computare nella determinazione del risarcimento del promissario.

Autorevole dottrina, ritiene che certe *donative promises* non debbano essere considerate vincolanti perché volte semplicemente a fortificare una preesistente relazione tra due soggetti basata sull'affetto e la fiducia mentre in altri casi sarebbe opportuno conferire al promissario una adeguata tutela giuridica⁴³. Non stupisce che nei casi in cui il promittente deceda senza aver mutato parere circa la propria disposizione la promessa fatta riceva riconoscimento e sia attribuita al promissario anche la facoltà di agire in giudizio nei confronti degli eredi del *de cuius*, in quanto ciò non si pone affatto in contrapposizione con la relazione di fiducia e affetto che lo legava al promittente deceduto; regola del tutto simile peraltro a quella che vuole che se si è donata una proprietà ma non è stata ancora eseguita la consegna o una formalità prescritta il donante non può essere costretto ad adempiervi ma qualora egli deceda ritenendo che il trasferimento si sia perfezionato correttamente, in alcuni casi può venire costituito un *trust* sulla proprietà nell'interesse del donatario che diventa così anche beneficiario⁴⁴.

Ovviamente in caso di *donative promise* non è sufficiente che il donatario subisca un qualche danno patrimoniale per aver fatto affidamento sulla promessa affinché ne venga riconosciuta la vincolatività attraverso la *reliance* ma, per poter vedere riconosciute le proprie pretese, il promissario deve altresì dimostrare di essere stato indotto in un affidamento ragionevole e provare questa circostanza innanzi ad una corte può essere come si intuisce tutt'altro che agevole.

⁴³ EISENBERG, Donative promises, in *University of Chicago Law Review*, 47(1), 1979, p. 1 ss.

⁴⁴ SHARP, *Pacta sunt servanda*, in *Columbia Law Review*, 41, 1941, pp. 783-790

La legge sembra comunque in generale piuttosto cauta nel riconoscere la vincolatività delle *donative promises* perché, a detta di un indirizzo dottrinale autorevole, la forma di trasferimento costituita dal dono sarebbe meno utile di uno scambio economico e genererebbe meno utile ed incentivo ad utilizzare il bene per scopi più produttivi.⁴⁵ Posner, nello specifico, ha sostenuto che la difficoltà delle corti a riconoscere la validità di questo tipo di promesse si possa altresì rinvenire nella circostanza che il costo sociale per sanzionarle sarebbe superiore all'utilità che il soggetto promittente otterrebbe nel vincolarsi a fare un dono, in quanto i costi amministrativi e quelli da computarsi per tenere conto degli errori nel formularle⁴⁶ supererebbero le possibili utilità.

Le *promises in contemplation of marriage* e le *cheritable subscriptions* rappresentano due tipi di *donative promises* per le quali è opportuno spendere qualche considerazione a parte. Nel sistema del diritto comune e ancora oggi in molti sistemi legali continentali, le promesse fatte a scopo di beneficenza o in vista di un matrimonio sono ritenute vincolanti anche se fatte senza alcuna formalità quantomeno quando si verifichi la consegna della cosa. Nei sistemi di *common law*, prima che si diffondesse la teoria del *promissory estoppel*, le corti per raggiungere il medesimo obiettivo erano costrette a fare ricorso ad una serie di finzioni giuridiche, rinvenendo la *consideration* delle promesse a scopo di donazione nelle più varie circostanze; (1) in alcuni casi le *charitable subscriptions* erano considerate come offerte di un contratto unilaterale che potevano essere validamente fatte valere quando il promissario avesse iniziato l'esecuzione dell'opera ed anche qualora non ci fosse stata un'espressa richiesta in tal senso da parte del promittente; (2) in altri casi le corti ritenevano che, in presenza di vari sottoscrittori per un unico progetto, le loro reciproche promesse potessero considerarsi l'una *consideration* dell'altra ma molto spesso le promesse erano rivolte ad un terzo piuttosto che agli altri sottoscrittori e questa soluzione entrava dunque in crisi; (3) in altri casi si arrivò addirittura a ritenere che l'accettazione della promessa da parte del

⁴⁵ PATTERSON, An apology for consideration, in *Columbia Law Review*, 58, 1958, 929 ss.

⁴⁶ POSNER, *Economic analysis of law*, 2, Little Brown & Co., 1977

promissario contenesse la contro-promessa di realizzare l'opera stabilita e questa costituisse dunque la *consideration* di un contratto bilaterale⁴⁷.

Oggi il *promissory estoppel* ha spazzato via tutte le forme di finzione giuridica in materia ma in realtà rimane il dubbio se le corti nel risolvere casi di questo tipo facciano realmente ricorso all'affidamento in quanto, come nei sistemi continentali questo non è richiesto, così le corti americane non richiedono la specifica prova che ci sia stata una *reliance* su cui il promissario abbia effettivamente fatto affidamento⁴⁸ e sono propense a concedere al promissario a titolo di risarcimento il valore intero di ciò che era stato promesso piuttosto che il solo ammontare delle spese da lui sostenute per mutare la propria posizione⁴⁹. Probabilmente ciò è dovuto a un certo favore verso questo tipo di promesse che vengono ritenute particolarmente meritevoli ed anche ad un ritorno ad una concezione secondo cui devono essere ritenute vincolanti perché in grado di provocare delle sensibili modificazioni nella distribuzione della ricchezza ed orientare le scelte dei soggetti donatari; lo scopo perseguito nel sistema americano è evidentemente quello di dare comunque riconoscimento a questo tipo meritorio di promesse, mentre invece il sistema inglese è totalmente insensibile a questa opportunità e infatti queste promesse non trovano alcun riconoscimento. La regola che di fatto si è venuta a confermare nella prassi delle aule di giustizia nordamericane è quella per cui, in caso di promesse di questo tipo redatte per iscritto, non si possa invocare la mancanza di una valida *consideration* ed infatti oggi nella maggior parte dei casi per ovviare a qualsiasi problema la sottoscrizione viene effettuata con atto scritto, mentre il numero di quelle pronunciate solo oralmente risulta sempre più recessivo.

Nei casi di *promises in contemplation of marriage* una terza persona promette a uno o ad entrambi i coniugi di donargli qualcosa laddove convengano a giuste nozze. Quando il matrimonio si perfeziona la promessa diviene obbligatoria ed in alcuni casi le corti nemmeno si interrogavano circa la natura contrattuale o meno

⁴⁷ BILLING, Problem of consideration in charitable subscriptions, in Cornell Law Review, 12, 1927, pp. 467 ss.

⁴⁸ Si veda il RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS, § 90 (2), 1979

⁴⁹ SHATTUCK, Gratuitous promises: a new writ?, in Michigan Law Review, 35 (6), 1937, pp. 908-945

della responsabilità, mentre in altri casi la *consideration* era rinvenuta proprio nella cerimonia nuziale che di lì a poco aveva da venire⁵⁰. A volte si discuteva se poteva rinvenirsi una valida *consideration* qualora la coppia fosse già stata fidanzata e in altri casi si arrivava a ritenere che la vita matrimoniale fosse considerata un *detriment*; tutti questi dubbi sono sempre stati fugati dalle corti tramite finzioni giuridiche più o meno riuscite che hanno largamente riconosciuto l'obbligatorietà di questo tipo di promesse per ragioni di *public policy* ed oggi hanno trovato un valido strumento di ausilio per tutelare la vincolatività di queste situazioni nel *promissory estoppel*.

D. LE PROMESSE TO GIVE LAND E LE LICENSES

Un altro caso di promesse che merita attenzione per l'importanza delle conseguenze che comporta riguarda gli impegni a trasferire la proprietà di un fondo. La giurisprudenza solitamente richiede affinché si producano gli effetti voluti che esista un contratto valido per la *common law* e che l'attore non sia inadempiente; in presenza di questi requisiti è possibile garantire all'attore la piena tutela in forma specifica delle promesse con cui si stabilisce di trasferire un fondo. L'affidamento ingenerato dal promittente anche in questi casi viene ritenuto insussistente se la *consideration* è palesemente inadeguata, se la promessa è fatta *under seal* ma senza una *consideration* o comunque qualora la concessione del rimedio potrebbe generare nel caso concreto un'ingiustizia. L'attore tuttavia, una volta che la promessa di donare il fondo abbia avuto luogo, qualora dimostri di esserne entrato in possesso e di aver speso denaro nel migliorare la cosa per aver fatto affidamento sulla promessa ricevuta, otterrà l'ammontare complessivo della terra anche qualora il valore del bene superi di molto quello da lui sostenuto per le spese intraprese.

⁵⁰ Si veda il famoso caso risolto dal giudice Cardozo, *DE CICCIO v. SCHWEIZER*, 117 N.E. 807, N.Y. 1917

Tale sviluppo si è avuto a partire da una serie di importanti casi decisi dalla giurisprudenza nel corso del XIX secolo che è utile ripercorrere brevemente. Nei casi *King v. Thompson*⁵¹, *Sheperd v. Bevin*⁵² e *Haines v. Haines*⁵³, le corti nordamericane cominciarono a sostenere che la *consideration* per la promessa fatta di trasferire il fondo era costituita dalle spese fatte dal promissario e in questo modo si confermava la tendenza propria del periodo che vedeva l'unica possibilità di tutela del promissario nel trovare una *consideration* anche per il tramite di finzioni giuridiche, venendo a creare un *contract* vero e proprio laddove invece all'inizio c'era solo una promessa di donare qualcosa. Nella giurisprudenza successiva venne progressivamente meno il riferimento alla necessità di una valutazione equa delle pretese delle parti e così i miglioramenti ritenuti sufficienti a giustificare il rimedio in forma specifico divennero sempre di minor valore rispetto a quello complessivo del bene. Le corti accolsero presto in massa questo orientamento secondo il quale al momento delle prime spese da parte del promissario una originaria *gratuitous promise* si trasformava in un *contract* e per uno strano fenomeno giuridico il possessore del bene diveniva anche legale proprietario del medesimo; di fatto questa ricostruzione è stata portata fino ai giorni nostri e definisce di volta in volta come *executed gift* o *equitable fraud* o *equitable consideration*⁵⁴ le spese fatte in forza dell'affidamento riposto dal promissario.

In realtà se si analizzano i casi in questione si nota immediatamente come la promessa dia origine ad un dono e non ad un vero e proprio *contract* in quanto questo tipo di *gratuitous promise* di trasferire il fondo non crea di per sé diritti o doveri ma dà solo al promissario il potere di convenire in giudizio il promittente in forza di una responsabilità che sorge in virtù del compimento di certi atti a favore della proprietà; di fatto dunque questo potere riconosciuto al promissario è solo un dispositivo processuale introdotto per evitare situazioni di ingiustizia come abbiamo visto e vedremo accadere spesso negli ordinamenti di *common law*. Applicando però una formula ormai cristallizzata le corti in concreto molto

⁵¹ KING v. THOMPSON, 13 Peters, 38 U.S., 128

⁵² SHEPERD v. BEVIN, 9 Gill. (Md.) 32 (1850)

⁵³ HAINES v. HAINES, 4 Md. Ch. 133 (1854)

⁵⁴ POUND, Consideration in Equity, in Illinois Law Review, 13, 1918, pp. 667 e 668; SHATTUCK, Gratuitous promises, a new writ?, in Michigan Law Review, 35, 1937, p. 908 ss.

spesso giungono al risultato di concedere al promissario l'intero valore del fondo piuttosto che l'ammontare delle spese sostenute dal medesimo.

La giurisprudenza statunitense invece ha mantenuto fede al principio opposto in materia di *licenses*. Le corti infatti hanno sempre ritenuto valido il principio per cui le concessioni (*licenses*) sono sempre revocabili anche se avvenute in presenza di una *consideration*; solo un indirizzo minoritario ha cercato di valorizzare l'elemento per cui il concessionario aveva comunque compiuto una serie di spese facendo affidamento sulla concessione, trasformando la situazione giuridica in una forma di servitù che di fatto viene sempre considerata irrevocabile anche se costituita in assenza di *consideration* e raggiungendo così una tutela analoga per il concessionario. La *license* tuttavia è un trasferimento di un bene e non una promessa contrattuale nel sistema di *common law* e pertanto nella maggior parte dei casi le corti sostengono tranquillamente la revocabilità della stessa, provvedendo contemporaneamente affinché il concessionario sia solo compensato per le spese sostenute e null'altro⁵⁵.

E. LA PROMESSA NELLA FIRM O IRREVOCABLE OFFER

La *firm o irrevocable offer* corrisponde all'offerta irrevocabile nei sistemi continentali e si ha quando l'offerente promette di mantenersi vincolato per un determinato periodo di tempo alla propria promessa, mentre gli altri contraenti rimangono liberi di accettare o rifiutare l'offerta come determinata dall'offerente. Questo istituto, sebbene nei sistemi di *civil law* si possa assimilare ad una vera e propria promessa solo in un'accezione lata, ha tuttavia una diretta contiguità con il tema della *promise*, soprattutto per i sistemi di *common law*, i quali ritengono che il potere di accettazione conferito dall'offerta continui sino alla revoca o a quando sia comunque decorso il termine stabilito.

⁵⁵ TIFFANY, *The Law of Real property: and other interests in land*, Chicago, Callaghan & Co., 1920, p. 1214 ss.

Il sistema di *common law* inglese rifiuta di ritenere vincolante il desiderio espresso da un soggetto di obbligarsi a mantenere ferma la propria offerta per un periodo di tempo senza che sia presente una qualche forma di *consideration* o senza che l'atto sia stato compiuto *under seal* e la regola pertanto è quella per cui, quantomeno fino a quando la *consideration* non viene prestata, l'offerente rimane libero di revocare la propria offerta⁵⁶ e, se nel frattempo si è verificata una modifica sostanziale delle circostanze in cui l'offerta fu fatta, l'offerente non è nemmeno tenuto a revocarla espressamente. Unica tutela per la controparte rimane quella per cui la revoca dell'offerta non acquista efficacia fino a quando non gli viene comunicata⁵⁷.

Nel sistema di *common law* americano in origine era pacifico che un'offerta non fatta *under seal* e sprovvista di *consideration* fosse sempre revocabile prima della accettazione e anche se il termine stabilito non era trascorso. Nella pratica della giurisprudenza particolari difficoltà si rinvenivano nel trasferimento della proprietà in quanto un'offerta di vendere un fondo entro un termine stabilito compiuta *under seal* o con *consideration* poteva essere costruita (1) sia come una semplice offerta di vendere assoggettata ad una condizione che deve essere soddisfatta dal promissario, (2) sia come un *contract* con cui si pattuiva di mantenere l'offerta aperta. Per risolvere le questioni che si ponevano sul punto si ritenne che ad un'offerta fatta *under seal* o in forza di valida *consideration* dovesse essere sempre considerata unito un *contract* consistente nella promessa di tenere l'offerta stessa aperta per il tempo stabilito; in questo modo l'eventuale revoca dell'offerta diveniva un semplice inadempimento del dovere assunto di tenerla aperta.

Qualora il contratto da concludersi contemplato dall'offerta fosse stato bilaterale, l'accettante avrebbe potuto ignorare la revoca e perfezionare il contratto finale; perfezionato questo, diventavano per lui disponibili tutti i rimedi per inadempimento del contratto finale e dunque avrebbe potuto agire in *equity* per la *specific performance*, ove il contratto l'avesse permesso, o in ogni caso chiedere

⁵⁶ DICKINSON v. DODDS, 2 Ch. D 463 (1876)

⁵⁷ BYRNE & CO. v. LEON VAN TIENHOVEN, 5 Cpd 344 (1880)

il risarcimento dei danni⁵⁸. Se il contratto contemplato dall'offerta fosse al contrario stato unilaterale, l'accettante sarebbe dovuto venire a conoscenza della revoca e il suo solo rimedio sarebbe consistito in un'azione per danni cagionati per la revoca del contratto di mantenere l'offerta stessa aperta. Infatti quando un'offerta fosse costruita come un *unilateral contract*, ovvero fosse formulata in modo che l'accettazione non potesse consistere in una semplice promessa ma dovesse essere un atto materiale, ammettere la revocabilità della stessa allorché l'esecuzione fosse già iniziata avrebbe costituito fonte di danni per l'accettante, in quanto la *consideration*, consistente nell'esecuzione, non si sarebbe perfezionata sino termine dei lavori e pertanto nel frattempo l'offerta avrebbe potuto essere in ogni momento revocata; d'altro canto, il promissario per parte sua non aveva mai fatto alcuna promessa di finire i lavori e dunque in qualunque momento avrebbe potuto interromperli.

Una prima soluzione, suggerita da Pollock, incontrò il favore delle corti e fu quella di ritenere che l'inizio dell'esecuzione costituisse accettazione dell'offerta, fosse cioè la prestazione di una seconda promessa che trasformava di fatto la situazione in un contratto bilaterale. La soluzione che però alla lunga si vide prevalere fu quella teorizzata inizialmente da Ashley, il quale propose l'utilizzo in questi casi dell'*equitable estoppel* che sarebbe andato a paralizzare la revoca dell'offerta nei casi di manifesta ingiustizia⁵⁹; grazie alla dottrina del *promissory estoppel* è stato così raggiunto lo scopo di rendere l'offerta vincolante quando la controparte abbia riposto un certo affidamento sulla medesima, fingendo che l'offerente abbia fatto in aggiunta all'offerta anche la promessa di non revocare la stessa e di stipulare il contratto bilaterale. Questa soluzione, sebbene addossi in carico all'*offeree* un certo onere probatorio circa l'affidamento riposto, permette di risarcire i danni consistenti nelle spese compiute e andate perse alla revoca dell'offerta⁶⁰.

⁵⁸ MCGOVNEY, Irrevocable offers, in *Harvard Law Review*, 27, 1914, pp. 644-663

⁵⁹ ASHLEY, Offers Calling for a Consideration Other Than a Counter Promise, in *Harvard Law Review*, 23, 1910, pp. 159-168

⁶⁰ DRENNAN v. STAR PAVING CO., 51 Cal 2d 409 (1958)

F. LE PROMESSE CONTENUTE NEI C.D. *OPTION CONTRACTS*

La *common law* ha avuto sempre molte difficoltà anche a riconoscere vincolatività alle c.d. *options* che possono essere definite generalmente come il diritto conferito ad una delle parti tramite un'offerta irrevocabile, un contratto o una promessa unilaterale di costringere discrezionalmente l'altra parte a contrarre con lei. Esistono ovviamente vari tipi di opzioni ma tutti sono caratterizzati dall'attribuire al soggetto che è titolare del diritto di opzione la facoltà di scelta circa la stipula di un determinato contratto a cui l'altra parte, a determinate condizioni, è assoggettata. L'opzione può essere contenuta in un accordo separato e indipendente rispetto a quello per il quale viene attribuita ma può anche essere una clausola contenuta in un più ampio regolamento contrattuale nelle forme di una condizione o di un'intesa di mantenere l'offerta aperta per un certo periodo; la volontà di conferire questo diritto ad una delle parti può essere espressa nei modi più vari e l'accordo può essere concluso *under seal* o meno, in presenza o meno di una valida *consideration*, all'interno di un *contract unilateral* o *bilateral*.

Un accordo di opzione non redatto *under seal* e privo di *consideration*, secondo le regole tradizionali di *common law*, non costituisce una promessa vincolante e non è altro che un'offerta che rimane revocabile a discrezione dell'offerente che può essere accettata prima che venga ritirata ma che comunque non diviene un contratto di opzione nel senso in cui viene inteso nei sistemi di *civil law*⁶¹.

Un accordo di opzione che al contrario sia fatto *under seal* o in presenza di una *consideration* è da ritenersi vincolante e può assumere varie forme; (1) può essere un *bilateral contract* costruito come un'offerta di una promessa in cambio di un'altra promessa e accompagnato da un altro *contract under seal* o con *consideration*, in genere *unilateral*, di non ritirare l'offerta; (2) può costruirsi come offerta di una promessa in cambio di un *act* nella forma dell'*unilateral contract*, accompagnato a

⁶¹ Si vedano nell'ampia casistica *COOKE v. OXLEY*, 3 T.R. 653 e *GREAT NORTHERN R.CO v. WITHAM*, L.R. 9 C. P. 16

sua volta da un altro *contract* di mantenere l'offerta aperta; (3) infine può essere anche costruito come un *unilateral contract* con un'espressa condizione precedente. In questi casi la confusione circa le reali intenzioni delle parti può essere grande e le corti dovrebbero cercare di analizzare le pattuizioni attribuendo loro il senso che sembra più giusto e ragionevole e che le parti avrebbero voluto loro attribuire ma di fatto la giurisprudenza opta per determinare le obbligazioni in capo alle parti attenendosi al significato oggettivo delle prescrizioni contenute nell'accordo. Sebbene in tutti e tre i modelli di opzione che si sono trattenuti si debba ritenere che colui che concede il diritto di opzione sia vincolato e che colui che detiene il diritto possa agire per il risarcimento dei danni in caso di inadempimento, l'iter argomentativo tramite cui si perviene a questo risultato comune è però diverso.

Cominciamo ad analizzare l'ipotesi in cui la promessa offerta sia di stipulare un *bilateral contract* e sia redatta *under seal*; in questo caso bisogna cominciare col dire che l'*unilateral contract* di non ritirare l'offerta è vincolante e può dare origine al risarcimento danni in caso di inadempimento; qualora poi venga accettata l'offerta nasce un *bilateral contract* che può essere fatto valere sia in *at law* sia in *equity*; qualora però l'offerente cambi idea e ritiri l'offerta, la legge crea automaticamente una obbligazione definita *quasi-contractual* di addivenire alla stipulazione o risarcire i danni in quanto il diritto opera come se si trattasse dello stesso contratto che si doveva stipulare e utilizza lo strumento classico dell'*indebitatus assumpsit* per attribuire alla parte che ha subito l'inadempimento un ammontare pari a quanto avrebbe ottenuto con la stipula effettiva del contratto⁶². In questo caso potrebbe rivelarsi difficoltoso ottenere in rimedio in forma specifica perché la promessa di mantenere l'offerta aperta risulta senza *consideration* e l'*equity* non concede il rimedio della *specific performance* nemmeno quando l'atto sia *under seal* se al contempo non è presente la *consideration*; allo stesso modo quando ci si trova in una situazione di *quasi-contract* l'*equity* fa sorgere un'obbligazione solo qualora ci sia stato un ingiustificato arricchimento. Nonostante queste difficoltà la giurisprudenza ha ritenuto di poter concedere il

⁶² Si vedano in questo senso i casi HANLEY v. WATTERSON, 39 W.Va. 214; REASE v. KITTLE, 49 S.E. 150; NEWTON v. NEWTON, 11 R.I. 390

risarcimento in forma specifica e per equivalente anche qualora l'offerta sia stata revocata prima dell'accettazione⁶³.

Il secondo caso da prendere in considerazione è quando si sia in presenza di un'offerta di stipulare un *bilateral contract* in presenza di una *consideration*; la struttura di questo accordo può essere ricostruita come nel caso precedente e qualora una parte accetti prima che l'altra ritiri l'offerta l'accordo si ha per perfezionato e dà diritto a tutti i rimedi *at law* e in *equity*; nel caso invece in cui vi sia inadempimento dell'offerente, questo si avvantaggerebbe anche del corrispettivo versato dall'altra parte a titolo di *consideration* e l'opzionario può pertanto agire per la restituzione in *quasi-contract*⁶⁴.

Come si è detto però l'opzione può essere configurata anche come un'offerta di stipulare un *unilateral contract*; in questo caso l'offerta consiste in una promessa in cambio di un *act* accompagnata a sua volta da un *unilateral contract* di tenere l'offerta aperta. Rispetto ai casi precedenti la differenza sta nel modo in cui l'opzionario deve accettare che deve consistere in un pagamento reale e in questo caso l'offerente rimane vincolato dai rimedi *at law* e in *equity* e qualora l'offerente ritiri l'offerta prima dell'accettazione la soluzione sarà quella adottata nei casi sovraesposti.

Infine bisogna considerare l'ipotesi in cui l'opzione sia costruita come un *contract* sotto condizione e non sia costituita da due *contracts* legati. Nel caso in questione siamo in presenza di un *unilateral contract* sottoposto a una condizione dove il pagamento da parte dell'opzionario adempie la condizione precedente e in questo modo egli acquista il diritto a stipulare il contratto; qualora l'offerente rifiuti di concludere il contratto, l'opzionario potrà agire per i danni, in sede restitutoria per quanto pagato e anche in *equity* per la *specific performance*⁶⁵. Può naturalmente anche verificarsi il caso in cui la condizione sia rappresentata non dall'esecuzione di qualcosa ma da un'altra promessa; in questa situazione allorquando l'opzionario fa la sua promessa si produce una modifica nel tipo di

⁶³ Si vedano in questo senso i casi O'BRIEN v. BOLAND, 166 Mass. 481; CUMMINGS v. BEAVERS, 103 Va. 230; WATKINS v. ROBERTSON, 105 Va. 269

⁶⁴ CORBIN, Options contracts, in Yale Law Journal, 23, 1914, pp. 641-663

⁶⁵ Si vedano i casi ROCKLAND v. R. LIME CO v. LEARY, 203 N.Y. 469; WILKS v. GA. PAC. R.R., 79 Ala 180

obbligazione in capo all'offerente che viene ritenuto a tutti gli effetti un *detriment* e costituisce la *consideration* per la promessa dell'opzionario; questa tuttavia costituisce un nuovo *unilateral contract* che si affianca a quello costituito dalla promessa originaria dell'offerente e può essere fatta valere tanto *at law* quanto in *equity*; le due promesse che vengono prestate sono ovviamente indipendenti ma la giurisprudenza concede una difesa in *equity* all'infuori del contratto stipulato e alla volontà manifestata dalle parti e dunque si può parlare di un vero e proprio secondo contratto. Infine la condizione a cui è subordinato il contratto può anche essere la conoscenza di qualcosa e frequentemente questa si risolve nell'essere la notizia di aver promesso di fare o pagare qualcosa ma le regole che segue sono le medesime già tratteggiate sopra⁶⁶.

I contratti di opzione sono considerati vincolanti anche per gli assegnatari ed i successori dell'offerente e per gli assegnatari dell'opzionario e di fatto ciò testimonia che vengono considerati per lo più contratti sottoposti a una condizione in quanto se fossero considerati semplici offerte non potrebbero essere accettati da altri che non fosse la persona a cui erano indirizzati⁶⁷. Un soggetto cessionario nei confronti dell'offerente potrà sempre mantenere la proprietà in caso di cessione del diritto reale se si tratta di un acquirente a titolo oneroso che non abbia avuto notizia del patto e può farlo anche qualora ne abbia avuto notizia ma fosse a titolo gratuito qualora il contratto consistesse in una semplice offerta non accettata dall'opzionario prima del trasferimento o nel caso in cui si trattasse di un contratto di opzione *under seal* ma privo di *consideration*⁶⁸. Il cessionario dell'offerente d'altra parte non potrà mai ottenere la proprietà nei confronti dell'opzionario che abbia prestato la *consideration* e ne sia a conoscenza e lo stesso dicasi qualora il contratto fosse una semplice offerta ma fosse stata

⁶⁶ Si prendano in considerazione i casi *FRIARY BREWERIES v. SINGLETON*, 1 Ch. 86, 1899; *CASTLE CREEK W. CO. v. ASPEN*, 146 Fed. 8, *WOODS v. HYDE*, 6 L.T. 317

⁶⁷ Si vedano i casi *CUMMINGS v. BEAVERS*, 103 Va. 230; *PERRY v. PASCHAL*, 103 Ga. 134; *HOUSE v. JACKSON*, 24 Ore 89

⁶⁸ Si vedano i casi *COOKE v. OXLEY*, 3 T.R. 653; *DICKINSON v. DODDS*, 2 Ch. D. 463; *PEACOCK v. DEWEESE*, 73 Ga. 570

accettata e il cessionario ne sia venuto a conoscenza prima che il suo diritto fosse maturato⁶⁹.

G. LA RINUNCIA AD UN DIRITTO DI CREDITO E I CONTRATTI MODIFICATIVI E SOLUTORI

La rinuncia ad un diritto di credito nei sistemi di *common law* corrisponde essenzialmente all'istituto continentale della remissione del debito anche se la terminologia utilizzata è spesso foriera di incomprensioni tra i giuristi delle diverse tradizioni. La stessa terminologia di *common law* presenta un paradigma terminologico multiforme nel quale si affiancano termini spesso simili tra loro e forieri di ingenerare confusione nello studioso. La *discharge* indica genericamente l'estinzione anche indiretta dell'obbligazione contrattuale, mentre il termine *waiver* identifica una promessa di rinuncia ed il termine *release* indica solo la liberazione tramite un atto *under seal* o quantomeno uno scritto dotato di idonea *consideration*.

Le forme attraverso cui la *common law* raggiunge lo scopo della remissione di un debito sono dunque molteplici: (1) può essere adottato un *release* in senso formale, una *rescission* del contratto fatto mediante atto *under seal* o almeno dotato di *consideration* che corrisponde ad un accordo solutorio continentale, (2) un *accord and satisfaction* simile alla *datio in solutum* o alla novazione soggettiva continentali o infine (3) lo scopo può essere raggiunto anche tramite la semplice distruzione o restituzione del documento attestante il debito⁷⁰ che si intende rimettere.

Da quanto detto si può dunque trarre la conclusione che per aversi una rinuncia a un diritto di credito sarà necessario un atto formale o un atto materiale per le cose mobili salvo che per la natura del bene possa effettuarsi una rinuncia sorretta da *consideration*. Di fatto dunque, se non contenuta in un atto formale, la remissione viene intesa comunque come una promessa sorretta dall'intenzione di

⁶⁹ Si veda MILLS v. HAYWOOD, 6 Ch. D. 196; MANSFIELD v. HODGON, 147 Mass. 304; LAWES v. BENNETT, 1 Cox 167

⁷⁰ WILLINSTON, The law of contracts, New York, Baker, Voorhis, 1921, § 1793

assumere un vincolo di *forbearance* dall'esercizio del diritto di credito e dunque viene di fatto assimilata ad un *contract* per cui è necessaria una *consideration* a garanzia che la volontà di compiere questo atto giuridico sia certa e ben ponderata dal promittente.

Non tutta la dottrina è compatta nel ritenere che si sia in presenza di un vero e proprio *contract*⁷¹ in quanto spesso l'intento giuridico è manifestato con semplici *statements* che, dato che non consistono in parole sacramentali, molto spesso possono generare equivoci circa la reale volontà delle parti; a ciò si aggiunga che il diritto di credito è qualcosa di sostanzialmente immateriale e dunque insuscettibile di consegna e in quegli Stati nordamericani dove il *seal* è stato abolito con lo *Uniform Written Obligation Act* si è cercato comunque di sostituirlo con un atto scritto di quietanza; proprio per l'emergere di queste criticità la necessità di una *consideration* si è fatta più pressante e ha portato a valorizzare questo elemento da un lato attraverso lo schema del *bargain* e dall'altro tramite l'irrilevanza dell'*adequacy of consideration*⁷². Tutto ciò comporta che più che nella liberazione del debitore l'atto sia visto come una forma di soddisfazione del creditore che richiede però, a differenza che nei sistemi di *civil law*, l'accettazione da parte del debitore in quanto questa viene a costituire il requisito base della *consideration* che può giustificare l'operazione compiuta.

Anche l'applicazione di questo schema giuridico ha creato però non pochi problemi; in primo luogo il concetto di *sufficient consideration* comporta che la promessa non possa essere rappresentata dalla promessa di adempimento o dall'adempimento vero e proprio di una precedente obbligazione e se ciò è vero ne consegue che anche un pagamento parziale, benchè accettato, non possa liberare il debitore per l'intero. Per ottenere l'effetto estintivo occorre una modifica anche piccola all'obbligazione precedente che, proprio perché

⁷¹ LLEWELLYN, The complexity of consideration, in *Columbia Law Review*, 41, 1941, p. 779 ss.

⁷² MASON, The utility of consideration, a comparative view, in *Columbia Law Review*, 41, 1941, p. 825

originariamente non dovuta, diviene idonea *consideration* per la dilazione di pagamento o la totale liberazione⁷³.

Questa regola ha creato non pochi problemi dato l'uso e la frequenza di questo tipo di accordi nella prassi economica di tutti i giorni; per riconoscere efficacia al concordato fra debitore e creditori si è cercato di rinvenire una *consideration* nel fatto che ciascun creditore si obbliga verso gli altri a non agire o nella rinuncia da parte del debitore alla sua facoltà di pagare⁷⁴, mentre per i titoli di credito si è ammessa la remissione parziale purchè venga fatta secondo precise modalità, quali la restituzione del titolo stesso, la forma scritta o la scrittura direttamente sul titolo⁷⁵. Le stesse difficoltà si ripropongono anche in caso in cui il creditore voglia semplicemente concedere una dilazione, che non può essere sostenuta nemmeno dal pagamento di una parte del debito secondo le modalità stabilite, o una rateazione senza il pagamento immediato di alcunchè⁷⁶. Le criticità che si registrano in questo settore della *common law* si estendono naturalmente a tutti i tipi di dichiarazioni formali ad effetti patrimoniali e lo stesso principio della *reliance*, da ultimo venuto in soccorso per correggere le criticità del sistema nei casi controversi, non arriva comunque ad attribuire alla remissione del debito tutta quella ampiezza che ci si potrebbe aspettare da una moderna ed agile legislazione in materia⁷⁷.

I contratti modificativi di un precedente accordo e quelli che nei sistemi continentali sono definiti “solutori” vengono generalmente considerati come promesse sia quando l'accordo è interamente dispositivo, sia quando contenga l'assunzione di obbligazioni nuove o diverse. L'accordo solutorio viene definito *rescission of contract* e può essere di due tipi; (1) qualora sia bilaterale e non sia stato ancora eseguito o lo sia stato solo in parte da una o entrambe le parti, le reciproche rinunce costituiscono la *consideration* dell'operazione, (2) mentre qualora sia stato eseguito interamente da una delle parti occorre una ulteriore specifica *consideration*. Si presti attenzione alla circostanza che idonea *consideration*,

⁷³ Si veda il famoso caso PINNEL, in the Common Pleas, 1602, 5 Coke 117

⁷⁴ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS, § 84, comment d)

⁷⁵ WILLINSTON, The law of contracts cit., § 1832-1833

⁷⁶ Si veda il famoso caso FOAKES v. BEER, in The House of Lords, 18 L.R. 9 App. Cas. 605

⁷⁷ HAMSON, Consideration, genuine and synthetic, in Wisconsin Law Review, 1947, p. 483

anche se *nominal*, è richiesta altresì quando si sia in presenza di un contratto unilaterale⁷⁸.

Per gli accordi modificativi la *common law* non considera tanto la volontà delle parti ma le concessioni fatte dalle stesse e per ciascuna è necessario rinvenire una *consideration* che non si identifichi con la mera esecuzione della precedente obbligazione; tale operazione non sempre è facile da compiersi e dunque le corti preferiscono adottare un approccio formale alla *consideration*, rinvenendola in tutti i casi in cui un debitore compia qualcosa di diverso da ciò che doveva o il creditore ottenga qualcosa di diverso dal dovuto⁷⁹. Tale tipo di approccio comporta però che la ricostruzione effettuata sia del tutto artificiosa e la situazione si complica qualora si pensi che medesima sorte tocca alle modifiche implicite contenute in un contratto successivo che contenga una pattuizione incompatibile con una del precedente accordo; la criticità menzionata è confermata dalla prassi ove è invalso l'uso di operare una *rescission* del contratto bilaterale da modificare che viene ritenuta valida laddove comporti reciproche concessioni⁸⁰ e poi di procedere alla stipulazione di un nuovo contratto con le modifiche previste.

Il *Second Restatement of Contracts* e lo *Uniform Commercial Code* hanno tuttavia riconosciuto come tali *escamotages* siano del tutto fittizi e hanno così dispensato questo tipo di operazioni dalla presenza della *consideration* ma hanno richiesto in contropartita che la modifica sia *fair* o *in good faith*; un certo concetto di *fairness* nella contrattazione che consiste sostanzialmente in un dovere di onestà e liceità che impedisce di cercare di ottenere vantaggi indebiti sfruttando un accordo sul quale le parti avevano già trovato un'intesa nel *bargain* è sempre stato sotteso a tutte le regole di *common law* ma ora deve essere inteso specificamente come un principio di parità in forza del quale le *performances* che le parti si sono scambiate siano di egual valore. Ci si dovrebbe allora domandare se preservino meglio la

⁷⁸ ANSON, *Law of contracts* cit., p. 100 ss.; WILLINSTON, *The law of contracts* cit., § 1826-1829

⁷⁹ WILLINSTON, *The law of contracts* cit., § 1826; POLLOCK, *Principles of contract* cit., p. 152 ss.

⁸⁰ LEWELLYN, *Common Law reform of consideration: are there measures?*, in *Columbia Law Review*, 41, 1941, p. 778 ss.; HAVIGHURST, *Consideration, ethics and administration*, in *Columbia Law Review*, 42, 1942, pp. 25-30

parità tra le parti i termini dell'accordo originario o quelli dell'accordo modificato. Qualora si debba ritenere che i termini originari dell'accordo avessero già tenuto conto di tutti i rischi futuri, ogni modifica non dovrebbe essere ritenuta valida; ad esito contrario si dovrebbe arrivare qualora invece la modifica tenga conto di circostanze non contemplate dall'originario *contract*. Molto spesso per raggiungere il risultato di ammettere la vincolatività di questo tipo di accordi modificativi le corti si sono altresì avvalse della dottrina della *promissory reliance*, come nel famoso caso *High Trees*⁸¹.

In *common law* generalmente si distingue tra *accord and satisfaction*, intesa come accettazione in pagamento e *accord in satisfaction* di una prestazione diversa da quella dovuta senza alcun previo impegno di accettarla o come reciproco impegno. Oggi comunque nel sistema anglosassone la promessa accettata di dare qualcosa diverso da quanto dovuto non viene considerata equivalente ad una novazione oggettiva se non risulta espressamente l'impegno della parte di ricevere la nuova prestazione in *satisfaction* della precedente⁸². In ogni caso è chiaro che gli istituti equivalenti alla *datio in solutum* e alla novazione oggettiva sono costruiti come un *bargain* di *considerations*, da un lato la promessa o la *datio* di un *quid* di diverso e dall'altro la promessa di accettare questo qualcosa o addirittura di rinunciare all'obbligazione precedente. L'istituto dell'*accord and satisfaction* inoltre ha un campo applicativo più vasto dei due istituti continentali di riferimento in quanto comprende anche la semplice modifica del rapporto precedente per quanto riguarda qualche modalità accessoria quale il luogo o il tempo dell'adempimento.

H. LE C.D. PROMISES FOR BENEFIT CONFERRED E LA MORAL OBLIGATION

Il desiderio di mantenere una certa parità nello scambio spiega anche perché la giurisprudenza abbia sostenuto nel corso del tempo la vincolatività di certe

⁸¹ CENTRAL LONDON PROPERTY TRUST Ltd v. HIGH TREES HOUSE Ltd, 1 K.B. 130 (146)

⁸² WILLINSTON, The law of contracts cit., § 1837 e 1838

promesse non *gratuitous* ma nemmeno *paid-for* come (1) le promesse di pagare debiti prescritti per il trascorrere del termine di decadenza, (2) quelle di pagare debiti di bancarotta e (3) la ratifica delle promesse fatte da un minore allorquando raggiunga la maggiore età⁸³.

I tentativi di superare le rigidità della *consideration* avevano in un primo momento fatto tutti riferimento al *bargain* per sanzionare quelle promesse rese in forza di un beneficio che era stato attribuito in precedenza al promittente da parte del promissario. I tentativi avevano portato a tentare di configurare il *bargain* come un processo in divenire nel tempo di cui la promessa non era che l'aspetto finale⁸⁴ o, seguendo una diversa ricostruzione, si era tentato di sostenere la concezione per cui una *moral obligation* dovesse essere in qualche modo vincolante, quantomeno perché il *benefit* che il promissario aveva arrecato al promittente lo avrebbe potuto portare a pensare di essere a sua volta titolare di una ragionevole aspettativa⁸⁵.

Vista la debolezza delle ricostruzioni proposte quando ha incominciato a farsi sentire l'influenza della dottrina del *promissory estoppel* si è iniziato a fare ricorso alla sua impostazione anche nei casi delle promesse collegate ad un beneficio reso in precedenza, ipotesi disciplinate nel *Restatement* statunitense dalla Section 86. In questi casi a ben considerare si potrebbe comunque rinvenire uno scambio tra il beneficio e la successiva promessa ma al suo riconoscimento per fondare la vincolatività della dichiarazione di volontà si oppone il divieto della *past consideration*⁸⁶; procedendo proprio in linea con questo indirizzo il *Restatement*, nella sua prima versione, rifiutava di attribuire rilievo a qualsiasi forma di *moral obligation*⁸⁷ e faceva salve implicitamente solo le ipotesi in cui era esistito in precedenza un vero e proprio dovere giuridico e si era poi verificato un *discharge*

⁸³ Si vedano rispettivamente RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS, § 82 e 85 e il Bankruptcy Reform Act 11 U.S.C. § 524 (c) (d) (1988)

⁸⁴ PATTERSON, An apology for consideration cit., p. 935

⁸⁵ Si vedano i casi JONES v. JONES, 242 F. Supp. 979 (1965) e IN RE GERKE, 271 Wis. 297 (1955)

⁸⁶ Si vedano i classici casi EASTWOOD v. KENYON, 113 Eng. Rep. 482 (1840) e MILLS v. WYMAN, 20 Mass. (3 Pick) 207 (1826)

⁸⁷ HENDERSON, Promises grounded in the past: the idea of unjust enrichment and the law of contract, in Virginia Law Review, 57, 1971, p. 1115 ss.

by law, come nel caso delle promesse inadempite ormai prescritte, quelle invalidabili e quelle non più azionabili per il sopravvenire di un *factum principis*.

Le promesse di dare qualcosa per un beneficio ricevuto in passato hanno però acquistato definitivamente rilevanza autonoma con il *Second Restatement* nel quale sono ritenute vincolanti nella misura in cui servono ad evitare che si produca un'ingiustizia e naturalmente a patto che i benefici conferiti in precedenza dal promissario non siano stati preventivamente considerati come gratuiti da entrambe le parti. I classici confini tra la sfera di azione del dono e quello dello scambio vengono in questa zona incerta a confondersi e così si può arrivare a ritenere che ove si escluda l'intento liberale le parti pongano in essere in realtà un *exchange* vero e proprio. In particolare il lasso di tempo che intercorre tra il momento del *benefit conferred* e quello della *promise* è sufficiente ad evitare ogni preoccupazione circa la ponderatezza della seconda e le reali intenzioni del promittente; il fatto poi che questo soggetto di fatto abbia permesso che il *benefit* entrasse nella propria sfera giuridica può anche essere considerato come una volontà di permettere che le aspettative del promissario crescano, tanto più ove sia abbastanza palese che questo abbia agito confidando in una futura ricompensa.

Il dettato della Section 86 comunque oggi è in grado di fornire una adeguata tutela a queste situazioni agendo nei limiti dei benefici conferiti, i quali devono essere considerati il tetto massimo della aspettativa generata nella controparte; le possibilità date dalla formulazione aperta della previsione sono però ancora maggiori. Proseguendo in questa linea evolutiva, la Section 86 si candida, sovrapponendosi del tutto al *promissory estoppel*, anche a coprire benefici non richiesti, le prestazioni domandate in base ad accordi informali e le spese effettuate in prospettiva di uno scambio futuro non realizzatosi⁸⁸, generando di fatto una diversa allocazione del rischio dal promissario al promittente che può essere adeguatamente bilanciata solo tramite il criterio della ragionevolezza

⁸⁸ BRAUCHER, Freedom of contract and the Second Restatement, in Yale Law Journal, 78, 1969, p. 598 ss.

dell'affidamento e garantendo comunque al promissario la possibilità di rifiutare i benefit ricevuti⁸⁹.

5. IL C.D. UNILATERAL CONTRACT

Nella tradizione di *common law* un rilievo particolare è stato dato al modello rappresentato dallo *unilateral contract* che si differenzia dal *bilateral* non tanto, come ci si potrebbe attendere, per il numero di parti coinvolte quanto per il paradigma dello scambio che si crea, rappresentato dalla presenza di una *promise* la cui controprestazione è rappresentata da un *act*, ovvero dall'esecuzione materiale di una prestazione che viene a rappresentare ad un tempo tanto l'accettazione quanto l'adempimento con i problemi che da ciò conseguono⁹⁰.

Sino alla decisione risalente alla metà del XIX secolo del caso *Adam v. Lindsell*, nel sistema inglese non si era mai prestata attenzione alle modalità di formazione del contratto, problema che però diventava di impellente considerazione con lo sviluppo della contrattazione tra le parti a distanza o comunque assenti fisicamente⁹¹. Da questo momento in poi per distinguere i casi in cui a una promessa non corrispondeva una promessa della controparte, e non si poteva pertanto parlare in senso classico di offerta e accettazione, si cominciò a parlare di *unilateral contract*. Originariamente perché la controprestazione potesse svolgere il suo ruolo, la prestazione doveva essere *substantial*, cioè compiuta per intero ed in maniera esatta⁹².

Questo modello contrattuale, facendo ricorso alla forma della *executed consideration* faceva così salvo il principio generale del *bargain* tramite la *request* fatta dal promittente al promissario il quale a sua volta accettava con la stessa prestazione. In questo modo però continuava a mancare un elemento

⁸⁹ MEAD, Free acceptance: some further considerations, in *Law Quarterly Review*, 105, 1989, p. 575 ss.

⁹⁰ STOLIJAR, Promises, agreement and contract, in *Cambridge Law Journal*, 1988, p. 193 ss.

⁹¹ SIMPSON, Innovation in the Nineteenth century contract law, in *Law Quarterly Review*, 91, 1975, pp. 257-265

⁹² MARINI, Promessa e affidamento cit., p. 63 ss.

caratterizzante il *bilateral contract*, ovvero la *mutuality*, in quanto solo il promittente di fatto si vincolava ma rimaneva libero in ogni momento di revocare l'offerta fino a quando il promissario non avesse adempiuto; in queste condizioni quest'ultimo rimaneva per tutto il tempo che occorreva a completare la propria prestazione soggetto alla volontà del promittente e certo questo non lo incentivava ad entrare in affari; tantopiù se si considera che poteva non solo perdere quanto sperato ma subire anche dei danni rappresentati dalle spese effettuate facendo affidamento su fatto che la promessa non sarebbe stata revocata. In tutti i sistemi di *common law* si cercò allora di creare dei correttivi.

In Inghilterra si operò una differenziazione in forza della quale se si verificava solo un inizio dell'esecuzione da parte del promissario questo veniva a corrispondere alla *acceptance*, da cui si originava una *subsidiary implied promise* la cui *consideration* a sua volta era costituita dall'inizio della prestazione stessa; in caso di adempimento completo questo invece costituiva di per sé la *consideration* della prestazione e dava dunque diritto alla controprestazione⁹³.

In ambiente statunitense invece da principio si fece spazio nell'elaborazione delle corti all'accettazione anche solo di una *partial performance* per escludere la revocabilità dell'offerta e attribuire obbligatorietà alla promessa fatta⁹⁴ per giungere da ultimo con il *Second Restatement* ad una tutela completa dell'affidamento ingenerato nel promissario, indipendentemente dalla prova che egli possa fornire di un adempimento totale o parziale della propria prestazione⁹⁵. In questo modo progressivamente la promise diviene vincolante non più soltanto attraverso il *bargain* ma anche attraverso la *reliance* che il promissario ripone nella medesima e quando si viene a valutare la presenza o meno di un inadempimento del promittente non si potrà più solo fare riferimento a ciò che egli liberamente aveva assunto come obbligazione ma anche a tutto ciò che egli avrebbe dovuto

⁹³ STOLIJAR, Promise, in Newark University Law Review, 1952, p. 1 ss.

⁹⁴ RESTATEMENT OF CONTRACTS, Section 45

⁹⁵ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS, Section 87(2), 88 (c), 89 (c), 90

sapere costituire implicitamente oggetto di ragionevole *reliance* da parte del promissario⁹⁶.

6. LE PROMESSE DI UNA RICOMPENSA E QUELLE AL PUBBLICO (C.D. PROMISES OF REWARD)

Gli elementi che caratterizzano la promessa di una ricompensa sono sempre tre: (1) la comunicazione al pubblico, (2) l'oggetto della ricompensa e (3) il prezzo offerto; a seconda dei sistemi giuridici presi in considerazione ciò che può variare è però l'inquadramento di questi elementi.

Nella tradizione di *common law* la promessa di una ricompensa è considerata un tipo di *unilateral contract* che si forma con lo scambio tra una promessa e il compimento di un *act* determinato in precedenza dalla promessa stessa. Nel paradigma di una *promise for an act* emergono oggi due tipi diversi di manifestazioni di volontà: l'offerta il cui scopo è quello di essere accettata proprio tramite una prestazione (l'*individual unilateral contract* in senso classico) e la promessa al pubblico affinché si realizzi qualcosa (la *promise of reward*)⁹⁷.

Nei sistemi di *common law* la *promise of reward* si pone come una aperta deroga al principio del *bargain* in quanto la stessa è definita unanimemente come un'offerta vincolante senza bisogno di un ulteriore *bargain* e dunque l'accettazione del promissario non rileva, ciò che conta è la *performance* della prestazione dedotta. Il *First Restatement* alla Section 45 aveva accolto la tesi per cui la promessa si dava per conosciuta con l'inizio dell'adempimento; le corti americane tuttavia sostennero che allorchè la *performance* fosse stata iniziata senza avere conoscenza dell'offerta, non appena veniva completata dava diritto alla ricompensa e, in conseguenza di questo orientamento⁹⁸, il *Second Restatement* sancì allora alla

⁹⁶ TREITEL, Consideration: a critical analysis of Professor Atiyah's fundamental restatement, in *Australian Law Journal*, 50, 1976, p. 440 ss.; BORROWS, Contract, tort and restitution. A satisfactory division or not?, in *Law Quarterly Review*, 99, 1983, p. 240 ss.

⁹⁷ LERNER, Promises of reward in a comparative prospective, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 10, 2010, p. 53 ss.

⁹⁸ Si veda il caso *GENESEE COUNTY v. PAILTHORPE*, 224 N.W. 418, 419 (1929)

Section 90 che anche allorchè il promissario iniziasse la *performance* conoscendo la promessa o venisse a conoscenza della promessa durante la *performance* stessa aveva diritto alla ricompensa. Nel sistema statunitense la giurisprudenza in alcuni casi ha quindi ammesso la vincolatività della promessa anche laddove il promissario fosse all'oscuro della stessa ma nella maggior parte dei casi richiede che questi ne sia a conoscenza, accogliendo così un'impostazione contrattuale dell'operazione⁹⁹.

Perché si possa formare un *unilateral contract* però non solo la promessa deve essere conosciuta dal promissario ma questi deve anche agire con l'intenzione di accettarla e in molti casi questo requisito non sarebbe effettivamente integrato; pertanto si ricorre alla finzione di presumere che l'intento ci sia sempre. In questi casi la misura dell'affidamento e dei danni eventualmente da risarcire al promissario è abbastanza definita e corrisponde alla somma stabilita come ricompensa dal promittente e che egli stesso ha stabilito come quantificazione del *benefit* che ha ricevuto con l'adempimento¹⁰⁰.

Da tenersi distinte dalle promesse di una ricompensa sono le promesse al pubblico che in *common law* possono assumere ovviamente la forma più varia: (1) possono consistere in un invito ad offrire come nell'asta, (2) possono essere offerte rivolte a persone indeterminate o (3) offerte in termini generali che permettono al pubblico o quantomeno ad una parte di esso di accettare. La differenza dalla promessa di una ricompensa è che questa genera un diritto con il compimento della *performance* da parte del promissario¹⁰¹. La promessa al pubblico invece in molti casi si riduce ad un istituto prodromico alla conclusione di un successivo contratto e risulta vincolante a prescindere dalla conoscenza che ne abbia il promissario¹⁰².

⁹⁹ SCHLESSINGER, *Formation of contract: a study in the common core of legal systems*, New York, 1968

¹⁰⁰ SLAWSON, *The role of reliance in contract damages*, in *Cornell Law Review*, 76, 1990, pp. 197-223; EISENBERG, *Probability and chance in private law adjudication*, in *Harvard Law Review*, 89, 1976, pp. 99-129

¹⁰¹ Per la distinzione tra gli istituti si veda il noto caso *CARLILL v. CARBONIC SMOKE BALL CO.*, I Q.B. 256 (1893)

¹⁰² EISENBERG, *Expression rules in contract law and problems of offer and acceptance*, in *California Law Review*, 82, 1994, pp. 1127-1180

Queste forme di promessa sono molto contigue e generano delle continue interferenze anche con altri istituti di cui è opportuno accennare brevemente. Nei sistemi di *common law* i premi sono considerati degli *unilateral contracts* il cui scopo è molto simile alle promesse di una ricompensa: motivare qualcuno alla realizzazione di un determinato atto a cui ha interesse il soggetto promittente. Le corti americane hanno sempre trattato i premi secondo le regole proprie dei *contracts* e di conseguenza li analizzano sulla base della considerazione che si tratta di accordi espliciti o impliciti. Infine si può tratteggiare una chiara differenza anche tra promesse di una ricompensa e *gift* in quanto emerge dall'analisi della giurisprudenza che ritiene si sia in presenza del secondo laddove la promessa prestata sia volta a garantire un premio in presenza di certe circostanze obiettive o sulla base delle condizioni personali di determinate persone.

Stabilito che la *promise of reward* non rientra nel novero delle *gratuitous promises*, il problema è stabilire quale sia la *consideration* che deve sorreggerla; le corti nordamericane hanno trovato una formula flessibile in virtù della quale la *consideration* non è rappresentata dal *benefit* per il promittente ma dal *detriment* in cui è incorso il promissario il quale ha compiuto un atto confidando sulla promessa¹⁰³. Qualora poi la *promise of reward* sia effettuata da un organo pubblico, la vincolatività della medesima si fonda sui benefici che si arreca all'ente pubblico e alla comunità e il promittente sarà obbligato a pagare in ogni caso, sia che il promissario fosse a conoscenza o meno della promessa effettuata¹⁰⁴. Nel sistema nordamericano il promittente può ritirare la promessa dandone notizia nella stessa maniera in cui l'ha pubblicizzata e tradizionalmente si riteneva che potesse essere ritirata sino a quando il promissario non avesse adempiuto; qualora più persone adempiano alla promessa prevale la parte che ha terminato la *performance* per prima.

¹⁰³ Si vedano i casi RYER v. STOCKWELL, 14 Cal. 134 (1860); SIMMONS v. RANDFORCE AMUSEMENT CORP., 293 N.Y.S. 745 (1937)

¹⁰⁴ Si vedano i casi CALAMARI v. PERILLO e GLOVER v. JEWISH WAR VETERANS, 68 A 2d 233 (1949)

7. LE PROMESSE RESE ENFORCEABLE TRAMITE L'ESTOPPEL NEL SISTEMA INGLESE

In origine l'*estoppel* era un rimedio procedurale consistente nella concessione di una eccezione di *equity* per prevenire che l'applicazione stringente delle leggi consuetudinarie della *common law* potesse dare origine a risultati ingiusti per la situazione in concreto venutasi a creare; nella pratica delle corti si sono progressivamente venuti a enucleare tre casi in cui veniva fatta applicazione dell'*estoppel* regolarmente: (1) l'*estoppel ob rem judicatam* che equivale al divieto di essere processati due volte per i medesimi fatti di reato, (2) l'*estoppel by deed*, volto ad evitare che l'altra parte di un *agreement* possa negare quanto contenuto nell'atto formale (3) e l'*estoppel in pais* che sostanzialmente corrisponde al divieto di *venire contra factum proprio*¹⁰⁵.

La figura del *promissory estoppel* comincia a prendere forma a partire dal secolo XIX, viene utilizzata da principio in chiave difensiva per respingere la richiesta del promittente a causa della sua precedente condotta e rappresenta un meccanismo di protezione negli investimenti fatti dal promissario a seguito di una promessa da parte di un soggetto promittente. Questo rimedio che pone l'accento sulla *reliance* del promissario come metro di giudizio per valutare la responsabilità del promittente ha raggiunto lo sviluppo massimo nel sistema degli Stati Uniti tanto che, tramite la sua ampia diffusione si è addirittura giunti a mettere in dubbio il dogma della *consideration* che, come si è visto, subordina la vincolatività della promessa all'esistenza di una prestazione da parte dell'altro soggetto contraente o quantomeno alla sussistenza di una sua contro-promessa.

Nonostante i numerosi sviluppi che ha subito nel corso del tempo ancora oggi la *consideration* si fonda sul principio del *bargain* e richiede dunque l'esistenza di una sorta di scambio tra le parti di tipo patrimoniale o non patrimoniale per riconoscere l'efficacia vincolante della promessa prestata; nella teorica del *promissory estoppel* è sufficiente invece che una delle due parti abbia fatto

¹⁰⁵ PARDOLESI, The double soul of promissory estoppel. A comparative view, in The Cardozo Electronic Law Bulletin, 18(1), 2012

affidamento su una promessa altrui senza che ci sia stato da parte sua alcun impegno o adempimento di sorta¹⁰⁶. Questo istituto, finito nelle mani dei teorici della *Law and Economics* come Posner, da eccezione di tipo procedurale è venuto assumendo nel corso della riflessione dottrinarina un carattere più ampio tanto da divenire addirittura un modello alternativo di giustificazione del contratto in grado di fare concorrenza alla stessa *consideration*¹⁰⁷; grazie a questo istituto una promessa unilaterale diviene in grado di convincere il promissario circa la serietà degli intendimenti manifestati dal promittente e di conseguenza lo pone in condizione di fare a sua volta degli investimenti che aumentano l'efficienza complessiva del sistema economico.

Le origini del *promissory estoppel* sono rinvenibili in Inghilterra a partire dallo *Judicature Acts* del 1873-1875 con cui si sancì la fine della bipartizione di competenze tra corti di *common law* e corti di *equity* ma così facendo si generò una fusione di rimedi e procedure diverse per tradizione e ispirazione¹⁰⁸ che favorì la confusione processuale ed incentivò l'affermazione di questo istituto in funzione di correttivo delle criticità del sistema. Inizialmente l'*estoppel* venne considerato per lo più una regola in ordine all'onere probatorio addossato alle parti ma presto si cominciò a configurare una forma di *estoppel* autonoma, definita "*proprietary*" che permetteva al promissario di intentare causa al promittente laddove questi avesse generato un affidamento del primo in ordine ad un trasferimento di proprietà terriera¹⁰⁹.

Il *leading case* in cui la House of Lords riconobbe autonomia al *promissory estoppel* risale al celeberrimo caso *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd* del 1956 in cui Lord Denning ritenne che, laddove un promittente avesse espressamente assicurato al promissario di accettare la corresponsione di una somma minore di quella pattuita contrattualmente per un certo periodo di tempo, non potesse in un secondo momento cambiare idea e richiedere tutto il

¹⁰⁶ Si vedano i casi FREEMAN v. FREEMAN, 43 N.Y. 34, 1870; PORTER v. COMMISSIONER, 60 F. 2d 673, 1932 e HAMER v. SIDWAY, 124 N.Y. 538, 1891

¹⁰⁷ POSNER, Gratuitous promises in economics and law, in *Journal of Legal Studies*, 6, 1977, p. 411 ss.

¹⁰⁸ JAFFEY, *The nature e scope of restitution*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 421 ss.

¹⁰⁹ NGUGI, *Promissory estoppel: the life history of an ideal legal transplant*, in *University of Richmond Law Review*, 47, 2007, p. 425 ss.

corrispettivo originariamente pattuito ma solo la parte di cui aveva dichiarato di accontentarsi. La giurisprudenza successiva, ligia all'insegnamento del *leading case* menzionato, continuò a riconoscere il *promissory estoppel* solo nei casi in cui esistesse già in precedenza una relazione contrattuale tra i due soggetti¹¹⁰. E' bene precisare che su questo punto la giurisprudenza inglese si è mantenuta su posizioni più conservative di quelle invece sviluppate da quella nordamericana e poi confluite nella Section 90 del *First Restatements of Contracts*¹¹¹ in quanto, nella maggioranza dei casi analizzati dal sistema inglese, questo trova un valido supporto per risolvere le questioni relative alla vincolatività delle promesse per il tramite della teoria della *consideration* la quale viene ritenuta in grado di risolvere ancora la maggior parte dei casi che la dottrina americana oggi invece risolve tramite l'utilizzo dell' *estoppel*¹¹².

Oggi si può dire che debbano sussistere alcuni requisiti *standard* perché possa trovare applicazione l'istituto del *promissory estoppel* nel sistema inglese: (1) deve essere presente una promessa o un impegno assunto in maniera chiara e univoca da un soggetto; (2) il promissario deve agire in virtù di un proprio *detriment* originatosi dall'affidamento nella promessa ricevuta; (3) l'*estoppel* deve prevedere la sospensione della situazione afferente al diritto di cui si controverte (4) ed infine l'istituto in analisi deve impedire che vengano fatti valere i diritti attribuiti dalla promessa al promittente ma non può permettere la creazione di nuovi diritti¹¹³.

Sebbene non in maniera così uniforme le corti inglesi hanno ritenuto che continui a permanere la necessità che tra promittente e promissario sussista una precedente relazione contrattuale e la tendenza di fondo pare quella di voler arrivare ad una unificazione tra *proprietary* e *promissory estoppel* fondata sulla presenza in tutti i casi di una serie di *representations* ritenute *enforceable*. Questo processo è originato da una forte circolazione nell'ambito del mondo dei sistemi

¹¹⁰ JACKSON, Estoppel as a sword, in *Law Quarterly Review*, 81, 1965, p. 461 ss.; SIMPSON, Promises without consideration and third party beneficiary contracts in American and English law, in *International Comparative Law Quarterly*, 15, 1966, p. 835 ss.

¹¹¹ THOMPSON, From representation to expectation: estoppel as a cause of action, in *Cambridge Law Journal*, 42, 1983, pp. 257-266

¹¹² DENNING, Recent developments in the doctrine of consideration, in *Modern Law Review*, 15, 1952, p. 1 ss.

¹¹³ TURNER, SPENCER, *The law relating to estoppel by representation*, London, Butterworths, 1966, p. 332 ss.

di *common law* delle decisioni giudiziarie che ha fatto sì che in questo caso siano stati per lo più il mondo di Commonwealth e quello nordamericano a influenzare la madrepatria dopo aver inizialmente recepito un istituto lì sviluppatosi.

8. LE PROMESSE RESE ENFORCEABLE TRAMITE L'ESTOPPEL NEL SISTEMA NORDAMERICANO

Anche nella giurisdizione nordamericana le corti si sono trovate spesso nella necessità di sanzionare i casi in cui si verificava un danno a causa di un affidamento riposto in una precedente promessa ed hanno trovato delle iniziali risposte nel rimedio di *common law* dell'*assumpsit* e in quello di *equity* rappresentato dalla *fraud* con cui il promissario chiedeva la stretta interpretazione del contratto dopo aver indotto il promissario in un ragionevole affidamento di senso contrario¹¹⁴. Questi rimedi tuttavia non si rivelarono sufficientemente efficienti e così si cominciò a cercare una soluzione unificatrice che consentisse di semplificare le regole del gioco processuale. Sebbene analizzando le pronunce delle corti emergesse che a fondamento del contratto esse ponessero di volta in volta elementi tra loro diversi quali il ragionevole affidamento, il *bargain* o una concezione di obbligatorietà morale¹¹⁵, nella fondamentale opera di Williston si rinveniva ancora lo scambio come base unitaria su cui fondare la sussistenza del requisito della *consideration*¹¹⁶ e la stessa Section 75 del *First Restatement of Contracts* seguiva l'impostazione di Langdell e di Holmes che escludevano che la *reliance* potesse costituire una valida alternativa alla *consideration*¹¹⁷.

La giurisprudenza dominante comunque proseguì a fare uso della *reliance* come sostituto della *consideration* tanto che Corbin sottolineava nella propria opera come

¹¹⁴ MARINI, Promessa e affidamento cit., p. 87 ss.; TEEVEN, Origin of promissory estoppel: justifiable reliance and commercial uncertainty before Williston's Restatement, in U. Mem. Law Review, 34, 2004, pp. 499-505

¹¹⁵ PRENTICE, Application: gift, promise and promissory estoppel, in Vision of contract theory. Rationality, bargaining and interpretation, ed. Di Matteo, L.A., Durham, Carolina Academic Press, pp. 59-81

¹¹⁶ WILLINSTON, The law of contracts cit., p. 1765 ss.

¹¹⁷ LANGDELL, A summary of the law of contracts, Boston, Little Brown, 1880, § 79 e HOLMES, The common law, Boston, Little Brown, 1881

i due concetti potessero a buon diritto considerarsi equivalenti nella pratica delle corti, tanto che alla *reliance* veniva di fatto richiesto di svolgere una funzione suppletiva nei confronti del *bargain* nelle ipotesi di promesse indeterminate¹¹⁸. I primi casi in cui era stata attribuita rilevanza alla *reliance* attenevano alle c.d. *charitable subscriptions*, ovvero una specie di donazioni fatte ad enti o istituzioni nella forma delle promesse gratuite prive però di *consideration* intesa in senso classico e per le quali dunque si era iniziato a fare riferimento per giustificarne la vincolatività alla *detrimental reliance* in cui sarebbe incorso il promissario in caso di inadempimento¹¹⁹.

Per quanto riguarda i contratti commerciali la prima applicazione della teoria della *reliance* avvenne per gli *unilateral contracts*, e precisamente nei casi in cui l'offerta rimaneva revocabile sino all'ultimo momento in carenza di una *consideration* e il promissario si trovava così esposto al rischio di subire un grave danno per le spese già sostenute; la giurisprudenza iniziò così a utilizzare una *fictio* in forza della quale con la promessa si sarebbe anche dato l'impegno a non revocare l'offerta originaria e, trascorso un certo tempo, il contratto stesso si sarebbe dato per concluso¹²⁰.

La prima versione del *Restatement* conteneva, come si è anticipato, una nozione di *consideration* molto conservatrice e dunque lasciava aperti tutti i problemi nei casi in cui il promissario, facendo affidamento sulla promessa ricevuta, avesse subito un danno; per supplire a queste evidenti mancanze venne elaborata nelle successive versioni la Section 90 che, utilizzando un linguaggio ampio, avrebbe permesso l'applicabilità del *promissory estoppel* anche in relazione alle promesse fatte nel corso di un affare commerciale, disattendendo in questo modo l'autorevole opinione contraria di Williston e Corbin che lo volevano limitato

¹¹⁸ ANSON, Principles of the law of contract, in American Law Review, 14, 1880, p. 233 ss.

¹¹⁹ BILLIG, The problem of consideration in charitable subscriptions, in Cornell Law Quarterly, 12, 1927, p. 467 ss.

¹²⁰ McGOVNEY, Irrevocable offers, in Harvard Law Review, 27, 1914, p. 644; BALLANTINE, Acceptance of offers for unilateral contracts by partial performance of services requested, in Minnesota Law Review, 5, 1921, p. 94

solo ai casi di promesse autonome e non coperte dal raggio di azione della *consideration* classica¹²¹.

Le remore ad un più ampio riconoscimento dell'istituto erano sempre mosse dalle esitazioni a riconoscere obbligatorietà a quelle promesse per cui fosse presente una *reliance* che non fosse stata *bargained for* o dedotta come *consideration*¹²²; la regola classica continuava ad essere quella secondo cui l'offerente rimaneva in questi casi padrone di revocare l'offerta in ogni momento e fu solo con il caso *Drennan v. Star Paving*¹²³ che si posero le basi per estendere il raggio di operatività del *promissory estoppel* anche alle transazioni commerciali ritenendo che, se secondo la Section 45 del *Restatement* il contratto unilaterale era vincolante non appena iniziata la prestazione, l'offerta si doveva ritenere vincolante per l'affidamento provocato in virtù di una "*implied promise not to revoke*". La giurisprudenza successiva si attenne a questa linea di pensiero, ribadendo che anche nelle transazioni commerciali potesse farsi valido uso del *promissory estoppel*¹²⁴ ed arrivando a sostenere che un'offerta non potesse più essere revocata laddove fosse ragionevole che avesse generato un'aspettativa concretizzatasi in una *detrimental reliance* per la controparte¹²⁵.

Infine anche il *Second Restatement of the Law of Contracts* nordamericano avallò l'impostazione delle corti andando a modificare proprio la Section 90¹²⁶; con le modifiche apportate si sciolsero tutti i dubbi legati ai rapporti tra Section 75 e 90 e si statuì che il principio dello scambio contenuto nella prima di fatto veniva assorbito dal *promissory estoppel* statuito nella seconda e dunque l'applicazione della Section 75 rimaneva confinata ai casi in cui uno scambio non fosse stato ancora

¹²¹ SHATTUCK, Gratuitous promises, a new writ?, in *Michigan Law Review*, 35, 1937, p. 908 ss.

¹²² FARNSWORTH, Pre-contractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations, in *Columbia Law Review*, 1987, p. 217

¹²³ DRENNAN v. STAR PAVING CO., 51 Cal 2d 409, 1958

¹²⁴ Si vedano i casi ROBERT GORDON INC. v. INGRESOLL-RAND CO., 117 F. 2d 654 (VII Cir. 1941); ENG'G CO v. ELLERMAN, 10 N.W. 2d 879 (S.D. 1943); DRENNAN v. STAR PAVING CO, 333 P.2d 757 (Cal. 1958)

¹²⁵ PAGE, Consideration: genuine and synthetic, in *Wisconsin Law Review*, 1947, p. 485 ss.; BOYER, Promissory estoppel: requirements and limitations of the doctrine, in *U. Pa. Law Review*, 98, 1950, p. 459 ss.; BOYER, Promissory estoppel: principle from precedents, in *Michigan Law Review*, 50, 1952, p. 639 ss.

¹²⁶ KNAPP, Reliance in the revisited restatement: the proliferation of promissory estoppel, in *Columbia Law Review*, 81, 1981, p. 52

adempito da entrambe le parti e nessuna di loro avesse intenzione di portare avanti un'azione¹²⁷. Dopo il *Second Restatement*, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, la giurisprudenza nordamericana confermò l'accoglimento della rilevanza della *reliance* anche in altri casi di promesse su cui prima si dibatteva, come quelle rappresentate dagli accordi precontrattuali in *Hoffman v. Red Owl Store*¹²⁸, celeberrimo caso in cui vennero riconosciuti i danni dovuti all'illegittima interruzione delle trattative contrattuali che avevano causato un ragionevole affidamento nel promissario; in questo modo si riconobbe che dovessero essere ritenute vincolanti anche le promesse fatte durante la fase delle trattative che avessero generato un'aspettativa ragionevole nel promissario sia che il promittente avesse agito in buona fede, sia che invece avesse cercato di raggirare la controparte¹²⁹.

Con il tempo si è sviluppato nella riflessione della dottrina e nelle pronunce delle corti un secondo approccio ai problemi connessi con il *promissory estoppel* che, da un lato esclude che la prospettiva della *reliance* sia la sola chiave di lettura possibile e dall'altro ammette espressamente la vincolatività di ogni promessa fatta nel corso di una attività economica¹³⁰, purchè esattamente definita nei suoi elementi e sufficientemente certa, trasformando di fatto questo istituto in uno strumento non solo di difesa ma di creazione di nuove posizioni giuridiche tutelate. Il ragionamento seguito parte dalla considerazione che nel proprio *iter* storico la *consideration* è venuta sviluppandosi per proteggere la fiducia in certe promesse che comportano dei benefici per la comunità eppur tuttavia anche alcune promesse che non sono sorrette da una *consideration*, come nel caso delle offerte irrevocabili, delle garanzie e delle opzioni, risultano profondamente utili all'economia di mercato e sono dunque state ritenute meritevoli di riconoscimento giuridico per garantire certe operazioni commerciali; il *promissory estoppel* è stato ritenuto lo strumento idoneo a supplire la mancanza di *consideration*

¹²⁷ EISEMBERG, The principles of consideration, in *Cornell Law Review*, 67, 1982, p. 640; THEL, The promissory basis of section 90, in *Yale Law Journal*, 101, 1991, pp. 111-123

¹²⁸ HOFFMAN v. RED OWL STORES, 26 Wisc. 2d 683, 1965

¹²⁹ KUHNE, Reliance, promissory estoppel and culpa in contrahendo: a comparative analysis, in *Tel Aviv U. Stud. L.*, 10, 1990, pp. 279-290

¹³⁰ FARBER, MATHESON, Beyond the promissory estoppel: contract law and invisible handshake, in *University of Chicago Law Review*, 52, 1985, p. 903

in questi casi e per il suo tramite si sono rese vincolanti certe promesse che secondo il principio del *bargain* non lo sarebbero state e che avrebbero apportato vantaggi e utilità sia al promittente, sia alla società nel suo complesso¹³¹. In questo modo le corti statunitensi hanno superato la necessità che ci sia in ogni caso una controprestazione da parte del promissario per configurare l'obbligatorietà della promessa e tramite la presenza della *reliance* del promissario, in un'ottica di apertura e di incoraggiamento a trovare sempre nuovi efficaci strumenti negoziali¹³², secondo alcuni si sarebbe arrivati a superare anche le suggestioni di chi voleva che il *contract* fosse ormai da ritenersi assorbito nel *tort*; al contrario si sarebbe al cospetto di una nuova dottrina del contratto caratterizzata proprio dal sorgere di una nuova obbligazione contrattuale¹³³.

Il *promissory estoppel* ha proseguito a dispetto delle opinioni avverse nella propria incontrastata ascesa andando a coprire anche un altro settore che fino agli anni Sessanta del secolo scorso gli era stato precluso. A partire dal noto caso *Wheeler v. White* del 1965¹³⁴, questo istituto è arrivato a permettere di ritenere obbligatorie anche le promesse incomplete o le controprestazioni non precisamente identificate; in questi casi le corti hanno ritenuto che non ci possa essere una pretesa contrattuale e tuttavia il *promissory estoppel* possa utilmente soccorrere se il promissario abbia comunque agito prestando ad essa affidamento. Allo stesso modo si sono cominciate a ritenere vincolanti le *collateral promises* che accompagnano il contratto originario, gli ostacoli formali come lo *Statute of Frauds* per la forma e la *pre-existing duty rule* per quanto attiene al contenuto. In questo modo però si è andati a colpire duramente l'operatività della c.d. *parol evidence rule*, in forza della quale si impediva di dare prova di promesse successive al contratto qualora fosse stato probabile che fossero incorporate nell'accordo redatto per

¹³¹ GORDLEY, Enforcing promises, in *California Law Review*, 83, 1995, p. 547 ss.

¹³² HENDERSON, Promissory estoppel and traditional contract doctrine, in *Yale Law Journal*, 78 1969, pp. 344-352

¹³³ In senso contrario si vedano POWERS, Promissory estoppel and wagging the dog, in *Arkansas Law Review*, 59, 2007, p. 841; FEINMAN, The last promissory estoppel article, in *Fordham Law Review*, 61 1992, pp. 303-3016

¹³⁴ WHEELER v. WHITE, 398 S.W. 2d. 93, 1965

iscritto¹³⁵. Tale è stato il successo del *promissory estoppel* in questo settore che oggi esso viene invocato anche in casi di contratti bilaterali *bargained* perché permette di agevolare la prova in caso di accordi verbali e di evitare dibattiti sull'esistenza o meno di una relazione di scambio tra le parti.

In merito al ridimensionamento del ruolo attribuito alla *consideration* all'interno del diritto delle promesse contrattuali in ambiente nordamericano non si possono ignorare le innovazioni introdotte con l'adozione dello *Uniform Commercial Code* in materia di transazioni commerciali, alcune delle quali di fatto minano quelli che erano i capisaldi del diritto contrattuale di matrice anglosassone. L'art. 2 U.C.C. in prima battuta non fa più riferimento al concetto di dazione di un bene per aversi *consideration* (sect. 1-103); la *firm offer* non abbisogna più del requisito della *consideration* (sect. 2-201) per essere ritenuta vincolante e di pari passo ne viene rivista la disciplina della revocabilità (sect. 2-205, 2-206); la rigidità del requisito dell'uguaglianza nei contenuti tra proposta e accettazione viene grandemente diminuita (sect. 2-207) ma per quel che più conta scompare il requisito di una nuova *consideration* per operare modifiche al regolamento contrattuale (2-209)¹³⁶. In questo mutato quadro normativo anche la distinzione tra *contract bilateral* e *unilateral* viene meno e grazie al riconoscimento che l'accettazione può avvenire in vari modi ed a seconda delle circostanze. Il metodo classico diviene quello della *notice* ovvero della notizia data al promittente da parte del promissario della propria intenzione di vincolarsi ma ampio spazio è lasciato anche a modi di perfezionamento dell'accordo taciti; viene in questo modo meno anche il principio della *partial performance* come unico comportamento in grado di rivelare l'intenzione di vincolarsi del promissario (sect. 2-206)¹³⁷ anche se di fatto rimane

¹³⁵ SWEET, Contract making and parol evidence rule: diagnosis and treatment of a sick rule, in *Cornell Law Review*, 53, 1968, p. 1036 ss.; METZGER, PHILLIPS, The emergence of promissory estoppel as an independent theory of recovery, in *Rutgers Law Review*, 35, 1983, p. 472

¹³⁶ GIBSON, Promissory estoppel, article 2 of the U.C.C. and the Restatement (Third) of Contracts, in *Iowa Law Review*, 1990, p. 612

¹³⁷ DAZING, A comment on the jurisprudence of the Uniform Commercial Code, in *Stanford Law Review*, 27, 1975, p. 620

sempre attuale il problema di determinare quando un adempimento parziale possa considerarsi espressione certa della volontà di obbligarsi¹³⁸.

La teoria della *reliance* che si è esposta ha esercitato un'influenza notevole anche in quegli autori che la criticano pesantemente, non riconoscendola affatto in grado di fondare in maniera unitaria la responsabilità contrattuale¹³⁹. Tale è stata l'influenza della dottrina del *promissory estoppel* che si è iniziato a farvi ricorso anche nei casi delle promesse collegate ad un beneficio reso in precedenza, disciplinato nel *Restatement* dalla Section 86. Ormai la categoria dell'affidamento riposto in una statuizione è divenuta imprescindibile per l'analisi delle promesse che vengono prestate nella *common law* statunitense, al punto che la giurisprudenza prevalente tende a soprassedere anche nell'analisi del contratto e dei suoi elementi costitutivi in favore della ricerca della presenza di una *reliance*¹⁴⁰.

Il *promissory estoppel*, nato come rimedio limitato nei casi di *partial enforcement*, è divenuto nella prassi delle corti un rimedio in grado di andare a coprire anche i danni corrispondenti alla perdita dei profitti e persino in grado, in alcuni casi, di *specific performance*¹⁴¹. Il *detriment* infatti, corrispondente al mutamento dall'originaria posizione in virtù di un ragionevole affidamento¹⁴², passa da essere l'elemento cardine da cui dedurre l'applicabilità dell'istituto ad essere un requisito per lo più di facciata che viene rinvenuto con disinvoltura nella prassi delle corti¹⁴³, le quali tendono a risarcire un *detriment* che in realtà corrisponde all'impossibilità di conseguire il beneficio sperato. Il *promissory estoppel* si è andato dunque nel corso del tempo caricando anche di funzioni di promozione ed incentivo agli scambi economici che prima era stata funzione specificamente

¹³⁸ MURRAY, A new design for the agreement process, in *Cornell Law Review*, 53, 1968, p. 758

¹³⁹ LLEWELLYN, What price in contract? An essay in perspective, in *Yale Law Journal*, 40, 1931, p. 705 ss.; ID. The rule of law in our case law of contract, in *Yale Law Journal*, 47, 1938, p. 1245

¹⁴⁰ DALTON, An essay in deconstruction of contract doctrine, in *Yale Law Journal*, 94, 1985, p. 996

¹⁴¹ FEINMAN, Promissory estoppel and judicial method, in *Harvard Law Review*, 97, 1984, p. 680 ss.

¹⁴² Si veda l'impostazione di *WOOD v. LUCY LADY DUFF*, 222 N.Y. 88 (1917)

¹⁴³ Si vedano in via esemplificativa *VARSTOLER v. AMERICAN CAN CORPORATION*, 700 F. 2d 916 (1983); *OATES v. TEAMSTER AFFILIATE PENSION PLAN*, 482 F. Supp. 481 (1979); *UNITED ELECTRIC CORP. v. ALL SERVICE ELECTRIC INC.*, 256 N.W. 2d. 92 (1977)

demandata al *bargain* e, riavvicinando sotto la spinta comune della presenza di una aspettativa ragionevole sia le promesse *bargained* sia quelle *gratuitous*, ha permesso un'estensione del campo delle transazioni commerciali¹⁴⁴. Il *promissory estoppel* è divenuto così un temperamento della *consideration* fondata sul *bargain* e degli altri requisiti formali ed è passato, almeno quanto a funzione concreta, da elemento al confine con il *tort* ad elemento riguardante fenomeni per lo più di tipo contrattuale¹⁴⁵ di cui costituisce incentivo positivo in una prospettiva di regolazione economica e coordinamento sociale di lungo periodo¹⁴⁶.

9. I DANNI RISARCITI DALL'*ESTOPPEL* E LA LORO QUANTIFICAZIONE

Il punto di svolta decisivo all'interno della teorica delle promesse contrattuali che ha portato ad un ribaltamento della prospettiva tradizionale è rappresentato dall'analisi di Fuller e Perdue, i quali per la prima volta hanno posto l'accento della riflessione sulle diverse categorie di danno che venivano risarcite e dalle quali si potevano desumere quindi i rimedi da utilizzare¹⁴⁷. Il diritto dei contratti veniva considerato funzionale a regolamentare gli scambi, penalizzare l'inadempimento e conseguentemente aumentare l'affidamento delle parti sulle promesse.

Nella teorica di Fuller infatti il contratto costituisce uno strumento umano per regolare le relazioni sociali ed i rimedi predisposti dall'ordinamento sono solo il correttivo, le obbligazioni contrattuali trovano il loro fondamento nei modelli di comportamenti tramandati dalla consuetudine e forgiati alla luce dalla *moral obligation*¹⁴⁸. L'operazione commerciale viene dunque analizzata al fine di rinvenire gli interessi meritevoli di protezione e così si arriva ad identificare tre

¹⁴⁴ FABER, MATHESON, Beyond promissory estoppel: contract law and the invisible handshake, in *University of Chicago Law Review*, 52, 1985, p. 903

¹⁴⁵ KOSTRINSKY, A new theory of assent-based liability emerging under the guise of promissory estoppel: an explanation and a defense, in *Wayne Law Review*, 1987, p. 895 ss.

¹⁴⁶ MAC NEIL, *The new social contract*, 1980

¹⁴⁷ FULLER, PERDUE, The reliance interest in contract damages, I, *Yale Law Journal*, 46, 1936, p. 52 ss.

¹⁴⁸ FULLER, *The principle of social order*, 1981, p. 271

categorie di interessi che derivano dal contratto; (1) l'*expectancy* consiste nella pretesa di essere posti nella situazione in cui ci si sarebbe trovati se il contratto fosse stato correttamente eseguito o quantomeno ad un risarcimento per equivalente; (2) la *reliance* consiste nella pretesa di essere posti nella stessa situazione in cui ci si sarebbe trovati se il contratto non fosse mai stato concluso o ad un risarcimento per equivalente alle perdite subite, comprese le opportunità perse; (3) infine la *restitution* consiste nella pretesa di essere risarciti per i vantaggi procurati alla controparte¹⁴⁹.

Analizzando i vari interessi messi in gioco nell'operazione contrattuale considerata i giudici in questa prospettiva riuscirebbero così a scegliere quali siano quelli più meritevoli di protezione ed infatti nella prassi delle corti si è progressivamente arrivati ad un'assimilazione per cui alla forma del *bargain* corrisponde l'*expectation*, mentre al *promissory estoppel* corrisponde la *reliance*. In questa ottica dunque quando alla promessa si accompagna la *consideration* vengono meno tutte le considerazioni circa la presenza e l'entità dell'affidamento del promissario e la semplice presenza della promessa diviene essa stessa prova del conseguente affidamento.

La distinzione tra *expectancy interest* e *reliance interest* è fondamentale per ogni considerazione circa la vincolatività della promessa e il suo eventuale inadempimento; l'originale intenzione della Section 90 era quello di attribuire rilevanza giuridica a quelle promesse che erano prive di *consideration* e in quest'ottica, era limitata a riconoscere l'importanza solo delle promesse non interessate ed in questo caso il danno da coprire poteva essere limitato alle spese sostenute; è ovvio che tutto sia cambiato con l'estendersi successivo del suo raggio di azione anche alle promesse commerciali per le quali dovevano essere fatte altre considerazioni. L'affidamento del promissario in questi casi subisce un *vulnus* più importante e la quantificazione dei danni subiti non può prescindere dall'ammontare dei costi totali, comprensivi delle opportunità di guadagno

¹⁴⁹ MARINI, Promessa e affidamento cit., pp. 72-82

perdute nel frattempo¹⁵⁰ ed in questo modo l'affidamento si avvicina, almeno sotto il profilo rimediale, all'inadempimento contrattuale vero e proprio.

L'*expectation interest* così tende ad attribuire al promissario il valore intero che avrebbe avuto per lui la promessa rimasta inadempita o quanto meno nel valore della migliore alternativa di cui avrebbe potuto avvalersi (c.d. *opportunity cost*), cercando un bilanciamento tra il mantenimento degli incentivi alla libertà di vincolarsi del promittente e la protezione dell'affidamento incorso¹⁵¹. La *reliance interest* comporta invece una attenzione particolare all'esistenza, prevedibilità e ragionevolezza dell'affidamento non solo del promissario ma anche, secondo quanto stabilito dalla Section 90, dello stesso promittente in quanto tra i due soggetti esiste comunque una relazione inscindibile: è ovvio che un affidamento del promissario non prevedibile dal promittente sia irragionevole e viceversa e dunque l'estensione della *reliance* metta in rilievo il grado di impegni assunti dal promittente e delimitando le condotte in affidamento del promissario per le quali il primo può essere chiamato a rispondere.

¹⁵⁰ FULLER, PERDUE, Lost profits as contract damages: problems of proof and limitations on recovery, in *Yale Law Journal*, 65, 1965, p. 1990

¹⁵¹ FULLER, PERDUE, Once more into the breach: promissory estoppel and traditional damage doctrine, in *University of Chicago Law Review*, 37, 1970, p. 560