

Matricola n. 0000762878

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITA' DI BOLOGNA**

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

IL CONTRATTO A FAVORE DEL TERZO

Un'elaborazione diacronico-comparatistica dal diritto romano al *Draft
Common Frame of Reference*.

**Tesi di laurea in: Fondamenti Romanistici del
Diritto europeo**

Relatore:

Prof.ssa Fabiana Mattioli

Presentata da:

Enrico Sericola

Sessione
Anno Accademico 2016/2017

Ai miei genitori, alla mia famiglia, a Benedetta

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

IL CONTRATTO A FAVORE DEL TERZO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

I.1	Genesi delle <i>obligationes</i>	1
I.2	La <i>summa divisio</i> gaiana e le obbligazioni <i>verbis contractae</i>	6
I.3	La <i>stipulatio</i>	11
I.4	Alle radici del modello giuridico continentale del contratto a favore di terzo	15
I.5	La massima gaiana espressa in Gai. 2, 95	20
I.6	D. 45, 1, 38, 17 e 20-21 e la regola generale <i>alteri stipulari nemo potest</i>	24
I.7	La rappresentanza ed il principio dell'interesse e di <i>agere ad interesse</i>	30
I.8	Elusioni al divieto: <i>stipulatio poenae, delegatio solvendi,</i> <i>adiectus solutionis causa</i>	35
I.9	Attenuazione dell'assolutezza del divieto tra la fine del Principato e gli inizi del Dominato	43

CAPITOLO II
LA RIFLESSIONE SULL'ISTITUTO NEL DIRITTO
INTERMEDIO

II.1	<i>L'interpretatio</i> medievale e la riorganizzazione delle <i>exceptiones</i> alla <i>regula</i> cristallizzata nel <i>Corpus iuris Iustinianeum</i>	47
II.2	La Gl. “ <i>Nihil agit</i> ” ad <i>Iust. Inst.</i> 3, 20, 4 ed il pensiero di Martino	52
II.3	La validità della <i>stipulatio alteri</i> nell’ <i>Ordenamiento de Alcalà de Henares</i> del 1348.....	57
II.4	La posizione favorevole del diritto canonico.....	63
II.5	Gli statuti di Bologna (1454, c. 118), di Trento (1527, I, 17) e di Ferrara (1516, II, 92).....	69
II.6	L’espansione della prassi mercantile e la crisi del principio <i>alteri stipulari nemo potest</i>	75
II.7	Il <i>De jure belli ac pacis</i> di Ugo Grozio e il riconoscimento della validità del contratto a favore del terzo ...	80
II.8	L’opera di Strykius e la <i>scientia iuris</i> del XVIII secolo.....	85
II.9	La Pandettistica e la scienza giuridica francese a confronto: il conservatorismo della concezione romana	90

CAPITOLO III

I CODICI CONTEMPORANEI: L'ISTITUTO DEL CONTRATTO A FAVORE DEL TERZO COME DISCIPLINATO DAGLI ORDINAMENTI ODIERNI E DAL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

III.1	La sopravvivenza dell'impostazione classica nei codici moderni del '700 e dell'800.....	100
III.2	La nozione del codice del 1942 e la <i>quaestio</i> della compatibilità del contratto a favore di terzi con il principio di relatività del negozio giuridico.....	105
III.3	La <i>privity of contract</i> e il <i>Contracts (Rights of Third Parties) Act</i> del 1999.....	110
III.4	Il consenso dei contraenti e l'accettazione del terzo nei principali ordinamenti di <i>civil law</i>	117
III.5	Il contratto a favore di terzi nella prospettiva del diritto privato europeo: i <i>Principi Unidroit</i> ed i <i>Principles of European Contract Law</i>	122
III.6	La disciplina del contratto a favore del terzo nel <i>Draft</i> (artt. II- 9:301, II-9:302, II-9:303).....	127
III.7	Il <i>Vertrag zugunsten Dritter</i> nei §§ 328-335 del BGB.....	131
III.8	L'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale della <i>Cour de Cassation</i> e della <i>Bundesgerichtshof</i>	136
III.9	Applicazioni analogiche dell'istituto in materia commerciale: il <i>trust</i> ed i patti parasociali.....	144

CONCLUSIONI..... 152

BIBLIOGRAFIA 158

INTRODUZIONE

Ex professo, riguardo all'istituto del contratto a favore di terzi, due sono le definizioni plausibili: una più lata o volgare, l'altra più stretta e tecnica.

Per la prima, è contratto a favore di terzi qualsiasi contratto che sia stato concluso per un terzo e, che, comunque sia destinato, direttamente o indirettamente, a recargli un vantaggio. In questo senso rientrano nell'istituto ed è contratto a favore di terzi anche il contratto concluso dal rappresentante per il rappresentato, dal commissionario per il committente, ciononostante né il rappresentato né il committente sono intervenuti nei contratti conclusi per loro conto¹.

Ma non è questa la nozione tecnica del concetto di contratto a favore di terzi; questo può dirsi, invece, quel contratto che attribuisce ad un soggetto, completamente estraneo al rapporto, un diritto totalmente differente da quelli conseguenti, o conseguibili, per i contraenti.

Risolta la *quaestio* nozionistica, ci si è interrogati fin dal principio, sulla seguente domanda: è valido questo contratto?

Il problema si presentò già in diritto romano. Infatti, quest'ultimo non ammise, per regola generale, che due parti contraenti potessero far sorgere in capo ad un terzo il diritto di esigere la prestazione dedotta in contratto.

¹ Secondo l'opinione di G. DONADIO, s.v. *Contratto a favore di terzi*, in *NNDI*, IV, Torino, 1959, pp. 657-663, in particolare p. 657.

Segnatamente, questo *principium* di esclusione per il terzo dall'acquisto del beneficio era sancito nella famosa massima espressa in Gai. 2, 95 «*et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis acquire non posse*».

Tale massima è da correlarsi, necessariamente, con un testo ulpiano dei libri *ad Sabinum* in D. 45, 1, 38, 17 e 20-21 (Ulp. 49 *ad Sab.*) nel quale è sancita la regola generale dell'*alteri stipulari nemo potest*, ossia «nessuno può stipulare per conto di un altro».

Nullità del contratto fra i contraenti e nessuna azione a favore del terzo erano gli effetti giuridici che l'ordinamento giuridico romano ricollegava ai contratti conclusi in tal senso e, questo, in quanto il diritto antico non proteggeva una manifestazione di volontà che non era diretta ad uno scopo della vita, ad un'attuazione di uno specifico interesse, che doveva essere personale, non per altri.

Tuttavia, la prassi eluse la regola; vennero così a coesistere con la *regula iuris* alcune eccezioni che man mano nel tempo vennero ammesse e recepite all'interno dei *Digesta*.

Il primo passo decisivo verso il superamento del principio fu compiuto, probabilmente, dai giuristi medievali che, per primi, risistemarono le eccezioni al divieto romano.

I glossatori, interpretando la compilazione giustiniana, non si limitarono a riorganizzare le variegatissime forme ivi presenti, ma estesero, oltre gli schemi contrattuali tipici del *Corpus Iuris*, le fattispecie negoziali giuridicamente rilevanti.

La glossa sostenne in modo assoluto il principio che qualunque patto a favore del terzo dovesse considerarsi nullo e solo Martino, co-

me risulta dalla gl. acc. *Nihil agit* ad I. 3, 20, 4, si oppose a tale concetto.

L'*interpretatio* medievale, tentò da parte sua di limitare e spezzare il rapporto tra la validità del patto realizzato dai privati e lo schema rigido del testo romano. In presenza di alcuni presupposti, le parti ben potevano porre in essere un patto non necessariamente previsto nella compilazione giustiniana e ciononostante pienamente valido ed efficace. In tal senso un ruolo centrale era ricoperto dalla teorizzazione dei *vestimenta*.

I giuristi medievali svolsero, dunque, un'opera funzionale ed essenziale per l'evoluzione giuridica dell'istituto, costituendo colonna portante ed elargendo un ponte di collegamento tra il diritto romano e i moderni codici.

Il principio dell'*alteri stipulari nemo potest* ha rivestito un ruolo di primaria rilevanza nel corso della storia del diritto codificato, in particolar modo in Francia dove, tutt'oggi, trova espressa previsione nell'art. 1165 del *Code Civil*, concretizzazione pratica e teorica del conservatorismo attribuibile a Pothier e alla scienza giuridica francese.

Di fronte al sostanziale conservatorismo di gran parte della scienza giuridica continentale, fu l'espansione delle prassi mercantili nei Paesi Bassi a mettere definitivamente in crisi la regola.

In particolare, si deve ad Ugo Grozio l'enfatizzazione dell'importanza di quel consenso nel contratto, probabilmente facendo propria e riprendendo la concezione affermata elegantemente da Sesto Pedio sul finire del I secolo d.C. ed accolta già da Ulpiano in D. 2, 14, 1, 3 (Ulp. 4 *ad ed.*) per cui «[...] *nullum esse contractum, nulla obliga-*

tionem quam non habeat in se conventionem [...]», punto fondamentale di partenza per il riconoscimento della piena conformità al diritto naturale del contratto a favore di terzi.

A ben vedere, la relatività degli effetti del contratto è un problema che ha segnato gran parte della scienza giuridica privatistica dal 1800 sino ai tempi più recenti, *in primis* per l'applicazione naturale nell'ambito del mercato e dell'economia, *in secundis* a seguito di una progressiva espansione della libertà contrattuale dei soggetti giuridici; l'ultimo ordinamento a rinunciare ad una rigorosa applicazione dello stesso è stata la Gran Bretagna che nel 1999, con il *Contracts (Rights of Third Parties) Act*, ha riconosciuto l'ammissibilità e la piena autonomia del contratto a favore di terzi.

Ampliando il raggio di studio, la nascita di un'Unione Europea e di una legislazione comune ai diversi Stati membri, che trova il suo fondamento sulla necessità di individuare uno spazio unitario comune, di giustizia sociale ed economico, che ne costituisce il suo tratto più evidente e storicamente più consolidato, non sarebbero state possibili senza l'ausilio di strumenti di armonizzazione e senza una radice comune, che trova nell'antico ordinamento giuridico romano la sua fonte.

Infatti, il diritto, quale scienza che ogni cosa ricomprende, non sarebbe riuscito nel suo compito di regolamentatore di un'area così vasta e complessa se non riprendendo, analizzando ed elaborando quei concetti enunciati dai saggi *iuris prudentes* che sono stati ineludibilmente necessari per un riavvicinamento ed una rivisitazione moderna del diritto vivente degli Stati membri.

Particolarmente, nell'ultimo ventennio sembra essere aumentato nelle istituzioni europee l'interesse in merito ad una uniformazione del diritto contrattuale europeo; infatti, la materia viene considerata di notevole rilevanza, soprattutto con riferimento agli obiettivi strategici dell'Unione, strettamente corroborati e connessi al concreto funzionamento del mercato interno.

Le transazioni commerciali e non sono regolate dal diritto contrattuale dei singoli Stati membri, nonostante l'Unione abbia proceduto, attraverso una prima e basilare armonizzazione, ad una attenuazione delle divergenze tra gli ordinamenti ed i codici nazionali, continuano a permanere considerevoli diversità che ostacolano il decollo delle operazioni transfrontaliere e impediscono l'ottimale funzionamento del mercato europeo, con riflesso più in generale sull'economia internazionale.

Molteplici sono stati gli studi accademici che si sono impegnati ad elaborare un nucleo di principi comuni in materia di diritto privato, in particolar modo in ambito contrattuale, e che si sono interrogati sulla *quaestio* di una possibile codificazione europea.

Prima fra tutti la Commissione Lando, un gruppo di studio organizzato dalla stessa Commissione europea, guidata dal professore danese Ole Lando, ha elaborato i *Principles of European Contract law*, che sono stati pubblicati per la prima volta nel 1995 e successivamente nel 2001.

Va, altresì, menzionato il *Code Européen des Contracts*, il c.d. “progetto Gandolfi”², predisposto dall’Accademia dei Giusprivatisti Europei di Pavia, di cui è stato pubblicato nel 2001 il primo libro, dedicato alla disciplina generale dei contratti, seguito poi da un secondo libro relativo ai contratti speciali.

Il 2003 è stato, poi, un anno chiave nel programma di riavvicinamento della legislazione privatistica (patrimoniale) dei Paesi membri della Comunità europea, con la pubblicazione di un grande Progetto di “Quadro Comune di Riferimento” (*Draft Common Frame of Reference*), punto di convergenza e sintesi delle esperienze giuridiche nazionali.

Scopo di questa tesi è quello di analizzare queste problematiche, attraverso un *excursus* storico e giuridico sull’istituto del contratto a favore di terzi, con l’intento e l’ambizione di rilevare connessioni storiche e giuridiche tra il diritto romano e gli ordinamenti attuali, prodotto di una lunga evoluzione di concetti, regole ed istituti creati dai latini ed adattati nel tempo alle diverse esigenze: una cognizione doverosa del passato che aiuta a comprendere come lo studio del diritto romano sia presupposto antecedente e necessario per la comprensione del diritto odierno.

² Cfr. G. GANDOLFI, *Per l’unificazione del diritto in Europa: il codice europeo dei contratti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 69, 1995, p. 1073.

CAPITOLO I

IL CONTRATTO A FAVORE DEL TERZO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA

I.1 Genesi delle *obligationes*

L'esistenza e la sopravvivenza di ogni gruppo sociale, e a maggior ragione, in una *politica societas* quale la Roma antica, implica la necessità di vietare comportamenti che ne pregiudichino o ne compromettano la pacifica convivenza e l'ordinato svolgimento di quelle attività essenziali alla sua vita ed al suo sviluppo.

La convivenza, in particolare, è figlia della possibilità, o dell'esigenza, che i soggetti del gruppo raggiungano accordi e che, tali, diano luogo alla realizzazione del comportamento pattuito, ovvero ad una obbligazione.

Tali preconcetti non erano affatto estranei al diritto romano: l'*obligatio* era, infatti, quel rapporto in forza del quale un soggetto, detto debitore, era obbligato nei confronti di un altro soggetto, detto creditore, all'adempimento di una determinata prestazione³. Una definizione, dunque, pressappoco speculare a quella odierna.

³ La definizione di *obligatio* è conservata in I. 3, 13 pr.: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. Tuttavia, tale *definitio* è oggetto di controversie dottrinali, particolarmente riguardo alla posizione sistematica che questa assume all'interno della Compilazione Giustiniana; non poche le voci autorevoli che hanno accolto la tesi di una definizione di *obligatio* attribuibile al compilatore e di un inserimento della stessa,

Nel caso in cui il soggetto passivo del rapporto avesse inadempito la propria prestazione, questi, avrebbe risposto, secondo tradizione, con il suo corpo o con il suo patrimonio⁴.

Entrando più propriamente nel vivo della trattazione, il rapporto obbligatorio constava di due elementi essenziali, che sono i presupposti necessari e concettuali di quello che oggi viene comunemente definito “contratto”: l’obbligo all’adempimento della prestazione dovuta dal debitore al creditore, l’eventuale responsabilità del soggetto passivo nei confronti di quello attivo e quindi l’azione concessa a tutela di quest’ultimo in caso d’inadempimento⁵.

In regime arcaico, le prime forme dell’*obligatio* erano contenute nelle XII Tavole e stabilivano che la nascita dell’obbligazione avesse origine da fatto lecito e da fatto illecito⁶.

ex post, nel manuale imperiale. Si veda, per un esauriente quadro generale, L. BARRASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, ‘Le fonti’, Milano, 1963², pp. 333 e ss.; U. BRASIELLO, s.v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *ND*, VIII, Torino, 1939, pp. 1202 e ss.; P. RESCIGNO, s.v. *Obbligazioni (Diritto privato: nozioni generali)*, in *ED*, XXIX, Milano, 1979, pp. 133 e ss. Una visione dottrinale interessante, che si discosta dalle tesi comunemente addotte sull’origine dell’*obligatio*, invece, è quella, da ultimo, di R. SANTORO, *Per la storia dell’obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell’esecuzione personale*, in *Scritti Minori*, II, Torino, 2009, pp. 638 e ss.

⁴ L’*obligatio*, infatti, in principio era un’obbligazione dalla quale scaturiva un vincolo di natura personale, in forza del quale, in caso di inadempimento, il debitore avrebbe risposto con il suo stesso corpo. Esemplificativo di tale particolare *conditio* era il *nexum*, il quale sarebbe stato abolito solo con la *Lex Poetelia Papiria* del 325 a.C., a partire dalla quale la responsabilità divenne unicamente di tipo patrimoniale, rimanendo il debitore obbligato solo con i propri beni.

⁵ Cfr., Gai. 4, 1-3 e 5: *Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam. Rem tantum persequimur velut actionibus, quibus ex contractu agimus. Poenam tantum persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit.*

⁶ Cfr. *Tab. VIII. 2 e Tab. VI. 1.*

Tuttavia, non ci si può esimere dal fatto di rilevare che da una originaria e ben definita elencazione delle fonti dalle quali nascesse una *obligatio*, già in epoca antica, detta tassatività, specie riguardo al possibile inserimento della *lex* tra le fonti dell'obbligazione, divenne una vera e propria *quaestio*.

Il diritto romano, com'è notorio, prevedeva una rigida classificazione delle fonti, che limitava al contratto ed al delitto i fatti giuridici dai quali poteva scaturire l'*obligatio* dello *ius civile* («*nunc transeamus ad obligationes. quorum summa divisio in duas species deducitur; ominis enim obligatio vel ex contractu vel ex delicto nascitur*»)⁷.

Un frammento di Gaio, D. 44, 7, 1, 91, aggiunse a questa bipartizione un terzo elemento «*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*».

Nel successivo III libro del Digesto, vengono enumerati svariati casi in cui l'obbligazione non nasce né da contratto né da delitto⁸.

Già in epoca classica, dunque, accanto alle due tipiche e antiche fonti dell'obbligazione, vi erano diversi altri casi di obbligazioni che, per una speciale norma dell'ordinamento giuridico, sorgevano da una manifestazione di volontà tesa in tal senso o da una particolare e oggettiva situazione giuridica. L'ordinamento romano si limitò a rag-

⁷ Cfr. Gai. 3, 88.

⁸ Criticamente nel senso che le *variae causarum figurae* si debbano considerare come un'aggiunta poco felice dovuta alla penna dei compilatori, si veda F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in *BIDR*, 76, 1973, pp. 172 e ss.; G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1941, pp. 245 e ss.; S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, p. 47; per chi, invece, l'ha strenuamente difesa ed ancorata al mondo classico, si veda V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960¹⁴, p. 294, che l'ha definita «prodotto di scuola».

grupparle, facendone quasi un'appendice alle categorie precise e determinate del contratto e del delitto.

Successivamente, soprattutto grazie all'influenza di pensiero delle scuole di Berito e di Bisanzio, la classificazione delle fonti divenne quadripartita (contratto, quasi-contratto, delitto, quasi-delitto)⁹. Tale complessa quadripartizione, però, fu causa di esclusione di un numero rilevante di obbligazioni, che avrebbero, invece, avuto collocazione nell'ampia partizione gaiana.

Nel Digesto, ancora, si trova un'altra classificazione delle fonti dell'obbligazione diversa da quella di Gaio e attribuita all'ultimo dei giuristi classici Modestino, allievo del *magister* Ulpiano, che operò nella prima metà del III secolo d.C., in due frammenti tramandati in D. 44, 7, 52 e in D. 44, 7, 52, 5. In tali frammenti viene scritto:

Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato [...] 5. Lege obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus.

Considerare la legge tra le fonti delle obbligazioni rappresentava un elemento antitetico rispetto alla concezione romana, che non ammetteva assolutamente che un vincolo di tal genere potesse sorgere *ope legis*. Per questo vari giuristi hanno manifestato sospetti di interpolazione a tal proposito¹⁰.

⁹ Sul punto, v. diffusamente, F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010, pp. 87 e ss.

¹⁰ Sul tema cfr., E. ALBERTARIO, *Le obbligazioni*, in *Studi di diritto romano*, Milano, 1936³, pp. 27 e 174; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni (Fonti e vi-*

L'obbligazione *ex lege* sarebbe, in effetti, un istituto giuridico che deve le sue origini al giusnaturalismo e del tutto sconosciuto al diritto romano, sia classico che giustiniano. La natura del vincolo obbligatorio posto in essere poteva avere, allora, anche connotazione personale e comportava la soggezione fisica del debitore¹¹.

Senza alcuna riserva sufficientemente idonea a negarlo, però, il più importante tra gli istituti ascrivibili alle origini delle *obligationes* romane è la *sponsio*. In effetti, anch'essa rappresentava una forma di garanzia per fatto altrui, che vincolava il soggetto come garante per il fatto di un terzo; lo *sponsor* poteva promettere sia un comportamento proprio, sia un comportamento altrui (così sembra indicare l'uso in forma passiva del verbo *spondere* conservato nei modelli di *sponsio* tramandati nelle fonti).

L'atto consisteva in un'offerta seguita da accettazione e, in quanto tale, era riconosciuto dallo *ius civile* ed accessibile, evidentemente,

cende dell'obbligazione), Milano, 1954³, pp. 47 e ss.; C.A. CANNATA, *Le definizioni romane dell'obligatio. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *St. D'Amelio*, I, Milano 1978, pp. 131 e ss.; F. SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford, 1951, p. 507; M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *ED*, XXIX, Milano, 1979, p. 39; altresì, M. TALAMANCA, *'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, in *IURA* 50, 1999, pp. 7 e ss.; S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., p. 45, nt. 1, che pone in rilievo la circostanza per la quale, non venendo in menzione nel D. 44, 7, 52 né il quasi-contratto, né il quasi-delitto, quest'ultimo si debba trovare in contraddizione con i modelli giustiniane dei Istituzioni. *Contra*, G. BRINI, *L'obbligazione nel diritto romano*, Bologna, 1905, p. 104, il quale riconosce a Modestino il merito di dare, seppur generalmente, indicazione della legge come fonte di obbligazione.

¹¹ Il regime ivi descritto, rimase in vita sino alla promulgazione della *Lex Poetelia Papiria de nexis* che, nel 326 a.C., abolì la responsabilità di tipo personale, sostituendola con una di tipo pecuniario o, perlomeno, iniziò un processo evolutivo che condusse alla sua definitiva scomparsa, essendoci ancora fonti che attestano il perdurare dell'esecuzione personale anche dopo la *Lex Poetelia Papiria*. Cfr., Gell., *Noctes Atticae*, 11, 18, 18.

solo ai *cives*. L'ambito di applicazione della *sponsio* era molto ampio: poteva essere utilizzata per promesse di *dare, facere, non facere*. In particolare era necessario l'uso della parola sacramentale *spondere*, che probabilmente si considerava possedesse un valore magico, al fine di non estenderne la portata ai *peregrini*, per i quali, in seguito, il "creazionismo romano" creerà una forma peculiare di *sponsio*, priva del suo elemento spirituale, ovvero la *stipulatio*.

I.2 La *summa divisio* gaiana e le obbligazioni *verbis contractae*

A partire dal II secolo a.C. la giurisprudenza, sulla base dell'esame dei casi concreti, non mancò di elaborare la categoria delle *causae obligationum*.

Si legge in Gaio: «*Summa divisio (obligationum) in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*»¹². Secondo questa prima classificazione, dunque, il fenomeno obbligatorio può avere la propria fonte sia da atti leciti sia da quelli illeciti.

¹² Segnatamente sul passo di Gaio 3, 88 cfr., M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971², pp. 748 e ss.; altresì, M. KASER, *Divisio obligationum*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London, 1983, pp. 77 e ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990², pp. 882 e ss. Generalmente sulle fonti dell'*obligatio* romana cfr., A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile Scajola-Branca* (a cura di F. Galgano), Bologna-Roma, 1988², pp. 207 e ss.; V. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, II, 1904, pp. 521 e ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 508. Questa bipartizione trova preciso riscontro in altre parti del manuale, come, in Gai. 4, 2: [...] *In personam actio est, qua agimus (quotiens) cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere prestare oportere* [...] e ancora, in Gai. 4, 80: [...] *haec ita de his personis, quae potestas (sunt) sive ex contractu sive ex maleficio earum controversia sit* [...]

Nell'unico *genus* del *delictum* il giurista annovera tutti atti illeciti lesivi della sfera dei rapporti privati, quali il *furtum*, la *rapina*, la *iniuria* e il *damnum iniuria datum*¹³, che vanno specificamente tenuti distinti da quelli che ledono interessi collettivi, ovvero della collettività generalmente intesa, che nelle fonti vengono solitamente definiti *crimina*.

L'altra fonte è individuata nel *contractus*. Gaio, segnatamente, specifica che le obbligazioni nascenti da contratto vanno distinte in quattro categorie, a seconda che abbiano origine per effetto della pronuncia di *certa et solemnia verba* (*verbis contractae*), di determinate scritture (*litteris contractae*)¹⁴, della dazione di una cosa (*res contractae*)¹⁵ o, infine, del consenso prestato in modo valido (*consensu contractae*)¹⁶.

¹³ Gai. 3, 182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. Quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.*

¹⁴ Il rapporto obbligatorio, infatti, poteva nascere dall'atto della scrittura. Si tratta dei *nomina transcripticia*, dei crediti trascritti. I *patres familias* romani tenevano un registro di contabilità, il *codex accepti et expensi*, sul quale trascrivevano in ordine di data il denaro ricevuto e dato. Analoghe *tabulae* erano tenute da amministratori di società e *argentarii*. Non si trattava di *tabulae* sparse ma legate a formare un registro che doveva essere tenuto in ordine e conservato, come viene scritto nel passo Cic., *Pro Rocio Comoedo* 2: «[...] *codicem instituere conscribere ordinem conservare, memoriae trader litterarum vestutatem*». I *codices*, almeno quelli dei banchieri, generalmente costituivano semplici mezzi di prova degli incassi ed esborsi effettuati e, per questo motivo, dovevano essere conservati anche cessata l'attività ed esibiti a richiesta degli interessati; sul fatto cfr., D. 2, 13, 4 (Ulp. 4 *ad ed.*). Si veda in merito, C.A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique (Études sur les obligations, I.)*, in *Sein und Werden im Recht, Festgabe U. von Lübtow*, Berlin, 1970, pp. 439 e ss.

¹⁵ Cfr., L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2008², pp. 372 e ss.; G. MANCINI, *Profili di storia del diritto privato romano*, II, Villamagna, 2012, pp. 503 e ss. Fattosi, nell'età di Gaio, sufficientemente ricco ed articolato il quadro complessivo delle fonti delle obbligazioni, queste ultime ipotesi furono inquadrate

Ogni obbligazione nasceva, dunque, o da contratto o da delitto; è una bipartizione, questa, a cui si si fa riferimento svariate volte in alcuni passi del Digesto¹⁷, ma che lo stesso Gaio sembra non ritenere esaustiva, riconoscendo il giurista che vi sono delle obbligazioni, quale ad esempio la *solutio indebiti*, ossia il pagamento dell'indebito, che costituiscono una categoria particolare di obbligazioni che nascono *ex contractu*.

Secondo Gaio, infatti, in questo caso non ci si troverebbe di fronte ad un'obbligazione scaturente propriamente da contratto, in quanto la volontà delle parti non è rivolta all'assunzione di un vincolo obbligatorio, ma piuttosto alla sua risoluzione¹⁸. Tale accezione trova coe-

come obbligazioni contratte *re*, attraverso la cosa. Il 'dare per riprendere quanto si è dato' (*oportere*), può avere una pluralità di cause diverse; l'aspetto che i giuristi romani mettono in luce è quello dell'essere, l'oggetto del trasferimento, una cosa generica oppure una cosa specifica e, dunque diremmo noi, fungibile o infungibile. Si tratta di un concetto espresso esplicitamente, con riferimento al mutuo, da Paolo e Gaio. Il primo infatti, afferma che diamo a mutuo per riavere non la stessa specie, la stessa specifica cosa, che abbiamo dato, ma lo stesso genere, in D. 12, 1, 2 (Paul. 28 *ad ed.*); il secondo che la dazione a mutuo riguarda propriamente le cose che valgono per peso, numero o misura, in Gai. 3, 90, il cui valore è, dunque, nel genere non nella cosa specifica, tanto che ne è possibile la restituzione anche quando la cosa specifica sia andata distrutta.

¹⁶ Cfr., Gai. 3, 89: «*Aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*».

¹⁷ Cfr. D. 5, 1, 57 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 5, 3, 14 (Paul. 20 *ad ed.*); D. 14, 5, 4, 2 e D. 15, 1, 9, 6 (Ulp. 29 *ad ed.*).

¹⁸ Per la dottrina, in argomento, si veda B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, p. 97, che non definisce propriamente la risoluzione per accordo come causa di estinzione del contratto, ma si limita a considerare la stessa quale causa di inefficacia dell'atto; C.A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique (Études sur les obligations, I.)*, cit., pp. 125 e ss.; P. CERAMI, v. *Risoluzione del contratto (dir. rom.)*, in *ED*, XL, Milano, 1989, p. 1281; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, pp. 107 e ss. Cfr., Gai. 3, 91: [...] *Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*.

rente riscontro in un noto passo delle *Res cottidianae*¹⁹ in cui Gaio introduce una nuova classificazione, basata su una tripartizione delle fonti dell'obbligazione:²⁰

D. 44, 7, 1 (Gai. 2 *Aureorum Libri*): *Obligationes aut ex contractu nascantur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

Manifestamente, anche in questa ulteriore ripartizione, è evidente che la *ratio* fondante della struttura giuridica rimane invariata; le principali fonti dell'obbligazione restavano invariate, costituite per l'appunto, dai contratti e dai delitti, ai quali si aggiungeva, però, la categoria residuale delle *variae causarum figurae*, nella quale venivano fatti confluire tutti i vincoli obbligatori non riconducibili alle prime due²¹.

Tra queste quattro categorie di obbligazioni da contratto, sono interessanti, per il legame con l'istituto giuridico ivi trattato, le obbligazioni c.d. *verbis contractae*, la cui definizione trova precisa menzione in:

¹⁹ Sulla paternità delle *Res cottidianae*, v., J. M. COMA FORT *El derecho de obligaciones en las Res cottidianae*, Madrid, 1996, pp. 25 e ss.; e, da ultimo, G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003, pp. 30 e ss.

²⁰ Si veda M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, pp. 242 e ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, pp. 29 e ss.

²¹ Cfr. C. A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *DDP*, XII, Torino, 1995, pp. 432-435. Le fonti riportano, inoltre, un'ulteriore classificazione attribuita da dottrina maggioritaria a Modestino, che, altri, ritengono di dubbia genuinità, ma che per dovere di completezza pare opportuno ricordare: D. 44, 7, 52 (Mod. 2 *reg.*): *Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque; aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut ex peccato.*

Gai. 3, 92 e 93: 92. *Verbis obligatio fit ex interrogat ione et responsione, veluti dari spondes? spondeo, dabis? dabo, promittis? promitto, fidepromittis? fidepromitto, fideiubes? fideiubeo, facies? facio.* 93. *Sed haec quidem verborum obligatio dari spondes? spondeo propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines sive cives Romanos sive peregrinos valent [...].*

Sono, quindi, *obligationes verbis contractae* quelle la cui struttura consta di un'interrogazione, con susseguente risposta espressa oralmente, sullo schema classico della già citata *sponsio*. Elemento essenziale di tali obbligazioni sono i *certa verba*, vale a dire parole solenni determinate che, se pronunciate ritualmente, avrebbero determinato il sorgere, il contenuto e l'esigibilità dell'obbligazione stessa. Un altro elemento importante strettamente connesso con l'oralità delle obbligazioni verbali, era la necessaria presenza simultanea delle parti e la c.d. *unitas actus*²². Ultima caratteristica fondamentale delle obbligazioni verbali era la corrispondenza tra quanto chiesto e quanto risposto, tra *interrogatio* e *responsio*²³. Al formalismo e alla rigidità che alle origini caratterizzavano l'istituto della *sponsio*, in epoca più tarda si sostituì il principio di prevalenza della sostanza sulla forma, con decadenza, ma conservazione, della validità dell'atto.

²² Cfr., in particolare, E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, p. 36; M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, cit., p. 161; G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano 1973, pp. 2 e ss.

²³ Cfr. V. MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, VIII, Torino, 1992, p. 612, nt. 12; M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, cit. pp. 4 e ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit. pp. 543 e ss.

I.3 La *stipulatio*

La figura più importante di *obligatio verbis contractae* fu, senza dubbio alcuno, la *stipulatio*.

Così come la concordanza, in una disputa, tra quanto domandato e quanto risposto era considerata *lex* rientrante nella disciplina dialettica, e quindi non solo usanza ma vero e proprio principio cogente, tanto più per un'obbligazione verbale quale la *stipulatio* tale congruenza era fondamentale per definire chiaramente i limiti entro i quali le parti si volevano obbligare. Infatti, la *stipulatio* è l'istituto che meglio rappresenta il paradigma della dottrina generale del contratto e delle obbligazioni e presupposto imprescindibile per comprendere a pieno le regole del diritto romano²⁴.

In via generale, la *stipulatio* era un contratto formale, realizzato oralmente, con cui una parte, detta promittente, si obbligava nei confronti di un'altra parte, detta stipulante, al compimento di una certa prestazione. Il negozio rientra quindi nel concetto tradizionale di *obligatio*, in particolare nella categoria delle obbligazioni *verbis contractae*. Il prototipo della *stipulatio* fu la già menzionata *sponsio*, anche se

²⁴ Cfr., P. CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Padova, 1994, pp. 21 e ss.; V. FEROCI, s.v. *Il contratto a favore di terzo*, *I contratti in generale in Giurisprudenza sistematica* diretta da Bigiavi, Torino, 2000², pp. 725 e ss.; F. GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965, pp. 42 e ss.; T. SCOZZAFAVA, s.v. *Contratto a favore di terzo*, *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, pp. 2 e ss. Infatti, analizzando per via induttiva, data la scarsità delle fonti derivante dal *modus* in cui tali stipulazioni si concretizzavano, spesso si sono andate definendo caratteristiche generali dell'*obligatio* e del *contractus* stesso.

non è chiaro quale fosse l'esatto rapporto tra i due istituti²⁵; originariamente, stante l'inutilizzabilità della *sponsio* da parte dei peregrini, la *stipulatio*, atto proprio dello *ius gentium*, fu creata appunto su modello della *sponsio* stessa per permettere a chi non fosse *cives romanus* di contrarre validamente un'obbligazione. Successivamente, nel corso della sua evoluzione, la *stipulatio* si discosterà di molto dal suo antecedente più accreditato, sino a presentare caratteristiche peculiari proprie²⁶.

La *stipulatio* era quindi delineata come una *conceptio verborum*, letteralmente un "concepimento di parole". Al di là della colorita traduzione letterale, l'immagine evocata dal termine *conceptio* aiuta a comprendere come la *stipulatio* consistesse in un istituto intimamente legato con le parole che la originavano. Tuttavia, diversamente dalla *sponsio*, nella quale la validità del negozio era subordinata alla precipua corrispondenza tra domanda e risposta, che non doveva sussiste-

²⁵ Per chiarire meglio i rapporti tra i due istituti si veda Gai. 3, 93: *Sed haec quidem verborum obligatio: dari spondes? spondeo, propria civium Romanorum est: ceterae vero iuris gentium sunt, itaque omnes nomine, sive cives Romanos, sive peregrinos valent; et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint [...]*. Rilevante è la divergente connotazione giuridica dei due istituti; una differenziazione di tipo formale e non strutturale, legata in origine a due contesti di *ius* differenti: mentre la *sponsio*, infatti, era, quanto meno in origine, atto religioso, la *stipulatio* era un atto tipico ed esclusivo, appartenente allo *ius civile*. Inoltre, mentre la prima era un atto dotato di opportuna formula rigida, seppur orale, la seconda, pur mantenendo l'oralità, constava in un *negotium* più libero e flessibile, nel senso che per contrarre una stipulazione perfettamente valida era possibile utilizzare qualunque parola avente carattere obbligatorio.

²⁶ Cfr., G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, pp. 127 e ss.; F. PASTORI, *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna, 1994, pp. 36 e ss.; M. TALLAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 559 e ss. In un passo del Digesto e, precisamente, in D. 45, 1, 5, 1 (Pomp. 26 *ad Sab.*) viene data una definizione compiuta di *stipulatio*: *Stipulatio [...] est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumque se quod interrogatus est, responderit.*

re solo a livello contenutistico, ma anche e soprattutto a livello formale²⁷, per quanto riguarda la *stipulatio*, almeno a partire dall'età imperiale, potevano essere utilizzate espressioni non formalmente corrispondenti, quindi verbi differenti per l'*interrogatio* e la *responsio*, ovvero la domanda e la risposta potevano essere pronunciate in lingue differenti dal latino, ferma restando la loro validità esclusivamente nell'ambito dello *ius gentium*²⁸.

Analogamente a qualunque altra obbligazione *verbis contracta*, il requisito dell'oralità rendeva impossibile, per alcuni soggetti, contrarre una stipulazione poiché incapaci²⁹; non erano infatti legittimati i sordi, i muti, gli infanti e gli assenti, anche se nella prassi si avviava a tali inconvenienti facendo intervenire uno schiavo dell'incapace che assumeva per il *dominus* diritti e doveri. Il pazzo non poteva partecipare ad alcun negozio, poiché *intellegit qui agat*, mentre il pupillo e la donna sotto tutela potevano eventualmente farsi assistere dal tutore³⁰.

²⁷ Cfr. *retro*, cap. I, § 2.

²⁸ In dottrina si veda A. WACKE, *Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latin? Zur schrittweisen Gleichberechtigung der Geschäftssprachen im römischen Reich*, in ZSS 110, 1993, pp. 33 e ss.; è interessante, inoltre, notare come, in merito all'ultimo paragrafo del passo, fosse ammesso l'uso dell'interprete, anche se ovviamente con funzione di supporto, non rilevando altrimenti la sua presenza nemmeno a fini probatori. Cfr., D. 45, 1, 1, 6 Ulpiano (48 *ad ed.*): *Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece: dummodo congruenter respondeatur: obligatio constituta est. Idem par contrarium. sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus: an vero et ad alium. Poenum forte, vel Assyrium, vel cuius alterius linguae, dubitari potest? et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem: ita tamen ut uterque alterius linguam intelligat, sive per se sive per verum interpretam.*

²⁹ Cfr. D. 45, 1, 1 (Ulp. 48 *ad ed.*) e Gai. 3, 105.

³⁰ Per questi casi particolari, si vedano Gai. 3, 106; Gai. 3, 107; Gai. 3, 108.

Meno intuibile è la logica sottesa all'esclusione della stipulazione contratta a favore di un terzo, ovvero della *stipulatio alteri*. Le giustificazioni dell'esclusione, malgrado ciò, sono rilevabili, col tramite del canone interpretativo sistematico-giuridico, da numerose fonti. Un primo limite al riconoscimento della stipulazione in favore del terzo era di tipo materiale-funzionale, intrinseco alla strutturazione stessa della *stipulatio* romana; essendo concepita quest'ultima come necessariamente intercorrente fra due persone, i giuristi romani, in linea di massima, non ammettevano che il *promissor* si impegnasse a dare o fare a favore di un terzo estraneo alla stipulazione o che si accordi per la prestazione a carico del terzo. In Gaio, ad esempio, pervengono alcuni casi di nullità (*inutilitatis*) della *stipulatio*. Così non si ammette che lo *stipulator* chieda in beneficio qualcosa dopo la sua morte, poiché la richiesta si sostanzierebbe che qualcosa venga data ad un erede, quindi, ad un terzo³¹. Analogo fu il ragionamento fatto per quanto concerne la promessa del fatto di un terzo. «Il negozio si conclude fra lo *stipulator* ed il *promissor*. Perciò se uno promette che un altro darà o farà qualcosa, non risulterà obbligato, infatti ciascuno deve promet-

³¹ Cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., pp. 29 e ss.; F. PASTORI, *Il negozio verbale in diritto romano*, cit., pp. 40 e ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 571 e ss.; A. WACKE, *Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latin? Zur schrittweisen Gleichberechtigung der Geschäftssprachen im römischen Reich*, cit., pp. 35 e ss. In aggiunta cfr., Gai. 3, 100: *Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: post mortem meam dari spondes? vel ita: post mortem tuam dari spondes? valet autem, si quis ita dari stipuletur: cum moriar, dari spondes? vel ita: cum morieris, dari spondes? id est, ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur: nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem. Rursum ita stipulari non possumus: pridie quam moriar, aut pridie quam morieris, dari spondes? quia non potest aliter intellegi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in praeteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: heredi meo, dari spondes?*

tere per se stesso»³². Con il tempo i giuristi latini trovarono dei meccanismi e dei rimedi idonei a superare tali limiti, senza incorrere in contraddizione logica con le formalità prescritte. Fattispecie deroganti erano, invero, fondate sul principio dell'interesse: qualora le parti avessero un interesse determinato a stipulare per il terzo o a prometterne la sua attività, o ancora, nel caso del contutore che si impegnasse a tenere un certo comportamento a favore del pupillo, in quanto, in questi casi, nel tutore era riscontrabile uno specifico ed oggettivo interesse affinché il contutore non recasse danni al patrimonio del pupillo, pena la sua stessa responsabilità, in questi casi particolari era ammessa la *stipulatio alteri*³³.

I.4 Alle radici del modello giuridico continentale del contratto a favore del terzo

«Benché la figura del contratto a favore di terzo si sia ormai affermata e sia presente in tutti i moderni ordinamenti di *civil law*, il diritto romano non ammise invece, per regola generale, che le parti con-

³² Cfr. D. 45, 1, 83 (Paul. 72 ad ed.): *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum facrumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet.*

³³ In argomento cfr., B. DE FILIPPIS, s.v. *Tutela e curatela*, in *NNDI*, XV, 1959, p. 926; M. DOGLIOTTI, s.v. *Tutela e curatela*, *DDP*, XIX, Torino, 1999, pp. 579 e ss.; L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, cit., p. 99.; P. FAVA, *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, I, Milano, 2008, p. 79; G. B. SOMMARIVA, *Introduzione agli studi giuridici*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 207; A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015, p. 55. Cfr., D. 45, 1, 38, 20 nel quale è riportato il caso specifico per cui un tutore cedeva la gestione del patrimonio del pupillo ad un contutore garantendone la corretta gestione. L'interesse del tutore si riconosceva, in questi casi, per il fatto di poter essere chiamato a rispondere della mala gestione del contutore.

traenti potessero far sorgere in capo ad un terzo il diritto di esigere la prestazione dedotta in contratto»³⁴. Ciò, in ossequio al principio di diritto romano espresso in I. 2, 9, 5:

Ex his itaque apparet per liberos homines, quos neque iuri vestro subiectos habetis neque bona fide possidetis, item per alienos servos, in quibus neque usum fructum habetis, neque iustam possessionem, nulla ex causa vobis adquiri posse, et hoc est, quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse [...]

La massima *et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse* deve necessariamente corroborarsi con un altro testo ulpiano dei libri *ad Sabinum*, riprodotto in D. 45, 1, 38, 17 (Ulp. 49 *ad Sab.*). Infatti, in quest'ultimo, si afferma specificatamente l'invalidità della stipulazione in favore del terzo (*alteri stipulari nemo potest*)³⁵ e, dunque, la circostanza che, in epoca classica, le sti-

³⁴ Così F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna, 2010, pp. 183 e ss.

³⁵ Cfr., P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, IV, Milano, 1979², pp. 330 e ss.; H. LANGE, *'Alteri stipulari nemo potest' bei Legisten und Kanonisten*, 1956, ZSS 73, pp. 279 e ss.; U. MAJELLO, s.v. *Contratto a favore di terzo*, in *DDP*, IV, Torino, 1989, pp. 240 e ss.; F. MESSINEO, s.v. *Contratto nei rapporti con il terzo*, *ED*, X, 1962, pp. 196 e ss.; G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, Padova, 1933, p. 11; R. QUADRATO, s.v. *Rappresentanza (dir. rom.)*, in *ED*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 487 e ss.; L. TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, Verona, 1889, pp. 25 e ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., pp. 31 e ss.

pulazioni a favore di terzi³⁶ erano invalide e non producevano effetti, né tra le parti né per il terzo beneficiario.

Tra le cause del divieto può annoverarsi, certamente, la natura formalistica della *stipulatio*. Non potendo le parti discostarsi dalla pronuncia delle parole solenni «*Spondeo mihi dari centum? Spondeo*», l'immediata conseguenza che ne scaturiva era che il destinatario della promessa risultasse l'*unicum* beneficiario della prestazione.

Tale rigidità dello schema formale non costituiva l'unica causa ostativa al riconoscimento di patti stipulati in tal modo. Stando alla letteratura romanistica, la *ratio* principale dell'invalidità della *stipulatio alteri* trovava ragionevole giustificazione nell'assenza di uno specifico interesse dello stipulante, o meglio, di un interesse meritevole di tutela giuridica da parte dell'ordinamento, all'adempimento della promessa a favore del terzo. Ovvero, l'ordinamento non poteva vincolare il promittente ad una promessa che non soddisfaceva nessun interesse del promissario: *ceterum ut alii mihi detur nihil interest mea*³⁷.

Invero, in questi casi lo stipulante non acquistava per sé, perché nulla voleva acquistare; tuttavia, neppure acquistava per il terzo, perché l'interesse sotteso a tale manifestazione di volontà non era protetto giuridicamente³⁸.

³⁶ Nel senso che l'ordinamento romano non conosceva l'istituto del contratto a favore di terzi, così come inteso dalla dottrina civilistica moderna, v. G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, cit., p. 4.

³⁷ Cfr., D. 45, 1, 38, (Ulp. 17 *ad Sab.*); cfr., G. DONADIO, s.v. *Contratti a favore di terzi*, in *DI*, XVI, Torino, 1938, p. 2.

³⁸ Un chiarissimo esempio a proposito in C. 8, 54, 3 (*Diocl. et Max. AA. Iuliae Marcellae*, a. 290): *Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restituatur, veteri iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui*

L'assenza di un interesse determinato o determinabile dello stipulante, se da un lato costituiva il limite principale alla possibilità di *stipulare alteri*, dall'altro suggeriva il criterio per ammettere le prime deroghe al principio *alteri stipulari nemo potest*.

La validità della stipulazione era riconosciuta, dunque, nel solo caso in cui si rinveniva un interesse, in base al quale il promittente si impegnava ad eseguire una prestazione in favore del terzo³⁹.

Tuttavia, l'interesse dello stipulante, anche se dotato di questa particolare coloritura, non costituì mai la base di un principio generale di validità dei contratti a favore dei terzi, né nel diritto romano classico, né in quello giustiniano.

Ciò detto, c'è da considerare il fatto che nella prassi la regola venne aggirata; le prime elusioni al divieto romano si riscontrano e devono essere accreditate al periodo classico e riguardano casi in cui l'efficacia del contratto era limitata alle parti contraenti⁴⁰.

liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condictionis actionis persecutionem competere. 1. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur. Si veda, anche, C. 5, 14, 7 (Diocl. et Max. AA. et CC. Phileto, a. 294): Pater, pro filia dotem datam genero ea prius in matrimonio defuncta nepotibus pactus restitui, licet his actionem quaerere non potuit, tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur actio.

³⁹ Cfr. I. 3, 19, 20: «*Si quis stipulatur alii, cum eius interest, placuit stipulationem valere*». Cfr. sul punto cfr., B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1965, p. 461.

⁴⁰ Veniva ammessa la validità del contratto e conseguentemente azione allo stipulante nei confronti del promittente inadempiente fondamentalmente in una duplice casistica: 1) qualora il promittente si impegnava a prestare, a favore di un terzo, un adempimento a cui il promissario stesso era tenuto; 2) qualora era stata apposta una clausola penale alla stipulazione, per l'eventualità in cui la promessa a favore del terzo non fosse rispettata. Si veda sul punto L. TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, cit., pp. 25 e ss., dove l'autore ritiene che già in epoca classica la presenza

Solo in epoca giustiniana sono rintracciabili fattispecie eccezionali di deroga alla regola in cui al terzo beneficiario era riconosciuto il diritto di agire in giudizio per l'adempimento; comunque, anche in questi casi eccezionali, è da considerarsi palesemente assente la teorizzazione di un loro fondamento comune⁴¹.

Queste ipotesi contengono lo spunto per il successivo sviluppo di una nuova regola in tema di stipulazioni in favore di terzi, ma rimangono ancora eccezioni isolate al divieto di *stipulare alteri* e non costituiscono applicazione di un principio generale valevole per qualsiasi contratto stipulato⁴².

di un interesse dello stipulante rendesse pienamente valida la *stipulatio alteri*, permettendo di derogare al divieto generale dell'*alteri stipulari nemo potest*; v. in particolare, op. cit., pp. 45 e ss.; *contra* G. PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi*, cit., pp. 18 e ss., il quale è dell'avviso che i generici riferimenti ad un plausibile e generico interesse dello stipulante come requisito di validità di certe stipulazioni a favore del terzo, contenuti nei passi classici, debbano essere considerati quali risultati di interpolazioni e modificazioni successive, frutto dell'opera dei compilatori giustiniani.

⁴¹ Si veda G. PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi*, cit., pp. 25 e ss.

⁴² Cfr. G. ALPA, A. FUSARO, *Relazione Introduttiva*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 2000, pp. 1 e ss; sul punto anche M. LUPOI, *Il contratto a favore di terzo nel diritto inglese*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1976, p. 171; E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 2003, pp. 364 e ss.; L. VAGNI, *Contratto a favore di terzi nella comparazione common law-civil law: dallo ius commune" al diritto privato europeo*, in *Rivista di Diritto Privato e Procedura Civile*, IV, Milano, 2005, p. 1209, secondo cui «*Il primo passo decisivo verso il superamento del principio alteri stipulari nemo potest fu compiuto, probabilmente, dai giuristi medievali che per primi, risistemarono le eccezioni al divieto romano in una regola generale*», richiamando, inoltre, in argomento l'opera di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, 2000, p. 253.

I.5 La massima gaiana espressa in Gai. 2, 95

Ebbene, l'evoluzione sopra proposta, permette di giustificare in maniera abbastanza soddisfacente le ragioni ideologiche che hanno portato alla radicalizzazione dell'aforisma «*per extraeam personam nobis adquiri non posse*» ed i connessi mutamenti che ne hanno consentito un completo superamento. Tale divieto è riscontrabile, particolarmente, in un passo di Gaio:

Gai. 2, 95: *Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse [...]*

Non solo⁴³. In specie, in un altro frammento delle Istituzioni di Giustiniano (I, 2, 9, 5), la *ratio* del divieto va riportata non tanto, o non solo, alla natura strettamente personale del vincolo giuridico, secondo

⁴³ Sull'origine della regola «*alteri stipulari nemo potest*» si veda, in particolare, H. ANKUM, *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle "alteri dari stipulari nemo potest"*, in *Études offertes à J. Macqueron*, Aix en Provence, 1970, pp. 21 e ss.; A. KRÜGER, *Die Drittwirkung des Vergleiches im klassischen römischen Recht*, Frankfurt, 1993, pp. 1 e ss.; G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar, 1949, pp. 11 e ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 35. Variegate e numerose sono le fonti romane che attestano l'esistenza dell'*alteri stipulari nemo potest*; come D. 45, 1, 38, 17 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur [...]*; Gai. 3, 103: *Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus [...]*; D. 50, 17, 73, 4 (Quint. Muc. l. sing. ὁρῶν): *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest*; C. 5, 12, 19 (*Diocl. et Max. AA. Isidoro, a. 294*): *Ita alteri cuius iuri subiectus non est [...]* *dari vel restitui [...]* *nemo stipulari potest.*

cui un atto può produrre i suoi effetti nei confronti della persona che lo ha compiuto personalmente, principio questo riconducibile alle radici magiche del formalismo arcaico, bensì piuttosto alla concezione aristocratica che del lavoro ebbero i romani all'epoca alto-repubblicana. Sarebbe, invero, apparso degradante che un soggetto libero lavorasse dietro *iussum* di un altro libero, paragonandosi ad un suo schiavo ed in genere ad un suo sottoposto⁴⁴.

Questa concezione così rigida e formale viene riprodotta fedelmente nella massima gaiana espressa in Gai. 2, 95.

Solo nell'ottica tardo-repubblicana e classica, in connessione con l'evolversi del lavoro e dell'economia, il significato del termine *iussum*, nato per designare un comando, assunse il significato generico di autorizzazione e quindi pure quello più tecnico di incarico dato e accettato liberamente, andando ad armonizzarsi con accezioni più consoni alla realtà ed ai rapporti intercorrenti tra *iubens* e *iussus*. Il rovesciamento della prospettiva portò al superamento, almeno sul piano pratico, del divieto, che, ciononostante, rimase inalterato sotto il profilo teorico.

Del resto, come le stesse fonti attestano, è indubbio che la massima enunciata da Gaio e, riprodotta da Giustiniano, fosse originata da un passo attribuito a Quinto Mucio Scevola e che la stessa non abbia

⁴⁴ Sul tema si veda L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., pp. 122 e ss. L'ordine, o meglio, il comando impartito da un soggetto libero ad un altro con equivalente *status* avrebbe sortito l'effetto di trasformare l'attività intellettuale o fisica prestata da quest'ultimo nell'interesse del primo in una sorta di prestazione servile, al pari di qualsiasi prestazione remunerata, essendo appunto anche la *merces* un *auctoramentum sevitutis* (Cic., *off.* 1, 42, 150).

trovato sempre un adeguato riscontro nella pratica⁴⁵. Citando le fonti, viene a mente, a proposito, un frammento delle Istituzioni di Giustiniiano, nel quale è scritto:

I. 3, 19, 4: *Si qui salii, quam cuius iuri subiectus sit, stipuletur, nihil agit. Plane solutio etiam in extranei personam conferri potest (veluti si quis ita stipuletur 'mihi ut Seio dare spondes?'), ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Seio etiam invito eo recte possit, ut liberatio ipso iure contingat, sed ille adversus Seium habeat mandati actionem. quod si quis sibi et alii, cuius iuri subiectus non sit, decem dari aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio: sed utrum totum debetur quod in stipulatione deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est: sed placet non plus quam partem dimidiam ei adquiri. ei qui tuo iuri subiectus est si stipulatus sis, tibi adquiris, quia vox tua tamquam filii sit, siculi filii vox tamquam tua intelligitur in his rebus quae tibi adquiri possunt. [...]*

Questo passo relativo alla *stipulatio*, si riferisce ad un atto in cui il divieto *alteri stipulari nemo potest* non trova applicazione in quanto siamo in presenza del caso espresso in D. 45, 1, 38, 17 e 20-21 (Ulp. 49 *ad Sab.*) nel quale Marcello afferma che la stipulazione sia valida⁴⁶,

⁴⁵ Sul testo muciano cfr., O. BEHERENDS, *Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritte im römischen Privatrecht*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, V, Milano, 1984, p. 48; G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 29 e ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 35, nt. 6. Cfr., in aggiunta, Gai. 3, 103; D. 44, 7, 11 (Paul. 12 *ad Sab.*) e D. 12, 1, 9, 4 (Ulp. 26 *ad ed.*). Cfr. D. 50, 17, 73, 4 (Quint. Muc. *l. sing. óρω*): *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*

⁴⁶ Cfr. D. 45, 1, 38, 20 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulation committetur. et ait Marcellus stipulationem valere in specie huiusmodi. is, qui pupili tutelam administrare coeperat, cessit administratione tutori suo et stipulates est rem pupilli salvam fore. ait Marcellus posse defendi sti-*

nella circostanza in cui «*servus domino, filius patri stipuletur*». La frase «*ei qui tuo iuri subiectus est si stipulatus sis, tibi adquiris*», in cui si sancisce la possibilità di acquisto immediato, diretto, attraverso il sottoposto, è accompagnata dall'espressione «*quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intellegitur*». Così in queste parole è ravvisabile l'idea di una sorta di identità tra padre e figlio⁴⁷. Nel negozio compiuto dal sottoposto si percepisce, in sostanza, la volontà del *pater*, come se il *dominus* partecipasse personalmente all'atto. Una finzione, questa, particolarmente significativa per un negozio come la *stipulatio* in cui, come si è detto, la presenza dei soggetti interessati è elemento essenziale, indispensabile.

Comunque, il dato rilevante è che anche per queste categorie di soggetti vi era la possibilità di ricorrere ad un negozio formale attraverso un sottoposto, un servo, il quale non solo potrà direttamente acquistare loro, ma potrà, altresì, anche obbligarli qualora fosse debita-

pulationem valere: interest enim stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus fururus esset pupillo, si aliter res cesserit.

⁴⁷ Si veda in dottrina, in senso favorevole ad un riconoscimento nelle fonti di tale identità, H. ANKUM, *Les infants proximi dans la jurisprudence classique*, in *Estudios en homenaje al Profesor Hernandez Tejero*, II, Madrid, 1994, p. 53; V. ARANRUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 493; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli, 1976, pp. 130 e ss., secondo cui, prendendo in considerazione la fattispecie specifica di un negozio compiuto dal sottoposto nell'interesse di terzi, la responsabilità solidale rimaneva salda, tanto da configurarsi una sorta di identificazione del *dominus* nel suo sottoposto; G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, I, Milano, 1984; S. SOLAZZI, *L'età del infans*, in *BIDR* 49-50, 1947, pp. 345 e ss. *Contra*, G. CICONA, *Del "iussus"*, Padova, 1906, p. 28, secondo il quale la figura del padre risultante dalle fonti prevarrebbe certamente su quella del servo o del figlio. Sulla possibilità del pupillo ad obbligare il *dominus* cfr., Gai. 3, 107: *Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, uelut si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.*

mente autorizzato attraverso uno *iussum*⁴⁸. Tale *iussum*, infatti, avrebbe comportato l'assunzione di responsabilità del *dominus*, potendo, invero, il terzo agire per ottenere il suo credito sperando l'*actio quod iussu*.

I.6 D. 45, 1, 38, 17 e 20-21 e la *regula generalis alteri stipulari nemo potest*

Il principio della inammissibilità e della radicale nullità dei contratti in favore di terzo trova ampio spazio all'interno delle fonti romane; nel Digesto, principalmente, si trova il principio così come enunciato da Ulpiano, nella sua formulazione più tradizionale e nota, che si riporta di seguito nella sua interezza:

D. 45, 1, 38, 17 e 20 e 21 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari convenient, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantis quaeque condicio stipulationis. [...] 20. Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio, committetur. et ait Marcellus stipulationem valere in specie huiusmodi. is, qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo et stipulatus est rem pupilli salvam fore. ait Marcellus posse defendi stipulationem valere: interest enim stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo, si aliter res cesserit. 21. Si quis in-*

⁴⁸ Cfr., R. QUADRATO, s.v. *Rappresentanza (dir. rom.)*, cit., pp. 422 e ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., pp. 38 e 39.

sulam faciendam promiserit aut conduxerit, deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit: aut si quis, cum promississet Titio fundum Maevium daturum aut, si is non dedisset, poenam se datarum, stipulatus a Maevio fuerit fundum Titio dari: item si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerit: constat haber eum utilem ex locato actionem.

Questo passo di Ulpiano, che trova ulteriore positivo riscontro e con portata ben più ampia, in un passo già in precedenza attribuito a Quinto Mucio Scevola, ovvero D. 50, 17, 73, 4 (Quint. Muc. *l. sing. ὀρῶν*)⁴⁹, contiene il principio generale, così come a noi pervenuto, e sancisce espressamente l'assoluta nullità del contratto verbale⁵⁰: è proprio della *stipulatio* che si dichiara la nullità, parlando specifica-

⁴⁹ Cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 35, nt. 6.

⁵⁰ Un ulteriore riscontro si può rinvenire nelle Istituzioni Gaiane; cfr. Gai. 3, 103: *Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. Unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei cuius iuri subiectus non est dari stipuletur; in quantum valeat stipulatio. Nostri praeceptores putant in universum valere et proinde ei soli qui stipulatus sit solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset. Sed diversae scholae auctores dimidium ei deberi existimant, pro altera vero parte inutilem esse stipulationem.* Sul punto cfr., anche, I. 3, 19, 19 e I. 3, 19, 20: *Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum esset, committetur poenae stipulatio etiam ei cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas sita in condicione stipulationis, ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit de poena 'nisi dederis, tot aureos dare spondes?' tunc committitur stipulatio. 20. Sed et si quis stipuletur alii, cum eius interesset, placuit stipulationem valere. nam si is, qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo et stipulatus est rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo, si male res gesserit, tenet obligationem. ergo et si quis procuratori suo dari stipulatus sit, stipulationem vires habebit. et si creditori suo, quod sua interest, ne forte vel poena committatur, vel praedia distrahantur quae pignori data erant, valet stipulatio.* Ancora nel Digesto cfr., D. 45, 1, 126, 2 (Paul. 3 quaest.): [...] *sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur.*

mente di *huiusmodi obligationes*, di obbligazioni, cioè, “di tal genere”, poste in essere allo scopo di acquisire per sé ciò che era di interesse dello stipulante.

Per quanto riguarda l’origine di questa regola, varie sono le spiegazioni e le interpretazioni dottrinali elaborate *strictu sensu* al divieto. La dottrina tradizionale spiega tal regola dal punto di vista prettamente sistematico e strutturale della *stipulatio*⁵¹. L’*obligationes ex stipulatu* è un’obbligazione, infatti, prodotta dal negozio di tipo verbale. Nel formalismo romano, l’efficacia dell’accordo nasce ineluttabilmente dalla procedura solenne nella quale si manifestano le dichiarazioni di volontà delle parti. Le ragioni del divieto di stipulare in favore di terzi sono state individuate principalmente nella struttura della *stipulatio*; era inconcepibile, infatti, separare i contraenti da coloro che avevano pronunciato i *verba*, ragion per cui la formula produceva i suoi effetti direttamente ed unicamente in capo a coloro che la declamavano. Non vi era, in sostanza, spazio per una qualche connessione con un terzo estraneo al rito formale. Si sostiene, segnatamente, che la formula stessa prevedeva, nella domanda, la presenza della parola *mihi* con riferimento al soggetto che in quel momento poneva la domanda, e non la parola *Titio*, come riferimento ad un ipotetico terzo.

⁵¹ Secondo P. BONFANTE, in *Corso di diritto romano*, cit., p. 335, la *ratio* della nullità sarebbe da ricercare nel principio che «*intra stipulantem et promittentem negotium contrahitur*», in accordo col sistema classico per cui alla base dell’obbligatorietà del *contractus* vi era perlopiù il *negotium* o la causa che non la volontà; il motivo, d’altronde, che nelle fonti romane si adduce, è quello per cui la prestazione al terzo non ha interesse per il creditore. Tuttavia, si poteva garantire l’esecuzione del *negotium* mediante la stipulazione di una clausola penale.

Ma, più recentemente, la dottrina ha sottolineato che la difficoltà che stava alla base della regola *alteri stipulari nemo potest* era rappresentata non tanto dal formalismo della stipulazione, trovando questa regola applicazione anche in contratti ed atti assolutamente informali come il *constitutum debiti*⁵², quanto piuttosto dal fatto che la stipulazione a favore del terzo, tendendo ad attribuire al terzo stesso una *certa pecunia*, non avrebbe trovato nell'ordinamento uno strumento processuale per la sua attuazione.

In via generale, lo stipulante poteva agire nei soli casi in cui ricorreva un interesse valutabile dai giudici; ma, poiché il contenuto della stipulazione era *alteri certum dare*, risultava impossibile che i giudici concedessero un'azione allo stipulante, che gli veniva preclusa, in virtù della clausola *quidquid oportet*⁵³ che non dava alcuna discrezionalità nella scelta al giudice. Nel caso della stipulazione per altri, invece, il pagamento della somma di denaro oppure la consegna dell'oggetto, non dovrebbero essere adempiuti verso lo stipulante, quindi, ugualmente, non ci sarebbe la possibilità per lui di agire.

⁵² Il *constitutum debiti* si sostanziava nel patto che le parti ponevano in essere per regolamentare l'adempimento di un'*obligatio* in denaro. Tale obbligazione poteva sorgere tra le parti stesse o tra di esse ed un terzo, ovvero un *alius*; le parti potevano, dunque, accordarsi per stabilire un termine futuro di pagamento, consistente nel *constitutum debiti proprii*, o determinare che, in caso di inadempimento del terzo una delle due avesse pagato all'altra il credito dall'altra vantato presso il terzo stesso, il c.d. *constitutum debiti alieni*. Era, quindi, un patto totalmente privo di particolari formalità; le parti potevano deciderne il contenuto e il *modus*, il *quantum* ed il *tempus* di stipulazione. Cfr. L. FASCIONI, *Storia del diritto privato romano*, cit., p. 573; G. MANCINI, *Profili di storia del diritto privato romano*, cit., p. 510;

⁵³ Per un approfondimento sulle origini della clausola *quidquid oportet* cfr., C. BUZZACCHI, *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, Milano, 2009, pp. 1 e ss.; per una trattazione sistematica cfr., M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 533; altresì, M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2013², p. 153.

La *summa quaestio* posta da Ulpiano quando uno stipula per un terzo, ed egli stesso ha un proprio interesse alla stipulazione, in questo caso, è la seguente: la stipulazione fra le parti è una stipulazione valida? Viene riportata, dunque, l'opinione di Marcello⁵⁴, secondo il quale, in un caso speciale una stipulazione per altri di questa natura vale come una stipulazione ordinaria. Marcello espone la fattispecie in cui un contutore aveva cominciato ad impegnarsi negli affari tutelari di un pupillo, e poi aveva lasciato la sua amministrazione tutelare agli altri contutori, stipulando con loro che i beni del pupillo dovessero rimanere al pupillo stesso. Marcello ritiene che si possa sostenere che la stipulazione sia valida, giustificando la sua opinione con il fatto che un interesse dello stipulante è ravvisabile nella stipulazione conclusa in modo tale che lo stipulante fosse obbligato nei confronti del pupillo nel caso in cui non avesse adempiuto quanto pattuito⁵⁵.

⁵⁴ In D. 45, 1, 38, 20-21 (Ulp. 49 *ad Sab.*), Ulpiano cita Marcello che visse nella seconda fase dell'epoca degli Antonini. Marcello fu membro del *Consilium* di Antonino Pio e di Marco Aurelio, giurista originale e pragmatico, che in più punti riesaminò criticamente i pensieri dei predecessori. Oltre ad essere *doctus* della costituzione imperiale, come risulta dalle numerose citazioni nei *Libri Digestorum*, Marcello espresse il suo contributo soprattutto attraverso un'attività viva *consulenti* (che mancò a Pomponio e Gaio). Perciò, le sue opinioni furono orientate più dalla necessità pratica che dalla teoria astratta, carattere, questo, che risulta chiaramente dal passo esaminato.

⁵⁵ Si veda sul tema, F. BRIGUGLIO, *L'interdipendenza delle obbligazioni nella vendita conclusa per mezzo di un 'procurator'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova, 2007², pp. 102 e ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994², pp. 451 e ss.; M. MICELI, *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in *IURA* 53, 2005, pp. 57 e ss.; G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale*, Padova, 1935², pp. 552 e ss.; S. RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *AUPA* 14, 1930, pp. 389 e ss.; L. TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, cit., p. 25; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 508 e ss.

Ulpiano, dal canto suo, prova a trovare una spiegazione a tal divieto. Secondo il giurista, il fondamento dell'*alteri stipulari nemo potest* era ragionevolmente giustificabile in quanto conseguenza del fatto che lo stipulante non avesse nessun specifico interesse nella stipulazione per altri⁵⁶.

L'impostazione chiarita nel passo D. 45, 1, 38, 17 (Ulp. 49 *ad Sab.*) ebbe una grande influenza nell'età successiva, presso i commentatori ed i glossatori. La teoria dell'interesse, in realtà, offrì lo spunto per riconoscere le eccezioni al divieto ed attenuare la rigidità della regola giuridica romana⁵⁷.

Concludendo, dall'analisi sistematica del passo di Ulpiano consegue che il principio *alteri stipulari nemo potest* non rappresentava un principio assoluto, e che si potevano anche introdurre nell'ordinamento, in casi particolarissimi, delle eccezioni e, quindi, stipulare a favore di altri.

⁵⁶ Cfr. in dottrina, H. ANKUM, *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle "alteri dari stipulari nemo potest"*, cit., p. 21; G. DONADIO, s.v. *Contratti a favore di terzi*, cit., p. 4; G. GANDOLFI, *Il contratto a favore di terzi nel "codice europeo dei contratti"*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, pp. 993 e ss.; R. QUADRATO, s.v. *Rappresentanza (dir. rom.)*, cit., pp. 423 e ss; G. WESENBURG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 11.

⁵⁷ Si veda, in merito, E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937, pp. 87 e ss.; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 25; L. VAGNI, *Il contratto a favore di terzi nella comparazione «common law-civil law»: dallo «ius commune» al diritto privato europeo*, cit., p. 1209, nt. 51. Secondo una parte consistente della dottrina, furono i canonisti a riconoscere per primi la validità di questi patti, sostenendo l'efficacia del *vinculum iuris* in ossequio al principio cristiano per cui bisognava rispettare la parola data. Cfr sul punto, *infra*, cap. II, § 4; si veda, in specie, P. FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in *Annali della R. Università di Macerata*, Padova, 1937, pp. 115 e ss.

I.7 La rappresentanza ed il principio dell'interesse e di *agere ad interesse*

Il fatto che il diritto romano non conosca l'istituto della rappresentanza *tout court*, non vuol dire che i romani non siano pervenuti ad elaborare dei meccanismi che hanno concretamente permesso il realizzarsi di questa figura; ciò, inoltre, non impedisce una strutturazione dell'istituto nella tradizionale distinzione dottrinale che suol suddividere tra rappresentanza diretta ed indiretta.

In merito è doveroso ricordare che fino a qualche decennio fa è stato condiviso dalla dottrina un pensiero pressoché unanime, tanto da essere definito quasi un “luogo comune⁵⁸”, ed è stato quello secondo cui l'ordinamento giuridico romano non avrebbe concepito l'idea, soprattutto in riferimento ai negozi formali⁵⁹, di una sostituzione diretta dell'attività negoziale. Si è soliti affermare, infatti, volendo fare riferimento alla terminologia moderna, che i romani avrebbero ammesso solo la c.d. “rappresentanza indiretta”, in cui il soggetto agisce sì nell'interesse altrui, ma non dichiara di agire in nome altrui; con la conseguenza che gli effetti del negozio si ripercuotono nella sua sfera

⁵⁸ Segnatamente sul tema cfr., F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator, L'acquisto del possesso e della proprietà*, I, Milano, 2007, pp. 527 e ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della rappresentanza*, Milano, 2008, pp. 183 e ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., pp. 66 e ss.; R. ORESTANO, s.v. *Rappresentanza (dir. rom.)*, in *NNDI*, XIV, Torino, 1967, p. 796; R. QUADRATO, s.v. *Rappresentanza (dir. rom.)*, cit., pp. 417 e ss.; G. WESENBERG, *Zur Behandlung des Satzes Alteri stipulari nemo potest durch die Glossatoren*, cit., pp. 259-267, particolarmente p. 261.

⁵⁹ Sul ruolo che il formalismo arcaico ha avuto nel rifiuto da parte dei romani della rappresentanza cd. “diretta”, cfr., tra gli altri, M. KASER, *Zum Wesen der römischen Stellvertretung*, in *Romanitas*, IX, 1970, pp. 333 e ss.

giuridico-patrimoniale, essendo pertanto egli tenuto a compiere un ulteriore negozio perché diritti ed obblighi vengano trasferiti a colui nel cui interesse ha agito.

Recenti opinioni hanno tuttavia aperto uno spiraglio contro questo orientamento dominante, evidenziando come pure in istituti tradizionalmente esclusi dal fenomeno, le fonti⁶⁰ attestano la possibilità di una intermediazione diretta, anche ad opera di *extranei*⁶¹.

Tuttavia, anche la dottrina più recente, che tende ad ammettere già nell'esperienza romana classica la realizzazione di ampie deroghe al divieto di acquisto tramite *extraneam personam*, ritiene, comunque, del tutto inammissibile la possibilità di ammettere efficacia acquisitiva diretta, in favore del *dominus negotii*, di quei negozi conclusi da un intermediario, in virtù di intermediazioni fondate sul semplice rapporto interno tra autore materiale del negozio e *dominus negotii*.

Secondo questa impostazione, procuratore è colui che agisce nell'interesse⁶² ma anche in nome del *dominus negotii* (rappresentanza

⁶⁰ Ad esempio nei passi di Paolo D. 41, 2, 1, 13 e 19 (Paul. 54 *ad ed.*): *Pupillus per servum sive puberem sive impuberem adquirit possessionem, si tutore auctore iusserit eum ire in possessionem. 19 Haec, quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis adquirere possessionem: nam si iubeas servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi, sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio.* Analogamente, in Gai. 3, 167: *Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est; excepto eo quod uni nominatim stipulando aut mancipio accipiendo illi solo adquirit, velut cum ita stipuletur Titio domino meo dari spondes? Aut cum ita mancipio accipiat hanc rem ex iure Quiritium L. Titii domini mei esse aio eaque ei empta esto hoc aere aene aequae libra.*

⁶¹ In proposito, si veda R. QUADRATO, s.v. *Rappresentanza (dir. rom.)*, cit., p. 417.

⁶² Sulla connessione della regola *alteri stipulari nemo potest* con il principio dell'interesse cfr., soprattutto, H. ANKUM, *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle "alteri dari stipulari nemo potest"*, cit., pp. 21 e ss.; P. BONFANTE, *Un contratto a favore di terzi nell'era classica*, in *Studi in onore di Brugi. B.*, Palermo, 1910, pp. 163 e ss. In merito ad una possibile connessione con la struttura del pro-

diretta); mandatario, invece, è colui che agisce nell'interesse del mandante ma in nome proprio (rappresentanza indiretta)⁶³.

In realtà, risulta evidente da molte fonti che nel diritto romano non esistesse piena coincidenza tra la figura del *procurator* e del *mandatarius*.

Per il periodo preclassico, sembra sancita non solo la mancata coincidenza, ma addirittura la netta differenziazione tra le due figure⁶⁴. Per l'età classica e per i periodi susseguenti, detta distinzione permase, se non altro per l'importanza che venne data all'acquisto a titolo di possesso della *res*, visto che il mandatario, secondo opinione consolidata prevalente, non acquistava direttamente il possesso al mandante, mentre il *procurator* acquistava direttamente il possesso, e forse anche la nuda proprietà, al *dominus negotii*⁶⁵ al pari del *tutor* e del *curator*⁶⁶.

cesso civile romano, con implicazione di una condanna pecuniaria solo nel caso in cui l'attore avesse interesse ad ottenerla cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., pp. 37 e 38.

⁶³ Il presupposto fondamentale di questa impostazione teorica è costituito dalla netta separazione concettuale tra procura e mandato, che caratterizza il pensiero della dottrina tedesca del XIX secolo e di quella italiana del codice del '42 e che, dalla dottrina in questione, viene fatta risalire al diritto romano; F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1841², (trad. it. di V. Scialoja), pp. 90 e 98, il quale fu il primo nella storia del diritto, che attribuì alla rappresentanza una considerazione autonoma, collocandola nel campo delle dottrine generali, declassando decisamente, secondo una tendenza che verrà sempre più imperante, la concezione della rappresentanza nel mondo romano, secondo la quale l'istituto, invece, doveva essere considerato strettamente ed inscindibilmente connesso a quello del mandato.

⁶⁴ Cic., *Top.* 10, 42: *Sunt enim similitudines quae ex puribus conlationibus perveniunt quo valunt hoc modo: si tutor fidei prestare debet, si socius, si cui mandares, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.*

⁶⁵ Gai. 2, 95.

⁶⁶ Cfr. E. COSTA, *Cicerone giurenconsulto I*, Bologna, 1927, pp. 129 e ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht I*, cit., pp. 393 e ss.

Ma l'esemplificazione massima dell'*agere ad interesse*, si concretizza nella figura del *procurator ad litem*⁶⁷ che agisce in veste di rappresentante processuale, per il quale emerge chiaramente la prospettiva dell'*agere alieno nomine*, dell'*officium* svolto nell'interesse altrui. D'altronde, anche l'avvicinamento al mandato avviene nell'ottica dell'*officium*.

Da alcuni passi ulpiane, D. 14, 1, 1, 5 (Ulp. 28 *ad ed.*), D. 14, 3, 5, 18 (Ulp. 28 *ad ed.*) si ravvisa la necessità, per alcuni soggetti preposti allo svolgimento di attività commerciali ed agricole, di delegare a terzi l'esecuzione di parte di queste attività.

Particolarmente, in D. 14,1, 1, 5 (Ulp. 28 *ad ed.*), il giurista considera il commercio marittimo come un limpido esempio di delegazione ad un sostituto, permettendo al *magister* di essere sostituito da terzi qualora si trovi nella condizione di non poter adempiere i propri affari, come nella fattispecie delineata in questo passo dove si fa riferimento al caso di un *magister* preposto da altro *magister*, *ignorante exercitore*⁶⁸.

⁶⁷ In merito si vedano i frammenti riportati dai compilatori in D. 3, 3 nel titolo *De procuratoribus et defensoribus*, ma soprattutto la testimonianza gaiana relativa all'*agere alieno nomine*, che risulta particolarmente efficace nella descrizione del fenomeno in questione; Gai. 4, 86 e 87: *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si verbi gratia L. Titio <pro> P. Mevio agat, ita in formula concepitur: Si Paret N. Negidium P. Mevio sestertium X milia dare oportere, iudex N. Negidium L. Titio serstetium X milia condemna; si non paret absolve; in rem quoque si agat, intendit P. Mevii rem esse ex iure Quiritium, et condemnationem in suam personam convertit. 87. Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis cum quo actio constituitur, intenditur dominum dare oportere, condemnatio autem eius persona cum quo agitur, sive suo nomine sive alieno aliquis iudicio interveniat; tantum enim nomine.*

⁶⁸ Sulla *quaestio* si veda B. ALBANESE, *Sulla responsabilità del «dominus sciens» per i delitti del servo*, in *BIDR* 70, 1967, p. 157; M. MICELI, *Institor e procurator*

Ampiamente discusso è, invece, il caso dell'*institor* che nell'espletamento di una attività commerciale in nome e per conto del *praeponeus*, possa sostituire se stesso ad altri, in mancanza di apposita procura speciale. La questione è stata risolta alternativamente con soluzione negativa asserendo che l'*actio institoria* sia differente dall'*actio exercitoria*, soprattutto per la sua connotazione di essere azionabile in via esclusiva contro gli atti compiuti dall'istitutore autorizzato dallo stesso *praeponeus*, ma non avverso gli atti posti in essere nel suo personale interesse.

Fattispecie di sostituzione del preposto si riscontrano, inoltre, in D. 14, 3, 5,2 (Ulp. 28 *ad ed.*) ed in PS. 2, 8, 2. Sia in Ulpiano che nelle *Pauli Sententiae*, infatti, viene posto rilievo ai casi in cui la complessità e la mole delle attività imprenditoriali dell'impresa agricola, la struttura organizzativa e le specifiche competenze richieste, permettessero la sostituzione del *praeponeus*.

Secondo un'interpretazione del passo ulpiano, le attività di *pecuniam faenerare*, di *agros colere* e di *mercaturas redempturasque facere* devono essere considerate in modo unitario, come oggetto di un'unica *praepositio*⁶⁹. Conseguentemente non è utopico immaginare

nelle fonti romane dell'età preclassica e classica, cit., p. 59; G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale*, cit., p. 553; S. RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, cit., p. 389; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 511.

⁶⁹ In tal senso si vedano le osservazioni di A. BURDESE, «*Actio ad exemplum institoriae*» e categorie sociali, in *BIDR* 74, 1971, pp. 68 e 69; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *IURA* 44, 1993, p. 31; P. CERAMI, *Diritto commerciale romano: profilo storico*, in *AA.VV.*, Torino, 2004², pp. 316 e 317; F. SERRAO, s.v. *Istitutore (Premessa storica)*, in *ED*, XXI, Milano, 1971, p. 829;

che per realizzare una buona conduzione di una serie di attività così variegata si ricorresse al supporto di terzi, considerando anche la possibilità che l'esecuzione doveva avvenire in luoghi differenti.

In ossequio al ragionamento posto ed ai passi D. 14, 3, 5, 2 (Ulp. 28 *ad ed.*) e PS. 2, 8, 2, non pare si debba dubitare che il soggetto preposto alle attività commerciali legate alla produzione agricola, possa curare gli ordini postegli dal *dominus fundi* e sovrintendere alla conduzione di tali attività, con l'ausilio di soggetti terzi⁷⁰.

I.8 Elusioni al divieto: *stipulatio poenae, delegatio solvendi, adiectus solutionis causa*

In età classica, frequente fu il ricorso ad una serie di espedienti aventi come scopo la tutela, seppur indiretta, del terzo; gli stratagemmi maggiormente utilizzati a tal fine furono la pena convenzionale, la *delegatio solvendi* e l'*adiectus solutionis causa*⁷¹.

⁷⁰ In riferimento allo sviluppo successivo di tali attività, si veda *infra* cap. II, § § 5 e 6.

⁷¹ Cfr. H. ANKUM, *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle "alteri dari stipulari nemo potest"*, cit., pp. 21 e ss., particolarmente p. 23; G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 29 e ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 40. Cfr., in aggiunta, D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 *quaest.*): *Si debitorem meum iusserim Titio solver deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari extimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur, alioquin, quoniam furtum eorum sit factururus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit conditionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare: sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummi mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si conditionem, quam adversus mulierem habet, praestet [...]; cfr., anche, D. 46, 3, 10 (Paul. 4 *ad Sab.*): *Quod stipulates ita sum 'mihi**

Relativamente alla pena convenzionale, si può leggere dell'esistenza e dell'applicazione della stessa nel già citato frammento di Ulpiano che enuncia:

D. 45, 1, 38, 17 (Ulp. 49 *ad Sab.*): [...] *Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet: ut si ita factum non sit, ut comprehensum est committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest; poenam enim cum stipulatur quis, sit quantitas, quaeque conditio stipulationis.*

Dal passo di Ulpiano, per rendere legittima una stipulazione contratta a favore di un terzo estraneo alla *stipulatio* stessa, sembrerebbe fosse sufficiente concordare il pagamento di una penale, in modo tale che, se non fosse stata rispettata la volontà dei contraenti di far beneficiare un terzo di una certa prestazione, sarebbe sorto automaticamente l'obbligo al pagamento di tale penale. Si tratta di una *solutio* molto semplice e lineare, in quanto, predisponendo una sanzione convenzionale, non sarebbe stato necessario trovare alcun espediente interpreta-

aut Titio', Titius nec petere nec novare nec acceptum facere potest, tantumque ei solvi potest. Si veda, da ultimo, sul caso particolare della figura dell'*adstipulator*, Gai. 3, 110-111 e 113-114: *Possumus tamen ad id quod stipulamur alium adhibere, qui idem stipuletur; quem vulgo adstipulatorem vocamus.* 111. *Et huic proinde actio competit proindeque ei recte solvitur ac nobis; sed quidquid consecutus erit, mandati iudicio nobis restituere cogetur.* [...] 113. *Item minus adstipulari potest, plus non potest. Itaque si ego sestertia X stipulatus sim, ille sestertia V stipulari potest; contra vero plus non potest...* 114. *In hoc autem iure quaedam singulari iure observantur. Nam adstipulatoris heres non habet actionem. Item servus adstipulando nihil agit, quamvis ex ceteris omnibus causis stipulation domino acquirit. Idem de eo qui in mancipio est magis placuit; nam et is servi loco est. Is autem, qui in potestate patris est agit aliquid, sed parenti non acquirit, quamvis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat. Ac ne ipsi quidem aliter actionem competit, quam si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis [...]*

tivo per rendere valida la *stipulatio*, che lo sarebbe stata per il solo fatto dell'apposizione della condizione oggettiva⁷².

Un ulteriore *escamotage* utilizzato nell'ambito delle stipulazioni a favore di terzo fu l'*adiectus solutionis causa*, consistente in una stipulazione nella quale il terzo, che non aveva preso parte alla stipulazione, appariva alternativamente accanto allo stipulante e aveva il diritto di acquistare, infatti, come *adiectus*⁷³. Il valore dell'*adiectus solutionis causa* era evidentemente pratico; il terzo, che non avrebbe mai acquistato un titolo di credito da un contratto stipulato tra due soggetti diversi da lui, avrebbe comunque potuto ricevere validamente nella prestazione, e di conseguenza avere poi titoli per difenderla, per mezzo dell'*exceptio doli*⁷⁴. A rendere efficace il contratto, in favore di ter-

⁷² Sulla connessione dell'istituto della rappresentanza con quello del contratto a favore di terzo cfr., G. PACCHIONI, *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 2 e ss. Cfr., in specie, I. 3, 19, 19 pr. analizzando il quale R. ZIMMERMANN in *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 38 ha dedotto che dalla pena sancita a carico del promittente inadempiente si riscontra chiaramente l'interesse dello stipulante, rendendo superflua ogni indagine in concreto della sua effettiva esistenza.

⁷³ Sul punto si veda D. 45, 1, 126, 2 (Paul. 3 *quaest.*): [...] *Plane, si liber homo nostro nomine pecuniam daret, vel suam, vel nostram, ut nobis solvetur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur: sed quod libertus patron dari stipulatus est, inutile est: ut nec ad solutionem proficiat adiecto absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur* [...]. La fattispecie tratta di una stipulazione con cui Gaio Seio, avo materno di Seia, si era fatto promettere dal futuro marito di lei che, in caso di divorzio, avrebbe restituito la dote «*Seiae uxori vel Gaio Seio avo materno*». Paolo interpreta tale *stipulatio* come una stipulazione rientrante nel genere *sibi aut illi dari*, rendendo così possibile che la moglie acquisti come *solutionis causa adiecta*. Non tutti gli autori sono però concordi con questa interpretazione, in quanto ritengono che la *stipulatio* che emerge dal passo non corrisponda ad una costruzione *mihi aut Titio* e quindi valida perché contenente tutti gli elementi necessari per l'operare dell'*adiectus*, quanto piuttosto ad una *stipulatio* concepita esclusivamente a favore del terzo assente, e quindi radicalmente nulla.

⁷⁴ Il rapporto tra sistema civilistico e tutela pretoria emerge, significativamente, attraverso le parole usate da Ulpiano in D. 45, 1, 36 (Ulp. 48 *ad Sab.*); prendendo in considerazione il caso in cui taluno abbia prestato consenso ad obbligarsi (*cum ali-*

za persona, era quindi la combinazione di *exceptio doli* e *adiectus*. Il punto debole di tale *escamotage*, consisteva, però, nell'impossibilità di costringere il debitore a pagare all'*adiectus*: al problema trovò una soluzione la giurisprudenza con l'introduzione della clausola *utrum ego velim* (a quale dei due vorrò) completamento della domanda '*decem mihi aut Tito dare spondes?*', come espresso specificamente in D. 45, 1, 118, 2 (Papiniano, 27 *quaest.*); dalla lettura del passo, infatti, si profilano due diverse opzioni: il creditore può richiedere la prestazione al diretto debitore (*mihi*), e sarà allora tutelato con una *actio certae pecuniae*; altrimenti può decidere di richiedere la prestazione al terzo, ma sarà tutelato solamente con un'*actio incertae pecuniae*. Quindi, sulla base della clausola *utrum ego velim*, la prestazione del terzo sarebbe stata coercibile ad opera del creditore, che avrebbe potuto liberamente scegliere a quale debitore richiedere la prestazione.

In diritto classico si formò, inoltre, un terzo espediente utile ad eludere e superare il divieto di *stipulare alteri*, vale a dire

ter eum convenisset obligari) e, tuttavia, in forza di un raggirò, si sia obbligato in modo diverso (*aliter per machinationem obligatus est*). Chi è stato tratto in inganno, afferma elegantemente il giurista, sarà certamente obbligato a causa del rigore del diritto civile (*erit quidem suptilitate iuris obstrictus*), ma potrà, in sede contenziosa e grazie all'intervento dello *ius honariurium*, servirsi dell'*exceptio doli* (*sed doli exceptione uti potest*). Infatti, l'*exceptio doli* permetteva di impedire, nel caso di un comportamento scorretto dell'attore, che si verificassero conseguenze pregiudizievoli, sul piano patrimoniale, per il convenuto, a differenza dell'*actio doli*, che era strumento diretto ad operare a vantaggio di chi, in ragione della condotta riprovevole altrui, avesse già subito un nocumento. Cfr., approfonditamente, sul punto F. CASAVOLA, s.v. "*Dolo (dir. rom.)*", in *NNDI*, VI, Torino, 1960, pp. 147 e ss.; A. CORBINO, *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura "per legis actiones"*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica* (a cura di L. Garofalo), Padova, 2006, pp. 17 e ss.; M. TALAMANCA, *La "bona fides" nei giuristi romani: "Leeforlmen" e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (a cura di L. Garofalo), IV, Padova, 2003, p. 34;

un'associazione tra la pena convenzionale e l'*adiectus solutionis causa*. L'utilizzo di tale meccanismo è attestato in un numero rilevante di fonti; le formule utilizzate furono essenzialmente due: «*mihi decem aut Titio quinque dari*» e «*decem mihi aut hominem Titio dare*», nella quale è combinato l'elemento dell'alternatività proprio dell'*adiectus* con la previsione del pagamento di una somma maggiore proprio della pena convenzionale⁷⁵.

Le divergenti interpretazioni dottrinali devono la loro origine alla differente impostazione data dalle due scuole romane dei Sabiniani e dei Proculiani⁷⁶; i primi, seguendo un'interpretazione rigorosamente formale (una c.d. "*blue-pencil approach*" del *common law* odierno)⁷⁷ si concentrarono fondamentalmente sugli elementi di invalidità del contratto connessi con la parola *Titio*, ottenendo come risultato, che

⁷⁵ In entrambi i casi il nodo da sciogliere era pur sempre la liberazione del debitore dal creditore a seguito della prestazione del terzo: la soluzione differiva a seconda di quale tra i due tipi di stipulazione venisse preso in considerazione. Nella stipulazione «*mihi quinque aut illi decem*», affinché il debitore fosse liberato, questi non avrebbe dovuto pagare cinque allo stipulante, ma dieci a *Titio*, in quanto pagando i dieci, non avrebbe avuto diritto a ripetere i cinque; per quanto riguarda il secondo tipo di *stipulatio* con *adiectio* e pena convenzionale, invece, quella «*decem mihi aut Titio hominem dari*», il problema principale non diverge di molto dal primo tipo; si tratta sempre di capire se la soluzione dell'*adiectus* comportasse la liberazione del debitore dall'obbligazione. Nonostante la controversia è attestata nelle fonti, con significativi contrasti circa l'effetto estintivo immediato o meno, la stessa si è risolta in senso affermativo; cfr., D. 44, 7, 44, 4 (Paul. 72 *ad ed.*); D. 45, 1, 141, 5 (Gai. 2 *de verb. oblig.*); D. 46, 3, 34, 2 (Iul. 54 *dig.*).

⁷⁶ Sulle due note scuole di Roma e sulla controversa caratterizzazione giuridica dei loro studi si vedano le opere di: G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898; P. BONFANTE, *Storia del dir. rom.*, I, Roma, 1934⁴, pp. 377 e ss.; G. BRINI, *Le due sette dei giureconsulti romani*, Bologna 1890; B. KÜBLER, *Geschichte des röm. Rechts*, Lipsia ed Erlangen, 1925, p. 261.

⁷⁷ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 39.

allo stipulante fosse dovuto dieci, ciononostante la contraria volontà delle parti.

I rivali Proculiani, invero, andando oltre l'interpretazione strettamente letterale della dichiarazione formale e considerando il riferimento a *Titio* non semplicemente come parte invalida della formula, ma come elemento di un *negotium* perfettamente valido, sostennero la irragionevole nullità della clausola a favore dello *stipulator* al quale, secondo questi ultimi, era dovuto cinque⁷⁸.

Al di là di questi espedienti di elaborazione classica, molto interessanti sono le diverse *actiones utiles* alle quali il terzo avrebbe avuto diritto, in seguito ad una *delegatio solvendi*⁷⁹, a partire dalla fine del III secolo d.C., su concessione della cancelleria imperiale. Particolarmente la *donatio sub modo* e il *depositum in publicum*, permettevano una tutela diretta della posizione del terzo, senza ricorso all'utilizzo dei meccanismi precedentemente utilizzati.

La *donatio sub modo* è riscontrabile nei *Fragmenta Vaticana* (Fr. Vat. 286: *Idem Iuliae Marcellae*) ed in un passo del Codice giustiniano contenente la decisione degli Imperatori Diocleziano e Massi-

⁷⁸ Cfr. I, 19, 4 pr.

⁷⁹ Il caso della *delegatio solvendi* è quello in cui il creditore abbia autorizzato il debitore ad eseguire la prestazione ad un terzo. Cfr., D. 46, 3, 38, 1 (Afr. 7 *quaest.*): *Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur: aliquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberarionem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare: sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummu mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si condictionem, quam adversus mulierem habet, praestet [...].* Cfr., in aggiunta, D. 46, 3, 64 (Paul. 14 *ad Plaut.*) e D. 50, 17, 180 (Paul. 17 *ad Plaut.*).

miliano, ovvero in C. 8, 55, 3 (*Diocl. et Max. a. 290*), ove si riportano dei casi di donazione modale, con obbligo di restituzione trascorso un determinato periodo di tempo, nei quali veniva concessa un'azione contro il donatario *iusta causa donantis*, un'azione, quindi, *sui generis*, diversa dai rimedi tradizionali concessi a tutela del donante.

Fr. Vat. 286: *Idem Iuliae Marcellae: Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fide non servata, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condicticiae actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem decernendam esse admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, potuit decerni, si quae proponis vera sunt, tibi adcommodabitur.*

C. 8, 55, 3 (*Diocl. et Max. a. 290*): *Quoties donatio conficitur, ut post tempus id, quod donatum est, alii restituatur: veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulans non sit: placiti fide non impleta ei qui liberalitatis auctor fuit, vel heredibus eius condicticiae cationi persecutionem commpetere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei, qui stipulatus non sit, utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint: actio quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accomodabit.*

L'altra ipotesi di concessione di un'*actio utilis* di grande praticità, è quella del deposito *in publicum* a disposizione del creditore, di

cui si tratta in un rescritto diocleziano, ovvero in C. 4, 32, 19 (*Diocl. e Max. AA. et CC. Aureliae ireanae*). La parte più significativa di questo rescritto è quella finale nella quale viene sancita la concessione al creditore un'*actio utilis* per l'esecuzione di questi non contro il debitore, ma contro il depositario o colui che ha presso di sé il denaro; l'azione, quindi, era concessa contro il depositario stesso o, dice il rescritto, contro il terzo che abbia presso di sé il denaro, a tutela di un soggetto terzo, il creditore, i cui interessi rilevano nonostante non abbia partecipato alla stipulazione. In questo caso però, la sola previsione di un'*actio utilis* per il terzo non vale da sola ad individuare un'eccezione al principio generale che nega validità alla *stipulatio alteri*, poiché, nel caso in esame, il testo alterna all'*actio utilis* esperibile contro il donatario, la possibilità di esperire la stessa azione utile *contra ipsas pecunias*, vale a dire un'azione di tipo reale esorbitante i limiti di un'azione nascente da contratto. Per questa ragione si può ritenere che il caso concerni la disciplina del deposito giudiziale nel diritto romano, e dunque l'azione in esame deve essere coordinata con tale disciplina, e non con quella del contratto a favore di terzi⁸⁰.

⁸⁰ Cfr., A. ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione dell'«actio ad exemplum institoriae»*, in *BIDR* 71, 1968, pp. 242 e ss.; A. BURDESE, «*Actio ad exemplum institoriae*», cit., pp. 64 e ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 329 e ss. È interessante notare in questo caso una particolarità riguardante il diritto privato moderno; l'Αστικός Κώδικος, il codice civile greco, che riconosce la figura del contratto in favore di terzi e contestualmente riconosce la possibilità per il terzo di agire direttamente contro il promittente se sussistono le condizioni previste all'art. 411, ovvero nel caso in cui la prestazione in suo favore risulti dalle concordi volontà delle parti contraenti, ovvero dalla natura o dallo scopo del contratto. Inoltre, l'art. 432, 1° comma, ammette, senza la necessità di nessun presupposto formale, l'azione diretta in capo al terzo beneficiario contro il promittente nel caso della consegna della cosa dovuta al creditore dalla pubblica autorità competente. Una tale disciplina non può che derivare dalla appena esaminata figura del *deposito in*

I.9 Attenuazione dell'assolutezza del divieto tra la fine del Principato e gli inizi del Dominato

Tra la fine del Principato e gli inizi del Dominato, sulla base di principi di carattere equitativo e in quadro di tendenza attenuatrice della assolutezza del divieto, vennero a coesistere con la regola generale una serie di deroghe ed eccezioni che concedevano a terzi, in alcuni casi, dei diritti azionabili, nella maggior parte dei casi in via utile, in ragione di patti conclusi in loro favore. «Le cause di questo fenomeno appaiono correttamente poter essere ricondotte alla circostanza che la considerazione eccessivamente rigorosa del principio di relatività determina una contraddizione non facilmente superabile: da un lato la necessità di favorire il traffico giuridico non può non determinare la necessità che si individuino delle eccezioni alla rigorosa applicazione di tale principio, dall'altro, il principio stesso non offre alcuno strumento che permetta di ordinare in modo sistematico e coerente le menzionate e necessarie eccezioni»⁸¹.

Sostanzialmente si ammise: la validità del patto di riscatto in sede di vendita della cosa pignorata dal creditore pignoratizio a favore del debitore oppignorante, quella del patto in cui si fosse previsto che il depositario anziché il depositante dovesse restituire al terzo; inoltre

publicum: la codificazione ellenica parrebbe, infatti, l'unica ad aver qualificato specificamente tale ipotesi come contratto in favore di terzo.

⁸¹ Così G. GUIDA, *Compravendita e suggestioni in tema di superamento del principio di relatività degli effetti del contratto*, in *Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 11, 2013, p. 1; Cfr., in specie, A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del IV Congresso Internazionale ARISTEC*, (Roma 13-16 settembre 1999), a cura di L. Vacca, Torino, 2001, p. 340.

si stabilì la validità e la conseguente azionabilità dell'onere imposto al donatario di restituire dopo un certo tempo ad un terzo la *res donata*, quella del patto dotale con cui il costituente avesse previsto, allo scioglimento del matrimonio, la restituzione della dote alla figlia o ai nipoti.

Riguardo alla validità della prima di queste deroghe eccezionali al divieto, il patto di riscatto, viene in rilievo un passo ulpiano di commento all'editto del Pretore:

D. 13, 7, 13 pr. (Ulp. 38 *ad ed.*): *Si, cum venderet creditor pignus, conveniret inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pignera actio actionibus tenere creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut factum actione emptorem agere.*

Il frammento di Ulpiano, ritenuto interpolato da autorevoli autori, fa riferimento a tre alternative concesse al debitore nel caso pagasse l'importo del prezzo. Al debitore, infatti, poteva essere concessa innanzitutto un'*actio venditi*, propria del creditore, ma che in caso di restituzione del prezzo veniva resa utile al debitore. Come rileva dal passo, un'altra opzione plausibile, favorevole al debitore oppignorante, era la concessione della azione di rivendica a favor suo, con la conseguente *restitutio ad integrum* del bene pignorato. Infine, la tutela del

debitore in questi casi, si poteva attuare tramite la concessione, in via utile, di un'*actio in factum* al debitore pignoratizio⁸².

Segnatamente, altra soluzione derogativa della regola generale, è espressa in un testo della costituzione:

C. 3, 42, 8 (*Diocl. et Max. AA.* Isidoro, a. 290): *Ut inter absentes verborum obligatio contrahi non potest, ita alteri, cuius iuri subiectus non est, aliquid dari vel restitui, nisi sua intersit, nemo stipulari potest.*

Viene qui stabilita la validità di un simil patto, ovvero quello in cui fosse previsto che il soggetto che deteneva in deposito la cosa, il depositario, dovesse restituire la cosa stessa ad un terzo. *Nulla quaestio* se il terzo fosse succeduto al depositante: infatti in tali casi, come viene sancito nel frammento, egli avrebbe potuto comunque esercitare l'*actio depositi*. Interessante il caso in cui il terzo non avrebbe potuto vantare alcun diritto, né per *ius civile*, né per *ius honorarium*; in questi casi, il testo in esame, rileva perché concede l'azione di deposito in via utile per ragioni riconducibili all'*aequitas*⁸³. Inoltre, si stabilì la

⁸² Sulla strutturazione dell'*actio in factum* cfr., L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, cit., p. 333. Sul testo si veda W. LITEWSKI, *Das Bestehen der "formula in ius concepta" mit der "bona-fides" Klausel beim Pfand*, in *Labeo* 45, 1999, pp. 184 e ss.

⁸³ "Nel diritto romano classico, e più ancora nel diritto giustiniano, l'equità, concepita come idea di giustizia sia astratta, cioè generale, sia particolare, cioè riferita al singolo caso concreto, ha grandissima importanza. Ne è un indice la famosa definizione di Celso: «*Ius est ars boni et aequi*». In generale all'equità s'ispirano tutte le norme dello *ius honorarium* e dello *ius gentium*, in contrapposto allo *ius civile*, rigido, severo, formalistico; e all'equità si riportano talvolta le soluzioni adottate in singole controversie. L'equità appare quindi fonte autonoma di diritto; serve anzi «*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi utris civilis gratia*»", cfr. *Enciclopedia Italiana*, v. *aequitas in dir. rom.*, pp. 1 e ss.

validità e la conseguenziale azionabilità dell'onere imposto al donatario di restituire dopo un certo tempo ad un terzo la *res donata*⁸⁴.

Infine, per una completa ed esaustiva esamina delle deroghe al divieto, che furono antecedenti necessari per l'evoluzione e la successiva elaborazione dell'istituto del contratto a favore di terzi, è doveroso porre l'attenzione sul riconoscimento della validità del patto dotale, nel quale si prevedeva la restituzione della dote alla figlia o ai nipoti, e particolarmente al passo riportato in:

C, 5, 14, 7 (*Diocl. et Max. AA. et CC Phileto, a. 294*): *Pater, pro filia dotem datam genero ea prius in matrimonio defuncta nepotibus pactus restitui, licet his actionem quaerere non potuit, tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur action.*

In questo il diritto azionabile concesso al terzo si concretizza in un'azione in via utile concessa alla donna per la restituzione della dote. Azione che, tuttavia, non trovava applicazione quando veniva stipulato che la restituzione doveva avvenire ad un *extraneus*⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. H. ANKUM, *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle "alteri dari stipulari nemo potest"*, cit., p. 23; F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 186, nt. 20; cfr., C. 8, 54, 3 (*Diocl. et Max. AA. Iuliae Marcellae, a. 290*): infatti, in questo passo, grazie ad una *benigna interpretatio* fedelmente riportata nel testo, si riconosceva al terzo un'*actio utilis*. Sul passo citato cfr., specificamente, G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 29 e ss.

⁸⁵ Cfr. D. 24, 3, 45 (*Paul. 6 quaest.*); C. 5, 12, 26 (a. 294); D. 23, 4, 9 (*Pomp. 16 ad Sab.*); C. 5, 14, 4 (a. 240); in dottrina, recentemente sul tema si veda, P. M. VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi da figura eccezionale a strumento generale*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva-storico compara-*

CAPITOLO II

LA RIFLESSIONE SULL'ISTITUTO NEL DIRITTO INTERMEDIO

II.1 *L'interpretatio* medievale e la riorganizzazione delle *exceptiones alla regula cristallizzata nel Corpus iuris Iustinianeum*

Data la profonda incertezza in merito all'applicabilità della regola, specie riguardo all'epoca ed al significato della loro ammissione e vista la loro varietà, in diritto romano non può ritenersi definitivamente sovvertito il principio per il quale era nullo il contratto a favore di terzi; si può, tuttavia, ragionevolmente affermare che vi erano o, perlomeno, cominciavano ad essere introdotte nella prassi applicativa, delle eccezioni al divieto.

La glossa, da parte sua, sostenne in modo assoluto il principio secondo il quale qualunque patto a favore del terzo dovesse riguardarsi come nullo e solo Martino si oppose a questo concetto⁸⁶.

tistica, IV Congresso internazionale ARISTEC, (Roma, 13-16 settembre 1999), Torino, 2001, pp. 278 e 279.

⁸⁶ Si veda sul punto E. BESTA, *L'opera d'Irnerio (Contributo alla storia del diritto italiano)*, Torino, 1896, p. 42; P. CAPPELLINI, s.v. "Rappresentanza (diritto intermedio)", in *ED*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 442 e ss.; S. DELLE MONACHE, *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001, pp. 95 e ss., in particolare p. 99; G. DONADIO, s.v. *Contratto a favore di terzi*, cit., pp. 656-662, in particolare p. 658; F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, v. cit., p. 186; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit.,

In particolare, l'opera dei giuristi di diritto intermedio fu, dunque, orientata fondamentalmente in una triplice direzione: una interpretazione dogmatica dei casi, una schematizzazione della casistica, ed una generale riorganizzazione dei principi romani.

I glossatori non si limitarono ad uno studio meramente cognitivo delle fonti romane, ma, prendendo a modello l'eredità lasciata, andarono oltre la semplice riproduzione ed elaborarono dei veri e propri principi in coerenza con la loro contemporaneità. Lo strumento utilizzato a tal fine fu la *interpretatio*, elaborata dalla *Scientia iuris*, che permise ai giuristi dell'epoca, pur tenendosi fortemente legati al *Corpus iuris*, di superare la fermezza degli schemi rigidi del testo romano.

Punto di partenza dell'analisi del giurista era, naturalmente, il dato normativo, ovvero la *lex*; a questa prima analisi susseguiva poi una concentrazione sulla *ratio legis* della norma, la quale, sostanzialmente, consentiva una liberazione dalle strettoie dello schema dando la possibilità all'interprete di liberarsi e di impostare un procedimento parallelo od analogico⁸⁷.

L'*interpretatio* medievale, in tale modo, veniva a rompere quel rapporto per cui la validità del patto dei privati era legata alla tassativi-

pp. 66 e ss.; G. WESENBERG, G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Wien, Köln, 1985², p. 40; altresì, G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 102 e ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 41.

⁸⁷ Si veda P. CAPPELLINI, s.v. "Rappresentanza (diritto intermedio)", cit., p. 445, ove viene puntualmente analizzato il processo e il momento in cui la dottrina di diritto comune acquista consapevolezza ed opera un distinguo fra concezione teorica e tecnica; ancora sul tema cfr., P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, 2000, p. 164; F. MESSINEO, s.v. *Contratto nei rapporti col terzo*, in *ED*, X, Milano, 1962, p. 205 e ss., in particolare p. 207.

tà del testo romano. Sulla scorta di alcuni requisiti, infatti, in epoca medioevale, le parti ben potevano porre in essere un patto pienamente valido ed efficace, ciononostante lo stesso non fosse prescritto dalla compilazione giustiniana. Un ruolo del tutto centrale, a tal proposito, era ricoperto dalla teorizzazione dei *vestimenta*⁸⁸. Richiamando l'attenzione sui tratti salienti di un tema così complesso, e affrontando solo alcuni concetti essenziali, è necessario addurre, *in primis*, ad una prima classificazione che era solita fare dai giuristi medievali: si distinguevano tassativamente, infatti, i patti forniti di *vestmentum* dai nudi patti⁸⁹. I primi erano quelli tipici, espressamente riconosciuti e sanzionati dall'ordinamento nel caso di inadempimento; i nudi patti, invece, non sortivano alcun effetto obbligatorio in capo al promittente di quanto promesso, ma se prestati, producevano una *soluti retentio*, ovvero il tipico effetto della *naturalis obligatio* romana.

Dunque, se la fattispecie specifica posta in essere dalle parti era contenuta all'interno di uno schema tipico, tale patto era riconosciuto dal diritto in quanto nominato o, meglio, per il fatto che il *nomen* stesso veniva a concretizzarsi nel *vestmentum* dell'accordo. Differentemente, se le parti, estendendo la loro libertà di contrarre, venivano a

⁸⁸ Cfr. G. ASTUTI, s.v. *Contratto (Diritto intermedio)*, in *ED*, IX, Milano, 1961, pp. 1929 e ss., particolarmente p. 1931; H. DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 77, 1960, pp. 277 e ss.; P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15, 1986, pp. 609 e ss.; R. VOLANTE, *Alteri stipulari. Evoluzione delle forme di riconoscibilità contrattuale ed enucleazione di uno schema negoziale a favore di terzo nelle dottrine dei glossatori*, Centro duplicazione Offset, Firenze, 1993, pp. 34 e ss.

⁸⁹ *Summa divisio* rintracciabile precisamente nel passo *Summa Codicis*, 2, 3 (Azzone *De pactis*, n. 5) nel quale viene scritto «*non valet conventio sine causa, id est, sin vestimento*».

realizzare un assetto diverso di interessi, atipico, il riconoscimento giuridico di tale incontro di manifestazioni di volontà, era subordinato alla esistenza di un *vestmentum*.

Infatti, l'*interpretatio* medievale, come spesso accadde, andò oltre l'applicazione rigida delle regole e dei principi romani ed escluse che la semplice attribuzione del *nomen stipulatio*, ad un accordo intercorso tra privati, fosse sufficiente per riconoscere al patto la tutela giuridica⁹⁰.

Con il passare del tempo ed in linea con i mutamenti della società, l'istituto aveva perso la rigidità originaria, con la conseguenza che la prassi aveva portato ad una forte estensione del suo ambito di applicazione, ovvero ad una degenerazione della sua utilizzazione in rapporto alla sua struttura primaria⁹¹.

I glossatori posero la loro attenzione sul fatto che lo schema analizzato, prescindendo dal *nomen*, ben si prestava alla realizzazione dei più svariati interessi; sotto questo punto di vista, la *stipulatio*, risultava figura molto affine al *nudum pactum*⁹².

⁹⁰ Si veda, sul tema, P. CAPPELLINI, s.v. "*Rappresentanza (diritto intermedio)*", cit., p. 447; G. GORLA, *Contratti a favore di terzi e nudo patto*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 1959, p. 587 e ss.; R. VOLANTE, *Alteri stipulari. Evoluzione delle forme di riconoscibilità contrattuale ed enucleazione di uno schema negoziale a favore di terzo nelle dottrine dei glossatori*, cit., pp. 42 e ss;

⁹¹ Cfr. G. ASTUTI, s.v. *Contratto (Diritto intermedio)*, cit., p. 1932; A. NEGRI, *L'espressione unilaterale dell'impegno*, I, Padova, 1998, pp. 86 e ss., il quale argomenta, attraverso un dettagliato *excurus* storico-evolutivo dell'istituto, come l'abbandono degli elementi tipici della *stipulatio* fosse avvenuto nell'arco dei secoli, e, soprattutto, nell'arco temporale che va dalla Costituzione di Massimino del 236, alla Costituzione di Leone, del 472.

⁹² L'analisi differenziale tra le due fattispecie deve essere ricercata, in accordo con l'interpretazione giuridica medievale, nei *verba*, che potevano costituire o meno il *vestmentum* della *stipulatio*; invero, la pronuncia della formula era condizione necessaria ma non sufficiente per professare un preciso distinguo tra la *stipulatio* ed il

Sulla base di questi preconcetti, i giuristi medievali generalizzarono le fattispecie derogatorie della regola romana; segnatamente, i glossatori, evidenziarono come nella *stipulatio* potessero riconoscersi due patti: uno concernente l'assunzione dell'obbligo del promittente a favore del promissario, l'altro riguardante l'esecuzione della promessa, determinando nella persona del terzo il soggetto destinatario della prestazione. Stando a questa interpretazione della figura, il rispetto dello schema tipico esigeva, certamente, che la formula fosse predicata nella persona del promissario, ma nulla ostava che la sua parte esecutiva fosse rivolta ad un terzo beneficiario. Sulla scorta dell'elemento dell'interesse, infatti, anche se, come sottolineato dagli stessi giuristi, lo stesso era connotato di natura incerta, vennero in tale maniera riorganizzate le eccezioni romane al divieto⁹³.

nudo patto, occorre aggiungere all'analisi una stretta correlazione della formula con gli interessi concreti che le parti perseguivano. Solo in tal caso, infatti, la *stipulatio* era accordo vestito *verbis* e, in quanto tale, tutelato dal diritto.

⁹³ Il requisito dell'interesse, in particolar modo di quello dello stipulante, da espediente occasionale, in diritto romano, atto a giustificare delle deroghe all'applicazione sistematica del principio *alteri stipulari nemo potest* come nei casi visti in D. 45, 1, 38, 20 e 21, ovvero in relazione a D. 48, 1, 38, 17 (cfr. *supra*, cap. I, § 6), venne ad acquisire una qualificazione di natura generale volta ad escludere l'applicabilità della regola nel caso si riscontri nello stipulante un interesse a far ottenere al terzo una prestazione. Emblematica, in tal senso, la chiusa di C. 8, 38, 3 pr.: [...] *ita alteri, cuius iuri subiectus non est, aliquid dari vel restitui, isi sua intersit, nemo stipulari potest*. Sintomi ancor più manifesti di un progressivo riconoscimento alla generalizzazione dell'istituto plasmato sul presupposto dell'interesse si ricavano ponendo a confronto il D. 45, 1, 38, 20: *Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur: et ait Marcellus stipulationem valere in specie huiusmodi. is, qui pupilli tutelam administrare coeperat [...]* e I, 3, 19, 20 pr.: *Sed si quid stipuletur alii, cum eius interesset, placuit stipulationem valere. nam si is qui pupilli tutelam administrare coeperat [...]*. Sull'argomento cfr., F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 186, nt. 2; cfr., anche, B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1965, p. 461, il quale elenca alcuni esempi di patti a favore di terzi che il diritto giustiniano considerava

All'interno di questo inquadramento dogmatico, si può ragionevolmente comprendere come la promessa poteva essere eseguita anche *in absentem*, senza che per tale motivo ne derivasse una invalidità del patto⁹⁴.

II.2 La Gl. “*Nihil agit*” ad *Iust. Inst.* 3, 20, 4 ed il pensiero di Martino

Sostanzialmente, la *stipulatio alteri*, era idonea a realizzare il complesso degli interessi, prodotto delle volontà espresse dalle parti. In particolare, l'elemento dell'interesse era stato individuato quale *conditio sine qua non* l'atto non poteva che essere escluso dall'ordinamento, invero, nell'ipotesi contraria, l'estrinsecazione dello stesso, dotava del *vestmentum* il patto⁹⁵. La congruenza dello scopo,

validi, come nel caso di costituzione da parte del padre della dote in favore della figlia, la morte prematura di ella, facesse pervenire il beneficio ai nipoti; ancora nel caso del creditore pignoratizio che nella vendita del pegno stipulasse il riscatto a favore del debitore; ovvero nel caso in cui il depositante di cosa altrui pattuisse la restituzione direttamente al proprietario. Per dei riferimenti sul punto dai manuali istituzionali cfr., A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1987², pp. 549 e ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006³, pp. 761 e ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 606 e ss. Sull'importanza del presupposto dell'interesse in dottrina cfr., F. SCHULZ, *Klagen-cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht*, in ZSS 27, 1906, pp. 82 e ss.; A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick. Erster teil: Von der Reeder un der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung*, ZSS 111, 1994, pp. 280 e ss.; altresì, A. WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiectitiae*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, Napoli, 19972, pp. 583 e ss.

⁹⁴ Cfr., L. TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, cit., pp. 51 e ss.

⁹⁵ Si veda, in merito, E. BETTI, s.v. *Id quod interest*, in *NNDI*, VIII, Torino, 1938, pp. 133 e ss. I glossatori elaborarono diverse categorizzazioni delle varie specie di interessi rinvenibili nel codice (in maniera rilevante nella *Summa Trecensis* nel ti-

che il promissario intendeva realizzare attraverso l'uso della *stipulatio alteri*, con la formula *sponsionis*, era principalmente garantita dall'elemento dell'interesse che costituiva, per l'appunto, il *vestimentum* del negozio.

Ciò detto, l'inadempimento della prestazione aveva come conseguenza immediata la soggezione del promittente a rifondere il pregiudizio subito dal promissario; tale pregiudizio aveva ad oggetto la lesione dell'interesse di quest'ultimo a veder rispettata l'esecuzione della prestazione promessa. Dal canto suo, il diritto tutelava l'interesse del promissario allorché la promessa del promittente constava in una prestazione a beneficio di un terzo e l'inadempimento della prestazione lo soggiaceva *ex lege* all'azione del promissario, in quanto detto comportamento si materializzava in un effetto pregiudizievole dell'interesse personale di quest'ultimo⁹⁶.

tolo *De interesse*); tra le più significative vi è, indubbiamente, quella che ripartiva l'interesse in *certum* e *incertum*. L'interesse era definibile come certo qualora l'oggetto dell'adempimento consistesse in una prestazione di un certo valore oggettivo o comunque agevolmente determinabile: questa circostanza era riscontrabile negli adempimenti con obbligo di dare o quando le parti avevano perfezionato l'accordo con l'inserimento di una penale. In tali casi l'oggetto dell'interesse non poteva essere che la *res* o la penale ed il giudice, nel caso di inadempimento, sarebbe stato vincolato nell'accertamento della lesione a valutare l'interesse, in *re ipsa*, per le determinazioni del *quantum* della sanzione, in riferimento o al valore dell'oggetto o in base all'ammontare della penale. Diversamente, nelle prestazioni di *facere* o *non facere*, l'interesse era qualificabile come *incertum*, dunque non determinabile in maniera certa. In tali casi l'azione ad agire in giudizio spettava al promissario solo se il comportamento del promittente violava un interesse tutelato dal diritto. Questa valutazione era di competenza del giudice che doveva accertare caso per caso. Sulla *distinctio* tra interesse *certum* ed interesse *incertum* si veda R. VOLANTE, *Alteri stipulari. Evoluzione delle forme di riconoscibilità contrattuale ed enucleazione di uno schema negoziale a favore di terzo nelle dottrine dei glossatori*, cit., pp. 65 e ss.

⁹⁶ Cfr. H. ANKUM, *Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten*, in *Sein und Werden im Recht, Festgabe für*

In questo quadro interpretativo sostanzialmente omogeneo⁹⁷, appare notevole la posizione di Martino, uno dei *Quattuor doctores*, il quale, attraverso lo studio ferrato delle fonti romane, allusivamente, distinse tra stipulazioni a favore del terzo e semplici patti, tra azioni dirette e azioni utili, ammettendo, sulla scorta dell'*aequitas*, che non era precluso al terzo il ricorso in via generale ad azioni utili dalla regola *alteri stipulari nemo potest*. Queste considerazioni dell'eloquente giurista bolognese risultano, *expressis verbis*, riportate dallo stesso Accursio, seppur in evidente disaccordo con l'opinione espressa da Martino⁹⁸, come rileva dall'espressione "*quod falsum est*", e, precisamente, nella Gl. acc. "*Nihil agit*" ad I, 3, 20, 4:

U. von Lübtow zum 70. Geburtstag, Berlin, 1970, pp. 559 e ss.; M. MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1969, pp. 44 e ss., nt. 43; H. LANGE, "*Alteri stipulari nemo potest*" bei Legisten und Kanonisten, in ZSS 73, 1956, p. 285; D. WALEY, *Die italienischen Stadtstaaten*, München, 1969, pp. 30 e ss.; G. WESENBERG, *Zur Behandlung des Satzes Alteri stipulari nemo potest durch die Glossatoren*, in *Festschrift für Fritz Schulz*, Weimar, 1951², p. 265; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 41, nt. 49.

⁹⁷ Cfr., in specie, H. ANKUM, *Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten*, cit., p. 560; P. CAPPELLINI, s.v. "*Rappresentanza (diritto intermedio)*", cit., pp. 442 e ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 68; H. LANGE, "*Alteri stipulari nemo potest*" bei Legisten und Kanonisten, cit., pp. 279 e ss.; F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 186; G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 102 e ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 41.

⁹⁸ La posizione di Accursio è rintracciabile nella Gl. *interest*, D. 45, 1, 38, 17: *interest stipulantis cui naturalis est quesita obligatio, ut alii detur, sed quomodo committitur pena, cum nulla mora nulla petitio in principali? Respondeo de facto fit contestatio. sicut si promittas x, cum petiero vel si navis venerit ex asia, et me litem contestante venit.*

...Item fallit si iudice, vel notario, vel simili persona publica: ex quorum pactis et stipulationibus alteri quaeritur... Sed Martinus dicebat, hoc casus facere regulam: et si quis casus esset contra illud, speciale esset: et quod hic regulariter dicitur... iure directo non valere, sed utiliter acquiri posse. Et secundum eum sempre ex pacto alterius quaeritur: quod falsum est, cum parum interesset, directo, an utiliter quaeretur...

Il passo prende in considerazione la fattispecie per cui la regola romana non si applica riguardo ad un giudice o ad un notaio, ovvero analogamente dinanzi a persone pubbliche, per cui in questi casi i patti e le stipulazioni di costoro hanno efficacia e fanno acquistare ad altri. Successivamente, Accursio espone il pensiero di Martino Gosia, il quale afferma che questi casi eccezionali costituiscono la regola e che sempre si può acquistare ad altri.

Se è vero che Martino riferì la paromia *alteri stipulari nemo potest* solo in connessione all'acquisto di un'*actio utilis*, è vero, anche, che gli deve esser dato il pregio di aver elaborato una massima generale visto la variegata casistica considerata, massima che fu essenziale nello sviluppo della giurisprudenza pretoria⁹⁹.

La singolarità della Gl. "*Nihil agit*" ad *Iust. Inst.* 3, 20, 4 e del pensiero di Martino, si manifesta, in tutta evidenza, anche prendendo in esame un altro profilo che viene in risalto dallo studio dogmatico del passo; nel determinare le eccezioni alla regola *alteri stipulari ne-*

⁹⁹ Si veda sul punto G. ASTUTI, v. *Contratto (Diritto intermedio)*, cit., p. 1933; H. DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, cit., p. 278; P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., p. 611; R. VOLANTE, *Alteri stipulari. Evoluzione delle forme di riconoscibilità contrattuale ed enucleazione di uno schema negoziale a favore di terzo nelle dottrine dei glossatori*, cit., p. 443.

mo potest, infatti, Martino, riprendendo indubbiamente la tradizione romanistica, afferma esplicitamente, la loro inapplicabilità nel caso in cui la stipulazione a favore di terzi fosse compiuta dinanzi ad un magistrato, con particolare riferimento alle promesse transattive ed alle stipulazioni pretorie compiute innanzi al giudice appunto, o, segnatamente, nella circostanza in cui la *stipulatio alteri* fosse inserita come clausola di un contratto notarile. Nel senso di questa seconda fattispecie, viene scritto anche in un testo di Diego de Covarrubias y Leyva:

Varium ex iure Pontificio, Regio, et Cæsareo resolutionum libri III. DIDACO COVARRUVIAS A LEYLA Toletano, *sancti Dominici archiepiscopo Autore...*, Lugduni, 1557, p. 238, n. 11:... *et primum omnes convenire hanc stipulationem utilem esse, et praedictum effectum habere, si ea facta fuerit à notario: is enim veluti persona publica alteri stipulari potest...*

In tale modo, l'ambito applicativo risultava significativamente limitato; il divieto *alteri stipulari nemo potest* viene meno e la stipulazione è valida se si provvedesse alla redazione del contratto da parte di un notaio e, di fatto, la stessa doveva considerarsi ammissibile anche in tutti i casi in cui nel promettere mediante stipulazione a favore di altri vi fosse l'intervento di *publicae pesonae*¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Plausibilmente la costruzione giuridica così elaborata è frutto di un' *interpretatio* analogica delle fonti romane non del tutto giustificata e per così dire azzardata; la casistica romana sulla fattispecie in questione riguarda, difatti, le stipulazioni concluse dal *servus publicus* (si cfr. precisamente D. 46, 6, 2 [Ulp. *ad ed.*]). Riprendendo ed equiparando tali stipulazioni alle promesse fatte in favore del terzo in presenza di *personae publicae* e, specificatamente, di fronte ad un notaio nel compimento della sua attività, investito, dunque, di un ufficio pubblico, viene espressamente ammessa la possibilità, in casi peculiari e caratteristici, a determinati re-

Proprio sulla base del testo della Gl. acc. *Nihil agit* ad I, 3, 20, 4, nonchè del testo di Diego de Covarrubias y Leyva, i giuristi di diritto comune iniziarono ad ammettere tendenzialmente la validità dei contratti a favore di terzi, nonostante l'obiezione autorevole di alcuni illustri, come Bulgaro, che affermavano, come, all'infuori dei casi esplicitamente contemplati nelle fonti giustiniane, "*iuris regula est ex alieno pacto actionem non dari*"¹⁰¹.

II.3 La validità della *stipulatio alteri* nell'Ordenamiento de Alcalá de Henares del 1348

In alcuni Paesi, quali la Spagna e l'Olanda, infatti, gli interpreti del diritto iniziarono via via a discostarsi, elegantemente, dai capisaldi romani ed iniziarono ad ammettere la stipulazione a favore del terzo. Ad esempio, alcuni noti autori spagnoli come Antonio Gomez e Diego de Covarrubias, hanno sostenuto che il principio *alteri stipulari nemo potest* era stato reso praticamente obsoleto a causa del diffuso accoglimento nella prassi, specie in quella giudiziaria e mercantile, del

quisiti, di *stipulare alteri* (le fonti romane, infatti, attestano "*non tamquam servus, sed tamquam publicus*"). Per un quadro generale si veda, H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985, pp. 425 e ss.; P. M. VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi da figura eccezionale a strumento generale*, cit., pp. 290 e 291. Segnatamente sul punto cfr., in specie, H. LANGE, "*Alteri stipulari nemo potest*" bei Legisten und Kanonisten, cit., pp. 279 e ss.; F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., nt. 24, p. 187.

¹⁰¹ Cfr. G. HAENEL, *Dissensiones Dominorum: sive controversiae veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig, 1834, pp. 428 e ss.

principio secondo cui “*ex nudo pacto oritur actio*”:¹⁰² perché una clausola a favore di una terza parte potrebbe dover essere considerata non valida in ossequio al divieto romano, sostengono i due giuristi, che un *pactum* informale per la stessa ragione non rischierebbe di incorrere in nessuna obiezione¹⁰³. In tale maniera e, con un simile meccanismo interpretativo, veniva agilmente eluso il divieto romano.

Tuttavia l’interpretazione che alcuni giuristi avevano iniziato a dare alla *regula iuris* romana, non rimase una *quaestio de iure condendo* ma, al contrario, venne recepita ed accolta in alcuni prestigiosi codici dell’epoca.

Viene in rilievo, in specie, l’*Ordenamiento de Alcalà de Henares* del 1348, per l’ammirevole captazione legislativa svolta *ex ante* ad una evoluzione giuridica ed applicativa orientata in tal senso¹⁰⁴.

¹⁰² Cfr. D. COVARRIUBIAS, *Variae Resolutiones Juridicae*, in *Opera Omnia*, Francoforte, 1573, I, cap. XIV, pp. 11 e ss.; si veda l’interessante analisi sulla dottrina della *consideration* come recezione nel *Common Law* inglese del principio romano “*ex nudo pacto oritur actio*”, W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Londra, 1809⁵⁰, pp. 444 e ss; per il riferimento alle posizioni dei due giuristi spagnoli si veda, invece, H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, cit., p. 425; F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi, in Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 187; M. MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunstein Dritter*, cit., pp. 73 e ss., particolarmente p. 73, nt. 43; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 42.

¹⁰³ Cfr., R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 43.

¹⁰⁴ Per il riferimento all’*Ordenamiento de Alcalà de Henares* ed il riconoscimento da parte di quest’ultimo della validità della stipulazione a favore del terzo cfr., M. ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid, 1993, pp. 381 e ss. H. ANKUM, *Une nouvelle hypothèse sur l’origine de la règle “alteri dari stipulari nemo potest”*, cit., p. 27; J. M. BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985, p. 127; P. CAPPELLINI, “*Rappresentanza (diritto intermedio)*”, pp. 451 e ss.; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, cit., p. 430; M. J. GARCIA GARRIDO, *Los efectos del contrato*

Prodotto di una legge del re Alfonso XI di Spagna del 1348, di recezione dell'antecedente *Partidas* Codice (più compiutamente *Ley de las Siete Partidas* «Legge delle sette parti») promulgato per il regno di Castiglia dal re Alfonso X il Saggio nel 1265, lo scopo del *corpus* normativo era quello di eliminare la straordinaria varietà giuridica in vigore, sostituendola con un codice di leggi dal disegno unitario¹⁰⁵.

Il Codice ebbe per diversi secoli una grande influenza giuridica sul diritto contrattuale spagnolo, ma anche su quello della maggior parte dei Paesi dell'America Latina di lingua spagnola. La V *Partida* dell'opera annovera un complesso di atti e contratti che sono stati strutturalmente congegnati in modo da tendere ad abbracciare ogni fatto umano. Nell'analisi del testo, è notevole rilevare l'influenza del volontarismo giuridico e l'esaltazione del paradigma della volontà quale fonte avente forza di legge, già di per sé obbligatoria¹⁰⁶.

en relación con los terceros: la experiencia ibérica, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Madrid, 2000, pp. 251 e ss.; E. MASCAREÑAS, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, V, 1953, pp. 355 e ss.; F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 187; J. SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil*, in *Revista de Derecho Privado*, 2, Madrid, 1958, pp. 11 e ss.; J. C. TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1983, pp. 638 e ss.; P. M. VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi da figura eccezionale a strumento generale*, cit., p. 291; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 42.

¹⁰⁵ Tuttavia, l'accezione privilegiata accordata dal codice alle fonti giustinianee e canoniche, rispetto al diritto consuetudinario, non ne favorì la buona accoglienza nel popolo, che respinse la promulgazione con la violenza, tanto che la loro pubblicazione fu a lungo rinviata, e solo con l'*Ordenamiento de Alcalá*, nel 1348, fu riconosciuto al codice, in via transattiva, valore sussidiario.

¹⁰⁶ «*Resultado del voluntarismo jurídico es el principio según el cual, por cualquier forma que el hombre quiera obligarse quedará obligado*» secondo l'opinione di O. RODRÍGUEZ, in *Nancy C y Colectivo de autores Libro texto básico Derecho de Contrato*, I, in *Derecho General del Contrato*, edición digital, 2000, pp. 24 e ss.

In tale contesto, specialmente riguardo ad alcuni necessari contratti dettati dall'evolversi delle prassi mercantili, la pretesa di accelerare il traffico giuridico e di fornire alle parti la possibilità di formare contratti privi di barriere formali nell'assunzione delle rispettive obbligazioni¹⁰⁷, inizia a diffondersi in modo importante: l'idea di un contratto legato a formule e riti rigidi, come inteso nel senso romano, permane tra gli individui in quanto in grado di tutelare la certezza del diritto ma, per i contratti tra professionisti, di norma in possesso di una formazione adeguata per assumere *ceteris paribus*, il cui scopo è quello di concludere il più alto numero di contratti con il minor numero di ostacoli possibili di ogni sorta, comincia a diffondersi la possibilità di un riconoscimento ordinamentale di maggiore autonomia e libertà contrattuale. E voce autorevole, come quella di Antonio José Quesada Sánchez, definisce questa fase storica «*nuevo paso en este camino que estamos siguiendo se producirá tanto con el voluntarismo jurídico de la escolástica tardía como con las necesidades prácticas que comienza a exigir el desarrollo del tráfico mercantil*»¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Come emerge dal testo dell'*Ordenamiento de Alcalá de Henares* del 1348, a cura di I. Jordan de Asso y del Rio e M. de Manuel y Rodriguez, Madrid, 1774, tit. XVI, *ley única*, p. 26: *Paresciendo que se quis un Ome obligar à otro por promission, ò por algung contracto, ò en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos à quienes se obligò, è non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulacion... mas que sea valedera la obligacion ò el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar à otro, è façer contracto con el.*

¹⁰⁸ Cfr., A. BLANCO, *Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil español*, II, La Habana, 1948², pp. 328 e ss.; O. RODRÍGUEZ, in *Nancy C y Colectivo de autores Libro texto básico Derecho de Contrato*, cit., p. 25; J. C. TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, cit., p. 15.

Tuttavia, diversa era la concezione, nella legge del titolo XVI dell'*Ordenamiento de Alcalá de Henares*¹⁰⁹, secondo la quale, infatti, un uomo può obbligarsi senza alcun vincolo, senza essere soggetto ad alcuna forma specifica da questa legge, essendo vincolato esclusivamente alla sua volontà¹¹⁰:

Ordenamiento de Alcalá, 16.1: Pareciendo que se quiso un Ome obligar á otro por promisión, ò por algund (sic: recte: alguno) contracto ò en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos à quienes se obligò, è non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulacion, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; ò que fue fecha la obligacion del contracto entre absentes; ò que fue fecha à Escribano publico ò a otra persona privada en nombre de otro entre absentes; ò que se obligò uno de dar, ò de façer alguna cosa à otro: mas que sea valedera la obligacion ò el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar à otro, è façer contracto con el.

Nei secoli successivi, XVII e XVIII, grazie al fondamentale contributo della Seconda Scolastica spagnola, si elaborò la moderna no-

¹⁰⁹ Stando sempre alla riflessione di Antonio José Quesada Sánchez «*Pese a ello, las Partidas seguían ancladas al formalismo romano de modo absoluto. La Partida V, dedicada íntegramente a los contratos (pleytos, según los denomina) sigue la doctrina romana en lo que toca a solemnidades, donde se regula la forma de las promisiones, y se exige la pronunciación de palabras muy concretas con objeto de que sean válidas*».

¹¹⁰ Principio che sarà quasi letteralmente riprodotto in due raccolte particolarmente note: la *Nueva Recopilación* e la *Novísima Recopilación*. Cfr. P. CAPPELLINI, s. v. «*Rappresentanza (diritto intermedio)*», cit., pp. 451 e ss., in particolare p. 451, nt. 75

zione di *contractus in genere*¹¹¹ e si raggiunse la base per affermare la libera volontà delle parti, nel rispetto della parola, prendendo come punto di partenza il razionalismo e l'individualismo giuridico.

Immediato è l'accostamento di tale eccezionale ed avanzata normativa, risalente al IV secolo, con articoli dei codici moderni "vicini" ed affini¹¹².

¹¹¹ Si veda, in merito, P. CAPPELLINI, s.v. "*Rappresentanza (diritto intermedio)*", cit. p. 452 ; per quanto concerne, invece, l'importanza assunta nel mondo dottrinale dalla scienza giuridica spagnola riguardo alla possibilità di ammettere la figura del contratto a favore del terzo cfr., H. COING, *Europäisches Privatrecht, I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, cit., p. 430 e ss.; F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 188, nt. 27.

¹¹² Ma un tale nesso eziologico potrebbe essere ragionevolmente esteso oggi, con i dovuti presupposti e con le dovute limitazioni, a diversi articoli di differenti ordinamenti di realtà economiche emergenti, quali, ad esempio, il Código Civil de Chile che ammette, incondizionatamente, la validità della stipulazione a favore del terzo all'art. 1449: *Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato.* Con una maggiore complicazione della disciplina, altresì il Código Civil de la República Argentina art. 1027: *Estipulación a favor de tercero. Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva.* Ancora, il Código Civil Cubano, che addirittura ammette l'accettazione del terzo per *factia concludentia*, art. 316; segnatamente, l'art. 1164, improntato sul principio dell'interesse, del Código Civil de Venezuela che recita: *Se puede estipular en nombre propio en provecho de un tercero cuando se tiene un interés personal, material o moral, en el cumplimiento de la obligación. El estipulante no puede revocar la estipulación si el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella. Salvo convención en contrario, por efe-*

Il riferimento normativo è, indubbiamente, al *Código civil* (o meglio al *Proyecto español de 1851*) e al *Código civil português*, ma altresì al Codice civile italiano del 1865, prodotti di un'imponente e complessa evoluzione dottrinale e giuridica che, dall'*Ordenamiento de Alcalá de Henares* del 1348, riconosce nei codici moderni, con diversa portata ed a diverse condizioni, la validità del contratto a favore del terzo¹¹³.

II.4 La posizione favorevole del diritto canonico

Come si è detto, solo in epoca giustiniana il rigore del principio *alteri stipulari nemo potest* conobbe delle attenuazioni e delle eccezioni, essendo possibile rinvenire fattispecie nelle quali veniva ammessa la possibilità per il terzo di beneficiare del diritto di agire in giudizio per il conseguimento della prestazione da altri stipulata in suo favore¹¹⁴. Tuttavia, si trattava pur sempre di eccezioni deroganti la regola principale della relatività dei contratti, prive di un fondamento dogmatico unitario, che può dirsi superato soltanto in epoca medioe-

to de la estipulación el tercero adquiere un derecho contra el promitente. Infine, nella stessa ottica, è orientato il Código Civil Peruano, art. 1457: Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona. El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato.

¹¹³ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., pp. 569 e ss.

¹¹⁴ Cfr. *supra*, cap. I.9 e cap. II.1.

vale¹¹⁵, in special modo per l'opera dei glossatori e per il riflesso delle implicazioni etiche della dottrina canonistica¹¹⁶.

Soprattutto la dottrina canonistica, infatti, «attribuì rilievo giuridico all'osservanza della parola data e considerò l'interesse dello stipulante un valido *vestmentum al pactum*¹¹⁷, una ragione sufficiente e scriminante per la formulazione di una regola generale in tema di stipulazioni a favore di terzi»¹¹⁸.

Alcuni spunti interessanti in merito all'istituto del contratto a favore di terzi possono essere certamente offerti dallo studio elaborato sullo stesso dai canonisti, i quali *a fortiori* consideravano la transazione una *species alienationis*, ma non propriamente una *alienatio*, applicandovi, in quanto compatibili, le norme generali in materia di contratti a titolo oneroso, essendo per lo più estranea alla dottrina canonica la teoria della dichiaratività della transazione.

Segnatamente alla *quaestio* riguardante i limiti soggettivi, va sottolineata la scarsa propensione dei canonisti a creare, *ex novo*, una teo-

¹¹⁵ Si veda L. VAGNI, *Il contratto a favore di terzi nella comparazione «common law-civil law»: dallo ius commune al diritto privato europeo*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, p. 1209.

¹¹⁶ Cfr., soprattutto, H. ANKUM, *Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten*, cit., pp. 563 e ss.; H. COING, *Europäisches Privatrecht, I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, cit., p. 425; H. LANGE, “*Alteri stipulari nemo potest*” bei Legisten und Kanonisten, cit., pp. 297 e ss.; F. MATTIOLI, *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, v. *Contratto a favore di terzi*, cit., p. 188, nt. 26; L. TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, cit., p. 397 e ss.

¹¹⁷ In quest'ordine di idee si muove, fra i molti, il canonista Giovanni Teutonico nella Gl. *Distantiam* ad c. 12, *Iuramenti*, C. 22, q. 5: *Quantum ad hoc, cum mortaliter peccat qui simpliciter, dicit falsum, sicut qui sub iuramento dicit falsum, magis tamen peccat periurando quam mentiendo, solidius subsistit ubi iuramentum interponitur... sed tamen plus operatur sacramentum, quam simplex promissio... Item hic est argumentum quod ex nudo pacto oritur actio.*

¹¹⁸ Così P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 253.

ria generale in materia, limitandosi, di fatto, da un lato a riproporre principi e nozioni della tradizione romanistica (ad esempio elaborando un'equiparazione teorica della transazione, anche nella *sub specie* nei rapporti con i terzi, alla *res judicata*) e, dall'altro a valorizzare, tra le fonti e le elaborazioni dottrinali, quelle che potessero avere direttamente rilevanza per i fini e gli scopi della Chiesa.

Dando un taglio ancora più dottrinario ed approfondendo da vicino un sistema medioevale di diritto molto ricco di spunti in merito all'istituto del contratto a favore di terzi, in questo senso, non si può trascurare la posizione positiva che ebbe riguardo allo stesso il diritto canonico. Tale, infatti, è il diritto improntato su assiomi, universalmente applicabili, derivanti dalla rivelazione divina o definiti dalla teologia, oltre che dai principi che sono ricavabili da testi autorevoli delle Scritture e dei Padri della Chiesa¹¹⁹.

Anche il diritto canonico dei contratti non è sfuggito a tale ottica: non è un caso che la materia contrattuale sia stata improntata sull'astrattezza di un principio etico generale e supremo, ossia quello per cui «non vi è alcuna falsità nel nostro parlare»¹²⁰.

Il *Decretum (magister) Gratiani* o *Concordia discordantium canonum*, opera plausibilmente degli anni 1140-1145, consistente in una

¹¹⁹ Cfr., E. GATZ, *Rom als Studienplatz deutscher Kleriker im 19. Jahrhundert*, in «*Römische Quartalschrift*», LXXXVI, 1991, pp. 160 e ss.; P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, III, 2003, pp. 380 e ss.

¹²⁰ Cfr., H. ANKUM, *Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten*, cit., pp. 563 e ss.; H. LANGE, «*Alteri stipulari nemo potest*» bei Legisten und Kanonisten, cit., pp. 297 e ss; M. MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, cit., pp. 73 e ss.

raccolta privata, ma autorevole, di testi di diritto canonico, contiene al suo interno un frammento, derivante dal commento al Vangelo secondo Matteo, del vescovo Cromazio di Aquileia. Il vescovo prese come punto di partenza l'esortazione del Signore nel noto "Discorso della Montagna" in merito alla fattispecie del giuramento:

«[...] lasciate che il vostro sì significhi sì e il vostro no significhi no. Qualcosa di più viene dal maligno [...]» (Matteo 5,7).

Sulla base di queste parole, Cromazio di Aquileia ha sostenuto che non ci dovrebbe essere alcuna differenza tra il nostro parlare ed un giuramento¹²¹.

Originariamente, questo pensiero non venne elevato a modello di riferimento da riversare in ambito privatistico ed, in specie, agli accordi contrattuali, ma il vescovo ritenne doverosa un'*interpretatio* in via analogica del principio alla materia contrattuale ed arrivò ad identificarlo come regola di base su cui fondare ogni applicazione della legge dei contratti; l'ambizioso obiettivo perseguito dal canonista era quello, infatti, di dotare la parola del significato della ragione naturale (*naturalis ratio*). D'altro canto, la preoccupazione primaria, in diritto

¹²¹ Riguardo al giuramento e allo spergiuro, tale concezione era diffusa tanto da costituire un «compromesso» assunto a principio nell'Occidente, come si rinviene dal passo di Isidoro di Siviglia, *Sententiarum* 2, 31, 1 e 2: *Sicut mentiri non potest qui non loquitur, sic perjurare non poterit qui jurare non appetit. Cavenda est igitur juratio, nec ea utendum, nisi in sola necessitate. 2. Non est contra Dei præceptum jurare, sed dum usum jurandi facimus, perjuriæ crimen incurrimus. Nunquam ergo juret qui perjurare timet* (PL 83, col. 633). Cfr., a tal proposito, C. RINOLFI, *Il giuramento dei chierici fra diritto romano e diritto canonico*, in *Rivista Internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione Romana*, 11, 2013, pp 3 e ss.

canonico, era costituita dal rispetto di un'obbligazione morale e legale assunta dal debitore; la questione di un possibile acquisto del creditore di un diritto che potesse essere eseguito in *forum externum*, era, assolutamente, di secondaria importanza, come posto chiaramente in luce nel passo del canonista Baldo degli Ubaldi:

Baldi Ubaldi..., *Consiliorum, sive Responsorum Volumen Quintum...*, Venetiis 1575, consilium CXIV, f. 28 vb, n. 3: *...pactum... licet invalidum de iure civili... de iure canonico est validum, licet sit nudum... ex nudo pacto apicibus, sed de substantia fidei promissae.*

Nonostante, questo orientamento fu ammesso da molti e si protrasse a lungo¹²², vi sono indicazioni che buona parte della dottrina canonistica, all'incirca nel XII secolo, iniziò a considerare le soluzioni per la figura negoziale della promessa avente ad oggetto qualcosa che doveva essere dato o eseguito a favore di un beneficiario *absens* per essere efficace e produrre effetti giuridici¹²³.

All'interno del *Decretum Gratiani* si trova traccia, inoltre, di una formula utilizzata dal vescovo scismatico scritta unicamente allo sco-

¹²² Cfr., P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, cit., p. 381; J. F. SCHULTE, *Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, I, Stoccarda, 1877, p. 37, in particolare, §§13 e 15.

¹²³ Tra i canoni, nelle diverse *distinctiones*, sono inseriti alcuni brevi commenti, che hanno il fine di armonizzare fra loro i passi riportati, finalizzati ad una lettura interpretativa chiara, ovvero a conciliare le apparenti contraddizioni, in accordo con lo scopo dell'opera; vi si trovano: *ratione significationis*, che chiariscono, cioè, il senso letterale delle disposizioni; *ratione temporis*, ossia dimostrazioni teoriche di come i diversi precetti si riferiscano ad altrettanti tempi differenti; ancora, *ratione loci*, cioè rilevazioni di disposizioni locali, in eccezione al diritto generale; infine, *ratione dispensationis*, specifiche e puntuali spiegazioni della contraddizione con l'intervento di una dispensa.

po di manifestare la sua volontà di ritorno ai valori della Chiesa¹²⁴. La sua promessa di osservare da allora in poi soltanto gli insegnamenti cristiani, si rivolge a qualcuno di presente, ma anche, attraverso questa persona, alla persona di San Pietro. Il testo non è chiaro sul punto di chi sia esattamente la persona presente. Secondo alcuni canonisti sarebbe, addirittura, il Papa. Analizzando la struttura sistematica della promessa, duplice pare essere il suo ruolo: da un lato egli sembra servire come una sorta di intermediario, attraverso il quale il promittente è tenuto a San Pietro.

Stando a questi preconcetti, buona parte della dottrina ritiene che i canonisti furono tra i primi a riconoscere la validità dei patti posti in essere a beneficio dei terzi, in ossequio al principio cristiano secondo cui bisogna mantenere la parola data¹²⁵; questi giuristi, dando risalto all'implicazione etica di quelle promesse con cui taluno si vincolava a prestare a favore di un terzo, ritenevano che il promittente fosse necessariamente obbligato all'adempimento della prestazione¹²⁶.

Data una simile risoluzione teorica alla *quaestio*, non può che concludersi, dunque, che per una posizione favorevole in *ius canonicum* riguardo alla validità del contratto a favore del terzo. Infatti, se

¹²⁴ *Decret. Grat.* Pars II, C. II, q. 5, cc. 1 e 3.

¹²⁵ Si veda, in dottrina, H. ANKUM, *Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten*, cit., p. 565 e ss.; P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, cit., p. 381 e ss.; H. LANGE, "Alteri stipulari nemo potest" bei Legisten und Kanonisten, cit., p. 279.

¹²⁶ Secondo il diritto canonico, infatti, in questi casi sorgeva un'obbligazione naturale, rilevante sul piano civile mediante giuramento o atto stipulato dinanzi a notaio. Cfr., sul punto, F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, Roma, 1929, p. 72; L. VAGNI, *Il contratto a favore di terzi nella comparazione «common law-civil law»: dallo ius commune al diritto privato europeo*, cit., p. 1209, nt. 51.

fosse presente il connotato dell'interesse, il contratto tra lo stipulante e il promittente in favore di un terzo avrebbe potuto considerarsi valido, seppur come mera *obligatio naturalis* e sempre in presenza della prestazione di un giuramento, trovando tutela giudiziaria a livello ecclesiastico per mezzo della *denuntiatio evangelica*¹²⁷.

II.5 Gli statuti di Bologna (1454, c. 118), di Trento (1527, I, 17) e di Ferrara (1516, II, 92)

Agli albori della stagione bassomedievale e del primo periodo dell'era moderna, raffinati ordinamenti statutari delle città italiane conobbero una rilevante implementazione della loro attività normativa in ambito commerciale per via di una progressiva dilatazione delle prassi commerciali e dei traffici giuridici¹²⁸. In tali società economiche, soprattutto, venne ad accrescersi ed assumere sempre più centralità il ruolo di soggetti che fungevano da intermediari finanziari tra i venditori e gli acquirenti, il cui scopo principale era quello di dare avvio,

¹²⁷ Cfr., H. ANKUM, *Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten*, cit., p. 565; H. DONDORP, *The Seventeenth and Eighteenth Centuries, Contracts for a third-party beneficiary, A historical and comparative account*, Leiden-Boston, 2008, pp. 55 e ss.

¹²⁸ Si veda, E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937¹⁵, pp. 87 e ss.; F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento*, Milano, 1948, pp. 96 e ss.; L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, (trad. it. a cura di V. Pouchain e A. Scialoja), Torino, 1913, p. 199; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 251 e ss.; V. ITALIA, v. *Statuto*, in *ED*, XLIII, Milano, 1990, pp. 979 e ss.; A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, pp. 106 e ss; altresì, A. LATTES, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, Milano, 1899, pp. 4 e ss.; S. PEROZZI, *Corporazioni romane e arti medievali*, Torino, 1937, pp. 72 e ss; V. PIERGIOVANNI, v. *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, *DDP*, IV, Torino, 1989⁴, pp. 341 e ss.

definizione ed accordo a stipulazioni aventi ad oggetto, in particolare, prodotti agricoli e di bestiame. Una centralità di tale figura, quella del mediatore o *sensalis* o, ancora, *proxeneta*, che era venuta ad esistenza in alcune regioni avanzate del medioevo italiano, da un punto di vista strettamente economico, per almeno un duplice ordine di ragioni: il celere sviluppo del commercio con conseguente maggiorazione dell'attività di contrattazione; l'acquisizione sostanziale da parte del mediatore della qualifica di pubblico ufficiale, che lo vide spesso sostituirsi al notaio nella redazione e annotazione dei contratti, avendo la possibilità di svolgere, senza formalità, gli stessi compiti¹²⁹.

«Fu la prassi, prima ancora delle normative particolari, a riconoscere e a disciplinare gli aspetti più pratici della *senseria*. Una prassi consuetudinaria che venne recepita da statuti corporativi, statuti comunali, provvisori e riformazioni, statuti mercanteschi e *decisiones* dei più importanti tribunali aventi competenza *ratione materiae* sulle controversie di *ius mercatorum*»¹³⁰.

¹²⁹ Cfr. U. GREGO, *Dei mediatori*, in "Archivio Giuridico Filippo Serafini", XLIII, 1889, pp. 11 e ss; R. LOPEZ, *Sensali nel Medio Evo*, in *Nuova Rivista Storica*, XII, 1938, pp. 11 e ss. Non si può sottacere circa la plausibile origine di tale "professionista"; autorevoli *doctores* ritengono che si debba rintracciare nel diritto romano la sua forma primaria e, in specie, nella figura del preposto alla conduzione agraria che talvolta poteva essere incaricato della vendita delle merci, come rileva il passo di Paolo in D. 14, 3, 16 (Paul. 29 *ad ed.*): *Si cum vilico alicuius contractum sit, non datur in dominum actio, quia vilicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praeponitur. si tamen vilicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum exemplo institoriae actionem in me competere*. In questo senso, si cfr. P. CERAMI, *Diritto commerciale romano: profilo storico*, cit., p. 317; contra A. BURDESE, «*Actio ad exemplum institoriae*» e *categorie sociali*, cit., pp. 68 e ss.

¹³⁰ Così A. LEGNANI ANNICHINI, *La disciplina del prosseneta tra iura propria e ius commune: la realtà borghese (secc. XIII-XV)*, in *Historia et Ius, Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, www.historiaetius.eu, 2016, p. 2.

Nell'arco temporale che va dal XIII secolo al XV secolo, nella realtà normativa bolognese furono prescritte, tra il 1248 e il 1454, variegate disposizioni atte a regolamentare la figura del sensale e dei contratti per il tramite nascenti. Ad una legislazione statutaria determinata e specifica, sopravvennero con il tempo delle corporazioni che, fondate sulla prassi applicativa e su principi generali, nonché considerate sovraordinate, essendo applicate oltre i confini del singolo statuto comunale sulla base del principio generale *lex specialis derogat legi generali*, prendevano il *nomen* di statuti della Mercanzia¹³¹.

Come già detto, il ruolo del *mediator* era quello di favorire gli accordi e gli scambi commerciali; la *senseria* dunque era finalizzata a favorire soggetti terzi iscritti alla corporazione, implicando, a carico del *prosseneta*, il suo impegno affinché l'acquirente prestasse per l'intero il prezzo accordato¹³². Attività, quella dei sensali, improntata al rispetto di principi quali la buona fede e la correttezza: la violazione di tali obblighi comportamentali, segnatamente l'inosservanza della promessa prestata con il giuramento, esponeva, infatti, l'intermediario a sanzioni pecuniarie amministrative che, oltre a comportare dei riflessi diretti sulla propria attività venendo a ledere la sua immagine pro-

¹³¹ Sul tema della Mercanzia bolognese si veda, ancora, A. LEGNANI ANNICHINI, *La Mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, Bologna, 2008, pp. 14 e ss.; A. HESSEL, *Storia della città di Bologna dal 1116 al 1280*, (ed. it. cur. da G. Fasoli), Bologna, 1975, pp. 154 e ss.; M. TALAMANCA, s.v. *Fideiussione (parte storica)*, in *ED*, XVII, Milano, 1968, pp. 322 e ss.

¹³² Con particolare riferimento alla commercializzazione dei prodotti della lana, attività fiorente della *Bononia* medievale, come risulta dalle numerosi fonti predisposte a disciplinarla, come ad esempio dagli *Statuti dell'arte della lana bisella*, l'opera del mediatore commerciale era sottoposta ad una serie di obblighi di rispetto della volontà degli ufficiali della *societas*; i sensali si impegnavano, infatti, a compiere la loro prestazione "*bona fide, omni dolo et fraude remota*".

fessionale e la sua fama sociale, comportavano la sua soggezione ad *actiones* giudiziarie da parte della *societas* mandante¹³³.

La normativa comunale risalente alla metà del XV secolo, precisamente al 1454, ripresa ed ampliata a più riprese e destinata a vigere nella città di Bologna fino al termine del XVIII secolo riguardo alla figura del *mediator*, accanto alle attività di vendita delle merci, regolamentava un'altra figura di sensali, i c.d. "cuzoni", che si occupavano di contratti aventi ad oggetto compravendite di animali. D'altro canto, fatta riserva delle effettive analogie, in questa *sedes materiae*, lo statuto disciplinava sotto diversa angolatura tali attività; era, invero, impedito ai cuzoni di acquistare o vendere per sé cavalli, muli o mule, né in stalla propria né affittata, fatta salva la possibilità di curare o conservare il bestiame per uso proprio e non commerciale, a pena di interdizione perpetua e di sanzione di 100 lire bolognesi per ogni contratto concluso¹³⁴.

Ciò detto, passando ad analizzare differenti ma affini contesti, vengono in risalto due normazioni statutarie che, al pari dello Statuto di Bologna del 1454, in parte esaminato, si connotarono per la regolamentazione di fattispecie molto interessanti nell'economia evolutiva in

¹³³ Per un riscontro preciso di tale disciplina, si vedano gli *Statuti della società dei cambiatori*, rub. *De iuramento cum satisfactione prestanda a prosenetis seu sensalibus artis cambii*, c. 18 del 1386 ma, fondamentalmente, identica nel contenuto al c. 118 dello Statuto comunale di Bologna del 1454; si cfr., in specie, A.S.R., Statuti 817.1, *Municipales sanctiones, ordines et leges fabrianenses*.

¹³⁴ A tal proposito cfr., A. DE BENEDICTIS, *L'applicazione degli statuti bolognesi del 1454 nella pratica giudiziario amministrativa del '600-'700*, Bologna 1989, pp. 26 e 27; V. ITALIA, v. *Statuto*, cit., p. 980; P. LABAND, *Die Lehre von den Mäklem*, in *"Zeitschrift für Deutsches Recht und Rechtswissenschaft"*, 1961, pp. 17 e ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina del diritto comune*, in A.P.S., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Como, 1992, pp. 11 e ss.; U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, 1998³, pp. 35 e ss.

materia contrattuale, soprattutto per il *genus* del contratto a favore del terzo. Tanto è vero che, nelle città di Trento e Ferrara, la necessità di disciplinare casi atipici scaturenti da accordi commerciali sempre più diffusi, le lacune formatesi e le incertezze contenute all'interno delle precedenti disposizioni, vennero colmate con l'inserimento di norme statutarie *ad hoc*.

In primo luogo, va evidenziato come nell'ambiente ferrarese, fra il secolo XVI e nella prima metà del secolo XVII, si era concentrata attorno alla produzione delle sussistenze la maggior parte dei rapporti tra gli uomini e fra le classi sociali¹³⁵. Senza dubbio alcuno, l'attività economica predominante era quella connessa con l'agricoltura ed è, dunque, dalla disciplina inerente ai contratti agrari che si possono trarre spunti normativi interessanti in merito ai rapporti delle parti con i terzi.

Non diversamente dal diritto romano, i casi disciplinati dallo Statuto di Ferrara¹³⁶, anche se in altra misura denominati, prendono in considerazione rapporti che possono agevolmente accostarsi alla figura tipica in diritto romano dell'*institor*¹³⁷. Difatti, la complessa mole di

¹³⁵ Cfr., G. GIORGETTI, *Contadini e proprietari nell'Italia moderna. Rapporti di produzione e contratti agrari dal secolo XVI ad oggi*, Torino, 1974, pp. 11 e ss.

¹³⁶ Cfr. Statuto di Ferrara, sezione II, rub. 92, 1566.

¹³⁷ Figura di cui si tratta particolarmente in D. 14, 3, 5, 2 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Labeo quoque scripsit, si quis pecuniis faenearandis, agris colendis, mecaturius redempturisque faciendis praeposuerit, in solidum eum teneri*. Ed in PS. 2, 8, 2: *Si quis pecuniae fenerandae agroque colendo, condendis vendendisque frugibus praepositus est, ex eo nomine quod cum illo contractum est in solidum fundi obligatur: nec interest, servus an liber sit*. Sul tema si veda, soprattutto, F. CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in *IURA* 27, 1976, pp. 19 e ss.; P. CERAMI, *Diritto commerciale romano: profilo storico*, cit., pp. 317 e ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966⁹, pp. 276 e ss.; F. SERRAO, s.v. *Institore (Premessa storica)*, cit., pp. 829 e ss.

attività imprenditoriali che presiede l'esercizio dell'impresa agricola, richiedeva specifiche competenze e, nonostante la controversa qualificazione giuridica del soggetto preposto, è indubbio che lo stesso poteva facilmente porre in essere una buona conduzione senza ricorrere al supporto di terzi.

Ergo, le situazioni codificate statutariamente permettevano al soggetto preposto al fascio di attività commerciali legate alla produzione agricola di sovrintendere alla conduzione di tali attività, avvalendosi dell'opera di persone terze, nell'interesse del *dominus fundi*. Sulla base di una tale ricostruzione sistematica, sarebbe adeguatamente giustificata l'ammissibilità per statuto del contratto in favore del terzo, anche in assenza di un *dictum* o, comunque, di una manifesta autorizzazione da parte del *dominus*¹³⁸.

In secundis, e da ultimo, ponendo l'attenzione sulla città di Trento, è necessario far riferimento al XVI secolo e all'anno 1527 nel quale venne promulgato un nuovo ed aggiornato *corpus* normativo, lo Statuto di Trento, organizzato e suddiviso in tre sezioni ripartite: la prima intitolata *De civilibus*, ossia, degli ordinamenti civili; la seconda *De syndicis*, ovvero, dei sindaci; la terza *De criminalibus*, concernente l'ordinamento criminale. In linea con il ragionamento fin qui effettuato, la prima sezione sancisce che, nei rapporti tra privati e tra i privati e la pubblica amministrazione, per poter il terzo acquistare il diritto

¹³⁸ Cfr., sul punto, F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto* (Artt. 1321-1469 cod. Civ.), Milano, 1948³, pp. 171 e ss; L. MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 407; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 277. Per un esame più dettagliato dell'istituto cfr. *retro*, cap. I.7.

nascente da un contratto *inter alios*, non era necessaria la sua accettazione¹³⁹.

II.6 L'espansione della prassi mercantile e la crisi del principio *alteri stipulari nemo potest*

Eccettuati i peculiari casi testé trattati nei quali, in presenza di particolari circostanze, in alcuni ordinamenti era riconosciuta alle parti la facoltà di stipulare validamente un contratto col quale attribuire un diritto al terzo, è doveroso ribadire il fatto che la regola romana *alteri stipulari nemo potest* ebbe una forte resistenza alla prova del tempo, rinnovandosi negli anni e qualificandosi quale ineludibile regola generale¹⁴⁰.

Ciò è dimostrabile, ad esempio, analizzando la convinta presa di posizione di un noto giureconsulto tedesco del XVII secolo, Johann Brunnemann:

...Commentarius in quinquaginta libros Pandectorum..., Tomus Secundus, Coloniae Allobrogum, 1762, p. 328 b, n. 1, ad 1. Quaecunque (D. 44, 8, 11):

¹³⁹ Si veda lo Statuto di Trento, sezione I, rub. 17. Cfr., in aggiunta, gli statuti di Camerino (1560, II, 115), di Sinigaglia (1537, II, 74) e di Macerata (1553, IV, 53). Cfr. L. VAGNI, *Il contratto a favore di terzi nella comparazione «common law-civil law»: dallo «ius commune» al diritto privato europeo*, cit., p. 1209, nt. 51; sull'argomento, ampiamente, F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, cit., pp. 72 e ss.

¹⁴⁰ Cfr., A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, III, Erlangen, 1892, pp. 1624 e ss.; F. MATTIOLI, *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference, v. Contratto a favore di terzi*, p. 188, nt. 29; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 42.

Quaecunq̄ue gerimus, cum ex nostro contrcatu originm trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum efficiunt... inanis est stipulatio, ut nec stipulanti quaeratur actio, quia noluit, nec ei cui stipulatus, quia non potuit...

Chiara, dunque, l'affermazione del giurista tedesco secondo il quale l'atto è, senza alcun dubbio, invalido se l'obbligazione è stata fatta per qualcun altro e non si riferisce alla nostra persona.

Tuttavia, questo generale e sostanziale conservatorismo, conclamato dalla maggior parte dei giuristi continentali, fu messo in crisi dall'espansione delle prassi mercantili, specie nei Paesi Bassi, ove la scienza giuridica olandese, riprendendo e ampliando gli spunti di riflessione e gli elementi forniti precedentemente dalla Seconda Scolastica Spagnola, pose fortemente in discussione il principio romano¹⁴¹.

Le giustificazioni del rinnovamento debbono essere rinvenute, oltre che nella prassi commerciale, nella fiorente circolazione delle idee giuridiche che detta attività portava con sé; l'autonomia dello *ius mercatorum* e, soprattutto, la sua vocazione ad essere un diritto di applicazione sovranazionale, fu tanto ampia da indurre i giuristi

¹⁴¹ Cfr., P. CAPPELLINI, s.v. "Rappresentanza (diritto intermedio)", cit., pp. 452 e ss.; H. COING, *Europäisches Privatrecht, I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, cit., pp. 431 e ss.; M. J. GARCIA GARRIDO, *Los efectos del contrato en relación con los terceros: la experiencia ibérica*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., pp. 251 e ss.; F. MATTIOLI, *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference, v. Contratto a favore di terzi*, p. 188, nt. 26-27 e p. 196, nt. 49; M. MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, cit., p. 73, nt. 43 (cfr., *retro*, cap. II, § 3). Riguardo al fermo ed imperterritito convincimento dell'applicazione del principio romano per i più della dottrina giuridica europea, si cfr., ancora, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 42.

dell'epoca a mutare i preconcetti provenienti dalla tradizione romanistica. Già a partire dal XIII secolo, infatti, venne abbandonata la tradizionale differenziazione tra contratto e nudo patto¹⁴²; in tale maniera si fece la strada, specie nei settori del *ius canonicum* e del *ius mercatorum*, la possibilità per le parti di porre in essere nuove figure contrattuali con cui determinare i propri assetti di interessi. In particolare, nel diritto mercantile, la necessità di tutelare la buona fede dei contraenti e l'*aequitas* mercatoria, rendevano valide sul piano sostanziale tutte le stipulazioni aventi *justa causa*, così come rileva dal passo del canonista Domenico Toschi e da quello, datato posteriormente, di Alessandro Tartagni:

Practicarum conclusionem iuris... DOMINICI... TUSCHI Tomus Sextus... Romae, 1606, conclusio XVIII, p. 19 b, nn. 18, 19, 25, 30:... quia pactum nudum... parit actionem, ubicumque proceditur ex bono, et aequo... 19. Et ideo... in foro mercatorum, in quo sola aequitas servatur non admittitur exceptio, quod non possit agi ec pacto nudo... 25. ...in terris Ecclesiae pactum nudum parit actionem de iure canonico, quia pene Deum non fit tali differentia... 30. ...quia imo propter aequitatem, quae servari debet inter mercatores, et bonam fidem, sicuti pactum nudum valet, et parit actionem...

Sextum Volumen Consiliorum... ALEXANDRI TARTAGNI, cit., consilium CXIII, f. 79 rb-va, nn. 11, 12, 13: ...cum secundum communes conclusiones ex pacto nudo oriatur de iure canonico actio... 12. ...ubi causa esset cogno-

¹⁴² Sull'argomento si rinvia in dottrina, per tutti, a F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in AA. VV., *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di Diritto romano. Siena 14-15 aprile 1989*, a cura di N. Bellocchi, Napoli, 1991, pp. 3 e ss.

scenda ac terminanda de aequitate non potest allegari, quod conventio fuerit facta pacto nudo... 13. ...bona fides plurimum requiritur in his, qui plurimum negociantur ac... quoad eos non differt pactum nudum a stipulatione... ubi causa conosci seu terminari debet ex fide bona, sufficere nudum pactum...

Il diritto commerciale, o meglio la *lex mercatoria*, che si identifica con il patrimonio culturale, sociale e giuridico fondato sulla *consuetudo*, che con il tempo, avallata dagli Stati, è stato recepito all'interno dei propri sistemi giuridici, ponendosi la cultura mercantile per sua stessa natura in una dimensione sovranazionale, sovvertì, dunque, il formalismo romano e, di conseguenza, il divieto *alteri stipulari nemo potest*, considerato principio anacronistico e non accettabile in un mercato che esigeva speditezza, autonomia contrattuale e libertà di forme¹⁴³. Questo fu l'*habitat* ideale per il creazionismo giuridico, che

¹⁴³ Sul ruolo dello *ius mercatorum* nella rivoluzione giuridica, economica, politica realizzata dalla classe mercantile si veda, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 1933, pp. 38 e ss.; T. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, 1913, pp. 5 e ss.; sulla crisi della regola *alteri stipulari nemo potest* come conseguenza dell'espansione delle prassi mercantili cfr., H. ANKUM, *Una nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle "alteri dari stipulari nemo potest"*, cit., pp. 23 e ss.; F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 188. Tuttavia, dei riferimenti significativi sono presenti già in epoca romana, come dimostra la Costituzione dell'imperatore d'Oriente Leone del 472, trascritta in I. 3, 15, 1 pr.: *Sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea antem Leoniana constitutio lata est, quae solemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ubi utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.*

diede vita a rapporti giuridici moderni ed innovativi, come ad esempio il contratto di assicurazione, la cambiale, le società¹⁴⁴.

L'attività propulsiva del mercato si spostò ben presto dai Comuni italiani e dall'Europa cristianizzata ai territori d'oltremare, dove erano gli spagnoli, i portoghesi e gli olandesi a dominare; furono proprio questi Paesi ad esportare lo *ius commune* anche in ordinamenti differenti da quelli tradizionalmente concepiti di derivazione romanistica, tanto che in molti sistemi di *common law*, sono riscontrabili tracce di tale diffusione di pensiero giuridico¹⁴⁵.

Invero, anche nel *common law* inglese, si può, generalmente, comparare il passaggio da un sistema contrattuale basato sulla tipicità al principio della *freedom of contract*. L'inquadramento del contratto in tale ottica, sorge da un particolare tipo di azione, collegata in qualche misura al *trespass on the case*, chiamata *assumpsit*; tale denominazione si vuol far discendere dalla formula del *writ*¹⁴⁶, un'azione, dun-

¹⁴⁴ Nel XVI e XVII secolo, tuttavia, lo scenario mutò profondamente. L'apogeo del commercio spostò l'ago della bilancia dalla figura artigianale (che ricomprendeva tessitori, filatori, conciatori, lavoratori di pelli e di lana) a quella, dapprima, delle Corporazioni locali e da questa alle Compagnie coloniali (basti pensare alla potentissima Compagnia olandese delle Indie orientali che nasceva nel 1602). Cfr. M. CHAN, *Diritto commerciale*, I, Torino, 2013, pp. 4 e 5; cfr., in specie, F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, cit., pp. 39 e ss.

¹⁴⁵ Cfr., S. AMATO, *L'impresa nell'evoluzione storica del diritto commerciale. Strutture sistematiche e modelli normativi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 1988, pp. 25 e ss.; A. DROETTO, *Studi groziani*, Torino, 1968, pp. 92 e ss.; P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28, tomo II, 1999, pp. 1001 e ss.

¹⁴⁶ Il *writ* si sostanziava in un *dictum* del sovrano, redatto rigorosamente in forma scritta, *a modus* di lettera scritta in latino, munito di sigillo reale. Si tratta di uno strumento congegnato con l'intento di unificare il sistema processuale, subordinandolo all'*auctoritas* del re. Il soggetto che ha subito una lesione del suo diritto deve, innanzitutto, procurarsi un *writ* idoneo al suo caso concreto poiché, senza la finzione tipica di disobbedienza all'ordine del re, il processo non poteva cominciare né il

que, improntata alla tipicità, che considerava la fattispecie per cui un convenuto, che si era assunto un certo obbligo, successivamente risultava inadempiente cagionando un pregiudizio all'attore; inoltre, anche i rimedi contrattuali, quali *debt*, *detinue*, *covenant* e *account*, erano tipicizzati. Con l'inserimento della nuova azione, la rigidità di tale sistema si attenuò, grazie, altresì, alle decisioni secondo *equity* della Corte del *Chancellor*, sulle quali influiva la dottrina canonica della buona fede e, successivamente, alla *Law Merchant*, sviluppatasi soprattutto intorno all'uso della cambiale e della polizza a carico¹⁴⁷.

II.7 Il *De jure belli ac pacis* di Ugo Grozio e il riconoscimento della validità del contratto a favore del terzo

Largamente condivisa l'opinione per cui l'inversione di tendenza a livello interpretativo, in merito al riconoscimento della validità e all'ammissibilità dell'istituto del contratto a favore di terzo nei codici

giudice poteva giudicare, come affermato dal *common law* inglese «*remedies precede rights*». Dunque, in ambito contrattualistico, secondo il sistema originario di *common law*, la promessa produceva il suo tipico effetto obbligatorio, solo in ipotesi eccezionali: era concesso un *writ of covenant*, nel caso in cui fosse contratta in forme solenne; diversamente un *writ of debt* era dato esclusivamente ai contratti aventi ad oggetto somme di danaro. Soprattutto con lo sviluppo dal XIV secolo di una forma specifica di *trespass on the case*, l'*assumpsit*, si ammise la possibilità di ottenere il risarcimento del danno subito a chi avesse incolpevolmente fatto affidamento sulla qualità della prestazione (specificamente anche riguardo alla solvibilità del terzo nella *stipulatio alteri*) del promittente o, in seguito, sull'adempimento strettamente inteso. Con la giurisprudenza successiva, segnatamente in *Slade v. Morley* del 1602, si riconobbe per la prima volta la vincolatività della promessa pur mancando l'adempimento preventivo di una delle due obbligazioni (*executory consideration*), fino ad affermarsi il principio per cui la mera esistenza della promessa si poneva a fondamento della pretesa del corrispettivo (*consideration*).

¹⁴⁷ Cfr., A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, I, Milano, 1982, pp. 516 e ss.

moderni, vada necessariamente connessa alla svolta di pensiero nella teoria generale dei contratti, in ordine al principio consensualistico¹⁴⁸ che si ebbe nel XVII secolo.

La scienza giuridica naturalistica di quel periodo, conformandosi al vento riformatore del mercato, elaborò, per la prima volta, il fondamentale principio astratto per cui “*solus consensus obligat*” o “*solus*

¹⁴⁸ Cfr., F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1957, pp. 30 e ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrina generale del diritto civile*, cit., p. 125; Prodotto certo dell'*excurcus* storico-giuridico della figura della *conventio* romana, che con la fine del I secolo d. C., era prevalsa quale requisito imprescindibile per l'esistenza di un *contractus* e per la conclusione di un negozio giuridico, almeno bilaterale, produttivo di una o più obbligazioni concordemente volute dalle parti, come viene scritto nel passo di Gai. 3, 136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde iter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.* Ma ancor più precisamente nella definizione di contratto incentrata sull'elemento soggettivo della *conventio*, affermata da Sesto Pedio, in disaccordo con Labeone, che riteneva, al contrario, quale elemento essenziale il rapporto sinallagmatico, e come sancita in D. 2, 14, 1, 3 (Ulp. 4 *ad ed.*):... *Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, auque non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat...* Passando per Azzone e per Domat, fino ad arrivare, alla presa di posizione assunta da R.-J. Pothier nel *Traité des obligations*, in (Euvres, I, Bruxelles, 1831, pp. 2-3, n. 3: *Un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce que c'est qu'un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est une convention. Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes) est e consentement de deux ou de plusieurs personnes, ou pour former entr'elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier...* ed al recepimento nei codici moderni, come dimostra, particolarmente, il *Code civil* all'art. 1101: *Le contrat est una convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.* Nella ricostruzione originaria della tesi volontaristica, ovvero della *Willenstheorie* o c.d. “tesi soggettiva”, peronata, fra i tanti, da Windscheid e da Von Savigny, sostanzialmente, il negozio giuridico viene concepito quale atto giuridico realizzativo delle volontà degli agenti tendenti alla costituzione o allo scioglimento di un rapporto giuridico. Solo nella seconda metà dell'800, la *Willenstheorie* venne criticata e superata dalla teoria dichiarazionista, *Erklärungstheorie* o c.d. “tesi oggettiva”, congegnata oltre a garantire la certezza e sicurezza dei traffici giuridici, ad una estesa ed effettiva tutela dell'affidamento dei terzi (per l'approfondimento di tali teorie v. *infra*, cap. II.8).

*consensus indicit obligationem*¹⁴⁹” che, incentrando la struttura dell’istituto sull’elemento soggettivo della volontà, ampliò la casistica e l’autonomia contrattuale dei soggetti di diritto fino a ricomprendere anche la *stipulatio alteri*¹⁵⁰.

«In particolare si deve al giurista olandese Ugo Grozio l’aver sottolineato, enfatizzando l’importanza del consenso nel contratto, la piena conformità al diritto naturale del contratto a favore di terzo»¹⁵¹.

Infatti, è all’esegesi ed al pensiero di Ugo Grozio che si deve una apertura verso una concezione del contratto in favore di terzo coeva alla definizione modernamente utilizzata e, dunque, un contributo di non poco conto alla moderna teoria del contratto in favore di terzo.

Particolarmente, la presa di posizione del giurista olandese favorevole alla stipulazione in favore di un terzo, affinché quest’ultimo ne possa trarre beneficio, risulta da un passo tratto proprio dall’opera più celebre di Ugo Grozio, il *De jure belli ac pacis*:

HUGONIS GROTII *De jure belli ac pacis libri tres...*, cit., p. 360 (lib. 2, cap. 11, § 18, n. 1): ... *Si mihi facta est promissio, omissa inspectione an mea privatim intersit, quam introduxit jus Romanum, naturaliter videtur mihi ac-*

¹⁴⁹ Si veda sul punto, P. FAVA, *Il contratto. Trattato teorico-pratico*, Milano, Giuffè, 2012, pp. 73 e 74.

¹⁵⁰ Fu soprattutto la corrente giuridica legata con quella filosofica del giusnaturalismo, che rivendicò il predominio dell’intelletto e delle fattispecie umane, ricongiungendole nella scienza giuridica naturale, intesa come scienza ordinatrice fondata sulla natura “*etsi Deus non daretur*”, a compiere una laicizzazione dello *ius* ed a plasmare il diritto dei contratti con una connotazione prettamente volontaristica.

¹⁵¹ Così F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 188.

ceptanti jus dari efficiendi, ut ad alterum jus perveniat, si et is acceperet: ita ut medio tempore a promissore promissio revocari non possit; sed ego, cui facta est promissio, eam possim remittere. Nam is sensus juri naturae non repugnat, et verbis talis promissoris maxime congruit; neque nihil mea interest si per me alter beneficium acquirat.

Secondo Ugo Grozio, e per la scuola giusnaturalistica¹⁵², punto essenziale rispetto al quale è stato plausibile un riconoscimento generale della validità del contratto a favore del terzo è, dunque, quello dell'elaborazione tecnica del concetto di contratto concepito come scambio tra una promessa ed una accettazione¹⁵³. È con l'introduzione del criterio dell'accettazione nella dogmatica del contratto, infatti, che si apre un primo spiraglio alla generalizzazione della facoltà di *alteri stipulari* nelle forme di cognizione ordinaria. E tale *conceptio fundamentalis* viene espressa chiaramente, ancora da Grozio, nel *De jure belli ac pacis*:

HUGONIS GROTII *De jure belli ac pacis libri tres...*, cit., pp. 351 e 357-358 (lib. 2, cap. 11, § 4, n. 1 e § §. 14-16): *Tertius gradus <loquendi de rebus fu-*

¹⁵² Cfr., P. CAPPELLINI, s.v. “*Rappresentanza (diritto intermedio)*”, cit., p. 450; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1992⁴, pp. 166 e ss.; F. C. VON SAVIGNY, *Das obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, II*, Berlin, 1853, pp. 84 e ss.; O. W. KRAUSE, *Naturrechtler des sechszenten Jahrhunderts*, Bern, 1982, pp. 152 e ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 43, nt. 67.

¹⁵³ Cfr., per tutti, M. DIESELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz, 1959, pp. 34 e ss. *Contra* A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., p. 62, il quale definì la struttura del contratto da una angolatura differente da quella della manifestazione di volontà delle parti, sottolineando, che, secondo sua opinione, fosse la volontà del diritto e non l'intento privato ad imprimere valore ad un negozio ed a connotarlo di vincolatività giuridica.

turis quae nostrae sunt potestatis> est, ubi ad determinationem talem accedit signum volendi jus proprium alteri conferre: quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei, aut alienatio particulae cujusdam nostrae libertatis... 14. Ut autem promissio jus transferat hic acceptatio non minus quam in dominii translatione requiritur... 15. Illud autem quaeri solet, an satis sit acceptationem fieri, an vero etiam innotescere debeat promissory, antequam promissio plenum effectum consequatur. Et certum est utroque modo fieri poss promissionem... 16. Sequitur hinc, ante acceptationem, quipped jure nondum translato, revocari promissum posse sine iniustitia... revocari etiam posse mortuo ante acceptationem eo cui promissum erat, quia videtur acceptation in arbitrum ipsius colata, non heredum...

Al giurista olandese, dunque, è dovuta una prima elaborazione del meccanismo della proposta ed accettazione per la formazione di un contratto: egli afferma, infatti, che, affinché una promessa trasferisca un diritto, occorre la sua accettazione.

Alla luce dei testi analizzati si può ora comprendere il contributo significativo di Ugo Grozio e della sua opera *De jure belli ac pacis*, nella teorizzazione, in *subiecta materia*, delle condizioni per la validità del contratto a favore del terzo¹⁵⁴; egli, infatti, ammettendo la conformità al diritto naturale dello *stipulare alteri* e, riconoscendo

¹⁵⁴ Sulla dottrina di Grozio in tema di *stipulatio alteri* cfr., W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., pp. 37 ss.; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, *Älteres Gemeines Recht (1500–1800)*, cit., p. 430; H. DONDORP, J. HALLEBEEK, *Grotius' Doctrine on adquisitio obligationis per alterum and its Roots in the Legal Past of Europe*, in *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, 2, Roma, 2005, pp. 205 e ss.; H. DONDORP, *The Seventeenth and Eighteenth Centuries*, cit., pp. 55 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 43.

nell'accettazione un presupposto fondamentale nell'acquisto del diritto in capo al terzo, pose una pietra miliare nella organizzazione sistematica successiva della fattispecie dell'istituto, qualificandolo come operazione triangolare, rispetto alla quale il terzo non solo acquisisce un beneficio in suo favore ma anche un diritto autonomo ad agire per il suo adempimento¹⁵⁵.

La tesi groziana trovò convergenza negli studi della Pandettistica tedesca che, proprio nello sviluppo del dogma della volontà e dell'autonomia contrattuale dei privati, pose le basi per l'elaborazione della teoria generale del negozio giuridico¹⁵⁶.

II.8 L'opera di Strykius e la *scientia iuris* del XVIII secolo

L'analisi storica sull'istituto riconduce al gran merito della Pandettistica tedesca¹⁵⁷ e della *scientia iuris* del XVIII secolo

¹⁵⁵ Più problematica è, invece, la risoluzione della *vexata quaestio* relativamente al riconoscimento della tutela in via giudiziale del beneficio acquisito e all'ammissibilità della concessione di un'azione in capo al terzo; Grozio fa riferimento al passaggio di Diego Covarrubias y Leiva (al cui testo si rimanda cfr., *retro*, cap. II.2), in cui l'autore afferma la possibilità della cessione al terzo dell'azione dello stipulante in forza dell'obbligazione assunta da quest'ultimo con il promittente. Trattasi, quindi, di un diritto che non è direttamente dato al terzo, restando ferma, infatti, l'irrevocabilità del beneficio stipulato in suo favore, solo a seguito dell'accettazione il terzo potrà esercitare legittimamente contro il promittente l'azione ceduta dallo stipulante. Cfr., sul tema, H. BUCHKA, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingung von Verträgen*, Rostock, Schwerin, 1852, pp. 187 e ss.

¹⁵⁶ Si veda F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 30 e ss., il quale rinvia al pensiero di Windscheid (Pandette, I, § 6).

¹⁵⁷ Per le posizioni dottrinali della Pandettistica tedesca sull'istituto del contratto a favore del terzo cfr., R. VON JHERING, *Die active Solidarobligation*, in *Jehring's Jahrbücher*, 24, 1886, pp. 138 e ss.; F. K. VON SAVIGNY, *Das obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, cit., pp. 74 e ss.

nell'enucleazione della nozione moderna di contratto a favore di terzo. In particolare, l'ammissibilità della validità di un contratto posto in essere a beneficio di un terzo, deve porre le sue fondamenta nella prima intuizione della Pandettistica, riguardo alla struttura elementare del negozio giuridico quale sintesi di volontà e scopo pratico¹⁵⁸.

Preliminarmente, deve essere evidenziata una prima distinzione: nella costruzione dogmatica originaria, dovuta alla c.d. "tesi volontaristica" o "tesi soggettiva", ovvero *Willenstheorie*, peronata da Windscheid¹⁵⁹, nonché da Friedrich Karl Von Savigny¹⁶⁰, il negozio giuridico è inteso come atto mediante il quale un soggetto può esprimere una volontà volta alla costituzione o allo scioglimento di un rapporto giuridico. Successivamente, circa nella seconda metà dell'Ottocento, tale teoria venne corretta e criticata dalla teoria dichiarazionista, la c.d. "tesi oggettiva", o meglio *Erklärungstheorie*, al fine di garantire la certezza dei rapporti e dei traffici giuridici e, soprattutto, una tutela più ampia ed effettiva dell'affidamento dei terzi¹⁶¹.

Ma concezioni analoghe a quelle elaborate dai giuristi della scienza giuridica tedesca dell'Ottocento, sono già apprezzabili *ex ante* nella scienza giuridica olandese, simultanea a Grozio o immediata-

¹⁵⁸ Per un'ampia analisi e per i riferimenti alle opere dei principali giuristi tedeschi cfr., E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1960, pp. 35 e ss.

¹⁵⁹ Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Düsseldorf, 1865, § 316, pp. 185 e ss.

¹⁶⁰ Cfr., F. K. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, cit., pp. 74 e ss.

¹⁶¹ Cfr., O. BÄHR, *Über Irrungen im Contrahieren*, in *Jherings Jahrb. Für die Dogmatik*, XIV, 1874, pp. 393 e ss.; A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., p. 62; F. BUSCH, *Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter*, Heidelberg, 1860, pp. 3 ss.

mente postgroziana, con particolare riferimento alle posizioni assunte da un giurista come Johannes Jacop Wissenback¹⁶²:

Et moribus odiernis vel paciscendo, vel legem dicendo, vel stipulando alter alteri cavere potest... Neque id mirum videri debet. Nam roganti, quare Jure Civili alteri stipulari nemo possit, vix aliam dederis rationem, in quo acquiescat, quam hanc, quia ita legislatori placuit... Mores ergo id Romanorum placitum, facile subigere poterant.

Nello stesso ordine di idee si muove il giurista Simon Van Leeuwen nella sua opera *Censura Forensis*¹⁶³:

Nostris autem vicinisque regionibus, praesertim inter mercatores nihil frequentius quam quod in litterarum obligationibus, non modo sibi aut alteri, sed in genere cuicumque literatum latori valide stipuletur.

Il confronto di pensieri e voci autorevoli del XVII secolo ed *in limine* del XVIII secolo, di giuristi della scienza giuridica, precisamente del periodo immediatamente precedente l’emanazione dei codici europei, è evidente ed esplicito nelle differenti teorie portate avanti da due noti giuristi in Francia e in Olanda. All’olandese Ugo Grozio, il quale riconobbe nel principio “*stare pactis*” la fonte di tutti gli *iura civilia*, si contrappose la teoria del francese François Connan, impronta-

¹⁶² Cfr., W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., p. 37; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, *Älteres Gemeines Recht (1500–1800)*, cit., p. 430; F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 188, nt. 28.

¹⁶³ Parte I, Lib. IV, cap. XVI, 8. Cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 43, nt. 64.

ta sul sinallagma, secondo cui l'effetto vincolante delle obbligazioni non doveva ricercarsi nel consenso, ma nella bilateralità delle stipulazioni e nel loro equilibrio¹⁶⁴.

Una presa di posizione autorevole e sincretistica di tale concezione, fu quella assunta da Samuel Strykius nella sua opera più celebre, ovvero lo *Specimen Usus Moderni Pandectarum*, nella quale il giurista tedesco ritenne, rifacendosi all'*aequitas mercatoria* e alle posizioni naturalistiche di Ugo Grozio, che già le eccezioni al divieto contenute all'interno delle fonti romane, mettersero di per sé in dubbio l'applicabilità e la stessa valenza della regola per cui era nulla la stipulazione in favore del terzo. Ciò si può apprezzare in un testo dello *Specimen*, nel quale il giurista afferma la validità di ogni patto fondato su una giustificazione, quale principio di diritto moderno, generalmente recepito, riconducibile al tema della autonomia delle parti e della libertà contrattuale:

SAMUEL STRIKIUS... *Specimen Usus Moderni Pandectarum...*, *Volumen XIV*, Florentiae, 1841, c. 156, § 4, ad t. de pactis (D. 2, 14): *ex hoc vero moderno iuris fundamento ubique receptor, quod ex omni pacto deliberato inito hodie valida detur action, multa jure Romano subtiliter escogitata currunt, etad simplicitatem juris gentium reducuntur.*

¹⁶⁴ Cfr., P. FAVA, *Il contratto. Trattato teorico-pratico*, cit., p. 73; cfr., in special modo, E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, Roma, pp. 470 e ss., particolarmente, pp. 473 e 476.

Tuttavia, la posizione del giurista tedesco, in merito in specie alla *stipulatio alteri*, rinviene, con tutta evidenza, nel § 12 del testo di commento al passo *de pactis* (D. 2, 14):

SAMUEL STRYKII, ...*Specimen Usus Moderni Pandectorum...*, Volumen XIV, Florentiae, 1841, c. 160, § 12 ad. t. *de pactis* (D. 2, 14): ...*Nil enim obstat, quo minus ex ratione juris gentium, alteri per alterum obligation acquire possit, modo tertii ratihabitio postmodum accesserit... Cum ergo in pactis hodie vinculum naturalis obligationis attendatur... non video, quare non per alterum illa naturalis pacti obligationis acquiri possit; et jus Romanum quoque non plane negat, per liberam personam nobis acquire posse obligationem... Ergo acquire aliquando, concedit; et sic non negatur aptitude, per alium quaerendi obligationem, sed negatur regalia <sic! regula?>...*

Solo analizzando profondamente il senso delle parole del giurista tedesco si può comprendere la *ratio* profonda che è alla base del suo pensiero giuridico e trarre spunti interessanti sull'economia strutturale della complessa figura del contratto a favore del terzo.

Con tutta evidenza, la sua è una concezione di coesione fra la teoria volontaristica e le consuetudini nascenti dalla *lex mercatoria*. Secondo il giurista, infatti, non vi può essere alcun ostacolo, secondo le regole del diritto delle genti, al fatto che qualcuno possa acquistare un'obbligazione attraverso un altro, purché sussista l'accettazione, *rectius* il consenso del terzo (...*nil enim obstat, quo minus ex ratione juris gentium, alteri per alterum obligatio acquiri possit, modo tertii ratihabitio postmodum accesserit...*). Gli accordi delle genti, continua, invero, sono legati al diritto naturale e, su questo presupposto, sanciti-

sce il suo giudizio favorevole alla validità di un tale patto (...*non video, quare non per alterum illa naturalis pacti obligatio acquiri possit...*). Da ultimo, riferendosi direttamente alla casistica delle eccezioni del diritto romano, asserisce un conflitto teorico di regole nel sistema, che stabilisce in maniera astratta e formalmente un divieto assoluto di stipulazione per altri, ma che sostanzialmente concede, talvolta, la possibilità di acquistare attraverso altri un'obbligazione (...*et jus Romanum quoque non plane negat, per liberam personam nobis acquiri posse obligationem... Ergo acquiri aliquando, concedit; et sic non negatur aptitudo, per alium quaerendi obligationem, sed negatur regalia <sic! regula?>...*).

In un'ottica diversa, nell'opera di Samuel Strykius è ravvisabile una funzione giustificatrice, ovvero di non rottura con le fonti antiche, adeguata, tuttavia, alle teorie più avanzate e predominanti dell'epoca; *mutatis mutandis*, non si può che convenire, dunque, per un impegno del giurista volto ad un'opera di conciliazione fra il dato romano ed il pensiero sviluppato dai giuristi della *scientia iuris* e dagli interpreti del diritto del periodo.

II.9 La Pandettistica e la scienza giuridica francese a confronto: il conservatorismo della concezione romana

In linea con il ragionamento svolto finora e in senso propedeutico a quanto si dirà nel terzo capitolo in merito ai codici contemporanei, vengono a rivestire particolare interesse le posizioni messe a punto dai *jureconsultes* francesi, in particolare, da Joseph Pothier, e quelle

sviluppate, in un verso dissonante ma parallelo, dai giuristi della Pandettistica tedesca¹⁶⁵.

Su un piano generale, la dottrina francese del XVI secolo si connota per un rigoroso richiamo ai principi originari del diritto romano, ossia priva delle teorizzazioni concettuali fruttate dai glossatori. Una posizione significativa, in tal senso, è quella del giureconsulto Hugues Doneau¹⁶⁶, esponente della cosiddetta Scuola Culta, nonché fautore di un ritorno ad un rigido dogmatismo giustiniano. È in corroborazione con questo substrato teorico che viene formandosi l'antecedente dottrinale al *Code Civil*, con conseguenze che si riveberano, essenzialmente, nell'applicazione dell'effetto vincolante *inter partes* in materia contrattuale¹⁶⁷.

La posizione emblematica di Pothier, dunque, prende forma dalle suddette istanze, sostanziandosi in una trattazione, rispettosa della tradizione romana, dell'obbligazione e prendendo in considerazione altresì i suoi effetti nei rapporti con i terzi. La ricostruzione esegetica dell'Autore in tale *sedes materiae* è conservata nel celebre *Traité des*

¹⁶⁵ Cfr., A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., pp. 1624 e ss. In riferimento all'opera di Alois Brinz, cfr., R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 42, ntt. 57 e 60. Per una panoramica del pensiero dissimile assunto dalla dottrina maggioritaria tedesca dell'800 cfr., P. M. VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi*, cit., p. 280, nt. 28.

¹⁶⁶ Cfr., in specie, H. DONELLI *Commentarium juris civilis*, in *Opera Omnia*, 3, Lucae, 1763, lib. XII, cap. 17, § 8, coll. 562.

¹⁶⁷ Cfr., H. HALLEBEEK, H. DONDORP, *Contracts for a third-party beneficiary, A historical and comparative account*, in *Legal history library, Studies in the history private law*, Leiden-Boston, 2008, pp. 74 e ss.; *contra* D. DEROUSSIN, *La stipulation pour autrui de l'ancien droit français au XIXème siècle, ou comment se débarrasser d'une tradition gênant*, in *Ius Quaesitum Tertio*, Berlin, 2008, pp. 215 e ss.

*obligations*¹⁶⁸, opera tanto fondamentale quanto essenziale sia per i compilatori del *Code Civil* del 1804 e per l'influenza che ebbe su tutti i codici che allo stesso si sono successivamente ispirati. In particolare, nell'esaminare la *quaestio* circa l'ammissibilità di una stipulazione in favore di un terzo soggetto, il giurista francese prende le mosse dal passo D. 45. 1. 38. 17 (Ulp. 49 *ad Sab.*), nel quale viene *expressis verbis* affermata la regola *alteri stipulari nemo potest*, proponendo una interpretazione rigorosa del divieto:

R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, cit., pp. 17, 18 e 22, nn. 54, 57 e 72: *Lorsque j'ai stipulé quelque chose de vous pour un tiers, la convention est nulle; car vous ne contractez par cette convention aucune obligation ni envers ce tiers ni envers moi. Il est évident que vous n'en contractez aucune envers ce tiers; car c'est un principe, que les conventions ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, et qu'elles ne peuvent par conséquent acquérir aucun droit à un tiers qui n'y était pas partie... Vous ne contractez non plus, par cette convention, aucune obligation civile envers moi; car ce que j'ai stipulé de vous pour ce tiers, étant quelque chose à quoi je n'ai aucun intérêt qui puisse être appréciable à prix d'argent, il ne peut résulter aucuns dommages et intérêt envers moi du manquement de votre promesse... 57. Ce n'est pas stipuler pour autre, que de dire que la chose ou la somme, que je stipule, sera délivrée ou payée à un tiers désigné par la convention. Par exemple, si, par le contrat, je vous vends un tel héritage pour la somme de mille livres que vous paierez à Pierre, je ne stipule point pour une autre; c'est pour moi, et non pour Pierre, que je stipule cette somme de mille livres: Pierre n'est dans la convention que comme une personne*

¹⁶⁸ Si veda, J. POTHIER, *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris-Orléans, 1764.

à qui je donne pouvoir de la recevoir pour moi et en mon nom... 72. Cet engagement, que contracte le donataire envers ce tiers, d'accomplir la charge sous laquelle la donation a été faite, et d'où naît cette action, est un engagement envers un tiers, et donner un droit à propriâ virtute, produire un engagement envers un tiers, et donner un droit à un tiers qui n'y était pas partie. C'est l'équité naturelle qui forme cet engagement, parce que le donataire ne peut, sans blesser l'équité, et sans se rendre coupable de perfidie retenir la chose qui lui a été donnée, s'il n'accomplit pas la charge sous laquelle la donation lui a été faite, et à laquelle il s'est soumis en acceptant la donation. C'est pourquoi l'action, qui est accordée à ce tiers, est appelée... action utilis, qui est le nom que les juriconsultes romains donnaient aux actions qui n'avaient pour fondement que l'équité...

Per Pothier, è indubbio, la stipulazione conclusa in favore di un terzo è causa di nullità assoluta; per sua natura intrinseca, un simil patto non è idoneo a produrre effetti né nei confronti del promittente, al fine di obbligarlo ad adempiere, né riguardo allo stesso stipulante, in ossequio al tradizionale principio civilistico *pacta sunt servanda*. Tuttavia, pur nel rispetto del divieto *alteri stipulari nemo potest*, non una obbligazione civile ma il sorgere di una obbligazione naturale è da ritenersi plausibile¹⁶⁹. Fermo restando il divieto assoluto per cui nessun effetto civile poteva prodursi in capo ad un terzo soggetto, il contratto apparentemente stipulato in favore del terzo si risolveva in una stipulazione conclusa per se stessi, essendo ravvisabile un mero interesse

¹⁶⁹ Cfr. J. POTHIER, *Traité des obligations*, cit., tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 1, n. 55. Un interesse senza alcun dubbio diverso da quello economico, connotato di elementi di natura personale, idoneo ad obbligare il promittente sul piano soggettivo della volontà. In questo senso si esprime esplicitamente l'Autore con le espressioni un *intérêt de pure affection pour ce tier... dans le for de la conscience...*

pecuniario nello stipulante. Trattasi, dunque, di ipotesi eccezionali che Pothier, attraverso un'interpretazione sistematica restrittiva, riconduce a quattro casi specifici e ben determinati, in maniera analoga alla casistica trattata dai giuristi romani e sviluppata dalla dottrina medievale sino al XVI secolo¹⁷⁰, ossia: qualora il pagamento poteva essere prestato ad un terzo il quale era munito del potere di ricevere l'adempimento in nome e per conto dello stipulante, fattispecie che Pothier fa agevolmente rientrare nella figura dell'*adiectus solutionis causa* di diritto romano; del caso della stipulazione avente ad oggetto il "fare" qualcosa in favore del terzo ovvero del contratto stipulato in favore dell'avente causa a titolo particolare; ed infine nel caso della stipulazione a favore dell'erede.¹⁷¹

Oltre a queste ipotesi eccezionali, Pothier individua nella *donatio sub modo* un caso particolare di stipulazione in favore del terzo, impermeata sul modello di quella disciplinata nella costituzione diocleziana, come risulta in C. 8, 54, 3¹⁷². In questo senso appare significativa la posizione del giurista francese che, prendendo le mosse dalla fattispecie romana, tende ad estendere l'applicabilità della *stipulation pour autrui* anche a casi in cui non fosse ravvisabile *ictu oculi* un inte-

¹⁷⁰ Cfr. J. POTHIER, *Traité des obligations*, cit., tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 2, nn. 57-69.

¹⁷¹ Cfr. D. 46, 3, 10 (Paul. 4 *ad Sab.*) per la figura dell'*adiectus solutionis causa*; D. 45, 1, 38, 20-21 (Ulp. 49 *ad Sab.*) per il caso inerente ad una stipulazione di "fare"; Gai. 3, 100 per la stipulazione conclusa in favore dell'erede. Interessante rilevare come Pothier inserendo quest'ultima fattispecie fra le eccezioni speciali in materia di *stipulatio alteri* si sia discostato dalla originaria *sedes materiae* che incentrava la questione su un piano giuridico diverso, vale a dire sul divieto di stipulare in favore ovvero a carico dell'erede. Per una trattazione più ampia della casistica romana v. *retro* cap. I.8 e cap. II.1.

¹⁷² Cfr. J. POTHIER, *Traité des obligations*, cit., tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 3, nn. 70-73. Cfr. *retro* cap. I.9.

resse proprio dello stipulante nel pattuire a favore del terzo. In particolare, la stipulazione non poteva avere direttamente ad oggetto il fare o il donare qualcosa a vantaggio del terzo. Tuttavia, doveva ritenersi ammissibile l'accordo che prevedesse un beneficio per il terzo quando questo fosse derivato da una *conditio* o da un *modus* accessorio al contratto principale, connotandosi l'oggetto, in quest'ultimo caso, in maniera differente (si pensi, ad esempio, al pagamento di una somma di danaro qualora il promittente non avesse adempiuto entro un termine prestabilito, ove il pagamento per l'inadempimento si concretizzava in un interesse tale da rendere valida la stipulazione).

In ossequio all'ordine di idee del diritto romano e, in ispecie, alla summenzionata costituzione, Pothier recepisce e ripropone la regola di diritto per cui al terzo, in tali circostanze, spetterebbe un'azione diretta a tutela dell'adempimento della prestazione in suo favore, un'*actio utilis* secondo la denominazione romana, dunque, che sarebbe ammissibile secondo il canone generale di equità. In altre parole, il rapporto tra promittente e stipulante, che si sostanziava in una donazione a favore del terzo, trovava ragion d'essere grazie alla c.d. "*équité naturelle*", che renderebbe giustificabile il dovere nascente in capo al promittente di consegnare al terzo il bene ricevuto in donazione e al cui inadempimento sarebbe corrisposta una responsabilità a titolo di *culpabilité de perfidie*¹⁷³.

Benché la ricostruzione dogmatica così delineata da Pothier sia stata posta a fondamento dei lavori di redazione del *Code Civil*, non

¹⁷³ Cfr. J. POTHIER, *Traité des obligations*, cit., tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 3, nn. 72.

può essere sottaciuto che essa non trovò accettazione unanime incondizionata, specie presso i commentatori del XX secolo; *exempli gratia*, il giurista Edmond Champeau la considerava insufficiente e connotata di manifesta illogicità sotto il profilo della razionalità, portando a conclusioni contraddittorie e inammissibili per l'ordinamento¹⁷⁴.

Ma, osservandola da una diversa angolatura e, specificatamente, sotto un profilo storico-giuridico, appare ineludibile che la posizione di Pothier in merito, soprattutto, all'ammissibilità di alcuni casi ulteriori, eccezionali rispetto a quelli tradizionalmente previsti, per il tramite di un principio generale di *équité naturelle*, debba ricondursi in logica consequenzialità alla *ratio* dell'*actio utilis* romana e, ancor di più, alle concezioni che avevano portato Ugo Grozio a ravvisare nell'equità naturale il criterio su cui fondare le eccezioni al divieto di *alteri stipulari*¹⁷⁵.

Passando ad analizzare la dottrina tedesca precodicistica in materia di contratto a favore del terzo, è necessario, innanzitutto, premettere che in territorio tedesco, antecedentemente all'entrata in vigore del *Bürgerliches Gesetzbuch*, molteplici e variegate erano le codificazioni che risolvevano in senso positivo, *per tabulas*, la *quaestio* circa l'ammissibilità della stipulazione a favore del terzo, sulla base degli

¹⁷⁴ Cfr. E. CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui*, Paris, 1893, pp. 22 e ss.; D. DE-ROUSSIN, *La stipulation pour autrui de l'ancien droit français au XIXème siècle, ou comment se débarasser d'une tradition gênant*, cit., p. 226, secondo cui Pothier omette volontariamente di prendere una presa di posizione rigida sulla questione.

¹⁷⁵ Cfr. F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 188; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 43; P. M. VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi*, cit., pp. 280 e ss.

insegnamenti del pensiero groziano (in particolare la codificazione sassone, bavarese e prussiana)¹⁷⁶.

Da un quadro normativo così poliedrico e complesso, scaturì l'esigenza, nel XIX secolo, di costruire una uniforme e comune dottrina giuridica, basata sul recupero del diritto romano, in maniera analoga e parallela a quanto stava accadendo in Francia, ad opera della *Historische Rechtsschule* e del suo fondatore Friedrich Karl von Savigny. Si assistette, dunque, ad un recupero pressoché totale del rigore della regola romana espressa nel divieto *alteri stipulari nemo potest*, con la conseguenza che il divieto operava non solo nell'impedire che si stipulasse in favore di altri ma, anche, nei casi di stipulazione per mezzo di intermediario. Nonostante, quindi, l'evoluzione storica che aveva caratterizzato gli ordinamenti tedeschi dell'età precodicistica si fosse rivelata positiva e favorevole riguardo all'istituto del contratto a

¹⁷⁶ Cfr., D. DEROUSSIN, *La stipulation pour autrui de l'ancien droit français au XIXème siècle, ou comment se débarrasser d'une tradition gênant*, in *Ius Quaesitum Tertio*, cit., pp. 216 e ss.; H. HALLEBEEK, H. DONDORP, *Contracts for a third-party beneficiary, A historical and comparative account*, in *Legal history library, Studies in the history private law*, cit., p. 75 e ss.; F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 189, nt. 32; M. PENNITZ, *Ius quaesitum tertio: German Legal Doctrine and Practice in the 18th and 19th Century*, in *Ius Quaesitum Tertio*, cit., pp. 268 e ss.; P. M. VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi*, cit., pp. 280 e ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 44, ntt. 71 e 72. Cfr. *Codex Maximilianeus*, cap. I, p. IV, § 13; *Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*, §§ 853 e ss. Quanto all'*Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*, tit. V, p. I, §§ 74-77: *Auch die Vortheile eines Dritten können der Gegenstand eines Vertrages seyn. 75. Der Dritte selbst aber erlangt aus einem solchen Vertrage, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der hauptparteyen beygetreten ist. 76. Bis dieser Beytritt erfolgt, kann der zu seinem Vortheile geschlossene Vertrag nach dem Einverständniß der Contrahenten geändert, oder gar aufgehoben werden. 77. Ist aber dem Dritten der Antrag zum Beytritt einmal geschehen, so müssen die Contrahenten seine Erklärung über die Annahme abwarten.*

favore del terzo, il taglio dottrinale dell'*Historische Rechtsschule* si pose, al contrario, in una posizione di rigetto e di recupero dell'esegesi *ab origine* data nelle fonti romane. Il risultato tangibile di tale operazione fu quello di un ritorno ad un'applicazione lata del divieto secondo cui *alteri stipulari nemo potest* che non andò, di certo, esente da critiche¹⁷⁷.

Differente invece l'approccio dottrinario dato dagli esponenti della Pandettistica, secondo i quali la regola romana non poteva trovare spazio *tout court* nel moderno diritto tedesco.

In questo ordine di idee si collocano le dissertazioni di illustri giuristi quali Bernhard Windscheid e Joseph Unger. Trattando del problema circa la validità della stipulazione in favore del terzo, Windscheid nella sua opera *Lehrbuch des Pandektenrechts* ebbe a dire che tali *stipulationes* dovevano considerarsi certamente valide tra le parti del contratto, mentre risultavano idonee ad attribuire al terzo un diritto da far valere in via giudiziale solo in ipotesi limitate e circoscritte, specificamente, nel caso di acquisto diretto da parte del terzo di un fondo rurale, ovvero nel caso di assicurazione sulla vita, ma solo nella circostanza in cui il terzo avesse prestato acquiescenza all'acquisto

¹⁷⁷ Per la «notevole capacità di resistenza» che non portò immediatamente ad un superamento della concezione romana si veda F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 188, nt. 29; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 42, ntt. 57 e 60. Per le posizioni critiche della dottrina sul perdurante ossequio nell'applicazione del divieto romano di *alteri stipulari* di alcuni esponenti della dottrina tedesca cfr. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., pp. 1624 e ss.; F. BUSCH, *Doctrina und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter*, Heidelberg, 1860, p. 4; M. PENNITZ, *Ius quaesitum tertio: German Legal Doctrine and Practice in the 18th and 19th Century*, in *Ius Quaesitum Tertio*, cit., pp. 277 e 279; J. UNGER, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, in *Jehring's Jahrbücher*, 10, 1869, pp. 4 e ss.

del beneficio¹⁷⁸. Tuttavia, nell'edizione del 1875, Windscheid mutò impostazione, sostenendo, in linea con il diritto consuetudinario germanico, che fosse da ritenersi ammissibile il diritto all'azione del terzo per il solo fatto che la stipulazione aveva ad oggetto una prestazione in suo favore, non essendo possibile sul piano giuridico una scissione tra il rapporto instaurato tra le parti contraenti nel contratto principale da quello accessorio che doveva, necessariamente, corroborarsi al primo e sortiva l'effetto, dunque, di legare indissolubilmente le posizioni del promittente e del terzo¹⁷⁹.

Conformemente a tale linea di pensiero, il giurista austriaco Joseph Unger sostenne che un diritto indipendente ed autonomo dovesse essere riconosciuto al terzo *ipso iure*, qualora fosse chiaro l'intento delle parti di beneficiare il terzo della prestazione posta in essere¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Düsseldorf, ed. 1865, § 316, pp. 185 e ss.

¹⁷⁹ È questa l'interpretazione che verrà elevata quale ricostruzione dogmatica a fondamento del contratto a favore di terzo dalla dottrina maggioritaria precodicistica e che troverà consacrazione, infine, nel testo dei §§ 328 e ss. del BGB.

¹⁸⁰ J. UNGER, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, in *Jehring's Jahrbücher*, cit., p. 63. *Contra* F. REGELSBERGER, *Unger, Dr. Joseph, k. k. Hofrath und Professor an der Universität Wien, die Verträge zu Gunsten Dritter, in seinen und Jhering's Jahrbüchen für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. X. Abh. 1 und im Sonderabdruck*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 11, 1869, pp. 559 e ss. il quale in senso critico afferma come, in talune circostanze, potesse ravvisarsi nello stesso stipulante un interesse all'adempimento della prestazione in favore del terzo e che, in questi casi determinati, dovesse essere riconosciuto necessariamente a quest'ultimo un diritto, differente da quello del terzo, da vantare in *sedes* giurisdizionale.

CAPITOLO III

I CODICI CONTEMPORANEI: L'ISTITUTO DEL CONTRATTO A FAVORE DEL TERZO COME DISCIPLINATO DAGLI ORDINAMENTI ODIERNI E DAL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

III.1 La sopravvivenza dell'impostazione classica nei codici moderni del '700 e dell'800

Prescindendo dalle vicende lungimiranti che hanno caratterizzato alcune forme di riconoscimento dell'istituto del contratto a favore del terzo (si pensi all'*Ordenamiento del Alcalà* o alle primarie codificazioni tedesche¹⁸¹), all'alba dell'era dei codici moderni la questione sull'ammissibilità di tali stipulazioni riprese nuovo vigore. L'analisi delle posizioni di massima assunte dalla dottrina francese e tedesca fra il '700 e l'800 riferisce come, particolarmente per quanto concerne la dogmatica francese di derivazione dal pensiero di Pothier, una tendenza all'applicazione categorica del principio romano secondo cui *alteri stipulari nemo potest*¹⁸² si stesse delineando e, d'altro canto, soprattutto nella dottrina della Pandettistica, fondata sulle posizioni di Ugo Grozio e delle esperienze tedesche

¹⁸¹ Cfr. *retro* cap. II.3 e cap. II.9.

¹⁸² Cfr. F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 189; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, cit., p. 43.

precodicistiche al *Bürgerliches Gesetzbuch* del 1900, si rileva un'apertura sintomatica e funzionale al riconoscimento di una piena autonomia in merito al contratto a favore di terzi.

In particolare tali correnti dogmatiche produrranno i loro effetti più evidenti in corroborazione ai codici civili, che dalle stesse traggono essenziale ispirazione.

Per quanto riguarda la prima linea di pensiero, dall'atteggiamento conservatore di Pothier, infatti, emergono risultati tangibili nel recepimento nel *Code civil* del 1804 dell'esegesi del divieto di *alteri stipulari*, come previsto dall'art. 1165¹⁸³, seppur affiancato dalle eccezioni di cui si fa parola all'art. 1121, di palese derivazione romana¹⁸⁴.

¹⁸³ Art. 1165: *Les conventions n'ont d'effet qu'entre le parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.* L'evoluzione normativa fatta propria dalla giurisprudenza francese, si è concretizzata in una differente formulazione, che fa salva, nel suo insieme, la disciplina del contratto a favore, e che trova precipuo riscontro nell'art. 137 del *Projet de réforme du droit des contrats* del 2008. La norma di cui all'art. 1165 del *Code civil*, è bene precisarlo, trova nel Codice civile del 1942 il suo corrispondente italiano segnatamente all'art. 1372: *Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.* Cfr., sul punto, F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 189, nt. 30; S. VOGENAUER, *Gli effetti dei contratti verso i terzi: l'Avant-projet in una prospettiva comparatistica*, in *Liberal Amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems*, London, 2007, pp. 1002 e ss. Sulla ricostruzione dogmatica in merito al contratto a favore del terzo della giurisprudenza francese R. ZIMMERMANN, *Lo "ius commune" e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2009, fasc. 1, p. 119 e ss.; si v. *infra* cap. III.8.

¹⁸⁴ Art. 1121: *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter.* Viene in rilievo, inoltre, per una completa esplicitazione del quadro normativo, l'art. 1122 del *Code civil*: *On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention.* Per un raffronto con le fattispecie ro-

L'enunciazione della norma è chiara, oltreché precisa, sancendo un principio generale assoluto: le convenzioni non possono avere effetto che tra le parti contraenti e, dunque, non possono produrre effetto alcuno, né a vantaggio, né a svantaggio, rispetto al terzo¹⁸⁵.

È evidente, altresì, come le eccezioni alla generale nullità delle stipulazioni concluse in favore del terzo, abbiano trovato eguale collocazione, nella sistematica del codice, in rapporto all'individuazione dogmatica fornita da Pothier e dallo stesso individuata sulla base di un'interpretazione esegetica delle fonti romane, per cui è indiscutibile l'affermazione di una connessione essenziale diretta fra il testo romano e l'art. 1121 del *Code civil*.

Prendendo in considerazione la normativa del codice tedesco¹⁸⁶, al contrario, in conformità a quell'attitudine di sostanziale riconoscimento della validità della *stipulatio alteri*, generalmente la dottrina tedesca ammise la positivizzazione dell'istituto del contratto a favore del terzo quale fattispecie generale ed astratta, che si

mane si veda C. 8, 54, 3 e D. 46, 3, 10 (rispettivamente concernenti l'istituto della donazione modale e la figura dell'*adiectus solutionis causa*). Per un taglio dottrinale dell'art. 1121, cfr. P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Cours de Droit Civil, Les obligations*, Paris, 2005², pp. 389 e ss.

¹⁸⁵ In dottrina ampia è la trattazione riguardo all'art. 1165 del Code Civil; cfr., tra tutti, H. BATIFOL, *La crise du contract*, in *Archives de philosophie du droit*, 13, 1968, pp. 242 e 243; M. GRIMALDI, *Le contrat et le tiers*, in *Mélanges Jestaz*, Dalloz, 2006, pp. 170 e ss.; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effet du contrat*, Paris, 1992, pp. 544 e ss.; M. L. IZORCHE, *Les effets des conventions à l'égard des tiers*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Letizia Vacca, Torino, 2001, pp. 101 e 108; R. M. RAMPENBERG, *Brève perspective comparative sur les destinées de la règle « alteri stipulari nemo potest »*, in *Les concepts contractuels à l'heure des principes du droit européen des contrats*, 2003, pp. 187 e ss.; R. SAVATIER, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, in *RTD civ* 525, 1934, pp. 540 e ss.

¹⁸⁶ Che si analizzerà, dettagliatamente, nel cap. III.7.

sostanziava nell'acquisto diretto ed autonomo in capo al terzo del diritto costituito dalle parti contraenti in suo favore.

In contrapposizione a questo tendenziale orientamento della legislazione tedesca, invece, l'ABGB austriaco risulta ancor più tradizionalista del referente francese, in quanto si limitò, prima della Novella del 1916, specificamente nella versione originale del § 881, ad una sostanziale riaffermazione della regola romana¹⁸⁷.

In questo ordine di idee, si colloca la posizione della legislazione ordinamentaria degli Stati preunitari italiani¹⁸⁸ che rimase, in linea di

¹⁸⁷ Sul punto si veda, F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 190, nt. 33; P. M. VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi*, p. 280, nt. 29. Cfr. § 881 dell'*Allegemeines Bürgerliches Gesetzbuch*: (1) *Hat sich jemand eine Leistung an einen Dritter Versprechen lassen, so kann er fordern, daß an den dritten geleistet werde.* (2) *Ob und in welchem Zeitpunkt auch der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, vom Versprechenden Erfüllung zu fordern, ist aus der Vereinbarung und der Natur und dem Zwecke des Vertrages zu beurteilen. Im Zweifel erwirbt der Dritte dieses Recht, wenn die Leistung hauptsächlich ihm zum Vorteile gereichen soll.* (3) *Das Recht auf die bei einer Gutsabtretung vom Übernehmer zugunsten eines Dritten versprochenen Leistungen gilt mangels anderer Vereinbarung dem Dritten als mit der Übergabe des Gutes erworben.*

¹⁸⁸ Cfr. Codice civile Albertino, art. 1208: *Si può egualmente stipulare a vantaggio di un terzo, quando tale sia la condizione contenuta in una stipulazione che si fa per se stesso o una donazione che si fa ad altri, senza pregiudizio però delle formalità prescritte per le donazioni ove ne sia il caso. Colui che ha fatto questa stipulazione non può più revocarla se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.* Art. 1209: *Si presume che ciascuno abbia stipulato per sé e per i suoi eredi ed aventi causa, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.* Relativamente al Codice civile degli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla si cfr., art. 1094: (1) *È valida la stipulazione a vantaggio di un terzo, ogniqualvolta lo stipulante vi abbia interesse.* (2) *È valida egualmente, quando essa costituisca il modo o la condizione sia d'una stipulazione che si fa per se stesso, sia d'una donazione che si fa ad altri: colui che ha fatta questa stipulazione non può più revocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.* Art. 1095: *Si presume che ciascuno abbia stipulato per sé e per li suoi eredi ed aventi causa, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.* Infine, si veda il Codice pel Regno delle due Sicilie, art. 1075: *Si può egualmente stipulare a vantaggio di un terzo,*

massima, fedele all'impostazione del *Code Napoléon* del 1804, dal cui dettato, del resto, non si distaccò neppure il primo legislatore dell'Italia postunitaria, come risulta chiaramente dal dettato dell'art. 1128 del codice civile del 1865, ove si afferma che «nessuno può stipulare in suo proprio nome, fuorchè per se medesimo». Tuttavia ciò risulta possibile, come si appresta a precisare nella sua seconda parte lo stesso art. 1128, qualora la «stipulazione a vantaggio di un terzo, formi condizione di una stipulazione che fa per se stesso, o di una donazione che fa ad altri». Viene fatta salva, in ogni caso, la irretrattabilità dell'accettazione, analogamente alla sistematica del *Code Civil* e dei codici preunitari.

Bisognerà attendere l'800, sulla spinta di necessarie esigenze economiche e di scambi commerciali, per un mutamento di orientamento nella direzione di una crescente attenzione all'istituto del contratto a favore di terzo. In questo senso, è storicamente e giuridicamente significativa la posizione assunta dal *Código civil* spagnolo¹⁸⁹ e, in ispecie, la successiva presa di posizione del BGB tedesco nel suo periodo più maturo (§§ 328 e ss).

*quando ciò formi condizione di una stipulazione che si fa per se stesso, o di una donazione che si fa ad altri. Colui che ha fatto questa stipulazione, non può più rinvocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare. Art. 1076: Si presume che ciascuno abbia stipulato per sé, pe' suoi eredi, o per quelli che hanno causa da lui, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione. Per il richiamo attento e preciso agli artt. dei codici degli ordinamenti preunitari italiani cfr., F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 190, nt. 34.*

¹⁸⁹ Cfr. art. 1257 *Código civil*: (1) *Los contractos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.* (2) *Si el contrato contuviere*

III.2 La nozione del codice del 1942 e la *quaestio* della compatibilità del contratto a favore di terzi con il principio di relatività del negozio giuridico

Il codice civile del 1942 dispone e disciplina nei tre articoli costituenti il capo IX del titolo secondo del libro quarto, e, nello specifico, negli artt. 1411, 1412 e 1413¹⁹⁰, uno schema giuridico generale di contratto avente efficacia esterna ai contraenti, cui attribuisce la qualifica di contratto a favore di terzi¹⁹¹.

Nel codice precedente, così come in quelli preunitari e, in particolare, nel codice napoleonico da cui profondamente prende spunto, la possibilità dei privati di produrre effetti giuridici tramite lo strumento contrattuale, era circoscritta ai casi in cui il conferimento del beneficio al terzo costituisse effetto di una condizione o di un

alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.

¹⁹⁰ Art. 1411: *È valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse. Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finchè il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare. In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto.* Art. 1412: *Se la prestazione deve essere fatta al terzo dopo la morte dello stipulante, questi può revocare il beneficio anche con una disposizione testamentaria e quantunque il terzo abbia dichiarato di volerne profittare, salvo che, in quest'ultimo caso, lo stipulante abbia rinunciato per iscritto al potere di revoca. La prestazione deve essere eseguita a favore degli eredi del terzo se questi premuore allo stipulante, purchè il beneficio non sia stato revocato o lo stipulante non abbia disposto diversamente.* Art. 1413: *Il promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto, ma non quelle fondate su altri rapporti tra promittente e stipulante.*

¹⁹¹ Cfr. P. GALLO, s.v. *Contratto a favore del terzo*, in *DDP*, IV, Torino, 1999, pp. 235-257, particolarmente p. 237.

modus accessorio di un rapporto *inter partes* assunto come prestazione principale e caratterizzante¹⁹².

L'istituto del contratto a favore del terzo, così come disciplinato oggi nel codice del 1942, prende forma quando, mediante apposito accordo (stipulazione) inserito nel contratto, il promittente e lo stipulante convengono di attribuire il diritto ad un altro soggetto terzo, a cui è imputabile la formazione del contratto.

In conseguenza della stipulazione e, salvo patto contrario, il terzo acquisisce un diritto nei confronti di uno soltanto dei contraenti, denominato promittente. È invece espressamente previsto che nessun diritto acquisisce il terzo nei confronti dello stipulante, benchè questi, per essere valida la stipulazione, debba avere, necessariamente, interesse all'attribuzione del diritto al terzo¹⁹³.

Tuttavia, ciò non basta; affinché le conseguenze giuridiche del contratto siano, rispetto al terzo, immediate e definitive, vi è bisogno che il terzo dichiari di volerne approfittare. Infatti, prima di

¹⁹² Cfr. W. BAYER, *Der Vertrag Zugunsten Dritter*, cit. pp. 100 e ss.; I. FERRANTI, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano, 2005, pp. 9 e ss.; F. GIRINO, *Studi in materia di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965, pp. 7 e ss.; L. V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi. Artt. 1411-1413*, Milano, 2012², pp. 2 e ss.; altresì L. V. MOSCARINI, *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, Padova, 2009, pp. 345 e ss.

¹⁹³ Cfr. G. DONADIO, s.v. *Contratti a favore di terzi*, cit., pp. 656 e ss.; U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nei contratti a favore di terzi*, cit., p. 219; F. MESSINEO, s.v. *Contratto (per conto di chi spetta)*, in *ED*, X, Milano, 1962, pp. 77 e ss.; altresì F. MESSINEO, s.v. *Contratto nei rapporti col terzo*, in *ED*, X, Milano, 1962, pp. 196 e ss.; G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, cit., pp. 28 e ss.; altresì G. PACCHIONI, *Dei contratti a favore di terzi*, cit., pp. 281 e ss.; L. TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, cit., pp. 37 e ss.; A. TORRENTE, *Appunti sulla donazione indiretta*, in *St. Calamandrei*, V, Padova, 1958, pp. 331 e ss.

tale dichiarazione, l'accordo può essere revocato o modificato dallo stipulante¹⁹⁴.

L'eventualità che il contratto produca effetti nella sfera patrimoniale e giuridica del terzo, va esaminata nella sistematica del codice adottata dal legislatore del 1942, in rapporto al principio generale della relatività del contratto e, in maniera più estesa, all'istituto del negozio giuridico. Queste problematiche non furono sconosciute al primo legislatore che, nella regolamentazione dell'istituto, ha dovuto affrontare e risolvere col precipuo fine di rendere omogenea l'intera disciplina.

Infatti, non poche riserve pone in dottrina la questione che sorge dal combinato disposto degli artt. 1411 e 1372, 2° co.¹⁹⁵ che, fondandosi su un principio generale di esigenza sociale a tutela del rispetto della sfera giuridica di ciascuno, risulta difficilmente compatibile con l'ammissibilità della fattispecie prevista dal primo. E proprio per tale ragione è stata negata tale possibilità in passato e sembra essere contrastata talvolta negli stessi ordinamenti moderni, come avviene per l'art. 1411, anche quando ne sia espressamente prevista la disciplina generale¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Sul punto si veda, in specie, G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, *RDCo*, I, 1956, pp. 18 e ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzo*, in *Scritti minori*, Napoli, 1986, pp. 461 e ss.

¹⁹⁵ Art. 1372: (1) *Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo dissenso o per cause ammesse dalla legge.* (2) *Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.*

¹⁹⁶ Cfr. P. GALLO, s.v. *Contratto a favore del terzo*, cit., p. 238, nt. 1, che richiama in dottrina sul problema generale U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nei contratti a favore dei terzi*, in *APC*, 1964, Napoli, pp. 5 e ss.; al tema dedica ampio

La compatibilità del principio di relatività con l'eventualità che il negozio giuridico produca effetti a favore di un terzo si è andata con il tempo chiarendo.

A tale proposito taluno ha rinvenuto che, a soluzione della problematica, verrebbe in soccorso l'applicazione del dettato di cui all'art. 1333 del codice¹⁹⁷. Quest'ultima, sebbene contenuta nel contesto della disciplina generale dell'accordo, sarebbe idonea a giustificare la travalicazione degli effetti dalla sfera giuridica dell'autore, in quanto considerata ipotesi non contrattuale ma bensì di atto unilaterale svincolato da un comportamento positivo del terzo e l'efficacia rispetto al terzo, sul piano dell'intangibilità della sfera giuridica di quest'ultimo, sul presupposto dell'accettazione ovvero della revoca del beneficio.

D'altro canto, la compatibilità del principio di relatività con l'ammissibilità di negozi a favore dei terzi può essere tranquillamente affermata in considerazione del fatto che con tali contratti non è possibile imporre obblighi a carico del terzo, stante la locuzione «a favore», che sta appunto ad indicare che con tali stipulazioni è possibile attribuire solo situazioni giuridiche vantaggiose¹⁹⁸.

spazio, anche, F. GIRINO, *Studi in materia di stipulazione a favore di terzi*, cit. pp. 7 e ss.

¹⁹⁷ Art. 1333: *La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso.*

¹⁹⁸ Cfr., per tale soluzione dottrinale, C. DE BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969 pp. 197 e ss.; S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, pp. 26 e ss. *Contra*, C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, pp. 125 e ss.,

Superata la *questio* dell'ammissibilità, ed affermata l'idoneità del contratto ad attribuire diritti a soggetti terzi diversi dalle parti in forza, di chiara derivazione dalla veduta pandettistica, di una manifesta volontà delle parti esplicitamente rivolta alla produzione di tale effetto, al legislatore italiano che si apprestava a recepire i principi ispiratori del BGB, non restava altro che risolvere il problema della giustificazione causale dello spostamento patrimoniale a favore del terzo e a tale soluzione pervenne ancorando la validità della stipulazione a favore di terzi alla sussistenza di un interesse dello stipulante¹⁹⁹.

Per quanto concerne la portata di tale regola bisogna precisare, *in primis*, che essa tende ad escludere il recepimento, differentemente dal codice tedesco, di un negozio giuridico astratto: infatti la volontà delle parti contraenti, secondo lo schema adottato dal codice del 1942, è idonea a produrre degli effetti giuridici in capo al terzo, solo a condizione che essa sia sorretta da una *juxta causa*²⁰⁰. In un certo senso il legislatore italiano ha abdicato, in tale maniera, al principio causalistico tedesco.

che, tuttavia, si è ugualmente ritenuto d'accordo sull'ammissibilità di negozi che alterino la sfera giuridica del terzo, pur in difetto di consenso, sempre, però, che si tratti di alterazione del tutto favorevole al medesimo, nella più ampia categoria dei negozi a favore di terzi soggetti a rifiuto.

¹⁹⁹ Cfr., ancora, U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nei contratti a favore dei terzi*, cit., particolarmente pp 385 e ss.; F. GIRINO, *Studi in materia di stipulazione a favore di terzi*, cit., p. 9.

²⁰⁰ Cfr. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., pp. 10 e ss.; L. V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi. Artt. 1411-1413*, cit., p. 6; M. RICCA BARBERIS, *Il contratto a favore di terzi e la garanzia propria*, in *St. Messineo*, I, Milano, 1959, pp. 411 e ss.

In altre parole, l'attribuzione di un diritto ad un soggetto diverso dalle parti del negozio deve essere, certamente, basato su una giustificazione causale, ma tale giustificazione non entra a far parte della struttura della fattispecie contrattuale, essendo sufficiente un ravvisamento dell'interesse dello stipulante, distinto, attinente al rapporto fra stipulante e terzo beneficiario²⁰¹.

La soluzione introdotta dal legislatore del 1942 è innovativa in quanto si discosta, tramite un'evoluzione giuridica sofisticata, da quella antecedente la codificazione, concludendo in primo luogo un processo evolutivo iniziato nel codice napoleonico e generalizzando la portata delle eccezioni alla antica regola romana; al contempo elevando il principio causalistico, tipico del codice tedesco, sempre con i suoi particolari connotati, a principio generale valevole all'interno della disciplina contrattualistica; infine, individuando nell'interesse dello stipulante la giustificazione causale dell'attribuzione del diritto al terzo, estraneo al rapporto promittente-stipulante, riconoscendo, dunque, definitivamente autonomia all'istituto del contratto a favore del terzo.

III.3 *La privity of contract* e il *Contracts (Rights of Third Parties)*

Act del 1999

Il tema della stipulazione a favore di terzi è sempre apparso in ambito contrattuale tra i profili di maggiore distacco fra le tradizioni

²⁰¹ Secondo lo schema concettuale tipico della fattispecie trilaterale caratterizzata da un'astrazione parziale della causa; mentre la prestazione del promittente trova la sua giustificazione nel rapporto interno tra promittente e stipulante.

di *common law* e di *civil law*. Nel diritto inglese, infatti, a differenza di quanto avviene nelle esperienze continentali, la disciplina in materia di contratto a favore di terzi, è stata a lungo ancorata alla regola generale della *privaty of contract*²⁰², secondo la quale il contratto produce effetti soltanto tra le parti e che, dunque, non ha permesso al diritto inglese il riconoscimento *ab origine* della validità di tale istituto giuridico. Principio fondamentale del *common law* inglese è, dunque, che nessuno può avanzare pretese o assumere obbligazioni rispetto a contratti conclusi tra altre persone²⁰³.

La regola della *privaty of contract*, costituisce, assieme alla *consideration*, uno dei cardini del sistema contrattuale inglese: in

²⁰² Vastissima la produzione dottrinale in tema di *privaty of contract*; ci si limita a indicare fra i contributi principali: G. ALPA, s.v. *Contratto nei sistemi di common law*, *DDP*, IV, 1989, pp. 148 e ss.; W. ANSON, *Law of Contract*, Oxford, 1979²⁵, pp. 412 e ss.; P. S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1995³, pp. 265 e ss.; J. N ADAMS, R. BROWNSWORD, *Key issues in contract*, London, 1995, pp. 132 e ss.; egualmente J. N ADAMS, R. BROWNSWORD, *Understanding Contract Law*, London, 2000, pp. 87 e ss.; H. G. BEALE, W. BISHOP, M. P. FURMSTON, *Contract. Cases and Materials*, London, 1985, pp. 696 e ss.; J. CARTWRIGHT, *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford-Portland, 2007, pp. 114 e ss.; A. L. CORBIN, *Contract for the Benefit of Third Parties*, 46 *L.Q.R.*, 1930, pp. 12 e ss.; G. GORLA, s.v. “*Consideration*”, in *ED*, IX, Milano, 1961, pp. 176 e ss.; U. MAJELLO, s.v. *Contratto a favore del terzo in diritto comparato*, in *DDP*, IV, Torino, 1999, pp. 254 e ss.; R. MERKIN, *Privaty of contract, The impact of the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, L.L.P.*, London-Hon Kong, 2000, p. 50; G. TREITEL, *The Law of Contract*, London, 1983⁶, pp. 454 e ss.; altresì G. TREITEL, *Third Parties*, in *Chitty on Contracts*, I, London, 1999²⁸, pp. 959 e ss.; F. TORIELLO, *Gli effetti del contratto nei confronti di terzi nell’esperienza inglese*, in *Contratto e impresa Europa*, 2000, I, pp. 80 e ss.; L. VAGNI, *Il contratto a favore di terzi nella comparazione «common law-civil law»: dallo ius commune al diritto privato europeo*, cit., pp. 1195 e ss. Interessante rilevare come la dottrina maggioritaria consideri la regola (*privaty of contract*) come il corrispondente anglosassone del principio romano «*res inter alios acta tertiis nec nocere nec prodesse potest*».

²⁰³ Cfr. W. ANSON, *Law of Contract*, cit., p. 412; U. MAJELLO, s.v. *Contratto a favore del terzo in diritto comparato*, cit., p. 256, nt. 30.

territorio inglese gli accordi sono vincolanti unicamente tra le parti (*privaty of contract*) e solo se vi è corrispettività delle prestazioni (*consideration*). Ma l'applicazione rigida e rigorosa di tali istituti ha, ad oggi, perso in larga parte la sua effettività, seppur non mancano pronunce da parte della giurisprudenza inglese che formalmente mirano a ribadire i principi tradizionali.

Con la riforma del 1999²⁰⁴, il legislatore inglese ha, difatti, coadiuvato le posizioni contrastanti in giurisprudenza, attribuendo al terzo un diritto di agire in via giudiziale per pretendere in modo diretto l'esecuzione delle disposizioni, ovvero per ottenere l'adempimento di clausole contrattuali stipulate a suo favore dalle parti contraenti.

La riforma avvenuta con il *Contracts (Rights of Third Parties) Act* del 1999²⁰⁵ ha ottemperato, quasi integralmente, le

²⁰⁴ Per un commento esplicativo alla riforma, cfr. P. KINCAID, *Privaty Reform in England*, in *Law Quarterly Review*, 2000, pp. 43 e ss.; T. MONFELI, *La riforma della Privity of Contract nella common law inglese: il Contract (Rights of Third Parties) Act del 1999*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 1103; E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2003, pp. 365 e ss. *Contra* R. STEVENS, *The Contracts (Rights of Third Parties) Act del 1999*, in *Law Quarterly Review*, 2004, pp. 315 e ss.; G. TREITEL, *Contract: General Rules*, in *English Private Law*, II, Oxford, 2000, pp. 104 e ss.; C. MACMILLAN, *A Birthday Present for Lord Denning: The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Modern Law Review*, 2000, pp. 733 e ss.; L. VAGNI, *Il contratto a favore di terzi nella comparazione «common law-civil law»: dallo ius commune al diritto privato europeo*, cit., p. 1196, ntt. 2 e 3.

²⁰⁵ Cfr., per quanto qui interessa soprattutto per la sintonia in alcuni aspetti con il regime delineato dal *Draft*, la sect. 1 (3): *The third party must be expressly identified in the contract by name, as a member of a class or as answering a particular description but need not be in existence when the contract is entered into*. Nonchè, per un raffronto positivo con gli ordinamenti di *civil law*, la sect. 2 (1): *Subject to the provisions of this section, where a third party has a right under section 1 to enforce a term of contract, the parties to the contract may not, by agreement, rescind the contract, or vary it in such a way as to extinguish or alter his entitlement under that right, without his consent if – (a) the third party has communicated his assent to the term to the promisor, (b) the promisor is aware that the third party has re-*

raccomandazioni enunciate nel progetto di riforma dalla *Law Commission*²⁰⁶ all'interno del Report del 1996²⁰⁷.

Analizzando a livello contenutistico il *Report* viene, tuttavia, in rilievo il fatto emblematico che il principio di *privaty* non è principio intrinseco della *common law* ma, contrariamente, esso prenderebbe forma, solo nella seconda metà del secolo XIX²⁰⁸. Particolarmente, stando all'autorevole parere della *Law Commission*, la regola della

lied on the term, or (c) the promisor can reasonably be expected to have foreseen that the third party would rely on the term and the third party has in fact relied on it. Cfr. F. Mattioli, *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, v. *Contratto a favore di terzi*, cit., p. 192, nt. 40.

²⁰⁶ La *Law Commission* è un organismo che ha competenza in materia di riforma del diritto a carattere permanente istituito dal *Law Commission Act 1965*. Per dei riferimenti bibliografici in merito, cfr. L. MOCCIA, *Glossario per uno studio della Common Law*, Milano, 1983, pp. 41 e ss.

²⁰⁷ Il *Report* del 1966 dal titolo *Privaty of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties* (Law. Com. n. 242, Cm 3329 July 1996), che rappresenta il culmine di un'attività di studio ultraventennale della *Law Commission*, ha incentrato la discussione per l'ammissibilità del contratto a favore del terzo, in maniera analoga ai Paesi di *civil law*, sul principio di relatività, evidenziando l'importanza di un intervento legislativo sulla materia. Cfr. L. VAGNI, *Il contratto a favore di terzi nella comparazione «common law-civil law»: dallo ius commune al diritto privato europeo*, cit., p. 1196, ntt. 4 e 5.

²⁰⁸ Non pochi sono i casi trattati dagli interpreti del diritto nei quali doveva considerarsi lecito stipulare validamente a beneficio del terzo, risalenti già ai secoli XVII e XVIII. Uno dei primi casi in cui si è ammessa l'azione diretta del terzo era, molto probabilmente, la fattispecie di consegna di un bene con l'obbligo di custodia e di restituzione ad un terzo, seppur notoriamente il risultato esuli, secondo dottrina consolidata presso i giuristi inglesi, dalla sfera di applicazione dei *contrats*. Cfr. *Tomlinson v. Helpburn* (1966) Ltd. A.C. 451, 470, 471; M. LUPOI, *Il contratto a favore di terzo in diritto inglese*, in *RDCo*, I, 1967, p. 183. Un altro caso rilevante, può essere considerato quello in cui il terzo beneficiario era uno strettissimo parente dello stipulante (generalmente suo figlio). Il *leading case* di riferimento risale, addirittura, al 1678. Cfr. *Dutton v. Poole* (1678) 2 Lev. 210, 211, 212; U. MAJELLO, s.v. *Contratto a favore del terzo in diritto comparato*, cit., p. 256, nt. 34.

privaty of contract è stata costantemente applicata dalle corti di *common law* a partire dal caso *Tweddle v. Atkinson*, del 1861²⁰⁹.

Dopo il caso *Tweddle v. Atkinson*, è ravvisabile, malgrado le numerose conferme giurisprudenziali, un germogliare di tentativi per rendere vincolanti le disposizioni o le clausole stipulate a favore del terzo.

Una dottrina dall'atteggiamento più liberale ha auspicato un'apertura giurisprudenziale al riconoscimento della figura del contratto a favore del terzo. In specie, la tendenza di alcune sentenze a

²⁰⁹ Il caso *Tweddle v. Atkinson* concerne, particolarmente, la fattispecie in cui due consuoceri si erano trovati concordi nel senso che uno di loro avrebbe dovuto conferire una certa dote a sua figlia. L'inadempimento della prestazione di conferimento della dote fu seguito dall'azione in giudizio del genero e dall'analisi del *thema decidendum* si evince come la corte fosse stata chiamata a pronunciarsi su una problematica assai rimarchevole in diritto inglese: qual è il valore della promessa rispetto alla vincolatività degli effetti in *common law*? Nella sentenza i giudici erano investiti sulla decisione di stabile se il genero, che agiva in giudizio, avesse a suo sostegno il presupposto della *consideration* per l'adempimento della promessa. La difesa dell'attore sosteneva che il requisito della *consideration* potesse essere ravvisato nel fatto che il genero, il terzo in questo rapporto complesso, beneficiario della promessa fatta dal padre della sposa partecipava, in forza dello stretto legame affettivo con il promissario, cioè suo padre, alla *consideration* prestata da quest'ultimo. Tale tesi trova le sue radici in una serie di sentenze, (tra cui la sentenza *Dutton v. Poole* del 1678 sopra citata) di una consolidata giurisprudenza che era fermamente orientata in tal senso. Ma nella sentenza presa in esame i giudici, dopo aver considerato i precedenti, giunsero a diversa conclusione, statuendo che le vecchie decisioni, in quanto costituenti "old case", non potessero produrre l'effetto tipico vincolante. Tramite tale, insolita, sentenza interpretativa i giudici giunsero all'eliminazione di uno dei pochi casi in cui era ammessa l'azione al terzo, risultato che non mancò di essere ribadito nella sua pienezza anche dalla giurisprudenza successiva sulla rigida applicazione del *trespass on the case*, rafforzando, almeno sul piano formale, la regola secondo la quale solo le parti contraenti hanno diritto di azione (*privaty*). Per la giurisprudenza successiva si vedano, soprattutto, i casi: *Dunlop v. Selfridge* (1915) A.C. 847, 853; *Rookers v. Barnard* (1964) A.C. 1129;; *Green v. Russell* (1959) 2 Q.B. 226; *The New York Star* (1981) 1 W.L.R. 138.

riconoscere la costituzione di un *trust* a favore di un terzo, qualora fosse certa la volontà delle parti contraenti in tal senso²¹⁰.

In Inghilterra, tuttavia, questi tentativi sono sempre stati stroncati sul nascere dalla *House of Lords* che, in linea di massima, ha preferito sempre non concedere, o concedere soltanto parzialmente, il riconoscimento di un diritto al terzo di agire in via giudiziale solamente per il tramite di istituti quali il *trust*, l'*agency* e il *bailment*. È per tali motivi che, per ora, non si è ancora pervenuti a risultati del tutto soddisfacenti, definitivi e che appaiono ben lontani dalle rosee aspettative auspiccate dalla dottrina e da una parte della giurisprudenza²¹¹.

L'ostilità della *House of Lords*, legata strettamente ai vecchi principi, però, sta subendo l'evoluzione normativa in materia attuata dal legislatore, intervenuto più volte, specie in materia di assicurazione sulla vita a beneficio di terzi, di accordi matrimoniali a favore dei figli, di convenzioni relative al trasferimento di proprietà dei beni immobili, col precipuo intento di rendere vincolanti le disposizioni nei confronti del terzo²¹².

²¹⁰ In particolare, si è ammessa l'esistenza di un *trust* nelle seguenti statuizioni: *Green v. Russell* (1959) 2 Q. B. 226; *Hepburn v. A. Tomlinson (Hauliers) Ltd.* (1966) A.C. 451.

²¹¹ L'unico giudice inglese, ed è bene sottolinearlo, che si è espresso con fermezza per un accoglimento della figura del contratto a favore del terzo è il giudice Lord Denning, senza alcun dubbio uno dei giuristi inglesi di maggior spicco e influenti del ventesimo secolo. Si vedano le pronunce nei casi: *Smith v. River* (1949) 2 K.B. 500; *Beswick v. Beswick* (1966) Ch. 538, 553, 557; *Drive Yourself Hire Co. v. Strutt* (1954) 1 Q.B. 250, 273. Cfr. U. MAJELLO, s.v. *Contratto a favore del terzo in diritto comparato*, cit., p. 256 e p. 257, nt. 51.

²¹² Cfr., rispettivamente, la sect 11. del *Married Woman Property Act* (1882) e la sect. 56 del *Law of Property Act* (1925). Sulle previsioni legislative introdotte cfr., specialmente, H. G. BEALE, W. BISHOP, M. P. FURMSTON, *Contract. Cases and*

Accennando solamente, con una trattazione più succinta ma esauriente, alla disciplina del contratto a favore del terzo negli Stati Uniti, è necessario, preliminarmente, far presente che in questo Paese, diversamente che in Inghilterra, essa ha assunto una collocazione ben precisa e definita all'interno dell'ordinamento contrattualistico. In un primo momento, i giudici americani si orientarono verso un riconoscimento del nuovo istituto tramite la sua riconduzione a figure già preesistenti (specialmente *trust* ed *agency*), come può essere agevolmente rilevato in alcune sentenze²¹³.

Ma la giurisprudenza americana è andata oltre, fino a giungere al completo riconoscimento delle stipulazioni a favore dei terzi, sin dal 1859, da un *leading case* della Corte d'appello di New York²¹⁴, che ha definitivamente aperto la strada alla piena ammissibilità di questa peculiare figura contrattuale. In particolare, nella disciplina americana, si suol distinguere, chiaramente, due distinte ipotesi possibili di contratti a favore del terzo: sulla base di un criterio finalistico, infatti, è possibile stipulare a favore di terzi da parte di chi ha intenzione di estinguere un suo debito o di chi intenda effettuare una donazione. Nel primo caso il terzo beneficiario prenderà il nome di *creditor beneficiary*, nel secondo di *donor beneficiary*²¹⁵.

Materials, cit., pp. 485 e ss.; M. LUPOI, *Il contratto a favore di terzo in diritto inglese*, cit., pp. 217 e ss.; F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., pp. 191 e 192.

²¹³ Cfr. *American Jurisprudence, sub Contracts*, § 303, ntt. 13, 14; *Annotations*: 81 ALR 1283; 148 ALR 359.

²¹⁴ Si veda la sentenza *Lawrence v. Fox* 20 N.Y. 268 (1859).

²¹⁵ La distinzione non sembra priva di rilevanti conseguenze sul piano giuridico, con logica conseguenza di applicazioni divergenti nella pratica. Appare, comunque,

In conclusione, dalla breve analisi compiuta sulla disciplina del contratto a favore del terzo negli Stati Uniti, salta all'occhio come l'istituto abbia assunto, nel sistema americano dei contratti, una sua precipua configurazione, connotandosi di propri elementi caratterizzanti, determinati e specifici e, soprattutto, di come l'interpretazione casistica giurisprudenziale americana abbia portato a risultati ben maggiori di quanto non si sia ancora ottenuto in Inghilterra.

III.4 Il consenso dei contraenti e l'accettazione del terzo nei principali ordinamenti di *civil law*

Proprio in ragione del fatto che un regime del contratto a favore del terzo non fosse disciplinato dal diritto romano, in conformità alla regola secondo cui *alteri stipulari nemo potest*, nello studio comparatistico dei codici europei è riscontrabile come le discipline previste presentino fra loro elementi di divergenza²¹⁶. Benchè le legislazioni abbiano avuto un *iter* evolutivo storico-giuridico a sé stante, è pacifico che tutte hanno posto a fondamento della validità dell'istituto un presupposto comune, ossia l'accordo dei contraenti²¹⁷,

significativa la possibilità di stipulare a favore di terzi allorquando lo stipulante non solo voglia estinguere il suo debito, ma anche quando sia mosso da finalità meramente liberali. Cfr. per quanto concerne il *Common law* statunitense, P. GALLO, s.v. *Contratto a favore del terzo in diritto comparato*, in *DDP*, IV, Torino, 1999, p. 257.

²¹⁶ F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 192.

²¹⁷ Chiaramente in questo senso il § 881 dell'ABGB sopra citato (si v. *supra* p. 104, nt. 189); ma anche il Codice svizzero delle obbligazioni all'art. 112: (*Contrat-*

cioè un sinallagma finalizzato ad attribuire al terzo il diritto ad una prestazione. Conseguenza della stipulazione è, nella maggior parte degli ordinamenti di *civil law*, la trasmissione in capo al terzo del diritto alla prestazione; la regola che si applica, salvo talune eccezioni²¹⁸, è quella, cioè, dell'acquisto immediato e diretto al terzo

to a favore di terzi. I. In genere). (1) *Chi, agendo in proprio nome, stipulò una prestazione a vantaggio di un terzo, ha diritto di chiedere che la prestazione al terzo sia fatta.* (2) *Il terzo o il suo avente causa può chiedere direttamente l'adempimento, se tale fu l'intenzione degli altri due o se tale è la consuetudine.* (3) *In questo caso il creditore non può più liberare il debitore, tostochè il terzo abbia dichiarato a quest'ultimo di voler far valere il suo diritto.*

²¹⁸ Cfr. per le eccezioni alla regola dell'acquisto diretto del diritto in capo al terzo, specificamente, la prima parte del co. 2 dell'art. 1411 del Codice civile italiano: (2) *Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione.* O, anche, il § 881 dell'ABGB così come modificato dalla *Teilnovelle* del 1916, il quale sancisce che l'acquisto diretto del diritto in capo al terzo potrà risultare dall'accordo, dalla natura, nonché dallo scopo del contratto e che, nel caso di dubbio, l'acquisto si deve ritenere attribuito direttamente al terzo: (2) *Ob und in welchem Zeitpunkt auch der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, vom Versprechenden Erfüllung zu fordern, ist aus der Vereinbarung un der Natur und zem Zwecke des Vertrages zu beurteilen. Im Zweifel erwirbt der Dritte dieses Recht, wenn die Leistungen hauptsächlich ihm zum Vorteile gereichen soll.* Cfr. F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 193, nt. 43. Ovvero i §§ 328 e ss. del BGB che, dal canto suo, si impegna a individuare il momento in cui sorge il diritto del terzo e quello da cui la disposizione stipulata in suo favore diventa irrettrattabile (sulla disciplina del BGB ai §§ 328, 329, 330 si v. infra cap. III.7; cfr. P. GALLO, s.v. *Contratto a favore del terzo in diritto comparato*, cit., pp. 252 e ss.; analogamente l'art. 112 del Codice svizzero delle obbligazioni (sopra richiamato) che si riferisce soprattutto all'intenzione delle parti, ovvero alla consuetudine di cui al 2 co.; sullo stesso piano, inoltre, si collocano le disposizioni dell'art. 395 del Codice civile polacco; infine, nello stesso ordine di idee, di recente, possono aggiungersi l'art. 126 dell'*Obligacikski zakonik* sloveno, il § 80 del *Võlaõigusseadus* estone e il § 5.100 del nuovo Codice civile ungherese entrato in vigore nel 2014. Riguardo al contenuto dell'accordo tra promissario e promittente esso può avere ad oggetto qualsiasi prestazione; il beneficio al terzo, infatti, può consistere nella cessione di un credito, nella rimessione di un debito, ovvero nella costituzione, modificazione, trasmissione o estinzione di diritti reali, come prevede, ad esempio, il *Código civil português* all'art. 443: (2) *Por contrato a favor de terceiro, têm as partes ainda a possibilidade de remitir dívidas ou ceder créditos, e bem assim de constituir, modificar, transmitir ou extinguir direitos reais.* È, infine,

soggetto estraneo al contratto del diritto di pretenderne l'esecuzione. In merito va necessariamente rilevato che alcuni ordinamenti subordinano l'acquisto e la conseguente facoltà del terzo di pretendere l'adempimento della prestazione all'accettazione del terzo stesso. È così regolamentato l'istituto nell'art. 1257 del *Código civil*²¹⁹, nonché, dato certamente significativo, il più avanzato NBW olandese all'art. 6.253, la cui disciplina va integrata e completata con il successivo art. 6.254²²⁰, che prevede esplicitamente l'accettazione del terzo tra gli elementi costituenti la fattispecie del contratto concluso a favore di terzi²²¹. Generalmente, invece, l'accettazione del terzo, manifestata per iscritto, o oralmente, ovvero per *facta concludentia*²²², produce

richiesto, in taluni ordinamenti, che, per la validità della stipulazione, lo stipulante debba, necessariamente, avervi interesse, in rispettoso ossequio, evidentemente, a quanto affermato nelle fonti romane (cfr. D. 41, 1, 38, 17). In questo senso, l'interesse dello stipulante risulta richiesto ai fini della validità della stipulazione, esplicitamente dal Codice del 1942, all'art. 1411; risulta richiesto implicitamente, al contrario, nell'originaria formulazione dell'art. 1121 del *Code civil*. L'interesse, nello specifico, si precisa, può essere di qualsiasi natura, anche morale. Tuttavia tale requisito, oggi, viene messo in discussione e, infatti, posto al centro di contrasti dottrinali e giurisprudenziali. Cfr., F. MATTIOLI, *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, v. *Contratto a favore di terzi*, cit., p. 196.

²¹⁹ Si v. *retro* p. 105, nt. 191.

²²⁰ Cfr. art. 6.253: (1) *Een overeenkomst scheidt voor een derde het recht een prestatie van een der partijen te vorderen of op andere wijze jegens een van hen een beroep op de overeenkomst te doen, indien de overeenkomst een beding van die strekking inhoudt en de derde dit beding aanvaardt*. Art. 6.254: (1) *Nadat de derde het beding heeft aanvaard, geldt hij als partij bij de overeenkomst*.

²²¹ Si veda, specialmente, R. ZIMMERMANN, *Lo "ius commune" e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, cit., p. 119.

²²² Cfr., da ultimo, il *Draft* all'art. II. – 9:303 (1) *The third party may reject the right or benefit by notice to either of the contracting parties, if that is done without undue delay after being notified of the right or benefit and before it has been expressly or impliedly accepted. On such rejection, the right or benefit is treated as never having accrued to the third party*. Qualora la dichiarazione di accettazione sia espressa, oralmente o per iscritto, il *Nederlands Burgerlijk Wetboek* prevede

l'effetto di rendere la stipulazione in suo favore irrevocabile, o talvolta, altresì, immodificabile, come risulta affermato espressamente, ad esempio, dall'art. 1121 del *Code civil*²²³, dall'art. 112 del Codice svizzero delle obbligazioni, dall'art. 1411 del Codice del 1942 e dall'art. 393 del Codice civile polacco²²⁴.

Benché dall'adempimento della prestazione posta in essere in suo favore il terzo possa trarre conseguenze molto vantaggiose, tale

che la dichiarazione debba essere resa nota ad una delle parti contraenti, come disposto dall'art. 6253: (3) *Een aanvaarding of herroeping van het beding geschiedt door een verklaring, gericht tot een van de beide andere betrokkenen*. Se, invece, la stipulazione è stata compiuta a favore del terzo a titolo gratuito, l'accettazione deve essere considerata intervenuta se il terzo, dal momento da cui risulta esserne venuto a conoscenza, non rifiuta la prestazione senza indebito ritardo, come espresso dallo stesso art. 6253: (4) *Is het beding onherroepelijk en jegens de derde om niet gemaakt, dan geldt het als aanvaard, indien het ter kennis van de derde is gekomen en door deze niet onverwijld is adgewezen*. Innovativo, sotto l'aspetto dell'individuazione del momento in cui la dichiarazione deve essere manifestata, il *Code civil* del Québec nel quale è contenuta l'insolita previsione per cui l'accettazione può avvenire anche successivamente alla morte del promittente o dello stipulante, così come disposto dall'art. 1149: *Le tiers bénéficiaire et ses héritiers peuvent valablement accepter la stipulation, même après le décès du stipulant ou du promettant*.

²²³ Nello stesso senso viene disposto, ora, dall'art. 1171-1 dell'*Avant-projet de réforme du droit des obligations* del 2005 e dall'art. 143 del *Projet de réforme du droit des contrats* del 2008. Cfr. P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., p. 394.

²²⁴ È da notare come tra i codici menzionati soltanto il Codice civile italiano all'art. 1411 e il Codice civile polacco all'art. 393 prevedono espressamente, accanto all'irrevocabilità, anche il requisito dell'immodificabilità. Tra i codici di più recente conio, invece, l'immodificabilità viene citata oltre che dal *Draft*, già *ex ante* dal § 328 del BGB, che nell'art. II – 9:303 ricollega quest'ulteriore conseguenza alla avvenuta comunicazione al terzo da parte di una delle parti contraenti: (2) *The contracting parties may remove or modify the contractual term conferring the right or benefit if this is done before either of them has given the third party notice that the right or benefit has been conferred. The contract determines whether and by whom and in what circumstances the right or benefit can be revoked or modified after that time*. Per quanto concerne le nuove legislazioni, analoga disciplina è prevista, ad esempio, dal § 80 del *Võlaõigusseadus* estone.

beneficio non gli può essere comunque imposto in maniera assoluta. Per tale ragione, viene riconosciuta al terzo la facoltà di rifiutarla²²⁵.

Per quanto riguarda la revoca della stipulazione *nulla quaestio*: negli ordinamenti contemporanei essa è esclusa, solitamente, dal momento in cui il terzo abbia dichiarato di volerne approfittare, in linea con quanto stabilito dall'art. 1121 del *Code civil* e come ripreso dalla maggioranza dei codici successivi²²⁶.

²²⁵ Cfr. il Codice civile italiano all'art. 1411, in cui si prevede che, in caso di rifiuto del terzo, la prestazione resti a beneficio dello stipulante, fatta salva la contraria volontà delle parti o l'incompatibilità dovuta alla natura del contratto: (3) *In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto.* Particolare, in merito, la disciplina espressa nell'art. 6.255 del BW olandese, che prevede la possibilità per lo stipulante di designare come beneficiario se stesso o altro soggetto terzo; si reputa, inoltre, che lo stipulante abbia designato se stesso qualora il promittente abbia fissato un termine congruo per la designazione e questi non abbia provveduto a designare un terzo: (1) *Heef een beding ten behoeve van een derde ten opzichte van die derde geen gevolg, dan kan degene die het beding heeft gemaakt, hetzj zichezelf, hetzij een andere derde als rechthebbende aanwijzen.* (2) *Hij wordt geacht zichzelf als rechthebbende te hebben aangewezen, wanneer hem door degene van wie de prestatie is bedongen, een redelijke termijn voor de aanwijzing is gesteld en hij binnen deze termijn geen aanwijzing heft uitgebracht.*

²²⁶ Si veda, tra gli altri, l'art. 112 del Codice svizzero delle obbligazioni: (3) *In questo caso il creditore non può più liberare il debitore, tosto che il terzo abbia dichiarato a quest'ultimo di voler far valere il suo diritto.* L'art. 1257 del *Código civil* spagnolo: (2) *Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.* L'art. 448 del *Código civil* português: (1) *Salvo estipulação em contrário, a promessa è revogável enquanto o terceiro não manifestar a sua adesão, ou enquanto o promissário for vivo, quando se trate de promessa que haja de ser cumprida depois da morte deste.* (2) *O direito de revogação pertence ao promissário; se, porém, a promessa foi feita no interesse de ambos os autoregantes, a revogação depende do consentimento do promitente.* L'art. 1411 co. 2 del Codice civile italiano (v. *supra*, p. 106, nt. 192), nonché, l'art. 6.253 del *Nederlands Burgerlijk Wetboek*: (2) *Tot de aanvaarding kan het beding door degene die het heeft gemaakt, worden herroepen.* (3) *Een aanvaarding of herroeping van het beding geschiedt door een verklaring, gericht tot een van de beide andere betrokkenen.* (4) *Is het beding onherroepelijk en jegens de derde om*

III.5 Il contratto a favore di terzi nella prospettiva del diritto Privato europeo: i *Principi Unidroit* ed i *Principles of European Contract Law*

Nel 1989 e nel 1994 due Risoluzioni del Parlamento europeo²²⁷ invitavano la Commissione ad organizzare dei gruppi di esperti allo scopo di iniziare un'attività di lavoro e studio per l'elaborazione di un Codice europeo comune di diritto privato. Tali Risoluzioni, stabilivano, inoltre, la competenza di alcuni organismi (in particolare del Consiglio d'Europa, dell'Unidroit e dell'Unicitral) nel promuovere l'armonizzazione e la standardizzazione di norme a livello di diritto internazionale e suggerivano, altresì, nell'elaborazione del *novum corpus*, di trarre ispirazione dai lavori compiuti dalla Commissione europea sul diritto contrattuale, o, meglio nota, Commissione Lando²²⁸.

niet gemaakt, dan geldt het als aanvaard, indien het ter kennis van de derde is gekomen en door deze niet onverwiljd is afgewezen. Cfr. F. MATTIOLI, *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, v. *Contratto a favore di terzi*, cit., p. 198.

²²⁷ Cfr. Risoluzione del 26 maggio 1989 (A2 – 157/89) e Risoluzione del 6 maggio 1994 (A3 – 0329/94).

²²⁸ Nell'ampio dibattito dottrinale, tra posizioni illustri, favorevoli e contrarie all'adozione di un Codice europeo comune di diritto privato si veda, fra tutti, G. ALPA, *Il codice civile europeo: e pluribus unum*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1999, pp. 695 e ss.; G. ALPA, N. BUCCICO, *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, in *Materiali dei seminari*, Milano, 2001, pp. 2002 e ss.; G. GANDOLFI, *Per l'unificazione del diritto in Europa: il codice europeo dei contratti*, cit., pp. 1073 e ss.; O. LANDO, *Why codify the European Law of Contract?*, in *ERPL* 5, 1997, pp. 595 e ss.; egualmente, O. LANDO, *Is codification needed in Europe? P.E.C.L. and the relationship to Dutch Law*, in *ERPL* 1, 1993, pp. 157 e ss.; P. LEGRAND, *Against a European Civil Code*, in *Modern Law Review*, 1997, pp. 46 e ss.; B. MARKESINIS, *Why a code is not the best way to advance the cause of European Legal Unity*, in *ERPL* 5, 1997, pp. 519 e ss.; S.

Successivamente all'attività della dottrina e degli accademici di codice civile europeo²²⁹, un impulso vigoroso si ebbe, da parte della Commissione Europea, con il Piano d'azione del 2003, rafforzato da quello del 2006, che ha portato alla pubblicazione di un Progetto di "Quadro comune di riferimento", ovvero *Draft Common Frame of Reference*, dapprima nella versione temporanea del 2008, solo telematica e poi nella pubblicazione definitiva del 2009²³⁰.

RODOTÀ, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, 2000, Milano, p. 541.

²²⁹ Prima fra tutti la Commissione Lando, un gruppo di studio predisposto dalla stessa Commissione Europea, guidato dal professore danese Ole Lando da cui prende il nome, ha elaborato i *Principles of European Contract Law (PECL)* tra il 1995 e il 2001. Nel 1998, un altro gruppo di studiosi, sotto la guida del professore tedesco Christian von Bar (si tratta del c.d. *Study Group*), ha prodotto i *Principles of European Law (PEL)*, ossia un insieme di norme concernenti non solo la materia dei contratti generalmente considerata, ma anche le diverse tipologie dei singoli istituti contrattuali, nonché la disciplina delle obbligazioni extracontrattuali e quella del trasferimento dei beni immobili, percorso che si è concluso con la pubblicazione di otto volumi nel 2006. Mentre nel 1999 nasce il *Projet Group on a Restatement European Insurance Contract Law (Insurance Group)*, con l'obiettivo di realizzare i *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, sotto la guida del professore austriaco Fritz Reichert-Facilides, vanno menzionati, altresì, due gruppi di accademici a coordinamento italiano: *in primis*, il c.d. "progetto Gandolfi", predisposto dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei di Pavia, per la produzione del *Code Européen des Contrats*, apparso nel 2001 con un primo libro riguardante i contratti in generale e nel 2006 con una seconda pubblicazione riguardante la parte dei contratti speciali; *in secundis*, le altrettanto notevoli iniziative del *Common Core of European Private Law*, dell'Università di Trento, un progetto avviato nel 1993, principalmente concentrato sul diritto privato comparato e sull'analisi delle diverse discipline europee, specie in tema di vendita. Sul punto cfr., specialmente, R. ZIMMERMANN, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, cit., pp. 106 e ss.

²³⁰ Sull'iter evolutivo che ha portato alla emanazione del *Draft Common Frame of Reference* si rinvia all'introduzione di G. LUCCHETTI, A. PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna, 2012, pp. 11-30, già pubblicata in *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference* (a cura di G. Luchetti e A. Petrucci), Bologna, 2010, pp. 9-28. Per una panoramica generale sulle vicende anteriori alla stesura definitiva del

In tale quadro giuridico si deve collocare l'analisi della disciplina del contratto a favore di terzo nell'ambito del diritto privato europeo che, il *Draft* al n. 44 dell'*Introducion*, individua proprio come uno degli istituti maggiormente soggetto ad innovazione²³¹.

Per quanto riguarda la normativa dedicata all'istituto del contratto a favore del terzo dai *Principles of European Contract Law* dall'art. 6:110²³², essa prevede nel primo comma, innanzitutto, la possibilità per un terzo di chiedere l'adempimento di una obbligazione contrattuale qualora tale diritto sia stato espressamente pattuito tra un promittente ed uno stipulante ed, inoltre, si specifica, ai fini della validità della stipulazione a favore del terzo, la non necessaria

Draft, cfr., altresì, G. ALPA, G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell'Acquis communautaire*, in *Riv. dir. civ.* 54, 2008, pp. 141 e ss.; A. POZZATO, *Premessa*, in *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando* (a cura di G. Luchetti e A. Petrucci), Bologna, 2006, pp. 13 e ss. Per l'ultima edizione *on-line* cfr., C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR). Outline Edition*, Munich, 2009 (www.law-net.eu).

²³¹ Cfr. *infra*, cap. III. 6.

²³² Art. 6:110: (*Stipulation in Favour of a Third Party*). (1) *A third party may require performance of a contractual obligation when its right to do so has been expressly agreed upon between the promisor and the promisee, or when such agreement is to be inferred from the purpose of the contract or the circumstances of the case. The third party need not be identified at the time the agreement is concluded.* (2) *If the third party renounces the right to performance the right is treated as never having accrued to it.* (3) *The promisee may by notice to the promisor deprive the third party of the right to performance unless: (a) the third party has received notice from the promisee that the right has been made irrevocable, or (b) the promisor or the promisee has received notice from the third party that the latter accepts the right.* Per un'analisi esegetica sull'articolo dei *Principles* in questione, C. E. DU PERRON, *Art. 6:110: Stipulation in Favour of Third Party*, in *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, London, Boston, 1998, pp. 282 e ss. Nonché le *Notes* all'art. 6.110 dei *Principles* e, sul punto, in specie, O. LANDO, H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, The Hague, Kluwer, 2000, pp. 332 e ss. Per l'edizione italiana dei *PECL* cfr., invece, C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, Milano, 2001, pp. 360 e ss.

notorietà dell'identità del terzo al momento della conclusione del contratto. Una regola significativa è, invece, quella sancita nel secondo comma: nel caso di rinuncia del terzo al diritto alla prestazione, i *Principles of European Contract Law* stabiliscono, *expressis verbis*, che il diritto deve considerarsi come non mai acquistato dal terzo. Da ultimo, viene disposto che lo stipulante può, tramite comunicazione al promittente, revocare il beneficio al terzo, salvi due casi, in particolare: se il terzo ha ricevuto dallo stipulante *ex ante*, la comunicazione che il diritto attribuitogli ha natura irrevocabile, ovvero nel caso il terzo abbia dato comunicazione al promittente o allo stipulante di volerne profittare²³³.

Venendo a trattare la normativa espressa in materia di contratto concluso in favore del terzo dai Principi UNIDROIT del 2004, la stessa appare, *ictu oculi*, non molto dissimile da quella enucleata sull'istituto già dai *Principles of European Contract Law* e, successivamente, dal *Draft*. I tratti fondamentali della disciplina contenuta negli artt. 5.2.1-5.2.6²³⁴, possono così essere sintetizzati: al promittente e allo

²³³ Più precisamente, l'articolo dei *Principles of European Contract Law* poc' anzi esaminato, risulta in questo modo riformulato da parte del gruppo AHC-SLC, all'art. 7:107: (*Stipulation in Favour of a Third Party*). *The contracting parties may conclude a contract under which one of them undertakes to perform an obligation in favour of a third party which must be a capable of being determined at the time of the execution of the promise. As long as the third party has not accepted the benefit of the stipulation made in its favour, the stipulation may be freely reboked by the party making the stipulation. The third party is the beneficiary of a direct right against the promisor and can invoke any defences arising out of the contract with the party making the stipulation.* Cfr. F. MATTIOLI, *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, v. *Contratto a favore di terzi*, cit., p. 180, nt. 2.

²³⁴ Cfr. Principi UNIDROIT, art. 5.2.1: (*Contracts in favour of third parties*). (1) *The parties (the "promisor" and the "promisee") may confer by express or implied agreement a right on a third party (the "beneficiary").* (2) *The existence and*

stipulante è attribuita la facoltà di attribuire, in modo espresso o implicito, un diritto ad un terzo, il cui contenuto è determinato dallo stesso accordo tra le parti. In termini analoghi a quelli previsti dai *Principles* così come dallo stesso *Draft*²³⁵, il beneficiario deve essere identificabile in base al contratto, ma non vi è bisogno che lo stesso sia esistente al momento della conclusione della stipulazione. Il diritto attribuito al terzo beneficiario può anche consistere nel diritto di invocare una clausola nel contratto che escluda o limiti la sua responsabilità. Infine, le parti contraenti possono modificare o revocare il contenuto dei diritti attribuiti in base al contratto fino a quando il beneficiario non li abbia accettati oppure, quando abbia agito facendo ragionevolmente affidamento su di essi²³⁶.

content of the beneficiary's right against the promisor are determined by the agreement of the parties and are subject to any conditions or other limitations under the agreement. Art. 5.2.2: (Third party identifiable). The beneficiary must be identifiable with adequate certainty by the contract but need not be in existence at the time the contract is made. Art. 5.2.3: (Exclusion and limitation clauses). The conferment of rights in the beneficiary includes the right to invoke a clause in the contract which excludes or limits the liability of the beneficiary. Art. 5.2.4: (Defences). The promisor may assert against the beneficiary all defences which the promisor could assert against the promisee. Art. 5.2.5: (Revocation). The parties may modify or revoke the rights conferred by the contract on the beneficiary until the beneficiary has accepted them or reasonably acted in reliance on them. Art. 5.2.6: (Renunciation). The beneficiary may renounce a right conferred on it.

²³⁵ Cfr. dei *Principles of European Contract Law* l'art. 6:110 (1) seconda parte e del *Draft Common Frame of Reference* l'art. II – 9:301 (1) seconda parte.

²³⁶ Caso, quest'ultimo, connotato di notevole interesse giuridico in materia di contratto a favore del terzo, data la sua originalità e la sua riproposizione sostanzialmente identica all'interno della disciplina che il *Draft* dedica al rifiuto o alla revoca del beneficio, art. II. – 9:303 (3): *Even if the right or benefit conferred is by virtue of the contract revocable or subject to modification, the right to revoke or modify is lost if the parties have, or the party having the right to revoke or modify has, led the third party to believe that it is not revocable or subject to modification and if the third party has reasonably acted in reliance on it.* Cfr. M. J. BONNELL, R. PELEGRI, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical table*, in *Uniform Law Review/Revue*

III.6 La disciplina del contratto a favore del terzo nel *Draft* (artt. II-9:301, II-9:302, II-9:303)

Il regime previsto dal *Draft Common Frame of Reference*, in merito alla figura del contratto a favore del terzo, nella sua ultima stesura del 2009²³⁷ si presenta, nella sostanza, assai più articolato e complesso di quello delineato precedentemente dai *Principles of European Contract Law*.

Come già accennato in precedenza, la scelta normativa prescelta dai compilatori risulta già espressa chiaramente nell'*Introduction*, premessa al *Draft*, al n. 44, che, individuando in tale *species* contrattuale una delle tematiche maggiormente soggette a sviluppi normativi ed innovazioni, si esprime in tal senso: “*For example, the PECL rules on stipulations in favour of third parties, although a considerable achievement at the time, seemed in need of some expansion in the light of recent developments in national systems and international instruments*²³⁸”. Nello specifico, l’art. 6:110 dei

de droit uniforme, XIV, Milano, 2009, pp. 440 e ss. e pp. 510 e ss.; F. MATTIOLI, *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, v. *Contratto a favore di terzi*, cit., p. 180, nt. 3; C. VON BAR, E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*, I, Munich, 2009, pp. 616 e ss.

²³⁷ Per i riferimenti bibliografici sulla storia, l’evoluzione ed il testo definitivo del *Draft*, cfr., *retro* p. 124, nt. 232.

²³⁸ Cfr., sul punto, C. VON BAR, E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*, I, cit., p. 615. F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 179, nt. 1.

Principles viene sostituito da un'intera Sezione (*Effect of stipulation in favour of a third party*), composta da tre differenti articoli²³⁹.

In primo luogo, l'art. II. – 9:301 prevede che le parti contraenti attraverso il contratto hanno la facoltà di attribuire ad un terzo un diritto ovvero un altro beneficio, secondo le modalità stabilite con lo stesso contratto²⁴⁰.

²³⁹ Cfr. il *Draft Common Frame of Reference*, art. II. – 9:301: (*Basic rules*). (1) *The parties to a contract may, by the contract, confer to a right or other benefit on a third party. The third party need not be in existence or identified at the time the contract is concluded.* (2) *The nature and content of the third party's right or benefit are determined by the contract and are subject to any conditions or other limitations under the contract.* (3) *The benefit conferred may take the form of an exclusion or limitation of the third party's liability to one of the contracting parties.* Art. II. – 9:302: (*Rights, remedies and defences*). *Where one of the contracting parties is bound to render a performance to the third party under the contract, then, in the absence of provision to the contrary in the contract: (a) the third party has the same rights to performance and remedies for non-performance as if the contracting party was bound to render the performance under a binding unilateral undertaking in favour of the third party; and (b) the contracting party may assert against the third party all defences which the contracting party could assert against the other party to the contract.* Art. II – 9: 303: (*Rejection or revocation of benefit*). (1) *The third party may reject the right or benefit by notice to either of the contracting parties, if that is done without undue delay after being notified of the right or benefit and before it has been expressly or impliedly accepted. On such rejection, the right or benefit is treated as never having accrued to the third party.* (2) *The contracting parties may remove or modify the contractual term conferring the right or benefit if this is done before either of them has given the third party notice that the right or benefit has been conferred. The contract determines whether and by whom and in what circumstances the right or benefit can be revoked or modified after that time .* (3) *Even if the right or benefit conferred is by virtue of the contract revocable or subject to modification, the right to revoke or modify is lost if the parties have, or the party having the right to revoke or modify has, led the third party to believe that it is not revocable or subject to modification and if the third party has reasonably acted in reliance on it.*

²⁴⁰ Appare significativa la posizione del *Draft* nel fare riferimento alla facoltà per il promittente e per lo stipulante di conferire al terzo un diritto o un altro beneficio (“*a right or other benefit*”). Cfr. art. II. – 9:301: (1) *The parties to a contract may, by the contract, confer to a right or other benefit on a third party. The third party need not be in existence or identified at the time the contract is concluded.* Cfr. il

In secondo luogo, in conformità alla disciplina enucleata dai *Principles* e dai Principi UNIDROIT, si precisa la non necessaria esistenza del terzo, o della sua identificazione, al momento conclusivo del contratto²⁴¹, nonché che il diritto o altro beneficio conferito può avere ad oggetto anche l'estinzione o la limitazione dell'obbligazione del terzo nei confronti di una delle parti contraenti²⁴².

In terzo luogo, ai sensi dell'art. II – 9:302, al terzo sono garantiti gli stessi identici diritti all'adempimento e gli stessi strumenti di tutela dall'inadempimento che avrebbe avuto *ex lege* se la parte obbligata alla prestazione nei suoi confronti fosse vincolata in base ad una promessa unilaterale vincolante. Correlativamente l'obbligato può esperire nei confronti del terzo tutti i mezzi di difesa che potrebbe esperire nei confronti della controparte contrattuale²⁴³.

Comments A all'art. II. – 9:301 del *Draft*: C. VON BAR, E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*, I, cit., p. 616; F. MATTIOLI, *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, v. *Contratto a favore di terzi*, cit., p. 180, nt. 3.

²⁴¹ Cfr. art. 6:110 (1) seconda parte dei *Principles of European Contract Law* (“*The third party need not be identified at the time the agreement is concluded*”) e l'art. 5.2.2 dei Principi UNIDROIT (“*The beneficiary must be identifiable with adequate certainty by the contract but need not be in existence at the time the contract is made*”). In una prospettiva diversa, ma non dissimile, deve porsi la riformulazione dell'art. 6:110 dei *Principles* ad opera del gruppo AHC-SLC, che richiede, prendendo tuttavia in considerazione la fase dell'esecuzione, in tale momento l'identificazione certa del terzo, v. *supra* nt. 235.

²⁴² Per un riscontro di quest'ultimo riferimento nei codici europei si veda, ad esempio, il *Código civil português* che si esprime in tal senso all' art. 443 (2): *Por contrato a favor de terceiro, têm as partes ainda a possibilidade de reverter o contrato ou ceder créditos, e bem assim de constituir, modificar, transmitir ou extinguir direitos reais*.

²⁴³ Così F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 181.

Infine, prendendo in esame il disposto di cui all'art. II – 9:303, il terzo può rifiutare il diritto o il beneficio mediante comunicazione ad uno dei contraenti²⁴⁴, sempre che ciò avvenga senza indebito ritardo, dopo aver ricevuto notizia del conferimento del diritto o del beneficio in suo favore e prima di averlo, in maniera esplicita od implicita, accettato²⁴⁵. Il rifiuto del terzo non è l'unica causa di estinzione del beneficio; le parti contraenti, precisamente, possono revocare o modificare il contenuto del contratto prima che l'una o l'altra abbia dato comunicazione al terzo del conferimento del diritto o di altro beneficio²⁴⁶. Viene sancita, da ultimo, una previsione dalla quale emerge un certo *favor* dei compilatori del *Draft* per la figura del

²⁴⁴ Presupposto del rifiuto del terzo di profittare del beneficio o del diritto conferito in suo favore è, dunque, la precedente comunicazione al proposito di una delle parti contraenti. Cfr., per un'analisi critica, il *Comment H* dei *Principles*: C. E DU PERRON, *Art. 6:110: Stipulation in Favour of Third Party*, cit., p. 282.

²⁴⁵ Per quanto riguarda lo schema contrattuale dell'accettazione, si prevede che debba essere data con apposita comunicazione, oppure per *facta concludentia*: l'accettazione cioè può essere ricavabile anche dall'agire del terzo una volta pervenuta la comunicazione che lo informa del diritto o del beneficio conferitogli. Cfr. C. E DU PERRON, *Art. 6:110: Stipulation in Favour of Third Party*, cit., p. 283; C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, cit., p. 359; P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., p. 394. Per un'analisi comparatistica con la disciplina prevista dai codici moderni riguardo l'accettazione da parte del terzo, si vedano, in specie, le particolari ipotesi previste dall'art. 6.253 del *Nederlandes Burgerlijk Wetboek* e dall'1449 del *Code civil* del Québec (v. *retro* p. 120, nt. 224); per una previsione, al contrario, conservatrice si veda il *Código civil* portoghese all'art. 447: (*Rejeição ou adesão do terceiro beneficiário*). (1) *O terceiro pode rejeitar a promessa ou aderir a ela*. (2) *A rejeição faz-se mediante declaração ao promitente, o qual deve comunicá-la ao promissário; se culposamente deixar de o fazer, é responsável em face deste*. (3) *A adesão faz-se mediante declaração, tanto ao promitente como ao promissário*.

²⁴⁶ Qualcosa di simile avviene nel diritto tedesco, in virtù di quanto disposto dal del *Bürgerliches Gesetzbuch* al § 333: (*Zurückweisung des Rechts durch den Dritten*). *Weist der Dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenrgerliches Gesetzbuch: Weist der Dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben*.

contratto a favore di terzi: è stabilito, infatti, che la possibilità di revoca o di modificazione concessa alle parti contraenti viene comunque meno se il terzo viene indotto a ritenere che il diritto o il beneficio attribuitogli siano irrevocabili o immodificabili e qualora il terzo abbia ragionevolmente agito in conseguenza²⁴⁷.

III.7 Il *Vertrag zugunsten Dritter* nei §§ 328-335 del BGB

In territorio tedesco la disciplina del contratto a favore di terzi (*Vertrag zugunsten Dritter*) è contenuta nei §§ 328-335 del *Bürgerliches Gesetzbuch*.

In ossequio al § 328, 1° co., in caso di stipulazione a favore del terzo il beneficiario del contratto acquista direttamente (*unmittelbar*) il diritto alla prestazione stessa.²⁴⁸. Anche in Germania, per configurarsi la fattispecie del contratto a favore del terzo, è necessario che le parti

²⁴⁷ Si può rilevare come la disciplina posta nell'art. II – 9:303 (3) del *Draft*, benché riprenda quella sancita nell'art. 6:110 (3), lett. a) dei *Principles*, risulta riscritta in termini più ampi ed in maniera più complessa. Inoltre, viene previsto, a differenza di quanto accadeva prima nei *Principles*, la revocabilità del beneficio concessa al terzo in caso di precedente comunicazione a quest'ultimo dell'irrevocabilità del beneficio attribuitogli. Cfr, in specie, F. MATTIOLI, *Contratto a favore di terzi*, in *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 183, nt. 9. Si veda il *Comment C* all'art. II. – 9:303 del *Draft*: C. VON BAR, E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*, I, cit., p. 626.

²⁴⁸ Cfr. il § 328 BGB: (*Vertrag zugunsten Dritter*). (1) *Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern*. Sulla normativa tedesca cfr., in ispecie, P. GALLO, s.v. *Contratto a favore del terzo in diritto comparato*, cit., pp. 252 e ss.

lo abbiano voluto (*der echte Vertrag zugunsten Dritter*), ovvero che vi sia attribuzione diretta del diritto al terzo beneficiario²⁴⁹.

Secondo quanto disposto dal § 328, 2° co., in mancanza di un'esplicita manifestazione di volontà delle parti di stipulare a favore del terzo, la stessa deve essere desunta dalle circostanze di fatto o di diritto, ovvero dallo scopo o dalla natura del contratto²⁵⁰. Tuttavia, la giurisprudenza in materia è ormai unanime a favore di un'interpretazione estesa, sulla scorta di quanto similmente è accaduto in Francia, nell'ammettere il contratto a favore del terzo anche nel caso di un'espressa disposizione delle parti contraenti in tal senso²⁵¹.

²⁴⁹ In altre parole, non si ha contratto a favore di terzi quando il promittente ha la facoltà di liberarsi dalla vincolatività dell'obbligazione semplicemente pagando il terzo (*unerechter oder ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter*).

²⁵⁰ Cfr. il § 328 BGB: (2) *In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus dem Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragsschließende die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern*. Cfr. in dottrina per un *excursus* storico e per un commento dogmatico del § 328 BGB cfr., in specie, W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., pp. 182 e ss.; E. VON CAEMMERER, *Verträge zugunsten Dritter*, in *Festschrift für F. Wieacker*, Göttingen, 1978, pp. 311 e ss.; W. LORENZ, *Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse*, in *JZ*, 1960, pp. 108 e ss.

²⁵¹ Un'applicazione molto interessante di tale caso, è riscontrabile in materia di *Treuhandverträgen*, ossia di contratti fiduciari, un istituto che per certi versi è assimilabile al *trust* angloamericano. Per *Treuhand* si intende un contratto in forza del quale un fiduciario, che prende il nome di *Truhänder*, viene ad assumere l'impegno di amministrare determinati beni, solitamente un pacchetto di titoli di credito (*Vermögensstücke*), per conto di un fiduciante, a favore di un terzo beneficiario. Un problema sorto in Germania, ampiamente discusso in dottrina come in giurisprudenza e sul quale si avrà modo di tornare (v. *infra* cap. III.8), è se il terzo beneficiario possa agire direttamente contro il *Truhänder* per pretendere quanto disposto in suo favore. La maggior parte della giurisprudenza ha ammesso l'esistenza di tale azione diretta, proprio avvalendosi della normativa dettata sull'istituto del contratto a favore del terzo. Cfr. P. GALLO, s.v. *Contratto a favore del terzo in diritto comparato*, cit., p. 252; D. LIEBICH, K. MATHEWS, *Treuhand und Treuhänder in Recht*

Il BGB non dispone in modo univoco il momento in cui la stipulazione a favore dei terzi diviene irrevocabile, ma si limita nell'affermare che nel caso di mancanza di una statuizione espressa in tal senso dalle parti, come già detto, occorre desumere la loro volontà di attribuire un beneficio al terzo dalle circostanze e dallo scopo del contratto, particolarmente, se i contraenti abbiano voluto riservarsi la possibilità o meno di modificare o di revocare la statuizione in favore del terzo, anche senza il suo consenso.

In questo senso il *Vertrag zugunsten Dritter* al § 329 del BGB, viene a dettare una regola interpretativa, volta chiaramente a completare la disciplina dettata dal § 328, per cui, sempre in mancanza di espressa statuizione delle parti, nel caso particolare in cui qualcuno abbia assunto l'impegno di estinguere una obbligazione altrui, nel dubbio, si deve ritenere che alcun diritto abbia acquistato il creditore nei suoi confronti²⁵².

und Wirtschaft, Berlin, 1983², pp. 166 e ss.; J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum BGB*, Berlin, 1983¹², sub § 328, nn. 47 e ss.

²⁵² Cfr. il § 329 BGB: (*Auslegungsregel bei Erfüllungsübernahme*). *Verpflichtet sich in einem Vertrag der eine Teil zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Teils, ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von ihm zu fordern*. Casi specifici di applicazione nei quali vige la regola interpretativa opposta sono quelli in materia di assicurazione sulla vita o di rendita vitalizia: nel dubbio in tale *sedes* si deve ritenere che le parti abbiano voluto attribuire al terzo il diritto ad esigere la prestazione, come stabilito dal successivo § 330: (*Auslegungsregel bei Leibrentenvertrag*). (1) *Wird in einem Leibrentenvertrag die Zahlung der Leibrente an einen Dritten vereinbart, ist im Zweifel anzunehmen, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern*. (2) *Das Gleiche gilt, wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt oder bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme von dem Übernehmer eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen wird*. La dottrina tedesca ha inoltre cura di precisare come comunque, in questi casi, si tratti di figure diverse. Cfr., per tutti, J. EESSER, E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, I,

Il § 331 del BGB disciplina l'ipotesi peculiare di prestazione a favore del terzo da effettuarsi dopo la morte dello stipulante²⁵³. Ai sensi del § 332 del BGB, nei casi e con le modalità ivi previsti, è possibile sostituire una terza persona al beneficiario, mentre in base al § 333, in caso di rinuncia nei confronti del promittente del terzo beneficiario, il diritto si ha come non mai acquistato dal terzo²⁵⁴, regola interamente sovrapponibile a quella prevista, da ultimo, dal *Draft* all'art. II. – 9: 303.

Similmente a quanto dettato dalle norme in materia di contratto a favore di terzo dai codici più recenti, al § 334 si stabilisce che il promittente può opporre le eccezioni derivanti dal contratto anche nei confronti del terzo e, infine, al § 335 che lo stipulante può pretendere l'adempimento a favore del terzo anche nel caso in cui questi abbia acquistato il diritto alla prestazione²⁵⁵.

Allgemeiner Teil, tomo II, Heidelberg, 1993⁷, pp. 251 e ss.; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Heidelberg, New York, 1979³, pp. 330 e ss.; O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 2001⁶⁰, pp. 424 e ss. *Contra* E. VON CAEMMERER, *Verträge zugunsten Dritter*, in *Festschrift für F. Wieacker*, Göttingen, 1978, pp. 311 e ss.

²⁵³ Cfr. il § 331 BGB: (*Leistung nach Todesfall*). (1) *Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers*. (2) *Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten, so kann das Versprechen, an den Dritten zu leisten, nur dann noch aufgehoben oder geändert werden, wenn die Befugnis dazu vorbehalten worden ist*.

²⁵⁴ Cfr. il § 333 BGB: (*Zurückweisung des Rechts durch den Dritten*). *Weist der Dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben*.

²⁵⁵ Cfr. il § 334 BGB: (*Einwendungen des Schuldners gegenüber dem Dritten*). *Einwendungen aus dem Vertrag stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu*. E il § 335 BGB: (*Forderungsrecht des Versprechensempfängers*). *Der Versprechensempfänger kann, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragsschließenden anzunehmen ist, die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht*.

Un'altra figura contrattuale della quale si occupa il codice tedesco nell'ambito della trattazione sull'istituto del contratto a favore del terzo, alla luce della riforma del diritto delle obbligazioni del 2001, è il cosiddetto *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten*. La peculiarità di tali contratti *mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten* non configurabili, se non idealisticamente, nel nostro ordinamento, risiede nel fatto che all'inadempimento o alla cattiva esecuzione della prestazione la controparte, ma anche chi, pur essendo del tutto estraneo al rapporto contrattuale, abbia subito il danno, può pretendere il risarcimento *ex contractu* dello stesso. In Germania, lo strumento contrattuale svolge, quindi, il ruolo di supplente normativo, ogniqualvolta sarebbe impossibile, o perlomeno molto difficile, configurare una responsabilità extracontrattuale in capo all'autore del fatto dannoso²⁵⁶.

III.8 L'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale della *Cour de Cassation* e della *Bundesgerichtshof*

L'estensione ai terzi degli effetti giuridici favorevoli del contratto non è una prerogativa esclusiva della volontà delle parti.

²⁵⁶ Per comprendere la *ratio* che ha indotto il legislatore tedesco a costruire una tale figura contrattuale con la previsione di una «espansione di tutela nei confronti dei terzi danneggiati», bisogna aver ben presente la rigidità del sistema previsto dal BGB in materia di illeciti. Ciò vale, essenzialmente, per la proprietà e l'integrità fisica, come disposto dal § 823 BGB. Particolarmente, il problema si è posto con intensità in materia di danni puramente economici (*reine Vermögensschäden*). Si veda l'applicazione dei giudici tedeschi del contratto cosiddetto *mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten*, soprattutto in materia di responsabilità dei professionisti. Cfr., P. GALLO, s.v. *Contratto a favore del terzo in diritto comparato*, cit., p. 253.

Al di fuori del campo di applicazione selettiva dell'istituto del contratto a favore dei terzi, infatti, vengono ad assumere sempre maggiore importanza, soprattutto nella prassi straniera, i casi in cui il terzo, benché sia estraneo al rapporto contrattuale ma che al contempo si collochi in una posizione di "prossimità" rispetto ad una delle parti principali del contratto, abbia uno specifico interesse all'esatta esecuzione dello stesso.

È risalente agli anni Trenta, ossia ai primi anni di applicazione del BGB, il famoso caso, divenuto paradigmatico nella giurisprudenza tedesca, per aver aperto la strada all'applicazione sistematica della nuova categoria del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi (*mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten*), del conduttore di un immobile e dei suoi familiari che subirono dei danni pregiudizievoli per la inesatta esecuzione dei lavori commissionati dal locatore²⁵⁷. In quella circostanza il *Reichsgericht* ritenne che fosse configurabile un contratto di locazione a favore di terzi e che il soggetto che aveva posto in essere i lavori dovesse essere considerato come ausiliario del locatore.

²⁵⁷ Si fa riferimento alla sentenza del 5 ottobre del 1917 del *Reichsgericht*, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 1918, pp. 21 e ss. Si veda, altresì, la sentenza analoga di qualche anno dopo, del 3 giugno 1921 del *Reichsgericht*, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 1921, pp. 232 e ss.; o ancora, la sentenza emblematica del 10 febbraio 1930 del *Reichsgericht*, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 1930, pp. 218 e ss. Per il commento della dottrina italiana alla originaria sentenza, cfr. l'appendice alla *Relazione introduttiva al volume collettaneo di A. SOMMA, L'esperienza tedesca, in Effetti del contratto nei confronti dei terzi* (a cura di G. Alpa, E. Fusaro), Milano, 2000, pp. 107 e ss. A tale sentenza, in particolare, la dottrina tedesca fa risalire la fortuna del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi. Sul punto cfr. W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., p. 182.

Tuttavia è a partire dagli anni Sessanta che la giurisprudenza tedesca si è servita in maniera significativa del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi quale *humus fertile* per estendere maggiormente le maglie strette del danno risarcibile. Come si è accennato in precedenza, infatti, l'inesatta esecuzione dell'adempimento scaturente dal contratto può essere, per il terzo, anche causa di danni meramente economici (*reine Vermögensschaden*), ossia che non attengono alla persona ovvero alla sfera patrimoniale del terzo ma che consistono, invece, in una perdita economica derivante dall'inadempimento della prestazione²⁵⁸.

Precisamente, in un caso pervenuto all'attenzione del *Bundesgerichtshof* nel 1965, noto sotto il nome di *Testamentfall*, un professionista venne ritenuto responsabile *ex contractu* nei confronti della figlia del *de cuius* per aver ritardato colpevolmente la redazione del testamento con il quale il padre intendeva istituirla erede universale, aprendo di fatto la successione legittima²⁵⁹.

²⁵⁸ In merito nella dottrina tedesca cfr., in specie, W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., pp. 186 e ss. Per la dottrina italiana cfr., soprattutto, C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.* 3, 2009, pp. 679 e ss.; M. MAGGILOLO, *Effetti contrattuali a favore del terzo*, cit., pp. 39 e ss.; A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Atti del IV Convegno Internazionale ARISTEC (Roma, 13-16 settembre 1999), Torino, 2001, p. 113.

²⁵⁹ Cfr. la sentenza del 6 luglio 1965, in *Neue Jur. Wochenschrift*, 1965, p. 1955, e in *Juristen Zeitung*, 1966, p. 141, con nota critica di W. LORENZ, *Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse*, cit., p. 145. Il *Bundesgerichtshof*, quindi, ha ritenuto doveroso, nel caso di specie, concedere la tutela al terzo, benchè la figlia del *de cuius* fosse portatrice di un interesse meramente economico, estendendo l'area protettiva del contratto stipulato dal padre con il professionista. Sulla sentenza cfr. A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, cit., p. 8, nt. 15; P. GALLO, s.v. *Contratto a favore del terzo in diritto comparato*, cit., p. 254, nt. 28;

Sempre in materia di danni meramente economici, la giurisprudenza tedesca ha esteso gli effetti protettivi del contratto ad un secondo gruppo di casi che concernono invece la responsabilità civile dei professionisti. Si pensi al caso esemplare della responsabilità civile del consulente per le informazioni inesatte, precisamente di un perito immobiliare incaricato dal proprietario di un immobile per la stima di un bene di sua proprietà²⁶⁰. Attraverso l'utilizzazione della figura contrattuale di elaborazione giurisprudenziale del *mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten*, anche in questo caso il *Bundesgerichtshof* ha riconosciuto tutela al terzo acquirente dell'immobile, prospettando una responsabilità precontrattuale da affidamento del consulente, avendo quest'ultimo, con il suo comportamento, ingenerato un affidamento incolpevole nel terzo, per via del suo *status* professionale. È allora conforme alla legge, secondo il *Bundesgerichtshof*, sancire una responsabilità civile diretta del consulente immobiliare nei confronti dell'acquirente, concretizzandosi il danno in un pagamento eccessivamente oneroso subito dal terzo fondato sulla base della stima del bene fatta dal professionista²⁶¹.

W. LORENZ, *Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse*, cit., pp. 143 e ss.; M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a favore del terzo*, cit., p. 59. Circa trent'anni dopo la decisione del *Bundesgerichtshof*, una fattispecie analoga si pose all'attenzione della giurisprudenza inglese, il noto caso *White v. Jones* del 1995, al quale, tuttavia, la Camera dei *Lords*, sul presupposto della tassativa applicazione del dogma della *privity of contract*, diede risoluzione diametralmente opposta.

²⁶⁰ Si fa riferimento alla sentenza del 10 novembre del 1994 del *Bundesgerichtshof*, in *Juristen Zeitung*, 1995, p. 306. Per un commento critico della sentenza si veda, in particolare, W. CANARIS, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nitchtigen Verträgen*, in *JZ*, 1965, pp. 441 e ss.

²⁶¹ Spesso la giurisprudenza, nell'applicazione concreta del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, ha utilizzato, come appiglio giuridico per risolvere talune sentenze, una norma generale delle obbligazioni che impernia l'intero siste-

Malgrado la censura dottrinale di tale orientamento, con la legge del novembre 2001, il legislatore tedesco sembra muoversi proprio nella direzione appena delineata. Infatti, il combinato disposto del § 311, 3° co. con il § 241, 2° co., del BGB, come novellato dalla riforma, fa espressamente riferimento ad una responsabilità precontrattuale da affidamento, che viene così elevata quale modello di responsabilità per i danni nei confronti della persona o del patrimonio del terzo²⁶².

Diversamente a quanto appena trattato sulla disciplina della tutela degli effetti estensivi del contratto a favore del terzo nella

ma contrattuale tedesco, ossia il § 242 del BGB, il quale impone di adempiere le obbligazioni in modo conforme a quanto richiesto dalla buona fede. Cfr. il § 242 BGB: (*Leistung nach Treu und Glauben*). *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*. Sull'utilizzo del principio di buona fede e correttezza nella giurisprudenza tedesca si veda, in particolar modo, W. CANARIS, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nitchtigen Verträgen*, cit., pp. 475 e ss.; A. DIMAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, cit., p. 16; C. E. DU PERRON, *Contract and Third Parties*, cit., pp. 323 e ss.; E. MOSCATI, *I rime-di contrattuali a favore dei terzi*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 2003, pp. 16 e ss.; M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a favore del terzo*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 2001, pp. 55 e ss.; D. MEDICUS, *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, pp. 118 e ss., particolarmente p. 119.

²⁶² In forza dei quali i doveri di protezione *ex* § 241, 2° co., vengono estesi dal § 311, 3° co., a chi non è parte del contratto. Cfr. il § 241 del BGB: (*Pflichten aus dem Schuldverhältnis*). (2) *Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*. E il § 311 del BGB: (*Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*). (3) *Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst*. La soluzione adottata, fondata sul modello della *culpa in contraendo*, trova i suoi referenti dogmatici nelle teorie di W. CANARIS (cit., v. *retro* nt. 262-263), e, in ispecie, in talune rilevanti sentenze orientate in questo senso. Si veda, da ultimo, la sentenza del 13 novembre 1997 del *Bundesgerichtshof*, in *Juristen Zeitung*, 1998, pp. 624 e ss.

giurisprudenza tedesca, nell'esperienza giuridica francese ed italiana non si è sentita la necessità di una contrattualizzazione della responsabilità civile. In tali sistemi il risarcimento del danno meramente economico è giustificabile, almeno sul piano teorico, o comunque logico-giuridico, sulla scorta degli artt. 1382-1383 del *Code civil* e dell'art. 2043 del codice del 1942, che stabiliscono, per l'appunto, una responsabilità di tipo extracontrattuale²⁶³.

Dunque la soluzione generale sostanziale è stata quella di prevedere una responsabilità di tipologia extracontrattuale nell'ipotesi

²⁶³ Cfr. l'art. 1382 *Code civil*: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.* L'art. 1383 *Code civil*: *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.* L'art. 2043 del Codice civile italiano: *(Risarcimento per fatto illecito). Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.* È necessario precisare, tuttavia, che nonostante la collocazione generale nella tipologia di responsabilità extracontrattuale in caso di informazioni inesatte, la giurisprudenza italiana ha optato per un accostamento alla dottrina tedesca (ai §§ 328-242 del BGB) che ha portato ad una soluzione di responsabilità *ex contractu* nei casi di responsabilità da *status* professionale. Su tale orientamento e per gli impulsi provenienti dalla dottrina si vedano C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, pp. 221 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.*, IV, 1995, pp. 356 e ss. *Contra* F. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, pp. 540 e ss., che intravedeva nella contrattualizzazione della responsabilità un pleonastico tentativo da parte della dottrina che avrebbe portato soltanto ad inutili complicità. Fra le due diverse soluzioni prospettate, appare pertinente citare la recente l. 2017 n. 24 (decreto Gelli) in tema di responsabilità medica, che di recente ha trasfuso nuovamente la responsabilità da danno civile dei medici da quella ex art. 1218, fondata su una categoria certamente di giurisprudenza creativa come quella del c.d. "contatto sociale", a quella ex art. 2043 da fatto illecito.

del danno subito dal terzo estraneo al contratto per l'inesatto adempimento della prestazione²⁶⁴.

Nel corso del XX secolo, in numerose occasioni la *Cour de Cassation* ha oscillato tra un disconoscimento, in ossequio al principio di relatività dei contratti, o di un'assimilazione delle due responsabilità, posizione affermata, da ultimo, dalla *Prèmiere Chambre Civile de la Cour de Cassation*²⁶⁵.

L'estensione della tutela al terzo estraneo al rapporto contrattuale, per i danni sulla sua persona o sul suo patrimonio, dovuti all'inesatta esecuzione di un contratto, è stata, nel tempo, problematica costante anche nella giurisprudenza francese, ove è stata riconosciuta, già negli anni Trenta, una tutela nascente da contratto, quindi *ex art.* 1147 del *Code civil*²⁶⁶, e non già a titolo di responsabilità civile *ex artt.* 1382-1383, ai coniugi e ai figli del trasportato un diritto al risarcimento del danno, con la motivazione che nel contratto di trasporto fosse configurabile, anche in assenza di esplicita menzione,

²⁶⁴ Nonostante la soluzione apparentemente semplice e chiara data *per tabulas* dal legislatore che prevede per tali casi l'applicabilità degli artt. 1382-1383 del *Code civil* e, dunque, una responsabilità extracontrattuale, la questione sulla diversa qualificazione della responsabilità ha posto, in dottrina come in giurisprudenza, non poche riserve in relazione con la problematica del terzo danneggiato da inadempimento contrattuale: si trattava, infatti, di stabilire se il terzo, che agisce in giudizio, abbia l'onere di provare una responsabilità extracontrattuale determinata, oppure se può fondare la sua pretesa risarcitoria sulla base del semplice inadempimento.

²⁶⁵ Cfr. la sentenza 8 luglio 2000 della *Prèmiere Chambre Civile de la Cour de Cassation*, in *Bull. civ.*, 2000, I, n° 221. Nel medesimo senso si vedano, le pronunce, della *Chambre Commerciale*, sentenza 8 ottobre 2002, in *Bull. civ.*, 2002, IV, n° 136 e sentenza 5 aprile 2005, in *Bull. civ.*, IV, n° 83.

²⁶⁶ Cfr. art. 1147 *Code civil*: *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.*

una stipulazione a favore di particolari soggetti terzi, costituenti il nucleo familiare più stretto²⁶⁷. Tramite l'espedito della *stipulation tacite pour autrui*²⁶⁸, la giurisprudenza ha in un certo qualmodo "contrattualizzato" la responsabilità civile, in variegate ipotesi²⁶⁹.

Nel corso degli anni Settanta, ha individuato un'ulteriore categoria giuridica alla quale estendere la responsabilità contrattuale al

²⁶⁷ Si tratta dell'emblematica sentenza 6 dicembre 1932 della *Cour de Cassation*, in *Dalloz*, 1933, I, p. 137, con nota critica di L. JOSSERAND, *La stipulation pour autrui dans le contrat de transport et le droit à réparation des héritiers de la victime d'un accident mortel*, in *Dalloz*, 1933, I, p. 137, ripreso, successivamente, da W. LORENZ, *Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse*, cit., p. 113, nt. 52.

²⁶⁸ Meccanismo giurisprudenziale che ha trovato nella dottrina maggioritaria forte ostilità, sostanzialmente in quanto considerato come produttivo di una operazione mentale teorizzabile soltanto astrattamente, inventata, dunque, ad *hoc* per risolvere il caso specifico. Cfr. L. JOSSERAND, *La stipulation pour autrui dans le contrat de transport et le droit à réparation des héritiers de la victime d'un accident mortel*, cit., p. 138.

²⁶⁹ I casi più frequenti nei quali si è riconosciuto al terzo estensione di tutela per inesatta esecuzione di un contratto altrui, sono state quelli in materia di prestazioni sanitarie. Così, ad esempio, nei casi di trasfusione del sangue infetto, si è affermato con costanza la responsabilità contrattuale diretta del centro fornitore del plasma nei confronti del soggetto destinatario della trasfusione, benchè il contratto fosse stato posto in essere dal centro fornitore con l'ente ospedaliero. In tal modo al terzo danneggiato dal sangue infetto veniva riconosciuta un'azione contrattuale diretta al fine di soddisfare la sua pretesa di *restitutio in integrum*. Cfr., in particolare, la sentenza 17 dicembre 1954 della *Cour de Cassation*, in *Dalloz*, 1955, I, p. 269, con nota di R. RODIÈRE, *La responsabilité contractuelle du Centre national de transfusion sanguine, en cas de contamination d'un malade hospitalisé*, esempio richiamato espressamente da E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, cit., p. 373, nt. 65. Sempre in tema di trasfusioni, lo stesso rimedio giurisdizionale è stato adottato ai casi di quelle persone vittime di trasfusioni contaminate dal virus dell'AIDS, essendo il centro di trasfusione obbligato ad acquistare prodotti esenti da vizi. Cfr., per questi casi, ad esempio, le statuizioni della *Prèmière Chambre Civile de la Cour de Cassation*, sentenza 14 novembre 1995, in *Bull. civ.*, 1995, I, n° 104 e sentenza 12 aprile 1995, in *Bull. civ.*, 1995, I, n° 179 e 180. L'orientamento fondato sulla finzione della *stipulation pour autrui implicite*, è rimasto inattaccato per un lungo periodo e, soltanto dopo una Direttiva CEE, n. 85/374 del 25 luglio 1985, in materia di vendita di prodotti difettosi, il ricorso alla stipulazione tacita a favore del terzo è stato abbandonato, per tornare nell'alveo della responsabilità extracontrattuale, in conformità al modello prediletto in ambito europeo.

pari del terzo beneficiario di una *stipulation pour autrui tacite*, vale a dire il cosiddetto “gruppo di contratti”. In particolare, con la categoria giuridica “gruppo di contratti” ci si riferisce ad una serie di contratti autonomi ed indipendenti gli uni dagli altri, ma collegati tra loro dato che concernono lo stesso oggetto, ovvero lo stesso scopo, e, per tale ragione, possono essere concettualmente considerati come costituenti di un'unica figura contrattuale²⁷⁰.

Tuttavia è con la sentenza 6 ottobre 2006, il famoso caso *Boot Shop*, che la l'Assemblea plenaria della *Cour de Cassation* derime l'annosa *quaestio* relativa alla natura dell'azione da concedere al terzo nei confronti della parte inadempiente, in caso di inadempimento o di inesatto adempimento del contratto²⁷¹.

²⁷⁰ Il “gruppo di contratti” può sostanziarsi, dunque, in un gruppo formato da contratti principali e da una serie di contratti accessori, o ancora, di una *chaînes de contrats* (“catena di contratti”), ossia di contratti tutti principali ma collegati tra loro da una connessione logica (si pensi alla catena produttore-consumatore). L'incertezza dottrinale sulla costruzione giuridica, si è riverberata manifestamente anche sul lato giurisprudenziale: di qui, le pronunce opposte della Prima e della Terza Camera Civile *de la Cour de Cassation* le quali affermarono dapprima l'ammissibilità del riconoscimento dell'azione diretta in capo terzo nei casi di “gruppo di contratti”, mentre fu di avviso contrario la Terza Camera, nel senso di non ammettere l'allargamento dell'azione diretta al terzo, salvo il caso di catena contrattuale traslativa di proprietà. Cfr., ad esempio, per le pronunce della Prima Camera Civile *de la Cour de cassation*, le sentenze 21 giugno 1988, in *Bull. civ.*, 1988, I, n° 202 e 31 ottobre 1989, *Bull. civ.*, 1989, III, n° 199. A dirimere la controversia intervenne, infine, nel senso già ravvisato dalla Terza Camera, l'Assemblea plenaria con la sentenza del 12 luglio 1991, nota come il caso “*Besse*”, affermando che nell'ipotesi di catene contrattuali non omogenee, non fosse possibile ammettere l'estensione al terzo dell'azione diretta di natura contrattuale.

²⁷¹ Su questa fondamentale sentenza dell'Assemblea plenaria della *Cour de Cassation* cfr. specialmente, M. BILLIAU, *Du manquement contractuel engageant la responsabilité delictuelle du contractant vis-à-vis des tiers*, note a Cour de Cassation, Ass. plén., 6 oct. 2006, JPC, 2006, I, II 10181 pp. 2216 e ss.; G. VINEY, *La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage à son obligation contractuelle*, note a Cour de Cassation, Ass. plén., 6 oct. 2006, RTDciv, 2007, 123, pp. 2828 e ss.

Particolarmente, le posizioni prese dall'Assemblea plenaria sono stato oggetto di intensi dibattiti giuridici, specie da una parte della dottrina, che ha sostenuto che con la sentenza in questione la *Cour* abbia definitivamente consacrato il principio di identità tra la *faute délictuelle* e la *faute contractuelle*²⁷², anche se tra i più autorevoli si è sostenuto che la fattispecie esulasse dalla questione e riguardasse maggiormente il rapporto tra responsabilità contrattuale e nesso di causalità.

III.9 Applicazioni analogiche dell'istituto in materia commerciale: il *trust* ed i patti parasociali

Tra le stipulazioni e gli accordi rinvenibili nella prassi negoziale dei privati, meritano un succinto esame, per le interconnessioni che sono venute ad esistenza, nel nostro ordinamento, con l'istituto del contratto a favore del terzo e per l'importanza prettamente economica che sono venute ad acquisire in ambito del commercio, le discipline dei patti parasociali e del *trust*.

Alla categoria "patti parasociali" in materia societaria vengono ricondotte, generalmente, fattispecie fra di loro assai eterogenee. Tuttavia, appare necessario, per l'identificazione delle analogie con la figura contrattuale del contratto a favore del terzo che qui interessano,

²⁷² Cfr., in dottrina, J. FLOUR, J. L. AUBERT, È. SAVAUX, *Droit Civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Paris, 2012, pp. 115 e ss.; M. BILLIAU, *Du manquement contractuel engageant la responsabilité délictuelle du contractant vis-à-vis des tiers*, cit., p. 2216 e p. 2217; G. VINEY, *La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage à son obligation contractuelle*, cit., p. 2828.

guardare sotto la lente di ingrandimento propria dell'interprete giurista, soltanto quei patti con i quali i soci si obbligano ad erogare finanziamenti alla società, oppure a tenere degli specifici comportamenti a suo vantaggio (come, ad esempio, impegnandosi a concludere contratti o a trasferire beni in suo favore, ovvero a non esercitare attività concorrenti). In altre parole si tratta di obbligazioni che i soci assumono l'un l'altro allo scopo di eseguire una prestazione a favore della società, attribuendo, in tale maniera, alla stessa, un diritto nei confronti di ciascuno di loro²⁷³.

Senza dubbio alcuno le ipotesi prese in considerazione presentano alcuni tratti caratteristici dell'istituto di cui all'art. 1411 (si pensi, ad esempio, sotto il profilo dell'efficacia *ab externo* del patto, oppure per quanto riguarda l'interesse di ciascun socio all'attribuzione del diritto alla società individuabile, in particolare, nell'interesse allo svolgimento comune dell'attività d'impresa, né sembra determinante, per l'esclusione della assimilazione al contratto a favore del terzo, il rilievo che ciascun socio verrebbe ad assumere la duplice veste di

²⁷³ Secondo alcuni autori, soltanto questa ipotesi configurerebbe un contratto a favore di terzi. Cfr. F. GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965, p. 33 e ss.; R. COSTI, *I patti parasociali*, in AA. VV., *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998, pp. 113 e ss.; M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli artt. 2341-bis e 2341-ter del codice civile*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, IV, Torino, 2007, pp. 461 e ss.; U. MAJELLO, s.v. *Contratto a favore del terzo*, cit., pp. 249 e ss.; G. SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985, pp. 14 e ss.; M. SESTA, *Patti parasociali e contratto a favore di terzo*, in *Contratto e impresa*, 71, 1993, pp. 949 e ss.; altresì, M. SESTA, *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, pp. 953 e ss. È necessario sottolineare che ad attribuire ai patti parasociali i connotati e la natura del contratto a favore di terzi, grazie ad uno studio sistematico della dottrina tedesca più avanzata sul punto, è stato, per primo, con uno studio ancora oggi rimasto insuperato, G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, pp. 109 e ss.

stipulante e di promittente). In particolare, le perplessità, in dottrina come in giurisprudenza, si sono annidate, nell'ipotesi in questione, sulla problematica dell'applicabilità della disciplina del rifiuto, ovvero di quella della revoca²⁷⁴.

Spesso la giurisprudenza si è trovata unanime a ricondurre tale *species* di patti nascenti dall'autonomia negoziale delle parti private, alla categoria del contratto a favore di terzi²⁷⁵; al contrario, deve essere rilevato, la dottrina maggioritaria ha avuto in merito un atteggiamento ostativo²⁷⁶.

²⁷⁴ Su queste problematiche cfr., in modo particolare, U. MAJELLO, s.v. *Contratto a favore del terzo*, cit., p. 249.

²⁷⁵ Cfr., ad esempio, la sentenza 29 ottobre 1991 della Corte di Appello di Milano, con nota di F. IRRERA, in *Giur. it.*, 1992, I, pp. 552 e ss.; la sentenza 11 febbraio 1995 del Tribunale di Roma, con nota di A. FIGONE, *Ancora sui versamenti in conto capitale*, in *Soc.*, 1995, pp. 967 e ss.; la sentenza 7 marzo 1995 Corte di Appello de L'Aquila, con nota di M. AVAGLIANO, *Sui conferimenti in conto capitale: tra conferimenti e prestiti*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1996, pp. 58 e ss.

²⁷⁶ Si è contestato in particolare l'alterità tra interesse dei soci e della società. Se il contratto parasociale a favore della società si considerasse, infatti, mutando l'angolo di prospettiva, non come un complesso di rapporti reciproci tra i soci, bensì come assunzione di obblighi da parte di ciascuno di essi, si verrebbero a creare le condizioni per cui la società potrebbe, arbitrariamente, rifiutare talune prestazioni, o per cui il socio, correlativamente, potrebbe modificare la stipulazione in favore di un'altra società in cui egli ha maggiore interesse o, ancora, la situazione nella quale la dichiarazione di volerne profittare della società comporterebbe la irretrattabilità della disposizione fatta dai soci. Un altro ostacolo, inoltre, era stato rinvenuto che nella fattispecie tipica del contratto a favore del terzo, l'interesse dello stipulante è solitamente riscontrato nella *causa solvendi* o nella *causa donandi*, circostanze che apparivano incompatibili in materia societaria. Cfr. P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nella società di capitali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 1988, pp. 505 e ss.; C. ANGELICI, s.v. *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *ED*, XLII, Milano, 1990, pp. 1020 e ss.; L. V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi. Artt. 1411-1413*, cit., pp. 173 e ss.; B. LIBONATI, *Riflessioni critiche sui sindacati di voto*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, I, 1989, pp. 513 e ss.; M. SESTA, *Patti parasociali e contratto a favore del terzo*, cit., pp. 950 e ss.; R. WEIGMANN, s.v. *Società per azioni*, in *DDP*, XIV, Torino, 1997, pp. 372 e ss. Una tesi intermedia, invece, ha richiamato, la classica distinzione tra contratto in favore del terzo in senso proprio, dotato di efficacia esterna, e contratto a vantaggio o con prestazione

Sull'annosa questione, è stata chiamata a pronunciarsi, infine, la Corte di Cassazione, con sentenza del 7 maggio 2014 n. 9846, la cui soluzione offre importanti spunti di riflessione interpretativa in merito alla natura giuridica del patto parasociale e dei suoi rapporti con il contratto a favore del terzo²⁷⁷.

Nel caso di specie, infatti, la Suprema Corte, ritenendo giusta la qualificazione giuridica attribuita dal giudice di appello al patto parasociale quale “contratto plurilaterale a comunione di scopo”, ha statuito nel senso che il patto parasociale debba essere considerato, inevitabilmente, quale mera convenzione atipica che si pone su un piano distinto, un “piano parasociale”, in quanto concernente rapporti strettamente personali tra i soci²⁷⁸.

Di fatto, il patto parasociale, può, in tale maniera, integrare anche la fattispecie di contratto a favore di terzo *ex art. 1411 c.c.*,

del terzo. Per tale tesi, ai fini della qualificazione dei patti parasociali in contratto a favore dei terzi, occorrerebbe ricostruire *ex post*, in via ermeneutica, l'intenzione dei soci, se era quella di attribuire alla società una prestazione a loro carico, configurando in tal modo la fattispecie del contratto a favore di terzi, o, al contrario se l'intenzione degli stessi era soltanto quella dettare regole comportamentali *inter partes* da seguire ad esempio nelle votazioni dell'assemblea (sindacati semplici), senza spogliarsi della possibilità di modificare o revocare l'accordo stesso. Cfr. M. SESTA, *I patti parasociali e contratto a favore del terzo*, cit., pp. 964 e ss.

²⁷⁷ Cfr. sentenza del 7 maggio 2014 della Corte di Cassazione, in *Giur. it.*, con nota di S. LUONI, *Il trasferimento di azioni in violazione della causa di prelazione statutaria*, 2014, pp. 1605 e ss.

²⁷⁸ Il “piano parasociale”, precisamente, deve essere tenuto su un livello logico-giuridico distinto dal “piano sociale”, avente, quest'ultimo, ad oggetto l'organizzazione della società, campo non sempre plausibile di investimento dai patti parasociali. I giudici di legittimità, nella sentenza di cui si tratta, hanno messo in luce, altresì, la non essenzialità, per potersi dire soddisfatta la configurabilità di un patto parasociale, che tutti i partecipanti all'accordo rivestano la qualità di socio.

allorquando l'oggetto della convenzione imponga di eseguire delle prestazioni a favore della società²⁷⁹.

Una premessa indispensabile al fine di un corretto raffronto fra le discipline del contratto a favore del terzo e quella del *trust*, è la doverosa ossevizione per cui tale ultimo istituito, benché sia stato sufficientemente determinato nei suoi tratti caratterizzanti dalla Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985²⁸⁰, abbia preso le mosse, *ab origine*, nel diritto inglese, all'interno del panorama giuridico e teorico dei sistemi di *common law*²⁸¹.

²⁷⁹ Su questi presupposti, dunque, la legittimità di pretendere l'adempimento della prestazione, dedotta in contratto, spetterebbe sia alla società (assumendo di fatto la veste di terzo beneficiario della prestazione) sia agli stessi stipulanti, fermo che siano economicamente, ovvero moralmente, interessati a che l'obbligazione sia prestata a favore della società di cui sono soci. La Corte di Cassazione ha messo in evidenza, inoltre, che il patto parasociale può assumere, a seconda degli interessi in gioco, la forma di un contratto bilaterale, plurilaterale o a parti complesse, laddove siano ravvisabili più interessi di diversa titolarità non omogenei tra loro. Sulla base di tale precisazione, la Cassazione ha ritenuto applicabile ai patti parasociali l'art. 1459 c.c., vale a dire la disciplina di risoluzione dei contratti plurilaterali ai patti parasociali come conseguenza dell'inadempimento.

²⁸⁰ In Italia entrata in vigore nel gennaio 1992, con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, dal titolo "Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento" adottata all'Aja il 1° luglio 1985.

²⁸¹ Sull'origine del *trust* cfr., in particolar modo, R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN, *Views of Trust and Treuhand: An Introduction*, in *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998, pp. 27 e ss. Per una trattazione esaustiva sulla disciplina dei *trusts* nel diritto inglese e per il plausibile parallelo italiano, si veda la vasta produzione della dottrina sul tema: C. CASONI, *Il Trust anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*, in *Giur. it.*, 1986, I, pp. 753 e ss.; A. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1984, pp. 93 e ss.; altresì, A. GAMBARO, s.v. *Trust*, in *DDP*, XIX, Torino, 1999, pp. 449 e ss.; C. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Rivista di Diritto commerciale*, I, 1936, pp. 548 e ss.; M. GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, pp. 437 e ss.; R. FRANCESCHELLI, s.v. "*Trust e Trustee*", in *DI*, XII, Torino, 1940, pp. 569 e ss. Cfr., specialmente, come massimo esponente italiano in materia, M. LUPOI,

In verità, l'accostamento alla disciplina del contratto a favore del terzo in Italia, è stato addotto da una parte minoritaria della dottrina allo scopo di rendere giustificabile, sul piano teorico e dei principi del nostro ordinamento, il recepimento del cosiddetto "trust interno", enfatizzando l'effetto traslativo che si attua nel *trust*, a quello tipico che si produce nella figura del contratto a favore di terzo con effetti reali. Tuttavia, già ad un primo appiglio analitico delle due diverse costruzioni giuridiche, tali prime considerazioni sono sembrate agilmente opinabili. Nel *trust*, infatti, il trasferimento della proprietà avviene da chi ne detiene il possesso al *trustee* e, solo successivamente ed eventualmente, la proprietà verrà trasferita al terzo beneficiario; nel contratto a favore del terzo, invece, l'effetto reale si realizza in capo al terzo come conseguenza diretta ed immediata di una stipulazione valida²⁸².

Secondo la dottrina maggioritaria, la divergenza più rilevante fra i due istituti va ravvisata nella loro diversa funzione; se, infatti, causa del trasferimento nel contratto a favore di terzo è quella di un'attribuzione di un diritto a favore di un terzo soggetto estraneo al rapporto contrattuale, nel *trust* la causa del trasferimento dei beni in *trust* al *trustee*, non trova la sua giustificazione causale, soltanto,

Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto, italiano, Milano, 1994, pp. 17 e ss.; altresì M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2000³, pp. 620 e ss.

²⁸² Un'ulteriore differenza tra i due istituti, si verifica nell'ipotesi di rifiuto da parte del beneficiario del proprio diritto: non è applicabile l'art. 1411 c.c. ultimo comma al *trust*, sostenendo che la prestazione rimanga a beneficio del disponente. Secondo il diritto inglese, in questi casi, si avrà un *resulting trust*, nel quale il beneficiario sarà il disponente, ma non si tratterà della prestazione posta a carico del *trustee*, come in origine ma consisterà, invece, in una differente prestazione a contenuto meramente traslativo.

nell'attribuzione finale del bene al terzo beneficiario, che potrebbe essere, d'altronde, lo stesso disponente, ma risiede, invece, prima e fondamentalmente, nella realizzazione di una serie di attività riguardanti l'amministrazione e la gestione dei beni concessi in *trust*, secondo le modalità impartite dal disponente.

Delineati i contorni sostanziali del *trust* ed individuati i limiti ad un riconoscimento formale di tale figura nel nostro ordinamento in rapporto alla disciplina del contratto a favore di terzi, è, ora, ragionevolmente comprensibile come il primo presenti connotati più flessibili del secondo e, generalmente, di come questa sua caratterizzazione rappresenti la *ratio* di fondo della sua naturale attrazione agli occhi del mercato, che lo rende dunque strumento d'uso preferibile in ambito commerciale.

Segnatamente, da un punto di vista strutturale, il *trust* può essere impiegato, per ciò che qui rileva, nella gestione di un sindacato azionario, ossia può essere un *trust* di scopo o un *trust* con beneficiari, a seconda delle finalità che si intendono realizzare.

Nello specifico, l'art. 2341-*bis* attribuisce ai patti parasociali la finalità di garantire la stabilità degli assetti proprietari e il governo della società, ed affida al *trust* di scopo l'obiettivo di gestire l'esercizio del controllo, dei sindacati di blocco, ovvero della reazione ad una scalata ostile (nel sistema americano si parla, in tali casi, di *voting trust* ovvero di *bare trust*²⁸³).

²⁸³ Si veda sul *voting trust* e sul *bare trust* americano, in specie, M. LUPOLI, *Trusts*, cit., pp. 709 e ss.

L'esperienza italiana dei *trust* interni ha già sperimentato l'utilizzazione del *trust* di scopo per la gestione di un patto di sindacato: scopo del *trust* è quello di regolare l'esercizio del diritto di voto nelle assemblee della società in modo più efficiente rispetto alla soluzione civilistica del patto di sindacato. Questa è la causa che, in buona sostanza, del *trust* ne integra la meritevolezza e attribuisce legittimità alla scelta dello strumento straniero rispetto a quello di diritto interno, che refuge da un'applicazione analogica, dell'istituto del contratto a favore del terzo così come nazionalmente concepito, ma che lascia, al contempo, ampi spazi aperti al pensiero giuridico per un'elaborazione sovranazionale, alla luce, anche, della disciplina, da ultimo preposta, nel diritto contrattuale europeo dal *Draft Common Frame of Reference*.

CONCLUSIONI

Non è compito semplice quello di trarre delle conclusioni al termine di un lavoro complesso e dogmatico di ricerca ed approfondimento di fonti giuridiche tra di loro assai eterogenee, saldate tra di loro da un'idea, un filo conduttore, che può essere talvolta l'*unicum* denominatore comune, a cui ci si è sempre ispirati, col precipuo fine di giungere a conclusioni coerenti e non contraddittorie al contesto in cui furono concepite.

Il denominatore comune, dal quale si è presi le mosse per lo studio dei processi giuridici che hanno riguardato la posizione del terzo in materia contrattuale, è stato il diritto romano che, dal canto suo, si era già posto il problema risolvendolo, o meglio negandolo, sancendo il divieto *alteri stipulari nemo potest* quale conseguenza dell'inscindibilità delle parti dalla prestazione stessa, in una dinamica bilaterale che non ammetteva eccezioni.

A conferma di quanto si è appena affermato, si pensi alla figura tradizionale romana della *stipulatio*; tale pattuizione, pronunciata ritualmente con *certa verba*, era radicalmente nulla se non vi fosse la presenza delle parti e, a maggior ragione, se il destinatario fosse il terzo.

Un primo sforzo verso il superamento della fermezza e del rigore nell'applicazione della regola romana per cui *alteri stipulari nemo potest* fu quello tentato, come spesso accade, dalla prassi che, dapprima, elaborò degli istituti di diritto per eludere il divieto (come

quello della *stipulatio poenae*, della *delegatio solvendi* e dell'*adiectus solutionis causa*) e, solo successivamente, fu sostenuto dal diritto sostanziale; sulla scorta del principio dell'interesse, infatti, venne riconosciuta una primitiva tutela al terzo, particolarmente, in casi eccezionali in cui fosse ravvisabile un peculiare interesse di quest'ultimo all'adempimento dovuto, ad esempio, considerando la natura e lo scopo della prestazione dedotta nella *stipulatio*, ovvero se vi fossero rapporti personali che legavano il terzo alle parti principali della stipulazione, tutte ipotesi tassativamente individuate dal *Codex* o costituenti *actiones utiles* concesse dalla cancelleria giustiniana.

Si deve riconoscere, dunque, per un'originaria estensione dell'istituto verso la configurazione del contratto a favore del terzo così come a noi oggi pervenuto, grande merito alla penna dei compilatori e dei giuristi medievali che, nell'opera di riorganizzazione delle regole romane, diedero un *input* significativo per il ripensamento della fattispecie.

Segnatamente la posizione di alcuni importanti giuristi, quali Martino Gosia, uno dei *Quattuor doctores* della Scuola Bolognese, che ponendosi in una posizione isolata e dissonante con quella maggioritaria, ha sostenuto la necessità di riconoscere nelle eccezioni romane la regola e nel divieto *alteri stipulari* l'eccezione, e di taluni ordinamenti di Età Intermedia altamente evoluti sul piano giuridico (si pensi all'*Ordenamiento de Alcalà de Henares* del 1348) che avendo già riconosciuto la validità e positivizzato il contratto a favore del terzo, hanno influito notevolmente per un'inversione di tendenza.

Nondimeno, il diritto canonico con il lavoro di alcuni notevoli canonisti, come Baldo degli Ubaldi e Ugo Donelli, e di alcune realtà locali dell'Italia Risorgimentale, sospinte dalla prassi mercantile, hanno, in questo senso, contribuito in modo positivo all'elaborazione di quella che si stava sostanziando sempre più quale una regolamentazione dell'istituto uniforme.

In un momento anteriore all'entrata in vigore dei codici moderni, tra il XVII e il XVIII secolo, in un panorama ricco di voci e di confronti tra autorevoli giuristi europei, si sono create le basi per una disciplina riconosciuta non solo sul piano teorico, ma anche su un piano formale e sostanziale, dell'istituto.

Ai due giuristi olandesi Ugo Grozio e Samuel Stryk, che sostennero l'uno la conformità della stipulazione a favore dei terzi al diritto naturale e l'altro l'ammissibilità rilevando nelle eccezioni romane al divieto la logica di un loro implicito riconoscimento, susseguirono le posizioni favorevoli all'ammissione dell'istituto di notevoli giuristi tedeschi, quali Windscheid e Friedrich Karl von Savigny, sulla cui dogmatica venne costruita, in seguito, la disciplina del contratto a favore di terzi riposta nel BGB, mentre si contrappose a tale linea di pensiero il massimo esponente francese Samuel Pothier che, con emblematico conservatorismo, riaffermò la regola romana influenzando, senza alcun dubbio, i compilatori del *Code civil* e dei codici che allo stesso si sono ispirati.

Ebbene, si può parlare pacificamente del terzo quale autonomo soggetto di diritto, al quale è necessario concedere tutela, data la sua riconosciuta posizione contrattuale, soltanto con l'avvento dei codici

moderni e, specificamente, nell'ambito della codificazione tedesca del 1900 con il riconoscimento generale ed astratto del contratto a favore dei terzi.

Si può dunque ragionevolmente affermare, senza riserve alcune, che l'istituto del contratto a favore di terzo ha trovato la sua precipua delimitazione strutturale all'interno degli ordinamenti europei a partire dalla metà del XIX secolo e che il *Draft Common Frame of Reference*, agli artt. II. – 9:301-303, rappresenta il culmine e la sintesi di un processo di esperienze giuridiche comuni che trovano nel diritto romano il loro principale referente.

Un progetto, quello del *Draft*, che va ad inserirsi in un complesso lavoro di definizione delle singole predisposizioni normative al fine di renderle idonee a regolare uniformemente la materia contrattuale nello spazio giuridico europeo.

In particolare, l'esegesi attenta sulla figura in esame individua tre aspetti essenziali in presenza dei quali possono dirsi soddisfatti i presupposti per la configurazione del contratto a favore di terzi: innanzitutto deve esservi l'accordo tra le parti contraenti di conferire al terzo (che, si precisa, non deve necessariamente esistere o essere identificato al momento della conclusione del contratto) un diritto ovvero un altro beneficio, i cui contenuti sono stabiliti dal contratto stesso; secondariamente viene riconosciuta al terzo la facoltà di rifiuto, con la conseguenza che il diritto o il beneficio attribuitogli con il contratto si considerano come da lui mai acquistati; da ultimo, nella possibilità per le parti contraenti di revoca o di modifica della

stipulazione a favore del terzo, semprechè ciò avvenga prima della comunicazione al terzo del conferimento del diritto o del beneficio.

Che il progetto per un Codice Europeo dei Contratti prenda origine dagli ordinamenti antichi, allo scopo di coordinare le diverse e variegate statuizioni normative degli ordinamenti odierni, è indubbio.

Tuttavia, la domanda lecita che taluno potrà avanzare, è quella relativa all'utilità dello studio delle fonti antiche di diritto romano e di un atteggiamento tendente al conservatorismo in un campo applicativo, come quello in tema di contrattualistica europea, di forte spinta riformista.

Si può argomentare in merito che il rinnovato desiderio di tornare all'antica grandezza ha visto crescere in maniera esponenziale i cultori del diritto romano, di un diritto, che ha dimostrato di avere in sé forza giovanile e di impulso del pensiero giuridico e che ha segnato nei secoli l'apice del progresso intellettuale.

Un risveglio che riverbera la sua eco più manifesta nella quotidiana pratica giuridica, da sempre tendente ad applicare alla fattispecie concreta la purezza dei principii, attraverso lo studio critico dei testi romani e della dottrina per tanti secoli *formatasimsu* quell'eterno diritto.

È questa connessione essenziale tra la pratica e la teoria che è bene preservare.

Se il ricorso agli studi romanistici ha iniziato a produrre i meravigliosi effetti, dei quali è capace, soltanto recentemente, ciò è dovuto ad un fatto, cui bisogna porre assolutamente rimedio,

ovverosia alle difficoltà, che giudici ed avvocati incontrano nel valersi degli studi *giure romani*.

Esclusivamente per tale via è, infatti, plausibile e si può rendere perfettibile quel percorso di armonizzazione intrapreso in materia di diritto contrattuale europeo.

E così in questo rifiorire degli studi giuridici, tramite il benefico connubio fra il diritto romano e il diritto pratico, ci si potrà sempre più avvicinare al supremo ideale della scienza giuridica, che è quello di formare un solo diritto comune.

BIBLIOGRAFIA

P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nella società di capitali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 1988, pp. 505 e ss.

J. N. ADAMS, R. BROWNSWORD, *Key issues in contract*, London, 1995, pp. 132 e ss.

J. N. ADAMS, R. BRONWSWORD, *Understanding Contract Law*, London, 2000, pp. 87 e ss.

S. AMATO, *L'impresa nell'evoluzione storica del diritto commerciale. Strutture sistematiche e modelli normativi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, 1988, pp. 25 e ss.

B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, p. 97.

B. ALBANESE, *Sulla responsabilità del «dominus sciens» per i delitti del servo*, in *BIDR* 70, 1967, p. 157.

E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali*, Milano, 1948, p. 36.

E. ALBERTARIO, *Le obbligazioni*, in *Studi di diritto romano*, Milano, 1936³, pp. 27 e 174.

M. ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid, 1993, pp. 381 e ss.

G. ALPA, s.v. *Contratto nei sistemi di common law*, in *DDP*, IV, 1989, pp. 148 e ss.

G. ALPA, *Il codice civile europeo: e pluribus unum*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1999, pp. 695 e ss.

G. ALPA, G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell'Acquis communautaire*, in *Rivista di Diritto Civile*, 54, 2008, pp. 141 e ss.

G. ALPA, N. BUCCICO, *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, in *Materiali dei seminari*, Milano, 2001, pp. 2002 e ss.

G. ALPA, A. FUSARO, *Relazione Introduttiva*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 2000, pp. 1 e ss.

C. ANGELICI, s.v. *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *ED*, XLII, Milano, 1990, pp. 1020 e ss.

A. ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione dell'«actio ad exemplum institoriae»*, in *BIDR* 71, 1968, pp. 242 e ss.

H. ANKUM, *Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten*, in *Sein und Werden im*

Recht, Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag, Berlin, 1970, pp. 559 e ss.

H. ANKUM, *Les infants proximi dans la jurisprudence classique*, in *Estudios en homenaje al Profesor Hernandez Tejero*, II, Madrid, 1994, p. 53.

H. ANKUM, *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle "alteri dari stipulari nemo potest"*, in *Études offertes à J. Macqueron*, Aix en Provence, 1970, pp. 21 e ss.

W. ANSON, *Law of Contract*, Oxford, 1979²⁵, pp. 412 e ss.

V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960¹⁴, pp. 294 e ss.

G. ASTUTI, s.v. *Contratto (Diritto intermedio)*, in *ED*, IX, Milano, 1961, pp. 1929 e ss.

P. S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1995³, pp. 265 e ss.

M. AVAGLIANO, *Sui conferimenti in conto capitale: tra conferimenti e prestiti*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1996, pp. 58 e ss.

O. BÄHR, *Über Irrungen im Contrahieren*, in *Jherings Jahrb. Für die Dogmatik*, XIV, 1874, pp. 393 e ss.

L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 'Le fonti', Milano, 1963², pp. 333 e ss.

H. BATIFOL, *La crise du contract*, in *Archives de philosophie du droit*, 13, 1968, pp. 242 e 243.

H. G. BEALE, W. BISHOP, M. P. FURMSTON, *Contract. Cases and Materials*, London, 1985, pp. 696 e ss.

O. BEHERENDS, *Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritte im römischen Privatrecht*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, V, Milano, 1984, p. 48.

M. BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985, p. 127.

E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1915¹⁵, pp. 87 e ss.

E. BESTA, *L'opera d'Irnerio (Contributo alla storia del diritto italiano)*, Torino, 1896, p. 42.

E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1960, pp. 35 e ss.

E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni (Fonti e vicende dell'obbligazione)*, Milano, 1954³, pp. 47 e ss.

E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937, pp. 87 e ss.

E. BETTI, s.v. *Id quod interest*, in *NNDI*, VIII, Torino, 1938, pp. 133 e ss.

B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1965, p. 461.

M. BILLIAU, *Du manquement contractuel engageant la re-sponsabilité delictuelle du contractant vis-à-vis des tiers*, note a Cour de Cassation, Ass. plén., 6 oct. 2006, JPC, 2006, I, II 10181 pp. 2216 e ss.

B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1965, p. 461

W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Londra, 1850, pp. 444 e ss.

A. BLANCO, *Curso de Obligaciones y Contratos en el Derecho Civil español*, II, La Habana, 1948², pp. 328 e ss.

M. J. BONNELL, R. PELEGRI, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical table*, in *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme*, XIV, Milano, 2009, pp. 440 e ss. e pp. 510 e ss.

P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, IV, Milano, 1979², pp. 330 e ss.

P. BONFANTE, *Storia del dir. rom.*, I, Roma, 1944, pp. 377 e ss.

P. BONFANTE, *Un contratto a favore di terzi nell'era classica*, in *Studi in onore di Brugi. B. Palermo*, 1910, pp. 163 e ss.

U. BRASIELLO, s.v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *ND*, VIII, Torino, 1939, pp. 1202 e ss.

F. BRIGULIO, *L'interdipendenza delle obbligazioni nella vendita conclusa per mezzo di un 'procurator'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova, 2002, pp. 102 e ss.

F. BRIGUGLIO, *Studi sul procurator, L'acquisto del possesso e della proprietà*, I, Milano, 2007², pp. 527 e ss.

G. BRINI, *L'obbligazione nel diritto romano*, Bologna, 1905, p. 104.

A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, III, Erlangen, 1892, pp. 1624 e ss.

H. BUCHKA, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, Rostock, Schwerin, 1852, pp. 187 e ss.

A. BURDESE, «*Actio ad exemplum institoriae*» e categorie sociali, in *BIDR* 74, 1971, pp. 68 e 69.

A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1987², pp. 549 e ss.

F. BUSCH, *Doctrine und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter*, Heidelberg, 1860, p. 4.

F. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e Impresa*, 1991, pp. 540 e ss.

I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli, 1976, pp. 130 e ss.

C. BUZZACCHI, *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, Milano, 2009, pp. 1 e ss.

F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1957, pp. 30 e ss.

F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento*, Milano, 1948, pp. 96 e ss.

P. CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Padova, 1994, pp. 21 e ss.

C.A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique (Études sur les obligations, I.)*, in *Sein und Werden im Recht, Festgabe U. von Lübtow*, Berlin, 1970, pp. 439 e ss.

C.A. CANNATA, *Le definizioni romane dell'obligatio. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *St. D'Amelio*, I, Milano 1978, pp. 131 e ss.

C. A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *DDP*, XII, Torino, 1995, pp. 432-435.

C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *IURA* 44, 1993, p. 31.

P. CAPPELLINI, s.v. "*Rappresentanza (diritto intermedio)*", in *ED*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 442 e ss.

L. CARIOTA FERRARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzo*, in *Scritti minori*, Napoli, 1986, pp. 461 e ss.

J. CARTWRIGHT, *An introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, Portland, 2007, pp. 114 e ss.

F. CASAVOLA, s.v. “*Dolo (dir. rom.)*”, in *NNDI*, VI, Torino, 1960, pp. 147 e ss.

F. CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in *IURA* 27, 1976, pp. 19 e ss.

C. CASONI, *Il Trust anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento*, in *Giur. it.*, 1986, I, pp. 753 e ss.

C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, pp. 221 e ss.

C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, Milano, 2001, pp. 360 e ss.

C. CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2009, pp. 679 e ss.

A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti ed il pensiero giuridico*, I, Milano, 1982, pp. 516 e ss.

P. CERAMI, *Diritto commerciale romano: profilo storico*, in AA.VV., Torino, 2002, pp. 316 e 317.

P. CERAMI, v. *Risoluzione del contratto (dir. rom.)*, in *ED*, XL, Milano, 1989, p. 1281.

E. CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui*, Paris, 1893, pp. 22 e ss.

M. CHAN, *Diritto commerciale*, I, Torino, 2013, pp. 4 e 5.

G. CICOGNA, *Del "iussus"*, Padova, 1906, p. 28.

H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985, pp. 425 e ss.;

J. M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en la Res cottidiana*, Madrid, 1996, pp. 25 e ss.

G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della rappresentanza*, Milano, 2008, pp. 183 e ss.

A. L. CORBIN, *Contract for the Benefit of Third Parties*, 46 L.Q.R., 1930, pp. 12 e ss.

A. CORBINO, *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura "per legis actiones"*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica* (a cura di L. Garofalo), Padova, 2006, pp. 17 e ss.

E. COSTA, *Cicerone giurenconsulto*, I, Bologna, 1927, pp. 129 e ss.

E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, Roma, pp. 470 e ss.

R. COSTI, *I patti parasociali, La riforma delle società quotate*, in AA. VV., Milano, 1998, pp. 113 e ss.

D. COVARRIUBIAS, *Variae Resolutiones Juridicae*, in *Opera Omnia*, Francoforte, 1573, I, cap. XIV, pp. 11 e ss.

A. DE BENEDECTIS, *L'applicazione degli statuti bolognesi del 1454 nella pratica giudiziario amministrativa del '600-'700*, Bologna, 1989, pp. 26 e 27.

C. DE BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pp. 197 e ss.

S. DELLE MONACHE, *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001, pp. 95 e ss.

B. DE FILIPPIS, v. *Tutela e curatela*, in *NNDI*, XV, 1959, p. 926.

D. DEROUSSIN, *La stipulation pour autrui de l'ancien droit français au XIXème siècle, ou comment se débarrasser d'une tradition gênant*, in *Ius Quaesitum Tertio*, Berlin, 2008, pp. 215 e ss.

M. DIESSELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Ver-sprechen*, Köln, Graz, 1959, pp. 34 e ss.

H. DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 77, 1960, pp. 277 e ss.

A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al codice civile Scajola-Branca* (a cura di F. Galgano), Bologna-Roma, 1988², pp. 207 e ss.

A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica* (a cura di L. Vacca), *Atti del IV Convegno Internazionale ARISTEC* (Roma, 13-16 settembre 1999), Torino, 2001, p. 113.

M. DOGLIOTTI, s.v. Tutela e curatela, in *DDP*, XIX, Torino, 1999, pp. 579 e ss.

G. DONADIO, s.v. *Contratti a favore di terzi*, in *DI*, XVI, Torino, 1938, p. 2.

G. DONADIO, s.v. *Contratto a favore di terzi*, in *NNDI*, IV, Torino, 1959, pp. 657-663.

H. DONDORP, J. HALLEEBEEK, *Grotius' Doctrine on adquisitio obligationis per alterum and its Roots in the Legal Past of Europe*, in *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, 2, Roma, 2005, pp. 205 e ss.;

H. DONELLI, *Commentarium juris civilis*, in *Opera Omnia*, 3, Lucae, 1763, lib. XII, cap. 17, § 8, coll. 562.

C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, pp. 125 e ss.

- A. DROETTO, *Studi groziani*, Torino, 1968, pp. 92 e ss.
- J. EESSER, E. SCHIMDT, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, tomo II, Heidelberg, 1993⁷, pp. 251 e ss.
- G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003, pp. 30 e ss.
- L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2008², pp. 372 e ss.
- P. FAVA, *Il contratto. Trattato teorico-pratico*, Milano, 2012, pp. 73 e 74.
- P. FAVA, *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale, I*, Milano, 2008, p. 79.
- P. FEDELE, *Considerazione sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in *Annali della R. Università di Macerata*, Padova, 1937, pp. 115 e ss.
- V. FEROCI, *Il contratto a favore di terzo, I contratti in generale*, in *Giurisprudenza sistematica* (diretta da Biagiavi), Torino, 2000², pp. 725 e ss.
- J. FLOUR, J. L. AUBERT, È. SAVAUX, *Droit Civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Paris, 2012, pp. 115 e ss.
- W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1992⁴, pp. 166 e ss.

W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Heidelberg, New York, 1979³, pp 330 e ss.

R. FRANCESCHELLI, s.v. “*Trust e Trustee*”, in *DI*, XII, Torino, 1940, pp. 569 e ss.

F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 1933, pp. 38 e ss.

P. GALLO, s.v. *Contratto a favore del terzo*, in *DDP*, IV, Torino, 1999, pp. 235-257.

F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale, Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, in AA. VV, *Atti del Convegno di Diritto romano*, Siena 14-15 aprile 1989, a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991, pp. 3 e ss.

F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in *BIDR*, 76, 1973, pp. 172 e ss.

A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del IV Congresso Internazionale ARISTEC*, (Roma 13-16 settembre 1999), a cura di L. Vacca, Torino, 2001, p. 340.

G. GANDOLFI, *Il contratto a favore di terzi nel “codice europeo dei contratti”*, in *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, pp. 993 e ss.

G. GANDOLFI, *Per l'unificazione del diritto in Europa: il codice europeo dei contratti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 69, 1995, p. 1073.

M. J. GARCIA GARRIDO, *Los efectos del contrato en relación con los terceros: la experiencia ibérica*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Madrid, 2000, pp. 251 e ss.

E. GATZ, *Rom als Studienplatz deutscher Kleriker im 19. Jahrhundert*, in «*Römische Quartalschrift*», LXXXVI, 1991, pp. 160 e ss.

F. GIRINO, *Studi in materia di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965, pp. 7 e ss.

J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effet du contrat*, Paris, 1992, pp. 544 e ss.

L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, (trad. it. a cura di V. Pouchain e A. Scialoja), Torino, 1913, p. 199.

G. GORLA, s.v. “*Consideration*”, in *ED*, IX, Milano, 1961, pp. 176 e ss.

G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, I, 1956, pp. 18 e ss.

U. GREGO, *Dei mediatori*, in “*Archivio Giuridico Filippo Serafini*”, XLIII, 1889, pp. 11 e ss.

M. GRIMALDI, *Le contrat et le tiers*, in *Mélanges Jestaz*, Dalloz, 2006, pp. 170 e ss.

P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, III, 2003, pp. 380 e ss.

P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, 2000, pp. 164 e ss.

P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15, 1986, pp. 609 e ss.

G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, pp. 107 e ss.

P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28, tomo II, 1999, pp. 1001 e ss.

G. GUIDA, *Compravendita e suggestioni in tema di superamento del principio di relatività degli effetti del contratto*, in *Riv. Int. di Sc. Giur. e Trad. Rom.*, 11, 2013, pp. 4 e ss.

G. HAENEL, *Dissensiones Dominorum: sive controversiae veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig, 1834, pp. 428 e ss.

H. HALLEBEEK, H. DONDORP, *Contracts for a third-party beneficiary, A historical and comparative account*, in *Legal history library, Studies in the history private law*, Leiden-Boston, 2008, pp. 74 e ss.

R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMANN, *Views of Trust and Treuhand: An Introduction*, in *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, 1998, pp. 27 e ss.

A. HESSEL, *Storia della città di Bologna dal 1116 al 1280*, (ed. it. cur. da G. Fasoli), Bologna, 1975, pp. 154 e ss.

V. ITALIA, v. *Statuto*, in *ED*, XLIII, Milano, 1990, pp. 979 e ss.

M. L. IZORCHE, *Les effets des conventions à l'égard des tiers*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica* (a cura di Letizia Vacca), Torino, 2001, pp. 101 e 108.

L. JOSSERAND, *La stipulation pour autrui dans le contrat de transport et le droit à réparation des héritiers de la victime d'un accident mortel*, in *Dalloz*, 1933, I, p. 137.

M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, pp. 161 e ss.

M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971², pp. 748 e ss.

M. KASER, *Divisio obligationum*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London, 1983, pp. 77 e ss.

M. KASER, *Zum Wesen der römischen Stellvertretung*, in *Romanitas*, IX, 1970, pp. 333 e ss.

P. KONCAID, *Privaty Reform in England*, in *Law Quarterly Review*, 2000, pp. 43 e ss.

O. W. KRAUSE, *Naturrechtler des sechzenten Jahrhunderts*, Bern, 1982, pp. 152 e ss.

A. KRÜGER, *Die Drittwirkung des Vergleiches im klassischen römischen Recht*, Frankfurt, 1993, pp. 1 e ss.

B. KÜBLER, *Geschichte des röm. Rechts*, Lipsia ed Erlangen, 1925, p. 261.

P. LABAND, *Die Lehre von den Mäklern*, in "Zeitschrift für Deutsches Recht und Rechtswissenschaft", 1961, pp. 17 e ss.

O. LANDO, *Is codification needed in Europe? P.E.C.L. and the relationship to Duch Law*, in *ERPL* 1, 1993, pp. 157 e ss.

O. LANDO, *Why codify the European Law of Contract?*, in *ERPL* 5, 1997, pp. 595 e ss.

H. LANGE, *'Alteri stipulari nemo potest' bei Legisten und Kanonisten*, 1956, *ZSS* 73, pp. 279 e ss.

A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, pp. 106 e ss.

A. LATTES, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, Milano, 1899, pp. 4 e ss.

A. LEGNANI ANNICHINI, *La disciplina del prosseneta tra iura propria e ius commune: la realtà borghese (secc. XIII-XV)*, in *Historia et Ius, Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, I, 2016, p. 2.

A. LEGNANI ANNICHINI, *La Mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, Bologna, 2008, pp. 14 e ss.

B. LIBONATI, *Riflessioni critiche sui sindacati di voto*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, I, 1989, pp. 513 e ss.

P. LEGRAND, *Against a European Civil Code*, in *Modern Law Review*, 1997, pp. 46 e ss.

M. LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli artt. 2341-bis e 2341-ter del codice civile*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, IV, Torino, 2007, pp. 461 e ss.

D. LIEBICH, K. MATHEWS, *Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft*, Berlin, 1983², pp. 166 e ss.;

W. LITEWSKI, *Das Bestehen der "formula in ius concepta" mit der "bona-fides" Klausel beim Pfand*, in *Labeo* 45, 1999, pp. 184 e ss.

G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, I, Milano, 1984.

R. LOPEZ, *Sensali nel Medio Evo*, in *Nuova Rivista Storica*, XII, 1938, pp. 11 e ss.

- W. LORENZ, *Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse*, in JZ, 1960, pp. 108 e ss.
- G. LUCCHETTI, A. PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna, 2012, pp. 11-30.
- M. LUPOI, *Il contratto a favore di terzo nel diritto inglese*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1976, p. 171.
- M. LUPOI, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto, italiano*, Milano, 1994, pp. 17 e ss.
- M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2000³, pp. 620 e ss.
- C. MACMILLAN, *A Birthday Present for Lord Denning: The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Modern Law Review*, 2000, pp. 733 e ss.
- M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a favore del terzo*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 2001, pp. 55 e ss.
- U. MAJELLO, s.v. *Contratto a favore di terzo*, in *DDP*, IV, Torino, 1989, pp. 240 e ss.
- U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nei contratti a favore dei terzi*, in *APC*, 1964, Napoli, pp. 5 e ss.
- P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Cours de Droit Civil, Les obligations*, Paris, 2005², pp. 389 e ss.

- G. MANCINI, *Profili di storia del diritto privato romano*, II, Villamagna, 2012, pp. 503 e ss.
- V. MANNINO, *Garanzie dell'obbligazione*, VIII, Torino, 1992, p. 612.
- B. MARKESINIS, *Why a code is not the best way to advance the cause of European Legal Unity*, in *ERPL* 5, 1997, pp. 519 e ss.
- M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006³, pp. 451 e ss.
- E. MASCAREÑAS, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, V, 1953, pp. 355 e ss.
- F. MATTIOLI, *Fondamenti di Diritto contrattuale Europeo, Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference, v. Contratto a favore di terzi*, Bologna, 2010, pp. 183 e ss.
- F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010, pp. 87 e ss.
- D. MEDICUS, *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995, pp. 118 e ss., particolarmente p. 119.
- F. MESSINEO, s.v. *Contratto nei rapporti con il terzo*, in *ED*, X, Milano, 1962, pp. 196 e ss.
- F. MESSINEO, s.v. *Contratto (per conto di chi spetta)*, in *ED*, X, Milano, 1962, pp. 77 e ss.
- R. MERKIN, *Privaty of contract, The impact of the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *L.L.P.*, London-Hon Kong, 2000, p. 50.

F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (Artt. 1321-1469 cod. Civ.)*, Milano, 1948³, pp. 171 e ss.

M. MICELI, *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in *IURA* 53, 2005, pp. 57 e ss.

L. MOCCIA, *Glossario per uno studio della Common Law*, Milano, 1983, pp. 41 e ss.

T. MONFELI, *La riforma della Privity of Contract nella common law inglese: il Contract (Rights of Third Parties) Act del 1999*, in *Europa e Diritto Privato*, I, 2000, p. 1103.

L. V. MOSCARINI, *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, Padova, 2009, pp. 345 e ss.

L. V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi. Artt. 1411-1413*, Milano, 2012², pp. 2 e ss.

E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 2003, pp. 16 e ss.

L. MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 407;

M. MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1969, pp. 44 e ss.

- A. NEGRI, *L'espressione unilaterale dell'impegno*, I, Padova, 1998, pp. 86 e ss.
- G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, pp. 109 e ss.
- R. ORESTANO, s.v. *Rappresentanza (dir. rom.)*, in *NNDI*, XIV, Torino, 1967, p. 796.
- G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale*, Padova, 1935², pp. 552 e ss.
- G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1941, pp. 245 e ss.
- G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, Padova, 1933, p. 11.
- A. PADOA SCHIOPPA, *Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina del diritto comune*, in *A.P.S., Saggi di storia del diritto commerciale*, Como, 1992, pp. 11 e ss.
- O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munchen, 2001⁶⁰, pp. 424 e ss.
- F. PASTORI, *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna, 1994, pp. 36 e ss.
- V. PIERGIOVANNI, v. *Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno*, in *DDP*, IV, Torino, 1989⁴, pp. 341 e ss.
- S. PEROZZI, *Corporazioni romane e arti medievali*, Torino, 1937, pp. 72 e ss.

- S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, p. 47.
- A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015, p. 55.
- J. POTHIER, *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris-Orléans, 1764.
- A. POZZATO, *Premessa*, in *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando* (a cura di G. Luchetti e A. Petrucci), Bologna, 2006, pp. 13 e ss.
- G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990², pp. 882 e ss.
- R. QUADRATO, s.v. *Rappresentanza (dir. rom.)*, in *ED*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 487 e ss.
- R. M. RAMPENBERG, *Brève perspective comparative sur les destinées de la règle «alteri stipulari nemo potest»*, in *Les concepts contractuels à l'heure des principes du droit européen des contrats*, 2003, pp. 187 e ss.
- P. RESCIGNO, s.v. *Obbligazioni (Diritto privato: nozioni generali)*, in *ED*, XXIX, Milano, 1979, pp. 133 e ss.
- M. RICCA BARBERIS, *Il contratto a favore di terzi e la garanzia propria*, in *St. Messineo*, I, Milano, 1959, pp. 411 e ss.
- S. RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *AUPA* 14, 1930, pp. 389 e ss.

C. RINOLFI, *Il giuramento dei chierici fra diritto romano e diritto canonico*, in *Rivista Internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione Romana*, 11, 2013, pp. 3 e ss.

F. REGELSBERGER, *Unger, Dr. Joseph, k. k. Hofrath und Professor an der Universität Wien, die Verträge zu Gunsten Dritter, in seinen und Jhering's Jahrbüchen für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. X. Abh. 1 und im Sonderabdruck*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebunz und Rechtswissenschaft*, 11, 1869, pp. 559 e ss.

S. RODOTÀ, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, 2000, Milano, p. 541.

O. RODRÍGUEZ, *Nancy C y Colectivo de autores Libro texto básico Derecho de Contrato*, I, in *Derecho General del Contrato*, edición digital, 2000, pp. 24 e ss.

S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, pp. 26 e ss.

G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano 1973, pp. 2 e ss.

J. SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil*, in *Revista de Derecho Privado*, 2, Madrid, 1958, pp. 11 e ss.

G. SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985, pp. 14 e ss.

- U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, 1998³, pp. 35 e ss.
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966⁹, pp. 276 e ss.
- R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *Scritti Minori*, II, Torino, 2009, pp. 638 e ss.
- R. SAVATHIER, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, in *RTDciv* 525, 1934, pp. 540 e ss.
- J. F SCHULTE, *Geschichte der quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, I, Stoccarda, 1877, p. 37.
- F. SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford, 1951, p. 507.
- F. SCHULZ, *Klagen-cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht*, in *ZSS* 27, 1906, pp. 82 e ss.
- V. SCIALOJA, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, II, 1904, pp. 521 e ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.*, IV, 1995, pp. 356 e ss.

T. SCOZZAFAVA, s.v. *Contratto a favore di terzo*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, pp. 2 e ss.

F. SERRAO, s.v. *Institore (Premessa storica)*, in *ED*, XXI, Milano, 1971, pp. 829 e ss.

M. SESTA, *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, pp. 953 e ss.

M. SESTA, *Patti parasociali e contratto a favore di terzo*, in *Contratto e impresa*, 71, 1993, pp. 949 e ss.

S. SOLAZZI, *L'età del infans*, in *BIDR* 49-50, 1947, pp. 345 e ss.

G. B. SOMMARIVA, *Introduzione agli studi giuridici*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 207.

A. SOMMA, *L'esperienza tedesca*, in *Effetti del contratto nei confronti dei terzi* (a cura di G. Alpa, E. Fusaro), Milano, 2000, pp. 107 e ss.

R. STEVENS, *The Contracts (Rights of Third Parties) Act del 1999*, in *Law Quarterly Review*, 2004, pp. 315 e ss.

M. TALAMANCA, *La "bona fides" nei giuristi romani: "Leeforlmen" e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (a cura di L. Garofalo), IV, Padova, 2003, p. 34.

M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2013², p. 153.

M. TALAMANCA, s.v. *Fideiussione (parte storica)*, in *ED*, XVII, Milano, 1968, pp. 322 e ss.

M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 508 e ss.

M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *ED*, XXIX, Milano, 1979, pp. 4 e ss.

M. TALAMANCA, '*Una verborum obligatio*' e '*obligatio re et verbis contracta*', in *IURA* 50, 1999, pp. 7 e ss.

L. TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, Verona, 1889, pp. 25 e ss.

J. C. TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1983, pp. 638 e ss.

F. TORIELLO, *Gli effetti del contratto nei confronti di terzi nell'esperienza inglese*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2000, I, pp. 80 e ss.

A. TORRENTE, *Appunti sulla donazione indiretta*, in *St. Calamandrei*, V, Padova, 1958, pp. 331 e ss.

G. TREITEL, *Contract: General Rules*, in *English Private Law*, II, Oxford, 2000, pp. 104 e ss.

G. TREITEL, *The Law of Contract*, London, 1983⁶, pp. 454 e ss.

G. TREITEL, *Third Parties*, in *Chitty on Contracts*, I, London, 1999²⁸, pp. 959 e ss.

J. UNGER, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, in *Jehring's Jahrbücher*, 10, 1869, pp. 4 e ss.

L. VAGNI, *Contratto a favore di terzi nella comparazione common law-civil law: dallo ius commune" al diritto privato europeo*, in *Rivista di Diritto Privato e Procedura Civile*, IV, Milano, 2005, pp. 1209 e ss.

P. M. VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi da figura eccezionale a strumento generale*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva-storico comparatistica*, IV Congresso internazionale ARISTEC, (Roma, 13-16 settembre 1999), Torino, 2001, pp. 278 e 279.

G. VINEY, *La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage à son obligation contractuelle*, note a Cour de Cassation, Ass. plén., 6 oct. 2006, RTDciv, 2007, 123, pp. 2828 e ss.

S. VOGENAUER, *Gli effetti dei contratti verso i terzi: l'Avant-projet in una prospettiva comparatistica*, in *Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems*, London, 2007, pp. 1002 e ss.

R. VOLANTE, *Alteri stipulari. Evoluzione delle forme di riconoscibilità contrattuale ed enucleazione di uno schema negoziale a favore di terzo nelle dottrine dei glossatori*, Centro duplicazione Offset, Firenze, 1993, pp. 34 e ss.

C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR). Outline Edition*, Munich, 2009.

E. VON CAEMMERER, *Verträge zugunsten Dritter*, in *Festschrift für F. Wieacker*, Göttingen, 1978, pp. 311 e ss.

R. VON JHERING, *Die active Solidarobligation*, in *Jehring's Jahrbücher*, 24, 1886, pp. 138 e ss.

F. C. VON SAVIGNY, *Das obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin, 1853, pp. 84 e ss.

F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, (trad. it. di V. Scialoja), Berlin, 1841², pp. 90 e 98.

J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum BGB*, Berlin, 1983¹², sub § 328, nn. 47 e ss.

A. WACKE, *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiettizie*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, Napoli, 1997², pp. 583 e ss.

A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick. Erster teil: Von der Reeder un der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung*, ZSS 111, 1994, pp. 280 e ss.

A. WACKE, *Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latin? Zur schrittweisen Gleichberechtigung der Geschäftssprachen im römischen Reich*, in ZSS 110, 1993, pp. 33 e ss.

D. WALEY, *Die italianischen Stadtstaaten*, München, 1969, pp. 30 e ss.

R. WEIGMANN, s.v. *Società per azioni*, in DDP, XIV, Torino, 1997, pp. 372 e ss.

G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar, 1949, pp. 11 e ss.

G. WESENBERG, *Zur Behandlung des Satzes Alteri stipulari nemo potest durch die Glossatoren*, in *Festschrift für Fritz Schultz*, Weimar, 1951², pp. 259-267.

B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Düsseldorf, 1865, § 316, pp. 185 e ss.

R. ZIMMERMANN, *Lo "ius commune" e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2009, 1, p. 119 e ss.

R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, pp. 29 e ss.