

**LUIGI MOCCIA, Promessa e Contratto**, in *Rivista di diritto civile*, I, 1994; anche in G. Alpa e M. Bessone, *I contratti in generale*, vol. III, Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999.

### 1. Il tema.

Il tema del "contratto", osservato in prospettiva storico-comparativa, con riferimento sia alla tradizione romanistica (*civil law*), sia a quella inglese (*common law*), mostra il volto bifronte, tanto ambivalente quanto ambiguo, della *promessa* e dell'*accordo* (*patto* o *convenzione*). Il termine accordo (o convenzione) ricorre, infatti, nei codici dei paesi di *civil law* per definire la nozione di contratto. Mentre nel mondo di *common law* si registra una tendenza a definire il *contract* in termini, piuttosto, di *promise*.

In tal senso, il problema della nozione di contratto ruota essenzialmente intorno ai rapporti con la promessa. Si tratta, almeno in linea di prima approssimazione, di un problema concernente la natura e collocazione propria di ciascuno di questi due termini (concetti): stante che, quanto meno dal punto di vista dell'uso linguistico corrente (ma che già la dice lunga su certi condizionamenti storico-culturali), il termine contratto appare come quello a valenza più propriamente giuridica o che può essere considerato di casa nel mondo del diritto; mentre il termine promessa, a valenza più propriamente morale, può apparire quasi come un ospite, ivi accolto, a certe condizioni, da solo oppure - anzi normalmente - grazie al contratto, ed ora assumendo altre denominazioni e, probabilmente, anche una diversa natura - come quella, ad esempio, di "proposta", "offerta", "dichiarazione di volontà" (*Willenserklärung*) in collegamento con il concetto di "negozio giuridico" (*Rechtsgeschäft*), ora invece trasmettendo all'obbligazione negoziale, contrattuale o promissoria che sia, in quanto obbligazione giuridicamente rilevante, una spiccata connotazione "morale", direttamente collegata, cioè, a principi e valori di equità e giustizia, come quello di ripagare il beneficio ottenuto dal promittente da parte del promissario che, appunto in virtù della promessa ricevuta, abbia dato o fatto alcunché a favore del primo, o più in generale quello di non recar offesa al prossimo mediante comportamenti ingannevoli, ossia inducendo taluno a fare affidamento sulla promessa ed a porre in essere di conseguenza comportamenti per costui pregiudizievoli.

In realtà, quello stesso problema si presta ad essere formulato nel senso di vedere quale sia l'atteggiamento del diritto di fronte alla promessa, ovvero a quali condizioni ed in quali guise e circostanze o per quali ragioni la "promessa", come sinonimo di contegno impegnativo secondo, almeno, la morale comune, possa trovare altresì riconoscimento secondo il "diritto": sempre ammesso che questi due mondi, come suole insegnarsi, siano e vadano tenuti distinti. Vale a dire, ancora, attraverso quali schemi concettuali e moduli interpretativi la promessa diviene sanzionabile giuridicamente, ossia capace di effetti per il diritto.

Lo svolgimento del tema così sommariamente delineato dovrebbe dunque affrontare il problema dei rapporti promessa-contratto, per come esso è venuto sviluppandosi, nel diritto, in varie epoche ed esperienze storiche, alla luce di quell'atteggiamento e dei relativi modelli culturali di fondo.

Debbo però subito aggiungere che il contributo qui portato, lungi dall'aver al riguardo pretese di completezza, intende semplicemente limitarsi a tracciare una sorta di prospetto riassuntivo, basato su passaggi articolati in maniera assai schematica ed aventi carattere più di suggestioni che non di concluse argomentazioni, nel contesto di scenari appena evocati, anziché trattati diffusamente.

## **2. Cenni su promessa e contratto nel diritto romano. Il diritto intermedio.**

Ragioni abbastanza evidenti di cronologia, etimologia e, soprattutto, connesse al ricco patrimonio tecnico-concettuale lasciatoci in eredità dalla giurisprudenza romana consigliano di iniziare il nostro discorso di qui, appunto, con alcuni rapidi cenni all'esperienza giuridica romana, per osservare innanzi tutto che il sistema delle obbligazioni, ivi evolutosi - come è noto - nel senso della *summa divisio* tra *obligationes ex contractu* e *obligationes ex delicto*, poggiava, quanto alle prime, su una serie di figure negoziali in cui il vincolo giuridico scaturiva da (o si ricollegava a) uno dei seguenti elementi.

La *forma*, come nel caso della *sponsio-stipulatio* (o *verborum obligatio*), laddove il promittente risultava obbligato in virtù della *solemnitas verborum*: a proposito della quale è appena il caso di ricordare che la parola latina *sponsio*, derivata dal greco *spondé* (libazione), *spondeîos* (usato nelle libazioni), aveva funzione ritualistica di invocazione delle divinità come testimoni della parola data, che veniva ad essere per ciò concepita piuttosto in guisa di giuramento (R.POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, rep. 1954, p. 139); stante inoltre il carattere 'religioso' delle formule rituali originariamente impiegate nei giuramenti, di cui la stipulazione non sarebbe altro che una 'laicizzazione' (S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, p. 203 ss.).

La *tipicità* (di contenuto e caratteri) dello schema negoziale (in corrispondenza alla tipicità dei rimedi processuali), come nel caso dei contratti <<nominati>>, detti anche <<reali>> o <<consensuali>>: espressione quest'ultima riferita alla formula *consensu obligari* impiegata dalla giurisprudenza romana classica per designare le quattro figure dei contratti consensuali, a proposito della quale giova ripetere quanto osservato, ad esempio, da G.ASTUTI (nella sua voce *Contratto (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 763): <<Col richiamo al consenso, la giurisprudenza non aveva già inteso porre l'accento sull'elemento soggettivo, sulla bilateralità soggettiva dell'atto [...] bensì sulla bilateralità oggettiva dell'effetto obbligatorio, cioè sul nesso sinallagmatico fra le diverse obbligazioni che si costituiscono *hinc-inde* [...] E'

chiaro che le obbligazioni corrispettive non hanno già il loro fondamento nel consenso, che dà vita al rapporto di interdipendenza, bensì nella struttura obiettiva di questo rapporto>>.

A questi due elementi si venne più tardi (in epoca giustiniana) aggiungendo quello della *datio rei* ovvero del *factum*, consistente nella avvenuta esecuzione della prestazione di una delle parti nei confronti dell'altra: come nel caso dei contratti <<innominati>> realizzanti l'ipotesi dello scambio.

Naturalmente, nella società romana, soprattutto dopo che la cultura greca vi aveva fatto il suo ingresso, era ben presente l'idea della doverosità delle promesse e dei patti e della relativa giustificazione <<morale>> in termini di *fides*, nonché di *veritas*, come testimonia in specie l'opera di Cicerone (*De officiis*, I, 7.), il quale arriva, anzi, a proporre una etimologia della parola <<fede>> come derivazione di <<farsi>>. Ma, agli occhi dei giureconsulti romani importava non tanto il <<perché>> del sorgere di obbligazioni sanzionate dal diritto, ossia il problema delle ragioni d'indole, in genere, etico-sociale a base di tali obbligazioni, quanto il <<come>> esse sorgevano, ossia il problema dei modi di riconoscimento delle stesse, secondo caratteri di certezza esteriore. Di qui il rilievo dato, in primo luogo, alla forma, quella in particolare della *stipulatio*, come elemento a cui dovevano sottostare le intese tra privati, per ottenere tutela giuridica. E di qui pure la fondamentale distinzione tra promesse o convenzioni solennizzate nella forma prescritta, suscettive come tali di dare origine ad obbligazioni giuridiche (*obligationes civiles*), e promesse o convenzioni <<nude>>, cioè prive della prescritta forma, come tali non assistite da azione e quindi suscettive di dare origine ad obbligazioni aventi un'efficacia solo morale (*obligationes naturales*), ovvero rimesse alla buona fede (e benevolenza) di chi le pone in essere.

Per quanto interessa, e secondo quello che è l'orientamento storiografico dominante, il sistema romano dei *contractus* lungi dal dare corpo all'idea (moderna) che la volontà dei contraenti potesse come tale fondare l'obbligazione di specie, escludeva, all'opposto, il riconoscimento del patto non formale, nè avente un contenuto tipico e d'uso comune (G.GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955, t. I, p. 18).

Questo stato di cose era rispecchiato nella nota regola <<ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur>> (PAUL., Dig., 2, 14, 6.): cioè a dire, posto che a base delle figure di *contractus* vi fosse un accordo o consenso (*pactum*), quest'ultimo non era di per sé sanzionabile giuridicamente, ma lo diveniva solo in quanto calato in una forma solenne, in uno schema tipico di rapporto o di operazione economico-sociale, ovvero ancora in quanto appoggiato ad uno dei predetti elementi e, in definitiva, giustificato agli occhi del diritto da un *quid* capace di conferirvi efficacia giuridica. Ciò per cui il *contractus* aveva forza di vincolo obbligatorio secondo il diritto romano non era quindi la <<promessa>>, per quanto fosse contenuta nel <<patto>> e questo, a sua volta, si ritenesse insito in quello.

Alla stessa maniera del patto <<nudo>>, sprovvisto cioè di azione perché privo di idonea veste giuridica, così la promessa pura e semplice fatta unilateralmente (*uno loquente*), come dichiarazione di impegno di una sola parte, non faceva sorgere obbligazione, se non in determinate situazioni o, meglio, con il concorso di determinate circostanze, che vi aggiungessero rilevanza di vincolo giuridico (oltre che morale, ovvero di buona fede), al cui mantenimento il promittente sarebbe stato quindi tenuto per determinazione di legge.

Senza che sia qui possibile, e nemmeno necessario, entrare nel merito di questioni complesse, intricate e, comunque, assai dibattute, basti osservare che nel diritto romano classico le uniche ipotesi eccezionalmente ammesse di promessa di per sé vincolante, erano le seguenti.

La promessa votiva (*votum*) di una cosa alla divinità, fatta dal credente a scopo propiziatorio; a proposito della quale viene ricordato (ad esempio da S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, p. 194) che: <<Il *votum* è una promessa fatta verbalmente in forma solenne, usando la parola *voveo*, alla divinità di darle qualche cosa o di fare qualche cosa, se essa accoglierà la preghiera, subito dopo la quale e in relazione alla quale si faceva la promessa. Il votante era *numini obligatus*. Chi mancava al voto si esponeva alla vendetta della divinità, cui si era *obligatus*. Si discute se non fosse esposto in tal caso anche ad un'azione, la quale non avrebbe potuto essere sperimentata che dai rappresentanti della divinità, ossia da organi dello Stato>>.

Inoltre, e soprattutto, la *pollicitatio*, promessa od offerta di compiere una prestazione (promessa di danaro o di un *opus*) a favore di una *civitas*, fatta da un privato in occasione della sua candidatura a determinate cariche pubbliche, ovvero in occasione dell'assunzione di tali cariche, la cui efficacia obbligatoria era peraltro condizionata, pare, all'inizio dell'esecuzione della prestazione promessa (P.BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>10</sup>, Torino, 1946, § 152); stante, d'altro canto, il rilievo (come di nuovo osservato dal PEROZZI, *Istituzioni*, cit., II, p. 241 ss.) circa l'appartenenza dell'istituto più <<al diritto pubblico che al diritto privato>>.

Riguardo a quest'ultima ipotesi vale ricordare la contrapposizione che pure si rinviene nelle fonti, tra *pactum*, inteso come *duorum consensus atque conventio* e *pollicitatio*, intesa invece come *offerentis solius promissum*. Donde l'apparire di uno schema o modello <<binario>> dei rapporti obbligatori di origine *lato sensu* volontaria, appunto divisi tra quelli *ex contractu* (nel significato, qui, di <<convenzione>>, ovvero di negozio a struttura bilaterale), costituenti la regola, e quelli *ex pollicitatione* (nel significato, propriamente, di impegno assunto unilateralmente), costituenti l'eccezione. Per vero, ancor più significativa appare, sotto il profilo dell'eccezionalità, l'esclusione di *pollicitatio* (e *votum*) dal novero delle fonti delle obbligazioni, così come classificate dai compilatori giustinianei (come, ad esempio, sottolineava E.ALBERTARIO, *Corso di diritto romano - Le obbligazioni*, I, (lit.), Milano, 1936, pp. 151-152).

Questo modello, di cui già si intravedono, dunque, i primi lineamenti nell'esperienza giuridica romana complessivamente considerata, si svilupperà -

come vedremo - e rimarrà a contrassegnare la successiva tradizione romanistica (civilistica), sfociando nella moderna dicotomia tra <<contratto>>, unitariamente inteso nel significato di <<accordo>>, e <<promessa>>, nel significato invece di dichiarazione <<unilaterale>> d'impegno: dicotomia generalmente accolta, sebbene con differenze sia terminologiche che concettuali, in tutta l'area dei paesi di diritto codificato o di *civil law*.

Si può allora dire, sebbene in termini sbrigativi di sintesi ad uso del discorso seguente, che nell'esperienza romana, la promessa semplice, cioè senza la forma solenne della *stipulatio* od altro *vestmentum* idoneo di tipo contrattuale, risultava, ai fini della sua rilevanza giuridica, marginalizzata in ipotesi eccezionali, e per giunta inizialmente estranee al diritto privato, oppure, quando fosse, ridotta allo stato di obbligazione naturale; in presenza, d'altro canto, di un sistema contrattuale di obbligazioni civili, dove l'elemento soggettivo o, se si preferisce, volontaristico vi era latente, bensì emergendo con evidenza sempre maggiore in epoca giustiniana, ma senza mai assurgere a criterio autonomo e capace di improntare di sé l'intero sistema, che restava invece caratterizzato, fondamentalmente, dal permanere di elementi <<oggettivi>> di formalità, tipicità o realtà dei negozi.

Tutto ciò vale, a grandi linee, per il diritto intermedio, a proposito del quale ci si può limitare ad osservare (d'accordo con J.BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, 1908, p. 420 ss.) che, a dispetto delle rivendicazioni in passato avanzate, ma con scarso seguito, circa una possibile ascendenza germanica del principio del rispetto della parola data (secondo l'antico adagio *Ein Mann, ein Wort*), in realtà nemmeno presso i sistemi giuridici medievali (dei popoli barbari) trovò spazio la problematica della promessa (nuda) come fonte di obbligazione; stante, invece, una accentuazione, in tutti i campi del diritto, di elementi formalistici, rituali e simbolici, nonché il persistere di un sistema contrattuale, quello detto dei *pacta vestita*, consistente in una serie di figure appoggiate a requisiti di forma (più o meno solenne), di *res* od altri simili.

Da noi vale ricordare, per questo periodo, uno studio di F.CALASSO (*La "Convenientia" - Contributo alla storia del contratto in Italia durante l'alto medio evo*, Bologna, 1932), dove, fermo restando il quadro generale sopra riferito, secondo cui <<i>popoli germanici [...] per ritenere che un vincolo obbligatorio era nato sulla base dell'accordo di due o più volontà diretto a crearlo, richiedevano qualcosa d'esteriore [...] una forma, o la prestazione. E solo a questo segno esteriore davan rilevanza giuridica>> (*Ivi*, pp. 9-10), si indaga sulla nozione di una <<misteriosa>> figura affermata nella prassi e denominata *convenientia* (o *stantia*), che, sebbene variamente e, anzi, difformemente interpretata, parrebbe indicare, con riguardo almeno alle regioni italiane, l'emergere in maniera sempre più palese sul piano terminologico di quell'elemento pattizio o consensuale (*conventio*=accordo di volontà), bensì latente - come s'è detto - nell'esperienza romana classica e resosi via via più evidente in ambiente bizantino, destinato a risultare vincente in epoca moderna (*Ivi*, le pagine conclusive).

Si deve però osservare come ricostruzioni storiografiche del genere, intente cioè a ricercare <<il momento storico nel quale l'accordo di volontà acquistò per il *contractus* quella giuridica rilevanza che per l'innanzi non aveva posseduta>> (Ivi, p. 93), si dimostrino, a ben vedere, poco o nulla interessate a sciogliere l'equivoco od ambiguità di fondo risultante dalla duplice natura dell'elemento subiettivo' dell'obbligazione contrattuale, inteso ora come <<promessa>> ora come <<volontà>>, nel senso di ricavare questa da quella o, comunque, di confondere questa con quella, senza invece evidenziare il salto di valori e le connesse differenze di modello dell'obbligazione in quanto riconducibile, rispettivamente, all'elemento della <<promessa>> (e della *fides* che vi inerisce) ed a quello dell'<<accordo di volontà>>. Equivoco od ambiguità che risalta nell'espressione stessa, più ricorrente nella pratica del tempo, di <<bona convenientia>>, espressione nella quale, scrive ancora il Calasso (Ivi, p. 94): <<il qualificativo [...] richiama insieme così il concetto della *spontaneità dei voleri concordati* come il concetto della *buona fede* dei contraenti nel momento in cui raggiungono un accordo con la convinzione di non recederne [corsivo aggiunto]>>. Di guisa che, la problematica della *bona convenientia* appare collegata (come ricorda lo stesso A., Ivi, p. 92) a quella più ampia dell'incidenza dell'insegnamento cristiano e, più in particolare, dell'influenza nel mondo giuridico medievale delle dottrine canonistiche in tema di *aequitas* e di *fides*, di cui si dirà nel § seguente.

### **3. La <<moralizzazione>> del <<contratto>> come <<promessa>>: cristianesimo e diritto canonico.**

Questo scenario, in cui l'idea di una vincolatività della promessa o, meglio, dove una sua teorizzazione ad uso giuridico stenta a farsi largo e, comunque, rimane piuttosto nell'ombra, confusa ad altri e più importanti elementi, viene ad essere profondamente modificato e, anzi, rivoluzionato, tra il XII e XIII secolo, dall'impatto di quel movimento di pensiero in campo filosofico, teologico e morale, che va sotto il nome di scolastica e che trova in Tommaso d'Aquino il suo massimo esponente. Correnti storiografiche e giusfilosofiche relativamente recenti hanno indagato e messo in rilievo nessi e convergenze esistenti tra pensiero tomistico e giusnaturalismo moderno, per il tramite della scolastica spagnola o cosiddetta seconda scolastica (su cui possono vedersi i saggi raccolti in P.GROSSI, cur., *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, 1973, in specie il saggio introduttivo di H.THIEME, significativamente intitolato, *Qu'est ce-que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique espagnole ?*, p. 1 ss., e quello di R.FEENSTRA, *L'influence de la scholastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause*, p. 377 ss.; nonché, in un'ampia prospettiva storico-filosofico-culturale,

M.VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975, trad. it., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1985).

Con specifico riguardo alla materia del contratto è stata avanzata, su queste basi, la tesi che nell'opera dell'Aquinate siano da ravvisare i germi dell'evoluzione di una teoria generale del contratto, la quale, sviluppata dai giuristi(-teologi) della scuola spagnola del diritto naturale del XVI secolo ed inizi del XVII, sarebbe quindi passata nella dottrina giusnaturalistica di Grozio e seguaci, ancorché in un mutato contesto di riferimenti politico-filosofico-culturali (J.GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991).

Per quanto qui interessa, tuttavia, il problema interpretativo che sorge è quello di vedere se tale fenomeno si presti ad essere visto, piuttosto, in termini di <<moralizzazione>> del sistema contrattuale romano-medievale, nel senso del suo ancoraggio alla promessa ed alle connesse implicazioni morali, tra cui in primo luogo il *dovere di veridicità*.

Conviene soffermarsi, per intanto, a considerare come tra le forze naturalmente destinate a scardinare in campo giuridico certe prassi e concezioni del mondo antico e feudale ispirate a un esasperato formalismo e simbolismo, il cristianesimo, uscito dall'opera di consolidamento condotta dalla patristica (e sulla cui influenza nel mondo del diritto romano si può vedere, ad esempio, l'ampia rassegna di B.BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, Milano, 1952, 3 voll., I, p. 1 ss.), venne ad assumere un ruolo di punta, coi suoi precetti in particolare rivolti ad affermare l'esistenza di un'obbligazione <<morale>> (in coscienza) di mantenere le promesse, secondo l'insegnamento dei testi sacri e dei Padri della Chiesa, fondato - come è noto - <<sulla considerazione che colui il quale viene meno alla sua promessa mentisce e chi mentisce commette peccato e compromette la salute dell'anima>> (P.FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in <<Annali Univ. Macerata>>, 1937, p. 115 ss., p. 119).

Di questo insegnamento e della sua valenza <<moralizzatrice>> (nel senso dianzi detto) in materia contrattuale si fece interprete il diritto canonico, dal lato dell'*aequitas canonica*, che giunse ad ammettere l'obbligatorietà (*in foro conscientiae*) di semplici promesse o patti, fino a rovesciare la regola romana più sopra citata, riguardo alla non vincolatività dei patti nudi, nell'altra secondo cui *ex nudo pacto* - e più in generale - *ex nuda promissione oritur actio*: appunto, per <<ragioni facenti capo all'equità ed all'etica cristiana, le quali non permettono che impunemente si possa non tener fede alla propria promessa, sia essa giurata o meno>> (come ricorda, ancora, P.FEDELE, *op. loc. cit.*, p. 149). Il che può d'altronde servire a spiegare, è appena il caso di ricordare, una certa avversione della Chiesa e del suo ordinamento nei riguardi del sistema dei *pacta vestita* e connesso formalismo, propugnato invece, sulla scorta dell'esperienza romana, dalla dottrina civilistica medievale (come osserva P.BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, Milano, 1964, p. 3,

richiamando in proposito l'opera del ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise*, Paris, 1933).

La promessa vale, dunque, di per sé, a prescindere sia dalla forma, quella solenne del giuramento o meno, in cui si trovi espressa, sia da ogni altro tipo di tradizionale *vestmentum*. Altrimenti detto, il riconoscimento da parte dei canonisti del valore delle semplici promesse si fonda su <<premesse teologiche>> (come ad esempio ricorda, con puntuali osservazioni, H.CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1923, p. 125 ss.).

Il motivo che viene invocato dai canonisti per giustificare la nuova regola è quello del *mendacium* come peccato (mortale: <<os quod mentitur occidit animam>>), conseguente alla violazione della promessa, e della sua repressione. In tal senso, è stato osservato (da P.FEDELE, *op. loc. cit.*, pp. 168-170) che: <<l'elemento morale del *peccatum*>> assume rilievo di <<unico fattore costitutivo dell'obbligazione>>; nell'ambito, del resto, di una cultura dominante, a sfondo teologico, che pone l'accento sulla gravità dell'atto del promettere in collegamento, appunto, con il dovere di veridicità incombente su chiunque impegni la propria fede: <<Tum fides que ab uno promittitur (et) ab altero speratur, hoc suadet, ut ea que complacita sunt serventur, cum veritati hoc debemus ne fallamur, et hoc naturaliter in nobis inest ut verum dicamus>> (come recita un noto brano della *Summa trecentis*, II, 3 § 3, richiamato da H.CAPITANT, *op. cit.*, p. 125).

Notevole appare inoltre, a proposito della rilevanza del dovere di non mentire e, quindi, di tener fede a quel che viene promesso, l'azzeramento operato dai canonisti tanto della distinzione tra giuramento e promessa, quanto della contrapposizione tra promessa unilaterale o *pollicitatio* e promessa che, in quanto accettata, si risolve poi nel consenso o *pactum*. I due concetti, bensì terminologicamente distinti, vengono nondimeno tenuti insieme, sulla base della comune attitudine, in entrambi i casi, della promessa come tale di fungere da fondamento dell'obbligazione.

Siamo, beninteso, nell'ambito del diritto canonico e cioè nel foro interno. Per poter portare la promessa al centro della materia contrattuale anche nell'ambito del diritto civile e cioè nel foro esterno, altri argomenti andavano ricercati e proposti, di ordine, come ora vedremo, etico-filosofico, che non (e solo) religioso.

E' appena il caso però di aggiungere, prima di passare oltre, che l'apporto delle dottrine canonistiche riguardo al fondamento delle obbligazioni (volontarie) investe, insieme con la <<promessa>>, la teoria della <<causa>> (*causa promissionis*), intesa quest'ultima quale ragione o scopo che giustifica la promessa medesima; in quanto criterio che, inizialmente elaborato - pare - a fini di prova della promessa fatta verbalmente, sarebbe poi invalso, nell'ambito stesso del diritto civile, come elemento essenziale per la validità dell'obbligazione promissoria o, in genere, contrattuale.

#### 4. Il completamento dell'idea di <<contratto>> come <<promessa>>.

Per seguire gli sviluppi legati al riconoscimento del valore della promessa come fonte di obbligazione, lo sguardo deve qui allargarsi, come detto in precedenza, alla scolastica e all'opera di San Tommaso; non senza avere tuttavia ricordato, preliminarmente, che il XII e XIII sono i secoli nei quali l'occidente riscopre i grandi tesori dell'antichità, tra cui, in particolare, i testi di etica aristotelica: ...e, come noto, <<Tommaso battezzò Aristo-tele>> (come opportunamente ricorda J.GORDLEY, *op. cit.*, p. 3).

Prendendo infatti spunto da questi testi, dove si insegnava che l'uomo dabbene è l'uomo sincero e che chi non mantiene la propria parola viene meno non solo alla virtù di dire il vero, ma, quando si tratti di rapporti d'affari, anche a quella di praticare la <<giustizia>>, secondo l'ideale per cui un <<uomo buono>> e un <<buon cittadino>> sono <<la stessa cosa>>, Tommaso ugualmente coniugava verità (*fides*) e giusta condotta in relazione al mantenimento delle promesse. Egli però, procedendo oltre, postulava pure l'esistenza di un <<diritto (divino) naturale>> (*quod in Lege et Evangelio continetur*, secondo la nota definizione graziana). A proposito di questa concezione-identificazione del <<diritto naturale>> come <<diritto divino>> (B.BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., II, p. 5 ss.), viene ricordato che: <<la costruzione canonistica classica del diritto naturale s'incentra, secondo un solido indirizzo dottrinario venutosi affermando nell'età di mezzo, nella immedesimazione del '*jus naturale*' con il '*jus divinum*'>> (così P.BELLINI, *op. cit.*, p. 68 ss.). Alla stregua di questo diritto, ogni promessa (lecita) è da ritenersi, secondo l'Aquinate, vincolante in guisa - non soltanto di condotta virtuosa, ma anche - di obbligazione morale, ovvero <<naturale>>: <<Secundum honestatem ex qualibet promissione homo homini obligatur et haec est obligatio juris naturalis>> (SAN TOMMASO, *Summa Theologica*, II-II, q. 88, art. 3). Bensì riconoscendosi, per contro, che il diritto romano (ad intendere, l'ordinamento positivo in genere) non sanziona la promessa come tale, poiché richiede la sussistenza di certe altre condizioni per far sorgere dalla stessa un'obbligazione giuridica, cioè efficace secondo il diritto civile: <<... sed ad hoc aliquis obligetur ex aliqua promissione obligatione civili, quaedam alia requiruntur>> (SAN TOMMASO, *ibid.*).

In seguito, almeno secondo la versione storiografica sopra ricordata, i giuristi-teologi spagnoli della controriforma avrebbero costruito una teoria dell'obbligazione contrattuale basata sull'insegnamento aristotelico e tomistico riguardante le <<virtù>> collegate al mantenere le promesse, in sostanza sul nesso promessa-*fides* e sull'idea di giusta condotta sanzionata, in caso di inosservanza della promessa, da un dovere di riparazione; come sembra, ad esempio, evincersi dal seguente passo: <<Fides autem quam alteri damus, et per quam nos alteri astringimus, cui opponitur infidelitas sive perfidia, pertinet ad iustitiam, et illam non servans agit contra iustitiam commutativam, contra iustitiam, quia iustitiae est reddere debitum>> (M.B.SALON, *De iustitia et iure*,

*De dominiis*, ed. Valencia, 1591, col. 462, riportato da B.DIFERNAN, *La promesa fuente de obligaciones en el derecho comparado*, in *Anuario de Derecho*, Año VII, 1966-67, p. 51, nt. 14).

D'altronde, sebbene a un livello più generale di discorso, proprio questo riferimento alla <<giustizia commutativa>> non è privo di ambiguità; nella misura in cui pare segnalare già il passaggio, come è stato descritto (A.GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, (lit.) Perugia, 1993 [ora nell'edizione a stampa, Milano, 1997]), con riguardo in particolare alle relazioni d'affari, da una <<morale della virtù>>, di ispirazione aristotelica, che <<prende le mosse dalla considerazione della condotta dell'uomo nella società, *ad alterum*>>, rifiutando il <<carattere *teoretico* della etica>> in favore di una concezione pragmatica e relativistica della giustizia (come <<reciprocità>>), imperniata sul principio *alterum non laedere*, essenzialmente inteso come esigenza di evitare (e sanzionare) la frode e l'abuso <<nella comunicazione intersoggettiva in tutte le forme di scambio, nel vero come nell'utile>> (A.GIULIANI, *op. cit.*, pp. 17-19), ad una <<morale dell'obbligo>>, ovvero ad una <<morale teologica>>, identificabile appunto con la scolastica spagnola (o parte di essa), che, muovendo da <<presupposti individualistici>> e nell'ambito di un modello sociale orientato in senso statualistico (anziché comunitario o pluralistico), afferma invece il primato della funzione <<distributiva>> o, come pure viene chiamata, <<contabile>> della giustizia e del diritto, in conformità al principio del *suum cuique tribuere*, quale si traduce, nel campo dei rapporti contrattuali a contenuto patrimoniale, nel criterio della equivalenza delle prestazioni come garanzia contro l'abuso e la frode (A.GIULIANI, *op. cit.*, pp. 17-18, 34-35). E' altresì interessante notare, sulla traccia così fornita, come una delle radici storico-culturali della moderna <<marginalizzazione>> delle promesse unilaterali (*infra*, § 7), nella misura in cui abbiano natura di promesse <<gratuite>>, possa ravvisarsi (anche) in una siffatta concezione teologico-morale del primato della <<giustizia commutativa>>, che, imponendo appunto, nel campo dei rapporti obbligatori, il principio dell'equivalenza delle prestazioni, rappresenterebbe perciò un limite al pieno riconoscimento della libertà di contrattazione.

Ciò che qui importa però sottolineare, al di là delle interpretazioni sul ruolo della cosiddetta <<tarda scolastica>>, è che essa lascia in eredità alle successive correnti di pensiero etico-filosofico e, più propriamente, giuridico l'idea, maturatasi storicamente in ambito canonistico sulla scia dell'insegnamento patristico e dei grandi teologi medievali, che il fondamento dell'obbligazione <<volontaria>> sia da ravvisare nella <<promessa>> concepita come *fidem dare*; donde la sanzione (obbligazione) imposta a chi, non mantenendo la promessa, abbia tradito l'altrui affidamento.

Come è noto, il valore delle semplici promesse (o del nudo patto) si trova storicamente riconosciuto nell'ambito pure della *lex mercatoria*, ossia nei rapporti tra mercanti. Ciò, lungi dall'essere in contraddizione con la prospettiva testé indicata, ne conferma - viceversa - la consistenza (e coerenza) in termini

di collegamento dell'obbligazione contrattuale, in quanto obbligazione promissoria, con i valori dell'*aequitas* e con il criterio della *fides*: vale a dire, nel senso di un parallelismo (almeno formale) tra *lex mercatoria* e diritto canonico riguardo al fondamento dell'obbligazione stessa (A.D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, Torino, 1992, p. 122 ss.).

In una prospettiva di più ampio respiro culturale v'è pure chi rileva come la regola (equitativa) del rispetto dei patti informali accolta presso le corporazioni medievali dei mercanti si presti ad essere interpretata alla stregua di regola avente natura propriamente <<deontologica>>, ossia espressione originariamente di un codice etico di comportamento non estraneo all'influenza di valori religiosi (A.GIULIANI, *op. cit.*, p. 24 ss.).

Quella stessa idea venne quindi dai giuristi della tarda scolastica applicata alle fonti romane, sì da indurli, al pari dei canonisti medievali, ad allineare sulla base di tale fondamento i concetti di *pollicitatio*, nel significato di promessa unilaterale, e di *pactum*, in quello di promessa più accettazione.

E' però il caso di aggiungere, in ordine alla definizione della promessa (giuridicamente rilevante), che questa includeva anche, almeno secondo taluno di quei giuristi, la precisa intenzione (volontà) di obbligarsi (J.GORDLEY, *op. cit.*, pp. 71-72, 74).

Quanto, poi, all'accettazione della promessa, per il sorgere dell'obbligazione relativa, e, in questo senso, quanto alla distinzione tra *pollicitatio* e *pactum*, è stato da alcuni osservato che, poiché tutte le promesse sono vincolanti, una accettazione non sarebbe a rigore richiesta, essendo la promessa in sé idonea a generare l'obbligazione, traendosi conferma di ciò appunto dall'ipotesi romana di *pollicitatio*. Altri, bensì concedendo che, in linea di principio, tutte le promesse sono vincolanti e che, quindi, fondamento dell'obbligazione relativa è la promessa stessa e non la sua accettazione, sostenevano tuttavia che un'accettazione fosse ugualmente necessaria sia pure come *condicio sine qua non* dell'obbligazione del promittente, nel senso che costui avrebbe potuto sempre revocare la promessa fatta, prima che questa fosse stata accettata. Donde il problema di stabilire il momento dell'avvenuta accettazione; in proposito distinguendosi tra l'ipotesi del contratto oneroso, con prestazioni per entrambe le parti, laddove l'accettazione sarebbe stata operante dal momento della sua conoscenza da parte del promittente, e l'ipotesi del contratto gratuito (come la donazione), laddove, invece, l'accettazione sarebbe stata operante non appena manifestata dal promissario (J.GORDLEY, *op. cit.*, pp. 80-81).

## **5. Il giusnaturalismo e la <<laicizzazione>> della <<promessa>> come <<contratto>>.**

Il culmine di questa evoluzione concettuale viene toccato, come è noto, con il giusnaturalismo del XVII e XVIII secolo.

Senonché, lo scenario del rapporto promessa-contratto, così come caratterizzato nella tradizione scolastica dal connubio tra filosofia morale e dottrina giuridica, cambia, qui, di nuovo, e si apre quella che può dirsi la fase, inversa alla precedente, della <<laicizzazione>> della <<promessa>> come <<contratto>>.

Vale a dire: fino ad allora la tendenza era stata nel senso di attirare il contratto verso la promessa ed il relativo apparato etico-filosofico di origine aristotelica ripreso e completato nell'opera di Tommaso, quando si pensi, appunto, all'idea centrale della promessa come *fides*. Ora, in un mutato contesto storico-culturale, di critica e di rigetto di quello stesso apparato, sotto la spinta di forze nuove, le classi borghesi emergenti, in presenza di fenomeni quali la formazione degli stati moderni, ed in nome di nuovi valori e principii (individualismo, razionalismo), si consuma il divorzio tra filosofia morale e dottrina giuridica, quest'ultima appunto impegnata in un intento sistematico e di perseguimento di una verità oggettiva, secondo il metodo matematico. Giusta una classica definizione di giusnaturalismo: <<All'inizio dell'età moderna, quando la natura viene intesa come l'ordine razionale dell'universo, per diritto naturale s'intende l'insieme delle leggi della condotta umana, che, al pari delle leggi dell'universo, sono inscritte in quest'ordine [...] e sono, in quanto razionali, conoscibili attraverso la ragione>> (si tratta della definizione del Bobbio, cit. in L.GEYMONAT, *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, vol. II, 1975, Cap. V (*Il giusnaturalismo*, di L. Geymonat e R. Tisato), p. 276).

Una spia importante del mutato contesto di riferimento può ravvisarsi nel diverso modo di intendere da parte del moderno giusnaturalismo il <<dovere di veridicità>> in relazione alla promessa: non più come mezzo dell'agire virtuoso, avente il suo fondamento nella *fides*, ma come mezzo per realizzare l'obbligatorietà dei patti e la certezza dei rapporti contrattuali, in quanto avente oramai il suo fondamento nella *volontà*; per cui, come è stato osservato, <<la lealtà è limitata alla esecuzione della promessa: in relazione cioè a qualcosa di 'voluto'>>, ossia in funzione di una verità intesa come valore puramente logico (<<corrispondenza delle parole alle cose>>) e non più, ed anche, assiologico (A.GIULIANI, *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, <<Atti X Congresso Filosofia Giuridica e Politica>>, Milano, 1975, p. 167 ss., il quale interpreta in questo senso il significato del principio affermato dal Grozio: <<servandam fidem etiam perfidis>>).

Nondimeno, l'idea (del diritto naturale classico) secondo cui <<l'obbligo di mantenere la promessa s'identifica col dovere che l'uomo ha, in generale, di dire il vero>> si trova ancora espressa in Vico: <<pioris societatis lex est: bona fide agito, quod idem sonat ac ex vero vivito, qua lege stat omne ius naturale>> (come osserva W.CESARINI SFORZA, *Promessa e giuramento*, in <<Scritti giuridici in onore di F.Carnelutti>>, I, Padova, 1950, p. 219, a p. 227 e riferimenti ivi).

La misura del distacco dalle precedenti costruzioni in tema di rapporto promessa-contratto appare molto chiaramente nell'equiparazione operata da

Grozio tra <<atto di alienazione>> (della proprietà) e <<atto di obbligazione>>. Come è stato, infatti, osservato: <<Grozio, per spiegare il contratto come fonte di obbligazione, dice: la ragione di questo valore del contratto 'consiste nella libertà che ha l'uomo di disporre dei suoi atti', e, come il potere dell'uomo sulla sua proprietà lo abilita ad alienarla, 'così ciascun uomo ha il potere d'alienare ad altri che accetta, una parte o piuttosto una conseguenza della sua libertà'>> (G.GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 18 ss., riprodotto in *Diritto comparato e comune europeo*, 1981, Cap. 8, cui si riferiscono le nostre citazioni, a p. 182). In tal senso, dunque, per Grozio la <<perfecta promissio>> è quella in cui <<ad determinationem talem accedit signum volendi ius proprium alteri conferre>>, ovvero quella che <<simile habens effectum qualem alienatio domini>> (GROZIO, *De iure belli ac pacis*, II, 11, 4).

Orbene, a questa spiegazione, principale e risolutiva, Grozio fa seguire, come altra ragione dell'obbligatorietà della promessa, quella appunto consistente nel dovere di osservare la fede (*fidem sequi*), che viene però ad essere così allontanata in una posizione meramente accessoria e, in realtà, anche logicamente inutile.

In altre, successive elaborazioni, si metterà l'accento più precisamente sul fatto che la promessa, come atto di alienazione, consiste nel trasferire ad altri il diritto di esigere l'adempimento (<<Promissor enim transfert in promissarium jus a se exigendi prestationem>>); così da fondare, per via di pura deduzione logica da quella stessa definizione, tanto il valore vincolante della promessa, quanto la necessità della sua accettazione. Difatti, come nell'atto di alienazione della proprietà si richiede il consenso dell'acquirente, così nella promessa-atto di disposizione si richiede l'accettazione del promissario (C.WOLFF, *Ius naturae metodo scientifica pertractatum*, 1764, riportato da J.GORDLEY, *op. cit.*, pp. 75-76, 81-82).

Questo aspetto <<dispositivo>> come elemento caratterizzante la nozione di promessa verrà ripreso ed ulteriormente esaltato nella più raffinata costruzione pandettistica del secolo scorso, che vede appunto nella promessa una dichiarazione di volontà, la quale <<deve contenere non una semplice enunciazione, ma una *disposizione*, non la designazione d'un proposito o risoluzione, sì bene l'espressione dell'*assoggettamento della volontà alla volontà d'un altro* [corsivo aggiunto]>> (B.WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. con note di C.Fadda e P.E.Bensa, Torino, 1925, II, § 304, nt. 1).

E' appena il caso, poi, di aggiungere che in una siffatta equiparazione dell'atto di obbligazione a quello di alienazione s'annida l'idea dell' ambivalenza del concetto di <<obbligazione>>, intesa, da un lato, come dovere di adempiere la prestazione, e, dall'altro lato, come diritto di pretendere l'adempimento. Donde lo stesso concetto di <<accettazione>> (della promessa) riguarda, a ben vedere, non tanto l'assunzione dell'obbligo da parte del promittente, che resterebbe invece oggetto della volontà (unilaterale) di costui, quanto e soprattutto l'<<acquisto>> della (volizione relativa alla)

prestazione promessa e, quindi, del diritto di esigerne l'osservanza, come oggetto della volontà del destinatario della promessa. In tal senso si è affermato che: <<[...] la volontà di obbligarsi consiste nel porre volontariamente un proprio possibile comportamento in uno stato d'obbligo, ossia nel considerarlo come dipendente non più o non solo dalla volontà propria, bensì da una volontà altrui, come impegnato e vincolato dalla volontà di un altro soggetto, il quale ne può, in un certo senso, disporre. Promettere, dunque, vuol dire affidare la propria azione alla volontà di altri>>: (W.CESARINI SFORZA, *op. loc. cit.*, pp. 220-221). Questa idea di <<accettazione>> come <<appropriazione>> dell'altrui volontà, a base del vincolo contrattuale, viene quindi ricondotta (*Ivi*, p.226) nell'ambito della filosofia kantiana e di una nozione di <<contratto>> inteso - con parole attribuite a Kant stesso - come: <<atto della volontà collettiva di persone, per mezzo del quale il *suo* dell'uno passa all'altro>>. Tuttavia precisandosi, rispetto al pensiero kantiano, che: <<un diritto all'azione [prestazione] altrui [quello che con l'accettazione della promessa verrebbe acquistato dal promissario] è concepibile solo in quanto l'azione viene staccata, tipicizzandola, dalla volizione di un soggetto, perché solo tale distacco [...] rende possibile che essa sia riferita alla volizione di un soggetto diverso>>. In un medesimo ambito, come viene altresì ricordato (*ibid.*), si colloca la riflessione del Rosmini, il quale arriva a concepire <<il diritto dell'accettante all'azione del promittente [...] come un vero e proprio diritto di proprietà sull'azione altrui>>. Ma, come sappiamo, è al Grozio che si deve una delle prime formulazioni della <<promessa>> come <<atto di proprietà>>, con il quale si conferisce ad altri un proprio diritto.

Sempre a proposito del concetto di <<accettazione>>, c'è da dire inoltre che esso, muovendo da quelle teorie, finiva per risolversi appunto nell'idea di un atto puro e semplice di volontà, senza alcun riflesso esteriore che non fosse quello, meramente simbolico, di indice dell'affidamento fatto sulla promessa.

Tutto ciò considerato, nemmeno può trascurarsi però di sottolineare, in una più ampia prospettiva a sfondo storico-culturale, la valenza o carica ideologica implicita in un sistema contrattuale che si andava sempre più orientando con i giusnaturalisti verso l'idea di un potere della volontà del singolo di obbligarsi: ciò, evidente-mente, con riferimento a processi economico-sociali (l'avanzata della borghesia) e politico-istituzionali (la formazione dello stato moderno) che poneva all'attenzione dei giuristi fenomeni e problemi nuovi in complesso riferibili, come è stato osservato, al <<passaggio da un sistema, in cui l'obbligazione (giuridica), almeno nel campo degli interessi economici e politici, derivava spesso dallo *status* della persona nella società, nella famiglia, nella corporazione, ecc., indipendentemente dalla volontà della persona stessa, a un sistema in cui quell'obbligazione sorgeva prevalentemente sulla base di questa volontà: *from status to contract*>> (G.GORLA, *op. ult. cit.*, p. 192). E' questa, come è noto, una celebre espressione, impiegata da Henry Summer Maine per riassumere un cammino di

civiltà che dallo stadio (<<primitivo>>) in cui diritti e doveri degli individui sono fissati, soprattutto, per via di consuetudine e legge, arriva a quello (<<evoluto>>) in cui agli individui si riconosce invece la facoltà di decidere autonomamente di sé e dei propri beni; ond'è che, con riferimento a tale processo evolutivo, efficacemente è stato detto che: <<Le contrat, de sa nature, respire la liberté>> (P.ESMEIN, *L'obligation et la responsabilité contractuel-les*, nell'opera collettanea, dedicata a G. Ripert, <<Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle>>, t. II, Paris, 1950, p. 101).

Si potrebbe dunque chiosare, sebbene a costo di una certa *simplicitas*: la <<libertà>> sta al <<contratto>>, come la <<responsabilità>> alla <<promessa>>.

Volendo sintetizzare al massimo il nucleo del discorso attorno alle elaborazioni della dottrina giusnaturalistica in tema di rapporto promessa-contratto, si può dire che con esse prende vita una concezione del contratto in cui elemento fondamentale della relativa obbligazione diventa il consenso o l'accordo, che dir si voglia, delle parti, sul presupposto che ogni promessa per essere vincolante deve essere accettata. In altre parole: la promessa cambia, qui, di funzione e di natura; cessa di essere uno schema generale dell'obbligazione e si trasforma in mera <<proposta>> contrattuale, la cui obbligatorietà necessita sempre, a rigore, della volontà (accettazione) dell'oblato.

La trasformazione risulta in particolare evidenziata nel linguaggio giuridico francese, dove la pollicitazione (*pollicitation*) si confonde oramai col patto, assumendovi il significato, appunto, di proposta contrattuale, in tanto suscettibile di sanzione giuridica, in quanto funzional-mente destinata ad incontrarsi e integrarsi con l'accettazione di colui al quale è diretta: <<On appelle offre ou pollicitation la volonté de la partie qui propose de traiter ...>> (A.BRETON, voce *Consentement*, in *Encyclopedie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit civil*, vol. , n. 4). Un tale rivolgimento lessicale del termine *pollicitatio*, per cui da un uso indifferenziato del termine stesso nel significato sia di <<promessa>> (quello suo proprio, originariamente) sia di <<proposta>>, si passa all'identificazione della <<promessa>> con la <<proposta>>, ovvero alla sua riduzione-omologazione in termini (solo) contrattuali, sarebbe da ricondurre già al Cuiacio (1522-1590) (A.NEGRI, *Le consentement de la partie qui s'oblige*, in <<Studi in memoria di Gino Gorla>>, Milano, 1994, p. 2015, nt. 1). Senonché, nella cultura giuridica francese dei secoli successivi appare maggiormente visibile, al proposito, l'influenza del Grozio (1583-1645), come risulta, ad es., dall'insegnamento del Pothier che nel suo *Traité des Obligations*, così parafrasa il pensiero del giurista olandese, in un passo dove la riduzione del significato di pollicitazione a quello di proposta viene posta in collegamento con la teoria giusnaturalista dell'equiparazione, appunto, tra atto di alienazione ed atto di obbligazione: <<Secondo il puro diritto naturale la pollicitazione non produce alcuna obbligazione propriamente detta, e colui che ha fatta una tale promessa può ritrattarla finché non sia stata accettata [...] perché non può esservi obbligazione senza un diritto acquistato da quello verso cui fu contratta

contro la persona obbligata. Ora per la stessa ragione che io non posso colla mia sola volontà trasferire ad altri un diritto su i miei beni, se non concorra la sua volontà per acquistarlo; per la stessa ragione non posso colla mia sola promessa dare ad altri un diritto contro di me, finché per acquistarlo non concorra la sua volontà coll'accettazione della promessa>> (*Trattato delle obbligazioni*, 1<sup>a</sup> ed. ita. delle *Opere di G.R.Pothier, Contendenti i Trattati del diritto francese*, Livorno, 1835, Cap. I, § 2).

## 6. Il XIX secolo ed il trionfo dell'idea di contratto come <<accordo di volontà>>.

Questa concezione del contratto nata o, meglio, maturata in seno e grazie alle correnti del razionalismo individualistico del XVII e XVIII secolo transita, infine, nella cultura del positivismo statale del secolo scorso, per attestarsi su posizioni dottrinali ancora più accentuatamente inclini ad esaltare la <<forza>> od <<energia creatrice>> della <<volontà>>, in quanto capace di far sorgere l'effetto obbligatorio.

Siamo in presenza di quella <<teoria della volontà>> (*Willentheorie*), come suole essere chiamata, bensì di ascendenza giusnaturalista, ma sviluppatasi soprattutto nello scorso secolo per opera della <<scuola storica>> (Savigny, 1779-1861; Puchta, 1798-1846) e poi della pandettistica tedesca (Windscheid, 1817-1892), su cui pure pesava l'eredità giusnaturalista, oramai nascosta peraltro dietro l'apparenza imponente del positivismo giuridico (F.WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, 1967, trad. it. *Storia del diritto privato moderno*, 2 voll., II, p. 47 ss. e p. 123 ss.). Questa teoria fu allora espressa in una versione <<dogmatica>>, che tuttora ne costituisce, in ambito continentale e in genere nell'area dei paesi di *civil law*, la versione più diffusa e seguita, almeno sul piano dottrinale. Si tratta, come è noto, della versione che fa perno intorno al concetto di <<negozio giuridico>>, insieme con l'altro e complementare di <<autonomia negoziale>>, intesi nel senso essenzialmente di esercizio del <<potere della volontà>>, riconosciuto dall'ordinamento a ciascun soggetto di diritto, di auto-determinare la propria situazione (ovvero, di auto-obbligarsi), all'uopo ponendo in essere atti giuridicamente rilevanti e sanzionati (B.WINDSCHEID, *op. cit.*, I, § 69 ss.). Onde, sotto tali concetti, vengono ugualmente incluse, come specie di una medesima categoria, tutte le <<dichiarazioni di volontà>> produttive di effetti giuridici, e cioè: sia quelle di una parte soltanto (unilaterali), sia quelle di due o più parti (bilaterali). Ma il conseguente livellamento di promessa e contratto, in quanto ambedue manifestazioni negoziali, appare - a ben vedere - più formale, imposto com'è da un'esigenza di ordine meramente sistematico, che non sostanziale.

Invero, sul finire del secolo scorso e nei primi decenni ancora dell'attuale prese corpo un indirizzo dottrinale inteso a rivendicare, in nome del principio di autonomia negoziale, oltre che per ragioni di maggiore tutela

dell'affidamento, la normale obligatorietà delle semplici promesse (dichiarazioni di volontà) unilaterali, al pari dei contratti (negozi bilaterali). Senonché, ed in maniera quindi molto significativa, proprio nel momento di massima espansione - anche sul piano legislativo - del dogma della volontà, un siffatto indirizzo non trovò accoglienza, lasciando sussistere la più tradizionale concezione del contratto (*conventio*) come fonte generale (normale) di obbligazione, assieme a quella della distinzione-separazione del contratto rispetto alla promessa (*pollicitatio*), quest'ultima invece operante solo eccezionalmente in guisa di vincolo giuridico. Difatti, lo stesso codice civile tedesco, sebbene modellandosi in questa materia sui concetti testé menzionati di negozio giuridico e di autonomia negoziale, resta tuttavia fermo all'idea della prevalenza della figura contrattuale, ossia dell'accordo tra le parti, come paradigma dell'obbligazione volontaria (A.T. von MEHREN, *The Formation of Contracts*, in *Int. Enc. Comp. L.*, VII, Ch. 9, 1992, § 6).

Da noi pure si registra la difesa della medesima idea, contro i tentativi di ammettere l'obbligatorietà della promessa come tale, senza bisogno di accettazione. Anzi, è il caso qui di aggiungere; in via di critica alla versione pandettistica del potere della volontà di auto-obbligarsi, viene da alcuni avanzata la tesi, riconducibile in qualche misura all'originario insegnamento giusnaturalistico, secondo cui, conformemente all'idea di <<accettazione>> come <<appropriazione>>: <<Promettere significa affidare un proprio comportamento possibile (e quindi futuro) alla volontà altrui, ed è *la volontà altrui che crea il vincolo obbligatorio*, ossia che pone il comportamento possibile in uno stato d'obbligo [corsivo aggiunto]>>. Sicchè, come viene altresì precisato: <<il principio dell'autonomia della volontà individuale non significa che il contraente si autoobblighi in quanto si dia la legge da sè medesimo, come se dividesse la sua volontà (cosa assurda) in due parti: una che vincola e l'altra che resta vincolata. E' unicamente la volontà del creditore che diventa legge per il debitore [...]>> (W. CESARINI SFORZA, *op. loc. cit.*, pp. 224 e 233; ma, sui limiti di quest'altra versione in un più generale contesto di critica della concezione volontaristica del negozio giuridico e della volontà come fondamento dell'obbligatorietà delle promesse, possono vedersi i sintetici eppure puntuali rilievi di L.BAGOLINI, *Norma negoziale e paradigma normativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1219 ss., specie pp. 1220-1227, testo e note).

Ciò che importa comunque rimarcare, proseguendo nel nostro discorso, è che, tenuto conto di una generalizzata affermazione, nel secolo scorso e a tutt'oggi, sul continente europeo almeno, dell'idea di <<contratto>> come <<accordo di volontà>>, balza evidente a questo punto l'osservazione che, disancorato dal terreno filosofico-morale sul quale era stato originariamente costruito dalla filosofia medievale e dalla tradizione scolastica, il rapporto promessa-contratto, attraverso il giusnaturalismo prima e la dogmatica giuridica poi, torna a spezzarsi nella dicotomia, tutt'affatto artificiale (ovvero, di stampo puramente <<sistematico>>) tra <<promessa>> (unilaterale) e <<contratto>>: nel senso, come si potrebbe dire (con una apparente

tautologia, espressione in realtà culminante di tutto quel lungo processo storico-culturale di trasformazione dell'idea del fondamento dell'obbligazione <<volontaria>>), che il *contratto obbliga in quanto contratto* (<<Le contrat oblige, tout simplement parce qu'il est le contrat, c'est-à-dire l'accord libre de deux volontés naturellement créatrices de droit>> [corsivo nostro]: così si esprimeva, ad. es., una dottrina francese degli inizi del secolo, Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse, Dijon, 1912), riportato da A.RIEG, *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX<sup>e</sup> siècle*, in *Archives de philosophie du droit*, 1957, p. 125 ss., p. 129).

Mentre la promessa, da sola, vive una condizione disagiata, come ospite tollerata ai margini del sistema contrattuale, e talvolta di incerta, difficile, collocazione.

## **7. L'esempio italiano e la confusione dei nomi: a) la <<promessa al pubblico>>.**

Si prenda ad esempio il nostro ordinamento.

Per sapere quale sia la sorte da noi riservata alle promesse in sé considerate, ovvero allo stato <<puro>> o di semplici promesse, si può dare uno sguardo all'attuale codice civile, a cominciare dall'art. 1987, dove, sotto la rubrica appunto di <<efficacia delle promesse>>, troviamo stabilito che: <<La promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge>>. Disposizione che sembra (e, in effetti, intende) indicare subito all'interprete un certo sfavore del nostro legislatore verso la rilevanza giuridica delle promesse (unilaterali), confermato altresì dalla lettura (nella Relazione al Codice civile del Ministro Guardasigilli, n. 781) della spiegazione <<ufficiale>> di tale norma, secondo cui <<si vuole escludere che la promessa unilaterale di prestazione sia un tipo generale di fonte di obbligazione, come il contratto>>, poiché <<non si potrebbe concedere alla promessa unilaterale di operare illimitatamente, senza scompaginare il campo di applicazione del contratto e atomizzare gli elementi costitutivi di questo>>; come pure dalla lettura di qualche commento dottrinale, laddove si afferma che: <<La norma ora citata sanziona un principio [...] palesemente ispirato a diffidenza per le dichiarazioni *inter vivos* tendenti a impegnare unilateralmente il dichiarante, senza accettazione della controparte interessata>> (C.FALQUIMASSIDDA, *Promesse unilaterali*, in *Nss. D.I.*, XIV, Torino, 1967, p. 78). Come pure si legge: <<Dietro questo sfavore per la promessa unilaterale c'è tutta la tradizione romanistica, che la ignorava quale negozio di puro diritto privato, mentre in generale non conosceva se non negozi tipici. La ignorava attribuendo invece, nello stesso tempo, un posto eminente, fra i negozi obbligatori, proprio alla c.d. *stipulatio*, che era, sì, una promessa ma una promessa accettata con

parole solenni, cioè un contratto verbale>> (G.BRANCA, *Comm. cod. civ., Delle obbligazioni*, V, Bologna-Roma, 1959, *sub art.* 1987, p. 353).

Così apprendiamo che per il nostro ordinamento <<promessa>> e <<contratto>> non dovrebbero considerarsi insieme, ma separatamente: giusta l'idea che: <<commistioni tra contratto e promessa sono da respingere, perché quando l'emissione di una promessa diventa oggetto di un contratto, il fondamento del carattere vincolante della promessa è nel contratto e non nella promessa>> (A.DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 34).

Inoltre, apprendiamo che il rapporto tra questi due termini si pone come rapporto tra eccezione e regola: nel senso, appunto, che il contratto rappresenta il paradigma ovvero la fonte generale dell'obbligazione (volontaria); mentre la promessa, suscettibile di vincolare (alla prestazione) il promittente senza bisogno dell'accettazione della parte a cui è destinata, detta per ciò <<unilaterale>>, si trova ad essere marginalizzata in ipotesi eccezionali tassativamente previste dalla legge (P.RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 159).

Come è noto, l'art. 1987 c.c. - e, più in generale, il problema dell'ammissibilità di figure di <<promesse unilaterali>> anche all'infuori dei casi ivi (tipicamente) previsti (dette, per ciò, promesse <<atipiche>>) - ha dato luogo, da noi, ad una copiosa letteratura, divisa in più partiti dottrinali. Alcuni, sostenitori del principio della tipicità di tali promesse (e, anzi, della natura di norma di <<ordine pubblico>> dello stesso art. che così le prevede); altri, inclini a ritenere che la tipicità delle promesse unilaterali non significa necessariamente che esse siano dei negozi tipici rigidamente individuati, poiché sarebbe consentita, invece, all'autonomia privata una possibilità di esplicazione con riguardo pure a questi negozi; altri, ancora, propensi a limitare la tipicità alle sole promesse unilaterali c.d. <<individualizzate>> (ossia, fatte a persona determinata) e, per contro, a riconoscere carattere di fonte generale di obbligazione alla <<promessa al pubblico>>, considerata quale schema strutturale, alternativo a quello contrattuale, utilizzabile per una molteplicità e varietà di scopi (come si dirà più avanti nel testo); altri, infine, favorevoli ad ammettere senz'altro la categoria delle promesse unilaterali <<atipiche>>, argomentando dall'art. 1333, 2° co., c.c. (di cui pure si parlerà oltre nel testo: § seguente), arrivando, qualcuno, persino a liquidare (un po' troppo frettolosamente, forse) come <<inutile>> l'art. 1987 c.c.

Senza poter, qui, puntualizzare, con riferimenti bibliografici, né tanto meno analizzare criticamente una tale gamma di orientamenti, sommessamente ci limitiamo a prospettare il dubbio, in linea con l'impostazione di questo nostro lavoro, che il problema della tipicità o meno delle promesse (unilaterali) sia - o possa rappresentare - un <<falso>> problema, conseguenza (storicamente) della <<artificialità>> della dicotomia promessa-contratto: tanto è vero che, da un punto di vista comparativo, un tale problema non sussiste nelle esperienze, come quella di *common law*, in cui questa dicotomia non rileva (*infra*, § 10).

Ma una conferma del dubbio e, comunque, dell'esistenza di un livello preliminare di problematicità circa il modo stesso di affrontare la questione del valore della promessa (in rapporto al contratto) nel nostro ordinamento ci sembra venga da certi equivoci terminologici e da talune forzature semantiche (ovvero, concettuali) riscontrabili nelle posizioni interpretative riguardanti le due principali figure in materia: la <<promessa al pubblico>> e il cosiddetto <<contratto unilaterale>>, di cui si dovrà ora dire distintamente.

Tra le ipotesi previste di promesse unilaterali, quella più appariscente, sotto il profilo teorico ed ai fini del nostro discorso, è rappresentata dalla <<promessa al pubblico>>, di cui all'art. 1989 c.c.. Essa, infatti, segna il punto massimo di dissociazione della <<promessa>> dal <<contratto>>, trattandosi, secondo quanto stabilito dalla norma medesima, di promessa vincolante <<non appena è resa pubblica>>: cioè a dire, senza necessità di accettazione, non solo, ma anche, e addirittura, senza che il *quivis de populo* al quale è rivolta ne abbia avuto effettiva conoscenza; in circostanze tali, quindi, da <<escludere nel terzo la stessa volontà di un'accettazione tacita o per fatto concludente>> (G.FERRI, *Le promesse unilaterali - I titoli di credito*, in <<Trattato Grosso-Santoro Passarelli>>, Milano, 1972, p.29). Onde dovrebbe, a rigore, sotto un profilo definitorio di teoria generale (o, meglio, più filosofico, che non giuridico), dubitarsi, di fronte alla <<unilateralità>> così accentuata dell'atto, della natura vera di <<promessa>> di una siffatta dichiarazione di volontà destinata, in ipotesi, a risultare efficace all'insaputa della persona (incerta) a favore della quale sia diretta.

Si può qui richiamare, infatti, la definizione di <<promessa>> (quale è stata in particolare teorizzata da A.REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, 1913, trad. it., a cura di D.Falcioni, Milano, 1990), secondo cui le promesse, al pari dei comandi, in quanto <<atti sociali>> necessitano, per loro essenza, di indirizzarsi ad un altro e di essere da costui percepiti; senza di che fallirebbero nel loro proposito, <<come frecce di un arco che mancano l'obiettivo e cadono>> (Ivi, pp. 28-29).

Peraltro, sotto un profilo più propriamente tecnico, il carattere recettizio di questo tipo di promessa, nonostante l'indeterminatezza del destinatario, viene in dottrina affermato sul presupposto della <<normale conoscibilità>> della promessa, identificabile col fatto stesso della pubblicizzazione di essa, a cui si lega la sua efficacia, nel senso che: <<rendere pubblica la promessa non altro significa che determinare tale situazione di normale conoscibilità>> (G.FERRI, *op. cit.*, p. 30). Mentre l'esigenza di una conoscenza effettiva sussisterebbe dal punto di vista della possibilità concreta di realizzarsi della fattispecie (*quoad effectum*), almeno laddove il destinatario della promessa (come si legge, di nuovo, nella Relazione del Guardasigilli al c.c., n. 783), <<deve rendersi attivo per guadagnare la prestazione>>, appunto compiendo l'azione indicata (richiesta) dal promittente. Gli è, però, che la previsione codicistica dell'istituto non si riferisce soltanto alla tradizionale figura della promessa di ricompensa al pubblico, caratterizzantesi alla stregua di promessa (interessata)

con la quale il promittente, al di là dell'apparenza unilaterale dell'impegno che assume, in realtà mira con esso ad ottenere uno scambio di prestazioni: figura di cui, non per nulla, si riconosceva, sotto il vigore del codice del 1865, in assenza di una norma che la contemplasse espressamente, la natura <<contrattuale>>, basata sull'idea di una accettazione tacita o di fatto, consistente nell' eseguire l'azione richiesta. Ma tale previsione è stata dal nostro legislatore estesa altresì al caso della promessa (disinteressata) fatta <<a favore di chi si trovi in una determinata situazione>> (art. 1989, 1° co., c.c.): nel qual caso, però, si può <<trattare - come si legge ancora nella citata Relazione (*ibid.*) - di situazioni già verificatesi quando vien fatta la promessa>>; per cui <<configurare allora il destinatario della promessa come accettante di essa in modo tacito significa fingere l'accettazione per poter creare il contratto e quindi la fonte dell'obbligazione del promittente [corsivo aggiunto]>>.

Questa spiegazione dimostra e sembra comunque suggerire, mi pare, che la nuova disciplina dell'istituto è stata concepita come scelta di politica legislativa intesa a recidere ogni residua possibilità di collegamento tra promessa al pubblico e (offerta di) contratto, al punto però di introdurre nell'ordinamento un'ipotesi complessivamente *sui generis* (e, quindi, tanto più eccezionale) di <<promessa unilaterale>>: anzi, a parte i titoli di credito, che come promesse unilaterali fanno storia a sé per il rilievo che vi assume il documento, la sola ipotesi, con riguardo al caso della promessa fatta a favore di chi si trovi in una determinata situazione, di semplice promessa che possa dirsi davvero (alla maniera della *pollicitatio*) <<unius tantum>>.

Senonché, il carattere piuttosto astratto (o, se si preferisce, artificiale) di una scelta siffatta viene (quasi paradossalmente) reso evidente da quelle interpretazioni dottrinali che, cercando di esaltare le potenzialità dell'istituto, configurandolo, anziché come un tipo (<<singolare>>) di negozio obbligatorio, come una categoria o schema negoziale di portata generale, ed in ciò alternativo rispetto al contratto, nel senso che quello schema servirebbe o potrebbe utilizzarsi, invece di questo, per compiere le stesse operazioni economiche (*i.e.*, di scambio di prestazioni a contenuto patrimoniale) compiute col mezzo contrattuale, finiscono per spostare l'enfasi dalla promessa (che di per sé non avrebbe più, dunque, rilievo di elemento idoneo a creare l'obbligazione) al comportamento del destinatario (o a quella data situazione in cui egli deve venirsi a trovare), come un *quid* aggiuntivo: secondo alcuni, avente natura di <<onere>>, da cui viene fatta dipendere l'obbligatorietà della promessa stessa (G.FERRI, *op. cit.*, specie p. 31 ss.); la quale, secondo altri, fino al verificarsi di quel comportamento (o di quella data situazione, peraltro, come s'è detto, suscettibile di essersi già verificata al momento della promessa!), sarebbe, sì, vincolante, ma solo come <<proposta irrevocabile>>, ossia nel senso di un obbligo del promittente di tenere ferma, per un certo tempo, la propria parola (G.SBISA', *Promessa al pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, 1991, n. 2.3.).

Ciò, secondo una sottile (quanto datata) distinzione dottrinale (H.SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen recht*, Berlin, 1873) fra vincolo ad adempiere la prestazione promessa e vincolo a non revocare la parola data, a cui è stato però, molto autorevolmente ed opportunamente, già da tempo obiettato che: <<se la promessa data *non può* essere ritirata, è anche *essa stessa* la *causa dell'obbligazione* all'adempimento, e ciò che di altro può essere ancora necessario, affinché nasca effettivamente l'obbligazione, cade sotto la categoria della *condizione* [corsivo aggiunto]>> (B.WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. cit., § 305, nt. 12). Un'obiezione alla stregua della quale si sarebbe portati, infine, ad assimilare questa ipotesi di promessa (=proposta irrevocabile) unilaterale allo schema, in altri ordinamenti considerato contrattuale (*infra*, § 10), della <<promessa condizionata ad una prestazione>>.

## 8. *Segue:* b) il <<contratto unilaterale>>.

Continuando a sfogliare il nostro codice civile, apprendiamo altresì dell'esistenza di <<proposte>>, da cui derivano obbligazioni solo per il proponente, le quali sono <<irrevocabili>>, appena giungono a conoscenza del destinatario, e suscettibili di divenire altresì <<vincolanti>>, quanto alla prestazione di specie, se, <<nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi>>, non vengono rifiutate dal destinatario stesso (art. 1333).

Si tratta, come è noto, di un'ipotesi che ricalca, grosso modo, quella prevista dal codice di commercio abrogato (art. 36, ult. co.), secondo cui: <<Nei contratti unilaterali le promesse sono obbligatorie appena giungano a notizia della parte cui sono fatte>>. La dottrina del tempo considerava questa disposizione non molto chiara e, anzi, formulata in maniera infelice. Difatti, incerta ne risultava l'interpretazione, divisa tra una varietà di opinioni: per cui v'era chi sosteneva che la norma codificasse, sotto l'impropria denominazione di <<contratti unilaterali>>, il valore, in realtà, delle semplici <<promesse>> unilaterali, ossia l'obbligatorietà di dichiarazioni unilaterali di volontà, a prescindere dalla loro accettazione; mentre altri ritenevano, all'opposto, che, trattandosi di una disposizione relativa alla conclusione del contratto, la norma si limitasse ad introdurre una procedura, per così dire, semplificata od abbreviata, consistente appunto in ciò che il contratto si perfezionava presso il destinatario della promessa e nel momento in cui questi la riceveva, soccorrendo in tal senso una presunzione (*iuris tantum*) di accettazione; ed altri ancora vi ravvisavano, invece, una disciplina semplicemente della <<irrevocabilità>> della promessa (proposta), nel senso di scindere l'obbligo del promittente di mantenere ferma la promessa da quello di adempierla. In particolare, e in maniera molto significativa sotto il profilo ricostruttivo delle questioni che qui interessano, la possibilità di una interpretazione della norma del codice di commercio del 1882 in senso favorevole al riconoscimento della

forza obbligatoria delle semplici *promesse unilaterali* veniva invocata a commento della previsione inserita nel testo definitivo del Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti, del 1927, che annoverava tali promesse tra le cause delle obbligazioni (art. 60): laddove, in risposta all'obiezione <<che il riconoscere obbligatorietà alla semplice *pollicitatio* costituisse una troppo radicale innovazione al diritto vigente>>, si sosteneva che, per il diritto italiano, <<quest'obiezione [...] è contraddetta dall'esistenza dell'ultimo capoverso dell'art. 36 cod. comm., il quale ha una disposizione che molto si avvicina al riconoscimento della promessa unilaterale>>; aggiungendosi, a proposito dell'incertezza interpretativa di questo stesso articolo, che <<nella realtà della pratica si prescinde dall'accettazione, e sopra tutto dal giunger di questa a cognizione dell'offerente>>, per concludersene che, una volta <<corretta nella sua forma e generalizzata a tutto il campo del diritto privato>>, quella disposizione <<apre opportunamente adito ad un più largo campo di applicazione del *principio del rispetto alla parola data, soddisfacendo così alle esigenze della buona fede* [corsivo aggiunto]>> (*Projet de Code des obligations et des contrats - Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti*, Testo definitivo approvato a Parigi - Ottobre 1927, Paris, 1929, pp. 53-55. Riferimento, quest'ultimo, chiaramente allusivo ad un diverso modello di rapporti tra promessa e contratto, in cui l'enfasi torna a cadere più sul primo termine e sulle connesse implicazioni di ordine, in senso ampio, etico-sociale. Per altro verso, agli inizi del secolo, in un apprezzato saggio che avrebbe - si dice - contribuito a salvare, da noi, la suddetta tradizione contraria ad ammettere l'obbligatorietà delle promesse unilaterali fuori dei casi eccezionali tipicamente previsti dalla legge, Antonio Scialoja ribadiva l'esigenza di una interpretazione dell'art. 36 c. comm. coerente con l'impianto terminologico e sistematico a base della disciplina codicistica in materia di obbligazioni, quale era stato ereditato dal giusnaturalismo; tra l'altro ricordando come questo articolo, nelle intenzioni del legislatore dell'epoca, fosse diretto a risolvere la questione, che già Grozio poneva: se basti l'accettazione o se, invece, debba giungere al promittente notizia dell'avvenuta accettazione, affinché la promessa abbia pieno effetto (<<Illud etiam quaeri solet an satis sit acceptationem fieri, an vero etiam innotescere debeat promissori antequam promissio plenum effectum consequatur>>). Questione a cui lo stesso Grozio aveva dato risposta, distinguendo un duplice modo di atteggiarsi della promessa: <<aut hoc modo: volo ut valeat si acceptetur; aut hoc modo: volo ut valeat si acceptatum intellexero>>; e ritenendo che nel caso di promesse dalle quali derivassero obblighi reciproci per le parti, occorreva la cognizione, mentre nel caso di promesse dalle quali derivassero obblighi solo per il promittente, bastava la dichiarazione dell'altra parte di accettare. La teoria del giurista olandese venne poi adattata, specie dalla prassi del diritto commerciale italiano, nel senso di considerare sufficiente per la conclusione dei contratti c.d. unilaterali, cioè non sinallagmatici, la semplice presunzione di accettazione (A.SCIALOJA, *La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione*, dapprima apparso in *Riv.*

*dir. comm.*, 1904, II, p. 370 ss., e successivamente pubblicato nei suoi *Saggi di vario diritto*, Roma, 1927, I, pp. 78-79, e riferimenti ivi); conformemente del resto all'autorevole spiegazione di quella teoria data dall'Heineccio, secondo cui: <<Deinde videndum ait [scil. Grotius], promissio sit mutua an unilateralis. Ibi necessarium esse ut mihi innotescat acceptatio, hic praesumi illum accepisset>>.

Orbene, tenuto conto di questo sfondo, il testo dell'art. 1333, c. civ. vigente, sembra collocare l'ipotesi del <<contratto unilaterale>>, ovvero del <<contratto - come porta la rubrica - con obbligazioni del solo proponente>>, nell'alveo della tradizione basata sulla dicotomia tra promessa e contratto: tant'è che, rispetto alla disposizione in precedenza richiamata e di cui la nuova rappresenta una diretta derivazione, si trova impiegata la parola <<proposta>>, invece della parola <<promessa>>. Nondimeno, gli interrogativi lasciati aperti da quella precedente disposizione continuano a mantenersi tali anche sotto la nuova, laddove essa stabilisce che: <<Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso>>. Invero, la formula di legge parrebbe qui escludere, per la conclusione del contratto di specie, non solo una accettazione espressa, ma addirittura la necessità di una qualunque accettazione: sicché, come alcuni sostengono, a perfezionare il contratto basterebbe la sola proposta, nel senso che questo contratto sarebbe <<unilaterale>> dal lato sia dell'obbligazione (a carico di una sola parte), che della formazione (per volontà del solo proponente, ancorché condizionata al rifiuto dell'oblato). In tal senso, però, più che di un'ipotesi contrattuale, secondo almeno il tradizionale schema consensuale, saremmo così in presenza di una vera e propria promessa unilaterale (*pollicitatio*), benché operante sotto le mentite spoglie della <<proposta>>. Si tratterebbe, peraltro, di una promessa che non è immediatamente vincolante (in ordine alla prestazione), così come ci si potrebbe attendere, non appena giunta a conoscenza del destinatario (null'altro essendo richiesto per l'obbligatorietà degli atti unilaterali, come già disponeva il nostro c. comm. abrogato, nello stesso art. 36); ma che tale può diventare solo decorso il termine (richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi), entro il quale è possibile il rifiuto da parte del promissario. D'altro canto, se si trattasse di contratto e se il mancato rifiuto dovesse qualificarsi come accettazione tacita (oggetto quindi di una presunzione e, anzi, proprio per via dell'intervallo di tempo trascorso; intervallo che non avrebbe ragione altrimenti d'essere previsto, se non appunto quella di fare luogo alla presunzione medesima) la formula di legge suddetta potrebbe, allora, apparire carente e difettosa nella misura in cui non contiene un criterio predeterminato e certo di individuazione del momento di conclusione del contratto, stante che una siffatta accettazione può darsi, di volta in volta, in un tempo variabile a seconda delle circostanze; né lascerebbe precisamente intendere se il contratto debba considerarsi perfezionato presso il proponente, secondo la regola generale, che verrebbe tuttavia piegata all'idea di cognizione

fittizia di un'accettazione per definizione non comunicata, oppure, facendo eccezione a quella regola, presso il destinatario della proposta, al quale non tanto si chiede di accettare, quanto piuttosto di non rifiutare la proposta, perché essa assuma carattere <<vincolante>> (in ordine, sempre, alla prestazione da essa implicata).

Tali incertezze interpretative, sia consentito aggiungere, devono molto alla confusione dei nomi derivata, storicamente, dal prevalere del dogma del consensualismo e del connesso modello di rapporti tra promessa e contratto, per cui la <<promessa>> è stata assimilata, dal punto di vista sia concettuale che terminologico, alla proposta (contrattuale), e quest'ultima, in una ulteriore perversione lessicale, sarebbe tornata a farsi <<promessa>> o, comunque, qualcosa che sia di per sé capace di obbligare, purché non rifiutata, e, pertanto, in questo senso meramente indiretto ovvero negativo, senza bisogno di accettazione. Onde il rapporto stesso di identificazione tra <<promessa>> e <<proposta>> cesserebbe di essere omogeneo e si scinderebbe al suo interno in due diverse ipotesi: quella della <<promessa=proposta>>, di per sé revocabile e, dunque, non vincolante, fino al momento dell'accettazione e quella, invece, della <<proposta=promessa>>, di per sé irrevocabile e, dunque, vincolante, salvo però ad essere rifiutata.

V'è però chi accomuna le due ipotesi, senza ravvisarne la fondamentale disomogeneità, riferendole ad un unico modello, teorico e culturale insieme: quello per cui la <<promessa>> vale come <<contratto>>, e così contribuendo alla confusione dei nomi e dei concetti. In tal senso è stato ad esempio osservato che: <<Il Codice civile, a proposito della conclusione del contratto, parla negli articoli 1326 e 1333 non di *promessa* ma di *proposta*, tuttavia gli effetti dell'una e dell'altra, a seguito dell'*accettazione* (o della *non accettazione*), sono identici. Si tratta in entrambi i casi di atti da considerarsi *fino a un certo momento prenegoziali* e quindi *revocabili*, ma che poi possono diventare *elementi costitutivi* di un *contratto*. *Promessa* e *proposta* hanno per *presupposto l'accettazione* [...] ma quando *l'accettazione si verifica rispetto alla promessa* il promittente viene a trovarsi in stato di obbligo verso il promissario; invece, *quando si verifica l'accettazione dell'offerta o proposta*, nello stato di obbligo viene a trovarsi, verso il proponente, chi l'ha ricevuta. Guardando però più in fondo, si vede che *nella promessa è implicita la proposta*, fatta a un soggetto, che questo accetti la promessa medesima per *acquistare il diritto al suo adempimento*; e che *nella proposta è implicita la promessa di assumere l'obbligo* che corrisponde al diritto del quale si propone l'acquisto [corsivo aggiunto]>> (W.CESARINI SFORZA, *op. loc. cit.*, p. 219, nt. 2). Considerazioni, queste ultime, che finiscono per legare l'ambiguità del rapporto promessa-proposta all'ambivalenza, in precedenza segnalata, del concetto di 'obbligazione' (*supra*, § 6).

In una prospettiva che sembra ugualmente distorta da equivoci lessicali si muove pure chi, con riguardo alla prima ipotesi (art. 1326 ss.), parla di 'accettazione' come <<'pre-requisito' della promessa>>, per poi assimilarvi

l'altra ipotesi (art. 1333, 2° co.) nella quale <<il mancato rifiuto tramuta la 'proposta' in 'promessa'>>: (A. DI MAJO, *op. loc. cit.*, p. 36).

In definitiva, le questioni interpretative nonché le connesse incertezze e confusioni delle quali s'è appena detto, altro non sono se non aspetti del più generale problema dei rapporti tra <<promessa>> e <<contratto>>: aspetti che vanno dunque osservati, da un punto di vista sia metodologico che contenutistico, alla luce dei riferimenti in senso ampio culturali a cui tali rapporti si sono venuti storicamente conformando, nei termini essenzialmente di una separazione oppure di una commistione tra i due nomi e relativi concetti; facendo pertanto attenzione a non sovrapporre le linee, nè a scivolarne via, passando da questo a quel modello, senza chiarire preliminarmente le differenze sul piano dei significati e dei valori da essi rispettivamente implicati.

Così, ad esempio, quando dall'interno di un contesto legislativo e dottrinale improntato, come da noi, al criterio della separazione tra promessa e contratto si afferma la possibilità di una figura di <<contratto a formazione unilaterale>>, secondo lo schema in realtà della <<promessa>>, all'uopo invocando <<la storia e la comparazione>> (R. SACCO, *Contratto e negozio a formazione unilaterale*, in <<Studi in onore di P. Greco>>, II, Padova, 1965, p. 951 ss. (riportato in sintesi in *Trattato di diritto privato*, 10, II, p. 19 ss.), si dovrebbe più correttamente aggiungere che nella storia e nella comparazione (con specifico riguardo all'esperienza anglo-americana - di cui si dirà fra breve - dello *unilateral contract*) esistono, appunto, diversi modelli di rapporti tra promessa e contratto.

Ma è tempo di riprendere il filo del discorso.

## 9. Le critiche al modello consensualistico.

In buona sostanza e per quanto interessa, nei sistemi di *civil law* o di tradizione romanistica, tra cui appunto il nostro, ha prevalso storicamente, come linea di tendenza, il principio del consenso nella sua versione dogmatica o, se si preferisce, più altisonante di <<incontro di volontà>>, secondo cui la base dell'obbligazione contrattuale è rappresentata, appunto, dall'accordo di volontà delle parti, con tutte le implicazioni riguardo al modo di intendere tale volontà come potere di auto-obbligarsi.

Orbene, rispetto a questa concezione sono intervenute critiche di filosofi, sia pure di diversa ispirazione (Hume, Croce, Reinach) e di giuristi, che hanno cercato, come è noto, di ridimensionarne il significato, sotto il profilo sia teorico che pratico.

Tra i contributi in proposito, meritano di esser qui ricordati quelli di Gino Gorla, per una duplice fondamentale ragione: in primo luogo, perché essi, proponendosi di riportare il contratto sui binari della promessa, affrontano diffusamente il tema del rapporto tra i due termini e le relative opzioni; in

secondo luogo, perché introducono alla considerazione di un altro e diverso scenario di diritto positivo, quello costituito dal sistema giuridico di *common law* od anglo-americano, da cui quei contributi pure traggono ispirazione.

Nel prendere le distanze dalle concezioni di teoria generale, secondo cui l'obbligazione derivante dalla promessa si fonderebbe su un preteso potere della volontà del promittente di auto-obbligarsi, Gorla svolge le seguenti osservazioni principali.

Innanzitutto, egli dice, guardando al panorama dei sistemi giuridici occidentali (di *civil law* e *common law*) nel loro complesso, si nota che il sorgere dell'obbligazione contrattuale non appare sicuramente ed esclusivamente legato alla volontà o all'interesse del promittente: <<Certo - egli aggiunge -, affinché sorga il vincolo giuridico, il promittente vuole (e deve volere) obbligarsi giuridicamente. Ma si tratta di vedere perché il diritto faccia sorgere quel vincolo, cioè legghi in certi modi, il promittente a quel suo <<voluto>>, anche quando egli muti la sua volontà o il suo apprezzamento di interessi [...]>>. Ed allora: se in astratto, <<niente vieta che questo <<perché>> consista proprio nello scopo che abbia la legge di realizzare un certo interesse o volontà del promittente>>, in concreto, però, si tratta di vedere se i sistemi giuridici testé menzionati <<sanzionino la promessa allo scopo di fornire al promittente il vincolo giuridico come mezzo idoneo [...] allo scopo di realizzare una volontà o interesse [...] del promittente di ottenere una certa sanzione della sua promessa>>, oppure questi stessi sistemi <<pongano la sanzione allo scopo di proteggere il promissario e l'affidamento da lui fatto sulla promessa>> (G.GORLA, *op. ult. cit.*, pp. 186-188).

L'altra osservazione, che discende dalla dimostrazione degli equivoci rinvenibili all'origine della teoria suddetta, in quanto storicamente legata - in particolare - all'esigenza di favorire un processo di <<liberazione dell'individuo dai vincoli del passato>>, ovvero le istanze del liberalismo politico ed economico dei secoli XVIII e XIX, riguarda, una volta chiariti appunto tali equivoci, per cui <<il valore o rilievo giuridico dell'atto di volontà del promittente non è quello di esercizio di un potere di auto-obbligarsi>>, la domanda centrale, circa il rapporto tra promessa e obbligazione contrattuale, e cioè: <<perché la legge sanziona la promessa o, meglio, certe promesse>>. In proposito, la risposta che viene avanzata, sempre con riferimento al panorama in genere dei sistemi di *civil law* e *common law*, suona così: <<la volontà del promittente viene sanzionata col vincolo di mantenere la promessa, in quanto tale volontà determini una situazione, dalla quale il diritto, nell'interesse del promissario e anche nell'interesse sociale al mantenimento di certe promesse, ritiene giusto far nascere l'obbligazione di mantenere la promessa stessa. Il promittente viene tenuto o vincolato dalla legge, non perché 'vuole' obbligarsi, ma perché ha 'voluto' e perché ha determinato con questo 'voluto' o 'promesso' quella situazione>>. Dove si avverte distintamente un richiamo alle antiche concezioni sul collegamento tra promessa e *fides*, promessa e virtù sociale della giustizia commutativa, secondo l'insegnamento aristotelico-tomistico, quale

risulta confermato dalla citazione di un passo di Cocceio, secondo cui, al verificarsi di quella situazione (*commutatio iuris*) determinata dal fatto di aver promesso, l'obbligazione nasce <<non vi voluntatis, sed vi legis illius naturalis, ut suum cuique tribuatur>> (G.GORLA, *op. ult. cit.*, pp. 191-199, 208).

## 10. L'esperienza anglo-americana: il principio dell'affidamento tra fra <<contratto>> e <<torto>>.

Queste osservazioni consentono di inquadrare nel contesto del nostro discorso il riferimento, che a questo punto s'impone, all'esperienza giuridica inglese e nord-americana, in via di raffronto con quella continentale fin qui considerata.

Invero, l'idea che affiora da tali osservazioni, quella secondo cui il contratto obbliga in quanto promessa, e che sappiamo essere stata espressa, in origine, dal diritto canonico medievale e dalla cultura giuridica continentale d'ispirazione scolastica, poi mantenutasi in qualche misura tra le pieghe del giusnaturalismo, fino alla svolta allora impressa nell'opposta direzione della vincolatività del contratto come tale, rappresenta una delle maggiori chiavi di lettura dell'odierno sistema contrattuale anglo-americano.

Nonostante, infatti, la recezione tanto in Inghilterra quanto negli Stati Uniti, soprattutto durante il secolo scorso, del principio consensualistico (*agreement*), accanto ad esso troviamo formulato un concetto di contratto come <<promessa o insieme di promesse che il diritto sanziona>>, giusta la definizione di uno dei maggiori autori inglesi in materia (F.POLLOCK, *Principles of Contract*, Londra, 9<sup>a</sup> ed. 1921, p.1), sostanzialmente riprodotta nell'autorevole *Restatement* americano sui *Contracts*, dove pure si legge una significativa definizione di promessa <<come manifestazione dell'intento di agire o di astenersi dall'agire in un determinato modo, così fatta da giustificare in capo al promissario il convincimento (*understanding*) che un impegno (*commitment*) è stato preso>>; ed inoltre che <<una promessa può essere fatta mediante l'uso di parole sia orali che scritte, oppure può essere ricavata (*inferred*) in tutto o in parte dalla condotta (*from conduct*)>> (*Restatement, Second, Contracts*, §§ 2, 4).

A riprova, anzi, dell'incidenza, se non della prevalenza, nel sistema di *common law* della concezione promissoria del contratto e della relativa responsabilità (*promissory liability*) sta il fatto che questo sistema non conosce la dicotomia contratto-promessa (unilaterale).

Per il giurista anglo-americano il problema della sanzionabilità (*enforceability*) della promessa è tradizionalmente inteso in termini che sono non tanto quelli <<soggettivi>>, da parte del promittente, della volontà di obbligarsi e, da parte del promissario, della volontà di accettare (la <<promessa>> come <<atto di disposizione>>), ossia dell'<<incontro di volontà>> (*meeting of minds*), requisito bensì rilevante a fini in genere di validità

e di interpretazione del contratto, quanto e soprattutto quelli <<oggettivi>> della *consideration*, come ragione sufficiente, agli occhi del diritto, a giustificare l'obbligatorietà della promessa o, meglio, la possibilità di farla valere in giudizio (*actionability*).

In questi altri termini è il concetto stesso di <<accettazione>> che muta di significato, assumendo veste appunto di *consideration* e legandosi all'esigenza di una condotta che valga in qualche misura come <<prezzo>> della promessa o *causa promissionis*, secondo una terminologia propria dell'antico diritto canonico da cui pare sia storicamente derivata l'idea di *consideration* in funzione di requisito essenziale di efficacia del *contract*, consistente in un vantaggio (*benefit*) conferito al promittente a richiesta di costui o, viceversa, e, comunque, sempre, nel sacrificio (*detriment*) sofferto dal promissario in seguito all'affidamento fatto sulla promessa. Onde si distingue tra *bilateral* e *unilateral contract*, ma nel senso non già della nostra contrapposizione tra contratto sinallagmatico e contratto con obblighi per una sola parte, né in quella tra contratto (consensuale) e promessa (unilaterale), bensì in quello, rispettivamente, tra promessa vincolante perché fatta in cambio della contropromessa di una prestazione (denominata, perciò, *executory consideration*) e promessa vincolante perché fatta in cambio di una controprestazione (denominata, quindi, *executed consideration*).

Il modello di *contract* costruito secondo il requisito della *consideration* come scambio di una promessa contro una prestazione o contro un'altra promessa differisce dal modello continentale di *contratto* costruito invece secondo lo schema dell'accordo ovvero della promessa (=proposta) più accettazione (espressa o tacita, effettiva o presunta che sia) non solo per struttura concettuale, ma anche e soprattutto dal lato dei riferimenti in senso ampio culturali; che nel caso del modello contrattuale di *common law* (come già in quello dell'antico diritto canonico) poggiano essenzialmente sul principio (innanzitutto <<morale>> o, se si preferisce, di <<diritto naturale>>) dell'*alterum non laedere*, alla stregua del quale l'obbligatorietà della promessa trova e deve trovare giustificazione nella sua idoneità a recare pregiudizio a chi la riceve o, per converso, nell'interesse di costui a non subire un tale pregiudizio. Per dirla con le parole di un nostro autore, dettate nel secolo scorso per definire la nozione di *causa della promessa*, appunto in termini di analogia con la *consideration*: <<Soltanto, dunque, a quella promessa che precede o segue un atto volontario da cui deriva o può derivare una alterazione negativa nella sfera di diritto della persona a cui la promessa è rivolta, la legge può e deve riconoscere effetto obbligatorio>> (G.VENEZIAN, *La causa nei contratti* (Macerata, 1889), riprodotto in *Opere giuridiche*, I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919, pp. 400). Questa analogia viene spinta fino a scomporre, alla maniera dell'*executory contract*, la struttura del contratto consensuale nei termini di uno scambio di promessa contro promessa, per cui: <<La stessa ragione che vale per la obbligatorietà di una promessa contro una prestazione vale per la obbligatorietà di una promessa contro un'altra promessa, una volta che la

possibilità dell'obbligazione derivante dalla promessa sia astrattamente stabilita, e quindi già dalla promessa dell'uno si induca la possibilità di una alterazione negativa nella sfera giuridica dell'altro promittente>> (*Ivi*, pp. 401-402). Ma, come è stato osservato, una logica e coerente spiegazione del valore vincolante (e, comunque, sul problema del 'grado' di vincolatività) delle <<promesse reciproche>> (*mutual executory promises*), prima che una delle parti abbia almeno dato inizio all'esecuzione della propria prestazione presenta serie difficoltà (P.S.ATIYAH, *Promises, Morals, and Law*, Oxford, 1981, *passim*, ed in specie pp. 202-212).

Alla base del *contract* e quale suo fondamento non sta, pertanto, il <<patto>> ma la <<promessa>> con il corredo delle ragioni e circostanze che la rendono sanzionabile e tra queste, in primo luogo, l'esigenza di tutela dell'*affidamento* suscitato nel promissario.

Molto brevemente, si può in proposito osservare che l'idea del collegamento promessa-*fides* penetrò in Inghilterra, al livello pratico della giurisprudenza delle corti di giustizia, per il tramite del diritto canonico e, nello specifico, dell'*aequitas canonica* in quanto fonte ispiratrice dell'*equity* inglese; di lì infiltrandosi nel corpo del diritto stretto o *common law*, dove un problema di sanzionabilità delle semplici promesse veniva d'altronde affrontato sul terreno dell'illecito civile, applicando la categoria del *deceit*, ossia imputando al promittente che non avesse adempiuto o, meglio, che avesse male adempiuto un comportamento fraudolento e ingannevole in danno del promissario (L.MOCCIA, *Contract*, in *Enc. Giur. Treccani*, VIII, 1988). Il mancato adempimento della parola data come ipotesi riconducibile sotto la categoria dell'<<inganno>> è regola che trova bensì spazio, storicamente, in ordinamenti <<primitivi>>, in una fase cioè della loro evoluzione in cui non si distingue ancora tra <<delitto>> e <<contratto>>; ma in quanto regola che presuppone già uno sfondo culturalmente progredito di valori etico-sociali, come rivela ad esempio la testimonianza di Platone che nelle sue *Leggi* in tal modo qualifica, sotto un profilo giuridico, oltre che morale, il caso dell'artigiano che non compie l'opera nel tempo promesso: <<Se un artigiano per sua colpa non compie l'opera nel tempo promesso, senza rispetto del dio che gli ha insegnato i mezzi per guadagnarsi la vita [...] prima di tutto pagherà la pena meritata da parte del dio, poi lo attenderà questa legge: Pagherà il prezzo dell'oggetto a proposito del quale ha ingannato il committente sul tempo della consegna [...]>> (PLATONE, *Dialoghi*, VII, *Le Leggi*, ed. a cura di A.Zadro, Bari, 1952, lib. XI, 921a).

Comunque, in modi e per vie che non è qui il caso di specificare, si venne nel corso del tempo sviluppando e radicando nella giurisprudenza inglese il principio dell'affidamento (*reliance*) del promissario, quale criterio di sanzionabilità della semplice promessa. Per ragioni storiche connesse all'evoluzione del diritto inglese, questo principio, una cui ascendenza culturale sembra possa ravvisarsi, per il tramite delle citate influenze canonistiche, nella tradizione di pensiero tomistico-aristotelica diffusasi nell'Europa medievale,

non subì, come sul continente, nel momento critico del passaggio dall'età di mezzo all'evo moderno, l'urto demolitore dell'ondata razionalistica e con essa del giusnaturalismo. Sicché non sorprende che, quando il vento del razionalismo giuridico cominciò, molto più tardi, nel XIX secolo, a soffiare anche in Inghilterra, spazzando via la patina medievale che ancora ricopriva tanta parte delle leggi e delle istituzioni di quel paese, il principio suddetto si mantenesse saldo, accanto all'altro del (contratto come) <<consenso>>, ed arrivasse anzi a manifestarsi, come questo, sul piano delle definizioni teoriche, anche se in appoggio ad esso potevano oramai invocarsi altri e più moderni sostegni filosofico-morali, come quelli offerti dall'utilitarismo e incentrati sull'esigenza di tutela delle cosiddette <<aspettative ragionevoli>>.

In altri termini, nella tradizione di *common law* in materia di obbligazioni contrattuali, siccome caratterizzata - storicamente - dalle *forms of action* e dai relativi stampi concettuali, tra cui in primo luogo quello della 'promessa' (*assumpsit*) e connessi requisiti di sanzionabilità della stessa, una nozione generale ovvero teorica (di stampo giusnaturalista), di *contract*, come 'accordo' o 'consenso', si affaccia molto tardi e con un carattere di assoluta novità ed estraneità (J.GORDLEY, *op. cit.*, pp. 135-136). Invero, ancora agli inizi del secolo si sottolineava da parte della dottrina nord-americana, oltre alla novità, l'insufficienza della <<teoria consensuali-stica>> d'importazione continentale a spiegare la nozione e la disciplina del *contract* (HARRIMAN, *Contracts*, §§ 646-652, riportato nella raccolta curata da R.POUND, *Readings on the History and System of the Common Law*, Boston, (1913) 1921<sup>2</sup>, pp. 533-536). Ciò, del resto, in considerazione della varietà di significati del termine *contract*, oscillanti tra <<promessa>> e <<accordo>> (R.M.JACKSON, *The Scope of the Term Contract*, in 53 *L.Q.R.* (1937), p. 525 ss.; L.MOCCIA, *Contract*, cit., specie nn. 2-4).

Nella letteratura più recente largo spazio è stato dato al dibattito sul fondamento del contratto nell'evoluzione storica del sistema di *common law*, secondo la prospettiva, da un lato, dell'influenza, originariamente e tradizionalmente, di valori e principi a sfondo <<comunitario>>, in termini di <<fedeltà>>, <<veridicità>> ed <<equità>>, e, dall'altro lato, della presenza, già prima della loro importazione dal continente europeo durante il secolo scorso soprattutto, di elementi ispirati ad una concezione <<volontarista>> e, quindi, <<individualista>> dell'obbligazione contrattuale. (Nel primo senso, che è poi quello di una critica al 'dogma della volontà' nel contesto della tradizione di *common law*, si possono vedere, in particolare: M.HORWITZ, *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, in 87 *Harv. L. Rev.* (1973-74), p. 917 ss.; G.GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974; nonché la monumentale ricostruzione di P.S.ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979; ed ancora, per una disamina condotta sulla falsariga delle varie posizioni etico-filosofiche in tema di obbligatorietà delle promesse, P.S.ATIYAH, *Promises, Morals, and Law*, cit. Nell'altro senso, da intendersi però limitatamente alla possibilità -più metodologica che non contenutistica - di

rintracciare tra le pieghe del sistema formulare inglese e dietro lo schermo processuale della giuria, in quanto fattori che avrebbero concorso a ritardare storicamente l'affermazione di una teoria generale del *contract* a base consensualistica, che sarebbe perciò rimasta allo stato latente nella giurisprudenza di *common law*, possono vedersi: SIMPSON, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, in 46 *Univ. Chicago L. Rev.* [1979], p. 533 ss., riprodotto in *Legal Theory and Legal History*, London, 1987, p. 203 ss.; J.H. BAKER, *Freedom of Contract*, recensione a P.Atiyah), in 43 *M.L.R.* [1980], p. 467 ss.; nonché per una discussione di livello teorico sulla 'volontà' come fonte dell'obbligazione promissoria, C.FRIED, *Contract as Promise*, Harvard, 1981).

Sorprende, semmai, che negli Stati Uniti, nel paese più liberista del mondo e dove, comunque, minore avrebbe potuto essere la resistenza al trionfo del principio consensualistico, il principio dell'affidamento non solo sia rimasto ma, anzi, sia stato portato, in alternativa a quello, fino alle sue estreme conseguenze, nella formulazione di uno dei paragrafi del *Restatement* sopra citato, dove così leggiamo: <<Quando il promittente dovrebbe ragionevolmente attendersi (*should reasonably expect*) che la sua promessa induca il promissario od un terzo ad un'azione o astensione ed in quanto induca tale azione o astensione, la promessa è vincolante se un'ingiustizia può essere evitata (*if injustice can be avoided*) soltanto mediante la sanzione giuridica (*by enforcement*) della promessa>> (*Restatement, Second, Contracts*, § 90). Si tratta di una regola, bensì riconducibile in genere al principio dell'affidamento, ma meglio nota con l'appellativo di *promissory estoppel*, avente valenza di criterio - alternativo a quello della *consideration* - di riconoscimento dell'obbligatorietà della promessa anche al di fuori dello schema del *bargain* (S.D.HENDERSON, *Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine*, in 78 *Yale L. J.* (1968), p. 343 ss.).

Il precetto - quasi da *summa theologica*, si sarebbe tentati di dire un po' provocatoriamente - fa ripensare, appunto, a lontani insegnamenti filosofico-morali, nella misura in cui appare, qui, chiaramente che il fondamento della vincolatività della promessa non è da ravvisare più in una qualunque <<volontà>> del promittente di <<auto-obbligarsi>> (o del promissario di <<accettare>> la promessa), ma nel contesto relazionale in cui si situa il fatto della promessa, indipendentemente da ogni ipotesi di consenso, di scambio e, comunque, di bilateralità o reciprocità, per via dell'affidamento ragionevole da esso suscitato e della necessità di evitare, ovvero di riparare l'ingiustizia conseguente alla violazione dell'affidamento stesso.

Orbene: è più facile, forse, spiegare tale sorpresa come quella di un giurista continentale da tempo oramai abitudinario alla dissociazione promessa-contratto, che non le ragioni profonde della presenza nell'apparato giuridico-concettuale di *common law* di un così marcato principio di virtù morale e sociale (civica) a base dell'obbligazione <<contrattuale>> o, meglio, promissoria .

Vengono in mente, a tale proposito, le già ricordate origini medievali della tradizione di *common law*: e precisamente la circostanza storica della nascita

e dell'evoluzione di questo diritto in un ambiente caratterizzato dalla prevalenza, rispetto all'idea del <<contratto>>, dell'idea del <<torto>>. Tant'è che, con lo sguardo rivolto a quelle origini, gli sviluppi più recenti del principio della *reliance* sono apparsi a taluno prefigurare una categoria mista di *contort* (G.GILMORE, *op. cit.*).

Ma quelle origini sembrano pesare sulla cultura giuridica anglo-americana in un altro senso, ancora più pregnante, efficacemente illustrato da Roscoe Pound, il quale, nel contestare l'applicabilità al sistema di *common law* della teoria evoluzionistica, più sopra richiamata, del passaggio dallo *status* al *contract*, afferma che il principale fattore della formazione di tale sistema e di molte delle sue più caratteristiche dottrine è stata l'analogia con il <<rapporto feudale>>: <<che proponeva una concezione giuridica dei diritti, dei doveri e della responsabilità come derivanti non da una situazione giuridica soggettiva emergente da un'espressa e volontaria azione, bensì semplicemente e solamente da un sottostante rapporto>> (cit. in L.MOCCIA, *Glossario per uno studio della 'common law'*, Milano, 1983, 9<sup>a</sup> rist. 1993, p. 77).

In contrasto, si direbbe, con la tradizione dei sistemi continentali, dove l'idea centrale che si viene affermando nel secolo scorso è, come abbiamo visto, quella di garantire e realizzare la volontà del soggetto ovvero, sebbene solo in teoria e tra molti equivoci, nonché sullo sfondo delle ideologie individualiste e stataliste allora emergenti, quella che tutto nasce dalla volontà o può essere ad essa riferito, il diritto anglo-americano mantiene, nonostante i contraccolpi del liberalismo, l'idea di una dimensione <<relazionale>> dei diritti, doveri e delle responsabilità dell'individuo, che permea, al fondo, un modo di pensare e di affrontare i problemi giuridici. In altri termini: la cultura politico-giuridica anglo-americana non conosce, storicamente, l'opposizione stato-individuo/autorità-libertà; alla quale comunque preferisce, tradizionalmente, la relazione comunità-individuo/responsabilità-libertà.

In questo senso, mi pare si possa allora aggiungere, che la promessa come canone della vincolatività del contratto che vi poggia, viene ad essere, qui, concepita e proiettata in una dimensione, appunto, in cui l'individuo, lungi dal porsi come arbitro assoluto delle proprie scelte (il <<miglior giudice dei propri interessi>>, secondo la nota formula volontaristica del liberalismo economico), risulta invece inserito in un contesto di relazioni sociali preesistenti e relativi codici morali, che pure valgono come metro per misurarne la condotta, esponendolo al giudizio degli altri, dei vicini; insomma, della <<comunità>>.

Il contratto come promessa finisce così per evocare, di nuovo, l'idea di un valore superiore alla <<volontà>> del soggetto: quello della <<comunità>> e del rispetto dovuto al prossimo, quali che siano le vie a ciò dirette: se le virtù aristoteliche della giustizia commutativa e del dovere di veridicità; o la morale cristiana veicolata dal diritto canonico; o, infine, il principio dell'affidamento ragionevole.

## 11. Alcune considerazioni finali.

In definitiva ed in conclusione: la comparazione tra i sistemi giuridici occidentali e la storia della loro evoluzione dimostrano che il rapporto <<promessa-contratto>> può essere costruito in due fondamentali guise, a seconda che questo rapporto s'intenda in termini di dissociazione ovvero di commistione: nel primo caso, si avrà uno schema retto dal principio del consenso, per cui il contratto obbliga in quanto contratto; nel secondo, uno schema retto dal principio dell'affidamento, secondo cui il contratto obbliga in quanto promessa. Vocabolario alla mano -potrebbe qui aggiungersi -, questa ambivalenza del rapporto promessa-contratto è quella stessa della parola <<promettere>>, nel significato ora di <<impegnarsi>> (*se obligare*), ora di <<far sperare>> (*fidem dare*): un'ambiguità semantica, dunque, che il diritto registra e ripropone.

Si tratta, naturalmente, di modelli ricostruttivi che, pur nella loro schematicità, sono tuttavia suscettibili di essere interpretati e discussi, come si è cercato di dire, alla stregua di dati storico-culturali influenti sulla diversità di concezioni ed implicazioni a base dei modelli stessi; a loro volta schematicamente riducibili, rispettivamente, a un'idea di obbligazione contrattuale (o promissoria che sia) scaturente - per il tramite del diritto - dalla volontà(-libertà) dell'individuo di auto-determinare la propria condotta futura, oppure anche, e soprattutto, dalla responsabilità annessa, secondo parametri di rilevanza oggettiva, al fatto del promettere.

Al di là però di tali schemi e dei loro referenti in senso ampio culturali, un punto fermo che può ricavarsi dall'indagine storico-comparativa e su cui importa, infine, richiamare l'attenzione è che, dal lato dell'atteggiamento del diritto verso la promessa, in tutti i sistemi considerati si richiede, per il valore di obbligazione giuridicamente sanzionabile della promessa, un *quid pluris* o, nella terminologia dei giuristi antichi, un *vestmentum*, sia esso l'elemento dell'*accettazione* (consenso), della *causa* giusta della promessa, della *consideration*, della *forma*, della *res vel factum*, od ancora dell'*affidamento* (come criterio alternativo a tutti i precedenti), capace di conferire e rendere riconoscibile quel valore.

La storia di ogni sistema giuridico mostra attraverso quali difficoltà e resistenze si è arrivati <<all'idea che da una promessa possa derivare un'obbligazione in senso giuridico>>; e ciò, a prescindere da ogni altra considerazione, anche per <<ragioni pratiche assai importanti che possono giustificare quelle resistenze>> (G.GORLA, *Il contratto*, cit., t. I, pp. 2-3): ragioni, evidentemente, che il diritto ed i giuristi, per vocazione e mestiere, non possono non tenere in conto.

E' certo, infatti, che nella vita di ogni giorno promesse se ne fanno (e, purtroppo, se ne ricevono) a iosa, e per i più diversi motivi e scopi: spesso, anzi, con l'intenzione, più che di impegnarsi, di liberarsi - ad esempio - dalle premure di un parente, dalle richieste di un amico, dall'ossequio di un allievo,

dallo zelo di un sottoposto, dal capriccio di un figlio; insomma, da una qualche seccatura, per difenderci dalla quale promettiamo, talvolta in buona fede e, sul momento, con la migliore disposizione d'animo anche a mantenere quanto promesso, sebbene con l'aggiunta di qualche riserva (come quando diciamo di una promessa fatta <<senza impegno>>), talaltra, invece, confidando già, per le circostanze in cui viene fatta la promessa, di poterci poi disimpegnare con una scusa qualsiasi. Del resto, quando si dice, comunemente, che <<promettere non costa nulla>>, e simili, non si vuole forse alludere, oltre che ad un uso corrivo della promessa che finisce per svilirla, all'idea anche di un comodo rifugio fatto di una apparente doverosità (e seriosità) della parola data? Non è forse vero, cioè, che siffatte espressioni comuni riflettono pure l'idea, appunto, di un sin troppo facile, epperò illusorio, effetto di obligatorietà della promessa, che può riuscire utile in tante circostanze della vita, al punto che le promesse, così come le bugie, nelle quali le prime si tramutano, non appena svanito quell'effetto, se non esistessero, occorrerebbe inventarle, quasi che non si possa realisticamente fare a meno di entrambe?

Come distinguere, allora, le promesse giuridicamente vincolanti da quelle che non lo sono: cioè, da un lato, le promesse fatte o, meglio, che appaiono essere fatte con l'intento di obbligarsi in senso giuridico, ossia nel senso di assumere un impegno tale che il promissario possa richiederne ai tribunali la sanzione (intesa quest'ultima vuoi come equivalente di ciò che è stato promesso, ma poi non mantenuto, vuoi come restituzione di ciò che è stato prestato in cambio della promessa, vuoi infine come riparazione di ciò che è stato sofferto in conseguenza dell'affidamento); e, dall'altro lato, le promesse rilevanti a diverso titolo, come meri impegni di cortesia, buona educazione e via discorrendo.

E' chiaro che senza un criterio di riconoscimento e selezione delle promesse suscettibili di tutela giudiziaria, i costi di una tutela generalizzata o, meglio, indifferenziata al riguardo sarebbero troppo alti e, anzi, insostenibili, da un punto di vista sociale e persino morale (come nel classico caso di promesse liberali fatte sconsideratamente a favore di estranei).

Ma è altresì chiaro, sulla scorta di tutto quanto precede, che la ricerca e la scelta di un tale criterio non possano avvenire da parte del giurista, senza uscire dall'orbita di una percezione solo <<giuridica>> o, peggio, solo <<tecnica>> del problema; senza, cioè, aprirsi al confronto e al dialogo con le altre prospettive di indagine, incidenti sulla conoscenza e sull'interpretazione della promessa, così come è avvenuto alle origini della storia dei rapporti tra promessa e contratto.