

dden poteva anche essere
tto dipendeva dall'intento
dalla possibilità o meno,
one giuridica per obbliga-

con cui i giudici tratta-
ta concezione del *bargain*

più ristretto di quello no-
oti nella sentenza il rife-
lla collettiva e ci si ponga
rsa, col caso McDevitt v.
i possibilità che sorga una

ase, spesso citato, quanto
is for the parties to con-
for the Court when it is

CAPITOLO III

SULL'INTENTO DI CONTRARRE UN VINCOLO GIURIDICO

PREMESSA.

1) Questo capitolo tocca uno dei problemi più delicati nella *common law*: quello dell'intento di contrarre un vincolo giuridico: v. vol. I § 1 nota in appendice, e § 31 specie note 1, 4, 5 e 6. Nè si può dire che i *cases* brillino per la loro perspicuità.

Secondo lo spirito e la mentalità peculiari alla *common law*, quel problema s'intreccia, spesso in modo inestricabile, con la concezione del *bargain* o dell'intento di un *bargain* come indice dell'intento di contrarre un vincolo giuridico, nonché con la particolare concezione dell'atto di liberalità, che non è riconosciuto dalla *common law* come « negozio sostanziale » (o « causa » in questo senso): v. vol. I § 28 *sub c* e § 33 *sub d*. Ma, sotto quest'ultimo profilo, siccome sembra anche che, secondo quella mentalità, la promessa a mero titolo di liberalità, di *generosity* o di *gratuity*, venga considerata, almeno normalmente, come fatta senza l'intento di contrarre un vincolo giuridico, ecco che nuovamente si ripresenta, in modo assai equivoco, il problema circa l'esistenza di quell'intento. (V. i casi De Cicco v. Schweizer, note 14 e 15 e richiami ivi; Thomas v. Thomas; e il giudice Kellogg nel caso Allegheny College).

Si potrebbe anche dire che, di fronte ad una mera *generosity* o *gratuity*, è molto dubbio se il promittente, che non ricorre alla forma, abbia l'intento di vincolarsi giuridicamente (v. vol. I § 31 ad nota I con citaz. di Hamson; ma v. ivi la nota 4). Sicchè, in tale grave dubbio, la *common law* preferisce attenersi ad una presunzione *iuris et de iure* di mancanza di quell'intento.

Su questo sfondo intricato ci si presentano due concezioni o criteri:

a) Il criterio, per cui si esclude l'obbligatorietà della promessa, in quanto una determinata condotta del promissario, in essa prevista, non risulta in fatto essere stata, *neppure in minima parte*, in rapporto di reciproco *inducement* con la promessa, ma è piuttosto da considerare come

una mera condizione o un mero presupposto della promessa stessa. Ad esempio: se vieni a trovarmi, ti darò mille; ove quel « se » non accenni affatto ad un reciproco movente o *inducement*: v. anche vol. I § 26 nota 16 e § 31 nota 6. Sicchè, in questo caso, per mancanza di un (intento di) *bargain* consistente in quel reciproco, anche minimo, *inducement*, si avrebbe un mero atto di liberalità, di *generosity* o *gratuity*, con le inerenti concezioni sopra accennate. In questo senso sembrano stare il caso *Kirksey v. Kirksey* (ma non è chiaro) il caso *Bibb v. Freeman* in nota a *Kirksey v. Kirksey* e alcuni passi del caso *Wyatt v. Kreglinger*. V. anche le note 2, 14 e 15 al caso *De Cicco v. Schweizer*; la nota a *Thomas v. Thomas*, nonché *WILLISTON, Contracts*, § 21 specie nota 14.

b) Il criterio, per cui si ritiene che, anche se vi è stato quel reciproco rapporto di *inducement*, e così di un *bargain*, in senso lato, e benchè ciò si accompagni normalmente all'intento di assumere una certa responsabilità, anche giuridica, tuttavia le circostanze, i rapporti fra le parti, il carattere ordinario dell'affare mostrano che non v'è stato quell'intento. Così il problema si connette anche con quello dei c.d. rapporti sociali o di cortesia: v. vol. I § 14 *sub b*. In questo senso sembrano alcuni passi del caso *Balfour* e il caso *Richards* (ma non chiaro), nonché alcuni altri passi del caso *Wyatt v. Kreglinger*. V. anche *CHESHIRE AND FITFOOT*, cit. nel vol. I § I nota 4 e § 31 nota 7 e altri autori *ivi*. Secondo questa concezione, il *bargain*, come indice di quell'intento giuridico, sarebbe ridotto a criterio di presunzione, combattibile in vari modi. Certo, questa presunzione è ancora più forte in un *bargain* ove sia una *business promise* (v. il caso *Martin v. Meles*, nota 8). Sicchè il problema si presenta piuttosto per le promesse, in cui il promittente non persegua uno scopo tipicamente economico o di *business*. V. *Bolton v. Madden*; ma v. però *Wyatt v. Kreglinger*, ove la promessa di *Kreglinger* e *Fernau* potrebbe anche considerarsi come una *business promise*. V. inoltre *infra sub 5°*. Sotto quell'aspetto di una presunzione, il problema, si può connettere anche con quello della *express* e dell'*implied promise* e della facilità di presumere questa in un contratto di scambio economico (v. note 1, 7 e 20 al caso *Balfour*).

2) Le due concezioni o criteri, sopra accennati *sub a et b*, sono ovviamente diversi, per quanto essi si intreccino spesso in modo equivoco nei *cases*. Ma talvolta sorge il sospetto di equivoci verbalistici e che, quando l'opinione di che sopra *sub a* parla di intento di *bargain*, alluda ad un « *bargain* con intento giuridico ». Ciò potrebbe risultare da quanto dice *WILLISTON, Contract*, § 21 nota 14 a proposito del solito esempio dell'invito a pranzo, che non sarebbe giuridicamente vincolante, in quanto vi mancherebbe l'intento di un *bargain* fra la promessa dell'invitato d'assistere

della promessa stessa. Ad
 e quel « se » non accenni
 anche vol. I § 26 nota 16
 mancanza di un (intento di)
 minimo, *inducement*, si a-
 y o *gratuity*, con le ine-
 so sembrano stare il caso
ibb v. Freeman in nota a
 v. *Kreglinger*. V. anche le
 a nota a *Thomas v. Tho-*
 nota 14.

e vi è stato quel reciproco
 a senso lato, e benchè ciò
 mere una certa responsa-
 rapporti fra le parti, il ca-
 è stato quell'intento. Così
 rapporti sociali o di cor-
 rano alcuni passi del caso
 chè alcuni altri passi del
 AND FIFTH, cit. nel vol. I
 ndo questa concezione, il
 sarebbe ridotto a criterio
 to, questa presunzione è
iness promise (v. il caso
 presenta piuttosto per le
 to scopo tipicamente eco-
 a v. però *Wyatt v. Kre-*
 potrebbe anche conside-
sub 5°. Sotto quell'aspet-
 ere anche con quello della
 presumere questa in un
 al caso *Balfour*).

ati *sub a et b*, sono ov-
 ppo in modo equivoco
 i verbalistici e che, quan-
 di *bargain*, alluda ad un
 risultare da quanto dice
 nel solito esempio dell'in-
 vincolante, in quanto vi
 sa dell'invitato d'assistere

al pranzo e la promessa di chi lo invita, o, in altri termini « *because the promise of the guest to attend the dinner is not given or asked for as the price of the host's promise* ». (V. anche *Scrutton L. J.* nel caso *Wyatt v. Kreglinger*). In questo passo di *Williston* è evidente che non si allude all'intento di un *bargain* in senso generico (o, come dice lo stesso *Williston*, *in the popular meaning*), intento che potrebbe esservi nella fattispecie, ma all'intento di un *bargain* con effetti giuridici! Sapere quando v'è in questo ultimo intento, che pur potrebbe esservi (v. vol. I § 14 nota 2), è una *quaestio facti*.

3) Il problema, oggetto di questo capitolo, si complica ancora di più, quando si accolla la *doctrine della reliance* come base oggettiva della responsabilità del promittente, anche se egli ha avuto l'intento di una *gratuity*, o come concezione ispirante la *doctrine della consideration* (ma v. vol. I § 31 nota 2). Forse quest'ultima concezione era, in fondo, il reale motivo per cui il giudice *Ormond*, in minoranza, nel caso *Kirksey* riteneva che vi fosse una valida *consideration*.

4) Sembra, infine, che quando il promissario fa, da parte sua, una contropromessa, sia più facile vedere l'intento di un *bargain* (secondo la concezione di cui sopra *sub a*) o l'intento giuridico (secondo la concezione di cui sopra *sub b*), più facile, cioè, che nel caso in cui la c.d. *consideration* consiste nel semplice fatto di tenere una certa condotta (v. il caso *Wyatt v. Kreglinger* e vol. I § 29; ma v. per contro il caso *Balfour*).

5) In relazione al campo dei contratti atipici e a quello dei rapporti che possono essere o sono normalmente di carattere sociale più che giuridico (v. vol. I § 14 *sub b*, specie nota 3), si vedano anche i casi: *Bolton v. Madden* sopra riferito; *Lens v. Devonshire Club*, cit. nella nota 10 bis al caso *Wyatt v. Kreglinger*; e altri casi citati in *COKLE AND HIBBERT, Leading Cases in Common law*, vol. I, *Contracts*, London, 1945, p. 124; e in *WILLISTON, Contracts*, § 21 nota 14. V. anche l'articolo anonimo, *Moral and Social contracts*, in *Law Times*, 1930, vol. 170, 317.

Ma la questione dell'intento di contrarre un vincolo giuridico (*to enter into legal obligation*) può presentarsi anche per contratti, ove quell'intento è tipico o normale, e si presenta allora come intento espresso di non contrarre quel vincolo (v. vol. I § 1, p. 10).

Qui v'è una gradazione fra i *business bargains* e altri *bargains*, che tendono ad avere quel carattere nel costume e nei quali l'intento di non contrarre quel vincolo, cioè di un mero *gentlemen's agreement*, può anche risultare implicitamente dalle circostanze (v. vol. I, *loc. cit.*).

Per un esempio di quest'ultima classe, v. il caso *Lens v. Devonshire Club*. Per i *football-pools*, i nostri *Totocalcio ecc.*, che tendono ad avere

nel costume quel carattere in modo ormai spiccato, si richiede una clausola espressa per escludere l'intentò giuridico: v. *Appleson v. H. Littlewood Ltd.* 1939, I *All England Law Reports* 464, ove esisteva quella clausola espressa, nonchè altre citazioni in *COKLE AND HIBBERT, op. et loc. cit.*

Nel caso *Rose and Frank Co. v. Crompton and Brothers Ltd.* 1923, 2 *K.B.* 261 (*Court of Appeal* di Londra) e 1925, *A.C.* 445 (*House of Lords*: v. vol. I § I, p. 9), si ha invece una tipica *business transaction* (*transaction* = affare). Un documento fra le parti, che avevano avuto fra loro lunghi rapporti di affari, stabiliva che gli attori sarebbero stati i venditori con esclusiva per gli Stati Uniti dei prodotti della ditta (inglese) convenuta e ne recava le clausole contenenti obbligazioni reciproche (*considerations*) fra le parti; ma aggiungeva: « questo *arrangement* non è concluso nè questo documento viene redatto come un *formal or legal agreement* e non sarà soggetto *to legal jurisdiction in the law Courts either of the United States or England* ». La *House of Lords* ritenne valida questa clausola per quanto riguardava l'esclusiva e gli ordini di merce pel futuro, ma (in ciò riformando il giudizio della *Court of Appeal*) non per quanto concerneva gli ordini già dati e accettati.

A parte quest'ultimo punto il giudizio di Lord Atkin nella *Court of Appeal* venne confermato. Così ne diceva Lord Atkin:

« Per creare un *contract* (intendi, obbligazione contrattuale giuridicamente vincolante) vi deve essere la comune intenzione delle parti di assumere un vincolo giuridico (*to enter into legal obligations*), un comune intento mutuamente comunicato in modo espresso o implicito. Tale intento sarà normalmente inferito nel caso in cui le parti entrino in un *agreement*, il quale, sotto altri rispetti, si conformi ai principii giuridici concernenti la formazione dei *contracts* (qui Lord Atkin allude ad un *agreement* che soddisfi il requisito del *bargain* o della *consideration*).

« Quell'intento può essere escluso in modo implicito dalla natura della promessa o delle promesse oggetto dell'*agreement*, come nel caso dell'offerta e dell'accettazione di un'ospitalità, o di alcuni *agreements* conclusi nel corso della vita familiare fra i membri della famiglia, come nel caso *Balfour v. Balfour*.

« Se l'intento suddetto può essere escluso in modo implicito, esso può essere escluso in modo espresso. Di fronte a questo documento (il documento del caso *Rose and Frank*), interpretato nel suo insieme, mi sento portato alla conclusione che la clausola in esame esprime in termini chiari il mutuo intento delle parti di non entrare *into legal obligations* rispetto ai rapporti, pei quali esse redassero per iscritto il loro *agreement*. Non mi è mai capitato di vedere una clausola del genere, ma io non vedo nulla di

to, si richiede una clausola. Appleson v. H. Little dove esisteva quella clausola. HIBBERT, *op. et loc. cit.* and Brothers Ltd. 1923, 5, A.C. 445 (*House of Lords*), che avevano avuto fra loro sarebbero stati i ventenni della ditta (inglese) e le obbligazioni reciproche (*contractual arrangement* non è concesso *formal or legal agreement* *the law Courts either of which* ritenne valida questa clausola. *ini* di merce per futuro, *Appeal*) non per quanto

d Atkin nella *Court of Appeal*:

« Contrattuale giuridica delle parti di assunzione (*obligations*), un comune obbligo o implicito. Tale in fatto le parti entrino in un contratto ai principii giuridici di Atkin allude ad un obbligo (*consideration*).

« Derivato dalla natura dell'obbligazione, come nel caso degli *agreements* conclusi dalla famiglia, come nel

caso implicito, esso può essere documentato (il documento suo insieme, mi sento prima in termini chiari *legal obligations* rispetto al contratto *agreement*. Non mi pare che io non vedo nulla di

necessariamente assurdo nel fatto che uomini d'affari cerchino di regolare i loro rapporti d'affari mediante mutue promesse, che manchino del carattere di *legal obligations* e riposino su obbligazioni o d'onore o di *self-interest* o di entrambi ».

Con ciò Lord Atkin, e con lui la *House of Lords*, proclama espressamente e in termini scultorei il punto di vista di cui sopra, *sub* I lettera *b*.

BALFOUR v. BALFOUR

King's Bench (1919) 2 K. B. 571. — 121 *The Law Times Reports*, 346

RILEVANZA DELL'INTENTO DI CONTRARRE UN VINCOLO GIURIDICO OPPURE DI QUELLO DI FARE UN BARGAIN? IMPLIED E EXPRESS PROMISE. — NATURA ORDINARIA DELL'AFFARE, IMPORTANZA DELLE CIRCOSTANZE, ONERE DELLA PROVA CIRCA QUELL'INTENTO.

(il *case* è in parte riassunto, in parte riferito testualmente, salvo alcuni *omissis*)

Riassumiamo il fatto di causa, inserendo già nello stesso riassunto alcuni chiarimenti.

Dopo il loro matrimonio, i coniugi Balfour erano andati a stabilirsi a Ceylon, ove il marito aveva un impiego. Venuti entrambi in Inghilterra nel novembre 1915 per una licenza del marito, vi rimasero fino all'agosto 1916, epoca in cui la detta licenza spirava.

Senonchè, non potendo la moglie per ragioni di salute, seguire il marito, poco prima della partenza di questi i due discussero e si accordarono verbalmente sulla somma, di cui la moglie avrebbe avuto bisogno per il suo sostentamento in Inghilterra durante l'assenza del marito, e questa somma fu stabilita in un assegno mensile di 30 sterline.

Successivamente, pare, a seguito di dissidi insorti fra i coniugi, il marito sospese l'assegno concordato; per il che la moglie chiese giudizialmente il pagamento di 55 sterline, somma che essa pretendeva riferendosi a quell'accordo, anzichè al comune obbligo alimentare del marito (che sarebbe stato da determinare nell'*an* e nel *quantum debeatur*). È chiaro anche nel *case* che la moglie faceva valere il preteso accordo, non come regolamento generale dei rapporti alimentari fra coniugi, ma soltanto per il di lei mantenimento duran-

te il periodo della loro separazione determinata dalle ragioni suddette, periodo cui quell'accordo si riferiva.

Come base dell'azione la moglie allegava un *contract*, la cui *consideration*, da parte di essa moglie, sarebbe consistita nella promessa di provvedere al proprio mantenimento con la detta somma, senza chiedere altro al marito o di rinunciare al di lei diritto di obbligare il marito (*to pledge his credit*) per il proprio mantenimento.

In primo grado, il giudice Sargant ritenne che v'era stato al momento della partenza del marito un « *definite bargain* », riaffermato fra le parti in almeno due occasioni. L'unica eccezione, continuava Sargant, poteva essere quella di un *nudum pactum*; ma, essendo il marito per legge obbligato a mantenere la moglie, i due coniugi potevano stabilire mediante un contratto l'ammontare dell'obbligazione, in modo che nè l'uno potesse poi pretendere di dare meno, nè l'altro di avere di più, quali che fossero le successive personali occorrenze o evenienze di ciascuno dei due. In queste reciproche rinuncie o promesse stava la *consideration*. Da questa decisione appellava il marito.

WARRINGTON, L. J. ... (*Omissis*: qui il *Lord Justice* riassume i precedenti di causa e la decisione di Sargant; osserva come sia difficile vedere nel caso un *definite agreement* o *definite bargain* e come le successive lettere fra le parti non gettino alcuna luce su questo punto):

« Tali essendo i fatti, qual'è la situazione? Noi dobbiamo decidere se sulla base di questi fatti v'è un *legal contract* fra le parti. In altre parole: se ciò che avvenne fra di esse aveva il carattere di un *legal contract*, oppure se si trattava di un mero *arrangement* fra marito e moglie della stessa natura di un *domestic arrangement*, che può essere fatto nella vita quotidiana fra una comune coppia di sposi che vivono assieme in amichevoli rapporti.

« Può essere, e per il momento non ne escludo la possibilità, che un affare quale quello allegato sia stato concluso come *contract* fra il marito e la moglie. Ma si tratta di vedere se un simile *contract* fu fatto nel presente caso. Ciò può essere stabilito soltanto o provando

ata dalle ragioni suddet-
 ti un *contract*, la cui *con-*
 consistita nella promessa
 la detta somma, senza
 i lei diritto di obbligare
 o mantenimento.

enne che v'era stato al
definite bargain», riaffer-
 L'unica eccezione, conti-
rudum pactum; ma, es-
 tenere la moglie, i due
 tratto l'ammontare del-
 poi pretendere di dare
 fossero le successive per-
 dei due. In queste reci-
ration. Da questa deci-

Lord Justice riassume i
 ; osserva come sia diffi-
definite bargain e come
 alcuna luce su questo

e? Noi dobbiamo deci-
contract fra le parti. In
 aveva il carattere di un
 mero *arrangement* fra
domestic arrangement, che
 comune coppia di sposi

cludo la possibilità, che
 cluso come *contract* fra
 se un simile *contract* fu
 ito soltanto o provando

che esso fu fatto in termini espressi, oppure che le circostanze, con-
 cernenti le parti e l'affare in genere, necessariamente implicano che
 un simile *contract* fu fatto (1).

« È del tutto chiaro che un contratto del genere non fu concluso
 in termini espressi, e che non vi fu *bargain* da parte della moglie (2).
 Tutto ciò che avvenne è questo: le due parti si incontrarono in via
 amichevole e discussero su quanto sarebbe stato necessario per il
 mantenimento della moglie, mentre questa doveva restare in Inghil-
 terra durante la permanenza del marito a Ceylon; ed esse parti ar-
 rivarono alla conclusione che la somma mensile di 30 sterline sareb-
 be stata all'incirca giusta. Ma non v'è alcuna prova di un qualsiasi
express bargain da parte della moglie nel senso che essa avrebbe
 considerato, in ogni circostanza o evenienza futura, quella somma
 come soddisfazione dell'obbligazione del marito di mantenerla.

« Quanto alla posizione delle parti, possiamo noi argomentarne
 un contratto? Mi sembra quasi impossibile. Se noi dovessimo trarre
 per implicazione (dalle circostanze) un simile contratto, noi dovrem-
 mo nel presente caso implicare un impegno da parte della moglie
 nel senso che, qualunque cosa fosse per accadere in futuro e qua-
 lunque cambiamento avessero subito le circostanze mentre il marito
 era assente, essa si sarebbe ritenuta soddisfatta della somma di 30 st.
 al mese, e si sarebbe legata con un'obbligazione, che sarebbe stata
giuridicamente vincolante per lei (3), di non richiedere altre somme
 al marito.

« Dall'altro canto, noi dovremmo implicare, da parte del marito,
 un *bargain* di pagare 30 st. al mese per un certo periodo indefinito,
 quali che fossero le future circostanze o evenienze. Anche qui mi
 pare impossibile fare una simile implicazione. In realtà, la cosa, quan-
 do ben la si consideri, si riduce ad un assurdo, perchè se noi doves-
 simo ritenere che vi fu un *contract* in questo caso, noi dovremmo
 ritenere che, anche riguardo a tutti i più o meno insignificanti
 (*trivial*) affari (*concerns*) della vita, in cui una moglie a richiesta
 del marito gli fa una promessa, questa è una promessa che può es-
 sere giuridicamente sanzionata (*enforced in law*).

« Tutto ciò che io posso dire si è che qui non v'è un simile *contract*. Queste due persone mai ebbero l'intento di fare un *bargain* che potesse essere giuridicamente sanzionato (4). Il marito espresse la sua intenzione di fare quell'assegno e promise di farlo; ed era vincolato in linea d'onore a continuarne il pagamento, fin quando egli era in condizioni di potervi adempiere. D'altro lato, la moglie, per quanto mi risulta, non fece alcun *bargain* (5).

« Ciò, secondo me, è sufficiente per decidere il presente *case*. Non occorre vedere se, nel caso in cui il marito non pagasse l'assegno, la moglie potesse obbligarlo nel senso di *to pledge his credit* (6), o se, sempre nel suddetto caso, la moglie potesse fare altri *arrangements*. La sola questione che noi dobbiamo considerare è la seguente: se la moglie ha provato un *contract* che essa si era proposta di provare (7). Secondo me, la risposta dev'essere negativa.

« Ritengo, pertanto, che il giudizio di Sargan J. non può sostenersi. L'appello dev'essere accolto, etc. ».

DUKE, L. J.: « Sono d'accordo.

« Questo è un caso sotto certi aspetti importante...

« ...Sostanzialmente si tratta, nel caso, di vedere se la promessa del marito alla moglie di farle un'assegno periodico mentre essa vive lontano da lui, è una promessa che implica, secondo il diritto, delle *considerations* da parte della moglie, sufficienti a convertire quella promessa in un *agreement* (8). Secondo me, la risposta dev'essere negativa. Non dissento dalla proposizione che in questo caso gli sposi avrebbero potuto fare un *agreement*, che potrebbe costituire per l'attrice il fondamento di un'azione (*cause of action*) (9). (*Omissis*: Duke L. J. richiama il *Married Women's Property Act* del 1882).

« La vera questione concerne l'esistenza o meno della *prova* (10) di uno scambio di promesse del genere, tale che farebbe della promessa del marito la base di un *agreement*.

« Mr Hawke (avvocato della sig.ra Balfour) ha insistito sul punto che, essendo la promessa (del marito) stata fatta in modo assoluto (11), essa dovrebbe essere interpretata (*construed*) come una delle reciproche promesse che costituiscono un *agreement*. Si è detto che

qui non v'è un simile intento di fare un *bargain* (4). Il marito espresse la sua volontà di farlo; ed era vincente, fin quando egli, per il suo lato, la moglie, per il suo.

Considerare il presente *case*. Il marito non pagasse l'assegno *pledge his credit* (6), e non potesse fare altri *arrangements*. Considerare è la seguente: si era proposta di proporzionalità.

Mr. J. non può sostenere...

importante...

vedere se la promessa è valida mentre essa vive secondo il diritto, delle parti a convertire quella risposta dev'essere nei questo caso gli sposi debbe costituire per l'azione (9). (*Omissis: Duty Act* del 1882).

meno della *prova* (10) che farebbe della pro-

te) ha insistito sul punto fatta in modo assoluto (*trued*) come una delle *elements*. Si è detto che

una promessa e un'implicita assunzione di fare qualcosa (*implied undertaking*) fra persone estranee, del genere della promessa e dell'*implied undertaking* allegati in questo caso, avrebbero fondato una azione contrattuale. Può essere. Ma non si può trascurare in questo caso di considerare qual'era la base (12) di tutte le dichiarazioni fra le parti, dichiarazioni mediante le quali si pretende che si sarebbe formato il contratto.

« Tale base era il rapporto di marito e moglie, un rapporto che crea obbligazioni (*omissis*: il giudice osserva che l'assegno concordato si riferiva ad un allontanamento temporaneo delle parti viventi ancora in pieno accordo, e non ad una separazione legale, nel qual caso l'accordo per la separazione importa delle reciproche *considerations*).

« Nel presente caso non vi fu affatto un *agreement*. Le parti erano marito e moglie, legate da questo rapporto giuridico (di marito e moglie). Si può forse dire che, laddove esiste questo rapporto e delle promesse sono scambiate (13), queste devono considerarsi come promesse di natura contrattuale? Secondo me, vi dovrebbe essere qualcosa di più che delle semplici promesse reciproche aventi riguardo al rapporto coniugale. Si richiede che le obbligazioni nascenti da questo rapporto siano consensualmente estinte (*discharged*) prima che una delle parti possa fondare un *contract* su quelle promesse.

(*Omissis*: Il Lord Justice Duke critica qui la tesi che la *consideration* della promessa di 30 st. mensili consisteva nella rinuncia da parte della moglie al diritto di obbligare il marito verso terzi per il di lei mantenimento: *to pledge his credit*. Sembra poi che lo stesso Lord Justice fondi il suo giudizio di accoglimento dell'appello sulla mancanza di una *consideration* da parte del marito o di una sua promessa che fosse idonea a fondare un'azione, proposta come azione esclusivamente contrattuale. Il giudice si richiama anche ai gravi inconvenienti che sorgerebbero qualora si concedesse un'azione contrattuale in casi del genere: v. in proposito *infra* anche Atkin, L. J.).

ATKIN, L. J.: «Per difendersi contro quest'azione fondata sul preteso *contract*, il marito afferma che egli non concluse alcun *contract* con la moglie. Al fin di decidere su questo punto occorre ricordare che vi sono accordi (*agreements*), i quali non danno luogo a dei *contracts* nel senso che questo termine ha nel nostro diritto (14). L'esempio comune è quello di due persone che si accordano per fare una passeggiata assieme, o dell'offerta e accettazione di un atto di ospitalità. Nessuno vorrà dirci che, in circostanze ordinarie, simili accordi danno luogo a ciò che consideriamo un *contract*, e una delle più comuni forme di *agreement* non costituenti un *contract* mi sembra essere quella degli accomodamenti (*arrangements*) che si sogliono fare fra marito e moglie (*omissis*: il giudice qui menziona gli accordi fra marito e moglie circa un assegno di certe somme alla settimana o mensili o annuali per le spese di lei, o per quelle della casa, ove la moglie espressamente o implicitamente promette di impiegarle per questi scopi).

«Secondo me, simili accordi, o molti fra essi, non danno luogo a dei *contracts*, benchè vi possa essere ciò che fra altre parti costituirebbe una *consideration* dell'*agreement* (15). La *consideration*, come sappiamo, può consistere, ecc. (il giudice riporta la classica definizione del caso *Currie v. Misa*, riferita anche nel caso *Hamer v. Sidway*). Accade, credo, molto spesso che quegli *arrangements* fra marito e moglie presentano promesse reciproche, cioè *arrangements* in cui, nella forma, si presenta una *consideration* che rientra nella surrichiamata definizione (16). Tuttavia essi non sono *contracts*, e non lo sono perchè le parti non intesero che essi fossero assistiti da effetti giuridici (*omissis*: qui il giudice rileva i gravi inconvenienti cui l'opposta tesi darebbe luogo nei rapporti coniugali, gli innumerevoli litigi, che richiederebbero la moltiplicazione per cento dei magistrati di ordine inferiore, ecc.).

«Sulla base di questi accordi non si propongono azioni giudiziali, e ciò, non perchè le parti siano riluttanti a chiedere l'attuazione in giudizio (*to enforce*) dei loro diritti a seguito della violazione dell'accordo, ma perchè le parti, fin dallo stesso inizio del-

l'a
ch
co
co
co
l'a
fr
rij
o
al
ti
sti
gi
de
qu
le
Pe
ra
ne
se
a
di
na
pi
re
e
qu
ar
m
qu
fo
33

quest'azione fondata sul non concluse alcun *contract*. In questo punto occorre ri-quali non danno luogo a a nel nostro diritto (14). che si accordano per fare ettazione di un atto di stanze ordinarie, simili un *contract*, e una delle nti un *contract* mi sem-*arrangements*) che si so- iudice qui, menziona gli io di certe somme alla i lei, o per quelle della amente promette di im-

essi, non danno luogo he fra altre parti costi- (15). La *consideration*, dice riporta la classica anche nel caso Hamer quegli *arrangements* fra che, cioè *arrangements* *variation* che rientra nella non sono *contracts*, e essi fossero assistiti da a i gravi inconvenienti coniugali, gli innume- zione per cento dei ma-

pongono azioni giudi- anti a chiedere l'attua- ti a seguito della viola- dallo stesso inizio del-

l'accordo, non intesero affatto che ciascuna di esse potesse essere chiamata in giudizio su quella base.

« Accordi di questo genere sono del tutto fuori dal regno dei *contracts*. La *common law* non regola la forma degli accordi fra coniugi. Le loro promesse non sono sigillate con sigilli o cera. La *consideration*, che in realtà prevale in simili accordi, consiste in quell'amore e quell'affetto naturali che contano così poco in questi nostri freddi tribunali: I termini o patti di questi accordi possono essere ripudiati, modificati (17), rinnovati durante l'esecuzione dell'accordo o quando sorgono dissensi, e i principii della *common law* quanto alla remunerazione, alla remissione di debito, all'*accord and satisfaction*, sono tali che non trovano alcun posto nel codice domestico (18). Le parti stesse sono avvocati, giudici, tribunali, ufficiali giudiziari e *reporters*. Rispetto a queste premesse, ogni casa è un dominio nel quale il *Writ* (19) del Re non tenta di entrare e nel quale i suoi ufficiali non tentano di essere ammessi.

« Nel presente caso si tratta soltanto di vedere se la promessa delle parti rientrava o meno nella classe di accordi testè menzionati. Per le ragioni offerte da miei colleghi, la soluzione mi sembra chiara. Ritengo sia chiaramente stabilito che nel nostro caso la promessa non fu intesa da nessuna delle parti come promessa da cui derivassero effetti giuridici. Ritengo che l'onere di provare (il contrario) era a carico dell'attrice, e che l'attrice non ha affatto provato l'esistenza di un *contract* (20).

« Le parti vivevano assieme; la moglie aveva intenzione di ritornare a Ceylon (s'intende presso il marito, dopo aver curato la propria malattia).

« Ciò che suggerisce (l'attrice) è che essa si vincolò ad accettare, come il marito si vincolò a pagare, sterline 30 al mese in ogni e qualsiasi evenienza; che essa si vincolò a ritenersi soddisfatta con quella somma in ogni e qualsiasi evenienza; che, benchè essa fosse ammalata e in Inghilterra, essa si vincolò a coprire con quella somma tutte le spese per cure mediche che avrebbero potuto occorrerle, qualunque potesse essere il corso della sua malattia, e qualunque fosse l'ammontare delle spese stesse.

« A mio avviso, nessuna delle due parti mai contemplò un simile risultato. Ritengo che la prova orale, con la quale si vorrebbe mostrare l'esistenza di un *contract* non la dimostra; e che la prova scritta, cioè le lettere, alle quali soltanto, abbastanza stranamente, il giudice di primo grado si riferisce, non provano l'esistenza di tale *contract*, ecc. Per queste ragioni ritengo erroneo il giudizio del detto giudice di primo grado e ritengo di dover accogliere l'appello ».

NOTA E QUESTIONARIO. - V. vol. I § 1 in appendice e ivi la nota 4; § 14 *sub b* specie nota 3; § 31 note 1 e 7; nonchè la premessa al presente capitolo.

Si tratta di un celebre caso, che ha dato luogo a notevoli difficoltà di interpretazione circa i veri motivi della decisione; e ciò anche in relazione al sistema, peculiare alla *common law*, dell'opinione personale di ciascun giudice (v. Avvertenze al presente volume II, n. 5 *sub e*).

Secondo alcuni autori, il motivo predominante della decisione sarebbe la mancanza dell'intento di fare un *bargain* e così la mancanza della *consideration*: WILLISTON, cit. nel vol. I § 1 nota 4 e § 31 nota 7. Secondo altri, invece, il motivo predominante sarebbe la mancanza dell'intento di contrarre un vincolo giuridico, nonostante la presenza di un *bargain* e di una contropromessa (della moglie): CHESHIRE AND FIFOOT e altri cit. nel vol. I *loc. cit.*, nonchè COKLE AND HIBBERT, *Leading cases in common law*, vol. I, *Contracts*, London, 1945, p. 123. In questo senso il caso è stato interpretato dallo stesso Lord Atkin nel successivo *case* Rose and Frank v. Crompton (v. Premessa al presente cap. *sub 5°*).

Date le cennate difficoltà di interpretare il *case*, riteniamo conveniente seguire qui il metodo delle note secondo richiami o numeri da noi inseriti nel testo del *case* stesso.

(1) Su questa concezione dell'*express* e dell'*implied promise* e sulla sua portata, v. vol. I § 4 *sub d* e § 14 *sub e* nota 16. In presenza di un'*express promise*, sembra, l'onere della prova, e cioè la prova che manca un intento giuridico, è a carico di chi assume la mancanza di quest'intento.

(2) Sul concetto di *bargain* v. vol. I § 26 *sub d* e § 31.

Il giudice intende qui alludere ad un *bargain*, o intento di *bargain*, in senso generico, oppure nel senso di un *bargain* accompagnato dall'intento di contrarre un vincolo giuridico? Nella prima ipotesi si ammetterebbe che, pur avendo le parti l'intento di scambiare qualcosa (nel caso, una promessa con una rinuncia in modo che l'assegno doveva considerarsi *à for-*

fait: v.
l'intent
di fare
larsi gi
questio
che ma
Op
in cam
cui sub
(3)
menti
delle p
(4)
bargain
sopra 1
(5)
(6)
rito ve
mantel
(7)
promis
ordina
contra
rico di
(8)
sa da
o *agri*
vol. I
(9)
a far
ritto e
V
(1
(1
tivi; e
gener
ta per
(1
in sei
tento

mai contemplò un sì-
la quale si vorrebbe
iostra; e che la prova
stanza stranamente, il
no l'esistenza di tale
o il giudizio del det-
ccogliere l'appello».

pendice e ivi la nota 4;
chè la premessa al pre-

a notevoli difficoltà di
ciò anche in relazione
ne personale di ciascun
sub e).

della decisione sarebbe
la mancanza della con-
§ 31 nota 7. Secondo
mancanza dell'intento di
za di un bargain e di
FRFOOR e altri cit. nel
ding cases in common
sto senso il caso è stato
case Rose and Frank

riteniamo conveniente
o numeri da noi inse-

plied promise e sulla
i. In presenza di un'ex-
a prova che manca un
canza di quest'intento.
d e § 31.

o intento di bargain, in
ompagnato dall'intento
otesi si ammetterebbe
osa (nel caso, una pro-
eva considerarsi a for-

fait: v. *infra* nel *case*), questo intento può non essere accompagnato dal-
l'intento di contrarre un vincolo giuridico. Nella seconda ipotesi, l'intento
di fare un *bargain*, o il *bargain*, si identifica con quell'intento di vinco-
larsi giuridicamente (v. anche *infra* nota 4). Ma, se non si vuol fare una
questione terminologica, sembra che nel passo annotato si alluda all'idea
che mancava l'intento di un *forfait*.

Oppure si vuol semplicemente dire che la moglie non promise nulla
in cambio? V. *infra* nota 5. O, ancora, che non vi fu un *express bargain*,
cui subito dopo allude il Lord Justice Warrington?

(3) Nel nostro diritto non sembra che un simile contratto sugli ali-
menti fra coniugi sia giuridicamente vincolante, anche se tale è l'intento
delle parti.

(4) Qui il Lord Justice sembra alludere non tanto all'intento di un
bargain, quanto a quello di fare un *bargain* giuridicamente vincolante. V.
sopra nota 2.

(5) V. nota 2.

(6) L'espressione significa il potere della moglie di obbligare il ma-
rito verso terzi, fornitori di beni o servizi alla moglie stessa per il suo
mantenimento.

(7) Sembra si voglia dire che, nei casi in cui non risulta un'*express*
promise, o ove un'*implied promise* non si può presumere, data la natura
ordinaria dell'affare e date le circostanze, l'onere di provare l'intento di
contrarre un vincolo giuridico è a carico di chi l'assume (nel caso, a ca-
rico della moglie): v. sopra nota 1 e vol. I § 1 in appendice.

(8) Sul concetto di questa *implication* di una *consideration* o promes-
sa da parte della moglie, v. note 1 e 7. Sul concetto del consenso, accordo
o *agreement*, come dipendente da reciproche concessioni fra le parti, v.
vol. I § 35 *sub a*.

(9) La *cause of action* è quel complesso di fatti rilevanti e sufficienti
a far nascere un'azione o, per l'equivalenza nella *common law* fra di-
ritto e azione, un diritto.

V. anche il caso in *Re Bonacina*.

(10) Su questa prova e sul relativo onere, v. sopra nota 7.

(11) In modo assoluto, cioè, pare, senza riserve o presupposti limita-
tivi; sicchè sembra si voglia dire che, in presenza di una promessa del
genere, si deve presumere, salvo prova contraria, che tale promessa fu fat-
ta per un *quid pro quo* o una reciproca concessione.

(12) Qui il giudice sembra ammettere che vi possa essere un *bargain*
in senso generico, o l'intento di reciproche concessioni, ma che tale in-
tento non basta, se dalla natura ordinaria dell'affare o dalle circostanze ri-

sulta, quanto meno, una presunzione di mancanza dell'intento di contrarre un vincolo giuridico; v. sopra note 7 e 10.

(13) V. nota 12.

(14) Ecco il punto cruciale: In questo passo, e nelle parole che lo seguono, il giudice sembra ammettere la tesi che la presenza di un *bargain*, di una *consideration* o di reciproche concessioni o accordi anche *express* (v. vol. I § 35 *sub a*), non è di per sè decisiva a creare un *contract*; e che occorre anche l'intento di contrarre un vincolo giuridico, quale può risultare dalla natura ordinaria dell'affare o, altrimenti, da una prova *ad hoc*, v. anche note 15 e 16. Si veda, in proposito, anche il nostro vol. I § 14 *sub b*, specialmente nota 2 e il caso *Wyatt v. Kreglinger*, e ivi la nota 10 bis.

(15) V. nota 14.

(16) V. nota 14.

(17) e (18) v. vol. I § 38 *sub c ad* nota 27 segg. e il mio articolo ivi citato.

(19) Sul *writ*, con cui qui il giudice vuol alludere all'azione in giustizia, v. vol. I § 26 *sub a*.

(20) V. sopra nota 7.

Dopo la lettura di queste note, il lettore potrà rendersi conto delle difficoltà di interpretazione del *case*, e vorrà dire quale delle due opinioni, richiamate nel principio di questa nota circa il motivo predominante nella decisione, egli preferisce. Egli vorrà anche confrontare questo *case* con gli altri riferiti nel presente capitolo.

Quesito per la *civil law*:

Come, e per quali vie o concezioni, si risolverebbe da noi il caso *Balfour*, a prescindere, s'intende, dalla questione di cui a nota 3?

KIRKSEY v. KIRKSEY

Supreme Court of Alabama, 1845. — 8 Ala, 131

PROBLEMA DELL'INTENTO GIURIDICO IN RELAZIONE A QUELLO DI UN BARGAIN. — MERO CONSIGLIO DEL PROMITTENTE? INTENTO DI UNA MERA GRATUITY O DONAZIONE CON UN MERO PRESUPPOSTO O CONDIZIONE? RELIANCE? — PROBLEMI PER LA CIVIL LAW.

(il *case* è in parte riassunto, in parte riferito testualmente)

L'attrice, signora Kirksey, cognata del convenuto e rimasta ve-