

www.ridrom.uclm.es
ISSN 1989-1970
ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**IL CONTRATTO A FAVORE DI TERZO. SPUNTI PER
UNA COMPARAZIONE DIACRONICA DAL DIRITTO
ROMANO AL *DRAFT COMMON FRAME OF
REFERENCE*.**

**Fabiana Mattioli
Universidad de Bologna**

1. 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 contraenti potessero far sorgere in capo ad un terzo il diritto di esigere la prestazione dedotta in contratto. Per non ripetere cose già dette mi limiterò a questo proposito a brevi, essenziali osservazioni, non potendo che rinviare per ulteriori approfondimenti alla magistrale relazione introduttiva

del prof. Torrent. Più precisamente l'acquisto del diritto era escluso in virtù della massima espressa in Gai. 2, 95: *...et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse...* (1). Tale massima si poneva in una stretta relazione di corrispondenza con la regola attraverso cui, in un testo ulpiano dei libri *ad Sabinum*, riprodotto in D. 45, 1, 38, 17, si affermava specificamente l'invalidità della stipulazione in favore del terzo (*alteri stipulari nemo potest*) (2), circostanza quest'ultima che del resto trova ulteriore positivo riscontro - e con portata ben più ampia - già in un passo attribuito a Quinto Mucio Scevola (cfr. D. 50, 17, 73, 4) (3).

(1) L'affermazione è riproposta in I. 2, 9, 5: su tale massima e sulla sua portata (con particolare riferimento alla comprensività del termine *extraneus*) cfr. in specie R. QUADRATO, v. "Rappresentanza (diritto romano)", in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 426 e ss. Nella letteratura precedente, per la portata della massima e per l'indicazione delle fonti, cfr. altresì M. BRETONI, *Adquisitio per procuratorem?*, in *Labeo*, 1, 1955, p. 280 e nt. 3. Sulla questione cfr. anche M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, p. 393 e nt. 32 e ss. (con indicazione di bibliografia).

(2) Ovviamente la portata della regola *alteri stipulari nemo potest* (o in origine, più esattamente, *alteri dari stipulari nemo potest*: cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, pp. 37-38) incontra un limite, esplicitato nello stesso testo ulpiano (ma cfr. anche i già citati Gai. 2, 95 e I. 2, 9, 5, per le stipulazioni degli schiavi e dei discendenti in potestà (...*praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur...*): i *filii* e i *servi* - come è noto - non avevano personalità giuridica e gli effetti degli atti da loro compiuti non potevano di norma (salvo il caso, in presenza di determinati presupposti, delle cose peculiari che pure a loro volta appartenevano giuridicamente al titolare della potestà) imputarsi a loro, ma all'avente potestà, secondo il moderno schema della rappresentanza organica.

(3) Sul testo muciano e sulla regola ivi enunciata cfr. per tutti O. BEHREND, *Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen*

responsabilità per cattiva gestione nei confronti del pupillo (cfr. D. 45, 1, 38, 20) o di colui che si fosse piuttosto obbligato di costruire un'*insula* o di donare un fondo e che avesse successivamente impegnato altri mediante stipulazione ad analoga prestazione a beneficio del promissario originario (cfr. 45, 1, 38, 21) (5).

Al di là di quanto appena evidenziato il diritto romano, almeno sul piano strettamente pratico, aggirò tuttavia il divieto di stipulare a favore di terzi ammettendo il ricorso ad alcuni specifici meccanismi giuridici di cui le fonti ci forniscono ampia notizia: intendo riferirmi alla previsione di una clausola che imponeva il pagamento di una sanzione (*stipulatio poenae*) nel caso in cui il promittente non avesse eseguito la prestazione eventualmente stabilita a favore del terzo (cfr. ancora D. 45, 1, 38, 17) (6), alla possibilità di ricorrere ad una *delegatio solvendi* (cfr. D. 46, 3, 38, 1 [Afr. 7 *quaest.*]) o altrimenti all'espedito di

(5) Sul testo ulpiano, con riferimento ai due casi prospettati nei §§ 20-21 cfr. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp. 36-37. Per quanto attiene specificamente al caso del contutore menzionato in D. 45, 1, 38, 20 (Ulp. 49 *ad Sab.*) va precisato che viene riprodotto anche in I. 3, 19, 20. In quest'ultimo testo è tuttavia caduta la menzione del giurista che aveva espresso l'opinione condivisa da Ulpiano, cioè Marcello: si tratta di uno dei non numerosi casi in cui nelle Istituzioni di Giustiniano è caduto il riferimento all'opinione giurisprudenziale condivisa: sul punto cfr. G. LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004, p. 89 e nt. 17.

(6) Cfr. anche I. 3, 19, 19: prevedendo una pena a carico del promittente inadempiente si rendeva cioè tra l'altro palese l'interesse dello stipulante, rendendo superflua ogni indagine in concreto della sua esistenza: sul punto cfr. ancora ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 38.

affiancare allo stipulante un *adiectus solutionis causa* (cfr. D. 46, 3, 10 [Paul 4 *ad Sab.*]) o un *adstipulator* (cfr. Gai. 3, 110 e ss.) (7).

Nel quadro di una tendenza all'attenuazione dell'assolutezza del divieto si innestarono successivamente alcune deroghe alla stessa regola generale che pure, almeno formalmente, fu conservata; tra la fine del Principato e l'inizio del Dominato (8) si prevedero infatti, sulla base di specifiche valutazioni equitative, alcuni casi in cui venivano concessi a terzi diritti azionabili (per lo più in via utile) in relazione a patti conclusi in loro favore dalle parti: si ammise in particolare la

(7) Il caso della *delegatio solvendi* è quello in cui il creditore abbia autorizzato il debitore a eseguire la prestazione al terzo (in aggiunta al citato D. 46, 3, 38, 1 v. anche D. 46, 3, 64 [Paul. 14 *ad Plaut.*] e D. 50, 17, 180 [Paul. 17 *ad Plaut.*]). Quanto all'*adiectio solutionis causa* (da compiersi nella forma della *stipulatio sibi aut alteri*) va invece precisato che al terzo poteva essere effettuato validamente l'adempimento senza che egli tuttavia potesse agire per esso (a differenza dell'*adstipulator*: cfr. Gai. 3, 111) o comunque disporre del credito (oltre a D. 46, 3, 10, cfr. anche D. 13, 5, 7, 1 [Ulp. 27 *ad ed.*]). Diverso è il caso della *stipulatio sibi et alteri*: in tale circostanza era controverso se fosse dovuto l'intero (così i Sabiniani, cfr. Gai. 3, 103) o piuttosto dovesse essere detratto, in quanto stipulato inutilmente, quanto stipulato a favore altrui (così i Proculiani, v. ancora Gai. 3, 103; cfr. anche D. 45, 1, 110 pr. [Pomp. 4 *ad Quint. Muc.*): quest'ultima soluzione fu accolta dai giustiniane, cfr. I. 3, 19, 4.

(8) Tali deroghe intervennero comunque al più tardi nel diritto giustiniano, se si voglia dar credito a chi ha ipotizzato che siano state piuttosto introdotte dai compilatori: tale possibilità (non esclusa anche recentemente, almeno in taluni casi, cfr. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 40) non mette in discussione le linee evolutive tracciate nel testo ed inoltre non pare complessivamente convincere se si pensa che buona parte delle deroghe sarebbero, a stare alle fonti, collocabili all'epoca diocleziana e che, almeno in un caso, quello di cui riferisce C. 8, 54, 3 (Imp. Diocl. et Max. AA., a. 290), l'autenticità del testo conservato nel Codice risulta confermata dal passo parallelo di Fr. Vat. 286.

validità del patto di riscatto concluso in sede di vendita della cosa pignorata dal creditore pignoratizio a favore del debitore oppignorante (cfr. D. 13, 7, 13 pr. [Ulp. 38 *ad ed.*] (9), così come quella del patto con cui si fosse invece previsto che il depositario anziché al depositante dovesse restituire ad un terzo (cfr. C. 3, 42, 8 [Impp. Diocl. et Max., a. 293]) (10); inoltre 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* (cfr. C. 8, 54, 3 [Impp. Diocl. et Max., a. 290]) (11), nonché, ulteriormente, la validità del patto dotale con cui il costituente avesse previsto, una volta sciolto il matrimonio, la restituzione della dote alla

(9) Il passo, spesso ritenuto interpolato, prospetta più precisamente tre alternative, tutte praticabili previa restituzione del prezzo: a) cessione dell'*actio venditi* dal creditore al debitore; b) concessione della rivendica a favore del debitore; c) concessione di un'*actio in factum* al debitore pignoratizio. Sul testo v. recentemente, per tutti, W. LITEWSKI, *Das Bestehen der "formula in ius concepta" mit der "bona-fides" Klausel beim Pfand*, in *Labeo* 45, 1999, p. 184 e s.

(10) Come rileva il testo, a sua volta spesso ritenuto interpolato, *nulla quaestio* se il terzo fosse succeduto al depositante: in tal caso avrebbe infatti potuto esercitare comunque, *iure hereditario*, l'*actio depositi*. Diverso il caso, che qui più interessa, in cui il terzo non potesse accampare alcun diritto successorio né per diritto civile, né per diritto onorario: è in questa circostanza che il testo della costituzione concede l'azione di deposito in via utile "*propter aequitatis rationem*". Sul punto v. anche Coll. 10, 7, 8 (Paul. 2 *sent.*).

(11) Anche in questo caso, al di là dell'*actio condicticia* in precedenza concessa al donante o ai suoi eredi, si prevedeva, facendo esplicito riferimento alla *benigna interpretatio* che si dice già accolta in passato dai *divi principes*, che il terzo potesse vedersi direttamente riconosciuta un'*actio utilis*: sul testo cfr. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 29 e ss., ANKUM, *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle "alteri dari stipulari nemo potest"*, cit., in particolare p. 23.

figlia o ai nipoti (quanto al diritto di questi ultimi, cfr. C. 5, 14, 7 [Impp. Diocl. et Max., a. 294]) (12).

2. La regola romana, sia pure attenuata nel diritto giustiniano, che ormai l'aveva definitivamente parametrata sul principio dell'interesse (13), venne sostanzialmente riaffermata nel diritto intermedio che da parte sua tentò comunque di

(12) Cfr. anche D. 24, 3, 45 (Paul. 6 *quaest.*) che a sua volta concede alla donna un'azione in via utile per la restituzione della dote. Il rimedio tuttavia non trova applicazione quando venga stipulato che la restituzione debba avvenire ad un *extraneus*, cfr. C. 5, 12, 26 (a. 294). Sul punto v. anche D. 23, 4, 9 (Pomp. 16 ad *Sab.*) C. 5, 14, 4 (Imp. Gord., a. 240) e in dottrina, con specifico riferimento alla tematica qui considerata, recentemente VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi*, cit., p. 285 e ss.

(13) L'interesse dello stipulante, da espediente occasionale atto a giustificare la deroga alla regola *alteri stipulari nemo potest* in singoli casi specifici quali quelli ad esempio prospettati in D. 45, 1, 38, 20-21 in relazione a D. 48, 1, 38, 17 (v. *supra*, nel testo), si trasforma infatti nel diritto ultimo a sua volta in una regola generale atta ad escludere la non vincolatività dell'impegno assunto dal promittente a favore del terzo in quanto si ravvisi appunto un interesse del promissario a fare ottenere a quest'ultimo la prestazione: in questo senso appare già significativa la chiusa di C. 8, 38, 3 pr. (Impp. Diocl. et Max., a. 290): *...ita alteri, cuius iuri subiectus non est, aliquid dari vel restitui, nisi sua intersit, nemo stipulari potest*. Sintomi ancor più evidenti della generalizzazione si ricavano poi dal confronto tra 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 (*Sed si quis stipuletur alii, cum eius interesset, placuit stipulationem valere. nam si is qui pupilli tutelam administrare coeperat...*), in cui la deroga introdotta nel testo ulpiano alla regola *alteri stipulari nemo potest* attraverso la citazione dell'opinione di Marcello con riferimento al caso del tutore che avesse concluso la *cautio rem pupilli salvam fore* assume una portata generale: in questo senso appare infatti chiarificatore il confronto tra *l'ait Marcellus stipulationem valere in specie huiusmodi* del passo del Digesto e il *placuit stipulationem valere* delle Istituzioni imperiali.

limitarne l'ambito di applicazione. In questo senso appare già significativa la posizione, sia pure forse isolata, di uno dei quattro dottori, Martino, che, come risulta dalla gl. acc. *Nihil agit ad I. 3, 20, 4*, tendeva a distinguere, prendendo evidentemente spunto dalle fonti romane, tra stipulazioni a favore del terzo e semplici patti, tra azioni dirette e azioni utili, ammettendo come conseguenza, sulla scorta dell'*aequitas*, che il riconoscimento al terzo di far ricorso in via generale alle seconde non fosse comunque impedito dalla regola secondo cui *alteri stipulari nemo potest* (14).

Tuttavia la stessa gl. acc. *Nihil agit ad I. 3, 20, 4* appare significativa sotto un altro profilo: nel riferire delle eccezioni alla regola *alteri stipulari nemo potest* già esplicitamente previste dalle fonti romane prevedeva infatti ulteriormente la sua inapplicabilità nel caso della stipulazione a favore di terzi che fosse compiuta avanti ad un magistrato (con riferimento alle

(14) Gl. acc. *Nihil agit ad I. 3, 20, 4*: ...*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 semper ex pacto alterius quaeritur, quod falsum est, cum parum interesset, directo, an utiliter quaereretur...* Sull'isolamento della posizione di Martino Gosia, testimoniato del resto dalla contraria posizione di Accursio espressa nella stessa Gl. *Nihil agit*, v. P. CAPPELLINI, v. "Rappresentanza (diritto intermedio)", in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 443. Sul testo della Glossa, sulla posizione di Martino e sugli echi che essa esercitò su Hotman, cfr. anche, tra gli altri, H. ANKUM, *Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten*, in *Das römische Recht im Mittelalter*, Darmstadt, 1970, p. 121 e ss. (= *Sein und Werden im Recht, Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1970, p. 559 e ss.).

stipulazioni pretorie o alle promesse transattive compiute appunto avanti al giudice), o che, soprattutto, fosse inserita come clausola in un contratto notarile (cfr. in questo senso anche un testo delle *variae resolutiones* di Didacus de Covarruvias y Leiva: *...et primum omnes conuenire hanc stipulationem vtilem esse, et praedictum effectum habere, si ea facta fuerit à notario: is enim veluti persona publica alteri stipulari potest...*). In questo modo si tendeva ad ampliare significativamente il suo ambito applicativo, alla condizione, tuttavia, che vi fosse l'intervento di *publicae personae* ed in particolare che si provvedesse appunto alla redazione di un contratto notarile (15).

Se si eccettua l'isolata previsione della possibilità di stipulare validamente attribuendo un diritto al terzo contenuta nell'*Ordenamiento de Alcalá de Henares* del 1348 (16) va comunque

(15) La costruzione della Glossa poggiava in questo caso su un'interpretazione analogica, invero un po' azzardata, delle fonti romane riguardanti le stipulazioni del *seruus publicus* (cfr. in specie D. 46, 6, 2 [Ulp. 79 *ad ed.*]), equiparando tali stipulazioni alla promessa fatta al terzo ed emessa in presenza appunto di *personae publicae* ed in particolare di fronte ad un notaio in quanto investito di un ufficio pubblico (a quanto esplicitamente dicono le fonti "*non tamquam seruus, sed tamquam publicus*"): sul punto cfr. in specie H. LANGE, '*Alteri stipulari nemo potest*' bei Legisten und Kanonisten, in ZSS 73, 1956, p. 279 e ss. Per un quadro di sintesi v. anche H. COING, *Europäisches Privatrecht, I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985, p. 425, nonché, da ultimo, VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi*, cit., pp. 290-291.

(16) Sul punto, per l'importanza dell'ordinamento di Alcalá de Henares (redatto all'epoca di Alfonso XI) v. in specie ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 43 e nt. 62 e VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi*, cit., p. 291. Con particolare riferimento alla *Nueva Recopilación* ordinata da Felipe II a Bartolomé de Atienzo tra il 1567 e il 1569 cfr. CAPPELLINI, v. "*Rappresentanza (diritto intermedio)*", cit., p. 451 e nt. 75.

escluso che il contratto a favore di terzo sia stato oggetto di una generalizzata ammissione. La regola romana si conservò infatti per lungo tempo come regola generale, come ancora ad esempio dimostra, tra le tante, la presa di posizione del giureconsulto tedesco del XVII secolo Johann Brunnemann (17).

Peraltro, di fronte al sostanziale conservatorismo di gran parte della scienza giuridica continentale, fu l'espansione delle prassi mercantile nei Paesi Bassi a mettere definitivamente in crisi la regola secondo cui *alteri stipulari nemo potest*. Fu infatti solo la scienza giuridica naturalistica olandese a mettere energicamente in discussione la regola, sulla scia di spunti in precedenza forniti dalla Seconda Scolastica spagnola (18). In

(17) Cfr. *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum... Tomus Secundus*, Coloniae Allobrogum, 1762, p. 328 b, n. 1, ad l. *Quaecunque* (D. 44, 8, 11): *Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem 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*. Sul punto, con riferimento all'atteggiamento conservatore di larga parte della dottrina giuridica europea v. in specie ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 42. Un tentativo di superamento fu dovuto semmai alla scienza canonistica che riconobbe gli effetti della promessa a favore del terzo, purché confermata dal giuramento: in questo caso l'inadempimento avrebbe portato a sanzionare il comportamento tenuto in violazione del giuramento: sulla questione cfr. in specie LANGE, '*Alteri stipulari nemo potest*' bei Legisten und Kanonisten, cit., p. 297 e ss. Per l'atteggiamento favorevole del diritto canonico al contratto a favore di terzo v. in specie ANKUM, *Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten*, cit., p. 125 e ss. (= *Sein und Werden im Recht, Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag*, cit., p. 563 e ss.).

(18) Quanto all'importanza della Seconda Scolastica spagnola, soprattutto in relazione alla enucleazione la moderna nozione di *contractus in genere* cfr. in specie CAPPELLINI, v. "*Rappresentanza (diritto intermedio)*", cit., p. 452. Per quanto specificamente riguarda il rilievo assunto dalla scienza giuridica spagnola con riferimento alla possibilità di riconoscere la

capacità di resistenza per il perdurante ossequio che ancora le portarono la scienza giuridica francese settecentesca (nell'ambito della quale può considerarsi emblematica la posizione di Pothier) ⁽²¹⁾ e, successivamente, ancora nel corso del XIX secolo, almeno alcuni esponenti della Pandettistica tedesca ⁽²²⁾.

3. Il risultato tangibile dell'atteggiamento conservatore di Pothier si manifestò nella redazione del Code civil in cui, a fianco della affermazione generale posta nell'art. 1165 ⁽²³⁾, si

⁽²¹⁾ *Traité des obligations*, in *Œuvres*, I, Bruxelles, 1831, in specie p. 17, n. 54: *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...*

⁽²²⁾ Cfr. in specie A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, III, Erlangen, 1892, p. 1624 e ss. A questo proposito, con particolare riferimento alla posizione di Alois Brinz, v. le osservazioni di ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 42 e ntt. 57 e 60. Per una panoramica bibliografica del diverso atteggiamento assunto da larga parte della dottrina tedesca dell'ottocento cfr. tuttavia, in particolare, VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi*, cit., p. 280 e nt. 28.

⁽²³⁾ *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. L'evoluzione interpretativa compiutasi ad opera della giurisprudenza francese (cfr. sul punto 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, p. 119) trova ora riscontro nella diversa formula adottata nell'art. 137 del *Projet de réforme du droit des contrats* del 2008, che fa esplicitamente salva, nel suo insieme, la disciplina del contratto a*

individuaron le due sole eccezioni di cui si fa parola all'art. 1121, peraltro evidentemente derivate dalle fonti romane: la donazione in cui fosse previsto un *modus* a favore di un terzo e il caso in cui il promittente, che avesse beneficiato di una prestazione da parte dello stipulante, avesse promesso una controprestazione a quest'ultimo o ad un terzo (24). Benché il contratto a favore di terzo avesse ottenuto un riconoscimento di portata più generale nella legislazione di alcuni stati tedeschi (e in particolare nell'*Allgemeines Landrecht* prussiano) (25) ancora

favore di terzo (artt. 142-146): (1) *Le contrat n'a d'effet qu'entre les parties.* (2) *Il n'a pas d'effet à l'égard des tiers qui ne peuvent ni en demander l'exécution ni en voir contraints de l'exécuter sous réserve des dispositions de la présente section.* La norma dell'art. 1165, è appena il caso di precisarlo, ha tuttora il suo corrispondente nel diritto italiano all'art. 1372 (2) del Codice civile del 1942: *Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.*

(24) Per un rapido inquadramento delle due eccezioni prospettate nell'art. 1121 e per il rapporto con il diritto romano (cfr. C. 8, 54, 3 e D. 46, 3, 10, rispettivamente per la donazione modale e per l'*adiectus solutionis causa*) cfr., per tutti, PH. MALAURIE-L. AYNÈS-PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, 2003, p. 389. Si può aggiungere che la previsione dell'art. 1121 venne completata da quella dell'art. 1122: *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.*

(25) Altrettanto deve dirsi per il *Codex Bavaricus Maximilianeus* e per il Codice della Sassonia: v. sul punto ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 44 e ntt. 71 e 72. Quanto al *Landrecht* prussiano cfr. I, 5, §§ 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 Vor theile geschlossene Vertrag nach dem Einverständniß der Contrahenten geändert, oder gar aufgehoben werden* (77) *Ist aber dem Dritten der Antrag zum Beytritt ein mal geschehen, so müssen die Contrahenten seine Erklärung über die Annahme abwarten.*

più tradizionalista, fu invece l'ABGB austriaco che nella versione originale del § 881, poi sostituito dalla Novella di riforma del 1916, si limitò sostanzialmente a riaffermare la regola del diritto romano (26). In questo quadro si inserisce anche la legislazione degli stati preunitari italiani, che rimase a sua volta assolutamente fedele all'impostazione del *Code Napoléon* (27), cui

(26) Nella traduzione ufficiale italiana fatta per il Lombardo-Veneto il § 881 dell'ABGB infatti così recitava: *Eccettuati i casi determinati dalla legge, niuno può fare od accettare per altri una promessa. Se però alcuno ha promesso di adoperarsi presso un terzo, od ha persino garantito la riuscita, dovrà soddisfare all'obbligazione a misura della sua promessa. Va precisato che i casi previsti dalla legge si riducevano essenzialmente alla rappresentanza e all'assicurazione sulla vita, quest'ultima in quanto oggetto di usi commerciali, espressamente richiamati nel § 1 del codice di commercio austriaco: cfr. sul punto VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi*, cit., p. 280 e nt. 29.*

(27) 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 sè stesso, o in una donazione che si fa ad altri, senza pregiudizio però delle formalità prescritte per le donazioni ove ne sia il caso. Colui che ha fatta questa stipulazione non può più revocarla se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.* Art. 1209: *Si presume che ciascuno abbia stipulato per sè e per i suoi eredi ed aventi causa, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.* Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, art. 1093: *Ciò non ostante può alcuno obbligarsi verso un altro, promettendo il fatto di una terza persona; ogniqualvolta però la terza persona ricusi di prestarsi all'esecuzione dell'obbligazione, il creditore avrà soltanto il regresso per l'indennità contro quello che si è in tal modo obbligato, o che ha promesso di far ratificare.* Art. 1094: *E' 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 se e per li suoi eredi ed aventi causa, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.* Codice pel Regno delle due Sicilie art. 1075: *Si può egualmente stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che si fa per sè stesso, o di una donazione che si fa ad altri. Colui che ha fatto questa stipulazione, non può più revocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.* Art. 1076: *Si presume che ciascuno abbia stipulato per sè, pe' suoi eredi, o per quelli che hanno causa da lui,*

del resto ancora pedissequamente si conformò, successivamente, il primo legislatore dell'Italia unitaria (28). E' solo nell'ottocento inoltrato che le legislazioni europee (anche e soprattutto sulla spinta delle esigenze degli scambi) prestarono crescente attenzione alla categoria del contratto a favore di terzo: in questo senso è storicamente emblematica la posizione del Código civil spagnolo (v. art. 1257) e lo è ancor più, successivamente, la presa di posizione del BGB tedesco (cfr. § 328 e ss.).

4. Nell'ordine di idee del diritto romano si è del resto a lungo collocato - e fino a tempi ben più vicini a noi - anche il *Common law* inglese in cui la dottrina della *privity of contract*, nonché la massima secondo cui *consideration must move from promisee* sono state ritenute da sempre di ostacolo al riconoscimento della validità di quelli che il diritto inglese individua come *Contracts in favour* (o *for the Benefit*) of *Third Parties* (29). Ciò non ha tuttavia impedito anche in passato

quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.

(28) Art. 1121 del Codice Civile del 1865: *Si può egualmente stipulare a vantaggio d'un terzo, quando tale sia la condizione contenuta in una stipulazione che si fa per sè stesso o in una donazione che si fa ad altri. Colui che ha fatta questa stipulazione, non può più rivocarla se il terzo ha dichiarato di volerne profittare.*

(29) Per un quadro relativo al diritto inglese e per la dottrina della *privity* cfr. per tutti ampiamente G. H. TREITEL, *The Law of Contract*¹¹, London, 2003, p. 582 e ss. Per quanto riguarda la *consideration* cfr. l'articolata trattazione generale dello stesso TREITEL, *op. cit.*, p. 67 e ss.; un quadro di sintesi è quello fornito da G. GORLA, v. "Consideration", in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 176 e ss. Sui rapporti tra *privity* e *consideration* in relazione ai

l'introduzione, ad opera del legislatore, di singole eccezioni come, per segnalare le più importanti, quelle in materia di assicurazione sulla vita a favore di terzi o di convenzioni relative al trasferimento di immobili (30). Lo stesso quadro di fondo, rispetto al quale il pragmatismo dei giudici aveva già introdotto ulteriori brecce, è poi recentemente mutato con l'introduzione nel 1999 del Contracts (Rights of Third Parties) Act (31) attraverso il quale sono stati in larga parte rimossi gli ostacoli determinati dalla mancanza di *privity* e di *consideration* in

contracts in favour of third parties cfr. anche M. LUPOI, *Il contratto a favore di terzo in diritto inglese*, in *Rivista del diritto commerciale*, 65, 1967, I, p. 174 e ss. Quanto detto per il diritto inglese vale anche per il diritto irlandese: sul punto cfr. R. CLARK, *Contract law in Ireland*³, London, 1992, p. 383 e ss. Per quanto riguarda invece il *Common law* statunitense v. in specie P. GALLO, v. "Contratto a favore del terzo in diritto comparato", in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile, IV*, Torino, 1989, p. 257, nonché, in sintesi, VECCHI, *La stipulazione a favore di terzi*, cit., p. 298.

(30) Cfr. rispettivamente la section 11 del *Married Woman Property Act* (1882) e la section 56 (1) del *Law of Property Act* (1925): su queste ed altre deroghe introdotte da previsioni legislative v. in specie LUPOI, *Il contratto a favore di terzo in diritto inglese*, cit., p. 216 e ss.; quanto alla section 56 (1) del *Law of Property Act* v. in specie M. P. FURMSTON (a cura di), *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*¹³, London-Edinburgh-Dublin, 1996, p. 469 e ss., nonché TREITEL, *The Law of Contract*¹¹, cit., p. 669 e ss.

(31) Per il testo del Contracts (Rights of Third Parties) Act v. l'annex a S. BANAKAS, *The Effect of Contracts on Liabilities of Third Parties: a Common Law approach*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., p. 317 e ss. Per l'iter della riforma del 1999 (entrata in vigore a partire dall'11 maggio 2000) v., oltre allo stesso Banakas (cfr. p. 300 e s.), anche TREITEL, *The Law of Contract*¹¹, cit., in specie p. 580. Per le brecce create in precedenza nella regola generale attraverso istituti come il *trust* e l'*agency* v. LUPOI, *Il contratto a favore di terzo in diritto inglese*, cit., p. 186 e ss.

relazione ai benefici derivanti a “*third parties*” dal “*contract*” concluso tra “*promisor*” e “*promisee*” (32).

5. Probabilmente proprio perché un regime del contratto a favore di terzo non venne fissato dal diritto romano che anzi, come abbiamo visto, non ne ammise in via generale la validità in ossequio alla regola secondo cui *alteri stipulari nemo potest*, le discipline previste nelle legislazioni contemporanee spesso presentano fra loro elementi di divergenza. Tuttavia tutte presuppongono l'accordo dei contraenti (identificati di norma come stipulante/promissario e promittente) che, in quanto finalizzato a attribuire al terzo il diritto a una prestazione come elemento del sinallagma, costituisce l'elemento caratterizzante della convenzione negoziale a favore di costui (in questo senso riferimenti espliciti all'accordo o all'intenzione delle parti sono rispettivamente presenti nel § 881 [2] dell'ABGB e nell'art. 112 [2] del Codice svizzero delle obbligazioni). Infatti l'acquisto del diritto in capo al terzo è per lo più considerato diretta conseguenza della stipulazione nei principali ordinamenti di

(32) Quanto alla parziale sopravvivenza del regime precedente e per la configurazione del Contracts (Rights of Third Parties) Act come “*a new statutory exception to the common law doctrine of privity*” cfr. TREITEL, *The Law of Contract*¹¹, cit., in specie p. 580 e ss. Si può aggiungere che il Contracts (Rights of Third Parties) Act non ha mancato di suscitare le riserve della parte più conservatrice della dottrina per le incoerenze che determina nel sistema, soprattutto in relazione alla dottrina della *consideration*: cfr. sul punto le argomentazioni di R. STEVENS, *The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Law Quarterly Review* 292, 2004, p. 292 e ss.

Civil law: la regola che si applica, salvo patto contrario (cfr. l'art. 1411 [2] del Codice civile italiano) (33) o salvo che comunque dalla natura o dallo scopo del contratto risulti altrimenti (cfr. al proposito § 881 [2] dell'ABGB, nonché il § 328 [2] del BGB) (34), è cioè quella del riconoscimento diretto e immediato al terzo estraneo al contratto di esigerne l'esecuzione (35).

(33) Cfr., in termini analoghi, anche quanto disposto in termini espliciti dall'art. 444 (2) del Codice civile portoghese: *...a não ser que outra tenha sido a vontade dos contraentes*.

(34) Più esattamente il § 881 (2) dell'ABGB, così come riformato dalla *Teilnovelle* del 1916, afferma che l'acquisto diretto del diritto da parte del beneficiario (nonché il momento in cui esso può risultare esigibile), potrà risultare dall'accordo, dalla natura e dallo scopo del contratto (e quindi esplicitamente o implicitamente) e che comunque, in caso di dubbio, il diritto si debba ritenere direttamente acquistato al terzo. In precedenza il § 328 (2) del BGB (in generale sulla disciplina del BGB, sulla fissazione del momento in cui sorge il diritto del terzo e di quello in cui diventa irrevocabile la disposizione a suo favore cfr. GALLO, v. "Contratto a favore del terzo in diritto comparato", cit., p. 252 e ss.) aveva previsto che dovesse desumersi dalle circostanze, e particolarmente dallo scopo del contratto, se il terzo dovesse acquistare il diritto e se tale diritto sorgesse subito o solo in relazione al verificarsi di determinati presupposti (sul punto v. anche le disposizioni interpretative contenute nei §§ 329-330 rispettivamente riguardo al caso di accollo di adempimento e nel caso, tra l'altro, di contratti di assicurazione sulla vita o di rendita vitalizia: cfr. al proposito K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*¹², München, 1979, p. 203 e s.). Come accennato in senso analogo all'intenzione delle parti o alla consuetudine fa riferimento l'art. 112 (2) del Codice svizzero delle obbligazioni, in relazione alla possibilità del terzo di esigere direttamente l'adempimento. Al tenore della previsione contrattuale fanno anche riferimento, nell'ambito dei Paesi aderenti all'Unione europea, l'art 395 (1) del Codice civile polacco e, più di recente, l'art. 126 (1) dell'Obligacijski zakonik sloveno, il § 80 (2) del Tsiviilseadustiku üldosa seadus estone, nonché, da ultimo, l'art. 5:100 (1) del nuovo Codice civile ungherese.

(35) Questo è anche l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza francesi: cfr. sul punto MALAURIE-AYNÈS-STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., p. 394 e nt. 35. In termini analoghi si pronuncia, tra le codificazioni di più recente redazione, l'art. 430 (1) del Codice della Repubblica federativa

A questo proposito va però rilevato che in taluni ordinamenti l'acquisto del diritto e la conseguente facoltà del terzo di pretenderne l'adempimento risultano piuttosto condizionati all'accettazione di quest'ultimo: è specificamente il caso dell'art. 1257 (2) del Codice civile spagnolo (il cui testo - è qui doveroso sottolinearlo - quasi coincide con quello dell'art. 504 del Código Civil de la República Argentina), del § 50 (1) dei Codici civili ceco e slovacco, nonché in particolare dell'art. 6.253 (1) del NBW olandese, codice quest'ultimo in cui tra l'altro si trova coerentemente precisato (cfr. art. 6.254 [1]) che l'accettazione del terzo lo costituisce parte del contratto stipulato a suo favore (36).

russa. Ugualmente avviene nell'altrettanto recente Code civil du Québec, all'art. 1444 (1). Quanto rilevato tuttavia non esclude di norma che lo stipulante/promissario conservi il diritto di esigere dal promittente l'esecuzione della promessa: così esplicitamente il § 335 del BGB, il § 881 (1) dell'ABGB, nonché l'art. 112 (1) del Codice svizzero delle obbligazioni, l'art. 444 (2) del Código civil português e l'art. 6.256 del Nederlands Burgerlijk Wetboek. Cfr. anche l'art. 126 dell'Obligacijski zakonik sloveno e l'art. 436 del Codice civile brasiliano. Per il diritto francese v. ora nello stesso senso l'art. 1171-4 dell'Avant-projet de réforme du droit des obligations e l'art. 146 del Projet de réforme du droit des contrats. Si può aggiungere che conseguentemente le eccezioni derivanti dal contratto spettano di norma al promittente anche nei confronti del terzo: cfr. a questo proposito esplicitamente l'art. II.- 9:302 lett. (b) del *Draft* nonché, nei codici vigenti, il § 334 del BGB, l'art. 449 del Código civil português e ancora il § 50 (2) dei Codici civili ceco e slovacco, l'art. 128 dell'Obligacijski zakonik sloveno, il § 80 (7) del Tsiivilseadustiku üldosa seadus estone, l'art. 5:100 (3) del nuovo Codice civile ungherese. A questo proposito cfr. anche l'art. 430 (3) del codice civile della Repubblica federativa russa. Nello stesso senso anche l'art. 1450 del Code civil du Québec.

(36) Come è evidente questa soluzione trova - si direbbe non a caso - il suo diretto referente storico nella costruzione groziana, che sappiamo già adottata dal *Landrecht* prussiano (I, 5, § 75; per il superamento

Di regola invece l'accettazione da parte del terzo (che di norma può essere esplicita o anche compiuta *per facta concludentia*) (37) ha piuttosto il semplice effetto di rendere

dell'impostazione presente nel Codice prussiano, avvenuto, dopo un lungo dibattito dottrinale, ad opera della dottrina tedesca del XIX, cfr. in particolare B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II⁸, Frankfurt am Main, 1900, p. 281 e ss. [= trad. it. *Diritto delle Pandette*, a cura di C. Fadda e P. E. Bensa, II, 1, Torino, 1904, p. 232 e ss.]). Su questo aspetto e sulla necessità dell'accettazione nelle codificazioni prussiana, bavarese e sassone cfr. da ultimo ZIMMERMANN, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, cit., p. 119. Quanto alla soluzione tuttora accolta dal legislatore olandese cfr. C. E. DU PERRON, *Art. 6:110: Stipulation in Favour of Third Party*, in **The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary** (eds. D. Busch, E. H. Hondius, H. J. van Kooten, H.N. Schelhaas and W. M. Schrama), The Hague, 2002, pp. 283-284. Diversamente il terzo non diviene parte nel caso di quegli ordinamenti che gli riconoscono l'acquisizione del diritto sulla semplice base dell'accordo intervenuto tra promissario e promittente: cfr. ad esempio, per il diritto francese, MALAURIE-AYNÈS-STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., p. 388. Altrettanto avviene nel diritto italiano, sul punto v. ad esempio Cass. 9 agosto 1996, n. 7398 e in dottrina per tutti C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III², Milano, 2000, p. 569 e ss.

(37) Come esplicitamente previsto anche nel *Draft Common Frame of Reference* all'art. II.- 9:303 (1) (v. *infra*, § 8) l'accettazione può cioè risultare anche dal comportamento del beneficiario che di fatto esercita il suo diritto: cfr., per il diritto francese, MALAURIE-AYNÈS-STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., p. 394, nonché, per quello olandese, DU PERRON, *Art. 6:110: Stipulation in Favour of Third Party*, cit., p. 283. Nel caso della accettazione espressa il Nederlands Burgerlijk Wetboek prevede che essa debba avvenire con apposita dichiarazione indirizzata ad una delle parti contraenti (cfr. art. 6.253 [3]). La comunicazione di accettazione deve invece avvenire nei confronti del promittente e dello stipulante ai sensi dell'art. 447 (3) del Codice civile portoghese. Quanto al BW olandese appare significativa anche la disposizione dell'art. 6. 253 (4) che prevede che, nel caso di stipulazione irrevocabile compiuta a titolo gratuito a favore del terzo, l'accettazione si consideri comunque intervenuta qualora il terzo ne sia venuto a conoscenza e non abbia rifiutato la prestazione senza ritardo: sul punto cfr. ancora DU PERRON, *op. cit.*, pp. 283-284. Si può aggiungere che secondo il Code civil du Québec l'accettazione può intervenire anche successivamente alla morte del promittente o dello stipulante (cfr. l'art. 1449).

irrevocabile (e immodificabile) il contratto stipulato in suo favore, circostanza questa che risulta affermata in termini espliciti, per limitarci qui solo ad alcuni esempi, dall'art. 1121 (2) del Code civil francese (nello stesso senso v. ora anche l'art. 1171-1 dell'Avant-projet de réforme du droit des obligations del 2005 e l'art. 143 del Projet de réforme du droit des contrats del 2008), dall'art. 112 (3) del Codice svizzero delle obbligazioni, nonché dall'art. 1411 (2) del Codice civile italiano e dall'art. 393 (2) del Codice civile polacco (38).

6. L'accordo tra promissario e promittente può avere di regola per oggetto una qualunque prestazione (il Codice civile portoghese all'art. 443 [2] precisa ad esempio che la prestazione richiesta al promittente a beneficio del terzo può anche consistere nella rimessione di un debito o nella cessione di un credito, come anche avere per oggetto la costituzione, la modificazione, la

(38) Questi due ultimi Codici sono gli unici, fra quelli citati nel testo (ma v. ora, nelle legislazioni recenti, anche il § 80 [6] del Tsiviilseadustiku üldosa seadus estone), che fanno esplicito riferimento non solo all'irrevocabilità, ma anche all'immodificabilità (per il *Draft* v. l'art. II.- 9:303 [2] [v. *infra*, § 8], per uno spunto in termini generali v. già BGB § 328 [2]): si può aggiungere che nelle codificazioni più vicine nel tempo l'irrevocabilità del contratto, una volta intervenuta l'accettazione del terzo, è anche prevista dall'art. 448 (1) del Código civil português e dall'art. 6.253 (2) del Nederlands Burgerlijk Wetboek. Tra le conseguenze dell'accettazione è esplicitamente prevista, accanto all'irrevocabilità, anche l'immodificabilità dall'art. 430 (2) del Codice della Repubblica federativa russa. Sul punto, con riguardo all'irrevocabilità del contratto, v. anche l'art. 1446 del Code civil du Québec.

trasmissione o l'estinzione di diritti reali) (39) e non si ritiene di norma necessario che l'identità del terzo sia determinata al momento della conclusione del contratto (40). In taluni ordinamenti si richiede invece, per la validità della stipulazione, che lo stipulante vi abbia interesse. La presenza di tale requisito, che è certamente una reminiscenza storica di quanto affermato nelle fonti romane ed in particolare in un passo ulpiano (cfr. D. 41, 1, 38, 17: *...inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest...*) ripreso nelle Istituzioni imperiali (cfr. I. 3, 19, 19), è ad esempio implicita nei

(39) Un'eco di tale previsione si riscontra nell'art. II.- 9:301 (3) del *Draft* (cfr. *infra*, § 8) che ricorda esplicitamente la possibilità che il beneficio del terzo possa consistere nell'estinzione o nella limitazione di una preesistente obbligazione nei confronti di una delle parti contraenti. Si può rilevare che qualcosa di analogo avviene anche nell'art. 6.253 del *Nederlands Burgerlijk Wetboek*, in cui si prevede esplicitamente che il terzo non solo possa acquisire il diritto a richiedere l'esecuzione di una prestazione, ma che abbia eventualmente anche la facoltà di invocare altrimenti il contratto a suo favore. Sull'ampiezza della nozione di contratto a favore del terzo nel *Código civil português* e per un quadro delle disposizioni in esso contenute, anche con riferimento alla più esigua disciplina presente nel *Código civil spagnolo*, cfr. 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., p. 251 e ss.

(40) Quest'ultima previsione, che è presente anche nel *Draft* (cfr. art. II.- 9:301 [1] [cfr. *infra*, § 8]) in cui si esclude esplicitamente la necessità che il terzo beneficiario esista e sia identificato al momento della conclusione del contratto, ricorre recentemente ad esempio nel § 80 (4) del *Tsiviilseadustiku üldosa seadus estone*, nonché nel *Code civil du Québec*, all'art. 1445. Del resto anche laddove manchi una specifica disposizione nel senso indicato si ritiene comunemente che sia sufficiente la semplice determinabilità del terzo: così nel diritto francese (cfr. MALAURIE-AYNÈS-STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., p. 394), in quello italiano (v. ad esempio, nella giurisprudenza, Cass. 28 aprile 1989, n. 1993) e in quello olandese (cfr. DU PERRON, *Art. 6:110: Stipulation in Favour of Third Party*, cit., p. 283).

due casi in cui il contratto a favore di terzo era originariamente ammesso ai sensi dall'art. 1121 (1) del Code civil (41), mentre risulta ancora esplicitamente richiesta nel Codice civile italiano del 1942 (art. 1411 [1]). L'interesse dello stipulante, che di norma si ritiene possa essere di qualsiasi natura, anche morale (42), è peraltro requisito ora messo in discussione da una parte dalla dottrina e della giurisprudenza francesi, benché sia proprio sulla base della dottrina dell'interesse che la giurisprudenza d'oltralpe ha potuto, soprattutto nel corso del XX secolo, ampliare progressivamente ad altri casi e generalizzare l'angusta disposizione dell'art. 1121 del Code civil (43).

(41) Sul punto cfr. MALAURIE-AYNÈS-STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., pp. 389-390, in cui si rileva tra l'altro (cfr. *ibidem*, p. 390, nt. 14) come proprio alla dottrina dell'interesse facesse del resto già riferimento esplicito Pothier.

(42) Quanto al diritto italiano l'art. 1411 non esige infatti che l'interesse debba avere carattere patrimoniale: in giurisprudenza cfr. ad esempio Cass. 3 luglio 1979, n. 3749. Si deve però trattare di un interesse "privato": v. Cass. 1 agosto 2001, n. 10459 (in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2002, I, p. 152). Per quanto attiene al diritto francese, che, salvo voci isolate della dottrina, ha ormai da tempo superato l'antica presa di posizione di Pothier che richiedeva a sua volta la presenza di un interesse di natura patrimoniale, cfr. in sintesi, per tutti, MALAURIE-AYNÈS-STOFFEL-MUNCK, cit., p. 390 e nt. 15 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

(43) Sul punto, per l'atteggiamento assunto di recente da parte della dottrina e della giurisprudenza francesi, volto a ritenere che l'interesse delle parti possa considerarsi implicito nel fatto stesso di aver stipulato a favore del terzo, cfr. MALAURIE-AYNÈS-STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, cit., p. 390. Più in generale, per gli sviluppi dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale dell'istituto in Francia, cfr. altresì il rapido, ma efficace quadro di sintesi fornito da GALLO, v. "Contratto a favore del terzo in diritto comparato", cit., pp. 251-252 (con indicazioni bibliografiche).

7. Per quanto vantaggiosa per il terzo la prestazione promessa non gli può comunque essere imposta; per questo motivo è riconosciuta al terzo la facoltà di rifiutarla: in questo senso è esplicita la disposizione dell'art. 1411 (3) del Codice civile italiano che prevede che in tal caso la prestazione rimanga a beneficio dello stipulante salvo che non risulti diversamente dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto (44); si tratta del caso preso in esame anche dall'art. 6.255 del BW olandese che esplicitamente prevede la possibilità che lo stipulante designi se stesso od altro terzo, dovendosi ritenere la designazione fattasi per se stesso nel caso in cui lo stipulante non abbia provveduto alla designazione di altri nel termine congruamente stabilito dal promittente (45).

(44) Cfr. anche l'art. 430 (4) del Codice della Repubblica federativa russa. Qualcosa di analogo avviene, per il diritto tedesco, in virtù del § 333 del BGB, che prevede che, in caso di rifiuto da parte del terzo, il diritto debba comunque considerarsi come a lui non mai acquisito (cfr. nello stesso senso l'art. II. - 9:303 [1] del *Draft* [cfr. *infra*, § 8]). Sul punto v. recentemente anche il § 80 (8) e (9) del *Tsiviilseadustiku üldosa seadus* estone che, in caso di rifiuto del terzo, esclude per regola generale che il diritto possa considerarsi a lui mai acquistato (§ 80 [9]) e ammette corrispondentemente che la prestazione dedotta in contratto ricada a beneficio dello stipulante o eventualmente di altro terzo designato da quest'ultimo (§ 80 [8]). Sul punto per il diritto francese v. ora l'art. 1171-2 (2) dell'*Avant-projet de réforme du droit des obligations*. e l'art. 144 (3) del *Projet de réforme du droit des contrats* in cui si prevede che conseguentemente alla revoca il terzo debba considerarsi come se non fosse mai stato beneficiario. Alla facoltà di rifiuto fa esplicito riferimento anche il *Código civil português* (cfr. art. 447 [1]) che all'art. 447 (2) dispone che essa debba compiersi con apposita dichiarazione al promittente, cui si fa carico di un conseguente obbligo di comunicazione al promissario.

Quanto alla revoca della stipulazione va precisato che, come sappiamo, negli ordinamenti nazionali vigenti è esclusa, di norma, quando il terzo abbia dichiarato di volerne approfittare (46): tale previsione, che, come abbiamo visto, compare già nell'art. 1121 (2) del Code civil, è ripresa esplicitamente o implicitamente da una buona parte dei codici successivi: cfr. in questo senso, tra quelli qui presi specificamente in considerazione, l'art. 1257 (2) del Código civil spagnolo, l'art. 112 (3) del Codice svizzero delle obbligazioni, l'art. 1411 (2) del Codice civile italiano, l'art. 448 (1) del Codice civile portoghese, nonché l'art. 6.253 (2) del BW olandese (47).

(45) Diverso è invece il presupposto della facoltà di sostituzione al terzo di altra persona designata dal promissario così come regolata dal § 332 del BGB che stabilisce che se il promissario si sia riservato tale facoltà senza che per ciò intervenga l'approvazione del promittente, la sostituzione possa avvenire anche mediante un atto *mortis causa*.

(46) Al contrario il *Draft* ammette la revoca, salvo diversa disposizione contrattuale, solo fino al momento della comunicazione al terzo del conferimento del diritto o del beneficio (cfr. la previsione dell'art. II. - 9:303 [2] [cfr. *infra*, § 8]). Si deve precisare che alcuni codici stabiliscono espressamente le modalità e gli effetti della revoca: ad esempio l'art. 6.253 (3) del BW olandese prevede che la revoca debba essere indirizzata o al promittente o al terzo. L'art. 1448 (1) del Code civil du Québec stabilisce invece che la revoca abbia effetto dal momento in cui sia portata a conoscenza del promittente. Quanto alle conseguenze della revoca l'art. 1449 dello stesso codice del Québec prevede che, in assenza di una nuova designazione di un beneficiario, ne traggano profitto lo stipulante o i suoi eredi.

(47) Quanto al diritto francese v. conformemente anche l'art. 1171-1 dell'Avant-projet de réforme du droit des obligations e l'art. 143 del Projet de réforme du droit des contrats. Sul punto, nello stesso senso, v. anche, per quanto riguarda le legislazioni dei paesi aderenti all'Unione europea, in specie quanto stabilito dall'art. 393 (2) del Codice civile polacco e dall'art. 127 (1) dell'Obligacijski zakonik sloveno (per un'eccezione cfr. però l'art.

Come risulta da alcune previsioni codicistiche la regola appena enunciata non trova tuttavia applicazione nel caso particolare in cui la prestazione debba aver luogo dopo la morte del promissario: in tale circostanza la promessa risulterà infatti di regola irrevocabile, indipendentemente che sia intervenuta o meno l'accettazione del terzo, solo allorquando sia avvenuto il decesso dello stipulante (48). Quanto appena precisato apre la strada ad alcune ulteriori considerazioni sulle applicazioni particolari del contratto a favore di terzo nel diritto contemporaneo, considerazioni che in questa sede non potranno tuttavia andare oltre una semplice segnalazione: mi riferisco al diritto delle assicurazioni - che in generale costituiscono una

127 [2]). In termini analoghi cfr. anche l'art. 1446 del Code civil du Québec e l'art. 430 (2) del Codice della Repubblica federativa russa. Si può aggiungere che il diritto di revoca viene riconosciuto di norma allo stipulante/promissario (così esplicitamente l'art. 6.253 [2]), salvo che la promessa non sia stata fatta nell'interesse di entrambi gli stipulanti: il caso è prospettato dall'art. 448 (2) del Código civil português che in tale circostanza prevede la necessità del consenso del promittente. Nello stesso senso va ora anche quanto esplicitamente disposto dall'art. 1447 del Code civil du Québec.

(48) Sul punto cfr. l'art. 1412 del Codice civile italiano che prevede anche che qualora il terzo sia nel frattempo premorto, la prestazione sia dovuta, di norma, ai suoi eredi. In questo senso v. inoltre l'art. 448 (1) del Código civil português di cui rileva anche l'art. 451: (1) *Se a prestação a terceiro houver de ser efectuada após a morte do promissário, presume-se que só depois do falecimento deste o terceiro adquire direito a ela.* (2) *Se, porém, o terceiro morrer antes do promissário, os seus herdeiros são chamados em lugar dele à titularidade da promessa.* La disposizione dell'art. 451 (1) del Codice civile portoghese deriva dal § 331 (1) del BGB: *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.* Quanto alla possibilità che la revoca venga fatta mediante testamento e al momento in cui essa acquisti in tal caso efficacia cfr. anche l'art. 1448 (1) del Code civil du Québec.

delle più caratteristiche applicazioni della figura contrattuale qui presa in considerazione - e specificamente all'assicurazione sulla vita che costituisce una fattispecie tipizzata in cui la prestazione deve appunto aver luogo e diventa irrevocabile solo dopo la morte del promissario (49).

8. In questo quadro si inseriscono le recentissime previsioni del *Draft Common Frame of Reference*. Più precisamente, secondo l'art. II. - 9:301, attraverso il contratto le parti possono attribuire un diritto o altro beneficio ad un terzo, secondo le modalità stabilite dal contratto stesso (50). Si precisa al proposito come

(49) Quanto al diritto italiano cfr. al proposito gli artt. 1919 e ss. del Codice civile: sul punto, per un inquadramento di tali disposizioni nel contesto delle applicazioni del contratto a favore di terzo, cfr. A. PRETTO, *Article 6:110: Stipulation in Favour of Third Party*, in *Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary* (eds. L. Antonioli, A. Veneziano), The Hague, 2005, pp. 308-309. Per un quadro dei riferimenti normativi vigenti nei singoli diritti europei rinvio alle indicazioni di sintesi contenute nelle Notes all'art. II. - 9:303 del *Draft*: cfr. CH. VON BAR-E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, I*, Munich, 2009, p. 627. Sul punto già in precedenza le Notes all'art. 6:110 dei *Principles*: cfr. C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, Milano, 2001, pp. 360-361 (= O. LANDO-H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, The Hague, 2000, p. 322).

(50) Opportunamente il *Draft* fa riferimento a questo proposito alla possibilità che al terzo venga conferito "a right or other benefit" (cfr. anche art. II. - 9:301 [3]). Sul punto v. ora anche ampiamente il Comment A all'art. II. - 9:301 del *Draft*: cfr. VON BAR-CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, I*, cit., p. 616. Non vi è - come avveniva invece nei *Principles* - un preciso ed espresso riferimento al fatto che la prestazione a favore del terzo possa risultare per implicito, circostanza evidentemente data per scontata dai redattori del *Draft*: in questo senso è invece la previsione corrispondente dell'art. 5, 2, 1 (1) dei Principi UNIDROIT:

non sia necessario che il terzo esista o sia in concreto identificato al momento della conclusione del contratto e che il beneficio attribuito al terzo può anche consistere nell'estinzione o nella limitazione di un preesistente obbligo del terzo nei confronti di una delle parti contraenti (51).

*Le parti ("il promittente" e "lo stipulante") possono attribuire, tramite accordo espresso o implicito, un diritto a un terzo ("beneficiario"). Sul punto v. ora Comment E all'art. II. - 9:301 del Draft: cfr. VON BAR-CLIVE, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, I, cit., p. 617. Per un confronto d'insieme fra la normativa prevista nel Draft e quella dei Principi UNIDROIT cfr. la tavola sinottica fornita in M. J. BONNELL-R. PELEGGI, Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical table, in Uniform Law Review 14, 2009, pp. 510-511 (sul punto - per le corrispondenze - v. anche *ibidem*, p. 440).*

(51) Sul punto v., in termini analoghi, l'art. 5, 2, 3 dei Principi UNIDROIT, in cui si ammette appunto che la previsione contrattuale possa riconoscere "anche nel diritto di invocare una clausola nel contratto che escluda o limiti la sua responsabilità". Ciò sembra fra l'altro da ricondurre il fatto che l'oggetto della pattuizione è frequentemente correlato con un precedente rapporto obbligatorio intercorrente tra stipulante e terzo che l'accordo fra le parti intende estinguere. Talvolta lo scopo è anche quello di evitare un contratto ulteriore: se questo modo di adempiere una obbligazione non fosse possibile, il promittente dovrebbe infatti adempiere allo stipulante il quale a propria volta sarebbe tenuto all'adempimento nei confronti del terzo beneficiario, oppure lo stipulante, essendo destinatario di una promessa da parte del promittente di adempiere l'obbligazione, dovrebbe cedere il credito al terzo beneficiario. Quanto alla non necessità che il terzo esista o sia identificato al momento della conclusione del contratto è da ricordare che una previsione analoga era già presente nei *Principles* della Commissione Lando (cfr. art. 6:110 [1]) in cui - con una dizione più generica - si prevedeva che non fosse necessario che l'identità del beneficiario fosse nota al momento del sorgere dell'obbligazione in capo al promittente. La norma del *Draft* è comunque in sostanziale sintonia con quella dell'art. 5, 2, 2 dei Principi UNIDROIT, che a sua volta non richiede l'esistenza del terzo beneficiario al momento della conclusione del contratto, riconoscendo tuttavia la necessità della sua identificabilità (nello stesso senso il *Draft* non richiede che il terzo sia in concreto identificato).

In base a quanto disposto dall'art. II. - 9:302 al terzo vengono attribuiti gli stessi diritti all'adempimento e gli stessi strumenti di tutela contro l'inadempimento che avrebbe se la parte tenuta nei suoi confronti fosse tenuta in base ad una promessa unilaterale vincolante. Di contro l'obbligato può invece esperire contro il terzo tutti i mezzi di difesa che potrebbe esperire nei confronti della controparte contrattuale (52).

Ai sensi dell'art. II. - 9:303 (1) il terzo può rifiutare il diritto o il beneficio mediante comunicazione ad una delle parti contraenti (53) purché ciò avvenga senza indebito ritardo e

(52) Per quanto riguarda le promesse unilaterali vincolanti senza accettazione alla cui disciplina si fa esplicito riferimento all'art. II. - 9:302 lett. (a) cfr. in precedenza nel *Draft* l'art. II. - 1:103 (2). E' al proposito opportuno qui ricordare che le promesse, in taluni ordinamenti, possono essere infatti talvolta immediatamente vincolanti: cfr. ad esempio, per il diritto tedesco, la promessa di ricompensa (*Auslobung*) regolata dal § 657 del BGB. Sul punto, per la possibilità di promesse vincolanti anche senza accettazione, cfr., in generale, anche NBW, artt. 6.219 e 6.220. Quanto alla possibilità del promittente di opporre al terzo tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre allo stipulante cfr. negli stessi termini l'art. 5, 2, 4 dei Principi UNIDROIT: *Il promittente può far valere nei confronti del beneficiario tutte le eccezioni che il promittente potrebbe far valere contro lo stipulante.*

(53) Si deve ritenere che il presupposto del rifiuto da parte del terzo sia costituito dalla comunicazione che al proposito gli sia stata fatta da almeno una delle parti (cfr. art. II. - 9:303 [2]): la disposizione chiarisce in questo senso quanto affermato nel Comment H dei *Principles*, che risultava in qualche misura contraddittorio per quanto riguardava l'individuazione della parte che doveva dare la notizia al terzo (facendo sorgere il dubbio se si trattasse del solo *promisee* o anche del *promisor*): sul punto cfr. DU PERRON, *Art. 6:110: Stipulation in Favour of Third Party*, cit., p. 282. Corrispondentemente il rifiuto deve essere reso noto dal terzo mediante comunicazione nei confronti di una delle parti contraenti: sul punto v. ora Comment A all'art. II. - 9:303 del *Draft*: cfr. VON BAR-CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, I, cit., p. 624. Diversamente i *Principles* (cfr. Comment G) richiedevano che il rifiuto

comunque prima che sia avvenuta esplicita o implicita accettazione (54).

In tal caso – si precisa - il diritto o il beneficio si considera come non mai acquistato dal terzo (v. già l'art. 6:110 [2] dei *Principles* della Commissione Lando). Dal canto loro le parti contraenti possono revocare o modificare la previsione contrattuale che conferisce il diritto o il beneficio. Ciò deve tuttavia avvenire prima che l'una o l'altra delle parti contraenti abbia dato comunicazione al terzo, salva la possibilità che il contratto ammetta la revoca o la modificazione in un momento successivo (art. II. – 9:303 [2]) (55). La facoltà di revoca o di

venisse specificamente comunicato al promittente (sul punto, quanto agli ordinamenti nazionali v., con riferimento alla analoga disposizione del Codice civile portoghese, *supra*, nt. 44).

(54) Per quanto in particolare riguarda l'accettazione si prevede dunque che possa avvenire, oltre che con apposita comunicazione, anche *per facta concludentia*: è cioè sufficiente che, avendo ricevuto comunicazione, il terzo abbia agito di conseguenza, eventualmente informandone il promittente o lo stipulante (sul punto, con riferimento alla norma parallela dell'art. 6:110 dei *Principles*, cfr. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, cit., p. 359 [= LANDO-BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, cit., p. 321]).

(55) Quanto all'esplicita previsione della modificabilità cfr. già il Comment H annesso ai *Principles*. A norma dell'art. II. – 9:303 (2) la revoca o la modificabilità del beneficio è comunque ammessa, a meno di una diversa previsione contrattuale (per questa possibilità cfr. Comment B all'art. II. – 9:303 del *Draft*: cfr. VON BAR-CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, I, cit., pp. 625-626), solo fino al momento della comunicazione al terzo beneficiario. Ciò diversamente dai *Principles* che prevedevano, salvo il caso della dichiarata irrevocabilità (cfr. art. 6:110 [3] lett. [a]), che la revoca potesse intervenire fino al momento della comunicazione dell'accettazione da parte del terzo nei termini indicati dall'art. 6:110 (3) lett. (b). Sul punto v. anche l'art. 5, 2, 5 dei Principi UNIDROIT che a sua volta ammette la revoca o la modifica dei diritti attribuiti

modificazione viene comunque meno se il terzo venga indotto a ritenere che il diritto o il beneficio attribuitogli non siano revocabili o soggetti a modificazione e qualora il terzo abbia ragionevolmente agito di conseguenza (art. II. – 9:303 [3]) (56).

9. Tirando le somme di quanto fin qui detto sembra potersi concludere che la figura del contratto a favore di terzo, sviluppatasi e consolidatasi nei sistemi di *Civil law* soprattutto a partire dalla metà del XIX secolo, abbia ormai conseguito uno statuto relativamente stabile. Un punto di incontro, sintesi delle esperienze giuridiche nazionali che hanno prodotto norme talvolta eterogenee e che si caratterizzano per il progressivo svilupparsi nel passaggio dagli ordinamenti più antichi a quelli di più recente realizzazione, può forse essere individuato proprio negli artt. II. – 9:301-303 del *Draft* in cui gli aspetti salienti

“fino a quando il beneficiario non li abbia accettati o abbia agito facendo ragionevolmente affidamento su di essi”: per la differenza di impostazione rispetto al *Draft*, che sotto questo profilo si discosta anche dalla maggioranza degli ordinamenti nazionali vigenti, cfr. ancora Comment B all'art. II. – 9:303 in VON BAR-CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, I, cit., p. 626. La disposizione del *Draft* ammette inoltre che la revoca (o la modificazione) possa avvenire ad opera di entrambe le parti contraenti: ciò, anche in questo caso a differenza di quanto avveniva nei *Principles* che riconoscevano tale possibilità allo stipulante previa comunicazione indirizzata al promittente (art. 6:110 [3]).

(56) Si può notare che la disposizione dell'art. II. – 9:303 (3) riformula in termini più ampi e dettagliati la previsione dell'art. 6:110 (3) lett. (a) dei *Principles* che escludeva le revocabilità nel caso in cui lo stipulante avesse comunicato al terzo l'irrevocabilità del beneficio attribuitogli (v. *supra*, nt. precedente). Sul punto cfr. quanto viene osservato dal Comment C all'art. II. – 9:303 del *Draft* in VON BAR-CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, I, cit., p. 626.

del regime della figura in esame risultano in ultima analisi consistere: a) nell'accordo delle parti contraenti di conferire al terzo - che non è necessario esista o sia identificato al momento della conclusione del contratto - un diritto o un altro beneficio, la natura e il contenuto dei quali sono determinati dal contratto; b) nel riconoscimento al terzo della eventuale facoltà di rifiuto, caso in cui il diritto o il beneficio oggetto del contratto si considerano come da lui non mai acquistati; c) nella facoltà delle parti contraenti di revocare o di modificare la disposizione a favore del terzo, sempreché ciò avvenga, salva diversa previsione contrattuale, prima che sia stata data comunicazione al terzo del conferimento del diritto o del beneficio.

Quest'ultimo aspetto, dissonante rispetto alla maggioranza degli ordinamenti nazionali (che di norma riconducono la normale irrevocabilità del diritto o del beneficio attribuito al terzo alla sua accettazione) e anche rispetto all'art. 5, 2, 5 dei Principi UNIDROIT (che a sua volta fa riferimento all'accettazione del terzo o al suo agire facendo affidamento sul diritto/beneficio conferitogli), trova nel *Draft* la sua dichiarata giustificazione nel tentativo di armonizzare il regime in questione con la disciplina dei diritti/benefici riconosciuti attraverso atti giuridici unilaterali e sull'opportunità che il contenuto della pattuizione contrattuale non sia, sotto questo profilo, influenzabile dalla manifestazione di volontà del terzo, salvo che non sia essa stessa a prevedere la possibilità di revoca/modificazione fino ad un momento successivo alla comunicazione.

