

PREMESSA

Il presente lavoro intende offrire un'indagine sui fenomeni dell'invalidità e dell'estinzione del contratto nel diritto inglese, comparando i punti in comune e le differenze rispetto al diritto italiano.

Il titolo della tesi può in parte sorprendere, in quanto nel diritto italiano il termine "estinzione" non viene tradizionalmente associato al contratto, bensì alle obbligazioni; la sua scelta, dunque, riflette la presenza diffusa nel diritto inglese della parola "*discharge*", utilizzata sia per indicare la cessazione dell'efficacia del contratto, sia per tutte le varie ipotesi in cui questo si estingue.

Non dovrebbe sorprendere, invece, la decisione di incentrare la tesi sull'invalidità e sull'estinzione del contratto, essendo entrambi argomenti di notevole interesse e rilevanza pratica; la scelta dell'ordinamento inglese, invece, si motiva con l'indubbio richiamo esercitato dalle Corti d'oltremarica ed in particolare dallo storico dualismo - ancora vivo - tra i sistemi di *common law* e di *equity*, nonché con la curiosità di venire a contatto con un diritto, il cui successo internazionale viene generalmente fatto discendere dall'impareggiabile grado di certezza che è in grado di offrire.

Trattandosi di due delle tematiche più classiche e dibattute del diritto privato, si è ben consapevoli del fatto che i notevoli rischi già di per sé esistenti nell'esposizione di tali argomenti si amplificano dinanzi al tentativo di compiere raffronti con un diritto, non solo straniero, ma anche appartenente ad un sistema - come quello di *common law* - fondato su origini e presupposti diversi da quello - di *civil law* - a cui appartiene il diritto italiano.

Dunque, la comparazione verrà perlopiù effettuata tra fonti giudiziali inglesi e norme codicistiche italiane; tale apparente squilibrio è però quasi inevitabile in presenza di un diritto di formazione giurisprudenziale come quello inglese.

Verranno analizzate e confrontate anche le principali fonti di natura legislativa (*statutes*), dedicando particolare attenzione al *Consumers Rights Act 2015*, recentemente

introdotto al fine di riunire ed aggiornare la precedente normativa in materia di tutela del consumatore, nonché ai fondamentali *Unfair Contract Terms Act 1977* e *Sale of Goods Act 1979*, che disciplinano, rispettivamente, le clausole d'esclusione o di limitazione della responsabilità vessatorie contenute nei contratti tra imprenditori e la compravendita dei beni mobili.

Inoltre, il contratto verrà illustrato in tutti i suoi elementi in modo da permettere un avvicinamento graduale alle regole in materia di invalidità ed estinzione contrattuale: si partirà trattando brevemente la nascita della *contract law* e la nozione di contratto, per proseguire con il principio della *freedom of contract* e le varie classificazioni dei contratti e poi concludere con l'elencazione dei requisiti.

Seguirà l'esposizione dell'oggetto, del contenuto e dell'efficacia del contratto: in particolare, per quanto riguarda il contenuto, risulta fondamentale, da un lato, la distinzione delle clausole, in base all'importanza all'interno del contratto, tra *conditions*, *warranties* ed *innominate terms* - soprattutto in relazione all'incidenza di un loro inadempimento ai fini della possibilità di risolvere il contratto - e dall'altro, quella tra esplicite (*express terms*) ed implicite (*implied terms*); a queste si aggiungono le clausole di esclusione della responsabilità (*exclusion clauses*), che verranno analizzate anche in relazione ai sopracitati interventi legislativi (*Consumer Rights Act 2015* e *Unfair Contract Terms Act 1977*).

Infine, il terzo ed ultimo capitolo tratterà dell'invalidità e dell'estinzione del contratto, a ciascuna delle quali verrà dedicata un'apposita parte; pur senza alcuna pretesa di esaustività, l'obiettivo sarà quello di fornire un'illustrazione il più aggiornata possibile, in rapporto soprattutto alle più recenti innovazioni introdotte della Supreme Court.

La prima parte si occuperà dell'invalidità del contratto e delle sue cause, tra le quali verrà inclusa anche l'incapacità contrattuale, per rispettare la collocazione tipica della manualistica inglese di *contract law*; si proseguirà con il *mistake*, la *misrepresentation*, la *duress* e l'*undue influence* - tentando di individuare punti di contatto e di rottura, rispettivamente, con le figure dell'errore, del dolo, della violenza e del timore reverenziale - e si concluderà con l'illegalità del contratto, così come rinnovata dalla Supreme Court a seguito della decisione del caso *Patel v. Mirza* (2016).

La seconda parte è invece relativa all'estinzione del contratto, che verrà analizzata in ognuna delle sue tipologie, a partire dal recesso unilaterale (*unilateral discharge*), continuando con l'adempimento (*discharge by performance*), con l'accordo delle parti, sia esso recesso per mutuo consenso, remissione del debito o novazione (*discharge by agreement*) e con varie ipotesi, alcune estranee al diritto privato ed altre invece rientranti in esso - come la confusione e la sopravvenuta impossibilità della prestazione (*frustration*) - che il diritto inglese accomuna per l'origine legale (*discharge by operation of law*) e terminando, infine, con l'inadempimento del contratto (*discharge by breach*).

A quest'ultimo, per l'importanza rivestita, verrà dato uno spazio particolare, dove si darà conto innanzitutto della sua nozione e delle due forme che può assumere (*actual breach* e *anticipatory breach*), per poi procedere ad esporre le varie tipologie di rimedi disponibili per la parte adempiente, distinguendoli a seconda che la loro concessione avvenga in *common law* oppure in *equity* e comparandoli con le soluzioni previste nel diritto italiano.

Si vedrà, dunque, come la prima categoria sia composta dalla *termination* (risoluzione del contratto), dai *damages* (risarcimento del danno), dall'*action for an agreed sum* (azione per il recupero del credito) e dalla *liquidated damages clause* (clausola penale), mentre invece la seconda, dalla *specific performance* (esecuzione in forma specifica di un'obbligazione positiva) e dall'*injunction* (esecuzione in forma specifica di un'obbligazione negativa); di questi ultimi, in particolare, verranno esaminate le implicazioni derivanti dalla loro natura equitativa.

CAPITOLO PRIMO

PROFILI INTRODUTTIVI E REQUISITI DEL CONTRATTO NEL DIRITTO INGLESE

SOMMARIO: 1. La nascita della *contract law* - 2. La nozione di contratto – 3. La *freedom of contract* – 4. La classificazione dei contratti – 5. I requisiti del contratto - 5.1. Accordo (*agreement*) - 5.1.1. Offerta (*offer*); 5.1.2. Accettazione (*acceptance*) – 5.2. Intenzione di creare un vincolo giuridico (*intention to create a legal relation*) - 5.3. *Consideration* - 5.4. Forma (*form*)

1. La nascita della *contract law*

Con *contract law* si intende quell'area del *common law* che regola le obbligazioni assunte volontariamente da due o più soggetti mediante un contratto.

Essa, insieme alla *law of tort* e alla *law of property*, completa la tripartizione che caratterizza il diritto civile inglese; la prima ha ad oggetto le obbligazioni imposte dalla legge di non interferire con la proprietà e la libertà di un altro soggetto - la cui violazione comporta quella che nel diritto italiano è definita responsabilità civile (o extracontrattuale o aquiliana) - mentre la seconda al suo interno si suddivide in *law of real property* (o *land law*), che disciplina i diritti di proprietà e gli altri diritti reali su beni immobili (*real estate*) e *law of personal property*, avente invece ad oggetto quelli relativi a beni mobili e beni immateriali, come i diritti di proprietà intellettuale (diritto d'autore, diritto dei brevetti e dei marchi e segni distintivi)¹.

¹ È possibile inoltre distinguere tra obbligazioni auto-imposte (*self imposed obligations*) - derivanti da accordi, promesse o altri impegni – che costituiscono l'oggetto della *contract law* ed obbligazioni imposte dall'esterno o extracontrattuali (*externally imposed or extracontractual obligations*), oggetto della *law of torts* e della *law of restitution* (o *law of unjust enrichment*), quest'ultima relativa alle obbligazioni di restituzione dei benefici ottenuti ingiustamente a discapito di un altro soggetto con il quale non si è legati da alcuna relazione contrattuale (ad esempio la somma pagata a seguito di un errore di

La nascita della *contract law* - e quindi della nozione di *contract* - è però da ricondurre alla nozione di *tort* e alla relativa *action of trespass*, una delle antiche *forms of actions* in materia di illecito, in quanto, originariamente, oggetto di tutela era solo il danno derivante dalla violazione di un obbligo².

Nel XIII secolo il sistema delle *forms of actions*, ossia le azioni tipiche che consentivano di far valere un diritto in sede giurisdizionale, era caratterizzato da un'estrema rigidità, in quanto mancava un rimedio generale per l'inadempimento e vi erano solo quattro azioni specifiche per determinate situazioni³.

Queste erano: l'*action of debt*, con la quale il re ordinava sia il pagamento di un debito, costituito da una somma di denaro certa, liquida ed esigibile, che la comparizione davanti al tribunale regio⁴, in caso di mancato pagamento; l'*action of detinue*, usata per la restituzione di una cosa mobile detenuta ingiustamente da un altro soggetto (*chattel*); l'*action of covenant*, inizialmente utilizzata per far valere in giudizio accordi relativi a beni immobili e divisioni ereditarie e successivamente limitata agli impegni contenuti in un atto scritto e munito di sigillo (*covenant under seal* o *deed*), purchè diversi dai pagamenti di somme di denaro certe, liquide ed esigibili per i quali rimaneva obbligatoria l'azione di *debt*; ed infine l'*action on account*, in caso di mancata restituzione da parte di un fiduciario di una somma di denaro ricevuta o amministrata per conto dell'attore (ad esempio, rendite o somme ricavate da vendite di merci dovute da tutori, rappresentanti o gestori di patrimoni altrui)⁵.

fatto). S. A. SMITH, in *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 2006, p. 1. E. MCKENDRICK, *Contract Law*, Londra, 2017, p. 5.

² G. ALPA-R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, p. 14.

³ G. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, p.10 ss.

⁴ Inizialmente l'unico tribunale era la *King's Court* (*Curia Regis*), composta dal re e dai suoi consiglieri ed avente il compito di verificare il pagamento delle tasse; a partire dal XIII secolo, la funzione giurisdizionale venne ripartita tra la *Court of Exchequer*, che, oltre ad esercitare le funzioni dell'antica *Curia Regis*, aveva giurisdizione in materia tributaria, la *Court of Common Pleas*, corte delle udienze comuni, competente a conoscere delle liti fra privati (*commoners*) e il *King's Bench*, che si occupava delle controversie che riguardavano la Corona, quelle penali in cui era stato commesso un reato contro l'ordine pubblico (*breach of the King's peace*) e quelle non di competenza delle altre Corti. A. RUSSO, *Inadempimento e clausola penale tra civil law e common law*, Napoli, 2012, p. 3.

⁵ Di conseguenza, era privo di tutela giurisdizionale ogni accordo non rientrante nelle categorie citate, come ad esempio, gli accordi di trasferimento di beni immobili privi della forma del *deed* e gli

Il sistema così delineato non subì modifiche fino alla fine del XV secolo; di conseguenza, la sua rigidità, unita al fatto che il fondamento della responsabilità del debitore era individuato nell'illegittimo possesso di un bene altrui e non nell'inadempimento dell'impegno assunto, fece sì che risultava impossibile fino a quel momento avere una nozione di *contract* come impegno in ogni caso vincolante e tutelabile giudizialmente⁶.

Tutto ciò andava a detrimento sia della certezza dei rapporti giuridici, sia dell'adeguatezza della tutela giurisdizionale, a cui i giudici tentavano di sopperire facendo ricorso ad inevitabili illogicità e artifici; problemi non risolti nemmeno dalla nascita della Corte di Cancelleria (*Court of Chancery*), che giudicava i casi ad essa sottoposti secondo *equity*, ossia secondo coscienza ed equità, in quanto i rimedi da essa forniti erano circostanziati alla singola decisione e frutto di una valutazione morale del caso⁷.

Per la soluzione bisognerà attendere il XVI secolo e precisamente l'evoluzione dell'*action of trespass on the case in action of assumpsit*.

Tutto ebbe origine con lo *Statute of Westminster II* del 1285, che permise l'estensione dell'uso delle *forms of actions* anche a casi simili a quelli per cui era prevista una specifica azione, ma che erano sprovvisti di tale rimedio.

accordi di consegna di merci o esecuzione di servizi il cui preciso ammontare non era stato previamente stabilito.

⁶ Non si trattava dunque di una sentenza di condanna per inadempimento contrattuale, ma per illecito extracontrattuale, costituito rispettivamente da un arricchimento indebito, da una detenzione priva di titolo della cosa ricevuta e dalla mancata restituzione ad opera del fiduciario; nell'azione di *covenant* invece, l'atto scritto aveva valore vincolante poiché dimostrava l'esistenza di un debito del convenuto e non di un accordo tra le parti.

⁷ La Corte di Cancelleria (*Court of Chancery*), composta dal Cancelliere (capo della Cancelleria Regia) e dagli altri giudici, tutti ecclesiastici e quindi giuristi canonisti, nacque dall'insoddisfazione dei cittadini per l'esiguità dei rimedi previsti dalle corti di *common law*; così, questi iniziarono a chiedere nuovi mezzi di tutela direttamente al Re, che, col passare del tempo e a causa del numero sempre maggiore di richieste, delegò i propri poteri giurisdizionali al Cancelliere.

Tale Corte ha affiancato quelle di *common law* a partire dal XIII secolo e fino alla riforma delle corti civili operata dagli *Judicature Acts* 1873-1875, che fuse entrambi i sistemi, assegnando tuttavia prevalenza ai principi di *equity* in caso di conflitto e dunque permettendo all'ordinamento inglese di mantenere quel carattere dualista tutt'oggi presente.

Così, dalla prima metà del XIV secolo l'azione di *trespass* uscì dal suo tradizionale campo d'azione, costituito dal *trespass*, ossia l'illecito che un soggetto commetteva violando la sfera giuridica altrui (*trespass to person*), o il diritto patrimoniale di un soggetto a godere liberamente di un suo bene immobile (*trespass to land*) o mobile (*trespass to chattle*) e iniziò ad essere applicata nei casi di danno derivante dall'inadempimento di un impegno contenuto in un accordo⁸: tale azione fu denominata *trespass on the case* (o *trespass upon the special case*), proprio a sottolinearne la sua utilizzazione analogica⁹.

La prima applicazione avvenne nel caso *Bukton v. Tounesende*, meglio noto come *Humberry Ferry case* (1348)¹⁰, nel quale il proprietario di un gregge decise di agire contro un barcaiolo che aveva assunto l'impegno di trasportare il gregge da una riva all'altra del fiume, ma che, avendo caricato eccessivamente l'imbarcazione, finì per rovesciarla e causò dunque l'annegamento di parte del gregge.

Grazie alla concessione dell'azione di *trespass on the case*, il barcaiolo poté essere dichiarato responsabile per aver causato un danno al proprietario del gregge, derivante dalla violazione di uno specifico impegno assunto nei suoi confronti¹¹.

Tuttavia, inizialmente l'azione di *trespass on the case* veniva utilizzata solo in caso di inadempimento inesatto (*misfeasance*), poichè si riteneva che quando l'adempimento mancava totalmente, il creditore non ricevendo nulla, non subiva un danno; verso l'inizio del XVI secolo però, si ammise che anche in quest'ultimo caso si configurava un danno, poiché si verificava una lesione all'affidamento (*reliance*) che il creditore aveva fatto sull'adempimento del debitore e così si estese l'applicazione

⁸ È evidente la differenza con le vecchie azioni di *debt*, *detinue*, *covenant ed account*; infatti queste venivano concesse in quanto il debitore conseguiva un ingiusto beneficio a scapito del creditore, mentre invece la concessione dell'azione di *trespass on the case* era legata al danno subito dal creditore come conseguenza dell'inadempimento del debitore, senza aver riguardo dell'eventuale vantaggio da quest'ultimo tratto.

⁹ G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p.15 ss.

¹⁰ *Bukton v. Tounesende* (1348) 22 Ass. 94 no.41.

¹¹ Altre applicazioni successive si ebbero in *Waldon v. Marshall* (1369) Y.B. 43 Edward III, Michs. no.38, in cui un soggetto aveva causato per sua negligenza la morte del cavallo che stava curando; e nel *Somerton's Case* (1433) Y.B. 11 Hen. VI, fo.18, pl.10, nel quale un soggetto, nonostante si impegnò ad acquistare un castello per conto di un soggetto, concluse l'acquisto per un terzo.

dell'azione di *trespass on the case* anche al caso dell'inadempimento (*non-feasance*), sancendo la nascita della responsabilità contrattuale.

Inoltre, il mancato riconoscimento di un valore vincolante all'accordo tra le parti faceva sì che si doveva individuare un fondamento della responsabilità del debitore diverso dal suo inadempimento, che venne individuato nell'*assumpsit*, ossia l'assunzione da parte del debitore dell'obbligazione di eseguire una certa prestazione, insita in ogni accordo; l'esplicito riconoscimento di ciò avvenne con lo *Slade Case* (1602)¹², che stabilì esservi << la presunzione che ogni contratto porta in sé un *assumpsit*, poiché se uno accetta di pagare una somma di denaro o di consegnare una cosa, per ciò stesso si impegna rispettivamente al pagamento o alla consegna >>¹³.

Grazie allo *Slade Case* quindi, venne superata l'idea che per esercitare l'*action of assumpsit* fosse necessaria una promessa espressa con la quale il debitore si assumeva la responsabilità dell'adempimento¹⁴; la sua importanza, quindi, non sta solo nel beneficio procedurale - ossia l'aver reso non più necessaria la prova dell'impegno del debitore - ma soprattutto nell'aver connesso la responsabilità del debitore direttamente all'accordo¹⁵.

Successivamente, questo principio venne esteso nel caso *Warbrooke v. Griffin* (1609)¹⁶, nel quale si statuí che oggetto dell'*assumptio* poteva essere anche il pagamento di una somma di denaro non previamente stabilita, ma ragionevolmente desumibile dalla natura della prestazione ricevuta (*doctrine of quantum meruit*, che diede il nome alla relativa azione di *assumpsit on quantum meruit*).

¹² *Morley v. Slade* (1602) 4 Co. Rep., 94 b, dove Morley, mercante di cereali, non adempì il suo accordo con Slade, avente ad oggetto un raccolto di grano e segale dal valore di 16 sterline.

¹³ A. RUSSO, *op.cit.*, p. 20-23.

¹⁴ Trovarono così finalmente tutela quegli accordi in cui era assente sia la determinazione preventiva della somma dovuta come corrispettivo di una prestazione, sia un'espressa assunzione di responsabilità per il suo pagamento, come ad esempio quello tra un viaggiatore e un locandiere, che offriva vitto e alloggio in assenza delle suddette condizioni.

¹⁵ L'*action of assumpsit* divenne sempre più il rimedio generale per la tutela delle posizioni contrattuali, a tal punto da essere utilizzata anche in casi già coperti da altre azioni, il cui esercizio risultava più difficoltoso e meno agile, come ad esempio l'*action of debt*, che richiedeva il "wager of law", ossia un giuramento solenne di dodici soggetti portati in giudizio dal convenuto a suo fianco, avente ad oggetto la presenza o la mancanza di fondamento nell'azione civile intrapresa nei suoi confronti. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 20 ss.

¹⁶ *Warbrooke v. Griffin* (1609) 2 Brownlow, 254.

Cruciale per l'evoluzione dell'*action of assumpsit* fu anche il caso *Strangborough v. Warner* (1589)¹⁷, dove si riconobbe per la prima volta la possibilità di ampliare il suo ambito di applicazione, costituito esclusivamente dagli accordi in cui alla promessa di una parte corrisponde una prestazione già eseguita dall'altra (*executed contracts*), a quelli aventi ad oggetto uno scambio di promesse di *dare* o di *facere* (*executory contracts*).

Tale riconoscimento, negando il tradizionale principio secondo cui gli accordi potevano essere risolti finchè almeno una delle parti non avesse eseguito la propria prestazione, ma soprattutto, individuandone il valore vincolante nella volontà delle parti di contrarre reciproche obbligazioni, permise all'*action of assumpsit* di divenire l'azione generale nei confronti dell'inadempimento contrattuale¹⁸.

Ulteriori tappe fondamentali per la storia della *contract law* sono costituite dall'emanazione dello *Statute of Frauds* 1677, che impose la forma scritta per alcuni tipi di contratti, testamenti e atti di costituzione, trasferimento o estinzione di diritti reali su beni immobili e degli *Judicature Acts* (1873-1875), che, oltre a riformare il sistema delle corti civili, abolirono le *forms of actions*; invece, tra la fine del XVII secolo e del XVIII secolo, per opera delle Corti, in particolare di Sir John Holt prima e di Lord Mansfield poi, vennero introdotti nella *contract law* i principi della prassi commerciale internazionale, come la certezza dell'accordo (*certainty*) o la buona fede (*good faith*), quest'ultima tuttavia limitata ai soli contratti assicurativi¹⁹.

¹⁷ *Strangborough v. Warner* (1589) 4 Leon. 3.

¹⁸ G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 23 ss.

¹⁹ *Carter v. Boehm* (1766) 3 Burr 1905.

Tra gli ordinamenti di *common law*, quello degli Stati Uniti d'America si è indubbiamente distaccato più degli altri dalla tradizione inglese, sia per la sua struttura federalistica, da cui deriva la competenza residuale dei singoli stati, ognuno munito di propria costituzione e propri organi legislativi, esecutivi e giudiziari e dunque capace di promulgare leggi in materia di diritto privato o commerciale e di possedere una propria specifica giurisprudenza, sia per l'impatto sulla *contract law* dell'attività di codificazione compiuta dalla dottrina attraverso i *Restatements* (dei quali, quello riguardante la materia contrattuale è denominato *Restatement of Law of Contracts*), opera di raccolta in vari volumi dei principi fondamentali di diritto sviluppati dalla giurisprudenza statunitense, elaborata dall'*American Law Institute*, non vincolante per le Corti ma da queste frequentemente citata e riconosciuta come autorevole ed attraverso l'*Uniform Commercial Code* (UCC), raccolta di regole uniformi in ambito commerciale realizzata dall'*American Law Institute* e dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* ed adottata da tutti gli Stati dell'Unione ad eccezione della Louisiana, nonché dell'adesione, a

2. La nozione di contratto

Dal confronto tra i concetti di contratto propri del diritto inglese e del diritto italiano, emerge che il primo occupa un ambito decisamente più limitato del secondo; tale affermazione può essere giustificata da due differenti ragioni.

Innanzitutto, partendo dalla definizione offerta dall'art. 1321 c.c., per il quale un contratto è « l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale », si evince l'adozione nel diritto italiano di un modello volontaristico (o consensualistico), in cui è sufficiente la presenza dell'accordo delle volontà delle parti per creare un vincolo fra di esse; ne deriva che quest'ultimo può indifferentemente essere costituito da un contratto bilaterale (o sinallagmatico o a prestazioni corrispettive), in cui le parti si obbligano reciprocamente, o da un contratto unilaterale, dove all'obbligazione di una parte non consegue quella della controparte²⁰.

Nel diritto inglese invece, pur in assenza di una definizione legale, con *contract* si intende l'accordo relativo ad un rapporto di scambio, in quanto l'assenza del requisito della *consideration*, ossia la contropartita offerta dalla controparte in vista della quale una parte promette o esegue la sua obbligazione, impedisce di riconoscere efficacia giuridica al mero incontro delle volontà delle parti, in cui la prestazione di una di esse non è sostenuta da una contropartita dell'altra²¹; per tale ragione, il suddetto termine copre esclusivamente quelli che nel diritto italiano (ed in tutto il panorama di *civil law*) vengono denominati contratti bilaterali, rimanendo al di fuori del suo ambito i *deeds* o *acts under seal*, ossia gli atti che, non avendo ad oggetto uno scambio, sono redatti con la forma solenne in modo da compensare l'assenza della *consideration*²².

differenza del Regno Unito, alla Convenzione di Vienna sui contratti per la vendita internazionale di beni mobili (CISG). P. PARRINI, *Manuale pratico dei contratti in lingua inglese*, Padova, 2001, p. 69 ss.; G. H. TREITEL, *Some Comparative Notes on English and American Contract Law*, 2002, *SMU Law Review* 357, Vol. 55, p. 6.

²⁰ Per un'analisi dell'elaborazione della dottrina italiana sulla definizione codicistica di contratto, si rimanda a G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 7-8.

²¹ G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 51-52.

²² Ne sono esempi la donazione (*deed of gift*), la promessa unilaterale (*deed of covenant*) o la remissione del debito (*deed of release*); per un'analisi più estesa sul tema, v. *infra* pag. 13 e ss.

F. FERRARI, « La formazione del contratto », in *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2011, (a cura di) F. GALGANO, p. 69.

Si può dunque sostenere che il contratto si compone di due elementi, vale a dire l'accordo (*agreement*) e il rapporto da esso derivante; ciò spiega perché alcune delle numerose definizioni formulate dalla dottrina inglese si concentrano sul primo, come quella di Treitel, secondo cui esso consiste in un accordo che crea obbligazioni attuate o riconosciute dalla legge (<< *an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law* >>²³) ed altre invece sul secondo, come quella di Pollock, che lo definisce “*a promise or a set of promise*”²⁴, ossia una promessa o un insieme di promesse rese giuridicamente vincolanti dalla legge.

Tuttavia, ad entrambi gli autori si oppone Atiyah, che rigetta le definizioni incentrate sull'*agreement* a causa dell'esistenza di contratti senza forza vincolante e quelle fondate sulla *promise* per la caratteristica tipica del *common law* di garantire ad essa esclusivamente rimedi giudiziali e non valore astrattamente obbligatorio; inoltre, da un lato individua il nucleo del contratto nel *bargain*, ovvero lo scambio e dall'altro afferma l'impossibilità di fornirne una definizione generica e adatta ad ogni caso²⁵.

Infine, la coincidenza con la nozione italiana di contratto si riduce ulteriormente se si considera che nel diritto anglosassone i contratti reali, ossia quelli che per perfezionarsi necessitano, oltre che del consenso delle parti, anche della consegna dell'oggetto (*traditio rei*), non vengono fatti rientrare nell'area del *contract*.

Infatti, il deposito, il comodato, il mutuo e il pegno, sono ricondotti all'istituto del *bailment*, con il quale un soggetto, detto *bailor*, trasferisce il possesso, gratuitamente o dietro corrispettivo, mediante consegna di uno o più beni mobili a un altro soggetto, detto *bailee*, alla condizione, implicita od esplicita, che il *bailee* restituisca il bene al *bailor* (o ad altra persona da questo designata) al raggiungimento dello scopo o alla cessazione della ragione per cui il rapporto è stato costituito²⁶; allo stesso modo, alla

²³ G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, Londra, 1995, p. 1, da G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 11; a riguardo lo stesso Autore suggerisce di accertare la volontà delle parti in maniera oggettiva, ossia facendo riferimento all'“apparenza all'esterno della volontà ragionevole di contrarre”.

²⁴ F. POLLOCK, *Principles of Contract*, Londra, 1992, da G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 12.

²⁵ P. S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1995, da G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 12-13.

²⁶ Di conseguenza, il *bailee* è tenuto a riconsegnare la cosa o a detenerla in attesa della riconsegna in virtù della proprietà o del possesso di essa e non, come nel diritto italiano ed in quello dei paesi di *civil law*, sulla base del contratto; tale differenza inoltre si rifletterà anche per quanto riguarda l'oggetto della prova.

donazione manuale corrisponde il *gift*, nel quale la proprietà viene trasferita con la mera consegna della cosa mobile²⁷.

3. La *freedom of contract*

Il principio della *freedom of contract* (o della libertà contrattuale) è fondato sull'idea che la definizione del contenuto del contratto e la scelta sulla sua eventuale conclusione sono da rimettere esclusivamente alla volontà delle parti e che lo Stato e le Corti dovrebbero intervenire su tali decisioni il meno possibile²⁸.

Il principio nacque nella seconda metà del XVIII secolo con la rivoluzione industriale e, se da un lato fu di fondamentale importanza la trasformazione della società, da feudale e suddivisa in classi sociali a moderna e fondata sul contratto, nonché l'influenza esercitata sulle Corti dalle teorie filosofiche, allora dominanti, di *laissez-faire*, dall'altro, sul piano strettamente giuridico vi era la necessità, testimoniata da Powell²⁹, di impedire il controllo svolto dalle corti di *equity*, volto a garantire "scambi eguali" e "trattative equilibrate", in quanto fattore capace di incertezza del diritto e capace di rendere impossibile per le parti la libera determinazione del contenuto del proprio contratto.

Il periodo che va dal 1770 al 1870 vide dunque il trionfo della *freedom of contract*, che si tradusse nel disinteresse delle Corti per la tutela degli affari ingiusti ed iniqui o contrari al pubblico interesse, fondato rispettivamente sull'idea che il ruolo del giudice dovesse essere limitato all'intervento, in caso di inadempimento, a favore della parte adempiente e su quella che identificava il pubblico interesse nel rispetto della volontà delle parti e dunque nell'esecuzione (*enforcement*) della maggior quantità possibile di contratti³⁰.

²⁷ F. FERRARI, << La formazione del contratto >>, in F. GALGANO, *op.cit.*, p. 70-72.

²⁸ G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 15.

²⁹ J. J. POWELL, *Essay upon the Law of Contracts and Agreements*, 1790, da G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 17.

³⁰ A riguardo si cita il famoso *dictum* di Sir George Jessel in *Printing and Numerical Registering Co v Sampson* (1875), LR 19 Eq. 462,465: << if there is one thing more than another which public policy requires, is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts, when entered into freely and voluntarily, shall be held sacred and shall be enforced by courts of Justice. >>, da G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 7.

Dal ruolo quasi dogmatico attribuito dai giudici all'accordo (si è parlato a riguardo di "*sanctity of contract*")³¹ derivarono, da una parte, la loro ritrosia ad imporre sulle parti obbligazioni non oggetto di un loro esplicito impegno e la conseguente posizione marginale della *law of torts* e della *law of unjust enrichment*, dall'altra, la convinzione che il fondamento di una loro eventuale imposizione risiedesse nella presenza di una volontà implicita delle parti (*implied assent*), che allo stesso modo era stata utilizzata nel secolo precedente da John Locke per giustificare l'esistenza di un contratto sociale che legittimasse il potere politico³².

Con la fine del XIX secolo, in Inghilterra si assiste al declino della *freedom of contract*, da addebitare a molti fattori, tra cui l'abolizione della Corte di Cancelleria e la trasposizione dei principi di *equity* nelle corti di *common law* ad opera del *Judicature Act* 1875, le nuove prospettive di tutela offerte dal principio di eguaglianza sostanziale (nonché formale), il passaggio ad una nuova forma di economia, l'ampliamento della rappresentanza parlamentare, a causa dell'estensione dei requisiti immobiliari necessari per il diritto di voto (*Representation of the People Act* 1867 e 1884).

Indubbiamente però, il fattore più importante è costituito dall'abbandono dell'ideologia di *laissez-faire* ed in particolare, della concezione secondo cui la libertà degli scambi generasse sia il benessere economico dell'intera società, smentita dall'insorgenza del problema delle esternalità (*externalities*)³³, sia risultati equi, confutata invece dimostrando la presenza di casi in cui era assente la possibilità di scegliere (*lack of choice*) la controparte di un contratto, come ad esempio nei monopoli (ferrovie o fornitori di energia elettrica), o il suo contenuto, come nel caso dei contratti standard (*standard form contracts*), ossia non negoziati individualmente ed inoltre, di casi in cui, pur in presenza di tale libertà di scelta, non si poteva esercitarla per l'impossibilità di comprendere gli effetti derivanti dalla conclusione di un accordo,

³¹ G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 18.

³² S. A. SMITH, *op.cit.*, p. 9-10.

Si aggiungano le indicazioni provenienti dalla dottrina, in particolare da Powell, riguardanti la "giustizia" del prezzo fissato dalle parti per il bene oggetto dell'affare, che prende il posto del valore di mercato ed il disinteresse per gli sforzi compiuti dalle parti per adempiere il contratto.

³³ Intendendosi con tale termine, a grandi linee, gli effetti negativi prodotti dal contratto sulle terze parti, di cui la riduzione o la prevenzione di competizione sul mercato, a seguito di accordi volti alla formazione di cartelli o alla restrizione di pratiche commerciali, come si analizzerà successivamente, costituisce un esempio ancora attuale.

come spesso avveniva con le clausole di esclusione e limitazione della responsabilità contenute nei contratti standard (*standard form exemption and limitation clauses*)³⁴.

La crisi, secondo Atiyah, ha percorso tre strade diverse, la prima delle quali ha visto il contratto e la negoziazione perdere il loro ruolo predominante nella disciplina dei rapporti giuridici ed essere sostituiti dall'atto amministrativo in ambiti precedentemente riservati ad essi ed alla legge, come nell'organizzazione del potere esecutivo.

Inoltre, il riconoscimento ad opera delle Corti dei *reliance* e *restitution damages*, risarcibili anche qualora il contratto non venga concluso, estende la base e la ragione della responsabilità contrattuale dalla promessa, da cui derivavano i soli *expectation damages*, all'affidamento (*reliance*) e all'ingiusto arricchimento (*unjust enrichment*) e dunque rende il contratto non più indispensabile.

Infine, la volontà delle parti è stata erosa anche dagli interventi del legislatore, che hanno interessato sia la libertà dei contraenti nella conclusione dei contratti, come avvenuto con le leggi in materia di lavoro (*Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992*), o di discriminazioni sessuali o razziali (*Sex Discrimination Act 1975* e *Race Relations Act 1976*), che la libertà nella scelta del suo contenuto, condizionata ad esempio dal *Leasehold Reform Housing and Urban Development Act 1993*, in ambito di locazioni, dall'*Unfair Contract Terms Act 1977*, per quanto riguarda le clausole di esclusione della responsabilità o dall'*Unfair Contract Terms Regulations 1994* e *1999*, per le clausole abusive contenute nei contratti con i consumatori³⁵.

Tuttavia, a partire dagli anni '80 si sono registrate due tendenze, di cui la prima è quella della "rinascita" della *freedom of contract*, alla cui base ci sono anche in questo caso diverse cause, come lo scioglimento dell'Unione Sovietica, la privatizzazione di molte imprese statali e più in generale, le politiche economiche liberiste, ma soprattutto la comparsa di una nuova generazione di economisti e di giuristi "*pro-market*", che ha individuato la ragione dei problemi del mercato nella scarsa libertà contrattuale delle parti ed in particolare, nelle pratiche anticompetitive e nei monopoli (e non nell'uso di

³⁴ S. A. SMITH, *op.cit.*, p. 11-12.

³⁵ P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, p. 717, da G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 19.

contratti standard o di clausole d'esonero, di cui si è addirittura dimostrata l'utilità in presenza di un'economia altamente competitiva)³⁶.

L'altra tendenza invece si muove nella direzione opposta, ossia a favore della regolazione dei mercati, continuando così il processo già avviato alla fine del XIX secolo, ma non fondandolo più sul disequilibrio tra la parti (consumatori e piccole imprese da una parte e grandi imprese dall'altra), bensì sull'idea che, nonostante i mercati siano diventati più competitivi che in passato, è impossibile - o perlomeno molto difficile - che questi siano perfettamente competitivi, per la presenza ricorrente di alcuni tipi di monopoli³⁷ ed inoltre, su quella della sua necessità al fine di semplificare la contrattazione, evitando alle parti il tempo e la spesa per inserire clausole che, ad esempio, sono ritenute implicite nel contratto (*implied*), come quelle delle sezioni 12-15 del *Sale of Goods Act 1979* o sono vietate in quanto inique o *unfair* dalla normativa in materia di clausole vessatorie³⁸.

La coesistenza di questi due orientamenti permette di affermare che la "rinascita" della *freedom of contract* non è da intendere come ritorno ai principi classici, incentrati esclusivamente sulla volontà delle parti contraenti, ma, anche alla luce dei molteplici interventi regolatori effettuati a livello europeo - specialmente a difesa dei consumatori (di cui l'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* costituisce il più valido esempio) - come una rivitalizzazione strettamente connessa ad un generale senso di responsabilità, ossia rispettosa di tutto quel complesso di norme posto a protezione dei diversi tipi di operazioni e di controparti³⁹.

4. La classificazione dei contratti

Il discorso sulla classificazione dei contratti va introdotto considerando che la dottrina inglese, a differenza di quella dei paesi di *civil law*, generalmente non

³⁶ S. A. SMITH, *op.cit.*, p. 16 ss.

³⁷ Ad esempio quelli definiti *situational monopolies*, come quello detenuto dalle navi che in mare aperto offrono servizi di salvataggio (*rescue services*) ad altre navi, che rischiano di affondare e non possiedono altre alternative.

³⁸ Oggi composta, per i contratti conclusi tra imprenditori, dall'*Unfair Contract Terms Act 1977* e, per quelli conclusi tra un imprenditore ed un consumatore, dal *Consumer Rights Act 2015* (per i quali v. *infra* pag. 58 e ss.).

³⁹ G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 8.

raggruppa i contratti in categorie; uno dei pochi autori che invece opera in tal senso è Atiyah, secondo cui i contratti tradizionalmente si classificano in tre tipi: *contracts of record*, *contracts under seal* e *simple* (o *parol*) *contracts*⁴⁰.

I *contracts of record* non sono contratti veri e propri, ma obbligazioni di fare o di non fare imposte dalle corti a una parte e trascritte nel verbale (*record*); possono consistere in un *judgement*, ovvero in una sentenza o in un *recognizance*, che consiste nell'obbligazione pecuniaria assunta da un soggetto davanti una corte, subordinata al mancato rispetto di un determinato obbligo, come ad esempio quello di comparire davanti alla corte o di non ledere l'ordine pubblico⁴¹.

Con *contracts under seal* (o *deeds*) invece, si intende letteralmente contratti con sigillo o sigillati; infatti, fino al secolo XIX l'apposizione di un sigillo di cera (*seal*) era un requisito indispensabile per la loro validità e per il loro riconoscimento da parte delle Corti, ma, a partire dal *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act* 1989, esso non è più necessario ed è sufficiente esprimere chiaramente l'intenzione di vincolarsi con tale forma⁴².

Ulteriori formalità richieste dalla sec. 1 del suddetto *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act* 1989 sono inoltre: la forma scritta⁴³, la firma (*sign*) in presenza di almeno un testimone (*witness*) o di due, nel caso in cui lo stipulante abbia autorizzato un altro soggetto a sottoscrivere per suo conto ed infine la consegna (*delivery*) al destinatario, a seguito della quale il *deed* diviene giuridicamente vincolante e che può essere sostituita da una dichiarazione del redattore che autorizza l'inizio della produzione degli effetti anche in assenza di consegna⁴⁴.

⁴⁰ P. S. ATIYAH, *An introduction*, *op.cit.*, p. 37, da G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 28.

⁴¹ I *contracts of record* prendono tale nome dalla *Court of Record*, termine con il quale si intende il tribunale dotato di giurisdizione; invece, la denominazione di *contracts* deriva dal fatto che in passato nei loro confronti erano utilizzate le ordinarie *forms of actions* contrattuali.

⁴² *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act* 1989 sec. 2: << An instrument shall not be a deed unless: it makes it clear on its face that it is intended to be a deed by the person making it or by the parties to it >>; pratiche frequenti sono quelle dell'aggiunta della locuzione “*signed as a deed*” prima della sottoscrizione o della dicitura *L.S.* (sigla di *loco sigilli*).

⁴³ Con redazione a mano o a stampa, su pergamena o anche su carta semplice.

⁴⁴ Inoltre, il *deed* è denominato *escrow* quando viene effettuata la consegna ma l'inizio della sua efficacia viene subordinato al trascorrere di un determinato periodo di tempo o all'avveramento di una certa condizione o evento. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 30-31.

Il rispetto di questi requisiti e dunque l'adozione della forma solenne *under seal*, in quanto testimonianza della verità e della serietà dell'impegno delle parti, consente di rendere vincolanti promesse che non potrebbero dare luogo ad un contratto, così come inteso nel diritto inglese, poichè mancanti di *consideration* e che nell'ordinamento italiano, sono contenute nei contratti unilaterali ed a titolo gratuito, nonché negli atti di liberalità, come la donazione.

È il caso delle donazioni (*deeds of gift*), delle promesse unilaterali (*deeds of covenant*), delle convenzioni transattive (*deed of composition*), delle remissioni di debiti e delle rinunce o cessioni di diritti (*deed of release*), delle costituzioni di *trust* (*deed of trust*), delle procure (*deed with power of attorney*), dei concordati tra debitori e creditori per estinguere debiti mediante pagamento parziale (*deed of arrangement*), delle disposizioni dei beni del coniuge separato per il sostentamento dell'altro coniuge e dei figli conviventi (*deed of separation*), delle dichiarazioni unilaterali confessorie, riconoscitive, ricognitive o impegnative (*deeds - poll*) ed infine, degli atti di trasferimento della proprietà di beni immobili (*deed of conveyance*)⁴⁵ e di trasferimento, costituzione, modificazione ed estinzione di diritti reali su beni immobili (*deed of grant*)⁴⁶.

Occorre aggiungere che il *deed*, oltre ad essere atto unilaterale e quindi sottoscritto da una sola parte (*deed - poll*), può essere anche bilaterale o plurilaterale, sottoscritto quindi da due o più parti che si fanno dei trasferimenti reciproci, assumendo ora il ruolo di autore trasferente, ora quello di controparte destinataria (*indenture*).

Non è preclusa neanche la possibilità di utilizzare la forma solenne per i contratti veri e propri, sebbene non sia necessaria in quanto questi, avendo ad oggetto uno scambio, sono già dotati del requisito della *consideration*; tuttavia in questo caso, particolarmente frequente in presenza di operazioni di notevole valore economico, la particolarità risiede nel fatto che la forza vincolante viene fatta discendere dalla forma (e non dalla *consideration*, che si ritiene da essa assorbita).

La scelta di redigere un atto con la forma del *deed* influisce, inoltre, anche sulla prescrizione dei diritti in esso contenuti, che è di dodici anni invece dei sei previsti per i *simple contracts*; sul privilegio che garantisce il titolare di un credito da esso nascente, rispetto agli altri creditori del medesimo debitore e sul rimedio di *equity* della *specific*

⁴⁵ V. infra pag. 41, nota 176.

⁴⁶ G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 27-28.

performance (esecuzione in forma specifica), non concesso quando viene inadempita una promessa gratuita inclusa in un *deed*⁴⁷.

Infine, i *simple contracts* (detti anche *parol, common o informal contracts*) sono i contratti ordinari, sui quali non grava alcun onere di forma e che quindi possono essere conclusi oralmente, per iscritto o con comportamento concludente ma anche con la combinazione di questi metodi.

Un'altra classificazione proposta è quella che suddivide i contratti in *unilateral e bilateral*, in base al numero di parti che si impegna mediante una promessa espressa; infatti nei primi (ad esempio, la promessa al pubblico), solo una parte promette qualcosa ed assume la posizione di debitore in quanto vincolata da un'obbligazione, mentre invece l'altra, effettuando (o iniziando ad effettuare) la prestazione richiesta dal promittente come contropartita per il proprio impegno e come accettazione della sua offerta, diverrà il creditore, non gravando su di essa alcuna obbligazione⁴⁸.

Al contrario, nei contratti bilaterali entrambe le parti si scambiano una o più promesse (come ad esempio, nella compravendita) e dunque sono entrambe titolari di correlative posizioni di debito e di credito, essendo debitori per la prestazione da eseguire e creditori per quella da ricevere⁴⁹.

È possibile inoltre distinguere tra contratti *executed e executory*, a seconda che siano stati interamente o parzialmente eseguiti o, nel secondo caso, ancora ineseguiti; oppure, in base alla durata della prestazione, tra contratti *transactions* (o *one-off, o discrete*) e *relational* (o *long-term*), dove con i primi si fa riferimento a quelli istantanei, come ad esempio la compravendita di un bene e con i secondi, a quelli di durata, che danno luogo a una relazione continuativa tra le parti, come il contratto di lavoro.

Invece, ha ricevuto riconoscimento legale⁵⁰, la distinzione tra contratti a base individuale, ossia negoziati individualmente e contratti per adesione o standard

⁴⁷ G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 31-32.

⁴⁸ Appare dunque evidente la distanza rispetto agli ordinamenti di *civil law*, nei quali si ritiene che i contratti unilaterali siano quelli in cui le obbligazioni sorgano per una sola parte; tuttavia, la differenza è meno netta se si considera che l'*unilateral contract*, una volta concluso, fa nascere obbligazioni su una sola parte, poiché l'altra ha già eseguito la propria prestazione. F. FERRARI, << La formazione del contratto >>, in F. GALGANO, *op.cit.*, p. 73-74.

⁴⁹ G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 29; G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p.66.

⁵⁰ *Unfair Contract Terms Act 1977* (UCTA) e *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* (UTCR), quest'ultimo oggi sostituito dal *Consumer Rights Act 2015*.

(*adhesion o standard contracts*), dove la negoziazione è sostituita dalla predisposizione dei termini contrattuali da parte di un contraente - generalmente quello dotato di maggior potere contrattuale - e dall'alternativa offerta alla controparte tra il "prendere o lasciare" tali termini⁵¹.

Infine, in base alla modalità di espressione della volontà, si distingue tra *express* ed *implied contracts*, dove nei primi questa viene comunicata attraverso parole, scritte o rese oralmente, mentre negli *implied contracts* l'intenzione delle parti viene desunta dal loro comportamento o dalle circostanze del caso; in particolare, questi ultimi sono denominati *implied contracts by fact*, per distinguerli dai *contracts implied by law*, meglio conosciuti come *quasi-contracts*, che consistono nei contratti creati dalla legge indipendentemente da un accordo, in base ai quali un soggetto è tenuto a rimborsare ad un altro il vantaggio indebito ricevuto⁵².

In conclusione, occorre aggiungere che la dottrina inglese, a differenza di quella degli ordinamenti di *civil law* (in particolare italiana e tedesca), non distingue i contratti per tipi e di conseguenza, neanche tra contratti tipici ed atipici, ad eccezione di James, che illustra alcuni "*particular contracts*" (*agency, employment, sale of goods, consumer credit e consumer contracts*)⁵³; a riguardo, è stato affermato (ed è stato universalmente accettato) che il diritto civile inglese è una "*law of contract*" piuttosto che una "*law of contracts*", come quella dei paesi di *civil law*⁵⁴.

Tuttavia come fa notare Smith, considerando che, a causa della presenza di regole specifiche per molti tipi di contratti - oltre a quelli sopracitati, anche i contratti assicurativi (*insurance contracts*), quelli delle società in nome collettivo (*partnership agreements*) e quelli di garanzia (*security contracts*)⁵⁵ - la disciplina generale ora occupa

⁵¹ G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 30.

⁵² I *quasi contracts* non sono disciplinati dalla *contract law*, ma dalla *law of unjust enrichment*, che equivale alla disciplina prevista dal codice in materia di pagamento dell'indebito (art. 2033-2040 c.c.) e di arricchimento senza causa (art. 2041 e 2042 c.c.).

⁵³ P. S. JAMES, *Introduction to English Law*, Londra, 1979, p. 346, da G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 31.

⁵⁴ W. W. BUCKLAND-A. D. MCNAIR, *Roman law and Common law*, Cambridge, 1952, p. 195, da G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 3.

⁵⁵ Inoltre, alla lista si possono aggiungere anche il contratto di arbitrato (*arbitration agreement*), di trasporto aereo (*carriage by air contract*), di trasporto di merci per terra (*carriage of goods by road*

una parte minoritaria della *contract law* e che alcuni contratti (ad esempio quelli di lavoro subordinato, *employment contracts*) sono regolati quasi interamente da tali norme, si deve utilizzare cautela nel trattare tale concetto, in quanto le differenze concrete tra i due orientamenti sono minime⁵⁶.

5. I requisiti del contratto

Dalle opere della dottrina inglese in materia contrattuale, si ricava che tra i requisiti del contratto vengono inclusi non solo quelli per la sua esistenza, ma anche quelli per la sua validità e dunque generalmente si richiede: l'accordo (*agreement*), ossia la coincidenza tra offerta e accettazione; l'intenzione di creare un rapporto giuridicamente vincolante (*intention to create a legal relation*, ossia la *certainty* dell'accordo dal punto di vista soggettivo ed oggettivo); la *consideration*; la forma, quando prescritta e la capacità contrattuale⁵⁷; vi è dunque qualche differenza con il diritto italiano, che all'art. 1325 c.c. identifica semplicemente i requisiti per l'esistenza del contratto, ovvero: l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma, quando richiesta dalla legge sotto pena di nullità (*ad substantiam*).

5.1. Accordo (*agreement*)

La regola generale in materia di accordo è la *mirror image rule*, per la quale esso ricorre quando vi è identità tra la volontà di una parte (offerta, *offer*) e quella della controparte (accettazione, *acceptance*) e dunque ne deriva che l'accettazione può avere ad oggetto solo ed esclusivamente l'offerta del proponente; l'esistenza di tale accordo

contract) e per mare (*carriage of goods by sea contract*), di assicurazione marittima (*marine insurance contract*) e l'affitto con opzione d'acquisto (*hire purchase contract*). G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 3-4.

⁵⁶ S. A. SMITH, *op.cit.*, p. 2-3.

⁵⁷ La capacità contrattuale (*capacity to contract*), che viene limitata per alcune categorie di soggetti (minori, insani di mente, ubriachi e società) verrà illustrata nella parte relativa alle cause di invalidità (v. *infra* pag. 90), in quanto nel diritto inglese viene generalmente trattata da un punto di vista negativo, ossia considerando l'impatto della sua assenza sulla validità del contratto.

deve poi essere accertata oggettivamente, vale a dire dal punto di vista di un uomo ragionevole (*reasonable man*), come stabilito nel caso *Smith v. Hughes* (1871)⁵⁸.

5.1.1. Offerta (*offer*)

L'offerta può essere definita come la proposta dell'offerente di fare o di astenersi dal fare qualcosa, purchè il destinatario, accettandola, prometta di fare o di astenersi dal fare qualcosa (nei *bilateral contracts*) oppure faccia o si astenga dal fare qualcosa (negli *unilateral contracts*)⁵⁹.

Da ciò si ricava che l'offerta è composta da due elementi, ossia la manifestazione dell'intenzione dell'offerente di vincolarsi in caso di sua accettazione e l'indicazione della prestazione che si intende offrire e della controprestazione richiesta al destinatario⁶⁰; nessuna restrizione è invece imposta per la forma, che può essere scritta, orale o espressa attraverso un comportamento concludente, come nel caso dei distributori automatici, siano essi utilizzati per la vendita di prodotti che per la fornitura di servizi⁶¹.

La presenza del primo elemento, ovvero l'intenzione dell'offerente di assumere un'obbligazione, è determinante ai fini della distinzione con gli inviti a trattare (*invitations to treat*), nei quali vi è solo la volontà di invitare il destinatario a formulare un'offerta; è il caso degli avvisi al pubblico di future vendite all'asta (*auctions*)⁶² o delle presentazioni delle merci da parte del banditore nelle aste con

⁵⁸ *Smith v. Hughes* (1871) LR 6 QB 597, in cui si affermò che una parte si ritiene vincolata se: << *whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him* >>. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 45-46.

⁵⁹ G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 46; S. A. SMITH, *op.cit.*, p. 36.

⁶⁰ G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 72-73.

⁶¹ Per tale ultima ipotesi, si può fare l'esempio dei distributori automatici posti all'ingresso di parcheggi per automobile, oggetto dei casi *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.* (1971) 2 QB 163 e *Mendelsohn v. Normand Ltd.* (1970) 1 QB 177. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 79.

Recentemente si è occupata degli elementi dell'offerta anche la sentenza *Cook J. Air Transworld Ltd. v. Bombardier Inc.* (2012) EHC 243 Comm. J. STEADMAN-S. SPRAGUE, *Common Law Contract Law A guide for the civil law lawyer*, Milano, 2015, p. 275.

⁶² *Harris v. Nickerson* (1873) LR 8 QB 286.

prezzo di riserva (*reserve auctions*)⁶³, degli inviti nelle gare d'appalto (*tenders*) a proporre offerte per la realizzazione di opere o per la concessione di servizi⁶⁴, dei messaggi pubblicitari⁶⁵ e dei prodotti esposti nei negozi self-service (in particolare, nei supermercati)⁶⁶, mentre invece la vendita di merci tramite distributori automatici (*machines*) viene ritenuta un'offerta, poiché in questi casi il venditore non ha – o meglio, rinuncia ad esercitare - il diritto di rifiutarsi di vendere tali merci ai consumatori⁶⁷.

Per la stessa ragione, non si è in presenza di un'offerta neanche durante il tipico scambio di dati, informazioni e proposte a puro scopo dimostrativo che avviene durante la fase delle trattative (*preliminary negotiations*); tuttavia, la serie di offerte e controfferte fatte durante questa fase sono oggetto dell'analisi delle Corti quando le

⁶³ *Payne v. Cave* (1789) 3 TR 148; ne deriva che in questo tipo di aste il banditore non è tenuto ad accettare l'offerta più alta, a differenza di quanto avviene in quelle senza prezzo di riserva, per le quali cfr. *Heathcote Ball v Barry* (2000) EWCA Civ 235. Inoltre, sempre in *Payne v. Cave*, fu pronunciata la regola per cui la proposta (*bid*) dell'astante costituisce invece un'offerta, come tale revocabile prima dell'accettazione (che avviene con l'ultimo colpo di martello del banditore), che è stata poi inclusa alla sec.57 (2) del *Sale of Goods Act 1979*.

⁶⁴ *Spencer v Harding* (1870) LR 5 CP 561, dove inoltre si stabilì che, quando l'appaltante nel bando di gara si impegna ad accettare la proposta più alta o quella conforme alle condizioni indicate, si è in presenza di un'offerta; tuttavia, in *Blackpool and Fylde Aereo Club Ltd. v. Blackpool Borough Council* (1990) 1 WLR 1195, è stato affermato che ogni bando di gara, se non espressamente escluso, contiene l'offerta di considerare tutte le proposte presentate tempestivamente dai partecipanti e dunque, venne accolta la richiesta dell'attore di risarcimento danni per inadempimento, non essendo stata presa in considerazione dal convenuto la propria offerta (che si rivelò essere la più alta) in quanto, a causa di un errore del servizio postale, fu ricevuta solamente il giorno successivo la scadenza del termine fissato nel bando di gara. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 47-48.

⁶⁵ *Partridge v. Crittenden* (1968) 1 WLR 1204; viene però fatto salva l'ipotesi in cui venga utilizzato un linguaggio chiaro e semplice e, dalle specifiche circostanze del caso, si possa ravvisare un'indubbia intenzione di vincolarsi, come avvenuto nel leading case *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* (1893) 1 QB 256, per il quale v. *infra* pag. 20.

⁶⁶ *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemists Ltd.* (1953) 1 QB 401 e *Fisher v. Bell* (1961) 1 QB 394; in entrambi i casi venne inoltre affermato che, al contrario, è il cliente che, presentandosi alla cassa per pagare la merce al prezzo indicato, fa l'offerta, accettabile o meno dal venditore.

⁶⁷ *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.* (1971) cit. e *Re Charge Card Services* (1989) Ch 497. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 74-76.

parti interrompono le negoziazioni e si deve stabilire se una di esse si sia impegnata in modo definitivo, come avvenuto nel caso *Gibson v. Manchester City Council* (1979)⁶⁸.

Per quanto riguarda il secondo elemento dell'offerta invece, la determinazione da parte dell'offerente della sua prestazione e della controprestazione del destinatario deve essere specifica e completa e non vaga o ambigua⁶⁹; mentre invece quest'ultimo, sebbene nella maggior parte dei casi consista in una persona o gruppo di persone specifico, non deve essere necessariamente identificato, in quanto è possibile, come deciso nel leading case *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* (1893), fare “*an offer to the world*”, che può equivalere all'offerta al pubblico dell'art. 1336 c.c. o alla promessa al pubblico dell'art. 1989 c.c., a seconda che sia finalizzata alla conclusione, rispettivamente, di un *bilateral contract* o - più frequentemente - *unilateral* e dunque l'accettante promette una determinata prestazione oppure la esegui o si trovi in una determinata situazione⁷⁰.

⁶⁸ *Gibson v. Manchester City Council* (1979) 1 WLR 294, nel quale la House of Lords non ritenne che venne concluso un contratto tra l'attore, che, dopo uno scambio di documenti con il comune (e convenuto), aveva compilato un modulo per richiedere a questo un mutuo allo scopo di acquistare la casa popolare in cui viveva ed il convenuto, che fermò tale vendita a seguito della vittoria delle elezioni locali da parte del partito laburista e del conseguente cambio d'amministrazione., in quanto a suo avviso il comune nei suddetti documenti, escludendo che il prezzo proposto fosse un'offerta (“*should not be regarded as a firm offer of a mortgage*”), non invitando l'attore ad accettarlo bensì a fare formale richiesta (“*formal application*”) ed utilizzando espressioni meramente ipotetiche (“*may be prepared to sell*”), aveva fatto un semplice invito a trattare. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 50-51; S. A. SMITH, *op.cit.*, p.39-40.

⁶⁹ Come avvenuto nel caso *Guthing v. Lynn* (1831) 2 B. and Ad.232, in cui l'offerta d'acquisto di un cavallo da corsa prevedeva un'addizionale sul prezzo convenuto, subordinata alla “fortuna” che il cavallo avesse dimostrato di avere nelle corse.

⁷⁰ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* (1893) 1 QB 256, dove la Court of Appeal condannò il convenuto a versare la somma non pagata all'attore ed indicata nel proprio annuncio - dove prometteva di pagare 100 sterline a chi avesse utilizzato, seguendo le istruzioni fornite, un particolare strumento medicinale da esso prodotto (denominato *smoke ball*) e si fosse egualmente ammalato di influenza, garantendo la propria serietà con il deposito di 1000 sterline presso una banca - in quanto, deducendo da tale deposito l'intenzione di vincolarsi (ed introducendo così una deroga alla presunzione per cui ogni pubblicità sia un invito a trattare) e riconoscendo per la prima volta la possibilità di fare una promessa al pubblico, ravvisò l'esistenza di un contratto unilaterale. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 77 e 69; J. STEADMAN-S. SPRAGUE, *op.cit.*, p. 278 ss.

5.1.2. Accettazione (*acceptance*)

L'accettazione può essere definita come l'atto con cui il destinatario aderisce alla proposta dell'offerente e con il quale il contratto diviene completo; anch'essa presenta due elementi, ossia il consenso all'offerta del proponente e, a seconda che si tratti di contratto bilaterale o unilaterale, la promessa di eseguire la prestazione da questo richiesta o la sua esecuzione⁷¹.

Infatti, qualora il destinatario modifichi l'offerta e dunque non vi sia simmetria tra questa e l'accettazione, si è in presenza di una controfferta (*counter-offer*), nella quale l'originario destinatario diviene offerente e al contrario, l'originario offerente diviene destinatario⁷², così come disposto anche dall'art. 1326, comma 5 del codice civile⁷³; distinte da essa, sono invece le ipotesi in cui la risposta del destinatario costituisca un mero invito a trattare - come quando all'invio da parte dell'offerente di un listino prezzi o alla sua promessa di invio di certa merce, il destinatario risponda senza specificare la quantità di prodotti desiderati, ad esempio rispondendo "accetto la vostra offerta" - oppure una richiesta di informazioni o chiarimenti, a seguito della quale l'offerta rimane valida, ma che non è sempre facilmente distinguibile dalla controfferta⁷⁴.

⁷¹ G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 52. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 89.

⁷² *Hyde v. Wrench* (1849) 3 Beav. 334, in cui l'offerta originaria del convenuto di vendita di una delle sue fattorie, venne prima seguita da una controfferta dell'attore e poi accettata da questo, dopo il rifiuto della controfferta; tuttavia, la sua richiesta di esecuzione specifica venne rigettata dalla Corte poiché, dato che una controfferta annulla la precedente offerta (e quindi non può più essere accettata), non vi era alcun contratto.

Il concetto di controfferta è determinante in relazione alle c.d. *battle of forms*, ossia gli scambi tra imprese delle proprie condizioni generali di contratto durante la fase delle trattative, nelle quali, come deciso in *Butler Machine Tool v Ex-Cell-O Corporation* (1979) 1 WLR 401, vige la *last shot rule*, secondo cui al contratto si applicano i termini della parte che li comunicati per ultimi prima che l'altra inizi ad eseguire la propria prestazione (e dunque, li accetti implicitamente).

⁷³ Art. 1326, comma 5 c.c.: << Un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta. >>

⁷⁴ *Stevenson, Jacques e Co. v. McLean* (1880) 5 QBD 346, dove gli attori risposero all'offerta di vendita del convenuto proponendo un termine entro cui effettuare il pagamento e chiedendo inoltre il termine massimo consentito; il convenuto, credendo si trattasse di un rifiuto, non rispose e pertanto vendette la merce ad un terzo, ma inviò il telegramma di revoca dell'offerta solo dopo che gli attori

Inoltre, l'offerta può essere accettata solo dal destinatario o dalla persona da questo autorizzata⁷⁵, essendo tuttavia possibile subordinare l'accettazione alla conferma di un terzo⁷⁶; mentre invece, per il modo in cui deve essere fatta, occorre distinguere tra contratti bilaterali, nei quali, ad eccezione del caso in cui l'offerente richieda per essa una determinata forma⁷⁷, il destinatario può scegliere di effettuarla mediante dichiarazione espressa⁷⁸ o comportamento concludente⁷⁹ e contratti unilaterali, dove, come già visto, può avvenire esclusivamente compiendo la prestazione richiesta dall'offerente⁸⁰.

Tale distinzione deve essere mantenuta anche per quanto riguarda la comunicazione dell'accettazione, che per i contratti bilaterali, ad eccezione dell'ipotesi appena menzionata del comportamento concludente, è obbligatoria, stante l'impossibilità di accettare mediante silenzio⁸¹; inoltre, per la loro conclusione, è anche

inviarono la propria accettazione. La Corte condannò il convenuto al risarcimento dei danni per l'inadempimento del contratto, poiché, non reputando la risposta degli attori una controfferta, bensì una richiesta di informazioni, l'offerta manteneva la sua validità e poteva essere legittimamente accettata dagli attori. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 52-53.

⁷⁵ *Powell v. Lee* (1908) 99 LT 284.

⁷⁶ *Pym v. Campbell* (1856) 6 E & B 370, in cui la Corte non ritenne concluso un contratto per la vendita dei diritti di invenzione di un macchinario, in quanto l'accettazione era stata subordinata (seppur solo oralmente) all'approvazione del progetto da parte di un ingegnere, che non venne concessa.

⁷⁷ *Eliason v. Henshaw* (1819) 4 Wheat. 225; principio contenuto anche nel codice civile, all'art. 1326, comma 4: << Qualora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in forma diversa. >>

⁷⁸ In tal caso, il mezzo di comunicazione scelto deve essere ragionevole in base alle specifiche circostanze, come stabilito in *Henthorn v. Fraser* (1892) 2 Ch 27.

⁷⁹ *Brogden v. Metropolitan Ry. Co.* (1877) 2 App. cas. 666, nel quale la House of Lords, nonostante il convenuto non avesse espressamente comunicato di aver accettato la controfferta dell'attore, ritenne vi fosse un contratto tra le parti poiché il primo onorò il contratto secondo i termini modificati da quest'ultimo per ben due anni. Più di recente, *Chichester Joinery v. John Mowlem* (1987) 42 Build LR 10.

⁸⁰ *Lancaster v. Walsh* (1838) 4 M & W 16. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 93-95.

⁸¹ Ciò vale anche quando l'offerente avvisi il destinatario che la sua mancata risposta equivale ad accettazione, come sancito in *Felthouse v. Bindley* (1862) 11 CB 869; nel diritto italiano invece, l'art. 1327 c.c., su richiesta dell'offerente o quando sia dovuto alla natura dell'affare o agli usi, permette al destinatario di un'offerta di iniziare l'esecuzione del contratto anche senza aver comunicato la propria accettazione.

necessario che l'offerente venga a conoscenza dell'accettazione, come anche previsto anche dall'art. 1326, comma 1 c.c.⁸².

Allo stesso modo, il contratto bilaterale si ritiene concluso quando l'offerente era in grado di conoscere l'accettazione, in quanto a lui comunicata adeguatamente o giunta al suo indirizzo, salvo il caso in cui provi che la sua mancata conoscenza non derivi dalla propria colpa, come affermato anche dall'art. 1335 c.c.⁸³ e stabilito nel caso *Entores Ltd. v. Miles Far East Corp.* (1955); quest'ultimo inoltre, sancendo l'inapplicabilità della regola speciale prevista l'accettazione comunicata tramite posta (*mail box rule*) ai contratti stipulati con mezzi di comunicazione istantanea, come telefono, o nel caso in questione, telex, ha esteso indirettamente l'applicazione di entrambe le regole a tali contratti⁸⁴.

Come anticipato, l'accettazione spedita per posta è soggetta alla *mail box rule*, un'antica regola sancita nel caso *Adams v. Lindsell* (1818)⁸⁵ - che non trova corrispondenza nell'ordinamento italiano - secondo cui essa si ritiene comunicata quando il destinatario affida la lettera al servizio postale; di conseguenza, il rischio della mancata consegna viene sopportato dall'offerente, tranne quando vi sia negligenza del destinatario⁸⁶ oppure, come stabilito in *Holwell Securities Ltd. v. Hughes* (1974),

⁸² Art. 1326, comma 1 c.c.: << Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte. >>

Di conseguenza, non si ha accettazione quando questa sia incomprensibile, come ad esempio quando venga fatta oralmente, ma non venga sentita dall'offerente per via della presenza di rumori.

⁸³ Art. 1335 c.c.: << La proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia. >>

⁸⁴ *Entores Ltd. v. Miles Far East Corporation* (1955) 2 QB 327, nel quale inoltre fu deciso che quando l'offerente non riesce a comprendere la comunicazione dell'accettazione, è tenuto a chiedere di ripeterla o a richiamare e che il luogo di conclusione del contratto è quello in cui l'offerente riceve l'accettazione. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 53-55. Inoltre, l'applicazione della *mail box rule* è stata esclusa anche per i messaggi inviati via fax, in *JSC Zestafoni G Nikoladze Ferroalloy Plant v. Ronly Holdings Ltd.* (2004) EWHC 245 e per le e-mail, in *Thomas v. BPE Solicitors* (2010) EHC 306. J. STEADMAN-S. SPRAGUE, *op.cit.*, p. 288 ss.

⁸⁵ *Adams v. Lindsell* (1818), 1 B & Ald 681.

⁸⁶ *Getreide-Import Gesellschaft v. Contimar* (1953) 1 WLR 207, dove i giudici, non applicando la *mail box rule*, accolsero le pretese dell'attore, nonché destinatario di una lettera con la quale il convenuto comunicava di voler appellare il lodo arbitrale intervenuto tra le parti (facoltà concessagli da

quando la sua applicazione venga esclusa dall'offerente o "condurrebbe a risultati manifestamente iniqui ed assurdi"⁸⁷.

Quanto ai contratti unilaterali invece, l'accettazione non deve essere comunicata all'offerente, in quanto – si ripete – consiste nel compimento dell'atto richiesto da quest'ultimo; non è escluso però, che la comunicazione possa essere utile per altri scopi, come ad esempio per richiedere all'offerente l'esecuzione della sua prestazione⁸⁸.

Infine, per effetto della *mirror image rule*, non si ha accettazione quando il destinatario non conosca l'offerta⁸⁹ - o solo alcuni termini, nel qual caso non verranno incorporati nel contratto⁹⁰ - oppure invii una controfferta uguale (*cross-offers*)⁹¹; mentre invece, qualora la conosca, è irrilevante il motivo che conduce alla sua accettazione⁹².

una clausola del loro contratto), in quanto la lettera, per un suo errore nell'indicazione dell'indirizzo, fu consegnata alcuni giorni dopo la scadenza delle due settimane concesse per fare appello. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 56-58.

⁸⁷ *Holwell Securities Ltd. v. Hughes* (1974) 1 WLR 155, in cui il convenuto, nel garantire un'opzione di acquisto della propria casa all'attore, specificò che doveva essere avvisato per iscritto del suo esercizio; di conseguenza, non essendo stata consegnata per un errore postale la lettera con cui veniva esercitata l'opzione, la Corte non accolse la richiesta di esecuzione specifica dell'attore, in quanto ritenne la suddetta clausola una deroga alla *mail box rule*.

⁸⁸ G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 95-96; nel diritto italiano invece, data la differente concezione di contratto unilaterale (inteso come fonte di obbligazioni per il solo offerente), ai sensi dell'art. 1333 c.c., comma 2 è possibile rifiutare l'offerta "nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi".

⁸⁹ *R. v. Clarke* (1927) 40 CLR 227, in cui si affermò che l'accettazione deve essere data "in cambio dell'offerta".

⁹⁰ *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.* (1971) cit., in cui il convenuto non poté invocare la clausola di esclusione della responsabilità per gli infortuni avvenuti all'interno del parcheggio di sua proprietà, in quanto non richiamata nel biglietto rilasciato all'ingresso, dove si faceva solo menzione della presenza di termini e condizioni all'interno delle strutture del parcheggio (che potevano essere conosciuti dall'attore solo una volta concluso il contratto). Si noti che oggi tale caso rientrerebbe nell'ambito di applicazione della disciplina a protezione dei consumatori (*Unfair Contract Terms Act 1977* e *Consumer Rights Act 2015*) e che problemi analoghi sono frequenti nei contratti conclusi sul web. J. STEADMAN-S. SPRAGUE, *op.cit.*, p. 276- 278.

⁹¹ *Tinn v. Hoffman & Co.* (1873) 29 LT 271.

⁹² *Williams v. Carwardine* (1883) EWHC KB J44; tuttavia, nel suddetto *R. v. Clarke*, la High Court australiana statò che il compimento dell'azione necessaria per l'accettazione (di un *unilateral contract*) deve essere connesso all'offerta ("*act in reliance on the offer*"), non riconoscendo dunque all'attore, nonostante ne fosse a conoscenza, la somma che era stata promessa a chi avesse fornito

Allo stesso modo, è impossibile accettare un'offerta quando questa perde la sua efficacia per il verificarsi di una delle sue cause di estinzione; è tale la revoca (*revocation*), possibile per l'offerente, come previsto anche dall'art. 1328 c.c., comma 1, fino a che non intervenga l'accettazione del destinatario⁹³ e, a differenza di quanto affermato all'art. 1329 c.c.⁹⁴, persino quando abbia promesso a quest'ultimo di mantenere ferma la proposta per un certo periodo (*standing offer*)⁹⁵.

La ragione di ciò risiede nella mancanza del requisito della *consideration*; ne deriva che tali offerte sono vincolanti (e dunque irrevocabili) solo se contenute in un *option* (l'opzione di cui all'art. 1331 c.c.), ossia il contratto in cui l'impegno dell'offerente di non revocare la propria offerta viene remunerato dalla contropartita del destinatario o, in alternativa, in un *deed*⁹⁶.

È dubbio invece se i contratti unilaterali costituiscano un'eccezione alla regola generale che consente la revoca dell'offerta purchè effettuata prima dell'accettazione, in quanto, mentre in *common law* si è deciso in tal senso⁹⁷, in *equity* è stato ritenuto sufficiente ad impedire la revoca, l'inizio da parte del destinatario dell'esecuzione della prestazione a lui richiesta e la conoscenza di ciò da parte dell'offerente⁹⁸; soluzione differente è invece stata adottata all'art. 1333 comma 1 c.c., in cui si afferma che tale proposta << è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata >>.

Inoltre, un'altra condizione a cui è assoggettata la revoca dell'offerta è la sua effettiva comunicazione al destinatario, con ciò intendendosi che, qualora venga fatta

informazioni per l'arresto di un assassino, poiché queste furono rese al solo fine di difendersi dall'accusa di omicidio. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 58-59.

⁹³ *Payne v. Cave* (1789), cit.; tuttavia, lo stesso comma 1 dell'art. 1328 c.c. obbliga l'offerente a indennizzare le spese e le perdite subite dal destinatario, ove questi abbia intrapreso in buona fede l'esecuzione del contratto prima di avere notizia della revoca.

⁹⁴ Art. 1329 c.c.: << Se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senza effetto. >>

⁹⁵ *Routledge v. Grant* (1828) 4 Bing 653.

⁹⁶ Rispettivamente, *Mountford v. Scott* (1975) Ch 258 e *Beesley v. Hallwood Estates Ltd.* (1961) Ch 105. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 76.

⁹⁷ *Luxor (Eastbourne) Ltd. v. Cooper* (1941) AC 108.

⁹⁸ *Errington v. Wood* (1952) 1 KB 290 e successivamente ribadito in *Daulia v. Four Millbank Nominees Ltd.* (1978) Ch 231. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 84-85.

per posta, non si applica la *mail box rule*, come stabilito nel leading case *Byrne v. Van Tienhoven* (1880)⁹⁹; non si richiede invece, né la sua conoscenza da parte del destinatario, essendo sufficiente dimostrare che questo era in grado di conoscerla usando l'ordinaria diligenza¹⁰⁰, né che tale comunicazione venga effettuata dall'offerente, potendo infatti provenire anche da un terzo, essendo però il primo tenuto, in quest'ultimo caso, a provare la conoscenza della revoca da parte del destinatario¹⁰¹.

L'offerta si può estinguere anche per il rifiuto dell'oblato (*rejection, refusal*), che può essere fatto con specifica dichiarazione o per implicito, tramite controfferta e per il quale, come per la revoca, vige la regola della necessaria conoscenza da parte del destinatario (con la conseguente esclusione della *mail box rule*); nonché, così come stabilito anche all'art. 1326, comma 2¹⁰², per il decorso del termine in essa indicato (*lapse of time*) o, in assenza, di un periodo di tempo ragionevole in base alla natura dell'offerta e alle circostanze del caso¹⁰³, ad eccezione del caso in cui vi sia un'offerta permanente (*standing offer*), come ad esempio i listini prezzi in possesso dei venditori al dettaglio o dei grossisti.

Infine, l'offerta può perdere efficacia per il mancato avveramento di una condizione (*non-occurrence of condition*) e per la morte o per la sopravvenuta incapacità dell'offerente; nel primo caso, la condizione può essere espressamente contenuta nell'offerta oppure desumersi implicitamente da essa¹⁰⁴, mentre nel secondo caso, l'offerta si estingue, sia quando la morte o l'incapacità sopravvenuta dell'offerente è conosciuta dal destinatario prima dell'accettazione¹⁰⁵, che in caso di morte del

⁹⁹ *Byrne v. Van Tienhoven* (1880) 5 CPD 344.

¹⁰⁰ *The Brimnes (Tenax Steamship Co v. Owners of the Motor Vessel Brimnes)* (1975) QB 929.

¹⁰¹ *Dickinson v. Dodds* (1876) 2 Ch D 463. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 60-61.

¹⁰² Art. 1326 comma 2 c.c.: << L'accettazione deve giungere al proponente nel termine da lui stabilito o in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi. >>

¹⁰³ *Ramsgate Victoria Hotel Co. Ltd v. Montefiore* (1866) LR 1 Exch. 109.

¹⁰⁴ Ad esempio, in *Financing Ltd. v. Stimson* (1962) 1 WLR 1184, il convenuto si accordò con l'attore per acquistare un'autovettura usata, ma questa, prima della conclusione del contratto, venne gravemente danneggiata a seguito di un incidente e dunque la Corte decise per l'estinzione dell'offerta, a causa della mancata realizzazione della condizione implicita che garantiva il mantenimento dell'autovettura nelle stesse condizioni in cui era al momento dell'accordo. La regola tuttavia è stata stabilita in *Canning v. Farquhar* (1885) 16 QBD 722.

¹⁰⁵ *Coulthart v. Clementson* (1879) 5 QBD 42.

destinatario, sempre prima dell'accettazione¹⁰⁶, invece, nell'ipotesi in cui quest'ultimo accetti dopo la morte dell'offerente, ma prima della conoscenza di essa, in assenza di univocità nelle decisioni, in dottrina si assume a criterio distintivo la circostanza che l'offerta sia personale o meno (o fatta *intuitu personae*)¹⁰⁷.

5.2. Intenzione di creare un vincolo giuridico (*intention to create a legal relation*)

Il requisito dell'intenzione di creare un vincolo giuridico (*intention to create a legal relation*) si compone di due profili: uno soggettivo, vale a dire la volontà delle parti di essere vincolate dalla propria promessa e l'altro oggettivo, relativo alla certezza, alla completezza ed alla comprensibilità dell'accordo (*certainty*)¹⁰⁸.

La presenza del primo elemento viene verificata dalle Corti non solo mediante l'*objective test*, ossia chiedendosi se un uomo ragionevole (*reasonable man*) ritenga, dal comportamento delle parti, che abbiano inteso vincolarsi¹⁰⁹, ma anche attraverso le presunzioni relative (*rebuttable presumptions*) da esse elaborate e classificate in quattro categorie, in base alle quali, in assenza di una prova contraria, si ritiene che tra le parti vi sia, a seconda dei casi, un contratto o un *gentlemen's agreement*, ossia un accordo di cortesia privo di effetti giuridici vincolanti.

La prima categoria riguarda gli accordi familiari (*family agreements*), come quelli tra marito e moglie¹¹⁰ (salvo questi non vivano più insieme in quanto in procinto di separarsi¹¹¹) o tra genitori e figli¹¹², che non sono considerati contratti, salvo si provi

¹⁰⁶ *Reynolds v. Atherton* (1921) 125 LT 690.

¹⁰⁷ Così fu deciso in *Bradbury v Morgan* (1862) 158 ER 877. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 86-89; G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 61-62. Analogamente, nel diritto italiano, dagli art. 1329 e 1330 si ricava che l'offerta si estingue a seguito della morte o della sopravvenuta incapacità dell'offerente o del destinatario prima dell'accettazione, ad eccezione del caso in cui la proposta sia irrevocabile o l'offerente o l'accettante sia un imprenditore (e salvo sia imposto diversamente dalla natura dell'affare o da altre circostanze).

¹⁰⁸ G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 62.

¹⁰⁹ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* (1893) cit. e ribadito di recente in *Barbudev v. Eurocom Cable Management Bulgaria EOOD and others* (2012) EWCA Civ 548.

¹¹⁰ Leading case *Balfour v. Balfour* (1919) 2 KB 571.

¹¹¹ *Merrit v. Merrit* (1970) 1 WLR 1121.

la presenza dell'*intention to create a legal relation*, ad esempio con la prova dell'esistenza di un contratto scritto¹¹³; mentre invece, per gli accordi sociali (*social agreements*), ad esempio quelli tra amici o colleghi, non vi è alcuna presunzione, ma si ricorre semplicemente all'*objective test*¹¹⁴.

La terza categoria ha ad oggetto gli accordi commerciali (*business/commercial agreements*), che al contrario sono ritenuti contratti; tale presunzione è particolarmente difficile da vincere, come è stato dimostrato nel caso *Esso Petroleum Ltd v. Commissioner of Customs and Excise* (1976)¹¹⁵, essendo spesso necessario provare l'esistenza di una c.d. *honor clause* (o *binding in honour only clause*) - ossia una clausola che esclude espressamente che le parti abbiano voluto creare un vincolo giuridico e che qualifica l'accordo come vincolante solo "nell'onore" (*gentlemen's agreement*)¹¹⁶ - purchè non risulti ambigua o vaga¹¹⁷, o escluda la giurisdizione delle Corti¹¹⁸.

¹¹² *Jones v. Padavatton* (1969) 1 WLR 328.

¹¹³ Come avvenuto in *Snelling v. John G. Snelling Ltd. and others* (1973) 1 QB 87, in cui un accordo scritto tra fratelli relativo all'azienda di famiglia fu ritenuto un contratto anche per via dei pessimi rapporti tra di loro, derivanti dalle difficoltà economiche dell'impresa.

¹¹⁴ Infatti, in *Simpkins v. Pays* (1955) 1 WLR 975, un accordo informale tra una nonna, la nipote e un'inquilina, relativo alla divisione di un'eventuale vincita di un concorso organizzato da un quotidiano, fu ritenuto vincolante; mentre invece, i passaggi offerti a colleghi in cambio di una somma (con auto o moto) sono stati prima ritenuti non vincolanti in *Coward v. Motor Insurance Bureau* (1963) 1 QB 259 e poi invece, veri e propri contratti, in *Connell v. M.I.B.* (1969) 2 QB 494 e, dalla House of Lords, in *Albert v. M.I.B.* (1971) 3 WLR 291.

¹¹⁵ *Esso Petroleum Ltd v. Commissioner of Customs and Excise* (1976) 1 WLR 1, dove oggetto della controversia erano le tasse dovute dall'attore per i gettoni da esso dati in omaggio ai propri clienti dopo l'acquisto di una determinata quantità di carburante e considerati dal convenuto "*produced in quantity for general sale*" (ossia prodotti in quantità idonea per la rivendita al pubblico e dunque tassabili secondo la legge allora vigente), mentre dall'attore, semplici doni (e quindi fatti senza volontà di creare una *legal relation*); tuttavia la House of Lords ravvisò quest'ultima, in quanto, dato il contesto commerciale, non reputò soddisfatto l'onere della prova, ma nonostante ciò, accolse le pretese dell'attore poiché ritenne che il contratto di vendita avesse ad oggetto il carburante (e non i gettoni).

¹¹⁶ Come avvenuto nel leading case *Rose & Frank Co. v. J.R. Crompton & Bros Ltd.* (1925) AC 445 ed inoltre, in *Jones v. Vernons Pools* (1938) 2 All ER 626 e *Ferrera v Littlewoods pools* (1998) EWCA Civ 618, questi ultimi entrambi relativi al mancato riconoscimento di scommesse calcistiche vincenti a causa della presenza in esse di tale clausola.

Infine, i contratti collettivi di lavoro (*collective agreements*), ai sensi della sec. 179 del *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992*, non hanno efficacia giuridica, salvo siano redatti in forma scritta e contengano una disposizione che attribuisca loro forza vincolante¹¹⁹.

In ogni caso, si ritiene generalmente che l'intenzione di obbligarsi manchi quando la promessa dell'offerente sia una *mere puff*, ossia un'affermazione esagerata, tipica delle pubblicità, che esprime un'opinione personale ed a cui nessuna persona ragionevole potrebbe credere¹²⁰, oppure una dichiarazione scherzosa (*joking statement*)¹²¹.

Invece, per quanto riguarda l'elemento oggettivo dell'*intention to create a legal relation*, esso consiste - come si è anticipato - nella *certainty*, per la quale il contratto non può essere incompleto, vago o ambiguo¹²² oppure determinato nel suo contenuto da

¹¹⁷ *Edwards v. Skyways Ltd* (1964) 1 WLR 349, dove la promessa del convenuto di pagare all'attore, nonchè proprio dipendente in esubero, un indennizzo "ex gratia" per una somma pari ai contributi versati fu ritenuta integrare un contratto, poichè l'uso di tale espressione non dimostrava che l'accordo era privo di effetto legale.

¹¹⁸ *Baker v. Jones* (1954) 1 WLR 1005; come si vedrà, tali clausole, dalle quali si distinguono quelle che si limitano a deferire la lite ad un arbitro, sono ritenute illegali in quanto contrarie alla *public policy*. Mentre invece le Corti, qualora, come avvenuto in *Rose & Frank Co. v. J.R. Crompton & Bros Ltd.* (1925), la clausola escluda contemporaneamente la vincolatività dell'accordo e la loro giurisdizione, applicano la *blue pencil rule* (v. infra pag. 126), con la quale eliminano quest'ultima parte (purchè il resto dell'accordo, a seguito di tale eliminazione, sia comprensibile e rispecchi l'intenzione delle parti) e, riconoscendo efficacia alla "*honor clause*", dichiarano l'accordo non vincolante.

¹¹⁹ "Intention to create legal relations." *Wikipedia, L'enciclopedia libera*. 16 Maggio 2018, 05:40. 23 Maggio 2018, 21:53 << https://en.wikipedia.org/wiki/Intention_to_create_legal_relations >>; "Intention Law Lecture Notes." *LawTeacher.net*. 11 2013. All Answers Ltd. 05 2018 << <https://www.lawteacher.net/lecture-notes/intention-lecture.php?vref=1>>>.

¹²⁰ *Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton* (1913) AC 30.

¹²¹ *Weeks v. Tybald* (1605) Noy. 11. S. A. SMITH, *op.cit.*, p.99.

¹²² Ad esempio, l'accordo del caso *White v. Bluett* (1853) LJ Ex 36, in cui un padre prometteva al figlio di non richiederli la somma prestata, se questo non si fosse più lamentato del modo in cui aveva assegnato le sue proprietà gli altri membri della famiglia nel proprio testamento; oppure la promessa, in *Scammel and Nephew v. Ouston* (1941) AC 251, di pagare un furgone "a rate entro due anni". Inoltre, in *J. STEADMAN-S. SPRAGUE, op.cit.*, p. 307, si aggiunge che le Corti, sebbene propense a riconoscere l'esistenza di un contratto, generalmente lo ritengono vago ove vengano usate espressioni come "*to be*

una sola parte¹²³, salvo tale incertezza possa essere eliminata facendo ricorso ad un parametro (stabilito dalle parti o desumibile dal testo contrattuale) soggettivo - come l'arbitraggio¹²⁴ - od oggettivo - come una norma di legge¹²⁵, un uso commerciale¹²⁶ o le precedenti contrattazioni o tra le parti¹²⁷ - oppure riguardi solo alcune clausole, che, qualora non risultino essenziali, vengono eliminate, dando esecuzione alla restante parte del contratto¹²⁸.

Sempre in relazione al requisito dell'*intention to create a legal relation*, occorre analizzare, per le particolarità dal punto di vista interpretativo e comparativo, le lettere di intenti (*letter of intent*, denominate anche *memorandum of understanding* o *heads of terms*), le lettere di comfort o di patronage (*letter of comfort*) e i contratti preliminari; le prime sono lettere inviate tra le parti durante la fase delle trattative, che queste utilizzano per scambiarsi informazioni sull'affare (come l'oggetto, gli obiettivi, il prezzo, gli obblighi, ad esempio quello di non divulgazione, i problemi da risolvere prima della conclusione) o per stabilire i vari passaggi temporali della negoziazione –

agreed" (da concordare) o imponga obblighi di agire secondo ragionevolezza o di buona fede. Circa quest'ultimo, v. infra pag. 67 e ss.

¹²³ Come la promessa di una parte, in *Taylor v Brewer* (1813) 1 M & S 290, di remunerare un certo lavoro con la somma che riteneva "giusta".

¹²⁴ *Tito v. Waddel* (No. 2) (1977) Ch 106; più in generale, le parti possono anche fare riferimento ad un terzo, come avvenuto in *Sudbrook Trading Estate Ltd v. Eggleton* (1982) 3 WLR 315, nel quale fu concesso all'attore di esercitare l'opzione per l'acquisto delle proprietà locate dal convenuto, nonostante il contratto stabilisse che il prezzo doveva essere fissato dai periti assunti dalle parti.

¹²⁵ Ad esempio, la sec. 8 (2) del *Sale of Goods Act* 1979 (oggi, dopo l'entrata in vigore del *Consumer Rights Act* 2015, applicabile ai soli contratti di vendita conclusi tra imprenditori o tra privati) che, in assenza di un prezzo o di un metodo per determinarlo, impone nelle compravendite dei beni mobili di pagare un prezzo ragionevole in relazione alle circostanze del caso.

¹²⁶ *Shamrock SS. Co. v. Storey and Co.* (1899) 81 LT 413.

¹²⁷ *WN Hillas & Co Ltd v Arcos Ltd* (1932) UKHL 2, nel quale l'espressione "*fair specification*" non fu ritenuta sufficientemente incerta per annullare un'opzione per l'acquisto di una certa quantità di legname, avendo le parti già concluso accordi simili in passato (nonchè, essendo entrambe esperte del settore).

¹²⁸ *Nicolene Ltd. v. Simmonds* (1953) 1 QB 543 e *E.J.R. Lovelock v. Exportles* (1968) 1 Lloyd's Rep. 163. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 105 ss.

funzioni entrambe svolte anche dalla lettera d'intenti così come intesa nel diritto italiano - oppure ancora per riepilogare i punti su cui è stato già raggiunto un accordo¹²⁹.

Dato che, come si è visto, tali lettere normalmente contengono tutti gli elementi dell'affare nonché le firme di entrambe i contraenti e possono dunque essere considerate contratti in quanto dotate di *certainty*, la maggior parte di esse esclude (o limita solo ad alcune clausole) l'intenzione delle parti di vincolarsi e di conseguenza le Corti, essendo generalmente inclini a rispettare tale volontà, non esitano a dichiararle non vincolanti¹³⁰, mentre invece si ottiene il risultato opposto, qualora non si disponga nulla a riguardo e sia possibile desumere dal testo del documento che le parti abbiano inteso impegnarsi (in particolare quando sia necessario tutelare l'affidamento della parte che ha impiegato una notevole quantità di tempo o denaro)¹³¹, nonché qualora queste abbiano espressamente dichiarato tale intenzione¹³².

Quanto alle lettere di comfort, inviate da un terzo ad un soggetto per assicurare che un altro soggetto adempia o sia in grado di adempiere un contratto (spesso da una società capogruppo o controllante ad una banca, in relazione al finanziamento di una sua partecipata o controllata) i dubbi della giurisprudenza inglese sono testimoniati dal caso *Kleinworth Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corp.* (1989)¹³³, in cui, in primo grado, si ravvisò forza vincolante nella lettera di comfort inviata dalla società controllante all'istituto che aveva concesso un mutuo ad una società controllata, che invece fu esclusa in secondo grado, in quanto si ritenne che tale lettera fosse un semplice atto di politica societaria (*policy*) della controllante e quindi non vincolante¹³⁴.

¹²⁹ Nel diritto italiano invece, tale compito è svolto dalla c.d. minuta o puntazione, ossia la precisazione scritta dei punti essenziali, sui quali si dovrà basare la stipulazione del contratto, per i quali è già stato raggiunto un accordo di massima. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 68.

¹³⁰ *British Steel Corp. v. Cleveland Bridge & Engineering Co. Ltd.* (1984) All ER 504. S. A. SMITH, *op.cit.*, p. 101.

¹³¹ *Turriff Construction v. Regalia Knitting Mills* (1971) 22 EG 169 e *Wilson Smithett & Cape Sugar Ltd. v. Bangladesh Sugar and Food Industries Ltd.* (1986) 1 Lloyd's Rep. 378.

¹³² Ciò avviene di norma per consentire ad una parte di compiere un'ulteriore azione prima della conclusione del contratto, ad esempio, la preparazione dei lavori dell'appaltante nei contratti relativi a costruzioni di rilevante complessità o la richiesta di un finanziamento necessario per concludere l'affare. J. STEADMAN-S. SPRAGUE, *op.cit.*, p. 184-186.

¹³³ *Kleinworth Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corp.* (1988) 1 All ER 714; *Kleinworth Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corp.* (1989) 1 WLR 379.

¹³⁴ G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 69.

Infine, il concetto di contratto preliminare come valido e vincolante in quanto completo, proprio del diritto italiano, non trova corrispondenza in quello inglese, dove viene frammentato in diverse figure, ritenute prive di forza vincolante oppure veri e propri contratti, a seconda che siano incomplete o in attesa di completamento.

Quella più vicina alla nostra nozione è il *contract to make a contract* (o *agreement to agree*), comprensivo sia del caso in cui le parti si vincolano ad eseguire un documento precedentemente redatto, al quale vengono riconosciuti effetti giuridici¹³⁵, che di quello in cui l'impegno delle parti ha ad oggetto una futura negoziazione, reputato invece non vincolante per l'eccessiva genericità (talvolta denominato *agreement to negotiate*)¹³⁶.

A riguardo, è pratica diffusa quella degli *agreements subject to contract*, ossia quegli accordi che le parti, inserendo in essi l'espressione "*subject to contract*" (o altre simili), non considerano impegnativi, ma intendono riprodurre successivamente nel contratto definitivo¹³⁷; questi, tipici delle vendite immobiliari e conclusi al fine di ottenere tempo per verificare l'opportunità dell'operazione o per garantirsi la copertura economica necessaria oppure ancora per valutare l'andamento del mercato, sono generalmente ritenuti non vincolanti anche dalle Corti¹³⁸, salvo quando queste possano ravvisare dal linguaggio usato dalle parti e dalla loro condotta un'oggettiva intenzione di dar vita ad un vincolo giuridico, come stabilito dalla Supreme Court in *RTS Flexible Systems Limited v. Molkerei Alois Müller GmbH* (2010)¹³⁹.

¹³⁵ *Morton v. Morton* (1942) 1 All ER 273.

¹³⁶ *May and Butcher v. R.* (1934) 2 K.B. 17, avente ad oggetto un contratto di vendita di tende rimaste inutilizzate dopo la Prima Guerra Mondiale, a causa di una clausola contenuta nel testo dell'accordo che permetteva di stabilire, di volta in volta che le tende divenivano disponibili, i prezzi e le scadenze dei pagamenti delle merci; *King's Motors (Oxford) Ltd. v. Lax* (1970) 1 WLR 426, relativo ad un'opzione per il rinnovo di un contratto di locazione ad un prezzo da concordare ("*to be agreed*"). G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 107.

¹³⁷ Da tale punto di vista, può cogliersi un'analogia con il contratto preliminare improprio (o compromesso) del diritto italiano, anch'esso tipico delle transazioni immobiliari, con cui le parti si impegnano a riprodurre in un'altra forma - generalmente l'atto pubblico - il consenso raggiunto, sebbene sia radicalmente diverso quanto alla forza vincolante poiché già definitivo ed efficace.

¹³⁸ *Winn v. Bull* (1877) 7 Ch D 29 e, più recentemente, *Cohen v. Neasdale Ltd.* (1982) 2 All ER 97.

¹³⁹ *RTS Flexible Systems Limited v Molkerei Alois Müller GmbH* (2010) UKSC 14. J. STEADMAN-S. SPRAGUE, *op.cit.*, p. 172-173.

Infine, tra le specifiche tipologie di *contract to make a contract* a cui viene riconosciuta forza vincolante, vi sono - oltre alle suddette lettere d'intenti - anche gli accordi di riservatezza o non divulgazione (*confidentiality* o *non disclosure agreements*), con i quali le parti si obbligano a non rivelare a terzi le informazioni scambiate e spesso, anche a non usarle per scopi diversi da quelli convenuti¹⁴⁰ e gli accordi di esclusiva delle trattative (*exclusivity* o *lock-out agreements*), tipici delle acquisizioni di aziende e nei quali una parte si impegna a non negoziare con soggetti diversi dalla controparte, che, come stabilito in *Walford v. Miles* (1992)¹⁴¹, sono validi solo qualora tale promessa venga remunerata da quest'ultima (rispettando dunque il requisito della *consideration*) e venga previsto un determinato periodo di tempo¹⁴².

5.3. *Consideration*

La *consideration* è indubbiamente il requisito che caratterizza maggiormente il diritto inglese, in quanto privo di un equivalente negli ordinamenti di *civil law*; infatti in

¹⁴⁰ Inoltre, tali accordi, essendo molto difficile quantificare il danno da inadempimento e rivelandosi spesso inutile il suo risarcimento, vengono sottoposti dalle parti, oltre che ai normali rimedi contrattuali di *common law*, anche a quelli disponibili in *equity*, come l'ingiunzione (*injunction*) con cui, come si vedrà, le Corti impongono alla parte inadempiente di fare o di astenersi dal fare qualcosa. J. STEADMAN-S. SPRAGUE, *op.cit.*, p. 181-183.

¹⁴¹ *Walford v. Miles* (1992) 2 AC 128, avente ad oggetto l'inadempimento di un accordo orale con il quale i convenuti, che possedevano un laboratorio fotografico, si impegnavano a negoziarne in buona fede la vendita con i soli attori (*lock-in agreement*) e a terminare le trattative con altri acquirenti (*lock-out agreement*) in cambio di una lettera di comfort inviata dalla loro banca, che, seppur regolarmente fornita, non impedì ai primi di vendere la società ad un terzo. La House of Lords però, non reputò vi fosse un contratto poichè il *lock-out agreement* aveva durata illimitata ed era privo di *consideration*, mentre il *lock-in agreement* rientrava negli accordi privi di *certainty*, in quanto relativo ad una futura negoziazione. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 70-73.

¹⁴² Il requisito della *consideration*, come si vedrà, non impone alcun obbligo di adeguatezza, essendo quindi possibile pagare anche una cifra irrisoria; tuttavia, in assenza di questa e, potendo consistere anche in una perdita subita dalla controparte, le Corti, come avvenuto in *Pitt v. PHH Asset Management Ltd.* (1994) 1 WLR 327, lo ritengono soddisfatto anche quando consista in un'azione ad esso svantaggiosa, come la conclusione del contratto in sole due settimane. J. STEADMAN-S. SPRAGUE, *op.cit.*, p. 183-184.

questi, quello con cui presenta più affinità è la causa, che nell'ordinamento italiano viene intesa come la funzione pratica perseguita dalle parti attraverso il contratto¹⁴³.

La *consideration* invece, viene definita come la prestazione eseguita o promessa da una parte in cambio dell'impegno della controparte¹⁴⁴; oppure, come il sacrificio o l'onere di una parte, che costituisce la contropartita della prestazione o promessa di prestazione dell'altra¹⁴⁵; frequentemente citate sono anche le definizioni date nei casi *Currie v. Misa* (1875) e *Dunlop v. Selfridge Ltd* (1915) – quest'ultima riprodotiva di quella fornita da Pollock - secondo cui essa consiste, rispettivamente, in << un diritto, interesse, vantaggio o beneficio ricevuto da una parte ovvero una tolleranza, sacrificio o perdita concessa, subita o sopportata dall'altra >>¹⁴⁶ o in << una ricompensa o un prezzo dato da una parte per ottenere la promessa dell'altra >>¹⁴⁷.

Alla luce delle suddette definizioni, si può sostenere che essa, da un lato, è composta dal beneficio ricevuto dal promittente (potendo essere questo anche un pregiudizio subito dal promissario) e dall'<< affidamento del promissario, la cui delusione deve portarlo in una posizione peggiore rispetto a quella che avrebbe avuto se la promessa non fosse mai stata fatta >>¹⁴⁸ e che dall'altro, svolge la duplice funzione di rendere vincolanti le promesse e di limitare la volontà delle parti; tale ultimo compito, proteggendo i contraenti dalla conclusione di accordi privi di scambio, testimonia un "paternalismo giuridico", che, per un verso, si scontra con la summenzionata rinascita

¹⁴³ Tale concezione soggettiva della causa, su cui oggi si riscontra un ampio consenso sia della dottrina che della giurisprudenza italiana, si affianca a quella tradizionale ed oggettiva, che invece, collegandola al tipo di contratto concluso (ad esempio, nella compravendita, lo scambio del bene con il prezzo), la individua nella funzione economico-sociale del contratto.

¹⁴⁴ GORLA, voce *Consideration*, *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1964, p. 176, da G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 73.

¹⁴⁵ P. PARRINI, *op.cit.*, p. 5.

¹⁴⁶ *Currie v. Misa* (1875) LR 10 Ex 153: << a valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other >>.

¹⁴⁷ *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v Selfridge & Co. Ltd.* (1915) AC 847: << ... the price for which the promise of the other is bought >>. Per un'ampia rassegna delle definizioni offerte da dottrina e giurisprudenza, si rinvia a G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 34-40.

¹⁴⁸ P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, cit. p. 92, da G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 74.

della *freedom of contract* e per l'altro, è uscito rafforzato a seguito degli interventi legislativi in materia di protezione dei consumatori¹⁴⁹.

Quanto alle tipologie di *consideration*, essa è *executed*, ossia "eseguita", negli *unilateral contracts*, poiché l'adempimento della prestazione, richiesta dall'offerente al destinatario come contropartita della propria promessa, rappresenta l'accettazione dell'offerta e dunque il contratto si conclude solo dopo tale adempimento, mentre invece è *executory*, cioè "da eseguire", nei contratti bilaterali, in quanto in essi entrambe le parti promettono di eseguire una determinata prestazione; infine, si esclude vi sia *consideration* qualora questa sia *past* (*consideration must not be past*), ossia quando una parte fa una promessa solo dopo che la controparte abbia interamente eseguito la propria prestazione¹⁵⁰.

Tuttavia, a quest'ultima regola si contrappongono le eccezioni previste per legge dalla sec. 29 (5) del *Limitation Act* 1980, che non richiede *consideration* per la promessa del debitore originario di pagare (o di riconoscere) un debito prescritto al suo debitore e dalla sec. 27 del *Bills of Exchange Act* 1882, per cui un titolo di credito (*negotiable instrument*) può essere fondato anche su un debito o una responsabilità antecedenti; inoltre, in *common law* sono state elaborate ulteriori deroghe a tale principio, relative ai casi in cui la prestazione venga eseguita su richiesta del promittente¹⁵¹ o in cui, in contesti commerciali, risulti chiaro che le parti intendevano che sarebbe stata pagata o remunerata con qualsiasi altro beneficio¹⁵².

¹⁴⁹ P. S. ATIYAH, *An Introduction*, *op.cit.*, p. 149, da G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 74; G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, 81.

¹⁵⁰ *Eastwood v. Kenyon* (1840) 11 A & E 438. Leading case è *Re McArdle* (1951) Ch 669, in cui una casa, assegnata da un padre nel suo testamento ai figli, ma utilizzabile da questi solo dopo la morte della madre, fu ristrutturata dalla moglie di uno di questi, alla quale i cognati promisero – scrivendolo su un documento - di rimborsare la somma spesa; tuttavia, tale promessa non fu adempiuta, ma la Corte non poté ritenere il documento vincolante, in quanto le opere di ristrutturazione furono compiute prima della sua conclusione. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 306-309. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 77.

¹⁵¹ *Lampleigh v. Brathwait* (1615) Hob 105, dove la promessa del convenuto di ripagare l'attore, fatta solo dopo che quest'ultimo aveva effettuato diversi viaggi per tentare di ottenergli la grazia dal Re, fu ritenuta vincolante in quanto considerata implicita nell'originale richiesta.

¹⁵² *Stewart v. Casey (Re Casey's Patents)* (1892) 1 Ch 104, dove un accordo, con cui i convenuti cedevano all'attore la quota di 1/3 di alcuni diritti di brevetto di loro proprietà, concluso dopo che questi lo avevano incaricato della promozione e della gestione degli stessi, fu giudicato vincolante in quanto

Da un punto di vista economico, la *consideration*, secondo un principio generale, “*must be sufficient but need not be adequate*”, ossia deve avere un valore economico, ma non necessariamente proporzionale a quello della *consideration* della controparte: quanto alla prima parte di tale regola, si ritiene che, da un lato, possa essere suscettibile di valutazione economica non solo il beneficio (*benefit*) conferito al promittente, ma anche il sacrificio (*detriment*) del promissario¹⁵³ e, dall’altro, che essa possa anche soddisfare un interesse non patrimoniale del creditore, ad esempio etico o spirituale, fatta eccezione per sentimenti o stati d’animo come il rispetto, la devozione, l’affetto, o l’amore¹⁵⁴ oppure consistere in un vantaggio indiretto (*indirect benefit*)¹⁵⁵.

Mentre invece l’adeguatezza (*fairness of the exchange*), sin a partire del XVI secolo¹⁵⁶, è questione lasciata alla valutazione delle parti e non è oggetto di sindacato

l’originale richiesta recava con sé l’implicita promessa di ricompensa dei servizi svolti. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 304-306.

Successivamente, in *Pao On v Lau Yiu Long* (1980) AC 614, è stato stabilito che l’attuale test per valutare se una *past consideration* sia valida *consideration* è costituito da tre elementi, di cui due sono quelli summenzionati (richiesta del promittente e intenzione di remunerazione) e l’altro consiste nell’*enforceability* di tale remunerazione, ossia la sua idoneità ad essere fatta valere in giudizio, qualora fosse stata promessa in anticipo, ossia come contropartita della prestazione.

¹⁵³ *Thomas v. Thomas* (1842) 2 QB 851: << *Considerations means something which is of some value in the eye of the law moving from the plaintiff: it may be some benefit to the plaintiff, or some detriment to the defendant* >>; come già visto, in *Currie v. Misa* (1875), cit., al sacrificio, sono stati affiancati la rinuncia (*forbearance*), la perdita (*loss*) e la responsabilità (*responsibility*).

Ne deriva che, come stabilito in *Alliance Bank v. Broom* (1864) 2 Dr & Sm 289, anche la promessa di rinunciare ad esercitare un’azione legale contro la controparte (*forbearance to sue*) può essere valida *consideration* della promessa di quest’ultimo di pagare un’indennizzo per transigere la controversia, compreso il caso in cui la pretesa si riveli totalmente infondata (*Callisher v. Bischoffsheim* (1870) LR 5 QB 449).

¹⁵⁴ *Bret v. JS* (1600) Cro Eliz 756 e *White v. Bluett* (1853) cit. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 309-310. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 79.

¹⁵⁵ Ad esempio, in *De La Bere v. Pearson* (1908) 1 KB 280, la richiesta di risarcimento dell’attore per il danno subito dall’aver seguito un consiglio economico fornitogli negligenemente da un giornale, fondata, a suo avviso, sull’esistenza di un contratto (inadempito colposamente), venne accolta dalla Corte, in quanto ravvisò *consideration* nella pubblicazione di tale consiglio, in quanto conferiva al giornale un beneficio soprattutto dal punto di vista pubblicitario.

¹⁵⁶ *Richards and Bartlett’s Case* (1584) 1 Leon 19; *Sir Anthony Sturlyn v. Albany Cro. Eliz.* 67,78 Eng. Rep. 327 (Q.B. 1587). J. STEADMAN-S. SPRAGUE, *op.cit.*, p. 293.

delle Corti¹⁵⁷, ad eccezione del caso in cui, in un contratto notevolmente sproporzionato, una delle parti abbia dato il proprio consenso a seguito del dolo o della violenza della controparte oppure sia un soggetto protetto da uno *statute*, come ad esempio un consumatore o un lavoratore dipendente¹⁵⁸.

Una questione che le Corti hanno dovuto affrontare in materia di *consideration* è stata quella della sua presenza nel caso di promesse di prestazioni di dare o di fare già oggetto di precedenti obbligazioni, derivanti sia dalla legge (*existing public duty*), che da un contratto precedente concluso tra le stesse parti (*existing contractual duty*) o con un soggetto differente da quello con cui si stipula il secondo contratto (*existing contractual duty owed to a third party*).

Nei primi due casi, la regola generale è che non vi è *consideration* quando l'impegno ha ad oggetto la stessa prestazione dovuta per legge (*statute* o *common law*) o in base al contratto¹⁵⁹, mentre invece è presente, qualora quest'ultima contenga elementi aggiuntivi rispetto a quanto previsto dalla legge o dal contratto¹⁶⁰; tuttavia,

¹⁵⁷ Infatti, la *consideration* può essere anche *nominal*, ossia simbolica (famoso a riguardo l'esempio del "peppercorn" (grano di pepe) del caso statunitense *Whitney v. Steams* 16 Me. 394, 397 (1839) e ribadito nel diritto inglese in *Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd* (1960) cit.) e dunque avere valore economico irrisorio, come una sterlina per il canone annuo di locazione di un grande appartamento (*Thomas v. Thomas* (1842) 2 QB 851) o la promessa di visitare la casa del promittente per quella di pagamento di una certa somma (*Gilbert v. Ruddeard* (1608) 3 Dy 272 b). G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 317-319. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 78.

¹⁵⁸ Per i quali si applica, rispettivamente, il *Consumer Rights Act* 2015 (per il quale v. infra pag. 58, 61 e ss.) e il *National Minimum Wage Act* 1998.

¹⁵⁹ Leading cases, rispettivamente, *Collins v. Godefroy* (1831) 1 B & Ad 950, in cui l'attore promise al convenuto una somma in cambio della sua testimonianza nel proprio processo, nonostante quest'ultimo fosse stato già citato in giudizio e dunque era tenuto per legge a testimoniare e *Stilk v. Myrick* (1809) 2 Camp 317, nel quale la promessa del capitano di una nave di pagare una somma extra all'equipaggio, al fine di compensare l'abbandono da parte di due disertori, fu giudicata priva di *consideration*, poiché nel contratto concluso dai marinai prima della partenza, era già previsto che questi avrebbero svolto "qualunque lavoro".

¹⁶⁰ Leading cases, rispettivamente, *Glasbrook Brothers Ltd. v. Glamorgan County Council* (1925) AC 270, avente ad oggetto la sorveglianza con corpi di polizia stabili (invece che mobili) di alcuni minatori che avevano deciso di lavorare in occasione di uno sciopero e *Hartley v Ponsonby* (1857) 26 LJ QB 322, avente ad oggetto gli stessi fatti del caso *Stilk v. Myrick*, con la differenza che non vi era alcuna previsione contrattuale circa il lavoro straordinario ed il numero di disertori era circa la metà dell'intero equipaggio. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 310-314. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 79.

come stabilito in *William v. Roffrey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.* (1991), anche un obbligo contenuto in un precedente contratto può essere una valida *consideration* qualora conferisca alla controparte un vantaggio pratico (“*practical conferment of benefit*”) o gli permetta di evitare uno svantaggio (“*practical avoidment of disbenefit*”)¹⁶¹.

Quanto al terzo caso invece, è ben possibile che l’esecuzione di una prestazione o la sua promessa, contenute in un contratto già concluso con un terzo, possano costituire la *consideration* di un nuovo contratto concluso con un altro soggetto; la ragione sta nel fatto che tale nuovo accordo, da un lato, apporta al nuovo creditore un vantaggio (*benefit*) diverso da quello del terzo creditore e, dall’altro, accresce lo svantaggio (*detriment*) del debitore, in quanto condiziona la sua facoltà di risolvere o modificare consensualmente il contratto concluso con il terzo¹⁶².

Invece, una questione che deriva dalla stretta applicazione delle regole della *consideration* e la cui soluzione testimonia l’impatto dell’*equity* su di esse, è quella della mancanza di validità degli accordi di remissione parziale dei debiti (*part payments of a debt* o *decreasing pacts*); infatti, come stabilito nel risalente *Pinnel’s Case* (1602) e poi confermato dalla House of Lords in *Foakes v. Beer* (1884), anche qualora un creditore concluda un accordo col suo debitore, con il quale dichiara di accettare, senza nessuna contropartita, solo parte della somma dovuta, potrà sempre richiedere la somma rimessa, in quanto tale contratto è privo di *consideration*, salvo tale pagamento parziale

¹⁶¹ *William v. Roffrey Bros. & Nicholls (Contractors) Ltd.* (1991) 1 QB 1, in cui il convenuto e appaltatore non rispettò l’accordo, stipulato allo scopo di evitare il pagamento della penale per ritardo prevista nel contratto con il committente, con cui prometteva una somma aggiuntiva al subappaltatore e attore (che aveva eseguito solo parte del lavoro promesso a causa di difficoltà economiche) qualora avesse terminato il lavoro nel termine originariamente concordato; tuttavia la Corte, nonostante il nuovo accordo aveva ad oggetto la stessa prestazione del precedente contratto, ravvisò *consideration* nell’aver il convenuto evitato sia l’applicazione della penale che la perdita di tempo per la ricerca di un nuovo subappaltatore. G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 80.

¹⁶² La regola fu stabilita, per l’esecuzione della prestazione, in *Shadwell v. Shadwell* (1860) EWHC CP J88, dove uno zio promise al nipote una somma nel caso in cui avesse sposato la donna alla quale si era già promesso (essendo legali, all’epoca, i c.d. *marriage contracts*) e la Corte accolse la richiesta del nipote di ottenere dal patrimonio dello zio la parte della somma non versata; mentre invece, per la promessa, in *Scotson v. Pegg* (1861) 6 H & N 295. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 315-317.

venga effettuato dal debitore - su richiesta del creditore - con un metodo di pagamento diverso, in un luogo diverso o in un tempo anteriore rispetto a quelli originari¹⁶³.

L'iniquità della situazione derivante da tale regola non fu eliminata dall'introduzione di ulteriori eccezioni particolarmente circostanziate, come quella relativa al pagamento parziale effettuato da un terzo¹⁶⁴ o quella relativa ai concordati preventivi (*composition agreements*)¹⁶⁵; così, nel caso *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.* (1947), venne elaborata la dottrina equitativa del *promissory estoppel*, in base alla quale, l'affidamento suscitato in una parte da un accordo in cui la controparte accetta di modificare a suo favore un contratto precedentemente concluso fra le stesse, pur se privo di *consideration* a carico della prima, vincola la controparte e le impedisce di richiedere l'esecuzione del contratto originario ("*is estopped*"), in quanto la parte beneficiata può opporgli come eccezione il *promissory estoppel* (o *quasi-estoppel*) e bloccarne così la pretesa¹⁶⁶.

¹⁶³ *Pinnel's Case* (1602) 77 ER 237 e *Foakes v. Beer* (1884) UKHL 1. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 46-47.

Successivamente, in *Re Selectmove Ltd.* (1995) 1 WLR 474, tale regola è stata utilizzata dalla Court of Appeal per rigettare il principio del "*practical benefit*" del caso *Williams v. Roffey*, in caso di accordi di remissione parziale del debito; recentemente, la questione è stata riaffrontata in *MWB Business Exchange Centres Ltd. v. Rock Advertising Ltd.* (2016) EWCA Civ 553, in cui la stessa Court of Appeal è pervenuta alla soluzione opposta, ponendo alla base dell'accoglimento dell'appello il "*practical benefit*" ricevuto dall'appellato (nello specifico, in un accordo orale di rinegoziazione di un contratto di locazione, la possibilità di recuperare dall'appellante le pigioni arretrate e l'aver evitato una perdita economica qualora avesse deciso di procedere con lo sfratto), mentre invece la Supreme Court (*Rock Advertising Ltd v. MWB Business Exchange Centres Ltd.* (2018) UKSC 24) non ha affrontato tale argomento, fondando l'accoglimento dell'appello sulla presenza nel contratto originario di una clausola che ne impediva la modifica in forma orale ("*no oral modification clause*").

¹⁶⁴ *Welby v. Drake* (1825) 1 C. & P. 557 e *Hirachand Punamchand v Temple* (1911) 2 KB 330.

¹⁶⁵ *Woods v. Robarts* (1818) ER 691.

¹⁶⁶ *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.* (1947) 1 KB 130, nel quale le parti nel 1940 si accordarono per ridurre della metà il canone di un contratto di locazione di un blocco di appartamenti, destinati ad essere subaffittati dal convenuto, per l'impossibilità di quest'ultimo di trovare inquilini a causa della guerra; tuttavia, una volta che questa si concluse nel Giugno del 1945, tutti gli appartamenti furono subaffittati ed allora l'attore richiese in giudizio il pagamento del prezzo originario a partire dal termine della guerra. La Corte accolse tale pretesa poiché ritenne che l'accordo fosse stato concluso solo al fine di ridurre gli oneri del convenuto durante il periodo bellico, aggiungendo inoltre che, qualora l'attore avesse richiesto il prezzo originario anche per tale periodo, non gli sarebbe stato concesso

Tale principio è stato poi confermato dalla House of Lords in *Tool Metal Manufacturing v. Tungsten* (1955)¹⁶⁷ ed affinato dalla giurisprudenza successiva quanto ai requisiti per il suo azionamento, che erano già stati indicati nel suddetto caso *High Trees*, ovvero: una relazione contrattuale o quantomeno legale tra le parti¹⁶⁸, una chiara e inequivocabile promessa del promittente (non assistita da *consideration*) di non far valere in giudizio la somma rinunciata o rimessa, desumibile anche per implicito¹⁶⁹, l'affidamento su questa del promissario, tale da "cambiare la sua posizione" (ad esempio, la perdita dell'opportunità di concludere un altro contratto o di allocare in un altro modo le proprie risorse economiche), senza che sia necessaria la sofferenza di un pregiudizio¹⁷⁰, l'iniquità derivante dal concedere al promittente di venir meno alla proprio impegno¹⁷¹ e l'impossibilità di usare tale dottrina per fondare un'azione ("*is a shield not a sword*")¹⁷².

5.4 Forma (*form*)

Come anticipato, la forma costituisce requisito essenziale del contratto solo quando espressamente richiesta, in quanto anche nel diritto inglese, come in quello italiano, vige il principio della libertà della forma e dunque si può scegliere di usare la

per effetto dell'affidamento del convenuto sull'accordo modificatorio del contratto originario. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 48-49.

¹⁶⁷ *Tool Metal Manufacturing v. Tungsten* (1955) 1 WLR 761.

¹⁶⁸ Ad esempio, fondata su uno *statute*, come in *Durham Fancy Goods v. Michael Jackson (Fancy Foods)* (1969) 2 QB 839 o sulla mera intenzione di vincolarsi, come affermato in *Pacol Ltd v. Trade Lines Ltd. (The Henrik Sif)* (1982) 1 Lloyd's Rep 456.

¹⁶⁹ *Woodhouse A.C. Israel Cocoa Ltd. S.A. v. Nigerian Produce Marketing Co. Ltd.* (1972) AC 741.

¹⁷⁰ *W. J. Alan & Co. v. El Nasr Export & Import Co.* (1972) 2 QB 189.

¹⁷¹ *D. & C. Builders v. Rees* (1966) 2 WLR 28, in cui non fu permesso ai convenuti l'uso del *promissory estoppel*, a causa della pressione esercitata sugli attori per concludere l'accordo modificativo.

¹⁷² *Combe v. Combe* (1951) 2 KB 215. Mentre invece, sia negli Stati Uniti (*Hoffmann v. Red Owl Stores* 133 NW 2d 267 (1965) che in Australia (*Walton Stores (Interstate) Ltd v. Maher* (1988) 164 CLR 387), è stato concesso il suo utilizzo in via d'azione, possibile nel Regno Unito solo per la variante del *proprietary estoppel*, che viene usato per le promesse relative a diritti su beni immobili (*Crabb v Arun District Council* (1976) 1 Ch 170).

forma scritta, orale, elettronica (tramite telex, fax o e-mail) ed un comportamento concludente¹⁷³, oppure la combinazione di tutte o alcune di queste forme.

Tuttavia, in alcuni casi, è richiesta l'osservanza di una delle tre forme previste, la prima delle quali è quella solenne (*under seal* o *deed*) che, come descritto in precedenza, in *common law* è necessaria per rendere vincolanti quegli atti privi di *consideration*, ossia i contratti unilaterali (così come intesi nell'ordinamento italiano) e a titolo gratuito nonchè gli atti di liberalità, ferma restando la possibilità di utilizzarla anche quando non richiesta¹⁷⁴.

Inoltre, è legislativamente imposta per il *lease of land*, ossia il contratto di locazione di beni immobili, di durata superiore a tre anni (*Law of Property Act 1925* sec. 54)¹⁷⁵ e per il *deed of conveyance* (o *conveyancing deed*), ossia l'atto di trasferimento (totale o parziale) della proprietà di beni immobili (*Law of Property Act 1925* sec. 52)¹⁷⁶.

La forma scritta *ad substantiam*, vale a dire necessaria per la validità del contratto, è invece obbligatoria - insieme alla firma delle parti - per i contratti di trasferimento, costituzione, modificazione od estinzione di diritti reali immobiliari (*contracts for the sale or other disposition of an interest in land; Law of Property*

¹⁷³ Tra cui si ritiene rientri anche l'accettazione del contratto fatta cliccando su una pagina web. J. STEADMAN-S. SPRAGUE, *op.cit.*, p. 300.

¹⁷⁴ G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 269-270; G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 81. Gli unici punti in comune con l'ordinamento italiano riguardano, da un lato, la donazioni, per le quali si richiede la forma solenne, vale a dire l'atto pubblico (art. 782 c.c.) e dall'altro, la possibilità di stipulare con tale forma anche tutti i contratti per cui è richiesta la forma scritta *ad substantiam* (art. 1350 c.c.)

¹⁷⁵ Per il quale invece, l'art. 1350 c.c. n. 8 richiede la forma scritta *ad substantiam*, solo se di durata superiore a nove anni.

¹⁷⁶ Tuttavia in *equity*, come stabilito in *Walsh v. Lonsdale* (1882) 21 Ch D 9, vengono riconosciuti effetti meramente obbligatori al contratto redatto, anziché in forma solenne, con la semplice forma scritta ed eseguito parzialmente (*doctrine of anticipation*). G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 271.

Quanto al *deed of conveyance*, esso può essere compreso se si considera che i contratti inglesi - salvo rare eccezioni, come quella prevista per la compravendita di beni mobili, contenuta alla sec. 2 (1) del *Sale of Goods Act 1979* - hanno efficacia obbligatoria e non reale; ne deriva che, nelle vendite immobiliari, l'effetto traslativo della proprietà non discende dal consenso (come nella compravendita italiana), ma dall'obbligazione del venditore, conseguente alla conclusione del contratto, di trasferire la proprietà del bene alienato, per il cui adempimento è richiesto, appunto, un *deed of conveyance*. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 55 ss.

(*Miscellaneous Provisions*) Act 1989 sec. 2)¹⁷⁷, per le cessioni di azioni, salvo sia permesso il trasferimento elettronico (*transfers of shares; Companies Act 2006 sec. 770*), per le cessioni di alcuni diritti di proprietà intellettuale, come il copyright e i disegni e modelli (*Copyright Designs and Patents Act 1988 sec. 90(3) e sec. 222(3)*), per gli *assignments*, ossia le cessioni del credito (*Law of Property Act 1925 sec. 136*) e, fuori dall'area del contratto, per le cambiali tratte (*bills of exchange; Bills of Exchange Act 1882, sec. 3, 17*) e per i pagherò cambiari (*promissory notes; Bills of Exchange Act 1882, sec. 83*)¹⁷⁸.

Mentre invece la forma scritta *ad probationem*, ovvero necessaria per l'azionabilità in giudizio (*enforcement*) del contratto, è richiesta per i contratti di assicurazione marittima (*marine insurance contract; Marine Insurance Act 1906 sec. 22*), per i contratti di credito al consumatore (*consumer credit agreements; sec. 61 e 65 del Consumer Credit Act 1974*) e per i contratti di garanzia (*contracts of guarantee; Statute of Frauds 1677 sec. 4*), nei quali un garante si impegna nei confronti della controparte ad adempiere le obbligazioni del debitore principale, in caso di suo inadempimento¹⁷⁹.

Come accennato, qualora tali contratti non vengano redatti per iscritto, in *common law* non possono essere invocati a sostegno di una pretesa, ma solo di

¹⁷⁷ Che anche nel diritto italiano, ai sensi dell'art. 1350 c.c. n. 1-5, devono essere redatti per iscritto, pena la loro nullità (*ad substantiam*).

¹⁷⁸ J. STEADMAN-S. SPRAGUE, *op.cit.*, p. 300-301. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 272-273.

Un'ulteriore precisazione riguarda il contratto concluso e firmato elettronicamente, che, in base all'*Electronic Communications Act 2000* e all'*Electronic Signature Regulation 2002*, viene equiparato a quello redatto e firmato per iscritto. S. A. SMITH, *op.cit.*, p. 94.

¹⁷⁹ Ai sensi della sec. 4 dello *Statute of Frauds*, la prova in giudizio di questi ultimi è subordinata alla scrittura di un *memorandum* - che può consistere anche in una lettera o altro documento non redatto per tale scopo - contenente gli elementi essenziali del contratto (parti, loro posizione contrattuale, oggetto ed eventuali termini e condizioni) e firmato dalla parte che assume l'impegno e nei cui confronti viene fatto valere. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 273-277.

Invece nel diritto italiano, i contratti per cui si richiede la forma scritta *ad probationem* sono indicati all'art. 2725 c.c.; tra di essi, i più rilevanti sono quelli di assicurazione (art. 1888 c.c.), di trasferimento della proprietà o del godimento delle imprese soggette a registrazione (art. 2556 c.c.), di trasferimento dei diritti d'autore (art. 2581 c.c.), i patti limitativi della concorrenza (art. 2596 c.c.) e le transazioni (art. 1967 c.c.).

un'eccezione¹⁸⁰; mentre invece, in *equity*, è stata elaborata la *doctrine of part performance*, secondo cui in questi casi, quando una parte adempie totalmente o parzialmente la sua prestazione e la controparte rifiuta di eseguire la propria - essendo consapevole dell'impossibilità per l'altra di provare in giudizio l'esistenza del contratto - quest'ultima viene desunta dalla presenza del suddetto adempimento¹⁸¹, a condizione che: a) la richiesta di esecuzione del contratto provenga dal contraente adempiente¹⁸²; b) la prestazione sia stata effettuata solo per adempiere il contratto e non per altri fini¹⁸³; c) la restituzione di quest'ultima impossibile o eccessivamente gravosa¹⁸⁴; d) sia possibile richiedere l'esecuzione in forma specifica della prestazione inadempita (*specific performance*)¹⁸⁵; e) si provi, anche oralmente, l'esatto contenuto del contratto oggetto di lite¹⁸⁶.

Infine, devono essere redatti in forma scritta e consegnati alla controparte anche alcuni documenti accessori, come quelli relativi ai contratti di locazione di immobili ad uso abitativo (*tenancy*) e ai contratti di lavoro subordinato (*employment contracts*)¹⁸⁷.

¹⁸⁰ *Thomas v. Brown* (1876) 1 Q.B.D. 714.

¹⁸¹ *Morphett v. Jones* (1818) 1 Swan. 172.

¹⁸² *Caton v. Caton* (1867) LR 1 Ch App 148.

¹⁸³ *Maddison v. Alderson* (1883) 8 App Cas 467.

¹⁸⁴ *Champroniere v. Lambert* (1917) 2 Ch 356.

¹⁸⁵ *Britain v. Rossiter* (1879) 11 QBD 123.

¹⁸⁶ *Maddison v. Alderson* (1883) cit. Per applicazioni giurisprudenziali, vedi *Wakeham v. Mackenzie* (1968) 2 All ER 783 e *Sutton v. Sutton* (1984) 1 All ER168. G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 277-281.

¹⁸⁷ G. ALPA-R. DELFINO, *op.cit.*, p. 82.

In base all'*Employment Protection (Consolidation) Act* 1978, il datore di lavoro, per i contratti di lavoro di durata superiore ad un mese, deve consegnare al dipendente, entro due mesi dall'assunzione, una dichiarazione scritta contenente i dettagli dell'impiego (*written statement of employment particulars*), che non equivale al contratto, ma ne riassume le principali condizioni; mentre invece, in base all'*Housing Act* 1985, il locatore, qualora manchi un accordo scritto e il conduttore ne faccia richiesta scritta, deve fornire un documento contenente i termini del contratto di locazione entro 28 giorni dalla richiesta (regola applicabile alle sole *assured shorthold tenancies*, ossia il principale tipo di contratto di locazione inglese, concluse dopo il 28 Febbraio 1997).