



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMPARATO

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE, DELLA SOCIETÀ
E DELLO SPORT**

SETTORE SCIENTIFICO - DISCIPLINARE IUS / 18

**LA POSIZIONE DEL TERZO NEL DIRITTO DELLE
OBBLIGAZIONI.**

**UNO STUDIO EVOLUTIVO - COMPARATO DAL DIRITTO
ROMANO AI PIÙ RECENTI STRUMENTI DI TUTELA,
CON PARTICOLARE ATTENZIONE ALLE SOLUZIONI
ADOTTATE NEL DIRITTO ITALIANO, TEDESCO E FRANCESE
DELLE OBBLIGAZIONI**

**IL DOTTORE
SARA PILLONI**

**IL COORDINATORE
CHIAR.MO PROF.
GUIDO SMORTO**

**IL TUTOR
CHIAR.MO PROF. MARIO FIORENTINI**

XXV CICLO DI DOTTORATO

ANNO ACCADEMICO 2014 - 2015

INDICE GENERALE

Introduzione generale	p.8
-----------------------	-----

PARTE PRIMA

LA TUTELA DEL TERZO NEL DIRITTO ROMANO DEI CONTRATTI: SPUNTI PER UNA RICOSTRUZIONE STORICA

Premessa	p.13
----------	------

CAPITOLO PRIMO

LA RICOSTRUZIONE DELLA NOZIONE DI TERZO RISPETTO AL CONTRATTO. ALLE ORIGINI DELLA NOZIONE DI *OBLIGATIO*

1. <i>Considerazioni preliminari</i>	p.17
2. <i>Definizione ed origine del concetto di obligatio</i>	p.18
3. <i>Forme arcaiche di eterogaranzia</i>	p.25
4. <i>Considerazioni sulla nozione e sull'evoluzione dell'obligatio romana</i>	p.41

CAPITOLO SECONDO

OBLIGATIO E *OBLIGATIONES*: STRUTTURA E TIPOLOGIA DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO. ELEMENTI SIGNIFICATIVI.

1. <i>Premesse generali</i>	p.45
2. <i>Sistematica delle classificazioni</i>	p.47
3. <i>Elementi identificativi dell'obligatio tra contractus e stipulatio</i>	
I. <i>Cenni introduttivi</i>	p.68
II. <i>Segue. Nozioni di debitor e creditor, in correlazione alle nozioni di stipulator e promissor</i>	p.70
III. <i>Segue. Il contenuto oggettivo dell'obligatio</i>	p.75
IV. <i>Segue. La patrimonialità della prestazione</i>	p.83
4. <i>Brevi considerazioni conclusive</i>	p.86

CAPITOLO TERZO

RILIEVO TEORICO E PRATICO DEL TERZO RISPETTO AL CONTRATTO IN DIRITTO ROMANO: DAL CONTRATTO IN FAVORE DI TERZO PROPRIO ALLE ULTERIORI FORME DI TUTELA EVENTUALMENTE PREVISTE

1. <i>Premessa generale</i>	p.88
2. <i>Il divieto di stipulari alteri nelle fonti. Excursus generale e brevi rilievi sulla ratio dello stesso</i>	p.98
3. <i>Il contratto a favore di terzi proprio in diritto romano classico: alcuni esempi</i>	
<i>Premessa</i>	p.110
<i>Ipotesi peculiari di operatività dell'exceptio doli e dell'adiectio solutionis causa</i>	p.111
4. <i>La tutela diretta del terzo beneficiario in età classica e ipotesi dubbie di concessione di un'actio: il vaglio delle fonti</i>	
<i>Premessa</i>	p.120
I. <i>Il patto di restituzione dotale a favore del terzo nel Pro se de magia di Apuleio</i>	p.121
II. <i>Ulteriori ipotesi dubbie di attribuzione al terzo di un'actio diretta in età classica</i>	p.126
5. <i>La configurabilità del contratto a favore di terzo proprio in età epiclassica</i>	
I. <i>La casistica in tema di restituzione dotale a favore di terzo</i>	p.141
II. <i>Il caso particolare della donazione modale</i>	p.150
III. <i>Casi dubbi di deposito ovvero comodato con patto di restituzione al terzo come fattispecie integrative di un contratto a favore di terzo proprio</i>	p.157
6. <i>Considerazioni conclusive sulla tendenza compilatoria alla previsione di actiones utiles a tutela del terzo beneficiario</i>	p.164
7. <i>La configurabilità della rilevanza del terzo oltre lo schema della stipulatio alteri: profili problematici e proposte/dubbi esegetici</i>	
I. <i>Premessa</i>	p.166
II. <i>La liquidazione dei vectores e il sistema della contributio secondo la lex Rhodia de iactu come ipotesi di Drittschadensliquidation</i>	p.170
III. <i>La stipulazione a comparire conclusa dal procurator e priva di clausola penale come secondo caso possibile di Drittschadensliquidation</i>	p.182
IV. <i>Conclusioni</i>	p.194
8. <i>Considerazioni conclusive sulla rilievo teorico e pratico del terzo in diritto romano</i>	p.197

PARTE SECONDA

L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA DEL TERZO NEI MODERNI ORDINAMENTI DI CIVIL LAW: GERMANIA, FRANCIA ED ITALIA COME SPUNTI PER UNA TRATTAZIONE COMPARATISTICA

CAPITOLO PRIMO

SULLA RICEZIONE DEL PRINCIPIO *ALTERI STIPULARI NEMO POTEST* E SULLA CONSIDERAZIONE DEL “TERZO” DAL DIRITTO INTERMEDIO ALLE CODIFICAZIONI

1. <i>Premessa</i>	p.211
2. <i>La regola alteri stipulari nemo potest come limite alla possibilità di stipulare in favore del terzo alla luce dell'opera dei glossatori, dei commentatori e dei canonisti</i>	
I. <i>Cenni introduttivi</i>	p.213
II. <i>Il pensiero dei Quattuor doctores e l'opinione di Martino Gosia</i>	p.214
III. <i>La posizione dei Commentatori in punto stipulari alteri nemo potest</i>	p.224
IV. <i>La posizione della Canonistica sulla concedibilità di un'azione al terzo come eccezione al divieto di alteri stipulari nemo potest</i>	p.235
3. <i>L'atteggiamento dottrinale nei confronti del divieto di alteri stipulari tra il XVII e il XVIII secolo: sulla concezione dogmatica di Ugo Grozio</i>	p.240
4. <i>Il divieto di stipulari alteri nel pensiero dei Jurisconsultes françaises del XVI secolo sino al Traité des obligations di Pothier</i>	p.244
5. <i>Brevi richiami alla dottrina tedesca precodificistica in tema di divieto di alteri stipulari</i>	p.252
6. <i>La sentenza del 20 gennaio 1855 dell'Oberappellationsgericht di Lübeck e il riconoscimento formale della Drittschadensliquidation in diritto tedesco</i>	p.257
7. <i>Conclusioni</i>	p.270

CAPITOLO SECONDO

POSIZIONE E PROTEZIONE DEL TERZO ALLA LUCE DEL DIRITTO FRANCESE DELLE OBBLIGAZIONI

1. <i>Premessa</i>	p.275
2. <i>Brevi considerazioni su alcuni principi generali in materia di obbligazioni</i>	
I. <i>Il principio di relatività degli effetti contrattuali</i>	p.276
II. <i>Il cosiddetto principio d'opposabilité du contrat aux tiers</i>	p.280
3. <i>Nozioni generali in tema di "terzo"</i>	
I. <i>La distinzione tra "parti" e "terzo" nella disciplina delle obbligazioni</i>	p.285
II. <i>Confini della nozione di "terzo"</i>	p.287
4. <i>La tutela della posizione del terzo nel caso di lesione derivante dal contratto</i>	
I. <i>Responsabilità e terzo: linee generali</i>	p.290
II. <i>Casi di estensione della responsabilità contrattuale al terzo</i>	
a. <i>Rilievi preliminari</i>	p.292
b. <i>La stipulation pour autrui</i>	p.293
c. <i>Segue. La stipulation pour autrui tacite</i>	p.299
d. <i>Il concetto di «gruppo di contratti» e le azioni dirette</i>	p.302
III. <i>La configurabilità della responsabilità nei confronti dei terzi in caso di lesione da inadempimento del contratto. Brevi riflessioni</i>	p.306
5. <i>La pronuncia della Cour de cassation sul caso Boot Shop e l'orientamento attuale in tema di responsabilità nei confronti dei terzi</i>	p.309
6. <i>L'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription e il nuovo art. 1342</i>	
I. <i>Genesi del nuovo art. 1342 dell'Avant-projet Catala</i>	p.315
II. <i>Il nuovo articolo 1165 e i suoi rapporti con l'art. 1342 dell'Avant-projet Catala</i>	p.318
III. <i>Considerazioni sulle innovazioni proposte nell'Avant-projet Catala in tema di eccezioni tradizionali al principio di relatività degli effetti del contratto</i>	p.320
7. <i>Conclusioni</i>	p.324

CAPITOLO TERZO

SPUNTI E RIFLESSIONI IN TEMA DI PROTEZIONE DEL TERZO NEL DIRITTO TEDESCO DELLE OBBLIGAZIONI

1. <i>Premessa</i>	p.329
2. <i>Fondamenti teorici degli effetti del contratto nei confronti dei terzi</i>	

<i>nel diritto tedesco delle obbligazioni</i>	
I. <i>Nozione critico-deduttiva del principio di relatività degli effetti contrattuali</i>	p.331
II. <i>Brevi cenni sul sistema della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in diritto tedesco</i>	
a. <i>Premessa</i>	p.342
b. <i>Alcune nozioni in tema di responsabilità extracontrattuale</i>	p.343
c. <i>Brevemente a margine della responsabilità contrattuale in diritto tedesco</i>	p.350
3. <i>Il Vertrag zugunsten Dritter come modello di riferimento nell'estensione al terzo della tutela contrattuale</i>	
I. <i>Premessa</i>	p.355
II. <i>Brevi cenni sulla disciplina del Vertrag zugunsten Dritter</i>	p.356
4. <i>Il Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter</i>	
I. <i>Cenni introduttivi</i>	p.363
II. <i>Brevemente sul quadro normativo di riferimento prima e dopo la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni del 2001</i>	p.366
III. <i>Condizioni e funzionamento del Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter</i>	p.369
5. <i>La Drittschadensliquidation</i>	
I. <i>Premessa</i>	p.377
II. <i>Brevi cenni sul fondamento teorico della Drittschadensliquidation</i>	p.379
III. <i>Condizioni e funzionamento della Drittschadensliquidation</i>	p.380
6. <i>Conclusioni</i>	p.386

CAPITOLO QUARTO

LA TUTELA DEL TERZO NEL SISTEMA ITALIANO DEI CONTRATTI FRA TRADIZIONE E RICEZIONE DI (NUOVE) ISTANZE

1. <i>Premessa</i>	p.389
2. <i>Brevi cenni sulla ricezione del contratto a favore di terzo nelle codificazioni anteriori al Codice Civile del 1942</i>	p.393
3. <i>L'efficacia diretta del contratto nei confronti del terzo. Il caso tipico del contratto a favore di terzo</i>	
I <i>Premessa</i>	p.398
II. <i>Il contratto a favore di terzi come figura generale: l'art. 1411 c. c. e in particolare sull'interesse dello stipulante di cui all'art. 1411, I comma, c. c.</i>	p.400
III <i>Segue. L'art. 1411, II comma c. c.</i>	p.407
IV. <i>Segue. L'art. 1411, III comma c. c. In particolare, le azioni</i>	

<i>esercitabili dal terzo a tutela del beneficio pattuito in suo favore</i>	p.410
V. <i>Sulla prestazione al terzo dopo la morte dello stipulante e sulle eccezioni proponibili dal promittente nei confronti del terzo</i>	p.415
VI. <i>Conclusioni</i>	p.420
4. <i>Il terzo come (s)oggetto di tutela contrattuale: l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e la circolazione dei modelli in tema di estensione degli effetti del contratto nei confronti dei terzi</i>	
I. <i>Premessa</i>	p.422
II. <i>Il contratto con effetti protettivi per i terzi nella dottrina e nella giurisprudenza italiana: un'esperienza fallimentare?</i>	p.425
III <i>L'estensione dell'area della responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi: il ruolo dell'obbligazione senza prestazione e della cosiddetta responsabilità da contatto sociale</i>	p.437
IV. <i>Conclusioni</i>	p.449
5. <i>Conclusioni generali in tema di tutela del terzo nel sistema contrattuale italiano</i>	p.451
 <i>Conclusioni in diritto vigente</i>	p.455
 CONCLUSIONI FINALI	p.467
 APPARATI	
<i>Bibliografia</i>	p.473
<i>Elenco delle fonti</i>	p.501
<i>Elenco della giurisprudenza</i>	p.511

INTRODUZIONE GENERALE

È difficile spiegare in poche righe e per cenni generali il senso di un lavoro di ricerca, a maggior ragione se lo stesso si propone di analizzare fonti, problematiche, istanze anche molto differenti tra loro e rispetto alle quali l'unico vero punto in comune può essere individuato in un'idea, in un filo conduttore che s'intende seguire al fine di giungere a delle conclusioni coerenti e non avulse dal contesto rispetto al quale quelle stesse fonti sono state concepite. L'individuazione di un filo conduttore che possa aiutare ad individuare lo sviluppo e i processi storici che hanno interessato la tutela e la protezione del terzo, a partire dal modo in cui il problema ha trovato configurazione in diritto romano, ammesso che si possa riconoscere che ne abbia escogitata una, sino all'attuale profilarsi delle questioni teorico-dogmatiche sul punto, se da un lato appare senza dubbio come un problema stimolante e ricco di spunti, dall'altro si presta senza dubbio a concretizzare quei problemi e quei dubbi a cui si è appena fatto riferimento. Consapevoli di questo genere di dilemmi, nell'affrontare l'argomento in oggetto si è quindi cercato di adottare un metodo di analisi ed approfondimento che potesse essere il più conforme possibile alle esigenze dettate dalla necessità di dover studiare fonti ed istituti molto diversi tra loro, cercando poi di armonizzarli in un contesto comune.

In primo luogo, si è ritenuto opportuno approfondire la possibilità che già in diritto romano si possa parlare di tutela del terzo ed, eventualmente, delineare i limiti entro i quali sia effettivamente possibile farlo. Per tale ragione, prima di procedere ad un'analisi più specifica delle fonti coinvolte nell'inquadramento della rilevanza del terzo in diritto romano, si è optato per la ricostruzione del contesto rispetto al quale il problema del terzo si è posto: in questo senso sono stati pensati i primi due capitoli del presente elaborato, relativi alle regole e ai meccanismi preposti alla valida conclusione delle obbligazioni, con particolare attenzione agli antecedenti stessi dell'*obligatio*. Per tale ragione, e in virtù del fatto che il tipo di ragionamento svolto e le fonti che lo caratterizzano attengono ad un sistema di diritto diverso da quelli attuali, si è preferito dedicare loro una sezione separata del presente elaborato, cercando di trarre alcune conclusioni di

massima relativamente alla configurabilità del problema della tutela del terzo attinenti al solo diritto romano.

In secondo luogo, si è ritenuto opportuno approfondire la disciplina della protezione del terzo, rispetto agli effetti eventualmente prodotti dal contratto nei suoi confronti, così come essa ha trovato sviluppo nei principali ordinamenti di diritto continentale in Europa; pertanto, dopo un approfondimento dedicato alla ricezione dei principi di diritto romano da parte della Glossa e della canonistica sino all'analisi e al commento degli studi che hanno condotto alla redazione dei primi codici civili in Europa, si è scelto di seguire come attualmente la figura del terzo trovi spazio e regolamentazione in relazione agli effetti che il contratto produce nei suoi confronti e agli eventuali strumenti di tutela previsti in suo favore, in particolare nell'ipotesi lo stesso risulti leso da un inadempimento contrattuale, con un'attenzione specifica alle soluzioni adottate nel diritto tedesco, francese e italiano delle obbligazioni; si premette sin da ora che l'ordine rispetto al quale i singoli ordinamenti verranno in questo senso presentati non ricalcano uno schema preciso, ma di volta in volta si sceglierà su quale aspetto, ritenuto più importante, sarà necessario soffermarsi con maggior precisione.

La scelta di approfondire tali ordinamenti rispetto ad altri, pur affini, ordinamenti europei è stata dettata, oltre che da ragioni di tipo storico – culturale, trattandosi di tre ordinamenti tipici di *civil law* sviluppatasi su modello romanistico, anche da ragioni inerenti alle istanze ed alle influenze esercitate sul tema dai differenti formanti che hanno contribuito alla disciplina contrattuale di ciascuno di tali ordinamenti così come attualmente in vigore. Proprio dal reciproco dialogo, a volte esplicito, a volte sottinteso, a volte, in verità, inesistente, che si è posto in essere e continua ancora oggi tra la legislazione, la dottrina e la giurisprudenza tedesca, francese ed italiana, è possibile individuare i problemi e le tendenze in tema di protezione del terzo, permettendoci allo stesso tempo di trarre alcune considerazioni di tipo comparatistico che non siano solo meramente descrittive, ma che possano essere altresì funzionali alla reciproca integrazione e alla migliore comprensione del ruolo del terzo nella dimensione contrattuale, punti, questi, che in ultima istanza rappresentano lo scopo finale della presente ricerca.

PARTE PRIMA

**LA TUTELA DEL TERZO
NEL DIRITTO ROMANO DEI CONTRATTI:
SPUNTI PER UNA RICOSTRUZIONE STORICA**

PREMESSA

Affrontare il problema della tutela del “terzo” rispetto al contratto in diritto romano non è un’operazione semplice sotto diversi punti di vista; in primo luogo, già ad un livello di mera definizione, inquadrare il significato giuridico della nozione di “terzo” – o anche solo capire se la stessa nozione abbia avuto una qualche rilevanza per il diritto romano - è di per sé un problema complesso e, per certi versi, fuorviante, in quanto presuppone a monte l’esistenza di concettualizzazioni e astrazioni che sono una creazione della moderna teoria generale del diritto e a cui i romani furono del tutto estranei, poiché essi preferirono piuttosto – anche qui, con un’espressione moderna - un approccio concreto per casi e una valorizzazione del diritto privato dal punto di vista degli strumenti giudiziari idonei a farlo valere¹. Conseguentemente e in secondo luogo, se anche fosse possibile ricostruire una nozione di “terzo” rispetto al contratto minimamente significativa in diritto romano, associare alla stessa nozione un gruppo quanto meno omogeneo di soggetti potrebbe risultare ancora più complesso e sin’anche arbitrario, senza correre il rischio di adottare ed adattare impropriamente al diritto romano categorie logico – giuridiche che non gli appartengono². Infine, ricostruire ed analizzare il riflesso dell’esistenza di tale categoria sulla disciplina degli istituti giuridici già sviluppatasi nel diritto di Roma antica a tutela delle posizioni contrattuali - e quindi *in primis* il sistema della responsabilità contrattuale – per quanto d’indubbio interesse scientifico, potrebbe risultare gravato dal numero, dalla varietà e dall’assenza di organicità delle fonti sul punto.

¹ In questo senso F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München und Leipzig, 1934, pp. 27 ss, anche nella riedizione in lingua italiana, *I principi del diritto romano*, a cura di V. Arangio - Ruiz, Firenze, 1946, pp. 35-36.

² Operazione non di certo nuova, questa, anche per quanto riguarda il tema che qui ci occupa: si tratta infatti della teoria della cd. *Drittschadensliquidation* come meccanismo di liquidazione per conto del terzo già operante in diritto romano classico ed indagata più di recente, da certa parte della dottrina tedesca nel corso degli anni’90 del XX secolo, con i risultati che analizzeremo di seguito nel paragrafo dedicato a tale indagine. Cfr. in questo senso parte prima, capitolo terzo, pp. 166 e ss. della presente ricerca.

Nonostante le difficoltà e le incognite che lo studio del tema in oggetto presenta, gli elementi d'interesse e gli spunti che si possono rilevare sono molteplici, tanto in una prospettiva storica quanto in una prospettiva comparatistica. Del resto, prendendo in prestito le parole di un importante maestro della romanistica, Carlo Augusto Cannata, scritte proprio con riferimento al tema della responsabilità, il compito di un romanista non è tanto quello di scrivere³

per stabilire la veridicità di certi dati storici [...], quanto piuttosto per rispondere, di volta in volta, alle istanze della cultura giuridica, la quale chiede al diritto romano di chiarire il senso tecnico dei problemi che essa attualmente – in ogni tempo – si pone, dato che gli strumenti da lei usati per risolverli hanno inevitabilmente radici nel diritto romano e sono spesso [...] squisitamente romanistici.

Chiaramente, nell'affrontare un'operazione teorico – giuridica di questa portata è necessario aver chiare le coordinate precise di quello che viene definito in termini noti e generali come “problema storico del diritto romano”; evidentemente ci troverà d'accordo un approccio scientifico che abbia ben presente la distinzione tra quello che è diritto romano storico e ciò che, invece, è venuto dopo e non attiene tanto allo svolgimento del diritto romano come sistema giuridico in vigore a Roma antica, quanto piuttosto alla ricezione di tale sistema come, di volta in volta, “tradizione romanistica”, “diritto comune europeo”, “pandettistica”, “romanistica” intesa come studio del diritto romano storico e “romanesimo”⁴. È altrettanto evidente, però, che l'attualità di certi problemi porti con sé talvolta l'esigenza di approfondirne le radici e lo sviluppo storico, beninteso ben comprendendo quali siano i confini dei rispettivi ambiti di studio; al diritto romano storico e al diritto positivo moderno, infatti, a nulla servono improprie operazioni di contaminazioni, ma piuttosto gioveranno tentativi di

³ C. A. Cannata, prefazione a *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996.

⁴ Sulla questione si rimanda all'importante contributo di R. Orestano, *Del problema del diritto romano e della sua storicità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 29, 1985, pp. 533 – 595, che ritorna su temi già affrontati precedentemente dall'autore in R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino², 1961. Ai diversi significati di “diritto romano” Orestano fa riferimento a p. 535 del suo contributo *Del problema del diritto romano e della sua storicità*, cit.

ricostruzione storico – dinamica, al fine di capire come in differenti periodi storici si siano affrontati problemi pratici di diritto apportando soluzioni giustificate con gli strumenti propri della scienza giuridica di quel determinato periodo.

È secondo questa prospettiva, quindi, e seguendo quest'ordine d'idee che ci si accinge ora all'analisi della nozione di “terzo” in relazione al concetto di *obligatio* e di *contractus*, alla sua rilevanza e all'eventuale tutela allo stesso accordata in diritto romano, tenendo in debito conto i processi storici di cui la stessa è stata oggetto nei circa XIII secoli della sua vigenza e nella prospettiva di un suo inquadramento alla luce della moderna disciplina delle obbligazioni.

CAPITOLO PRIMO

LA RICOSTRUZIONE DELLA NOZIONE DI TERZO RISPETTO AL CONTRATTO. ALLE ORIGINI DELLA NOZIONE DI *OBLIGATIO*

1. *Considerazioni preliminari*

Il concetto di “terzo” rispetto alle parti contrattuali, come inteso oggi alla luce delle moderne dottrine del contratto, non trova una propria definizione nel lessico giuridico romano¹; oltre allo scarso interesse dimostrato dai giuristi per la sistematica e la conseguente sostanziale indifferenza per i problemi di architettura giuridica² a cui si è già fatto brevemente cenno, l’assenza di un’espressa e puntuale considerazione di soggetti “terzi” contrattualmente intesi e rilevanti trova, come vedremo, una propria giustificazione nella disciplina stessa delle obbligazioni in diritto romano. L’assenza in diritto romano di un concetto giuridico come quello a noi usuale e noto di “terzo”, usato per identificare una categoria di soggetti diversi dalle parti contraenti ed estranei alla conclusione del contratto stesso, non esclude automaticamente l’esistenza, anche nel diritto dell’antica Roma, di alcune posizioni giuridiche - rilevanti nella disciplina dei contratti - coincidenti con soggetti appunto estranei al contratto, ma i cui interessi, per ragioni di diversa natura - materiale ovvero giuridica - in qualche modo si trovavano ad assumere rilievo al punto da rendere necessario considerare, straordinariamente anche la loro posizione.

È un fatto, questo della sostanziale assenza di rilievo del terzo rispetto al contratto nelle fonti, la cui genesi e *ratio* può essere ricostruita a partire dalla struttura e dalla disciplina delle *obligationes ex contractu* così come intese nella

¹ La consultazione del *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae* riporta l’utilizzo del termine *tertius* come aggettivo riferito ad un certo numero di situazioni differenti tra loro ma non riferibili ad una generica terza parte rispetto al contratto; diverso è l’utilizzo del termine *alter* con riferimento, tra l’altro, al soggetto nei cui confronti è fatto divieto di stipulare, senza che questo però indichi nella scienza giuridica romana una categoria giuridica di soggetti.

² Si esprime in questo senso B. Biondi, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, p. 3.

sistematica gaiana. Parallelamente, e si avrà modo di notarlo nel corso delle seguenti pagine, è pur vero che se la posizione del “terzo” propriamente e modernamente inteso non godeva di considerazione normativa, in qualche modo “soggetti terzi” avevano invece un qualche rilievo in relazione all’*obligatio*, già nelle sue forme originarie; tutte le forme primigenie di garanzia, infatti, erano forme di eterogaranzia, ragion per cui l’assunzione della responsabilità avveniva ad opera di un soggetto diverso da quello per il quale si prestava la garanzia. La responsabilità, l’*Haftung* per dirla con termini tradizionali della romanistica, è un momento fondamentale del rapporto obbligatorio ed altresì inscindibile dal vincolo stesso e dal soggetto che l’obbligazione si assume, rispetto alla quale “soggetti terzi” in quanto non contraenti non dovrebbero avere alcun rilievo; invece si vedrà come questo alle origini del rapporto obbligatorio non corrisponda a verità, con una serie di importanti conseguenze.

Senza voler riprendere qui *in toto* la trattazione del tema delle obbligazioni, che sarebbe di per sé fuorviante e sin’anche fuori contesto, se ne recupereranno soltanto i tratti fondamentali utili al discorso che qui ci occupa; in particolare, partendo dalla definizione di *obligatio*, se ne ricostruirà la genesi e l’evoluzione a partire dalle più antiche forme di vincolo obbligatorio a noi note.

2. Definizione ed origine del concetto di obligatio

Una prima definizione di *obligatio*³ è quella enunciata nelle *Institutiones* di Giustiniano⁴:

³ Sulla definizione di *obligatio* la bibliografia è, come si può facilmente immaginare, praticamente sterminata. Tra i contributi più recenti si veda in particolare L. Lantella, *Note semantiche sulle definizioni di «obligatio»*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971, pp. 165 e ss; G. Scherillo, *Le definizioni romane delle obbligazioni* in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, cit., pp. 95 e ss; C. A. Cannata, *Le definizioni romane dell’«obligatio»*. *Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *Studi in memoria di G. D’Amelio*, I, 1978, pp. 131 e ss; M. Talamanca, v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, 29, 1979, pp. 1 e ss; B. Albanese, *Papiniano e la definizione di “obligatio”* in *J. 3, 13 pr*, in *SHDI*, 50, 1984, pp. 167 e ss; A. Guarino, *Obligatio est iuris vinculum*, in *SDHI*, 64, 2000, pp. 263 e ss = *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, Napoli, 2001, pp. 343 e ss; J. Gaudemet, *Naissance de la notion d’obligation*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, cit., pp. 135 e ss.

⁴ G. Falcone in “*Obligatio est iuris vinculum*”, Torino, 2003, p. 49 e ss, fa risalire il passo alle *Res Cottidianae* di Gaio; in precedenza nel medesimo senso G. Scherillo, in *Le definizioni romane*

I. 3. 13 pr: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

Questo enunciato rappresenta altresì la definizione più nota di *obligatio*, in quanto è stata tradizionalmente oggetto di recepimento della scienza e della letteratura giuridica sino al Novecento e della quale le principali codificazioni europee sono debitrice⁵. L'*obligatio*, quindi, si sostanzia in un *vinculum iuris*, un vincolo di diritto che lega i soggetti che s'impegnano, in termini moderni,

delle obbligazioni cit., pp. 107 – 116. Si tratta, questa, di un'attribuzione ora considerata pressoché unanimemente attendibile e che supera in pratica le diverse soluzioni precedentemente proposte. M. Marrone, nelle sue *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, ed. 1994, p. 416 come B. Albanese, in precedenza, in *Papiniano e la definizione di "obligatio" in J. 3, 13 pr*, cit., fa risalire il passo presumibilmente a Papiniano; in precedenza la stessa attribuzione era stata suggerita da B. Kübler, Ferrini, Contardo, *Sulle fonti delle 'Istituzioni' di Giustiniano* (recensione), in *ZSS*, 23, 1902, pp. 508 e ss. in senso critico rispetto all'attribuzione che C. Ferrini faceva dello stesso passo a Fiorentino nel contributo *Sulle fonti delle "Istituzioni" di Giustiniano*, in *BIDR*, 13, 1900, pp. 101 – 127. L'attribuzione a Papiniano era stata sostenuta in precedenza anche da A. Marchi, *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in *BIDR*, 29, 1916, pp. 4 - 60. Larga parte della manualistica classica ha però attribuito il passo ad uno sconosciuto giurista post-classico; sul punto si vedano V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960, M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, München, 1971 e A. Guarino, *Diritto Privato romano*, Napoli, ed. 1992. La collocazione del passo nelle Istituzioni giustiniane non esclude evidentemente la classicità del passo, che potrebbe essere stato oggetto di interpolazione, alla luce dell'assenza di tale definizione dalle Istituzioni di Gaio, a cui, com'è noto, in larga misura quelle giustiniane si conformano; di contro, la riconduzione del passo alle *Res Cottidianae* di Gaio renderebbe più plausibile tale assenza senza il bisogno di ricorrere all'individuazione di interpolazioni. Secondo R. Santoro, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale* in *IAH*, 1, 2009, p. 61, nota 1, pur considerandosi come maggiormente probabile l'attribuzione del passo a Gaio, questo non significa che la nozione in sé debba risalire a lui, ritenendo che la stessa fosse già stata concepita precedentemente, nella prima età classica, nell'ambiente della scuola sabiniana.

⁵ Quello dell'obbligazione come *iuris vinculum* è uno degli schemi tipici che la scienza giuridica, in particolare a cavallo tra Ottocento e Novecento, ha ripreso più fecondamente e se ne riscontra altresì l'influenza tanto nel Codice Civile tedesco quanto nel Codice Civile Francese. Sul punto si veda M. Brutti, *Il diritto privato dell'antica Roma*, Torino, 2011, pp. 423 – 426. È interessante la ricostruzione che del tema dell'*obligatio* e della sua struttura fa A. Mantello nel suo *Diritto privato romano. Lezioni. Vol. I e II*, Torino, 2009, proponendone una lettura distaccata dal modello fatto proprio dalla giusromanistica, soprattutto tedesca, a cavallo tra il XIX e il XX secolo e proponendone uno studio autonomo e svincolato dal costante riferimento al "recepimento moderno".

all'adempimento di una prestazione. L'uso del termine "vincolo" richiama l'origine dell'*obligatio* come strumento di garanzia personale prima ancora che patrimoniale, e sul quale si tornerà brevemente in seguito, in virtù del quale alla necessità dell'adempimento corrispondeva in parallelo l'assoggettamento (fisico effettivo oppure potenziale) della persona stessa del debitore, come garanzia del debito in quanto tale, a prescindere dall'eventuale "colpa" dello stesso in relazione al mancato adempimento. Tale impegno emerge dall'uso della locuzione *necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*, dove la "necessità" è strettamente collegata alla sostanza di "vincolo" del rapporto obbligatorio: se la prestazione (una determinata attività dell'obbligato ovvero il pagamento di una somma di denaro) è adempiuta (*solvere*, nel duplice significato, appunto, di "pagare" e "sciogliere")⁶, il vincolo viene rispettato e contemporaneamente sciolto, in quanto è nella prestazione e nel suo adempimento che si esaurisce la funzione di quel vincolo e di quell'*obligatio*, vale a dire la realizzazione dell'interesse del creditore. Se la prestazione invece non è adempiuta, allora tale fatto è idoneo a generare un'ulteriore *obligatio* avente ad oggetto la rivalsa del creditore per la non ottenuta soddisfazione dell'obbligazione principale.

Accanto a I. 3, 13 pr. si può riscontrare nelle fonti un'ulteriore definizione di *obligatio*; si tratta della definizione contenuta in

Paolo, 2 *Institutionum*, D. 44.7.3 pr: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

È una definizione di *obligatio*, quella che emerge dal passo di Paolo, che si concentra principalmente sul contenuto dell'obbligazione, il quale può consistere in un obbligo di dare, di fare o di prestare⁷: l'obbligazione, quindi, si sostanzierà

⁶ Cfr. M. Brutti, *Il diritto privato dell'antica Roma* cit., p. 426. Il concetto di *solutio* si trova espresso già nelle Istituzioni di Gaio in 3. 168: *Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debetur* secondo cui, appunto, l'obbligazione si estingue soprattutto (*praecipue*) con l'adempimento di quanto dovuto; in questo modo trova ulteriore avvaloramento la tesi della riconducibilità al lessico gaiano anche del passo delle Istituzioni giustiniane a cui in precedenza si è fatto riferimento.

⁷ Secondo G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990, pp. 507 ss., tale tripartizione del contenuto dell'*obligatio* si riflette poi sulla delle *actiones in personam*, a tutela dell'obbligazione

sempre in un vincolo alla prestazione. Qui è l'utilizzo del verbo *obstringere*, vale a dire “costringere, vincolare” a richiamare il concetto di *vinculum iuris*: la preposizione *ob* che indica causalità precede *līgātīo – līgāre* e *stringĕre*, verbi che indicano la costrizione fisica. Da questo vincolo discende un obbligo ma non direttamente un effetto di altra natura, sia esso reale e quindi traslativo (*aliquid corpus nostrum [...] faciat*) o costitutivo di un diritto reale (*servitutum nostram faciat*). L'utilizzo dei termini *obligationum substantia*, in luogo del solo *obligatio* delle Istituzioni giustinianee, trova riscontro nella circostanza che, più che sul rapporto, la definizione di Paolo si concentra sull'atto e sul suo contenuto; in questo senso, diversamente dai diritti reali, per la realizzazione dell'interesse tutelato dall'ordinamento giuridico l'obbligazione necessita dell'attività di un altro soggetto, il quale è tenuto ad uno specifico comportamento positivo che costituisce appunto la sostanza e il contenuto dell'obbligazione⁸.

Le due definizioni di *obligatio* sopra riportate presentano, evidentemente, alcune differenze: in primo luogo, quella riportata da Paolo è senza dubbio più precisa e circostanziata rispetto a quella contenuta nelle Istituzioni giustinianee, nel senso che individua con maggiore compiutezza il contenuto del dovere di prestazione, riferendosi appunto all'obbligo *ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*, mentre il testo delle Istituzioni si riferisce esclusivamente alla *necessitas (...) solvendae rei*, vale a dire alla necessità del pagamento / estinzione / scioglimento del vincolo obbligatorio contratto, senza null'altro aggiungere. A differenziare ulteriormente le due definizioni vi è inoltre l'assenza nel passo di Paolo della precisazione *secundum nostrae civitatis iura*, presente nel testo delle Istituzioni, finalizzata probabilmente alla contrapposizione tra *obligationes civiles* e *obligationes honorariae*; al contrario, è presente in Paolo una differente contrapposizione tra le *obligationes* e gli altri fenomeni da esse distinti, e che attengono piuttosto al *dominium* e ai *iura in re aliena*, al fine di far emergere il

posta in essere, conformemente a quanto si legge nelle Istituzioni di Gaio in 4. 2: *In personam actio est, quo agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis vel ex contractus vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus dare facere praestare oportere.*

⁸ Secondo G. Scherillo, *Le definizioni romane delle obbligazioni*, cit., p. 101, la definizione di Paolo si concentra appunto sul comportamento a cui è tenuto il soggetto passivo del rapporto obbligatorio.

contrasto, nel parlare della *substantia obligationum*, tra l'*aliquod corpus nostrum aut servitutem nostrum faciat* e il vincolo di prestazione declinato nelle prestazioni di dare, fare e *praestare*⁹.

Nonostante non sia possibile risolvere queste definizioni in vere e proprie regole giuridiche dalle quali ricavare induttivamente i tratti caratteristici dell'*obligatio* come figura generale, ricostruire a monte il percorso che ha condotto alla nozione di obbligazione come appena considerata rappresenta, però, un'operazione di una certa utilità. La nozione giurisprudenziale di *obligatio* così emergente dalla lettura dei passi appena ricordati, infatti, trova il proprio antecedente storico nei rapporti materiali tra persone, vale a dire rapporti di potere e di soggezione tra liberi che si risolvevano non in un vincolo astratto ma in una coazione concreta: si tratta di forme di esercizio di un potere materiale volte al soddisfacimento di un interesse o di un'aspettativa, come la riparazione di un danno considerato ingiusto o l'adempimento di un obbligo assunto, e caratterizzate dall'assoggettamento fisico prima e poi patrimoniale (sarebbe forse meglio dire "pecuniario") di un soggetto anche diverso dall'autore materiale del danno o dall'obbligato all'adempimento¹⁰.

Questo rapporto di assoggettamento si esprimeva indiscriminatamente tanto in relazione agli atti illeciti quanto agli atti leciti; per quanto riguarda gli atti illeciti, tale forma di assoggettamento fisico rientrava ancora nella sfera della vendetta. Il caso esemplificativo più di sovente ricordato dalla manualistica è quello del ladro colto in flagranza di reato, secondo quanto riporta Gaio nelle sue Istituzioni:

Gaio, 3. 189: *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addicione an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. In servum aequè verberatum animadvertebatur.*

Un ladro colto in flagranza di reato, quindi, se era un uomo libero doveva

⁹ Tali ordini di differenze sono individuati da M. Talamanca, v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, cit., p. 19 - 20 e not n. 130. Secondo l'autore, le due definizioni sono accomunate dall'individuazione del dovere di cooperazione del debitore come momento essenziale per l'identificazione del tipo giuridico rappresentato dall'*obligatio*.

¹⁰ In questo senso si veda M. Brutti, *Il diritto privato dell'antica Roma*, cit., p. 428.

essere prima fustigato e poi *addictus* al derubato, diventandone conseguentemente schiavo (anche se presso i *veteres* era in dubbio se lo *status* di schiavo dovesse essere ricondotto all'*addictio* o già al giudicato, vale a dire la sentenza di condanna); se era schiavo, ferma la fustigazione, subiva direttamente l'*animadversio*, con conseguente pena capitale. Anche nell'ipotesi di *membrum ruptum* le XII Tavole prevedevano, per colui che aveva procurato la lesione, l'applicazione della legge del taglione¹¹, nell'ipotesi in cui non si fosse trovato un accordo con la parte lesa¹²: si trattava, evidentemente, di una vendetta corrispondente a quella subita dal soggetto leso.

Accanto alla pena materiale personale, le XII Tavole prevedevano anche la pena pecuniaria: sempre in tema di furto, in caso di mancata flagranza del reato, il ladro era punito con una pena pecuniaria pari al doppio del valore della cosa al momento dell'avvenuta sottrazione¹³ e anche in tema di *membrum ruptum* la pena pecuniaria poteva essere concordata dalle parti alternativamente e sussidiariamente alla *talio*. In tema di illeciti, quindi, la disciplina decemvirale prevedeva forme di tutela personale e corporale dell'obbligazione sorta e, anche nel momento in cui la pena cessava di essere tale o veniva alternativamente prevista come pecuniaria, si sostanziava come un assoggettamento, delle sostanze e non della persona, del debitore al vincolo posto in essere con l'obbligazione, che coincideva con la necessità per lo stesso di porre in essere un comportamento per il soddisfacimento del creditore.

Anche in tema di atti leciti, la disciplina delle XII Tavole non si discostava dal modello dell'assoggettamento, anche personale, del debitore; è molto interessante il ruolo dell'assoggettamento in relazione agli atti leciti, nel senso che, mentre per gli atti illeciti l'assoggettamento materiale o patrimoniale era una

¹¹ XII Tab 8, 2: *Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio est.*

¹² XII Tab. 8, 2: (...)*ni cum eo pacit (...).*

¹³ Gaio, 3. 190: *Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conservat.* Sempre secondo Gaio, anche in tema di *fur manifestus*, il pretore intervenne per cambiare la natura della pena da capitale a pecuniaria, prevedendo tanto per il libero quanto per il servo scoperto in flagranza di reato la condanna al pagamento del quadruplo del valore della cosa al momento della sottrazione; si veda sul punto il già ricordato Gaio, 3, 189, ultima parte: *sed postea improbata est asperitas poenae, et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.*

conseguenza diretta dell'illecito compiuto e aveva quindi uno scopo, si potrebbe dire, sanzionatorio nei confronti di chi aveva commesso l'illecito, ma parimenti risarcitorio nei confronti del soggetto leso, nel caso di atti leciti l'assoggettamento si caricava di una sfumatura ulteriore, vale a dire quella garantista, nel senso che tale assoggettamento era posto a garanzia dell'adempimento di un'obbligazione propria o altrui.

È un rilievo, questo, legato alla diversità del vincolo intercorrente tra le parti nel caso di atto illecito o lecito: nel primo caso, il vincolo sorgeva nel momento in cui l'illecito era compiuto, quindi l'assoggettamento materiale e personale ovvero patrimoniale non era previsto a tutela di una prestazione da eseguire ma solo a fini risarcitori e sanzionatori, ferma restando l'esperibilità di azioni ulteriori, come ad esempio l'azione reipersecutoria in caso di furto per la restituzione del bene sottratto. Nel secondo caso, il vincolo nasceva per volontà delle parti, le quali autonomamente decidevano di obbligarsi ad una prestazione: in questo caso l'assoggettamento non poteva avere una funzione risarcitoria o sanzionatoria ma solo garantista, nel senso di poter permettere al creditore, in caso di insoddisfazione, di veder tutelata la propria aspettativa.

Nonostante tale sostanziale diversità tra il vincolo nascente da atti leciti e quello nascente da atti illeciti, anche in relazione alla disciplina degli atti leciti si può ricostruire una vicenda simile a quella ricostruita per gli atti illeciti, vale a dire un'evoluzione da forme di assoggettamento materiale e personale a forme di assoggettamento patrimoniale. Parte della differenza summenzionata è legata alla circostanza che l'obbligazione originata da fatto lecito era in generale collegata al problema economico relativo al credito; in una società in cui i principali rapporti atenevano alle dinamiche interne della *gens* era difficile individuare uno spazio residuo per le relazioni extrafamiliari di tipo commerciale. Questo chiaramente non significa che a Roma, almeno a partire dalla fase etrusco - latina della *civitas* romana, non esistessero forme di scambi di merci e di prestazioni artigianali, indipendentemente, ben si intenda, dalla circolazione dei doni che caratterizzava lo strato aristocratico della società romana; questa economia di scambi, però, interessava la sola parte della *pecunia* destinata all'uso extrafamiliare e quindi si esauriva, in sostanza, nel baratto di cose.

È quindi abbastanza evidente che il ricorso alla tecnica del credito, mediante la richiesta di denaro in prestito con l'obbligo di restituzione, non fosse una pratica necessaria e giustificata. La situazione mutò tra la fine del VI e l'inizio del V secolo a. C., quando una grave crisi economica investì Roma a seguito della caduta della monarchia etrusca, circostanza, questa, che segnò la fine di una serie di fruttuose relazioni economiche e commerciali con le stesse città etrusche e, parallelamente, condusse ad una rinnovata stagione di guerre; le mutate circostanze crearono una situazione del tutto nuova, caratterizzata da una domanda crescente di risorse a titolo di credito, soprattutto da larga parte di quella classe plebea che subì in modo più consistente gli effetti della crisi, poiché, mentre le *gentes* più ricche (vale a dire principalmente *gentes* di *patricii*) poterono far ricorso a quel fondo di ricchezze (soprattutto fondiarie) accumulate nel tempo, la maggior parte delle *familiae* di plebei si trovarono strette dal bisogno. Chiaramente, tale nuova esigenza di concessione di liquidità si scontrò con la diffidenza di coloro che avevano conservato una certa disponibilità economica a concedere il credito senza adeguate garanzie, le quali, abbastanza logicamente, non poterono che essere quelle legate alla persona stessa del debitore ed al suo valore economico come strumento di produzione¹⁴: fu tale situazione ad agevolare originariamente il ricorso al *nexum* come forma di garanzia alla concessione di credito.

3. *Forme arcaiche di eterogaranzia*

Il *nexum* è un istituto di cui non si hanno notizie certe, salvo il fatto che già negli ultimi decenni del IV secolo a. C. risultava scomparso¹⁵: la *Lex Poetelia Papiria de nexis* dell'anno 326 a.C., abolendo la responsabilità di tipo personale e sostituendola con la responsabilità di tipo pecuniario, sancì la fine del sistema di garanzia basato sul *nexum*, nonostante si attestò anche successivamente alla stessa *lex* il perdurare di forme di esecuzione personale, nel caso particolare di debitori del tutto privi di mezzi. Per quanto riguarda invece la sua comparsa, essendo

¹⁴ Sul punto si veda F. De Martino, *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1980, pp. 13 – 18.

¹⁵ Cfr. Gellio, *Noctes Atticae*, 11, 18, 18; 20, 1, 51 e Lenel, *Das edictum perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 3. ed., 1927, pp. 401-402.

ricompreso tra i *gesta per aes et libram*, imperniati sull'uso del bronzo e della bilancia, il *nexum* presupponeva l'esistenza della monetazione, almeno nella forma dell'*aes rude*, di modo che la sua comparsa può essere fatta risalire ad un periodo di non poco precedente al IV secolo a. C., sicuramente anteriore al V secolo a. C., atteso che del *nexum* fanno menzione le XII Tavole¹⁶. Esso consisteva in un adattamento della più antica figura del *mancipium*, con il quale viene ricordato nel precetto delle XII Tavole:

Tab. 6, 2: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*

Parimenti alla *mancipatio*, anche riguardo al *nexum*, quindi, le dichiarazioni rese apertamente - di fronte, cioè, a testimoni, come indica l'uso del verbo *nuncupare*¹⁷ - avevano pieno valore. A causa della scarsità delle fonti non è semplice ricostruire la struttura e l'operatività del *nexum*, anche per quanto riguarda il rapporto dello stesso con la *mancipatio*; le fonti chiariscono parzialmente qualche questione in ordine al contenuto e alla funzione del *nexum*. Varrone attesta l'esistenza di una controversia sul contenuto e sulla funzione del *nexum* tra i due giuristi Manio Manilio e Mucio Scevola:

Varrone, *De Lingua Latina* 7, 105: '*Nexum*' Manilius scribit, omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mucius, quae per aes et libram fiant ut oblige[n]tur, praeter quom mancipio de[n]tur. hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo qu<a>erit: nam id <a>es[t] quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret, et omnes qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti.

Secondo Manio Manilio ovunque vi fosse del bronzo e una bilancia ci sarebbe stato il *nexum*, comprendendo anche i casi di *mancipatio* e, di conseguenza, estendendo al *nexum* stesso effetti non solo obbligatori ma anche reali e traslativi della proprietà civilistica; secondo Mucio Scevola, invece, dal *nexum* dovrebbero essere distinti i procedimenti negoziali traslativi della proprietà; esso quindi avrebbe solo effetti obbligatori, essendo idoneo esclusivamente ad assoggettare fisicamente persone libere senza acquisirle a titolo

¹⁶ Cfr. sul punto A. Mantello, *Diritto privato romano. Lezioni*. cit., vol. II, p. 122 e ss.

¹⁷ Cfr. Gaio, 2. 104, *nuncupare est enim palam nominare*.

di proprietà o servitù ed essendo il loro *status* di schiavi per debiti diverso da quello di uno schiavo tradizionalmente inteso.

Varrone pare propendere per la posizione di Mucio Scevola, sottolineando come *nexus* indicasse un *liber qui suas operas in servitatem pro pecunia quam debeat, dum solveret*, ovvero un uomo libero che assoggettava se e il proprio lavoro sino al soddisfacimento del credito, per cui chi dalla bilancia era obbligato non cadeva in proprietà del creditore, ma viveva in condizione di sottomissione al creditore¹⁸; anche la circostanza che la norma delle XII Tavole si riferisca distintamente al *nexum mancipiumque* fa ritenere che gli effetti ricollegabili a ciascuna delle due figure siano in realtà differenti¹⁹. Un tanto trova inoltre riscontro nella definizione di *nexum* data da Elio Gallo e riportata da Festo:

Festo s.v. *Nexum*, p. 160 Lindsay: *Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur: id quod necti dicitur. Quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.*

Il *nexum*, quindi, ricomprende genericamente tutti i procedimenti negoziali realizzati con l'ausilio del bronzo e della bilancia, secondo i fini più diversi: trovano perciò spazio in tale categoria tanto la *nexi datio* quanto la *testamenti factio*, in quanto accomunate dall'assoggettamento materiale ad altri di cose o persone.

L'assoggettamento della persona del debitore o di un terzo a garanzia del prestito di regola durava sino a quando lo stesso *nexus*, mediante il proprio lavoro, non avesse ripagato completamente il debito, ottenendo quindi a titolo di compenso la propria liberazione oppure, nel caso di un terzo assoggettato, il debitore stesso non si fosse presentato a riscattarlo, sciogliendo il vincolo che lo legava al creditore mediante la cosiddetta *solutio per aes et libram*, la cui formula classica, che conserva una traccia del primitivo formalismo dei *gesta per aes et libram*, legati appunto alla pesatura del bronzo²⁰, è ricordata in Gaio:

Gaio, 3. 174: *quod ego tibi tot milibus eo nomine [...] solvo liberoque hoc aere aeneaque*

¹⁸ Sulla condizione dei *nexi* e sul *nexum* in generale si veda in particolar modo Livio, 2, 23-32; 6, 11, 18, 8.9; 15, 9; 20, 6; 27; 31, 4; 32, 1; 36, 12.

¹⁹ In questo senso M. Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, cit., p. 430.

²⁰ Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 640.

libra hanc tibi libram primam postremamque secundum legem publicam.

Con il *nexum*, quindi, si realizzava l'assoggettamento temporaneo di una persona la quale, non perdendo la propria libertà, costituiva invece una garanzia alla restituzione di quanto dovuto in virtù di un precedente negozio giuridico (un prestito precedentemente concesso, per esempio) o in forza di quanto previsto con l'atto costitutivo dell'assoggettamento stesso (debito e assoggettamento sorgevano contestualmente)²¹: l'istituto, quindi, corrisponde sempre in sostanza ad una garanzia, ma le peculiarità connesse con la natura del debito ed il suo adempimento, con la sua funzione e struttura, lo rendono identificabile se non anche coincidente con il *vinculum* che caratterizza il debito in sé, in quella "confusione" giuridica (dove confusione significa qui tanto "dubbio" quanto "amalgama" di due differenti aspetti dell'obbligazione) che caratterizza tutte le primigenie forme di eterogaranzia all'origine dell'obbligazione arcaica.

La disciplina in questione dev'essere necessariamente considerata parallelamente all'evoluzione della procedura esecutiva per debiti, originariamente effettuata per mezzo della *legis actio per manus iniunctionem*. In questa, infatti, il responsabile era esposto al rischio di assoggettamento personale al creditore, previa *addictio* del magistrato; in alternativa, l'assoggettamento avrebbe colpito il *vindex*. Successivamente, probabilmente a séguito dell'emanazione della *lex Poetelia Papiria* sopra menzionata, l'esecuzione personale rimase sì, assieme al rischio dell'*addictio*, ma il rigore nel trattamento ne risultò attenuato a causa di temperamenti e semplificazioni probabilmente introdotti sull'onda di quello spirito mitigatore a cui era ispirata la stessa *lex Poetelia Papiria*²²; a ciò si aggiunse inoltre l'introduzione della possibilità dell'esecuzione patrimoniale in alternativa a quella personale, che divenne ben presto preminente e permise di relegare l'esecuzione personale a soli casi di debitori del tutto privi di mezzi. È evidente, quindi, come il progressivo evolversi delle forme di eterogaranzia si accompagni parallelamente ad un'evoluzione simile in termini di azione e procedura esecutiva, in relazione alle quali si assiste al medesimo processo di patrimonializzazione e spersonalizzazione.

²¹ Cfr. in questo senso A. Mantello, *Diritto privato romano. Lezioni*. cit., vol. II, p. 124.

²² Cfr. M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 105.

Un ragionamento simile può essere condotto a proposito di altre due figure arcaiche di garanzia personale materiale, vale a dire la *vadiatura* e la *praediatura*. I *vades* e i *predes* erano forme arcaiche di garanti processuali di cui ci sono pervenute poche e frammentarie notizie, la gran parte peraltro da fonti letterarie di età mediorepubblicana; nonostante fossero, appunto, forme di garanti processuali, condividevano con il *nexum* e con il concetto arcaico e originario di *obligatio* alcuni elementi strutturali e funzionali.

Il *vas* era il soggetto a cui, nelle *legis actiones*, si faceva ricorso per garantire la ricomparsa in giudizio del convenuto quando l'udienza fosse stata rinviata ad un giorno diverso²³. Una prima definizione di *vades* è quella che riporta Varrone²⁴:

Varrone, *De lingua latina* 6, 74: *Sponsor et praes et vas neque idem, neque res a quibus hi, sed e re simile. Itaque praes qui a magistratu interrogatus, in publicum ut praestet; a quo et cum respondet, dicit "praes". Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat. Consuetudo erat, cum reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret; a quo caveri postea lege coeptum est ab his, qui praedia venderent, vadem ne darent; ab eo ascribi coeptum in lege mancipiorum "vadem ne poscerent nec dabitur".*

Il passo in questione è inserito in un più ampio contesto in cui Varrone, occupandosi del verbo *dicere*, tratta di quelle forme verbali che indicano attività connesse alla pronuncia di parole: tra queste vi è compreso anche il verbo *spondere*, la cui origine viene ricondotta alla parola *sponde* e sulla quale si tornerà poco oltre²⁵. Il testo varroniano è di particolare interesse in quanto pone lo *sponsor*, il *vas* e il *praes* su un piano di comparazione, sottolineando come le tre

²³ In relazione al significato, alla disciplina e al ruolo del *vas* molto importanti sono le testimonianze letterarie che si trovano nelle opere di Plauto: *Aulularia*: II, 4, 41; *Bacchides*: II, 2, 2; *Curculio*: I, 3, 5; *Epidicus*: V, 2, 21; *Rudens*: 3, 4, 777 – 778.

²⁴ Il testo qui riportato è quello dell'edizione di G. Goetz e F. Schoell, *M. Terenti Varronis De Lingua Latina quae supersunt*, Lipsiae in aedibus B.G. Teubneri MXMX, editio stereotypa, Amsterdam 1964, utilizzata anche da M. De Simone nel suo importante contributo "Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat". Per una lettura di Varro, *De ling. lat.*, 6.74., in AUPA 53, 2009, pp. 163 – 223.

²⁵ Si veda Varrone, *De lingua latina* 6. 69 – 73, sul quale poi di seguito nel presente capitolo, p. 35.

parole non siano sinonimi e non indichino, quindi, la stessa persona, ma altresì come non si riferiscano nemmeno alla stessa *res*, in quanto attengono a tre azioni ovvero istituti diversi da cui derivano il nome, vale a dire *spondere*, *praestare* e *vadimonium*; ad essere simile è il tipo di prestazione alla quale sono condizionati, vale a dire promettere per lo *spondens*, il *manceps* e il *vadatus*²⁶.

Il ruolo dei *vades* è quindi legato al *vadimonium*, in sostanza consistendo in una promessa di ricomparsa: il *vas* quindi, interrogato sull'assunzione della garanzia (*vas es? sum* "sei tu il garante?", "sono io"), prometteva di assumersi personalmente le conseguenze del processo, garantendo con la propria persona la mancata ricomparsa²⁷. Secondo Jean Coudert²⁸, l'utilizzo del solo termine *vadimonium* da parte degli autori classici era dovuto al fatto che, come si vedrà poco oltre, con la progressiva trasformazione del *vas* in *sponsor*, a divenire centrale fu non tanto la persona ma il vincolo in sé - il *vadimonium appunto* - ed è per questo che le definizioni e il corrispettivo uso dell'istituto si sarebbero concentrate sul pegno di ricomparsa piuttosto che sul soggetto obbligato²⁹. A riferirsi al *vas* ancora successivamente saranno gli autori dell'Alto Impero, in materia, però, criminale; l'uso, dovuto probabilmente ad uno slittamento di significato, si spiega altresì con il fatto che si trattava di fideiussori che, avendo la facoltà di trattenere l'accusato *in custodia privata*, garantivano senza grandi rischi la ricomparsa in giudizio e si obbligavano al pagamento di una certa somma di denaro in caso di mancata ricomparsa, similmente agli antichi *vades*.

Solo in un secondo momento il vincolo legato al *vas* si trasformò da

²⁶ Si veda in questo senso K. Lachmann, *Zu Varro de Lingua Latina über pecus und über spondere*, in *Rheinisches Museum*, 6, 1839, p. 122.

²⁷ Per un'analisi approfondita della definizione di *vas* così come riportata nel passo varroniano si rimanda nuovamente alla lettura del contributo di M. De Simone "Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat", cit.

²⁸ Cfr. J. Coudert, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957, p. 34.

²⁹ Sempre sull'etimologia della parola *vas / vades* si veda Cicerone, *pro Quintio*, 22; 23; 25; 51 e ss.; Cicerone, *pro Quinto Roscio Comoedo*, 38; Manilio, *Astronomica*, 1, 245; Valerio Probo, *De notis iuris fragmenta*, 6. 63: V. F. I. *vadimonium fieri iubere* e Gaio, 4. 184 e 185. In tutti questi casi il nucleo centrale della definizione di *vas / vades* è sempre il *vadimonium*: in questo senso anche *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, voce *vadimonium*.

personale a patrimoniale – sulla falsariga delle altre forme di garanzia – e il garante fu obbligato solamente al pagamento di una penale. La *vadiatura*, se non originariamente di certo successivamente, rientrava nell’ambito di quegli istituti basati sul formalismo verbale ed idonei, quindi, a creare un vincolo tra i soggetti partecipanti allo scambio verbale. In questo risiede il contenuto essenziale e strutturale delle prime forme di garanzia, personali e materiali prima e patrimoniali poi, e si rifletterà per estensione sul contenuto stesso dell’*obligatio* come negozio giuridico, caratterizzato appunto dal formalismo, dalla corresponsione delle parole solenni e dal *vinculum iuris*; un tanto risulta ancora più evidente in tema di *sponsio*. È proprio la *sponsio*, già all’epoca delle XII Tavole, a costituire la forma principale di garanzia, la quale dava luogo soltanto ad un vincolo munito di azione, senza forme di assoggettamento fisico, ragion per cui si può ben ritenere che il processo di “spersonalizzazione” delle garanzie fosse all’epoca delle XII Tavole già concluso: la stessa definizione di Festo del *vas* come *sponsor*³⁰ ci permette di capire come tale figura fosse già stata ricondotta univocamente alla *sponsio*.

A differenza della *vadiatura*, la *praediatura* è un istituto molto meno conosciuto e che ha subito maggiori adattamenti al fine di sopravvivere nell’uso più a lungo. Nonostante ciò, la definizione di *praes* tramandata dalle fonti è abbastanza univoca; si è già visto come Varrone, nel passo sopra ricordato del *De lingua latina*, definisse il *praes* come quel soggetto che, una volta interrogato pubblicamente dal magistrato (*in publicum ut praestet*), gli rispondeva dicendo “*praes*”. Tale definizione corrisponde appieno a quella riportata da Festo:

Festo, s. v. *Praes*, p. 249 Lindsay: *Praes est is, qui populo se obligat, interrogatur a magistratu, si praes sit. Ille respondit: praes*³¹.

Si tratta evidentemente di una definizione di carattere generale, che non limita questa tipologia di garante ad uno specifico impiego, come accade invece

³⁰ Festo, s.v. *Vadem*, p. 519 Lindsay: *sponsorem significat datum in re capitali*.

³¹ In realtà, come nota J. Coudert, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, cit., p. 36, l’etimologia proposta da Varrone e da Festo relativamente ai *praedes* è rigettata dalla filologia moderna, considerando anche impossibile da credere che gli stessi si vincolassero dicendo “*praes*”.

nel caso del *vas*, relegato ai soli limiti del *vadimonium*³². La struttura è quindi quella vista per le altre forme di garanzia già ricordate, come anche il rapporto costitutivo tra domanda e risposta.

Dei *praedes* si conoscono due diverse tipologie: i cosiddetti *praedes litis et vindiciarum*³³, ai quali, nella *legis actio sacramenti in rem*, si ricorreva per garantire che, in caso di soccombenza, la parte a cui il pretore avesse temporaneamente assegnato il possesso della cosa controversa la restituisse in caso di soccombenza, e i cosiddetti *praedes sacramenti*³⁴, i quali, sia nella *legis actio sacramenti in rem* sia in quella *in personam*, garantivano il pagamento della *summa sacramenti*. Il *praes*, quindi, è colui che *se obligat*, su interrogazione del magistrato, alla restituzione della cosa o della *summa*; molto probabilmente qui il verbo *obligare* è dovuto alla pubblicità dell'atto, di fronte al magistrato³⁵, ma ben introduce l'idea del vincolo che nasceva dalla pronuncia del giuramento, non solo garanzia, quindi, ma anche *obligatio*, secondo uno schema che trova poi riscontro

³² Come è difficile ricostruire il rapporto di successione temporale che legava la *vadiatura* e la *praediatura*, è parimenti difficoltoso comprendere se sia esistito tra i due un qualche tipo di rapporto di genere - specie che ne determinasse le differenze di utilizzo. Si è visto come Livio, nel ricordarli, donasse una definizione di *praes* molto generica e di *vas* più circoscritta: è chiaro che da questa circostanza nulla di più di un'annotazione si possa ricavare. M. Talamanca, in *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 571, riconduce l'etimologia di *praedes* a *prae-vades* (dalla quale, attraverso la forma **praevides*, non attestata ma solo ipotizzata, si perviene a *praedes*): ora, per ammissione dello stesso autore, anche volendo tener fede all'etimologia in oggetto, questa non sarebbe di alcun aiuto, rimanendo sempre fumoso a cosa possa riferirsi l'antiorità indicata dall'uso del prefisso *prae-*. Tale etimologia trova riscontro anche in A. Ernout e A. Meillet, *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, v. *Praes*, Paris, 1985.

³³ Cfr. Gaio 4. 16: *postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare liti set vindiciarum, id est rei et fructum*; e Gaio, 4. 91 (*sponsio*) e 94 (*stipulatio*).

³⁴ Cfr. nuovamente Gaio, 4. 16: *alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat*.

³⁵ Come ricorda M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo³, 2006, p. 405, n. 6 (a tale edizione si farà riferimento nel corso del presente elaborato), le testimonianze sui *praedes* riguardavano contratti di diritto pubblico, tra il *populus Romanus* o i *municipia* da una parte e i privati dall'altra, garantendo i *praedes* l'adempimento delle prestazioni a cui si obbligavano i privati. Cenni a *praedes* relativi a rapporti tra privati si trovano nell'epistolario di Cicerone, senza che siano possibili ulteriori precisazioni, come ricorda M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 571.

nelle obbligazioni in generale ed altresì per quanto riguarda le formalità legate all'assunzione della garanzia: tanto in relazione alla *vadiatura* quanto in relazione alla *praediatura* era prevista la pronuncia di *verba*, sullo schema della domanda e della risposta che, se affermativa, determinava l'assunzione del ruolo di *vas* o di *praes*. In questo modo sorgeva in capo all'interrogante un'aspettativa circa il risultato da conseguire, vale a dire il comportamento del terzo, come poi avviene per l'*obligatio* classica.

Il ruolo dei *vades* e dei *prades* era quello di garantire il fatto di un terzo e non un fatto proprio, risultando quindi responsabili in luogo dello stesso terzo qualora questi non avesse tenuto il comportamento per cui essi avevano garantito. Pare che potessero inoltre essere venduti, senza necessità di un procedimento giudiziario, anche se ad oggi non è possibile ricostruire con chiarezza quale fosse il loro *status* dopo tale vendita³⁶. I *prades* e i *vades* scomparvero progressivamente nei rapporti tra privati in età preclassica; in particolare, per quanto riguarda i *vades*, rileva una testimonianza di Aulo Gellio:

Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, 16, 10, 8: *Sed enim cum proletarii, et assidui, et sanates, et vades et subvades, et viginti quinque asses, taliones, furtorumque quaestiones cum lance et licio evanuerint, omnisque illa duodecim tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit.*

Secondo Gellio, la ragione della desuetudine (stante l'utilizzo, significativo, del verbo *consopiri* nel significato di diventare obsoleto³⁷) dell'autorità della legge delle XII Tavole in relazione a tutta una serie di antichi istituti, tra cui appunto i *vades*, è riconducibile alla *lex Aebutia*; numerosi dubbi sono emersi con riferimento all'attendibilità storico-giuridica di tale testimonianza, in particolare con riferimento a due aspetti messi in luce nel passo in questione. Da un lato, è

³⁶ M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 405, n. 7 ritiene che si possa escludere, almeno da una certa epoca in poi, che fossero ridotti in schiavitù. Molto probabile è che restassero come ostaggi nelle mani della parte cui prestavano garanzia. Si ritiene che comunque la vendita potesse essere evitata con il pagamento di un autoriscatto.

³⁷ Sull'utilizzo del verbo *consopiri* e sul suo significato in relazione al passo gelliano si veda M. Talamanca, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano (Atti Copanello 1996)*, Napoli, 1996, p. 183, nt.462 e p. 258.

stato rilevato come la lunga elencazione di istituti di diritto sostanziale a cui il passo fa allusione mal si coordini con il contenuto di una legge di riforma del solo rito processuale come fu appunto la *lex Aebutia* e, conseguentemente, come sia difficile pensare che l'autorità delle XII Tavole sia cessata proprio a causa dell'entrata in vigore di una legge di riforma processuale³⁸; dall'altro, è necessario tener presente come la riforma delle antiche *legis actiones* non fu la conseguenza di una misura radicale frutto di un'unica legge, ma il risultato di un lavoro più lungo e complesso, che coincise con la trasformazione dei *vades* in *sponsores*, alla luce di una serie di riforme legislative, come la *lex Publilia* che autorizzò lo *sponsor*, che avesse pagato per il promittente, a rivalersi contro di lui con la *manus iniectio* (e, com'è noto, questo è il più antico caso di *manus iniectio* concessa in assenza di sentenza di condanna: *manus iniectio pro iudicato*)³⁹, e la *lex Apuleia* secondo cui, in caso d'insolvibilità del debitore, se fossero stati prestati più garanti, il debito si sarebbe diviso tra queste, permettendo a chi aveva pagato di poter ottenere l'azione di regresso contro le altre⁴⁰. La *lex Aebutia*, quindi, andò sì ad incidere sulla tutela giurisdizionale degli istituti ricordati nel passo di Gellio, ma nel senso di un'accelerazione del processo di progressiva desuetudine di cui erano oggetto a prescindere dall'emanazione della *lex* stessa⁴¹.

Molto probabilmente, quindi, essendo divenuto più facile vincolarsi non più apportando delle cauzioni di cui avrebbero dovuto rispondere per l'intero, ma piuttosto pronunciando i *verba*, gli *sponsores* presero il posto dei *vades*⁴²; le motivazioni alla base della sostituzione dei *praedes* con gli *sponsores* furono in

³⁸ Il che, unitamente al carattere atecnico della fonte, non la renderebbero troppo utile alla ricerca; in questo senso si esprime L. Franchini, *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, p. 39 - 40. Rileva inoltre l'autore (p. 39 nt.56) come tutti coloro che si sono occupati degli effetti della desuetudine (sui quali si veda p. 11 nt.22 dell'opera di Franchini) non sembrano tenere in particolare conto il testo di Gellio, 16, 10, 8.

³⁹ L. Parenti, "*Lex Publilia de sponsu*" e "*Lex Poetelia Papiria de nexis*": un'ipotesi di connessione, in *Labeo*, 48, 2002, pp. 104-109.

⁴⁰ Su queste due leggi si veda Gaio, 3, 122 e 127.

⁴¹ Cfr. L. Franchini *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, cit., p. 57 - 62.

⁴² Si veda in proposito J. Coudert, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, cit., pp. 31 - 32.

sostanza le stesse alla base della sostituzione dei *vades* con gli *sponsores*⁴³.

L'ultima – e forse più importante - figura di garanzia, ascrivibile anch'essa alle origini dell'obbligazione romana da atto lecito, è la *sponsio*; temporalmente, la *sponsio* potrebbe essere, parimenti ai *vades* e ai *praedes*, addirittura risalente al *nexum*, poiché non presuppone un'economia già a conoscenza della moneta, anche solo nella forma dell'*aes rude*⁴⁴. Parimenti ai *vades* e ai *praedes*, rappresentava in origine una forma di garanzia per fatto altrui che vincolava il soggetto come garante per il fatto di un terzo o un avvenimento oggettivo mediante un giuramento.

Una prima definizione di *sponsio*, come quelle già viste di *vades* e di *praedes*, è quella di Varrone.

Varrone, *De lingua latina*, 6, 69: *spondere est dicere spondeo, a sponte: nam id valet et a voluntate. itaque Lucilius scribit de Cret<a>ea, cum ad se cubitum venerit sua voluntate, sponte ipsam suapte adductam, ut tunicam et cetera[e] reiceret. eandem voluntatem Terentius significat, cum ait satius esse 'sua sponte recte facere quam alieno metu'. ab eadem sponte, a qua dictum spondere, declinatum spondit et respondet et desponsor et sponsa, item sic alia. spondet enim qui dicit a sua sponte spondeo; †spondit est sponsor; qui <i>dem faciat obligatur sponsu[s], consponsus. hoc N<a>evius significat cum ait 'consponsi'.*

Benché la derivazione di *spondere* da *sponte* sia comunemente ritenuta dai filologi falsa⁴⁵, il collegamento tra *sponsio* da un lato e *sponte* e *voluntate* dall'altro, trova riscontro anche in altre fonti, come quella festina⁴⁶;

Festo, s.v. *Spondere*, p. 440 Lindsay: *Verrius putat dictum, quod sponte sua, id est voluntate, promittatur. Deinde oblitus inferiore capite sponsum et sponsam ex Graeco*

⁴³ In proposito nuovamente J. Coudert, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, cit., pp. 41 – 42.

⁴⁴ In questo senso si veda M., Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 504 – 505.

⁴⁵ Sul punto si veda F. Pastori, *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna, 1994, pp. 76 e ss così come ricordato da M. De Simone, *Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat*”, cit., p. 167, nt.6.

⁴⁶ Però non coincidenti sono queste altre definizioni: Fest. – Paul., s.v. *Spondere*, p. 441 Lindsay: *Spondere putatur dictum, quod sponte sua, id est voluntate, promittatur*; Festo, s.v. *Bene sponsis, beneque volueris*, p. 476 Lindsay: *in precatatione augurali Messalla augur ait significare spoponderis, volueris.*

dicta[m] ait, quod i σπονδάς interpositis rebus divinis faciant,

Qui, evidentemente, il verbo *spondere* è posto in relazione con il valore costitutivo che lo stesso aveva in relazione alla promessa matrimoniale e agli *sponsalia*. Del resto, è molto probabile che la *sponsio* stessa trovi origine nell'ambito della sfera religiosa e culturale⁴⁷, come la presunta riconduzione del verbo *spondere* al verbo greco σπένδειν lascerebbe intendere (ove, si ricorda, il verbo σπένδειν richiama l'idea di libagione o di offerta di libagione e più in generale di rito sacro). Anche Gaio riconduce i concetti di *sponsio* e *spondere* alle corrispondenti parole greche:

Gaio 3. 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. Et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo δώσεις; δώσω· όμολογεῖς; όμολογῶ· πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω· ποιήσεις; ποιήσω, etiam hae tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario quamvis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. at illa verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse.*

Il passo in questione si riferisce alla possibilità per gli stranieri di contrarre un'obbligazione sul modello di quella civile *DARI SPONDES? SPONDEO*, propria solo dei cittadini romani, nella loro lingua madre; *ergo*, per i Greci era possibile vincolarsi pronunciando una delle formule corrispondenti in greco. Non era possibile, però, per un cittadino greco, obbligarsi validamente pronunciando una formula che fosse la traduzione letterale di *spondere* (quindi, evidentemente, σπένδειν ovvero ἐπισπονδεῖν), per quanto, dice Gaio, *dicatur a Graeca voce figurata esse*, nel senso che *spondere* fosse riconducibile etimologicamente al corrispondente verbo greco. Evidentemente qui Gaio, giurista del II d. C., da un lato, scriveva sicuramente quando il percorso evolutivo della *sponsio* si era in qualche modo compiuto e da istituto di garanzia si era completamente identificato

⁴⁷ Cfr. Tra gli altri A. Magdelain, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris, 1943, pp. 56 e ss e B. Biondi, *Contratto e stipulatio*, cit., pp. 280 – 283.

nel *vinculum* proprio dell'*obligatio*; dall'altro lato, riferendosi a questa derivazione greca, è presumibile che anch'egli abbia letto lo stesso autore ricordato da Festo quando, alla voce *spondere*, ricorda come Verrio riallacciasse il concetto di *spondere* alle *σπονδαί* greche⁴⁸.

Del resto, è bene ricordare come l'inadempimento di una promessa originariamente prevedesse una sanzione esclusivamente rituale⁴⁹; tale circostanza rende evidente, quindi, come la *sponsio*, intesa come forma di garanzia, fosse solo uno dei possibili modi in cui tale istituto trovava utilizzo, e probabilmente nemmeno il più risalente, atteso che *spondere* era verbo vincolante e produttivo di effetti giuridici anche in relazione alla cosiddetta *sponsio* di diritto internazionale e agli *sponsalia*, vale a dire in tema di fidanzamento e futuro matrimonio.

Queste diverse figure, che possono ricondursi all'impiego costitutivo e vincolante del verbo *spondere*, si trovano in un rapporto temporale reciproco non molto chiaro; probabilmente, ai fini di questo elaborato, non è nemmeno d'interesse così precipuo capire quale forma sia più risalente. Piuttosto, si crede più importante focalizzare l'attenzione sull'elemento che accomuna questi istituti che, oltre al più volte ricordato utilizzo del verbo *spondere*, è senza dubbio la

⁴⁸ Cfr. p. 35 del presente capitolo.

⁴⁹ Cfr. B. Biondi, *Contratto e stipulatio*, cit., p. 281. L'autore ricorda qui quanto Livio riporta a proposito dei trattati internazionali in 1, 24, 8; il feziale, a conclusione del trattato con il popolo albano, invocando Giove, prometteva: *Si prior defexit publico consilio dolo malo, tum tu illo die, Iuppiter, populum Romanum sic ferito, ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tantoque magis ferito quanto magis potes pollesque*. Nel caso in cui la promessa non fosse stata mantenuta con dolo, quindi, il feziale chiedeva a Giove di punire il popolo romano ferendolo come lui in quel luogo e in quel momento (*hic hodie* che richiama l'*unitas actus* che vedremo elemento necessario per la validità dell'*obligatio*) nei confronti del porco. A sancire la validità della promessa (che ha l'aspetto di un giuramento), quindi, veniva richiesto l'intervento divino: se l'accordo non fosse stato rispettato, quindi, si sarebbe incorsi nella vendetta divina. A rimarcare ulteriormente la sacralità dell'atto vi è inoltre l'utilizzo da parte del feziale per il sacrificio del porco di un coltello *saxo silice*, con la lama di selce (Livio, 1, 24, 9), a richiamo di antichi costumi di purezza e ritualità risalenti già all'età regia. Sul rito feziale cfr. A. Calore, *“Per Iovem lapidem” alle origini del giuramento: sulla presenza del “sacro” nell’esperienza giuridica romana*, Milano, 2000. Il riferimento alla lama silicea come prova di alta antichità non riscuote consensi unanimi, anche per la presenza di fonti che sembrano orientate in senso opposto come Servio, *ad Aeneida*, 8, 641: sul punto cfr. ad es. G. Turelli, *“Audi Iuppiter”. Il collegio dei feziali nell’esperienza giuridica romana*, Milano, 2011, p. 81, nt.163.

natura di giuramento di questo tipo di promesse.

Molto probabilmente, in origine, la *sponsio* non corrispondeva allo schema domanda / risposta poi divenuto tipico e tradizionale e, in quanto tale, esteso alle altre forme di *obligationes*: molto probabilmente, in corrispondenza all'evoluzione della *sponsio* in diritto internazionale, anche la *sponsio* di diritto civile passò da affermazione solenne all'essere, invece, uno scambio di domanda e di risposta⁵⁰. Si tratta di un rilievo, questo, in larga parte condivisibile; da un lato infatti la *sponsio*, al pari della *vadiatura* e della *praediatura*, nasceva come forma di eterogaranzia e presentava contorni molti simili al giuramento in quanto, effettivamente, era idonea all'assunzione di responsabilità per un fatto altrui⁵¹. Dall'altro, le fonti (letterarie) già in precedenza ricordate confermano quest'impostazione: quando Varrone scrive *spondet enim qui dicit a sua sponte* "spondeo", *spondit*, quello che il letterato dice è che il promittente pronuncia spontaneamente la parola *spondeo* senza essere stato precedentemente sollecitato da una corrispondente domanda e in questo modo è possibile qualificare la *sponsio* proprio come una promessa unilaterale, quantomeno in origine⁵². Quella della riconducibilità della *sponsio* e delle altre forme di eterogaranzia allo schema della promessa unilaterale è, almeno in origine, una tesi che ha avuto un certo successo nella dottrina francese e a monte trova la propria giustificazione nel tentativo di ricostruire in chiave storica, nonché di contestualizzare rispetto ai precedenti in diritto romano, l'istituto della *promesse de porte-fort* e in generale l'esistenza di forme di *promesse pour autrui*.

Nonostante questa pesante ipotesi positivista, si tratta di una dottrina non priva di fondamento logico e dogmatico anche sul piano storico-giuridico. Anche se, come messo precedentemente in evidenza, la derivazione di *spondere* da *sponte* è ritenuta comunemente falsa dai filologi, questo non collide

⁵⁰ In questo senso si veda A. Magdelain, *L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain*. In *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain. Publications de l'École Française de Rome*, 133, Roma, 1990, in particolare pp. 719 e ss.. Sulla natura di promessa unilaterale della *sponsio* si sofferma J. Coudert nelle sue *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, cit.

⁵¹ Cfr. in questo senso M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 572.

⁵² Cfr. A. Magdelain, *L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain*, cit., p. 720.

necessariamente con l'interpretazione della definizione varroniana di *sponsor* inteso come colui che si assume una *sponsio*: l'unilateralità della promessa, anche se non "spontanea" nel senso modernamente inteso, corrispondeva alla circostanza secondo cui in origine l'assunzione di responsabilità era per un fatto altrui. L'estraneità di colui che assumeva formalmente la garanzia dal fatto in sé coincide con l'idea di unilateralità dell'atto e con l'assenza, quindi, di una corrispondenza costitutiva tra domanda e risposta come peculiare, in un secondo momento, della *sponsio*, quando questa cioè diventò idonea a vincolare lo *sponsor* in quanto portatore d'interessi in prima persona.

Come forma di eterogaranzia, la *sponsio*, a differenza del vincolo al quale erano sottoposti i *vades* e i *praedes*, sostituì alla forma di responsabilità in via secondaria una responsabilità di tipo alternativo: il creditore, quindi, poteva rivolgersi alternativamente ed indifferentemente contro lo *sponsor* o contro il debitore principale⁵³. L'uso della forma passiva nei modelli di *sponsio* che le fonti tramandano, basati sul modello della corrispondenza tra *interrogatio* e *responsio* caratterizzante poi l'*obligatio verbis contracta* e che, come si è poc'anzi detto, interviene probabilmente in un momento successivo rispetto alla creazione e all'utilizzo dell'istituto, rendeva possibile per lo *sponsor* promettere sia un comportamento proprio sia un comportamento altrui: *Spondes mihi DARI centum?* – "Prometti che mi SIA DATO cento?". Tale *forma verbis* caratterizza successivamente il vincolo contrattuale del debitore e non solo l'assunzione di garanzia; in questo modo, mentre *sponsor* avrebbe continuato a designare il garante, *spondere* e *sponsio* si sarebbero estese al vincolo del debitore in generale, facendo della *sponsio* la più antica fonte di obbligazione⁵⁴ e il più risalente negozio giuridico nel quale è possibile riconoscere quella che sarà la struttura dell'*obligatio* classica⁵⁵. In proposito, è stato notato da una certa parte della dottrina⁵⁶ che la circostanza secondo la quale per i giuristi classici la promessa del

⁵³ Cfr. P. Bonfante, *Corso di Diritto Romano, Le obbligazioni (dalle lezioni)*, IV Ristampa corretta delle lezioni a cura di Giuliano Bonfante e Giuliano Crifò, Milano, 1979, p. 43.

⁵⁴ Cfr. B., Biondi, *Contratto e stipulatio* cit., pp. 22 – 23.

⁵⁵ Cfr. M., Marrone, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 406.

⁵⁶ Cfr. M., Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 424.

fatto altrui fosse priva di effetti⁵⁷ spiegherebbe come in epoca classica la figura del debitore e del responsabile avrebbero dovuto ormai necessariamente coincidere nella stessa persona, decretando la fine del processo storico di trasformazione della *sponsio* da istituto di eterogaranza ad obbligazione in senso proprio.

La *sponsio* come *obligatio* originaria consisteva quindi in una solenne interrogazione verbale, sostanziandosi, in definitiva, in un'offerta seguita da accettazione; proprio dallo scambio domanda – risposta, in virtù del quale una parte prometteva all'altra un proprio determinato comportamento, nascevano un debito e un credito. Quanto al contenuto della prestazione, la portata della *sponsio* era molto ampia: poteva essere utilizzata per promesse di dare, di fare, di non fare.

Come tale, il negozio era riconosciuto dal *ius civile* e accessibile, quindi, solo ai *cives*; al fine di estenderne l'utilizzo ai *peregrini*, venne successivamente creata una forma peculiare di obbligazione verbale, privata del suo elemento culturale e religioso, vale a dire la *stipulatio*, sulla quale si tornerà poco oltre nel prosieguo della presente ricerca⁵⁸. Il promittente era quindi tenuto ad una prestazione futura, tutelata, in caso di mancato adempimento, con la *legis actio per iudicis (arbitrive) postulationem* e, in sede d'esecuzione, con la *legis actio per manus iniunctionem*, parimenti, quindi, a quanto accadeva per il *nexum*⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. Ulpiano, 49 *ad Sabinum*, D. 45. 1. 38 pr: *Stipulatio ista: " habere licere spondes?" hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. quae res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat.* Sul presente frammento ulpiano si rimanda qui a parte prima, capitolo secondo, pp. 89 e ss. del presente studio.

⁵⁸ Cfr. parte prima, capitolo secondo, pp. 60 e ss. del presente contributo.

⁵⁹ Si ricorda qui brevemente che l'utilizzo della *sponsio* poteva esorbitare dal diritto privato. In ordine al diritto pubblico, l'*iter* d'approvazione dell'antica *lex comiziale* era riconducibile, in sostanza, allo schema della *sponsio*, secondo quanto dice Papiniano, 1 *Definitio*, D. 1. 3. 1: *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio.* Dell'utilizzo in materia di diritto internazionale si è già brevemente detto; si aggiunge qui che l'unico caso nel quale uno straniero si poteva obbligare mediante la *sponsio* era quello dei trattati di pace, anche se poi la sanzione in caso di mancato rispetto, trattandosi di materia pubblicistica, non sarebbe stata

4. Considerazioni sulla nozione e sull'evoluzione dell'obligatio romana

La ricostruzione della nozione e lo studio degli istituti considerati all'origine dell'*obligatio* classica appena condotta ha messo in luce elementi importanti che permettono d'inquadrare meglio alcuni dei tratti caratteristici dell'obbligazione in diritto romano.

Dallo studio delle definizioni di *obligatio* è emerso come questa venisse considerata sia dal punto di vista del rapporto giuridico (*vinculum iuris*, nella definizione delle Istituzioni giustinianee) sia dal punto di vista dell'atto (*substantia obligationum*, nella definizione di Paolo) e quindi dell'oggetto dell'obbligazione; si tratta di due punti di vista differenti, ma entrambi permettono di guardare al ruolo del debitore come punto cardine dell'obbligazione. È il debitore, infatti, che si vincola giuridicamente, diremmo oggi, all'esecuzione di una prestazione e, in quanto tale, si obbliga all'esecuzione di uno degli obblighi che possono essere oggetto di tale vincolo: senza la presenza e la partecipazione del debitore non esiste obbligazione, ora come allora. La presenza del debitore e l'assunzione da parte sua del vincolo comporta in capo allo stesso l'assunzione della corrispondente responsabilità: se questo non "adempie" alla prestazione oggetto dell'obbligazione, ne risponderà in prima persona, seppur per l'*obligatio* classica, con il proprio patrimonio e non con la propria persona.

Proprio la circostanza della convivenza dell'elemento della responsabilità con quello del "debito", vale a dire della prestazione a cui il debitore si obbliga, ha permesso di ricostruire i fondamenti evolutivi dell'*obligatio* partendo dalle più antiche forme di garanzia che, salvo la *sponsio*, rappresentano tutte forme di eterogaranzia. Originariamente, quindi, forme di vincolo di soggetti in relazione ad una determinata situazione potevano essere assunte allo scopo di tutelare la

giudiziaria. Cfr. Gaio, 3. 94: *Unde dicitur uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, velut si Imperator noster Principem alicuius peregrini populi de pace ita interroget: PACEM FUTURAM SPONDES? vel ipse eodem modo interrogetur. Quod nimium subtiliter dictum est, quia si adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed iure belli res vindicatur.* È interessante notare come lo stesso Gaio giudicasse quest'eccezione "di troppa sottigliezza", essendo evidente come in un'ipotesi del genere ad essere applicato avrebbe dovuto essere il *ius belli* e non di certo il *ius privatum*.

posizione di un soggetto altro rispetto a quello che effettivamente si assumeva la garanzia, rispondendo eventualmente con la propria persona e, successivamente, con il proprio patrimonio. In questo che potremmo definire come il primo momento nell'evoluzione del concetto di *obligatio*, ad assumere il rilievo maggiore è proprio l'assunzione della responsabilità: usando un terminologia ormai tradizionale anche nella romanistica, e che rappresenta una delle eredità concettuali della pandettistica, è l'*Haftung* (la responsabilità) a prevalere sulla *Schuld*⁶⁰.

È un rilievo, questo, abbastanza evidente: le forme di garanzia originarie sono eterogaranzie poiché riguardano sempre in sostanza il fatto di un terzo e quindi il debitore non coincide con la figura di colui che presta la garanzia. *Schuld* e *Haftung* ricorrono quindi in capo a soggetti diversi. Nonostante ciò, è sempre possibile individuare un legame che unisce il garante non solo alla persona per la quale la garanzia è stata prestata, ma anche al “debito” che ha dato origine all'esigenza della garanzia, nel senso che sarà il garante a subire le conseguenze negative di un eventuale “inadempimento” (dove le virgolette indicano che il termine debba essere considerato in senso assoluto e quasi atecnico, in quanto qui il garante non è debitore nell'obbligazione principale).

In realtà, per l'individuazione di un rapporto obbligatorio inteso come quel *vinculum iuris* a cui fa riferimento la definizione accreditata da ultimo come gaiana e contenuta nelle Istituzioni giustinianee, entrambi questi elementi sono necessari: essi non rappresentano mai momenti assolutamente indipendenti ed autonomi nello sviluppo dell'*obligatio*, ma hanno sempre concorso

⁶⁰ La distinzione tra *Schuld* e *Haftung*, da un punto di vista prevalentemente dogmatico, è posta da A. von Brinz nella sua poderosa costruzione concettuale dell'obbligazione romana come responsabilità in *Der Begriff obligatio*, in *Grünhuts Zeitschrift*, I, 1874, pp. 11 e ss. e Id., in *Lehrbuch der Pandekten*, II.1, Erlangen, 1879, pp. 1 e ss., che segue il precedente lavoro *Begriff der Obligation*, in *Kritisches Blätter civilistischen Inhalts*, 3, Erlangen, 1853, 3 - 11. Non è questa un'impostazione da sempre comunemente ed indiscriminatamente accettata, sebbene la manualistica, come già accennato, ne abbia sempre fatto ampio utilizzo; sull'irrilevanza di tale distinzione ai fini soprattutto della storia dell'obbligazione romana si seguono qui le indicazioni di M. Talamanca, v. *V. Obbligazioni (dir. rom.)*, cit., p. 20, nt.136, il quale fa riferimento a W. Kunkel, in Jörs-Kunkel, *Römisches Privatrecht*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, p. 61 e nt.2 e M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, cit, pp. 154 e ss.

contestualmente alla realizzazione del fenomeno obbligatorio in quanto tale. Quindi, in relazione al *vinculum* che caratterizza l'*obligatio*, non è possibile pensare all'intromissione di un "soggetto esterno"; tale soggetto poteva esserci solo nella misura in cui si assumeva la responsabilità in luogo del soggetto realmente obbligato, ma di fatto restava escluso dal meccanismo obbligatorio, che veniva a caratterizzarsi in quanto tale solo nel momento in cui la responsabilità e il debito coincidessero, ragion per cui le forme di eterogaranzia sopra ricordate erano appunto forme di garanzie e non obbligazioni vere e proprie.

È bene, in conclusione, tenere a memoria le parole di Talamanca, secondo cui⁶¹

un debito, a cui non sia correlata una responsabilità – comunque configurata – quale forma di coazione, ed un'aspettativa cui non si accompagni il potere del «creditore» di richiedere da taluno una soddisfazione, di qualsiasi genere, per la relativa frustrazione, sfumano nel metagiuridico.

La responsabilità, dunque, concorre a formare il rapporto obbligatorio e a conferire senso a quel *vinculum* che lega il debitore al creditore. Il mezzo con cui si realizza poi l'interesse del creditore, nel caso di rottura di questo *vinculum iuris*, è l'azione. Effettivamente, è proprio l'*actio* il mezzo giuridico con il quale si attua la responsabilità coordinata all'aspettativa creditoria; in particolare, a seguito dell'evoluzione della responsabilità da personale-materiale a patrimoniale, la responsabilità del debitore è divenuta tendenzialmente omogenea all'interesse economico del creditore, garantendogli soddisfazione almeno nell'equivalente⁶².

⁶¹ Si veda in questo senso M. Talamanca, v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, cit., p. 21 e in particolare nt.142.

⁶² Sempre, ritiene ancora M. Talamanca, v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, cit., p. 21, connesso al rapporto tra debito e responsabilità è il rapporto tra *obligatio* e *actio*, sul quale sembra concentrarsi principalmente R. Santoro, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, cit., nella sua ricostruzione e nell'analisi dell'*obligatio*.

CAPITOLO SECONDO

OBLIGATIO E *OBLIGATIONES*: STRUTTURA E TIPOLOGIA DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO. ELEMENTI SIGNIFICATIVI.

1. *Premesse generali*

Sul presupposto di quanto si è visto nel capitolo precedente sul tema delle forme arcaiche di eterogaranza e dell'origine del concetto e dell'idea di *obligatio*, è necessario ora affrontare alcuni aspetti legati alla più generale questione della classificazione delle obbligazioni e della loro disciplina in relazione alla tipicità del sistema contrattuale romano. In ragione della molteplicità dei punti di vista rispetto ai quali tali questioni assumono rilievo, queste, però, dovranno essere affrontate tenendo ben presente il fine ultimo di queste pagine preliminari al cuore della ricerca che s'intende qui condurre, ossia l'inquadramento del "terzo" rispetto al rapporto obbligatorio e il suo (eventuale) rilievo per il diritto romano; è in questo senso e nei limiti di questa finalità che si procederà, quindi, all'analisi sistematica dei diversi tipi di obbligazioni.

L'*obligatio* esaminata nel capitolo precedente rappresenta il risultato a cui si giunse alla fine di quel lungo processo storico che interessò le varie figure di eterogaranza sopra esaminate; si tratta, quindi, di un concetto di obbligazione di tipo funzionale e sistematico, che permette di focalizzare l'attenzione sul rapporto obbligatorio, quel *vinculum iuris* a cui si è già fatto molte volte cenno. Nelle fonti, però, le testimonianze più significative sul concreto svilupparsi di tale rapporto sono riferite alle *obligationes* genericamente intese, ove il termine declinato al plurale si riferisce a tutte le differenti tipologie di obbligazioni giuridicamente rilevanti. Si tratta di una circostanza, questa, riconducibile a ben vedere ad opere dal carattere più propriamente didattico, quale ad esempio le Istituzioni di Gaio, ragion per cui il ricorso più frequente al sostantivo declinato al plurale piuttosto che alla categoria di *obligatio* espressa al singolare si spiega con la necessità di evidenziare in modo chiaro i tipi e le cause delle differenti obbligazioni¹; proprio

¹G. Scherillo, *Le definizioni romane delle obbligazioni*, cit. p. 99 - 100 chiarisce come il ricorso

partendo dai tipi e dalle cause delle obbligazioni è possibile ricostruire e risalire ad alcuni elementi tipici della disciplina generale delle differenti *obligationes* in relazione agli aspetti sostanziali e processuali delle stesse, al fine di valutare quale fosse lo spazio eventualmente concesso a quei soggetti che oggi noi identifichiamo con il termine di “terzo” rispetto al contratto.

Si può già premettere sin da ora come dal complesso delle fonti relative alle obbligazioni, l’attenzione dei giuristi, nello studio e nella classificazione delle diverse *obligationes*, fosse rivolta non tanto ai soggetti in sé e per sé considerati, ed eventualmente alla limitazione della sfera degli effetti da queste prodotte nei loro confronti, quanto piuttosto alla struttura del singolo rapporto obbligatorio in relazione alla categoria di appartenenza; l’analisi, quindi, non travalica mai la cornice composta dalle parti contraenti, le quali, d’altro canto, sembrano non essere oggetto di particolare attenzione dogmatica, rilevando, piuttosto, nell’analisi strutturale, come fossero considerati alla stregua di un dato di fatto. Le stesse nozioni di *debitor* e *creditor*, oppure quella di *stipulator*, al di là della mera definizione ricordata dalle fonti, non sembrano avere un rilievo pratico ulteriore né destare interessi particolari; le “parti”, infatti, restano inglobate all’interno dello schema strutturale delle diverse obbligazioni al punto che, anche quando concretamente si è presentato il problema di inquadrare eventuali effetti ulteriori delle obbligazioni oltre lo schema tipico, si è ragionato sempre in ragione della struttura formale e non delle parti.

Secondo quest’ordine d’idee si procederà ora all’analisi della sistematica delle classificazioni e di alcuni elementi ritenuti maggiormente significativi in tema di rapporto obbligatorio, nel tentativo di dare conto, nei limiti della presente ricerca, della disciplina delle obbligazioni così configurata in diritto romano.

più frequente al termine *obligationes* rispetto al singolare *obligatio* non possa essere considerato come elemento probante l’assenza, presso i giuristi romani, di un concetto generale di obbligazione; non si può del resto negare la chiara consapevolezza di Gaio della categoria generale dell’obbligazione come presupposto della sua classificazione e l’utilizzo sistematico della classificazione per *genera* e per *species* a cui fa ricorso molteplici volte nel corso della sua trattazione.

II. Sistematica delle classificazioni

La prima classificazione delle fonti delle obbligazioni che rileva ai fini del presente discorso è la celebre bipartizione operata nelle Istituzioni giurine²:

Gaio, 3. 88: *Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*

Si tratta di una classificazione che rispecchia in qualche modo un'altra bipartizione, quella tra le figure di vincolo e garanzia a cui si è fatto riferimento nel capitolo precedente e che distingueva tra atti leciti ed atti illeciti³; la bipartizione in oggetto suddivide le obbligazioni a seconda che esse nascano da contratto o da delitto e, in quanto tale, trova riscontro numerose volte nel Digesto⁴, anche se in realtà fu oggetto di ripensamenti da parte dello stesso Gaio

² In generale sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni non potendo rendere conto in questa sede dell'ampia produzione della dottrina sul tema, si veda, tra gli altri, E. Betti, *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, in *Archivio giuridico*, 1925, pp. 267 e ss; V. Arangio – Ruiz, *D. 44, 7, 25 § 1 e la classificazione giurina delle fonti dell'obbligazione*, in *Mélanges de droit romain dédiés à George Cornil*, I, Grand – Paris, 1926, pp. 81 e ss; C. A. Cannata, *La distinctio re-verbis-litteris-consensu et le problèmes de la pratique (Etudes sur les obligations, I)*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow*, Berlin, 1970, pp. 431 e ss; Id., *Sulla "divisio obligationum" nel diritto romano repubblicano e classico*, IURA, 21, 1970, pp. 52 e ss; Id., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dottrinario e pratico (I parte)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 4, Bologna, 1974, pp. 37 e ss.

³ Cfr. parte prima, capitolo primo, pp. 22 e ss. del presente elaborato.

⁴ Si vedano Ulpiano, 41 *ad Sabinum*, D. 5.1.57: *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio: sed mortuo filio post litis contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est. certe si quasi procurator alicuius filius familias iudicium acceperit, mortuo eo in eum quem defenderit transactio vel iudicati datur*; Paolo, 20 *ad edictum*, D. 5.3.14: *Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert. debitor autem hereditarius intellegitur is quoque qui servo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit*; Ulpiano, 29 *ad Edictum*, D. 14.5.4.2: *Quamquam autem ex contractu in id quod facere potest actio in eum datur, tamen ex delictis in solidum convenietur*; Ulpiano, 29 *ad edictum*, D. 15.1.9.6: *Sive autem ex contractu quid domino debeat sive ex rationum reliquis, deducet dominus. sed et si ex delicto ei debeat, ut puta ob furtum quod fecit, aequè deducetur. sed est quaestionis, utrum ipsa furti aestimatio, id est id solum quod domino abest, an vero tantum, quantum, si alienus servus commisisset, id est cum furti poenis? sed prior sententia verior est, ut ipsa furti aestimatio sola deducatur*; Ulpiano, 7 *Disputationum*, D. 44.7.14: *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat,*

alla luce di alcune difficoltà dogmatiche che, nello specifico, coincidevano con l'impossibilità d'inquadrare correttamente lo specifico caso dell'*obligatio* alla restituzione di denaro o di altro versato in adempimento di una supposta obbligazione precedente, vale a dire il caso della *solutio indebiti*⁵. In proposito

Gaio, 3.91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest "si paret eum dare oportere", ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condicione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

Il passo in oggetto permette di svolgere alcune considerazioni specifiche; in primo luogo, secondo alcuni giuristi (*quidam*) la *solutio indebiti* era considerata un contratto e quindi idonea a produrre obbligazioni, in particolare a *re obligari*. La *solutio indebiti* presenterebbe, infatti, punti di contatto con il mutuo, essendo stato possibile intimare la restituzione di quanto dato per errore ed indebitamente accettato, qualora si fosse dimostrato che il convenuto l'avesse dovuta (*si paret eum dare oportere*), come se fosse stata ricevuta in prestito. Da tale parallelismo, che annovererebbe quindi la *solutio indebiti* nell'ambito dei negozio bilaterali (*ergo* contratti) che originano obbligazioni, i *quidam*⁶ deducevano conseguentemente l'impossibilità, per una donna o un impubere, di restare obbligati qualora il tutore non avesse prestato la propria *auctoritas* al pagamento poi rivelatosi indebito, esattamente com'era vietato loro di obbligarsi per mutuo

manumisso solvam, liberor.

⁵ Cfr. sul punto A. Mantello, *Diritto Privato Romano. Lezioni.*, cit., II, pp. 129 – 130.

⁶ M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 509, qualifica i *quidam* in questione come giuristi "sicuramente di scuola sabiniana". G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, pp. 35 – 36, evidenzia come la negazione della *condictio indebiti*, qualora non fosse stata prestata l'*auctoritas* da parte del tutore, fosse una posizione già sostenuta da Giuliano nel libro 21 *Digestorum*, come risulta da D. 26.8.13. Tale posizione permette quindi di ritenere effettiva la riconducibilità dei *quidam* a cui Gaio si contrappone come giuristi di scuola sabiniana. Conformemente, A. M. Giomaro, *Unde quidam putant (Gai. 3. 91): non solo critica alla bipartizione, non solo traccia dell'evoluzione concettuale di contractus*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, 2009, p. 330, nt. 8, che accoglie, senza ulteriormente approfondire, l'attribuzione della posizione in oggetto alla scuola sabiniana.

senza l'*auctoritas* del tutore.

Gaio prende posizione contro questa “tradizionale” riconduzione della *solutio indebiti* nel novero delle obbligazioni contrattuali, in particolare *re contractae*, osservando appunto come questa fosse rivolta più che all’assunzione di un’obbligazione, alla sua estinzione. Come puntualmente mette in luce Talamanca, Gaio riflette sulla questione della natura contrattuale della *solutio indebiti* non per ragioni meramente dogmatiche, ma piuttosto in virtù delle conseguenze pratiche ad esso collegate, che avrebbero potuto essere di rilievo non indifferente soprattutto con riguardo alle donne, le quali, a differenza dei pupilli, non dovevano farsi assistere dal tutore all’atto del pagamento affinché il debitore della donna stessa restasse liberato⁷; Gaio, quindi, nega, sul piano della disciplina del rapporto, la natura contrattuale del pagamento d’indebito, potendo così contemporaneamente respingere quell’illazione dannosa secondo cui anche il pagamento (per le donne in particolare) necessitava dell’*auctoritas* del tutore. Negando però natura contrattuale alla *solutio indebiti* e criticando, quindi, l’idea di una mera bipartizione delle fonti delle obbligazioni, Gaio giunse ad identificare il momento fondamentale per la qualificazione di un’*obligatio ex contractu* non tanto nella necessità dell’accordo, della convenzione, quanto piuttosto nella funzione tipica dell’assetto d’interessi perseguito: il pagamento d’indebito non poteva essere un’obbligazione contrattuale in quanto non finalizzata alla produzione di effetti obbligatori ma alla loro estinzione, non rilevando in effetti la natura di negozio bilaterale dello stesso.

L’elemento di criticità intrinseco alla bipartizione trova la propria correzione in

Gaio, 2 *Aureorum*, D. 44.7.1 pr: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

In questo passo delle *Res cottidianae* il giurista introduce una terza categoria residuale di fonti dell’obbligazione, vale a dire quella delle *variae causarum figurae*, nella quale trovano spazio tutte quelle figure obbligatorie che non sono altrimenti riconducibili ai contratti o ai delitti, come la *solutio indebiti*⁸, la

⁷ Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 509 – 510.

⁸ Gaio, 2 *Aureorum*, D. 44.7.5.3: *Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis,*

*negotiorum gestio*⁹, *la tutela*¹⁰, *il legatum per damnationem*¹¹, *il iudex qui litem sua fecit*¹²; *l'actio de effusis et deiectis*¹³; *l'actio furti aut damni contro l'exercitor*

obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur.

⁹ Gaio, 3 *Aureorum*, D. 44.7.5 pr: *Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequae invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficio est sine mandatu suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest: sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari. ideo autem id ita receptum est, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt: quorum negotia desperare iniquum erat, quae sane desperirent, si vel is, qui obtulisset se negotiis gerendis, nullam habiturus esset actionem de eo, quod utiliter de suo impendisset, vel is, cuius gesta essent, adversus eum, qui invasisset negotia eius, nullo iure agere posset.*

¹⁰ Gaio, 3 *Aureorum*, D. 44.7.5.1: *Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore, sed et contra tutor cum pupillo habet actionem, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit.*

¹¹ Gaio, 3 *Aureorum* D. 44.7.52: *Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intellegitur: maleficio autem nullum in ea re esse plus quam manifestum est.*

¹² Gaio, 3 *Aureorum* D. 44.7.5.4: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.*

¹³ Gaio, 3 *Aureorum* D. 44. 7. 5. 5: *Is quoque, ex cuius cenaculo (vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat) deiectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur ut servi aut liberi. cui similis est is, qui ea parte, qua volgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, iuliano placuit in patrem neque de peculio*

*navis aut cauponae aut stabuli*¹⁴. Tale tripartizione porta già in sé il nucleo della quadripartizione delle fonti delle obbligazioni contenuta nelle Istituzioni giustinianee, qualunque sia stato il momento in cui tale quadripartizione fu concepita¹⁵, e secondo la quale le obbligazioni nascono *ex contractu*, *ex quasi contractu*, *ex maleficio* ed *ex quasi maleficio*. Così in

I. 3. 13. 2: *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus.*

La sovrastruttura onnicomprensiva delle *variae causarum figurae* nelle *Res cottidiane* di Gaio cade nelle Istituzioni giustinianee per lasciare spazio alle ulteriori due categorie affini ai contratti e ai delitti, quella del *quasi contractus* e quella del *quasi maleficio* (*delictum*), in una più idonea specificazione della casistica delle fonti delle obbligazioni.

Le fonti riportano inoltre un'ulteriore classificazione attribuita a Modestino, ritenuta da taluni di dubbia genuinità; si tratta di

Modestino, 2 *Regularum*, D. 44. 7. 52 pr : *Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque; aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut peccato.*

Escludendo le fonti che derivano dalla legge e dalla *necessitas*, anche in

neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum;

¹⁴ Gaio, 3 *Aureorum*, D. 44. 7. 5. 6: *Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.*

¹⁵ In questo senso M. Talamanca, v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, cit., p. 44 e nt. 283. Secondo l'autore, non è affatto scontato che la quadripartizione sia stata concepita soltanto al momento della compilazione giustiniana, ma la sua enucleazione potrebbe benissimo essersi compiuta al livello delle scuole postclassiche. Come rilievo generale, si possono considerare in questo senso i passi delle Istituzioni gaiane sopra citati con riguardo alla casistica in tema di *variae causarum figurae* in rapporto con la trattazione in tema di obbligazioni nascenti *quasi ex contractu* svolta in I. 3. 27. Il linguaggio usato è infatti quello delle *Res cottidiane* di Gaio e le stesse categorie del *quasi contractus* e *quasi maleficio* sono parimenti ricavate dalle *Res cottidiane* stesse.

questo passo le altre fonti sono quelle già ritrovate in precedenza, con un esplicito riferimento al *ius honorarium*, che manca negli altri passi esaminati e che permette di ricomprendere esplicitamente nella più generale categoria delle *obligationes* non solo obbligazioni civili ma anche figure obbligatorie tutelate per la prima volta dal pretore.

Alla quadripartizione delle fonti delle obbligazioni si affianca inoltre la quadripartizione delle categorie delle obbligazioni nascenti da contratti, vale a dire le *quattor species* indicate nelle Istituzioni di Giustiniano che ricalcano i *quattor genera* delle Istituzioni di Gaio¹⁶; in questo senso

Gaio, 3.89: *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re <con>trahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*

Si tratta evidentemente di una definizione classificatoria e contenutistica, che però non è idonea a fungere da nozione generale di *obligatio ex contractu* e quindi di contratto in generale; questo in effetti ha rappresentato e rappresenta un problema alla luce, invece, di definizioni giuridiche di “contratto” presenti nelle fonti e con le quali necessariamente questa ripartizione si trova a dover convivere. L’esempio più lampante in questo senso è la nozione di “contratto” come categoria generale data da Labeone, così come si legge nel famosissimo e studiatissimo

Ulpiano, 11 *Ad edictum*, D. 50.16.19: *Labeo libro primo Praetoris Urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur. [...]. Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant: veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem*¹⁷.

¹⁶ Sull’uso dei termini *genus* e *specie* e sul rapporto tra tali categorie diairetiche si rimanda a M. Talamanca, *Lo schema ‘genus species’ nelle sistematiche dei giuristi romani in Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)*, II, Roma, 1977, pp. 3 – 319.

¹⁷ Non potendo chiaramente rendere conto qui di tutta la sterminata bibliografia sulla definizione labeoniana di “contratto”, ci si limita a richiamare alcuni testi ritenuti fondamentali; si rimanda poi per completezza alle note bibliografiche contenute nei singoli lavori. Tralasciando i lavori anteriori al 1900, si veda P. Bonfante, *Sulla genesi e l’evoluzione del contractus*, in RIL, 40, 1907, pp. 888 e ss. = Id., *Scritti giuridici*, 3, Torino, 1921, pp. 107 e ss; P. Voci, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946; G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*³, cit.; M. Talamanca, *Conventio e*

La nozione di contratto enunciata da Labeone comprende i casi di obbligazioni reciproche o sinallagmatiche, portando come esempio l'*emptio – venditio*, la *locatio – conductio* e la *societas*: si tratta evidentemente di una nozione di contratto più ristretta rispetto a quella successivamente formulata da Gaio. Tale differenza non è riconducibile esclusivamente alla sistematica espositiva adottata, ma attesta essenzialmente una diversa impostazione in relazione al contenuto e allo svolgersi dell'obbligazione *ex contractu*.

Ciò che per Labeone qualifica un *contractus* è quel rapporto obbligatorio avente ad oggetto il vincolo reciproco tra le parti al compimento di una prestazione: in sostanza lo scambio di prestazioni¹⁸. In questo senso, il contratto come sinallagma si distingue da tutta una serie di altri “accordi”, anch'essi parimenti produttivi di effetti obbligatori, ma vincolati alla consegna della *res*, alla pronuncia dei *verba* o all'uso delle *litterae*: in ciò si sostanzia la differenza tra l'*agere*, il *gerere* e il *contrahere* che determina conseguentemente la differenza tra *actus*, *gestus* e *contractus* come “accordi” produttivi di effetti obbligatori¹⁹.

In questo senso appare inoltre più semplice ricomporre la dicotomia tra la categorizzazione di *contractus* tra Gaio e Labeone, il primo ritenendo contratto qualsiasi atto lecito produttivo di obbligazione e il secondo solo quegli accordi in

stipulatio nel sistema dei contratti romani; in *Le droit romain et sa réception en Europe*, Varsovie, 1978, pp. 195 e ss; R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA* 37, 1983, pp. 1 e ss; M. Talamanca, *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Torino, sez. 4, 1995, pp. 58 e ss; R. Milazzo (ed.), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana (Atti Copanello 1988)*, Napoli - Roma, 1990; M. Talamanca, *Conventio e stipulatio*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea (Atti Siena 1989)*, Napoli, 1991, pp. 163 e ss; F. Gallo, *Eredità dei giuristi romani in materia contrattuale*, ivi, pp. 3 e ss; G. Melillo, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*², Napoli, 1994; C. A. Cannata, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto. Discipline privatistiche*, 12, Torino, 1995, pp. 408 - 457; A. Burdese (cur.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006.

¹⁸ Secondo F. Gallo, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, cit., pp. 47 ss., il senso del costruito *ultra citroque* non sta tanto nella compartecipazione di parti all'atto quanto piuttosto nella doppia direzione e nella reciprocità del vincolo.

¹⁹ Sul punto si rimanda al fondamentale contributo di B. Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50. 16. 19. Congetture su una definizione di Labeone*, in *SDHI*, 38, 1972, pp. 189 – 246 = Id., *Scritti giuridici* 2, Palermo, 1991, pp. 1111 - 1170.

cui l'elemento fondamentale è la reciprocità tra le prestazioni, elemento, quest'ultimo, non ignorato certamente da Gaio, il quale però lo riconduce all'idea di *consensus*:

Gaio, 3.135: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. 136. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse*²⁰.

Un'altra definizione giuridicamente rilevante di contratto è quella la cui paternità va ascritta a Sesto Pedio, secondo cui il fulcro centrale del concetto di contratto e dell'operazione del *contrahere* era una *conventio*; la nozione di contratto secondo Sesto Pedio ci è nota grazie ad Ulpiano:

Ulpiano, 4 *ad edictum*, D. 2.14.1.3: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*²¹.

La nozione di *conventio* espressa da Sesto Pedio è quella compiuta di un incontro di volontà produttivo di effetti giuridici obbligatori; a riferirsi in precedenza al verbo *convenire* in tema di obbligazioni era stato sempre Labeone:

²⁰ Sostanzialmente simile è il testo corrispondente accolto nel Digesto: Gaio 3 *Institutionum*, D. 44. 7. 2 pr: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationem contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire*. L'*Epitome Gai*, invece, modifica il § 136, pur conservando l'elenco dei contratti consensuali indicato da Gaio: *Epitome Gai*, 2.9.13: *Consensu fiunt obligationes ex emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus et mandatis; quia in huiusmodi rebus consensus magis quam scriptura aliqua aut solemnitas quaeritur. In quibus rebus etiam inter absentes obligatio contrahi potest, quod in aliis rebus fieri non potest*.

²¹ Per una lettura del pensiero di Sesto Pedio in relazione alla *conventio* e al *contractus* si richiama qui, tra i più recenti, il lavoro di L. Garofalo, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano, 2007, pp. 15 – 61 e C. Giachi, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005.

Paolo, 3 *Ad edictum*, D. 2.14.2: *Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. sed etiam tacite consensu convenire intellegitur. Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.*

Mentre secondo Labeone la *conventio* e il verbo *convenire* ad essa legato sono riferibili a varie forme di accordo, anche tacito, ancorché nell'ambito delle obbligazioni, Sesto Pedio invece lo utilizza allo scopo di trarne uno schema generale applicabile in varie ipotesi, fermo restando un dato, vale a dire la sua assoluta inderogabilità: senza *conventio*, infatti, lo stesso contratto è nullo, dove contratto è ogni negozio bilaterale che necessita del sinallagma, o del consenso, per esistere. Non deve evidentemente stupire come la definizione pediana e quella labeoniana possano naturalmente coesistere; le nozioni di *convenire*, *conventio*, *consensus* sono tutte collegate ed appartengono storicamente ad un medesimo discorso giuridico; infatti, è parso opportuno ritenere che Sesto Pedio abbia formulato la propria definizione proprio a partire da quella di Labeone²².

La nullità del contratto derivante dall'assenza della *conventio* valeva tanto nel caso in cui tale *conventio* si concretizzasse attraverso la consegna della cosa sia nel caso in cui si realizzasse attraverso la pronuncia di *certa verba*; per quanto riguarda il secondo caso, l'esempio è proprio quello della *stipulatio*, che era nulla in assenza del consenso. Il termine "convenzione" è, infatti, generico, ma altresì idoneo a comprendere in sé tutta una serie di negozi nei quali era appunto la presenza della *conventio* a determinarne la validità, qualunque poi fosse il nome specifico che tali "convenzioni" avessero assunto; in proposito:

Ulpiano, 4 *Ad edictum*, D. 2. 14. 1. 4: *Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.*

Queste forme di contratti determinate – che poi coincidevano con lo schema dei contratti tipici, "nominati" in quanto legati ad un *nomen proprium contractus* – hanno come corrispettivo una determinata azione, la quale è prevista "normativamente", si potrebbe dire, a tutela dei soggetti parte di quella

²² Sul rapporto tra il testo di Labeone e quello di Sesto Pedio si veda L. Garofalo, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio cit.*, pp. 29 – 38.

convenzione²³; nell'ipotesi in cui invece il contratto non ricadesse sotto un *nomen* specifico, il riconoscimento della convenzione passava attraverso la presenza di una causa. È quanto emerge dalle dalla teorizzazione di Aristone nota grazie a

Ulpiano, 4 *ad edictum*, D. 2.14.7.2: *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνόλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνόλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*

Il passo in questione, sul quale ovviamente non si potrà probabilmente dire nulla di più rispetto a quanto più volte già autorevolmente sostenuto²⁴, è piuttosto interessante da diversi punti di vista. Innanzitutto, dal dibattito riportato da Ulpiano emergono due contrapposizioni, quella tra Aristone e Celso da un lato e quella tra Giuliano e Mauriciano dall'altro, delle quali il giurista si è avvalso per ricondurre al sinallagma il punto focale di ogni obbligazione. Se la convenzione non è riconducibile ad un *proprium nomen*, allora vi deve essere una causa per identificare tale convenzione con un'obbligazione contrattuale; Aristone, infatti, in risposta a Celso sostiene la presenza di un'obbligazione anche in assenza di corrispondenza materiale tra le prestazioni, purché vi sia reciprocità delle stesse.

²³ Cfr. Paolo, 3 *Ad edictum*, D. 2. 14. 6: *Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.* Parallelamente, per le convenzioni di *ius gentium*, Ulpiano, 4 *Ad edictum*, D. 2. 14. 7 pr – 1: *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*

²⁴ Tanto da essere considerato da M. Talamanca, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone* in "Contractus" e "pactum". *Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo - repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della "littera florentina"* (Copanello, 1 - 4 giugno 1988), Napoli – Roma, 1990, p. 100, "un passo famoso e fin troppo discusso dagli interpreti". Sul passo di Ulpiano si veda, tra i contributi più recenti, T. Della Massara, *Sul responsum di Aristone in D.2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 281 ss.

Allo stesso modo, Mauriciano si contrappone a Giuliano sostenendo come per una convenzione del tipo *do ut facias*, sull'esempio dell'accordo in base al quale alla dazione dello schiavo Stico corrisponde la sua manomissione ad opera della controparte, non sia necessaria la concessione da parte del pretore di un'*actio in factum*, come sostenuto da Giuliano, ma fosse sufficiente (*sufficere*) un'*actio civilis incerti*, vale a dire un'*actio praescriptis verbis*, proprio perché la convenzione riportata corrispondeva a quello che Aristone chiamava *synallagma*, da cui appunto nasce l'azione. Ulpiano quindi, facendo dialogare contemporaneamente giuristi di epoche diverse, arriva a sostenere come in sostanza il dato minimo necessario per l'identificazione di un contratto sia proprio il *synallagma*, la reciprocità delle prestazioni.

L'idea che il *synallagma* corrisponda allo schema generale ed astratto del contratto è poi svolta compiutamente da Paolo:

Paolo, 5 *Quaestionum*, D. 19. 5. 5 pr: *Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere potest. qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur. 1. Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. explicitus est articulus ille do ut des. 2. At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum conditio. quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit. sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem. 3. Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur. 4. Sed si*

facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuuum officium praestamus et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere (possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes et non plus impendas in exigendo quam decem): et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. sin autem alter fecit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas: neque enim de re tua tibi mando. sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.

Paolo, com'è noto, si riferisce qui a quelle convenzioni atipiche prive di un nome tipico ma produttive di obbligazione che poi i Bizantini, soprattutto con Stefano, in sch. 4 e sch. 6 a B. 23.1.11, chiameranno ἀνόνομα συναλλάγματα e che sono noti quindi oggi come contratti innominati. È interessante notare come sia il *synallagma*, ossia la reciprocità, l'elemento caratterizzante questo tipo di accordi e a determinarne gli effetti obbligatori.

È interessante notare come la costruzione concettuale di *contractus*, come quella generale di *obligatio*, si sia sviluppata sempre in relazione al rapporto e alle prestazioni, e in sostanza non sia idonea a travalicare la cornice nella quale vengono poi ricomprese le parti contraenti. È un rilievo, questo, che forse può apparire scontato se non anche superfluo, ma che permette di sottolineare una volta in più come la dinamica dei rapporti tra le parti nella struttura obbligatoria e contrattuale non sia stata oggetto di trattazione autonoma da parte dei giuristi, rimanendo piuttosto inglobata all'interno delle discussioni e riflessioni relative alle forme ed alle strutture contrattuali.

Questa concezione di contratto convive con quell'assetto del *contrahere* raffigurato da Gaio e che è parimenti ancorato ai *nomina propria*²⁵. Effettivamente, la questione dei vincoli obbligatori è particolarmente complessa e si sviluppa in relazione alle decisioni e alle scelte della *iurisprudencia* romana, seguendo due snodi fondamentali: da un lato, la teoria del *synallagma*, della

²⁵Cfr. M. Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma* cit., p. 445.

conventio e del consenso, e dall'altro quello della tipizzazione delle condotte. Sono due strade, queste, che non corrono parallele, poiché entrambe richiedono la presenza, in sostanza, di una causa che giustifichi il vincolo obbligatorio e di una volontà reciproca e concorde di stipulare.

Quindi, proprio sulla base delle considerazioni sopra svolte, s'inserisce la questione delle diverse strutture contrattuali nominate; il punto di partenza è sempre quello delle obbligazioni *ex contractu* a cui fa riferimento la quadripartizione gaiana. Le fattispecie riconducibili alle obbligazioni *verbis, re, litteris e consensu contractae* erano fattispecie tipiche di obbligazioni contrattuali nelle quali teoricamente si esaurivano le tipologie di contratto valide e riconosciute sul piano del *ius civile*; è abbastanza evidente come, successivamente, le strette maglie della tipizzazione contrattuale siano state allargate in favore della costruzione, sul piano del *ius honorarium*, di figure che potessero superare i limiti di applicabilità delle prime.

Sin qui, quindi, nulla di nuovo; continuando sul piano delle considerazioni banalissime e sin'anche scontate, si deve rilevare inoltre come le strutture delle diverse obbligazioni *ex contractu* rispondessero ad un formalismo preciso che presentava al suo interno caratteri di costitutività; tutte le varie tipologie di obbligazioni *contractae* rispondevano a questa logica. Le obbligazioni *re contractae* erano appunto quelle che si perfezionavano con la trasmissione della cosa della cosa, o meglio della proprietà o della detenzione della cosa, a cui si aggiungeva la *conventio*, l'accordo tra le parti sull'assetto d'interessi perseguito: ciò significa che solo nel momento della consegna si poteva dire che l'obbligazione fosse stata posta in essere. A poco valeva, infatti, il solo accordo tra le parti: senza la consegna il contratto restava privo di effetti, non avendo alcun valore la sola promessa di consegna della cosa, ovvero l'impegno di riceverla. Le obbligazioni *litteris contractae* si perfezionavano invece con la trascrizione dell'atto contenente l'assetto d'interessi accordato dalle parti, che di solito riguardava il trasferimento di una somma di denaro; anche in questo caso la *conventio* in sé non era sufficiente per considerare l'*obligatio* come contratta, poiché era la trascrizione il momento costitutivo del negozio giuridico. Nelle obbligazioni *consensu contractae*, invece, gli effetti obbligatori erano sempre

collegati alla semplice manifestazione del consenso; in questa particolare categoria di contratti, il consenso non era solo elemento necessario, ma anche sufficiente al perfezionamento del contratto, in qualunque modo tale consenso fosse stato manifestato.

Senza dubbio, ai fini del discorso in oggetto, la categoria che riveste maggior interesse è quella delle obbligazioni *verbis contractae*, e tra queste in particolare la *stipulatio*, che ne rappresentava la forma più diffusa e in generale il modello rispetto al quale ricostruire gli elementi tipici delle obbligazioni verbali. La *stipulatio* era un negozio bilaterale, come tutti i contratti, ma a differenza della generalità di questi era un contratto unilaterale, sorgendo gli effetti a carico di un soggetto soltanto, il *promissor*; la definizione generale di *stipulatio* è quella ricordata in

Pomponio, 26 *ad Sabinum*, D. 45. 1. 5. 1: *Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit*²⁶.

La *stipulatio* consisteva quindi, letteralmente, in una “concezione di parole”; al di là della colorita traduzione, l’immagine evocata dal termine *conceptio* aiuta a comprendere l’intima connessione esistente tra l’istituto e le parole che la originavano. Le parole avevano un profondo valore costitutivo, ancor più che nelle altre obbligazioni *verbis contractae*; l’efficacia del negozio ed i relativi effetti obbligatori ad esso riconducibili erano dunque legati alla pronuncia dei *certa verba*, quelle parole solenni che, se ritualmente espresse, avrebbero determinato automaticamente il sorgere, il contenuto e l’esigibilità dell’obbligazione stessa, sul modello di un’*interrogatio - responsio*. Essendo il valore dei *certa verba* di tipo costitutivo, non erano necessarie formalità ulteriori per la regolare costituzione dell’*obligatio* in questione, quali ad esempio una documentazione scritta o la presenza di testimoni, che pure era eventualmente ammessa - se ritenuta opportuna - a fini esclusivamente probatori. In proposito

Gaio 3.92: *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut: DARI SPONDES? SPONDEO; DABIS? DABO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEPROMITTIS?*

²⁶ Nello stesso senso *Pauli Sententiae*, 2.3: *Stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet: velut spondes? spondeo: dabis? dabo: promittis? promitto: fidei tuae erit? fidei meae erit: et tam pure quam sub condicione concipi potest.*

*FIDEPROMITTO; FIDEIUBES? FIDEIUBEO; FACIAS? FACIAM*²⁷.

La struttura fondamentale delle *obligationes verbis contractae*, e della *stipulatio* di conseguenza, era quindi quella di una specifica interrogazione e della corrispondente risposta, verbalmente espressa; fondamentale era la corrispondenza tra quanto chiesto e quanto risposto, tra *interrogatio* e *responsio*, al punto da determinare la nullità del negozio in caso di mancato rispetto, come emerge da

Gaio 3. 102: *Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit, velut si sestertia x a te dari stipuler, et tu nummum sesterti<um> v milia promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas.*

In epoca più tarda, il rigore andò attenuandosi, quando, coerentemente con la prevalenza della scuola sabiniana su quella proculiana, si guardò più alla sostanza che alla forma dell'atto, e l'obbligazione *verbis contracta* fu considerata valida ed efficace anche senza tale necessaria corrispondenza. L'oralità, infine, costituiva l'essenza dell'atto, da cui discendevano logiche conseguenze. Entrambe le parti dovevano quindi essere in grado di parlare ed intendersi reciprocamente e gesti o scritti non erano ammessi come sostitutivi, escludendo i muti e i sordi dalla conclusione di un'*obligatio verbis contracta* oppure di una *stipulatio*.

Particolarmente incisiva e connessa all'oralità nelle obbligazioni verbali era la necessità della presenza simultanea delle parti, la cd. *unitas actus*²⁸. Le fonti riportano come un'obbligazione verbale non potesse esistere tra assenti²⁹ e come

²⁷ Nello stesso senso Gaio, 2 *Aureorum*, D. 44.7.7: *Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulemur* e Modestino, 2 *Regularum*, D. 44. 7.52.2: *Verbis, cum praecedat interrogatio et sequitur congruens responsio.*

²⁸ Sul valore e sul ruolo della cosiddetta *unitas actus*, in particolare con riferimento all'obbligazione in solido, ed annessa esegesi dei passi come di seguito citati si veda G. Rossetti, *Le obbligazioni in solido. Modelli romani e disciplina attuale*, Napoli, 2013, in particolare pp. 3 - 14 e dottrina citata.

²⁹ Sul punto si veda Gaio 3.136: *Ideo autem <i>stis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit;* sostanzialmente analogo è il contenuto di *Pauli Sententiae*, 5.7.2: *Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quod si scriptum fuerit instrumento promississe*

fosse quindi necessaria la contemporanea presenza fisica delle parti per permettere la concomitanza tra domanda e risposta. Sempre relativamente alla *stipulatio* è rilevante quanto si legge in

Venuleio, 1 *Stipulationum*, D. 45.1.137 pr.: *Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet (ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit) et comminus responderi stipulanti oportet: ceterum si post interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eadem die spondisset.*

Risultava fondamentale, quindi, per considerare valida la *stipulatio*, che l'atto posto in essere dallo stipulante e dal promittente fosse continuo, in senso temporale innanzitutto, ma anche in senso fisico: doveva, cioè, essere rispettata non solo la concomitanza nella pronuncia dei *verba*, ma anche la compresenza, dovendo quindi i soggetti trovarsi nello stesso luogo, nello stesso momento e scambiarsi ritualmente le formule obbligatorie senza interruzioni. L'unitarietà dell'atto non si esprimeva, però, in termini di sola continuità temporale e spaziale, essendo necessario anche il rispetto della continuazione del medesimo affare; è proprio per questo motivo che non era considerata valida la risposta data il giorno successivo, poiché si riteneva che la parte, trascorso un lasso di tempo così ampio senza valida espressione del proprio consenso, si fosse data ad altri affari³⁰. Si tratta di un rigore e di un formalismo che si era trovato già espresso in relazione alla *sponsio*, in particolar modo quella che potremmo definire in termini moderni "di diritto internazionale"³¹, e che era istituito, appunto, originario proprio del *ius civile* e legato quindi ad uno specifico formalismo che richiedeva l'*hic hodie* per

aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit; Paolo, 15 Responsorum, D. 45.1.134.2: Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint: si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis; C. 8.39.3 pr (Diocleziano e Massimiano 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.

³⁰Si veda in questo senso Venuleio, 2 *Stipulationum*, D. 45. 2. 12 pr: *Si ex duobus, qui promissuri sint, hodie alter, alter postera die responderit, Proculus non esse duos reos ac ne obligatum quidem intellegi eum, qui postera die responderat, cum actor ad alia negotia discesserit vel promissor, licet peractis illis rebus responderit.*

³¹Cfr. parte prima, capitolo primo, pp. 37 e ss. di questo elaborato.

la valida ed efficace conclusione.

Ferma la continuità temporale dell'atto, era comunque necessario tener conto del tempo materiale entro cui le parti rispondevano, facendo ad ogni modo salva la validità dell'obbligazione nel caso in cui tra domanda e risposta intercorresse un "*modicum intervallum temporis*"; in questo senso

Giuliano, 52 *Digestorum*, D. 45.2.6.3: *Duo rei sine dubio ita constitui possunt, ut et temporis ratio habeatur, intra quod uterque respondeat: modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modo contrarius obligationi non sit, nihil impedit, quo minus duo rei sunt. Fideiussor quoque interrogatus inter duorum reorum responsa si responderit, potest videri non impedire obligationem reorum, quia nec longum spatium interponitur nec is actus, qui contrarius sit obligationi.*

Alla *sponsio*, intesa ormai come rapporto obbligatorio indipendente dalla funzione di eterogaranzia, la *stipulatio* era legata da una connessione che si potrebbe definire di genere – specie, nel senso che la struttura della *stipulatio* si basava sul medesimo *modus operandi* della *sponsio* nel dinamismo costitutivo dell'*interrogatio - responsio*; ciò trova riscontro in

Gaio 3. 93: *Sed haec quidem verborum obligatio: DARI SPONDES? SPONDEO, propria civium Romanorum est: ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes nomine, sive cives Romanos, sive peregrinos valent*³².

La *sponsio* era atto proprio dello *ius civile*, e come tale trovava applicazione soltanto tra i *cives Romani*, mentre la *stipulatio*, istituto proprio del *ius gentium*, poteva trovare applicazione anche tra i *peregrini*. Proprio a causa dell'intensificarsi, in epoca preclassica e classica, dei traffici commerciali di Roma con quest'ultimi si sentì l'esigenza di adottare uno strumento negoziale più dinamico e dall'applicabilità meno limitata della *sponsio*. La *stipulatio* rappresentava, quindi, una sorta di estensione della *sponsio*; a ben vedere, infatti, a differenza di altri istituti riconosciuti nell'ambito della giurisdizione del *praetor peregrinus*, quali ad esempio la *traditio* o l'*emptio – venditio*, la *stipulatio* non rappresentava qualcosa di nuovo rispetto all'istituto delineato nel *ius civile*, ma era semplicemente costruita per estensione a partire dalla *sponsio*³³.

³²Su questo passo si rimanda qui a parte prima, capitolo primo, pp. 36 e ss. di questo elaborato.

³³ Cfr. B. Biondi, *Contratto e stipulatio* cit., p. 284.

Le differenze che intercorrevano tra i due negozi erano quindi di tipo formale, non strutturale, legate all'origine in due contesti di *ius* differenti: a differenza della *sponsio*, atto esclusivamente di *ius civile*, la *stipulatio*, pur mantenendo il rigore proprio del valore costitutivo dei *certa verba*, era un negozio più libero, rendendo possibile l'impiego di qualunque forma verbale per la valida costituzione del vincolo obbligatorio. A ciò faceva riferimento il già considerato Gaio, 3.93, secondo cui le parole che potevano essere utilizzate per comporre la struttura domanda - risposta potevano essere diverse e addirittura pronunciate in lingue diverse dal latino, restando comunque vincolanti nell'ambito del *ius gentium*³⁴; sul punto si pronunciò anche Ulpiano in questi termini:

Ulpiano, 48 *ad edictum*, D. 45.1.1.6: *Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece: dummodo congruenter respondeatur: obligatio constituta est. Idem per 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 interpretem.*

Era dunque ammessa una stipulazione in cui la risposta fosse pronunciata in una lingua diversa da quella dell'interrogazione (domanda in latino, risposta in greco, argomenta Ulpiano), purché fosse conservato il principio della congruenza tra i due enunciati; in caso contrario la coerenza tra i *verba* sarebbe venuta meno, rendendo invalida e priva di efficacia la *stipulatio*. Era inoltre ammesso l'uso dell'interprete, almeno secondo Sabino; ovviamente la sua funzione sarebbe stata di mero supporto, non partecipando in alcun modo al momento costitutivo della *stipulatio*.

Infine, sempre collegata alla struttura della *stipulatio* come rapporto

³⁴ Gaio, 3. 93: *et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo δώσεις; δώσω· ὁμολογεῖς; ὁμολογῶ· πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω· ποιήσεις; ποιήσω, etiam hae tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario quamvis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. at illa verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse.*

domanda – risposta, era l'esigenza di coerenza tra quanto richiesto e quanto risposto: questo significa che non era possibile rispondere in modo diverso da quanto era stato domandato. È una questione diversa rispetto a quella meramente linguistica: affinché la *stipulatio* fosse valida ed utilmente posta in essere era necessario che la risposta data corrispondesse all'*id quod* richiesto³⁵. Non era quindi ammissibile una risposta qualunque, purché oralmente data, ma doveva trattarsi di una risposta conforme e impegnativa; in questo senso di un certo interesse è

Ulpiano, 48 *Ad edictum*, D. 45. 1. 1. 2: *Si quis ita interroget dabis? responderit quidni is utique in ea causa est ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset. non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem.*

Qualora a specifica domanda si risponda in un modo sì letteralmente diverso (*quidni*), ma di fatto indicativo espressamente della volontà di stipulare, allora si deve considerare l'obbligazione come posta in essere; al contrario, se a domanda corrisponde una risposta espressa non verbalmente, ma con semplice cenno di assenso (*adnuisset*), pur potendosi ravvisare il consenso all'obbligazione dall'atteggiamento tenuto dal soggetto, come nel caso l'annuire, l'obbligazione non è stata validamente posta in essere, nemmeno come obbligazione naturale, estendendosi tale nullità all'eventuale fideiussione conseguentemente stipulata. La conformità della risposta, quindi, ancora una volta, non corrisponde necessariamente all'assoluta corrispondenza tra il verbo usato nella domanda e quello usato nella risposta, quanto piuttosto ad un'espressione verbale di assenso a quanto richiesto dallo stipulante. È la sola espressione verbale ad impegnare, non anche, però, la mera ripetizione del medesimo verbo.

La stessa *ratio* logica trova espressione anche in

I. 3. 19. 5: *Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quae interrogatus erit non responderit, veluti si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra:*

³⁵Cfr. Gaio, 3. 102: *Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit, velut si sestertia X a te dari stipuler, et tu nummum sesterti<um> V milia promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas.*

aut si ille pure stipuletur, tu sub condicione promittas, vel contra, si modo scilicet id exprimas, id est si cui sub condicione vel in diem stipulanti tu respondeas: 'praesenti die spondeo'. nam si hoc solum respondeas: 'promitto', breviter videris in eandem diem aut condicionem spopondisse: nec enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti quae stipulator expresserit.

Anche in questo caso, la conformità tra la domanda e la risposta, e l'impegno reciproco che da questa deriva, non dipendono dalla pedissequa corrispondenza tra quanto richiesto e quanto promesso, poiché si tratterebbe di una mera ripetizione non necessaria al fine dell'esistenza e della validità della stipulazione (*nec enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti quae stipulator expresserit*); piuttosto, ad essere necessaria era la corrispondenza oggettiva tra chiesto e promesso. Non era infatti possibile obbligarsi promettendo se non in relazione a quanto espressamente richiesto: nella risposta, il promittente non poteva quindi obbligarsi per una somma inferiore o superiore a propria discrezione, ma solo per quanto espressamente richiesto e la sua risposta, in questo senso, doveva corrispondere a quanto domandato a pena di nullità.

Analogamente a qualunque altra obbligazione *verbis contracta*, il requisito dell'oralità rendeva impossibile per alcuni soggetti contrarre una stipulazione, in quanto incapaci; essendo possibile contrarre la *stipulatio* solo parlando, non erano legittimati i sordi, i muti, gli infanti e gli assenti³⁶. Nella prassi si ovviava a tali inconvenienti facendo intervenire uno schiavo dell'incapace, che assumeva per il *dominus* diritti e doveri:

Ulpiano, 48 *Ad edictum*, D. 45.1.1 pr: *Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem. item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.*

Il pazzo, infine, non poteva partecipare ad alcun negozio, quindi nemmeno alla *stipulatio*, poiché *non intellegit quid agat*³⁷, mentre il pupillo e la donna sotto

³⁶ Cfr. Gaio, 3.105: *Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. idem etiam in surdo receptum est; quia et is, qui stipulatur, verba promittentis, et qui promittit, verba stipulantis exaudire debet.*

³⁷ Cfr. Gaio, 3.106: *Furiosus nullum negotium gere<re> potest, quia non intellegit, quid agat.*

tutela potevano farsi assistere dal tutore³⁸.

Fatti costitutivi di obbligazioni verbali furono, oltre alla *sponsio* e alla *stipulatio*, la *dotis dictio*, la *promissio iurata liberti*, la *vadiatura* e la *praediatura*; la *sponsio*, la *vadiatura* e la *praediatura* sono istituti già visti in tema di eterogaranzia, e rientrano tra i fatti costitutivi di obbligazione alla luce di quanto già sopra ricordato circa l'evoluzione delle forme di eterogaranzia verso vere e proprie figure obbligatorie. La *dotis dictio*, la *promissio iurata liberti*, la *vadiatura* e la *praediatura* erano negozi unilaterali, a differenza della *stipulatio (sponsio)*; per quanto riguarda la *vadiatura* e la *praediatura*, si è già visto in tema di forme di eterogaranzia come queste fossero in effetti assunzioni unilaterali di responsabilità, il cui schema formulare non era riconducibile ad uno scambio domanda – risposta, quanto piuttosto ad un'affermazione unilaterale, simile ad un giuramento, con la quale veniva posto in essere il vincolo di garanzia.

Tale schema trova rispondenza anche nella *dotis dictio* e nella *promissio iurata liberti*, rispetto alle quali le fonti sono piuttosto lacunose³⁹: si trattava infatti di negozi in cui era il solo promittente a parlare, assumendosi

³⁸ Cfr. Gaio, 3.107: *Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, velut si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.* 108. *Idem iuris est in feminis, quae in tutela sunt.* Si veda inoltre C. 8.38.1, Imp. Antoninus A. Paulino: *Ex stipulatione, in qua impubes sine tutore auctore spondesti, non est obligatus.* PP. k. Iul. Romae Laeto II et Cereale cons. (a. 215).

³⁹ Di tali istituti tratta piuttosto lacunosamente Gaio 3.95a – 96: **** si debitor mulieris iussu eius, dum *** doti dicat quod debet. alius autem obliga<ri eo> modo non potest. et ideo si quis ali<us pro muliere dotem viro promittat, com>muni iure obliga ***. Item uno loquente <et sine interrogatione alii promittente contrahitur obligatio, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuravit, et>si haec sola causa est, ex qua iureiurando contrahitur obligatio. sane ex alia nulla causa iureiurando homines obligantur, utique cum quaeritur de iure Romanorum. nam apud peregrinos quid iuris sit, singularum civitatum iura requirentes aliud intellegere poterimus ****, in parte supplito da *Epitome Gai*, 2.9.3 – 4: *Sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedenti interrogatione contrahi possunt, id est, ut si mulier sive sponso uxor futura, sive iam marito, dotem dicat. Quod tam de mobilibus rebus, quam de fundis fieri potest. Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligatur, sed et pater eius, et debitor ipsius mulieris, si pecuniam, quam illi debebat, sponso creditricis ipse debitor in dotem dixerit. Hae tantum tres personae nulla interrogatione praecedente possunt dictione dotis legitime obligari. Aliae vero personae, si pro muliere dotem viro promiserint, communi iure obligari debent, id est, ut et interrogata respondeant, et stipulata promittant.*

l'obbligazione, a prescindere dalla presenza del soggetto nei confronti del quale la promessa era assunta, motivo per il quale si è dubitato del carattere contrattuale di queste obbligazioni *verbis contractae*⁴⁰.

D'altro canto, argomentando sulla partecipazione tacita del destinatario della promessa, la bilateralità risulterebbe sostanzialmente, seppur non formalmente, ricomposta.

3. Elementi identificativi dell'*obligatio tra contractus e stipulatio*.

I. Cenni introduttivi

Dal punto di vista strutturale e formale, gli aspetti di maggiore rilievo in relazione all'*obligatio*, e che, parallelamente, sono quelli sui quali maggiormente si è concentrata la dissertazione giuridica, sono quelli relativi ai soggetti, al contenuto oggettivo, alla struttura dell'obbligazione, e, infine, alla responsabilità contrattuale. Sono aspetti, questi, interdipendenti tra loro e che assumono una certa importanza soprattutto se considerati in relazione non solo all'*obligatio*, ma anche al *contractus* e a quella particolare forma di *obligatio contracta* che è la *stipulatio*.

Dal punto di vista dei soggetti dell'obbligazione, il problema nelle fonti non si presenta come generale in senso stretto; i *prudentes*, infatti, non si sono soffermati particolarmente sulla teoria dei soggetti del contratto, fatte salve le questioni attinenti al problema della pluralità dei soggetti in relazione alla solidarietà od all'alternatività dell'obbligazione e al carattere personale della prestazione. In particolare, quest'ultimo aspetto attiene al collegamento tra la prestazione oggetto dell'obbligazione e i soggetti del rapporto obbligatorio, che in linea generale coincide altresì con la connessione che intercorre tra le persone tra le quali si applica il rapporto obbligatorio e quelle che hanno effettivamente partecipato all'atto costitutivo dell'obbligazione. L'"obbligazione" (termine in questo caso onnicomprensivo, con il quale s'intende sia il rapporto obbligatorio – *obligatio* – sia l'atto costitutivo, in generale, di quel rapporto – genericamente il *contractus*) si presenta in questo senso come un qualcosa di "chiuso" e autonomo,

⁴⁰ Anche se il problema non sembra essere stato avvertito dai giuristi romani; in questo senso si veda M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 563.

in sostanza limitato a quei soggetti che, contemporaneamente, si sono assunti l'obbligazione, hanno partecipato all'atto costitutivo di quell'obbligazione e sui quali si produrranno gli effetti della stessa. Questo è il punto fondamentale per la nostra ricerca, dal momento che è da questo punto di vista che assumono rilievo il principio secondo cui *ab heredis obligatio incipere non potest*⁴¹ e le due regole secondo cui *nemo factum alienum promittendo obligatur*⁴² e *alteri stipulari nemo potest*⁴³, tutte regole queste che, nonostante la rigidità della regola come codificata, nella prassi, seppur a livelli differenti, furono sostanzialmente svuotate di conseguenze pratiche.

Nell'ambito di tale inquadramento della questione dei soggetti dell'obbligazione trovano spazio le stesse nozioni di "creditore" e di "debitore", a cui le fonti fanno sporadicamente cenno, in particolare nelle definizioni ricordate da Gaio e Modestino. La ragione dell'assenza di una trattazione specifica relativamente ai soggetti delle obbligazioni è da ricondursi probabilmente alla tipicità del sistema delle obbligazioni contrattuali in diritto romano: più che sui concetti di *debitor* e *creditor*, l'attenzione dei giuristi si concentra principalmente sulle "parti" coinvolte nei singoli contratti: sarà quindi molto più semplice dedurre il regime dei soggetti delle singole e specifiche obbligazioni guardando alla loro disciplina così come caratterizzata nelle fonti. Tra queste, particolare interesse

⁴¹ Cfr. Gaio 3.100 e 3.158; la regola fu poi formalmente abolita da Giustiniano, la cui riforma è ricordata in I. 3.19.13: *Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post eius mortem a quo stipulabatur. ac ne is qui in alicuius potestate est post mortem eius stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. sed et si quis ita stipuletur, 'pridie quam moriar' vel 'pridie quam morieris dari?' inutilis erat stipulatio. sed cum, ut iam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc iuris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem sive pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.*

⁴² Cfr. Ulpiano, 49 *ad Sabinum*, D. 45.1.38 pr. Cfr. anche Paolo, 72 *ad edictum*, D. 45.1.83 pr: *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. Et qui spondet "dolum malum abesse a futurumque esse", non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolum malus absit: idemque in illis stipulationibus "habere licere" item "neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat".*

⁴³ Cfr. Ulpiano, 49 *ad Sabinum*, D. 45.1.38.17, sul quale ci si soffermerà più approfonditamente in seguito; cfr. Parte prima, capitolo terzo, pp. 100 e ss. del presente contributo.

rivestono le nozioni di *stipulator* e di *promissor*, in relazione e a causa dell'importante ricorso che si fece all'istituto della *stipulatio* proprio come atto costitutivo di obbligazione; proprio dal corrispondente rapporto tra questi due soggetti discende una serie d'importanti conseguenze sulla disciplina stessa della *stipulatio*.

Infine, se parlare di creditore (e debitore) da un punto di vista moderno risulta abbastanza agevole, altrettanto non lo è dal punto di vista storico; infatti in diritto romano il rapporto tra il concetto di *creditum* e quello di *obligatio / contractus* è piuttosto complesso⁴⁴, con la conseguente difficoltà di sovrapporre la dualità moderna ai rapporti attinenti al diritto privato romano.

II. *Segue. Nozioni di debitor e creditor, in correlazione alle nozioni di stipulator e promissor*

Il discorso sulle nozioni di *debitor* e *creditor* assume rilievo, quindi, in seguito e in ragione dell'opera di unificazione e di precisazione degli istituti condotta dalla giurisprudenza classica; in particolare, questi due concetti rientrano in quella parte di lavoro volto ad unificare, almeno tendenzialmente, tutti i rapporti relativi, tanto di debito quanto di responsabilità, sotto il paradigma dell'*obligatio*.

Il termine *creditor*⁴⁵ trova una specifica definizione in

Ulpiano, 10 *ad edictum*, D. 50. 16.10: "*creditores*" *accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione. quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur.*

e, parimenti, in

Gaio, 1 *ad edictum provinciale*, D. 50.16.11: *Creditorum appellatione non hi tantum*

⁴⁴ Sulle questioni relative al concetto di *creditum* e al suo rapporto con il concetto di *obligatio* e di *contractus* si rimanda a B. Albanese, *Per la storia del 'creditum'*, in AUPA, 32, 1971, pp. 5 – 180; B. Albanese, *Credito e «credere»*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, 5, 1972, pp. 15 – 30 = *Scritti giuridici 2*, Palermo, 1991, pp. 1171 - 1188, e le osservazioni svolte in merito a questo contributo da C. A. Cannata, '*Creditum*' e '*obligationes*', in *Labeo*, 20, 1974, pp. 104 – 124.

⁴⁵ Si veda *Vocabolarius iurisprudentiae romanae*, voce *creditor*, *Ad definit.*, p. 1043 – 1044.

accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur.

Genericamente, quindi, dalla *summa* delle due nozioni risulta che “creditore” fosse considerato chiunque al quale, a qualunque titolo, fosse dovuto qualcosa, salvo si trattasse di ciò che era “naturalmente” dovuto (pare evidente qui il riferimento all’*obligatio naturalis* di contro a quanto sia dovuto *ex quacumque actione*), e non solo nel caso in cui il denaro fosse stato dato a mutuo: in questo senso, valeva ogni dazione di denaro sulla base di un contratto. Tale specificazione assume senso dal momento in cui nelle fonti il verbo *credere* è usato spesso nelle fonti come sinonimo di “dare a mutuo”; è evidente, quindi, come nel caso specifico Ulpiano, utilizzando peraltro la locuzione *mutua pecunia*, intenda probabilmente sottolineare la generalizzazione del concetto di *creditor / creditores*⁴⁶. Se ne può quindi dedurre che l’utilizzo del termine in Ulpiano, rispetto a quello in Gaio, implichi un attenuarsi dell’uso sinonimico di cui si è detto.

La definizione di “creditore” travalica quindi l’idea di *pecuniam credere*, per comprendere genericamente tutti quei soggetti a cui sia dovuto, tanto per diritto civile quanto per diritto onorario: di fatto è una definizione che viene applicata con frequenza ad ogni titolare di pretesa obbligatoria da atto lecito, soprattutto in età classica e tardo-antica⁴⁷. Invero, in

Ulpiano, 6 *ad edictum*, D. 50.16.12 pr: *Ut si cui ex empto vel ex locato vel ex alio ullo debetur. sed et si ex delicto debeatur, mihi videtur posse creditoris loco accipi. quod si ex populari causa, ante litis contestationem recte dicitur creditoris loco non esse, postea esse,*

si parla di *creditor* anche in relazione alle obbligazioni *ex delicto*. Il passo è altresì interessante poiché pone il concetto di *creditor* in relazione con il momento esecutivo della pretesa creditoria; non si può parlare di creditore in senso stretto, infatti se non dopo l’avvenuta *litis contestatio*. Evidentemente, non si può riconoscere la pretesa di un soggetto prima che questi non l’abbia pronunciata e fissata nei termini in cui verrà poi decisa.

Il termine *creditor* trova riscontro in ulteriori testi, tra cui

⁴⁶ Sul punto si veda B. Albanese, *Per la storia del ‘creditum’* cit., p. 144.

⁴⁷ Cfr. B. Albanese, *Per la storia del ‘creditum’* cit., p. 139.

Ulpiano, 21 *ad edictum*, D. 44.7.42.1: *Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent, sic tamen, ne exceptione submoveantur, vel honorariam actionem, vel in factum.*

Qui il concetto di “creditore” si affianca nuovamente a quello di titolare di un’azione a tutela della propria posizione; si pongono nello stesso schema d’interpretazione estensiva del termine *creditor* anche i passi conservati in D. 50.16.54 ed in D. 50.16.55⁴⁸. Come rilevò molto bene Bernardo Albanese nella sua analisi sulla storia del *creditum* a cui si è già fatto riferimento più volte, il termine *creditor*, come anche l’altro *creditum*, godeva di una diffusione molto limitata in antichità e il suo maggior utilizzo risale ad un periodo più recente; complessivamente, tali locuzioni risultano assai meno utilizzate rispetto a *debitor* e *debitum*, che trovano invece un maggiore spazio nelle fonti giuridiche, sia normative sia giurisprudenziali, di tutti i periodi⁴⁹. Una tale differenza nella frequenza dell’utilizzo di tali termini è legata probabilmente al fatto che, in epoca più arcaica, l’esigenza di avere a disposizione una terminologia generale in materia di soggetti dell’*obligatio* non fosse sentita in modo così stringente, alla luce della sostanziale coincidenza tra le figure di eterogaranzia e le originarie obbligazioni e dello scarso rilievo dell’elemento patrimoniale rispetto a quello personale. L’applicazione generalizzata dei termini *creditor* e *creditum* troverà poi spazio a completamento naturale della terminologia primigenia in materia di obbligazioni costituita dalle nozioni di *debitor* e *debitum*.

Per quanto riguarda il concetto di *debitor*⁵⁰ (anche se più spesso ci si riferisce nelle fonti a colui che noi consideriamo “debitore” con il termine di *obligatus*), le fonti ce ne tramandano un’approssimativa definizione in

Modestino, 4 *pandectarum*, D. 50.16.108: “*Debitor intelligitur*” *is, a quo invito exigi pecunia potest.*

Per debitore s’intende quindi quel soggetto dal quale si può esigere il

⁴⁸ Cfr. Ulpiano, 62 *ad edictum*, D. 50.16.54: “*condicionales creditores*” *dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat* e Paolo, 16 *brevis edicti*, D. 50.16.55: *Creditor autem is est, qui exceptione perpetua summoverti non potest: qui autem temporalem exceptionem timet, similis est condicionali creditori.*

⁴⁹Cfr. B. Albanese, *Per la storia del ‘creditum’* cit., pp. 138 – 139.

⁵⁰ Si veda *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, voce *debitor*, *Ad definit.*, p. 82.

denaro, pur contro la sua volontà; si tratta di una definizione di *debitor* che troviamo utilizzata anche dalla cancelleria diocleziana, come risulta dal rescritto

C. 4.10.5, Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Camerino et Marciano: *Sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus, ita renuntiare semel constitutae obligationi adversario non consentiente minime potest. quapropter intellegere debetis voluntariae obligationi semel vos nexos ab hac non consentiente altera parte, cuius precibus fecistis mentionem, minime posse discedere.* D. non. April. Byzantii AA. cons. [a. 293].

Appare evidente l'applicazione della regola secondo cui, una volta contratta l'obbligazione, non vi si può rinunciare senza il consenso dell'altra parte, proprio perché l'assunzione del vincolo obbligatorio è volontaria. Per questo, se il pagamento è richiesto dalla controparte, il debitore / obbligato dovrà adempiervi indipendentemente dalla sua volontà di adempiere o no⁵¹. Questo fenomeno riassume in sé la centralità assunta dal denaro come misura della prestazione nel processo e nel meccanismo coattivo al quale il debitore è vincolato⁵².

Queste considerazioni si ricollegano alla questione dell'oggetto dell'obbligazione e parallelamente, a quella della prestazione caratterizzante l'obbligazione stessa, sulla quale ci si soffermerà a breve. Vale solo la pena di ricordare qui che la dualità tra la figura del *creditor* e del *debitor* nulla importa con riguardo alla possibilità di una pluralità di soggetti attivi e passivi in quanto contraenti l'obbligazione: parimenti al singolo debitore e creditore, anche nell'ipotesi di pluralità di soggetti attivi e passivi, si tratta sempre di soggetti che autonomamente e volontariamente si vincolano in un rapporto obbligatorio. Tale circostanza determinerà delle differenze rispetto al regime obbligatorio duale con riguardo alla ripartizione del vincolo *ipso iure* (si parla qui dei concetti di obbligazioni parziarie e/o solidali), ma nulla ha a che vedere con la questione della struttura rigida dell'obbligazione e il ruolo del "terzo".

Parallelamente alle nozioni di *debitor* e di *creditor* assumono rilievo, con riferimento alla *stipulatio*, le due nozioni di *stipulator*, ovvero colui che poneva la

⁵¹ La corrispondenza del principio espresso dalla cancelleria di Diocleziano col più antico enunciato di Modestino era stata già correttamente istituita da G. Brini, *L'obbligazione nel diritto romano*, Bologna, 1905, p. 25.

⁵² Cfr. in questo senso M. Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma* cit., p. 450.

domanda e assumeva l'iniziativa del negozio da concludersi, e di *promissor*, ovvero colui che rispondeva, impegnandosi al compimento della prestazione oggetto della stipulazione. A *stipulator* e *promissor* fa riferimento

Modestino, 2 *Regularum*, D. 45.2.1: *Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi habetur.*

Sul significato di *stipulator* e *promissor* non sembrano potersi rilevare particolari problemi; interessante è piuttosto il fatto che a tali figure ci si riferisce con i termini di *reus* (*stipulandi* e *promittendi*). L'utilizzo del termine *reus* trova qui spiegazione alla luce di

Festo, s.v. *Reus*, p. 336 Lindsay: *Reus nunc dicitur, qui causam dicit: et item qui quid promisit sponditve ac debet. At Gallus Aelius lib. II significationum verborum, quae ad ius pertinent, ait: "Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum est. Reus stipulando est idem qui stipulator dicitur, quippe suo nomine ab altero †quibus pepulatus† est, non is qui alteri adstipulatus est. Reus promittendo est, qui suo nomine alteri quid promisit, [non Mue.] qui pro altero quid promisit." At Capito Ateius in eadem quidem opinione est, sed exemplo adiuvat interpretationem, Numa in secunda tabula secunda lege, in qua scriptum est: "quid horum fuit unum iudici arbitrove reove eo die diffensus esto." †nunc uterque actorum reiqu[a]e in iudicio me vocatur† [hic uterque actor reusque in iudicio rei vocantur Mue.]; itemque accusator de vi accitur more vetere, et consuetudine antiqua.*

La definizione del termine *reus* accettata da Verrio Flacco, quella con la quale si apre il lemma, è genericamente legata al soggetto passivo di una *sponsio*, per cui ad essere *reus* è solo colui che promette e si assume l'obbligazione nel relativo contratto, diventando contestualmente debitore; è un termine, quindi, che trascende il mero diritto criminale e trova una propria giustificazione anche nei negozi di diritto civile. Questa definizione, però, andava a delimitare quella diversa, più antica e più estesa proposta da Elio Gallo, il quale la argomentava fondandosi sul duplice piano della *litis contestatio* e della *stipulatio*. Riguardo alla prima, egli osservava che *reus* era colui che aveva effettuato la *litis contestatio* con l'avversario, riferendosi indistintamente tanto all'attore quanto al convenuto; con riferimento alla *stipulatio*, Gallo faceva uso delle nozioni di *reus stipulando* e di *reus promittendo*, intendendo in entrambi i casi colui che stipula o promette per se stesso e non per altri. L'uso del termine di *reus* anche con riferimento al solo

lato attivo trova conferma in Gaio Ateio Capitone, sulla base però di un differente argomento, vale a dire di XII Tab. 2.2, in cui l'uso di *reus* nel contesto della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* indicava necessariamente l'attore e non il convenuto: quindi, solo il soggetto attivo. Verrio Flacco evidenziava nel suo lemma come l'identica posizione assunta da Gallo e Capitone in riferimento all'estensione del termine *reus* anche alla parte attrice fosse fondato su due argomenti ben distinti: quello di Elio Gallo sul piano dell'interpretazione giurisprudenziale, quello di Capitone su quello dell'uso di un termine legislativo, ossia, appunto, *reus* all'interno di una norma decemvirale.

Le nozioni di *stipulator* e di *promissor* paiono quindi collegate a quelle più generali di debitore e creditore, in tanto in quanto si riferiscono alle posizioni corrispettive dello specifico negozio giuridico e, conseguentemente, alla posizione processuale tenuta dagli stessi; assumono un senso più stringente in relazione alle peculiarità proprie della *stipulatio* come *obligatio verbis contracta*, ragion per cui, ad esempio, correlata alla necessaria unità di tempo e luogo, vi era la necessità dell'unitarietà dei soggetti. Al di là delle ammesse ipotesi di solidarietà, quindi, non era possibile né concepire una *stipulatio* in cui una delle parti fosse indeterminata, né stipulare per persona da nominare, né stipulare con l'intermediazione di un *nuntius* o di un rappresentante, né stipulare in favore di una terza persona.

III. *Segue. Il contenuto oggettivo dell'obligatio*

La questione del contenuto oggettivo dell'obbligazione presenta una serie di problemi e di aspetti che si ricollegano direttamente ai soggetti del rapporto obbligatorio; in particolare, quando si parla di oggetto dell'obbligazione, e quindi di prestazione, si affronta in sostanza la questione del collegamento tra la prestazione e i soggetti del rapporto obbligatorio, che si risolve inoltre nella connessione tra i soggetti tra i quali si attua il rapporto obbligatorio e quelli tra i quali è intercorso l'atto costitutivo dell'obbligazione. È in questo senso, infatti, che rileva in via principale quello che si vedrà essere il problema del *contrahere*, ovvero *stipulare*, nei confronti e a favore dei terzi; è un problema, quest'ultimo, che attiene alla prestazione e alla struttura costitutiva dell'obbligazione. I tratti

caratterizzanti la prestazione, infatti, sono essenzialmente la personalità, la patrimonialità, la determinazione o determinabilità, la possibilità e la liceità. Ai fini del nostro discorso, gli aspetti che presentano il maggiore interesse sono appunto quello della personalità della prestazione e quello della patrimonialità.

La prestazione intesa come dovere di comportamento del debitore è un elemento essenziale dell'*obligatio* di epoca classica e tardo-imperiale, ma di fatto non caratterizza le forme arcaiche di obbligazione; la ragione è chiaramente emersa dall'analisi delle forme primigenie di garanzia. In queste ipotesi, infatti, da un lato il "creditore" non si attendeva il comportamento del soggetto che si assumeva la responsabilità ma piuttosto quello di un soggetto terzo, oppure attendeva il verificarsi di un fatto oggettivo e, dall'altro, a fronte della natura personale e non patrimoniale della responsabilità in questione, parallelamente l'aspettativa del creditore non aveva natura patrimoniale. Soltanto a seguito del processo, delineato nel precedente capitolo, di spersonalizzazione e patrimonializzazione del vincolo obbligatorio e della progressiva identificazione della figura del responsabile con quella dell'obbligato, che diviene il soggetto legittimamente legato all'eventuale inadempimento, soltanto a seguito di ciò, si diceva, la prestazione assume un ruolo centrale nella struttura e nella formazione dell'*obligatio*, in quanto finalmente, in negativo, individua il soggetto obbligato e quello responsabile come un'unica persona. È per questo, infatti, che assume rilievo nella definizione di *obligatio* il contenuto della prestazione, a cui ci si riferisce genericamente in I. 3.13 pr. come *solvere aliquam rem*, che in altre fonti assume il più specifico aspetto di *dare, facere e praestare*; le classificazioni che i giuristi romani ci hanno lasciato delle differenti prestazioni sono redatte sulla base dell'oggetto dell'*oportere*. Tale tripartizione, relativamente alle obbligazioni, è riportata da

Paolo, 2 *Institutionum*, D. 44.7.3 pr.: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*⁵³.

⁵³ La stessa tripartizione trova corrispondenza, per quanto riferita all'*actio in personam*, in Gaio, 4.2: *In personam actio est, qua agimus, quotiens <litigamus> cum aliquo, qui nobis vel ex*

È un passo, questo, già visto in precedenza in merito al concetto di obbligazione e qui si rimanda alle considerazioni *ut supra* formulate⁵⁴; in generale, tutte queste tripartizioni aprono alla questione dell'identificazione delle prestazioni⁵⁵.

Mentre la prestazione di *dare*, intesa come trasmissione della proprietà o costituzione di un altro diritto reale, eventualmente accompagnata da obblighi accessori collegati alla concreta messa a disposizione della cosa, e la prestazione di *facere*, che, come categoria generica, è opposta a quella di *dare* e in quanto tale ricomprende tutto quello che in questa categoria non rientra, compreso il *non facere* e le restituzioni⁵⁶, possiedono una loro individualità e trovano una loro chiara collocazione nella tripartizione, l'obbligazione di *praestare* si presenta come ben più complessa. Da un lato, infatti, la ricostruzione etimologica di *praestare* come *prae – stare*⁵⁷ rappresenta la miglior individuazione del contenuto

contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus dare facere praestare oportere. Gli obblighi di *dare*, *facere* e *praestare* sono considerati congiuntamente anche in Paolo, 2 *ad legem Iuliam et Papiam*, D. 38.1.37 pr: *Qui libertinus duos pluresve a se genitos natusve in sua potestate habebit praeter eum, qui artem ludicram fecerit quive operas suas ut cum bestiis pugnaret locaverit: ne quis eorum operas doni muneris aliudve quicquam libertatis causa patrono patronae liberisve eorum, de quibus iuraverit vel promiserit obligatusve erit, dare facere praestare debeto.* La tripartizione trova riferimento anche nelle *Tabulae Irnitanae*, 79, l. 50; alla tripartizione si aggiunge anche il *restituere* nella *lex de Gallia Cisalpina*, 22.1.31. M. Talamanca, v. *Obbligazioni (dir. rom.)* cit., p. 30, esclude che si possa dare carattere sistematico a tale tripartizione; R. Cardilli, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II a. C. - II d. C.)*, Milano, 1995, fa risalire al complesso delle fonti citate, stante l'indipendenza delle tradizioni, un'omogenea nozione del *praestare* come oggetto dell'obbligazione.

⁵⁴ Cfr. parte prima, capitolo primo, pp. 20 e ss. del presente elaborato.

⁵⁵ Tripartizione, questa, che perde di significato successivamente, stante la scomparsa del termine *praestare* già ad opera degli *antecessores bizantini* che realizzarono la compilazione giustiniana: tanto I. 4.6.1 quanto *Paraph. Inst.* 4.6.1, corrispondenti a Gaio 4.2 ricordato nella nota precedente, fanno riferimento alle sole prestazioni di *dare* e *facere*. Cfr. in questo senso R. Cardilli, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano* cit., p. 2.

⁵⁶ Cfr. G. Grosso, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino³, 1966, p. 28. Secondo Papiniano, 27 *Quaestionum*, D. 50. 16. 218: *Verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur dandi, solvendi, numerandi, iudicandi, ambulandi.*

⁵⁷ Per tale ricostruzione si rimanda alle considerazioni svolte da R. Cardilli, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano* cit., pp. 109 – 188.

dell'obbligazione primitiva, concentrata come si è visto sull'assunzione di garanzia; dall'altro lato, è pur vero che dell'obbligazione di *praestare* manca, a partire dall'età tardo-repubblicana, “una precisa tecnicità nell'ambito delle concettualizzazioni attinenti alla prestazione”⁵⁸. Per quanto attiene poi all'uso nelle fonti del verbo *praestare* in collegamento con l'*obligatio*, la variazione del significato dipende dalle locuzioni in cui il verbo è contenuto; esso farà riferimento non tanto al contenuto dell'obbligazione, al pari di *dare* e *facere*, quanto piuttosto al criterio di determinazione della responsabilità qualora compaia in locuzioni come *praestare dolum, culpam* e *custodiam*. In questo caso il significato di *praestare* è collegato al tipo di responsabilità di cui il debitore inadempiente deve rispondere; tale collegamento con il concetto di responsabilità rimanda direttamente all'etimologia sopra ricordata di *praestare* come *prae – stare*, vale a dire di assunzione della responsabilità. Si è inoltre sostenuto come, anche nei casi in cui *praestare* si riferisca direttamente al contenuto dell'obbligazione, vi sia in verità comunque la presenza di un aspetto riconducibile all'assunzione di garanzia⁵⁹; in questo senso si pronunciò Ulpiano:

Ulpiano, 42 *ad Sabinum*, D. 21. 2. 31: *Si ita quis stipulanti spondeat “sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse” et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. sed ego puto verius hanc stipulationem “furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse” utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. sed et si cui horum fuerit adiectum “praestari”, multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit.*

Si tratta del caso di una stipulazione relativa alla presenza o all'assenza di certe qualità intrinseche nello schiavo oggetto di una compravendita (Ulpiano accenna a tre possibili peculiarità: la salute, la tendenza al furto o quella a saccheggiare le tombe per spogliare i morti dei loro abiti: *vispelliones*). Secondo alcuni (*quibusdam videtur*), promettere l'esistenza di qualità o l'assenza di certi vizi nello schiavo sarebbe stato inutile, in quanto, anche in presenza di difetti, la stipulazione non sarebbe stata valida stante l'impossibilità di quanto promesso; se

⁵⁸Le parole sono quelle di M. Talamanca, v. *Obbligazioni (dir. rom.)* cit., p. 30.

⁵⁹Il riferimento è qui a M. Talamanca, v. *Obbligazioni (dir. rom.)* cit., p. 30, nota 200.

invece l'oggetto del contratto fosse stato privo di vizi, la stipulazione sarebbe stata vana.

Ulpiano critica l'opinione espressa da tali giuristi⁶⁰, ritenendo invece “più vero” (*ego puto verius*) che tali promesse fossero utili, in quanto il loro contenuto coinciderebbe con il *quid interest* a che tali caratteristiche sussistano oppure no nell'oggetto della compravendita. In aggiunta, la validità della soluzione sarebbe rafforzata dall'utilizzo del verbo *praestare*; in caso contrario la stipulazione proposta dagli edili sarebbe da considerarsi inutile, ma evidentemente nessuna persona sana di mente potrebbe approvare una tale assurda conclusione.

Il passo deve essere considerato nel contesto del più generico problema della nullità della stipulazione nel caso di impossibilità della stessa⁶¹; probabilmente, ed è teoria di Talamanca⁶², le connessioni originarie del passo sono inattingibili quanto ai dettagli (del resto lo stesso riferimento ai *quidam* appare privo di contorni precisi che non vadano oltre la mera ipotesi). Tuttavia il passo sarebbe interessante in quanto la discussione emersa sulla *conceptio verborum* attesterebbe chiaramente il passaggio da una fase in cui la *stipulatio* non veniva considerata dal punto di vista della prestazione, ad una successiva in cui l'obbligazione contrattuale era intesa soltanto dal punto di vista della promessa e dell'assunzione dell'obbligo di esecuzione di una prestazione. Sarebbe questa la posizione che permetterebbe ai *quidam* di dubitare della validità della stipulazione in base appunto al criterio dell'*impossibilium nulla obligatio*, senza invece negare validità alla *stipulatio* del tipo *sanum esse e furem non esse*, giudicando l'una e l'altra come conclusa *frustra*. Lo stesso Ulpiano non si discosterebbe da tale posizione, limitandosi a consigliare di aggiungere alla *conceptio verborum* il verbo *praestare*, comunque sempre implicitamente inteso. È l'aggiunta del

⁶⁰ Sulla ricostruzione di chi siano i *quidam* in questione si rimanda a R. Cardilli, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano* cit., pp. 136 – 137 e nota 78.

⁶¹ È quanto viene genericamente sostenuto con il rilievo del collegamento palinogenetico con Ulpiano, 42 *ad Sabinum*, D. 50. 17. 31: *Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere: quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendere, ut utilem actionem aut factum efficere possit*. Cfr. O. Lenel, *Palinogenesia Iuris Civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora*, Graz, 1960, II, col. 1170, n. 2286.

⁶² Cfr. M. Talamanca, v. *Obbligazioni (dir. rom.)* cit., p. 26, nota 176.

praestare a connotare di tecnicità il contenuto del verbo stesso; anche Ulpiano lo fa ricollegando l'utilizzo del verbo nel caso in questione a quello fatto proprio dagli edili.

Il significato tecnico del termine *praestare*, distinto da quello genericamente ricavabile in altre fonti⁶³, assume in queste fonti carattere specifico e distinto da quello di *facere* e *dare* e non tanto viene a coincidere con la semplice esecuzione di una prestazione, ma giunge piuttosto a comprendere al suo interno anche il significato di “*garantire il creditore con la propria rispondenza che accadrà tutto ciò che serve ad assicurare al creditore la propria soddisfazione*”⁶⁴; alla prestazione materiale (vale a dire l'assunzione del dovere di realizzare direttamente un'attività o procurarne il risultato) si aggiunge l'assunzione di garanzia (vale a dire l'assunzione di responsabilità). Ciò che si promette, si badi bene, è non il risarcimento del danno al compratore in caso di assenza della qualità garantita o esistenza del vizio, ma proprio la loro esistenza o assenza: non bisogna confondere il profilo risarcitorio (conseguente all'inadempimento) con il contenuto dell'obbligazione⁶⁵. Se l'impegno non sarà adempiuto, allora il venditore risponderà facendosi carico delle conseguenze patite dal compratore⁶⁶.

In questo passo *praestare* qualifica il contenuto della prestazione, rendendo valida la prestazione anche se non tecnicamente il termine, poiché la prestazione nel caso avrebbe potuto essere anche ricondotta ad un *facere*, ed in quanto tale sarebbe stata fatta valere in giudizio con un *actio incerti* al *quidquid dare facere oportet*. La non tecnicità dell'obbligazione di *praestare* si può giustificare anche in base alla considerazione che, a differenza di *dare* e *facere*, *praestare* non trovava alcun riferimento nelle *intentiones* delle *actiones civiles in personam* ma era termine solo formulare e forse solo nelle *actiones familiae erciscundae* e *communi dividundo*, in cui *praestare* aveva comunque un

⁶³ Sui quali cfr. C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, pp. 121 – 125.

⁶⁴ Cfr. C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità*, cit., pp. 130.

⁶⁵ Cfr. R. Cardilli, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano* cit., p. 139 – 140.

⁶⁶ Cfr. sul punto Ulpiano, 70 *ad edictum*, D. 50. 16. 71. 1: *Haec verba "his rebus recte praestari" hoc significant, ne quid periculum vel damnum ex ea re stipulator sentiret.*

significato del tutto generico⁶⁷.

Come emerge dalle considerazioni finora svolte, la tipologia della prestazione, corrisponda essa ad un *dare*, ad un *facere* ovvero ad un *praestare*, ha un rilievo di non poco conto in relazione all'azione esperibile contro la parte inadempiente; genericamente, mentre la prestazione di *dare* presentava un contenuto certo e determinato, e pertanto dava origine ad un'azione con *intentio certa*, nella prestazione di *facere* la pretesa dell'attore non era determinata specificamente nel contenuto, in quanto sostanzialmente coincidente con un comportamento da tenersi da parte del debitore, originando quindi un'azione dall'*intentio incerta*. Di notevole importanza sul punto è però il rilievo di Talamanca secondo cui la contrapposizione tra *dare* e *facere* non corrispondeva esattamente a quella tra *certum* ed *incertum*; il problema riguardava precisamente la prestazione di *dare*, che avrebbe potuto anche dare origine ad un *incertum*, qualora la prestazione non fosse determinata sin dall'origine. Si trattava del caso delle obbligazioni generiche e di quelle alternative a scelta del debitore. Va da sé che questo problema atteneva al sistema processuale delle *legis actiones* del *ius civile*; il problema invece non si presentava in relazione alle *actiones honorariae* e nei *iudicia bonae fidei*, in quanto nel primo caso il mezzo processuale aveva struttura differente, mentre nel secondo l'*intentio* era sempre *incerta*, vale a dire al *quidquid dare facere oportet ex fide bona*⁶⁸.

Tali considerazioni si ripropongono anche in tema di *stipulatio*:

Paolo, 12 *ad Sabinum*, D. 45.1.2 pr: *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt*⁶⁹.

La *stipulatio* poteva avere ad oggetto anche un *praestare*, sulla quale si

⁶⁷ Cfr. M. Talamanca, v. *Obbligazioni (dir. rom)*, cit., p. 30, nota 200.

⁶⁸ Cfr. M. Talamanca, v. *Obbligazioni (dir. rom.)* cit., p. 31, nota 202.

⁶⁹Cfr. anche I. 3.15.7: *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit. itaque si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adici poena debet: 'si ita factum non erit, tum poenae nomine decem aureos dare spondes?' sed si quaedam fieri, quaedam non fieri una eademque conceptione stipuletur, clausula erit huiusmodi adicienda: 'si adversus ea factum erit sive quid ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes?'*.

rimanda alle considerazioni *ut supra* svolte. Permaneva, sempre con riguardo al contenuto della prestazione, la distinzione tra *stipulationes certae* e *stipulationes incertae*⁷⁰. La distinzione ha evidentemente un riflesso sul piano processuale, ricollegandosi alla distinzione tra azione dall'*intentio certa* ovvero *incerta*, ma anche sul piano sostanziale, poiché la differenza incideva sull'interpretazione e l'esecuzione della *stipulatio*. Per *stipulatio certa* s'intendeva quella in cui dalle stesse parole pronunciate risultava chiaro il *quid*, il *quale* e il *quantum*; la *stipulatio incerta*, invece, era quella in cui dalle parole non risultano né il *quid*, né il *quale*, né il *quantum*. Se per la riconducibilità delle prestazioni di *dare* e *facere* al concetto di stipulazione certa o incerta si rimanda a quanto detto sopra in generale in tema di obbligazione, in tema particolare di *stipulatio* rileva la fattispecie della *stipulatio* alternativa, avente ad oggetto cosa certe e determinate; sul punto

Ulpiano, 22 *Ad edictum*, D. 45. 1. 75. 8: *Qui illud aut illud stipulatur, veluti "decem vel hominem Stichum", utrum certum an incertum deducat in obligationem, non immerito quaeritur: nam et res certae designantur et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. Sed utcumque is, qui sibi electionem constituit adiectis his verbis "utrum ego velim", potest videri certum stipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere: qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur.*

Nell'ipotesi in cui la scelta tra l'una e l'altra prestazione spettasse al debitore, la *stipulatio* era considerata come incerta; se la scelta spettava invece al creditore, la *stipulatio* era considerata certa, poiché il creditore, non essendo vincolato dall'attesa della scelta del debitore, avrebbe potuto agire per la prestazione da lui stesso scelta, che per lui era chiaramente certa. In quest'ultimo caso lo *stipulator* godeva, nei confronti del *promissor*, di un'*actio certi*, diretta ad ottenere la condanna al valore della *res certa*, da identificare nell'*actio certae creditae pecuniae* che, pur sorta per il recupero di un *datum*, venne a ricoprire anche la funzione di *actio ex stipulatu certi* per la sostanziale identità del *petitum*

⁷⁰Si veda Gaio, 8 *ad edictum provinciale*, D. 45. 1. 74: *Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum*; ed Ulpiano, 22 *ad edictum*, D. 45. 1. 75 pr: *Ubi autem non apparet, quid quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est.*

nelle due azioni⁷¹. Nel caso di *stipulatio incerta*, invece, l'attore avrebbe goduto di un'*actio ex stipulatu incerti*, diretta alla condanna al valore dell'interesse economico implicato nella prestazione⁷².

Dal punto di vista del *promissor*, essendo la *stipulatio* un negozio astratto, il promittente era sprovvisto di un valido strumento per potersi sottrarre all'*actio ex stipulatu*. Nel momento in cui assunse maggior valore la *conventio* sottostante la *stipulatio*, il pretore concesse un'*exceptio doli* ovvero un'*exceptio pacti* al promittente, allo scopo di congelare un esercizio iniquo dell'*actio* da parte dell'attore.

IV. *Segue. La patrimonialità della prestazione*

Una caratteristica della prestazione oggettivamente considerata, importante ai fini del presente discorso, è senza dubbio il carattere patrimoniale della stessa, ove “patrimoniale” indica la necessità che la prestazione sia suscettibile di una valutazione in denaro, ma non necessariamente che l'interesse a monte del creditore sia di natura patrimoniale. Anche in questo caso è utile soffermarsi sulle differenze tra l'obbligazione così come strutturata in età classica e quella arcaica e considerare inoltre il rapporto di entrambe con il momento esecutivo: l'obbligazione arcaica in teoria permetteva l'assunzione della garanzia per

⁷¹ In questo senso si pronuncia plausibilmente B. Schmidlin, *Il consensualismo contrattuale tra nomina contractus e bonae fidei iudicia*, in L. Vacca (cur.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, Padova, 2008, p. 107, nt. 14, sulla base di quanto afferma Gaio, 4. 33, *sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullam adiungimus conditionis fictionem; itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere*. La formula dell'*actio ex stipulatu certi* è pertanto quella ricordata da Gaio 4. 50: *Certae pecuniae velut in ea formula, qua certam pecuniam petimus; nam illic ina parte formulae ita est: IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE*.

⁷² La formula dell'*actio ex stipulatu incerti* è quella ricordata da Gaio 4. 136: *si cum ipso agamus, qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo: IUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, CUIUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET ET RELIQUA*. Cfr. D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, n. 25, p. 50.

aspettative del creditore che potevano non essere necessariamente patrimoniali, a fronte di una tutela esecutiva dal carattere non necessariamente patrimoniale quale la *manus iniectio* che, concernendo la figura del debitore, poteva coordinarsi anche con aspettative creditorie di natura non patrimoniale⁷³. L'obbligazione classica, invece, legata indissolubilmente alla struttura del processo di cognizione ed esecuzione, non rendeva possibile tale spatrimonializzazione: il carattere patrimoniale dell'esecuzione ed il sistema di sostituzione del garante rendevano impossibile l'assunzione di garanzia per aspettative del creditore nei confronti di eventi non valutabili patrimonialmente.

A prescindere da ciò, la questione del carattere patrimoniale dell'obbligazione si manifesta in modo vario nelle fonti e subisce una serie di rimodellamenti ad opera dei giuristi, che possono essere ricondotti in sostanza al diverso delinearci della tutela giudiziale del cosiddetto "diritto del creditore alla prestazione". Originariamente, il contenuto della prestazione oggettivamente considerato doveva essere di tipo patrimoniale, ai fini della valutabilità in denaro richiesta dalla *condemnatio pecuniaria* a cui l'*actio* legata all'*obligatio* era rivolta. In questa ipotesi, l'eventuale interesse di natura differente in capo al creditore non rilevava, in quanto preminente era solo la patrimonialità della prestazione dedotta in sé considerata; se si pensa alle prestazioni *in dando* e al *quanti ea res est o erit* o *fuit*, bisogna ritenere che, almeno in origine, tale patrimonialità dovesse essere intesa nel senso di "semplice valore corrente della cosa". In seguito, parallelamente all'introduzione di nuovi mezzi di tutela processuale, la patrimonialità della prestazione venne valutata in relazione all'*id quod interest*, in virtù del quale l'obbligazione non sorgeva qualora mancasse l'interesse del creditore, pur avendo la prestazione un valore economico oggettivo. È un aspetto, quello dell'*id quod interest*, che si riscontra anche in relazione all'ammissione di stipulazioni in favore di terzi; in realtà il problema della imprescindibile patrimonialità della prestazione non ebbe una caratterizzazione generale, stante la pluralità di fonti e la varietà della casistica generale, ragion per cui si può ragionare sulla questione della natura della prestazione sulla base di una casistica piuttosto varia, quale ad esempio quella contenuta in

⁷³ Cfr. M. Talamanca, v. *Obbligazioni (dir. rom.)* cit., p. 28 e nota 182.

Ulpiano, 28 *ad Sabinum*, D. 40.7.9.2: *Illud tractatum est, an liberatio contingat ei qui noxae dederit statuliberum. et Octavenus putabat liberari: et idem dicebat et si ex stipulatu Stichum deberet eumque statuliberum solvisset: nam et si ante solutionem ad libertatem pervenisset, extingueretur obligatio tota: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt, libertas autem pecunia lui non potest nec reparari potest. quae sententia mihi videtur vera.*

Nel testo in questione, Ulpiano cita un responso di Ottaviano diretto a dare soluzione alla questione della liberazione o meno del debitore tenuto al trasferimento di uno schiavo. Ottaviano aveva considerato tre diverse possibili situazioni: la prima riguardava l'ipotesi di un padrone di uno *statuliber* che avesse compiuto un atto illecito. Il padrone, essendo stato chiamato in giudizio con l'azione nossale, lo aveva ceduto a noxa: il giurista aveva affermato che la liberazione del padrone convenuto aveva avuto luogo.

Analoga soluzione, a parere di Ottaviano, interveniva nella seconda ipotesi considerata, nella quale l'obbligato *ex stipulatu* a cedere uno schiavo adempisse la sua obbligazione trasferendolo dopo la sua liberazione non solenne. In queste due ipotesi, dunque, la liberazione del debitore poteva considerarsi compiuta in virtù dell'adempimento.

Anche nel terzo caso, Ottaviano riteneva che il debitore fosse liberato, ma per una causa diversa: si trattava del caso del debitore che, dopo aver promesso che avrebbe trasferito uno schiavo, lo avesse liberato in forma solenne (*ad libertatem pervenisset*). In questa ipotesi, aveva affermato il giurista, la liberazione del debitore sarebbe intervenuta a causa dell'estinzione dell'obbligazione, evidentemente per impossibilità sopravvenuta della prestazione, in quanto l'oggetto della stessa non è più valutabile pecuniariamente. Infatti, oggetto dell'obbligazione possono essere solo cose da corrispondere e pagate con una somma di denaro, mentre la libertà non può essere né pagata né compensata con il denaro.

In questo senso, quindi, la patrimonialità della prestazione è da considerarsi elemento fondamentale dell'obbligazione. Anche se qui l'affermazione *ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt* deve essere, ovviamente, contestualizzata rispetto alla figura dello *statuliber* ed alla questione della valutazione patrimoniale della *libertas*, e quindi non può essere estrapolata

dal contesto per trasformarla in regola generale, è pur vero comunque che attesta l'esistenza tra i *prudentes* quantomeno di un'idea molto forte di patrimonialità dell'oggetto dell'obbligazione.

4. *Brevi considerazioni conclusive*

Rispetto a quanto appena detto in tema di obbligazioni in generale, e di *stipulatio* in particolare, è possibile svolgere alcune brevi riflessioni utili al prosieguo della presente ricerca.

La ricostruzione del sistema generale di classificazione delle obbligazioni da atto lecito, e in particolare delle *obligationes verbis contractae*, in relazione alle nozioni generali di *contractus* e *stipulatio*, ha posto in rilievo alcune delle caratteristiche - sia strutturali sia formali - che accomunano tali istituti. Da un punto di vista strutturale si trattava di forme negoziali "neutre", nel senso che presentavano una spiccata idoneità al più disparato utilizzo: potevano, quindi, avere ad oggetto qualsiasi tipo di prestazione, purché essa consistesse in un *dare*, in un *facere* oppure in un *praestare*. Non esistevano limiti in questo senso alle prestazioni deducibili in un *contractus* o in una *stipulatio*, purché se ne rispettassero i limiti formali; questi consistevano essenzialmente in una rigida struttura basata sul rapporto tra quelli che oggi definiamo "creditore" e "debitore" (e che nella loro generica definizione di titolare di una pretesa creditoria e obbligato alla medesima pretesa corrispondono alle nozioni di *creditor* e *debitor*) a cui, relativamente alla *stipulatio* (ma prima ancora alla *sponsio*), si aggiungeva la necessità della pronuncia dei *certa verba*, di quel formulario avente valore costitutivo da cui dipendevano la validità e gli effetti del negozio stesso.

A prescindere dalle ipotesi di pluralità di creditori e debitori, che di per sé nulla importava rispetto al classico operare del negozio obbligatorio poiché incideva esclusivamente sulla disciplina poi di ripartizione del credito o del debito, non era ammissibile che soggetti estranei al vincolo, comunque costituito, intervenissero nel rapporto obbligatorio come titolari di pretese senza aver preso parte alla sua costituzione; se questo era evidente maggiormente per la *stipulatio*, in virtù appunto della sua natura di *conceptio verborum* che veniva posta in essere con la pronuncia dei *certa verba*, ciò non era meno evidente in generale per ogni

forma di obbligazione, in quanto basata su quel *vinculum iuris* che legava i soggetti che avevano preso parte alla sua costituzione e solo loro.

Ciò trovava conferma inoltre nelle azioni a tutela di tali pretese; queste erano costruite sulla base della prestazione dedotta ed erano quindi inequivocabilmente legate ai soggetti che quella prestazione si assumevano o chiedevano; è questo un punto fondamentale del discorso in oggetto, in quanto non era ammissibile che la tutela giudiziaria di un diritto fosse scollegata del tutto dal rapporto sostanziale sottostante. È una caratteristica, questa, che attiene ad ogni tipo di negozio giuridico obbligatorio e che in linea teorica non trovava eccezioni; le massime a cui si è fatto riferimento in precedenza, quali *alteri stipulari nemo potest* o *nemo factum alienum promittendo obligatur*, trovavano ragion d'essere anche in relazione a questioni di tipo processuale.

Soprattutto per quanto riguarda il divieto di stipulare in favore di un soggetto terzo, si vedrà a breve come tale divieto sortisse delle eccezioni, dovute in gran parte a necessità che si presentarono nella vita quotidiana; al sovvertimento della regola corrispose una puntuale tutela sul piano processuale che permise di riconoscere per la prima volta un ruolo all'*alter*, ovvero a quel soggetto che non corrispondeva alla parte negoziale propriamente intesa e che oggi s'identifica con il concetto di "terzo" rispetto al contratto.

CAPITOLO TERZO

RILIEVO TEORICO E PRATICO DEL SOGGETTO TERZO RISPETTO AL CONTRATTO IN DIRITTO ROMANO: DAL CONTRATTO IN FAVORE DI TERZO PROPRIO ALLE ULTERIORI FORME DI TUTELA EVENTUALMENTE PREVISTE

1. *Premessa generale*

Alla luce delle considerazioni svolte nel capitolo precedente, è emerso come, nell'ambito delle obbligazioni *ex contractu*, le *obligationes verbis contractae* in generale, e la *stipulatio* in particolare, rappresentino dei negozi dalle caratteristiche peculiari. Nello specifico si è visto come i contratti non possano avere efficacia se non per le parti contraenti, escludendo così generalmente il rilievo di qualsiasi soggetto terzo rispetto a tale rapporto biunivoco; è una regola, questa, desumibile dalla disciplina generale in tema di contratti ma altresì chiaramente espressa dai giuristi e riassunta nel celebre brocardo *alteri stipulari nemo potest*. Il divieto di stipulare *alteri* può essere ricondotto sia ad un divieto di stipulare a carico di un soggetto terzo (la cosiddetta *stipulatio in alterum*)¹, sia ad un divieto di stipulare a favore di un soggetto terzo (la cosiddetta *stipulatio alteri* propriamente intesa): il primo riguarda l'ipotesi in cui la *stipulatio* sia stata posta in essere al fine di rendere debitore un terzo, e trova espressione nella regola generale secondo cui nessuno può obbligarsi promettendo la prestazione altrui, pena la nullità della stipulazione stessa, mentre il secondo divieto riguarda l'ipotesi secondo cui, stipulando in favore di un terzo, lo si volesse rendere creditore.

Se in termini moderni giustificheremmo il divieto di obbligarsi per un terzo in relazione alla inopportunità di stabilire a carico di qualcuno un debito o un onere in generale di cui egli stesso non si sia assunto la responsabilità, in diritto romano il principio trovava giustificazione su un piano differente. La regola genericamente espressa da Ulpiano nel suo commento a Sabino,

¹ Si fa qui riferimento alla terminologia adottata da P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 2004, pp. 367 – 368 e da A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit., p. 837.

Ulpiano, 49 *ad Sabinum*, D. 45. 1. 38 pr - 2: *Stipulatio ista: "Habere licere spondes?" hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. Quae res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. Sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat. 1. Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum. 2. At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores²*

era confermata da Paolo in un testo del suo commento all'editto:

Paolo, 72 *ad edictum*, D. 45. 1. 83 pr: *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. Et qui spondet "dolum malum abesse afuturumque esse", non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolus malus absit: idemque in illis stipulationibus "habere licere" item "neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat".*

Il commento di Ulpiano al testo di Sabino è incentrato sulla fattispecie della *stipulatio habere licere*³, la quale aveva lo scopo di garantire il compratore dai vizi dell'evizione; Sabino, la cui opinione è riportata all'inizio del testo, sosteneva che la promessa oggetto della stipulazione coprisse tutti gli attacchi nei confronti

² La regola trova conferma anche in Ermogeniano, 6 *iuris epitomarum*, D. 46.1.65: *Sicut reus principalis non alias, quam si de sua persona promittat, obligatur, ita fideiussores non alias tenentur, quam si se quid datorios vel facturos promittant: nam reum principalem daturum vel facturum aliquid frustra promittunt, quia factum alienum inutiliter promittitur*; in virtù del quale, stante l'inutilità della stipulazione principale nell'ipotesi in cui il debitore non prometta che per se stesso, così anche la fideiussione, se il fideiussore non promette esso stesso di dare o fare qualcosa, sarà *frustra*, vana, poiché non può promettere che sia il debitore principale a dare o fare, poiché appunto *factum alienum inutiliter promittitur*.

³ Cfr. sulla *stipulatio habere licere* da ultimi T. della Massara, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, 2, Padova, 2007, pp. 288 e ss e T. Finkenauer, *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010, pp. 52 – 62.

della cosa oggetto della vendita, sia che questi provenissero dal venditore, sia che questi provenissero da terzi. Ulpiano, invece, sosteneva che la promessa coprisse solo gli attacchi provenienti dal venditore – promittente e al limite dai suoi successori a titolo universale, in quanto la stipulazione avente ad oggetto il fatto del terzo era nulla, poiché per mezzo della stipulazione il promittente poteva obbligare solo se stesso e, al limite, i propri eredi, non potendo invece vincolare altri soggetti estranei a tale promessa in virtù proprio del principio *nemo factum alienum promittere potest*, secondo cui non è possibile contrarre a carico di un terzo⁴. Era però possibile rendere valida la promessa di un comportamento altrui accompagnando la stipulazione in oggetto ad una stipulazione penale del tipo *poenam vel quanti ea res*, conformemente a quanto si legge nel § 2 del testo ulpiano.

Nel secondo testo riportato, ossia il testo di Paolo, la promessa in forma di *stipulatio* relativa all'*habere licere* trova diversa impostazione, essendo concepita come assunzione di un obbligo di fare si che l'evizione non si verifichi; in questo modo l'obbligazione ne risulterebbe personalizzata divenendo un'obbligazione di mezzi e non di risultato⁵. Ora, ai fini del presente discorso, quello che interessa maggiormente porre in rilievo rispetto al testo in questione è che l'obbligazione di garanzia dall'evizione, nella formulazione riportata da Paolo, vale a dire in qualità di promessa che non vi sia ora o in futuro dolo, è sottesa alla medesima limitazione a cui era sottesa la stipulazione relativa all'*habere licere* come formulata in Ulpiano, vale a dire che essa poteva obbligare solo il promittente e non un soggetto terzo, stante la regola secondo cui, appunto, *nemo factum alieno promittere potest*⁶. Il divieto di *stipulatio in alterum* trovava giustificazione,

⁴ Cfr. T. della Massara, *Garanzia per evizione*, cit., p. 290 e ntt. 43 – 46 ed altresì M. Kaser, *Die Stipulationsklausel "quanti ea res erit"*, in ZSS, 90, 1973, p. 192. In particolare, la prospettiva sulla vincolabilità dell'erede rispetto alla stipulazione conclusa da suo dante causa subisce un'evoluzione di pensiero che condusse all'elaborazione del principio secondo il quale *inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem* di cui a Gaio 3.100 e sul quale si tornerà in seguito nel presente capitolo.

⁵ Cfr. T. della Massara, *Garanzia per evizione*, cit., p. 292 - 293.

⁶ Si tenga infine presente che il divieto secondo cui *nemo factum alieno promittere potest* trova spazio altresì nelle Istituzioni di Giustiniano, con una formulazione più assertiva; cfr. I. 3.19.21: *Versa vice qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi poenam ipse*

allora, in ragioni diverse, si diceva, dalla mera inopportunità: la stipulazione a carico di un terzo, infatti, non rispettava il formalismo della corresponsione tra i soggetti che pronunciavano i *certa verba* e, conseguentemente, assumevano l'impegno obbligatorio con lo scambio *interrogatio – responsio*, ledendo in ultima istanza la bilateralità del negozio⁷.

Accanto al divieto di *stipulatio in alterum*, vigeva in diritto romano anche un più generale divieto di *stipulatio alteri*; si trattava, come si è detto, di un divieto di stipulare in favore di terzi, inteso però in un'accezione generale in virtù della quale ad essere vietati non erano solo i contratti in favore di terzo modernamente intesi, ma anche tutte le altre forme di conclusione di un contratto per una persona diversa da colui che avesse materialmente partecipato alla conclusione del contratto stesso, ivi compresa, quindi, anche la rappresentanza. Di ordine generale era infatti il principio che vietava l'acquisizione di un diritto per mezzo di un soggetto *extraneus*, vale a dire, sia esso libero o schiavo, diverso dai soggetti che avevano partecipato alla conclusione dell'atto e ne avrebbero subito gli effetti, come afferma Gaio:

Gaio, 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; tantum de possessione quaeritur, an <per procuratorem> nobis adquiratur*⁸.

Tale regola generale, in virtù della quale *per extraneam personam nobis adquiri non posse*, che ammetteva come unica eccezione l'acquisto per mezzo del

promiserit.

⁷ Cfr. I. 3.19.3: *Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quodsi effecturum se ut Titius daret spoponderit, obligatur.*

⁸ Sul passo di Gaio in questione si rimanda alla lettura dei contributi di F. Briguglio, «Gaio Ritrovato». *Le «pagine scomparse» nel Codice Veronese delle Institutiones*, in Atti del convegno «Gaio Ritrovato». *Le «pagine scomparse» nel Codice Veronese delle Institutiones* (Bologna, 20 giugno 2006), in *Minima epigraphica et papyrologica*, 10, 2007, pp. 142 - 190, e Id. «*Tantum de possessione quaeritur...*». Gai. 2, 95 e l'acquisto del possesso «per procuratorem». *Nuove indagini paleografiche sulla lacuna contenuta nel folium 86v del manoscritto veronese "Codex XV (13)"*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, Milano, 2007, pp.107 e ss.

procurator, ritenendosi oggi coerente e giustificata l'integrazione del testo gaiano con l'inciso <*per procuratorem*>⁹, deve essere necessariamente messo in rapporto con gli altri testi a noi noti che enunciano tale regola. Rilevano in questo senso

C. 4.27.1 Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. Marcello: pr. *Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse indubii iuris est. 1. Si igitur procurator non sibi, sed ei, cuius negotia administrabat, redintegratae rei vindicationem pactus est idque pactum etiam stipulatio insecuta est, nulla domino obligatio acquisita est. Servis autem res traditae dominis adquiruntur..* D. k. Iul. i. p. III et III AA. cons. (a. 290);

Pauli Sententiae 5, 2, 2: *Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. Sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur;*

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: excepto eo quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel per usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit;*

e, infine,

⁹ Sull'integrazione del testo gaiano con l'inciso <*per procuratorem*>, anche a seguito della rilettura delle *Institutiones* con nuovi strumenti diagnostici che hanno permesso l'individuazione di lettere altrimenti invisibili, si veda F. Briguglio, *Tantum de possessione quaeritur...* » cit., pp. 117 e ss. La scelta di integrare il testo con l'inciso <*per procuratorem*>, escludendo le ulteriori possibilità prospettate dalla dottrina, vale a dire <*per liberam personam*> e <*per extraneam personam*>, aiutata in parte dalla rilettura a cui si è appena fatto cenno, trova la propria più coerente giustificazione, secondo Briguglio, in base ad elementi e considerazioni di carattere sistematico-lessicale, riconducibili al raffronto tra il testo gaiano e i corrispettivi passi delle Istituzioni Giustinianee I. 2.9.5 e della Parafraresi di Teofilo, *Par. 2.9.5*, per la cui esegesi si rimanda alle puntuali osservazioni svolte dall'autore. È bene precisare comunque, che l'integrazione del testo gaiano con l'inciso <*per procuratorem*> era già considerata comunque preminente in dottrina; per un'ulteriore approfondimento sul punto, anche in senso storiografico, si rimanda, inoltre, a M. Miceli, *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*, I, Milano, 2008, pp. 266 – 270.

Par. 2. 9. 5: Ἐκ τῶν ἐφημένων οὖν φαίνεται, ὅτι δι' ἐλευθέρων προσώπων, ἅτινα οὐκ ἔστιν ἡμῖν ὑπεξούσια οὐδὲ bona fide δουλεύει ἡμῖν, ὁμοίως καὶ διὰ τῶν ἀλλοτρίων οἰκετῶν, ἐφ' οἷς οὐδὲ usufructon οὐδὲ bona fide ἔχομεν νομῆν, ἐξ οὐδεμίας αἰτίας προσπορίζεσθαι ἡμῖν τι δύναται καὶ τοῦτό ἐστι τὸ παρὰ πᾶσι λεγόμενον δι' ἐξωτικοῦ προσώπου μηδὲν προσπορίζεσθαι δύνασθαι ἐξηρημένου τοῦ λεχθησομένου θέματος. ἐὰν γὰρ πωλήσῃ τις ἐμοὶ κτῆσιν ἐν ἐτέρῳ διακειμένην τόπῳ, εἶτα οὐ δυναθεὶς τοῖς τόποις ἐκείνοις ἐπιστῆναι πέμψω τὸν ἐμὸν procurátora καὶ τὴν νομῆν οὗτος παραλάβῃ, τῶν κτημάτων προσπορισθήσεται μοι δι' αὐτοῦ ἢ νομῆ. Καὶ οὐ μόνον εἰ γνωσκόντων ἡμῶν τοῦτο συνέβη ἀλλὰ καὶ εἰ ἀγνοούντων ἐδόθη τι αὐτοῖς ἡμετέρῳ ὀνόματι, ἢ νομῆ ἡμῖν προσπορίζεται, ὡς βούλεται διάταξις Σεβήρου τοῦ βασιλέως.

Dal raffronto dei testi ricordati si può notare come la regola generale del divieto di acquisto *per extraneam personam*, così come enunciata nelle Istituzioni gaiane e, *de relato*, nelle *Pauli sententiae* (ove *extraneam personam* è reso con la perifrasi *liberas personas, quae in potestate nostra non sunt*, scelta terminologica che trova riscontro nella costituzione diocleziana C. 4.27.1 pr., in cui si fa riferimento all'acquisto *per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita*), è riprodotta in modo fedele nelle Istituzioni giustiniane; divergenze, seppur in un certo senso apparenti, si possono riscontrare nella scelta e nell'esposizione delle eccezioni ammesse a tale regola generale. Nelle Istituzioni giustiniane, infatti, rispetto ai testi di età precedente, le tipologie di eccezioni ammesse vengono individuate non solo nell'unico caso del *procurator*; l'utilizzo del generico concetto di *liberae personae*, da non confondere con l'uso, invece, del termine *liberam personam* come sinonimo di *extraneam personam*, in virtù di quello slittamento linguistico proprio dell'età diocleziana a cui si è fatto riferimento poco sopra, permette di ampliare lo spettro delle eccezioni ammissibili a casi ulteriori, rispetto ai quali il caso del *procurator* rappresenta solo uno degli esempi possibili di eccezione.

È interessante notare, infine, come il testo della *Parafrasi* di Teofilo si conformi all'antecedente gaiano non solo nell'espressione della regola generale, conosciuta appunto con il brocardo (il testo parla di καὶ τοῦτό ἐστι τὸ παρὰ πᾶσι λεγόμενον, che corrisponde, come correttamente traduce Ferrini, al *et hoc est, quod vulgo dicitur* del testo gaiano)¹⁰, ma anche nell'individuare l'eccezione

¹⁰ Tale corrispondenza della traduzione è riscontrata da F. Briguglio, *Tantum de possessione*

ammessa alla regola nel caso dell'acquisto del possesso per mezzo del *procurator*, seppur non facendone aperta dichiarazione, ma introducendo piuttosto l'esempio in modo da chiarire il tenore stesso della regola per mezzo dell'eccezione. È interessante infatti notare, anche in ordine alla corretta integrazione di Gai. 2.95, come quella del *procurator* fosse l'unica eccezione ammessa alla regola del divieto di acquisto per *extraneam personam*, probabilmente così introdotta da Teofilo per aver consultato direttamente le istituzioni gaiane senza la mediazione, quindi, di quelle giustiniane¹¹.

È interessante notare, e lo si fa qui *in limine*, che la regola generale secondo cui *per extraneam* (o *liberam*) *personam adquiri non potest*, vietando *in primis* la rappresentanza diretta, talvolta si trova utilizzata nelle fonti allo scopo di vietare al terzo beneficiario la concessione di un'azione diretta; si tratta, ad esempio, del caso riportato in

Paolo, 3 *ad edictum*, D. 2.14.27.1: *Si cum reo ad certum tempus pactio facta sit, ultra neque reo neque fideiussori prodest. Quod si sine persona sua reus pepigerit, ne a fideiussore petatur, nihil id prodesse fideiussori quidam putant, quamquam id rei intersit: quia ea demum competere ei debeat exceptio, quae et reo. Ego didici prodesse fideiussori exceptionem: non sic enim illi per liberam personam adquiri, quam ipsi, qui pactus sit, consuli videmur: quo iure utimur.*

Nel caso in esame, che attiene al rapporto tra debitore principale e fideiussore, si profilano le differenti ipotesi secondo cui la convenzione principale venga modificata dai contraenti: in un caso, relativamente al termine per l'adempimento e, nell'altro, in relazione ad una specifica clausola che esoneri il fideiussore dall'essere chiamato dal creditore: in entrambi, tali modifiche non avranno effetto nei confronti del terzo fideiussore, e in particolare nel secondo caso nemmeno in presenza di uno specifico interesse del debitore a stipulare la clausola di esenzione a favore del fideiussore. Le ragioni della mancata

quaeritur... cit., pp. 120, a sostegno inoltre della conformità dell'integrazione del testo gaiano con l'inciso *<per procuratorem>* a cui si è già fatto riferimento precedentemente in questo elaborato, in particolare p. 92, nt 9 del presente capitolo.

¹¹ In questo senso, oltre al già ricordato F. Briguglio, sul quale si rimanda alla nota precedente, si veda anche M. Miceli, *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*, cit., p. 284 e in particolare nt. 137.

produzione di effetti delle due stipulazioni nei confronti del terzo fideiussore atenevano alla possibilità, per quest'ultimo, di avvalersi delle sole eccezioni a cui anche il debitore poteva, a sua volta, ricorrere. Paolo però sostiene essergli noto un caso in cui il fideiussore poteva giovare dell'eccezione, vale a dire quello in cui lo stipulante avesse interesse nello stabilire l'eccezione in suo favore. In questo caso, quindi, Paolo vede la possibilità del profilarsi di un contratto in favore di terzo cosiddetto improprio, in quanto necessario l'interesse dello stipulante, escludendo parallelamente la configurabilità di quello invece cosiddetto proprio, poiché il fideiussore non aveva un'azione diretta per far valere autonomamente la clausola di esenzione. La configurazione negoziale così costruita dalle parti escludeva altresì, quindi, la rappresentanza diretta, dato che Paolo sottolinea come appunto il fideiussore non potesse avvalersi dell'eccezione in tanto in quanto acquisita *per liberam personam*.

L'esempio, seppur complesso, aiuta a capire come il problema dell'ammissibilità della rappresentanza diretta in diritto romano si trovasse sempre ad essere connesso con il parallelo problema dei modi e dei casi di configurabilità del contratto a favore di terzo e del divieto, quindi, di *alteri stipulari*. La distinzione tra il cosiddetto contratto in favore di terzo proprio e quello improprio, mutuata dalla disciplina tedesca dei contratti che nel BGB al § 328 regola la figura del *Echter Vertrag zugunsten Dritter* distinguendola dal cosiddetto *Unechter Vertrag zugunsten Dritter* sulla base della concessione o meno al terzo beneficiario di un'azione a tutela del proprio diritto e della propria posizione, può trovare applicazione *ex post* anche in diritto romano, seppur si ritiene a fini meramente esplicativi della rilevanza del terzo rispetto al contratto in diritto romano; recentemente, tale distinzione ha assunto rilievo in un contributo di Giovanni Finazzi¹², sul quale, si premette sin da ora, si tornerà diverse volte nel

¹² G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, Milano, 2010, pp. 423 – 482. Si ritiene doveroso sottolineare in questa nota come il presente studio risulti debitore verso l'acuto contributo di Finazzi a diversi livelli, partendo innanzitutto dalla ricostruzione dei testi, in relazione anche alle fonti bizantine; come si è detto, lo scopo proprio dell'Autore si profila differente da quello che più modestamente persegue la presente ricerca, ma senza molte delle osservazioni da egli poste in essere, probabilmente, la comprensione di gran parte dei testi sarebbe risultata di gran lunga limitata.

corso di questo elaborato, nel quale la figura del contratto a favore di terzo cosiddetto proprio viene studiata in relazione, in particolare, alla sua possibile interpretazione come veicolo di ammissione della rappresentanza diretta, in quanto, appunto, al terzo beneficiario sarebbe stato consentito di esperire un'azione diretta a tutela del diritto acquisito e della sua posizione, diversamente dal contratto a favore di terzo cosiddetto improprio, il quale non permette di considerare integrata alcuna forma di rappresentanza, né diretta né indiretta, dal momento che l'azione spettava al solo stipulante, in considerazione della parallela rilevanza attribuita al requisito dell'interesse in capo allo stipulante stesso.

Sempre relativamente al divieto di *adquirere per liberam personam* si veda altresì un testo di Paolo:

Paolo, 3 *Quaestionum*, D. 45. 1. 126. 2: “*Chrysogonus Flavii Candidi servus actor scripsit, coram subscribente et adsignante domino meo, accepisse eum a Iulio Zosa, rem agente Iulii Quintilliani absentis, mutua denaria mille. Quae dari Quintilliano heredive eius, ad quem ea res pertinebit, kalendis novembribus, quae proximae sunt futurae, stipulatus est Zosas libertus et rem agens Quintilliani, spondit Candidus dominus meus. Sub die supra scripta si satis eo nomine factum non erit, tunc quo post solvetur, usurarum nomine denarios octo praestari stipulatus est Iulius Zosas, spondit Flavius Candidus dominus meus*”. *Subscripsit dominus. Respondi: per liberam personam quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam adquirere possumus. Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur: sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur. Superest quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit: nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione. Sequens stipulatio, in qua sine adiectione nominis usuras stipulatus est, non eodem vitio laborat (neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, cui et sortem, videri), ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum et cogitur eam patrono cedere. Plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: numquam personam, nisi expressa sit.*

Nel presente passo emerge, accanto al divieto di *adquirere per liberam personam*, anche il più specifico divieto di *stipulari alteri*, con specifico riferimento alla stipulazione avente ad oggetto un *certum dare*, profilo

quest'ultimo rilevante, in parte, per comprendere le ragioni del divieto stesso di *alteri stipulari*¹³.

Questo dunque è il terreno su cui poggiano le fondamenta teoriche del divieto generale di coinvolgere ed integrare nel contratto, e in generale in qualsiasi forma di assunzione di obbligazioni, soggetti che non abbiano partecipato alla formazione del negozio da cui tali obbligazioni traggono origine; relativamente al tema che qui ci occupa e che si vuole approfondire, di tutto il complesso novero di figure giuridiche concettualmente ricollegabili al divieto di acquisire *per extraneam personam* e tra i diversi corollari che da tale regola traggono origine, tra i quali è giusto ricordare per importanza il divieto di rappresentanza diretta, prenderemo in considerazione in particolare la questione del divieto specifico di *stipulari alteri* e di quali effetti in concreto esso abbia prodotto, soprattutto nel caso in cui tale divieto non sia stato rispettato. In questo senso rilevano quindi le possibili forme e i casi in cui è possibile configurare l'esistenza di un contratto in favore di terzi "proprio" in diritto romano e, conseguentemente, le forme di tutela diretta di quei soggetti nei cui confronti e in cui favore era possibile stipulare potevano avvalersi.

Circa l'eventualità che già in diritto romano si conoscessero forme ulteriori di tutela del terzo in casi in cui lo stesso si trovasse a dover subire gli effetti, anche lesivi, derivanti da un contratto a cui lui non aveva preso parte e con il quale le parti non intendevano far nascere alcun tipo di effetto nei suoi confronti, questa si presenta alquanto discutibile; come si cercherà di mettere in evidenza nei paragrafi successivi, lo spazio di rilevanza concesso al terzo, inteso come *alter* rispetto ad un rapporto contrattuale, risultava di fatto alquanto limitato, al punto che complessa è la stessa considerazione che si deve avere di quei passi nei quali, vedremo, a tutela del terzo era concessa un'azione diretta in via utile e che si suole ricondurre all'ipotesi di un contratto in favore di terzo cosiddetto proprio. Nondimeno, sono state prospettate in dottrina ipotesi ulteriori di rilevanza del "terzo" rispetto a un contratto di cui lo stesso non è parte, ipotesi riconducibili a

¹³ Ci si riferisce qui in particolare alla ricostruzione operata da H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle Alteri dari stipulari nemo potest*, in *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970, pp. 21–29, secondo cui il principio di nullità non operava limitatamente alle *stipulationes incerti*. Cfr. in questo senso p. 105 e ss. del presente capitolo.

forme di estensione, si direbbe modernamente, della tutela contrattuale, al fine di “proteggere” particolari situazioni che vedevano coinvolti determinati “terzi”, riconoscendo loro una tutela risarcitoria a non avrebbero avuto altrimenti alcun diritto. Si tratta di ipotesi sulle quali si ritornerà successivamente nel presente capitolo¹⁴ e rispetto alle quali rilevano problemi diversi rispetto a quello del conflitto con il divieto di *alteri stipulari* e delle sue eccezioni “proprie”, questioni queste che costituiscono il cuore della presente ricerca; se ne farà comunque oggetto di approfondimento nei limiti che qui ci interessano, ovvero sia la configurabilità in diritto romano della rilevanza di posizioni estranee al contratto, se non considerate in una prospettiva generale, ritenute meritevoli di tutela almeno a livello di eccezione. In questo senso, quindi, secondo le linee guida già evidenziate, si procederà al vaglio di alcune fonti significative per valutarne la coerenza con il discorso in esame.

Di seguito, al fine di circoscrivere ulteriormente l’ambito di nostro interesse, si procederà ad un *excursus* generale in tema di *alteri stipulari nemo potest*.

2. Il divieto di stipulari alteri nelle fonti. *Excursus generale e brevi rilievi sulla ratio dello stesso*

Per quanto riguarda lo specifico divieto di *alteri stipulari*, rispetto al più generale divieto secondo cui *per extraneam (liberam) personam nobis adquiri non posse*, esso trova ampio spazio nelle fonti; la regola dell’invalidità di una *stipulatio* e, in generale, di qualunque atto destinato a far acquisire al terzo un diritto direttamente nascente dal negozio da lui concluso (in sostanza, il diritto alla prestazione) trova già una precisa attestazione sin dai tempi di Mucio Scevola¹⁵:

Q. Mucio Scevola, *libro singulari “hóron”*, D. 50.17.73.4: *Nec paciscendo nec legem*

¹⁴ Cfr. pp. 166 e ss. del presente capitolo.

¹⁵ Come ben mette in luce M. Talamanca, *Obbligazioni*, cit., p. 24, nt. 167, contrariamente a quanto sembra ipotizzare J. Coudert, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 226, se il principio fosse stato affermato per la prima volta e con portata innovatrice da Q. Mucio Scevola non ci è dato sapere, stante la pressoché totale assenza d’informazioni a fondamento di tale tesi. Nulla pare aggiungere sul punto H. Wieling, *Drittwirkungen des Mandats und ähnlicher Rechtsverhältnisse*, in *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht* (a cura di D. Nörr, S. Nishimura), Berlin, 1993, p. 261.

dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.

Il passo non si riferisce, evidentemente, solo allo *stipulari alteri*, ma abbraccia piuttosto ogni forma dell'attività negoziale volta a stabilire in capo ad un soggetto terzo l'effetto tipico di un negozio da lui non concluso. Ha parimenti carattere di regola generale anche la formulazione che trova riscontro in Paolo:

Paolo, 12 *ad Sabinum*, D. 44.7.11: *Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.*

Tale passo riporta un divieto maggiormente contestualizzato nell'ambito del diritto delle obbligazioni, in quanto si riferisce espressamente al contenuto tipico delle obbligazioni stesse (*emere, vendere, contrahere*)¹⁶, ma altresì si ricollega senza dubbio a quella generale regola che vietava l'estensione al terzo di effetti tipici nascenti da un negozio da lui non concluso. L'inciso *ut alter suo nomine recte agat* potrebbe far pensare che il divieto in questione potesse essere ricollegato al problema del divieto di rappresentanza; ciò è stato in passato sostenuto da numerosi autori, come Jean Coudert¹⁷, ma pare debba escludersi, non da ultimo, alla luce dei problemi relativi alla configurabilità della rappresentanza in diritto romano¹⁸.

A ben vedere, la ragione di tale divieto sembra essere abbastanza chiara già alla luce di passo in oggetto: si tratta, infatti, di una regola fondata sulla necessità di far coincidere le parti dell'atto con le parti del rapporto, che in tema di *stipulatio* si fa sentire in modo molto più incisivo, in virtù di quelle caratteristiche

¹⁶ Ancora, su indicazione di G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 426, nt. 13, in relazione ad un *pactum* versato probabilmente in una *stipulatio* si veda C. 5.12.19 pr., di Diocleziano e Massimiano (a. 294), e C. 4.50.6.3, anch'essa di Diocleziano e Massimiano (a. 293), caso comunque di dubbia qualificazione tra un contratto a favore di terzo e un'ipotesi di rappresentanza, in relazione ad un'*emptio*.

¹⁷ Cfr. J. Coudert, *Recherches sur les stipulations*, cit., p. 201 e ss. e letteratura citata.

¹⁸ Cfr. in questo senso M. Talamanca, *Obbligazioni*, cit., p. 24, nt. 167; più in generale sulla problema dell'agire per altri in diritto romano si rimanda qui a G. Finazzi, *L'agire per altri nei rapporti obbligatori*, in *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*, Napoli, 2010, pp. 25-253.

e di quel formalismo dal valore costitutivo che sono state messe in luce nel precedente capitolo¹⁹. A questo proposito, particolarmente illuminante è il seguente passo di Ulpiano, contenuto nel Digesto, il quale rappresenta la più nota formulazione dello specifico divieto di *stipulari alteri*:

Ulpiano, 49 *Ad Sabinum*, D. 45.1.38.17: *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 conveniet, 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 quantitas quaeque condicio stipulationis;*

e che trova una corrispondenza pressoché perfetta nelle Istituzioni giustinianee:

I. 3.19.19: *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 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.*

Nello stesso senso, in quanto enuncia un divieto specifico legato allo stipulare in favore di un terzo, rileva anche

Gaio, 3.103: *Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiectus 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*²⁰.

¹⁹ Cfr. parte prima, capitolo secondo, pp. 60 e ss. del presente elaborato.

²⁰ Cfr. altresì I. 3. 19. 4: *Si quis alii, quam cuius iuri subiectus sit, stipuletur, nihil agit. plane solutio etiam in extranei personam conferri potest (veluti si quis ita stipuletur 'mihi aut Seio dare spondes?'), ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Seio etiam invito eo recte*

Parimenti, la regola trova altresì riscontro nella costituzione diocleziana

C. 8.38.3, Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Isidoro: *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.* 1. *Cum igitur, defuncta in matrimonio filia tua, superstitis filii nomine partem dimidiam dotis a marito detineri, alteram vero partem nepoti tuo vel, si is in rebus humanis non esset, Iuliano restitui per pactum convenisse proponas, praeventoque morte nepote etiam stipulationem ad Iulianum factam ob absentiam eius non valuisse significes, ac propterea ex persona ac stipulatione tua, qua restitui cuncta iuxta pactorum tenorem provideras, reddi tibi desideres: super stipulatu tuo adi praesidem provinciae, ut examinatis partium adlegationibus, quantum constituerit interesse tua, iuxta placiti fidem dotis portionem Iuliano restitutam fuisse, ob incertae actionis effectum concludat condemnationem taxatae quantitatis.* PP. id. Dec. ipsis III et III AA. cons. ²¹.

I passi riportati concordano nell'affermare la nullità di una stipulazione pattuita in favore di un soggetto che non ha preso parte, vincolandosi personalmente, alla conclusione della stessa²². In questo senso la *ratio* di tale

possit, ut liberatio ipso iure contingat, sed ille adversus Seium habeat mandati actionem. quodsi quis sibi et alii, cuius iuri subiectus non sit, decem dari aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio: sed utrum totum debetur quod in stipulationem 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, sicuti filii vox tamquam tua intellegitur in his rebus quae tibi adquiri possunt.

²¹ Cfr. anche C. 8.37.3, Imperator Antoninus A. Hadriano: *Si, cum tuam pecuniam crederes accommodato nomine Iuliani, stipulatio in personam eius absentis directa est, cum nihil sit actum ea verborum conceptione, intellegis superfuisse tibi rei contractae obligationem. Ac propterea si pecuniam a debitore tuo Iulianus exegit eamque solutionem ratam habuisti, habes adversus eum negotiorum gestorum actionem.* PP. VI k. Mart. Praesente et Extricato cons. [a. 217].

²² La regola della nullità delle *stipulationes alteri* è altresì richiamata come presupposto di una decisione concreta in un'altra serie di testi, così come ricordati da G. Pacchioni, *I Contratti a favore di terzo. Studio di diritto romano, civile e commerciale*, Padova, 1933, pp. 11 – 12. Si tratta di Ulpiano, 26 *ad edictum*, D. 12.1.9.4; Ulpiano, 4 *ad Q. Mucium*, D. 45.1.110 pr; C. 8.53.22 (Diocleziano e Massimiano, a. 294); C. 5.12.26 (Diocleziano e Massimiano, a. 294), i quali trovano riscontro in altri elenchi di passi rilevanti, come ad esempio in G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 426, nt. 13. G. Pacchioni fa altresì riferimento a C. 4.47.1 (Alessandro Severo, a. 229); Papiniano, 2 *Responsorum*, D. 4.8.42;

nullità è da ricondursi all'impossibilità di porre in essere un vincolo giuridicamente valido in assenza dei requisiti formali e strutturali allo scopo previsti; in questo senso, infatti, si può leggere nella costituzione diocleziana da ultimo citata come generalmente, non essendo possibile obbligarsi verbalmente *inter absentes*, il vincolo alla prestazione da adempiere non sorgesse in caso di mancata compresenza delle parti.

Il passo in oggetto, però, permette un'ulteriore riflessione; nel caso di specie lo stipulante aveva concluso un patto restitutorio della dote in favore dei propri nipoti in caso di morte della loro madre, figlia dello stipulante. È una fattispecie, questa della restituzione dotale, che in generale in tema di pattuizione a favore del terzo in diritto romano ricorre frequentemente, come si avrà modo di notare nei prossimi paragrafi²³; nel contesto che qui ci occupa, vale a dire l'inquadramento della regola del divieto di *alteri stipulari*, essa però rileva in quanto, nel caso di specie, in conformità alla regola generale espressa nel *principium* del rescritto, non è ammissibile che i beneficiari (i nipoti) possano agire per la prestazione in loro favore pattuita, ma questa resta comunque valida per lo stipulante e tutelata da *actio incerti ex stipulatu* in quanto è riconosciuto l'interesse di quest'ultimo nella stipulazione posta in essere. In questo senso, quindi, ad essere vietata non era la stipulazione a favore del terzo ma la prestazione al terzo²⁴, ricostruendo quello schema del cosiddetto contratto a favore del terzo improprio a cui si è già fatto riferimento brevemente in precedenza e che in diritto romano era quindi ritenuto ammissibile, in quanto ricondotto ad una stipulazione valida solo tra le parti contraenti e non nei confronti del terzo.

La condizione fondamentale per tale ordine di validità era appunto che la stipulazione in questione concretizzasse l'interesse dello stipulante; in questa ipotesi si tendeva a far salva l'obbligazione *verbis contracta* almeno tra le parti

Callistrato, 1 *de iure fisci*, D. 49.14.1 pr.

²³ Cfr. in particolare pp. 141 e ss del presente capitolo.

²⁴ Si veda in questo senso W. Bayer, *Vertrag zugunsten Dritter, Dritter: neuere Dogmengeschichte – Anwendungsbereich - dogmatische Strukturen*. Tübingen, 1995, pp. 12-13 e nt.33, adesivamente rispetto a M. Kaser, *Zur Interessebestimmung bei den sog. unechten Verträgen zugunsten Dritter*, in *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag*, Köln, 1975, pp. 75 e ss. e H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., pp. 21 e ss.

contraenti, senza travolgere l'intero negozio. In questo senso particolarmente interessante è il caso di *ius controversium* attestato nel testo gaiano a cui si è appena fatto riferimento, vale a dire Gaio, 3.103²⁵. Dopo aver ribadito l'inammissibilità di una stipulazione in favore di un soggetto che non rivestiva la qualità di parte, in quanto lesiva del principio secondo cui il *vinculum iuris* legava soltanto i contraenti, e in virtù del quale gli stessi non erano invece obbligati nei confronti di soggetti estranei a tale vincolo, il giurista attesta una divergenza tra i giuristi di scuola sabiniana (*nostri praeceptores*) e i giuristi di scuola proculeiana sull'efficacia della stipulazione comunque posta in essere a favore del soggetto terzo; mentre i primi ritenevano comunque efficace la stipulazione tra le parti come se la clausola in favore del terzo non fosse stata apposta, l'opposta scuola riteneva che la stipulazione fosse *inutilis* nella parte in cui prevedeva la prestazione al terzo.

Tale diversità, attesta Gaio, aveva un risvolto pratico in termini di determinazione del valore della stipulazione stessa (*in quantum valeat stipulatio*), atteso che, evidentemente, la stipulazione sarebbe stata comunque efficace, se non interamente almeno parzialmente; seguendo la scuola sabiniana, quindi, il valore della stessa sarebbe stato dovuto interamente in solido allo stipulante, mentre, seguendo la scuola opposta, allo stipulante sarebbe stata dovuta solo la parte convenuta in suo favore, senza la parte invece pattuita in favore del terzo. È evidente quindi che, in presenza dell'interesse, la *stipulatio alteri* era valida ed efficace tra le parti, nel senso che l'interesse rendeva la prestazione oggetto dell'obbligazione inscindibilmente legata al soggetto contraente e creditore, mentre era nulla nei confronti del terzo²⁶. In questo senso quindi, non vi sono ragioni per negare validità a tali *stipulationes* anche nei rapporti tra le parti, come aveva sostenuto Gerhard Wesenberg, in virtù di ragioni legate al formalismo della

²⁵ Si veda sul punto W. Bayer, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., in particolare pp. 6 – 7 e nt.3.

²⁶ Sul contratto a favore di terzo cosiddetto improprio si veda in particolare, tra gli altri, M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1, cit., p. 491; Id., *Zur Interessebestimmung bei den sog. Unechten Verträgen zugunsten Dritter*, cit., e M. Talamanca, *Obbligazioni*, cit., p. 25, nt. 171. Sempre sull'argomento, in un contesto più generalizzato, si veda anche G. Wesenberg, *Verträge Zugunsten Dritter*, Weimar, 1949, pp.15 e ss; H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., pp. 28 e ss.

stipulatio, che già Mario Talamanca ritenne superate²⁷.

Se le ragioni legate alla *stipulatio* come espressione di vincolo obbligatorio, fondato sulla *conceptio verborum* ed improntato sull'idea di *unitas actus*, non erano idonee a determinare la nullità anche tra i contraenti della stipulazione in favore del terzo in presenza dell'interesse in capo allo stipulante, è pur vero che queste stesse ragioni di forma determinavano, però, la nullità della stipulazione in favore del terzo. In questo senso si è espressa la maggior parte della dottrina tradizionale²⁸, secondo la quale sarebbe stato inconcepibile separare i contraenti da coloro che avevano pronunciato i *certa verba*, in quanto la formula produceva i suoi effetti esclusivamente in capo a coloro che la declamavano, non potendosi invece ravvisare alcuna connessione con un terzo estraneo al rito formale. I *certa verba* della formula stipulatoria, infatti, prevedevano nella domanda di promettere *mihi*, con riferimento al soggetto che in quel momento poneva la domanda, e non il riferimento a *Titio*, come indicazione di un ipotetico terzo²⁹. Seguendo tale impostazione ne consegue che la scomparsa del divieto può essere fatta risalire al 472 d. C., anno in cui l'imperatore Leone abolì le formalità della *stipulatio*, conformemente a quanto si legge in C. 8.37.10³⁰; in questo senso, venuto meno il

²⁷ Cfr. G. Wesenberg, *Verträge Zugunsten Dritter* cit., pp. 15 ss. *Contra*, M. Talamanca, *Obbligazioni*, cit., p. 25. Anche parte della dottrina più risalente aveva rilevato come non si potesse parlare di nullità anche tra le parti di una *stipulatio alteri*; in questo senso, M. Knaus, *Die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter nach römischem Rechte*, Berlin, 1875, p. 8, aveva ritenuto tali stipulazioni in favore di terzo non come assolutamente nulli ma solo come privi di effetto, intendendo far salva, in questo senso, almeno la validità tra le parti. Anche A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit*, Halle, III/1, 1892, p. 193, considerava il contratto a favore di terzo valido *inter partes* nell'ipotesi in cui lo stipulante avesse voluto acquisire a sé l'azione, altrimenti sarebbe stato nullo; contro la classicità della tesi di Pernice si era però espresso G. Pacchioni, *I contratti*, cit. pp. 13 ss.

²⁸ In questo senso è necessario ricordare P. Bonfante, *Un contratto a favore dei terzi nell'epoca classica*, in *Studi B. Brugi*, 1910, pp. 163 e ss = *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1929, pp. 243 e ss. (nel prosieguo del presente elaborato si farà riferimento al presente contributo come risulta in *Scritti giuridici varii*); G. Pacchioni, *I Contratti a favore di terzo*, cit.; G. Wesenberg, *cit.*; E. Albertario, *I contratti a favore di terzi*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, 1939, pp.16 e ss. = *Studi di diritto romano*, III, 1936, pp. 279 e ss (nel prosieguo del presente elaborato si farà riferimento al presente contributo così come risulta in *Festschrift P. Koschaker*).

²⁹ Come rileva M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, cit., p. 543, nota 49.

³⁰ C. 8. 37. 10 Imp. Leo: *Omnes stipulationes, etiamsi non sollempnibus vel directis, sed*

valore costitutivo dei formalismi propri della *stipulatio*, non avrebbe avuto più senso vietare la possibilità di allargare i soggetti legittimati a subire gli effetti di una contrattazione anche ai terzi che eventualmente si ritenesse opportuno coinvolgere. In questo senso fu solo Giustiniano, quindi, riprendendo definitivamente il principio tradizionale, a riportare poi in vigore la regola dell'*alteri stipulari nemo potest*³¹.

Relativamente al profilo di nullità delle *stipulationes alteri* nei confronti del terzo diversa è la proposta interpretativa di Hans Ankum, seguito da Max Kaser³², il quale ha ammesso invece la validità delle stesse limitatamente alle *stipulationes incerti*. Tale ricostruzione troverebbe giustificazione nella natura processuale del divieto di *alteri stipulari* che, non potendo essere limitato alle sole *stipulationes*, trovava applicazione anche in altri casi; per esempio tale regola poteva essere applicata anche a contratti e ad atti assolutamente informali, come il *constitutum debiti*³³. In questo senso, quindi, la riconduzione del divieto ad una questione

quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem. * LEO A. ERYTHRIO PP. * <A 472 D. K. IAN. CONSTANTINOPOLI MARCIANO CONS.>

³¹ Una posizione sostanzialmente conforme a quella espressa dalla dottrina tradizionale è quella che fa capo a G. Cornil, *Explication historique de la règle "Alteri stipulari nemo potest"*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo, 1936, 4, pp. 247 – 249, il quale motivava il divieto di *alteri stipulari* sul piano dell'impegno assunto. In questo senso, infatti, la ragione della nullità avrebbe dovuto essere necessariamente ricercata nel fatto che una stipulazione in favore del terzo non era in grado d'impegnare il promittente sia nei confronti dello stipulante sia nei confronti del terzo; tale impossibilità al duplice impiego, però, trova essa stessa ragione d'essere nella struttura della *stipulatio*, in quanto appunto i *verba stipulationis* erano vincolanti solo ed esclusivamente per chi li pronunciava e l'impegno poteva essere assunto soltanto con la pronuncia dei *certa verba*. Come si può notare, quindi, la ragione della nullità della *stipulatio alteri* è di fatto sempre riconducibile a ragioni di forma e sostanza della *stipulatio* come *obligatio ex verbis contracta*.

³² Cfr. H. Ankum, *Nouvelle hypothèse*, cit., pp. 21–29 e M. Kaser, *Zur Interessebestimmung*, cit., pp. 75 e ss. Si veda poi in questo senso anche R. Zimmermann, *The law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, pp. 37–38 e 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*, Torino, 2001, pp. 278-279.

³³ H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., p. 25 e R. Zimmermann, *The law of obligations* cit., p.37. Il *constitutum debiti* era un patto con il quale due o più parti regolavano l'adempimento di

meramente formale perderebbe di significato poiché, anche per quanto riguarda atti liberi da ogni formalismo, il divieto sarebbe stato operante. Pertanto l'origine di tale divieto sarebbe da ricondursi alle peculiarità della disciplina processuale nel diritto romano e in particolare alla tutela per mezzo di *actio incerti*: generalmente, l'azione che nasceva da una *stipulatio* era un'*actio certi*, presupposto di una condanna al *certum dare*³⁴. Non erano però previste, tanto nel sistema delle *legis actiones*, quanto nel processo formulare, azioni in grado di tutelare la posizione dello stipulante il cui interesse fosse quello di veder eseguita la prestazione di *dare* in favore del terzo; né, da un lato, le parole delle *legis actiones* a tutela di una *stipulatio certi* con la quale il debitore avesse promesso il pagamento di una somma di denaro o la consegna di una cosa, e che avrebbero comportato la condanna del debitore stesso al pagamento della somma dovuta o del corrispondente valore della cosa oggetto della stipulazione³⁵, né, dall'altro, la formula della *condictio certae pecuniae* nel processo formulare, permettevano allo stipulante di ottenere che la prestazione fosse eseguita in favore di un terzo, ma tutelavano soltanto la prestazione che, eventualmente, lo stipulante avesse preteso nei suoi propri confronti.

Diverso era il caso di una stipulazione che avesse avuto ad oggetto un *incertum dare* ovvero un *facere*, il quale è sempre *incertum*; in questo caso l'azione corrispondente sarebbe stata un'*actio incerti ex stipulatu* al *quidquid dare facere oportet*, in virtù della quale il giudice aveva il potere di condannare il debitore sulla base dell'interesse che l'attore-richiedente aveva alla prestazione, potendo anche trattarsi, quindi, di una prestazione da eseguirsi in favore del terzo.

un'*obligatio* in denaro sorta tra di esse o tra di esse e un terzo (il cosiddetto *alius*); le parti potevano concordare un termine futuro di pagamento (il cosiddetto *constitutum debiti proprii*) o stabilire che, in caso d'inadempimento del terzo, una delle parti avrebbe pagato all'altra il credito da lui vantato verso il terzo stesso (il cosiddetto *constitutum debiti alieni*). Era, quindi, un patto del tutto privo di particolari formalità; le parti potevano deciderne il contenuto e le modalità di stipulazione. Sul punto si veda A. Guarino, *Diritto privato* cit., p. 944 e nota al paragrafo 90.4 e bibliografia ivi citata. Si veda altresì E. Stolfi, *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio*, 2, Milano, 2001, pp. 170 ss.

³⁴Cfr. H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., p. 26, e M. P. Vecchi, *La stipulazione* cit., p. 279.

³⁵Si fa riferimento in questo caso alla *legis actio sacramento in personam*, alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e alla *legis actio per conductionem*.

Le fonti sul punto sono cospicue quantitativamente e di grande rilievo, tra le quali Ulpiano, 49 *ad Sabinum*, 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, 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 insulam 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 daturum, stipulatus a Maevio fuerit fundum Titio datu iri: item si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerit: constat habere eum utilem ex locato actionem.*

e

Papiniano, 27 *quaestionum*, D. 45.1.118.2: *“Decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?” ex eo, quod mihi dandum est, certi stipulatio est, ex eo, quod illi solvendum, incerti: finge mea interesse Titio potius quam mihi solvi, quoniam poenam promiseram, si Titio solutum non fuisset.*

Con riferimento in particolare a quest’ultimo testo³⁶, ci si trova di fronte ad una stipulazione alternativa del tipo *mihi aut Titio* nella quale, nell’ eseguire la prestazione, la controparte era vincolata alla scelta effettuata dallo stipulante; se questi avesse deciso che il debitore avrebbe pagato a lui, la prestazione avrebbe dovuto essere eseguita nei suoi confronti. Se invece avesse deciso che si dovesse pagare a Tizio, sarebbe stato a quest’ultimo che la prestazione avrebbe dovuto essere adempiuta. Cambia nelle due ipotesi la qualificazione della stipulazione, a seconda che sia pagato al creditore o al terzo; nel primo caso, siamo di fronte ad una *stipulatio certi*, mentre nel secondo caso si tratta di una *stipulatio incerti*. A prima vista questo potrebbe sembrare un normale caso di *adiectus solutionis causa*, essendo prevista l’alternativa tra il pagamento *mihi aut Titio*; in realtà la previsione della clausola *utrum ego velim* permetteva allo stipulante di decidere liberamente quale fosse il soggetto nei cui confronti avrebbe dovuto essere

³⁶ Sul quale si veda in particolare D. Medicus, *Id quod interest: Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln, Graz, 1962, p. 218; H. Honsell, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium: Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München, 1969, p. 173; W. Bayer, *Vertrag zugunsten Dritter*, cit., p.14.

eseguita la prestazione, permettendo quindi che il terzo fosse designato direttamente come beneficiario. Ecco perché in questo caso si è più vicini ad una *stipulatio alteri* che ad un *adiectus solutionis causa*. Il problema è qui capire come una stipulazione possa essere, allo stesso tempo, *certa* e *incerta*, e se, parimenti, si possano esprimere contemporaneamente in una *stipulatio*, due intenzioni differenti.

Secondo Hans Ankum, in realtà, nel passo in questione ciò che è bene tener presente è che, se si guarda la stipulazione dalla parte dell'*adiectus*, si può notare come la prestazione non consistesse tanto in un *dare* quanto in un *solvere*; da questa osservazione consegue, quindi, che la prestazione in altro non consisteva se non in un *facere*: pertanto l'oggetto della prestazione stessa era necessariamente *incertum*³⁷. Questo significa che, quando Papiniano parla di *finge mea interest*, lo fa con l'intento di distinguere la prestazione *certa* da quella *incerta* e determinare l'*id quod interest*, il quale doveva essere calcolato aggiungendo alla prestazione dovuta la penale pattuita.

Secondo la prospettiva dello studioso olandese, quindi, la ragion d'essere della regola sarebbe venuta meno non già in coincidenza con l'abolizione delle formalità proprie della *stipulatio* ad opera dell'imperatore Leone quanto piuttosto, a partire dall'inizio del IV secolo d. C., parallelamente al declino della procedura formulare e allo sviluppo del sistema della *cognitio extra ordinem*³⁸. Questo tipo d'impostazione determinerebbe la validità delle disposizioni in favore del terzo, quanto meno limitatamente a quelle aventi ad oggetto un *dare incertum* ovvero un *facere*, escludendo invece la validità in epoca classica delle sole stipulazioni in favore del terzo aventi ad oggetto un *dare*; la generalizzazione del divieto sarebbe stata poi successiva ed opera dei compilatori, i quali avrebbero codificato la regola generale dell'*alteri stipulari nemo potest* così come si legge nel già ricordato testo di Ulpiano di cui a D. 45. 1.38. 17, interpolando il passo nel senso che al posto dell'originario *dari* avrebbero inteso invece *stipulari*³⁹.

³⁷ H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., pp. 27 – 28.

³⁸ Cfr. H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., pp. 27 – 28.

³⁹ Cfr. H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., pp. 26 - 29. Lo stesso processo di uniformazione da parte dei compilatori sarebbe stato riconosciuto anche in I. 3.19.19, il quale si riferisce generalmente a tutte le stipulazioni, non solo a quelle di *dare*. Cfr. sul punto altresì M. Kaser, *Zur*

Si tratta di una ricostruzione che, secondo quanto sostenne Talamanca⁴⁰, e che qui ci si sente di dover seguire, può trovare accoglimento solo se la nullità di una *stipulatio alteri* avente ad oggetto un *certum* venisse letta nel senso, invece, che sarebbe possibile configurare la *stipulatio a Titio dari* come una *stipulatio incerti*, estendendo in questo modo la validità anche a questo tipo di *conceptio verborum*: ciò troverebbe inoltre conferma nel fatto che non sarebbe configurabile la validità del *constitutum debiti* nemmeno *inter partes*, proprio in ragione del fatto che l'*actio de pecunia constituta* non può essere configurata come un'*actio incerti*⁴¹.

Ai fini della presente ricerca, in conclusione, si ritiene opportuno seguire l'orientamento che riconduce la *ratio* del divieto a ragioni formali e strutturali legate alla *stipulatio*, e in particolare alla già ricordata necessità di coincidenza tra le parti dell'atto e quelle del rapporto⁴², alla luce altresì di quanto emerso nel precedente capitolo in relazione alle caratteristiche proprie della *stipulatio* e alla sua contestualizzazione nel sistema delle fonti.

Interessebestimmung, cit., pp. 86 – 87.

⁴⁰ Cfr. M. Talamanca, *Obbligazioni*, cit., p. 25 e nota 171 in fondo.

⁴¹ Cfr. lo stesso H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., p. 26 a proposito di Ulpiano, 27 *ad edictum*, D. 13. 5. 5. 5: *Item si mihi constituas te soluturum, teneberis: quod si mihi constitueris Sempronio te soluturum, non teneberis*.

⁴² In questo senso si aderisce alla posizione assunta altresì da M. Talamanca, *Obbligazioni*, cit., p. 24 e nt. 168. Si ricorda qui brevemente con G. Pacchioni, *I Contratti a favore di terzo*, cit., p. 17, nt. 1 che, accanto all'impostazione tradizionale relativa alle ragioni del divieto di *alteri stipulari*, si sono altresì sviluppati ulteriori tentativi di ricostruire la *ratio* del principio di nullità delle stipulazioni in favore di terzo in diritto romano; tutti, è bene ricordarlo, piuttosto risalenti. J. Unger, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, in *Jahrbücher für die Dogmatik*, 10, pp. 1- 160, di cui esiste una traduzione italiana a cura di F. Forlani, in *Gazzetta dei Tribunali di Trieste*, annata IX e N. Gömöry, *Der Vertrag zu Gunsten Dritter. Die Anwendbarkeit gemeinrechtlicher Theorien nach schweizerischem Obligationenrecht. (Art. 128)*, Ulster- Zürich, 1890 sostennero che tale regola fosse l'espressione di un principio etico nazionale romano; S. Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte: ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Lipsia, 1881, affermò che si trattasse di un corollario di un elevato concetto romano della libertà. R. Leonhard, *Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten*, Leipzig, 1892, e H. Sjögren, *Über die römische Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden*, Berlin, 1896 ne rinvennero la *ratio* nella necessità di di garantire i creditori dello stipulante.

3. Il contratto a favore di terzi proprio in diritto romano classico: alcuni esempi

I. Premessa

Diversa questione rispetto all'ammettere la validità di un contratto a favore di terzo nella forma cosiddetta impropria, vale a dire quell'*unechter Vertrag zugunsten Dritter* valido tra le parti alle condizioni sopra indicate, è la questione della possibile validità in diritto romano del cosiddetto contratto proprio a favore di terzo; si tratta di un problema di ordine differente, come si è già detto, in quanto pone al centro del discorso non l'interesse dello stipulante, quanto effettivamente la figura del "terzo" e il suo corrispondente diritto alla tutela della prestazione in suo favore stabilita. Tali fattispecie cosiddette proprie, differentemente da quelle improprie, e che corrispondevano in realtà a stipulazioni nell'interesse del creditore e non del terzo, ragion per cui venivano fatte salve nel rapporto tra le parti e la relativa azione era sempre un'azione a tutela della posizione dello stipulante, erano considerate invalide in quanto effettivamente contratte con l'unico scopo di stabilire una prestazione in favore del terzo e garantirgli il corrispondente diritto.

Conformemente alle regole di nullità sopra enunciate, tali stipulazioni non potevano produrre alcun tipo di effetto nei confronti del terzo; tale principio rimase saldo sino all'incirca alla metà del II d. C., quando si cominciò ad assistere ad un'erosione parziale della portata di tale regola, con la previsione diretta in capo al terzo di una prestazione dallo stesso esigibile. Si tratta di una serie di casi accomunati dall'operatività di particolari meccanismi che rendevano possibile la riconduzione di una prestazione ovvero di un diritto pattuito nei confronti del terzo come effettivamente nascente in capo allo stesso; non si tratta, quindi, di casi particolari in cui l'azione era direttamente concessa al terzo nelle forme di un'*actio in factum* ovvero di un'*actio utilis*, e sulle quali si dirà più dettagliatamente nel prosieguo del presente capitolo, ma di casi in cui il concluso contratto ovvero patto, stipulato nei confronti di un terzo, venne ritenuto valido contro la regola generale di nullità in virtù dell'operatività di alcuni correttivi, quali l'*exceptio doli* o l'*adiectio solutionis causa*, sulle quali ora si ritiene opportuno soffermarsi brevemente .

II. Ipotesi peculiari di operatività dell'*exceptio doli* e dell'*adiectio solutionis* causa

Una prima ipotesi di erosione della regola di nullità delle *stipulationes alteri* è stata riscontrata in una peculiare fattispecie costitutiva di dote, accompagnata però da un patto di restituzione ad un terzo; si tratta di un caso discusso da Papiniano:

Papiniano, 4 *responsorum*, D. 23.4.26.4: *Filia cum pro se dotem promitteret, pepigit, ut, si in matrimonio sine liberis decessisset, matri suae dos solvatur. Pacto filiae nulla matri quaeritur actio: si tamen heres puellae matri pecuniam dotis solverit, viro contra placita petenti dotem obstabit exceptio.*

E, parimenti, del caso riportato in

Papiniano, 1 *responsorum*, D. 2.14.40.3: *Pater, qui dotem promisit, pactus est, ut post mortem suam in matrimonio sine liberis defuncta filia portio dotis apud heredem suum fratrem remaneret. Ea conventio liberis a socero postea susceptis et heredibus testamento relictis per exceptionem doli proderit, cum inter contrahentes id actum sit, ut heredibus consulatur et illo tempore, quo pater alios filios non habuit, in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur.*

Come si è detto si tratta di due fattispecie costitutive di dote, nelle quali però l'eventuale restituzione non era prevista in favore del costituente originario, vale a dire il *pater* ovvero l'avente *potestas* sulla donna, ma bensì in favore di un soggetto diverso e terzo rispetto all'atto di costituzione della dote: nel primo caso la madre, nel secondo l'erede del costituente, vale a dire il fratello del padre⁴³.

In entrambi i casi riportati da Papiniano era previsto in capo al terzo, soggetto diverso da colui nei confronti del quale la dote era stata originariamente costituita (vale a dire il marito), la possibilità di avvalersi di un'*exceptio*, solo in

⁴³Cfr. sui passi in questione F. Pringsheim, *Id quod actum est*, in ZSS, 78, 1961, pp. 40 e ss.; A. Wacke, *Zur Lehre vom "pactum tacitum" und zur Aushilfsfunktion der "exceptio doli"*. *Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht* (I), in ZSS, 90, 1973, pp. 239 e ss., e M. Magagna, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici: per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra i coniugi*, Padova, 2002, p. 121 nt. 34 e p. 220 e ss. G. Pacchioni, *I contratti*, cit., pp. 35 – 36, nel considerare il passo, pareva sicuro nel disconoscere qualsiasi effetto nei confronti del terzo, ferma restando però la validità nel caso della stipulazione tra le parti, senza alcun cenno all'ipotetica operatività di un'*exceptio doli*.

D. 2.14.40.3 espressamente qualificata da Papiniano come un'*exceptio doli*; ma si deve ritenere che lo fosse anche quella riportata in D. 23.4.26.4⁴⁴. In questi casi, quindi, l'*exceptio doli* viene concessa in via sussidiaria rispetto ad un'*exceptio pacti* ai soggetti lesi dalla conclusione dolosa di un patto contro un loro legittimo interesse; tale concessione è chiaramente da intendersi in via del tutto eccezionale rispetto alla normale *exceptio pacti conventi*, in quanto i soggetti interessati, terzi rispetto alla dote costituita, non avrebbero potuto richiederla.

Ora, limitatamente ai due passi considerati e senza che si possa effettivamente generalizzare il discorso né alle sole ipotesi di restituzione della dote⁴⁵, né tantomeno sino al punto di considerare l'impiego dell'*exceptio doli* come un mezzo generale per rendere valido il contratto ovvero il patto a favore di terzo⁴⁶, bisogna considerare che l'eccezione trovava il proprio fondamento, oltre che nella sussidiarietà della previsione, anche nella particolarità della situazione: i terzi tutelati sono eredi, e quindi l'interesse alla tutela non è rivolto al terzo in quanto tale quanto piuttosto allo stretto congiunto ed erede del costituente. Del resto, nonostante, come si vedrà, una certa idoneità della materia della restituzione dotale alla configurabilità di un rapporto tra soggetti simile al moderno contratto in favore di terzi, questo non significa di certo che ogni soluzione in materia di

⁴⁴ Seguendo quanto sostenuto da G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 427 e nt. 15, la natura di *exceptio doli* dell'eccezione a cui fa riferimento D. 23. 4. 26. 4 non risulta letteralmente dal passo ma può essere ricostruita facendo riferimento a sch. 7 e sch. 8 a Bas. 29.5.24, anche se il riferimento al dolo è solo nel secondo scolio in Scheltema, vale a dire in sch. 14 a Bas. 29.5.24, B, V, p. 2125. I. 11. 16-23, stante il fatto che in sch. 12 a Bas. 29.5.24, B, V, p. 2125, ll. 1-12 l'*exceptio* non è in alcun modo nominata.

⁴⁵ G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 427 e nt. 16, lo nega di contro a quanto ammesso in via quantomeno teorica da M. Magagna, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici*, cit., p. 218 e nt.104, in relazione alle ipotesi discusse da Proculo, 5 *epistolarum*, D. 46. 3. 82 e da Paolo, 4 *quaestionum*, D. 36. 1. 61. 1.

⁴⁶ Ipotesi ventilata da S. Riccobono, *Lineamenti della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *AUPA*, 14, 1930, pp. 399 e ss., ma scetticamente valutata da G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 427 e nt. 18, stante la mancanza di un numero significativo di fonti sul quale basare una valutazione in senso generale. In particolare, a fondamento della dimostrazione di un uso generalizzato dell'*exceptio doli* a tutela del terzo in ipotesi di contratto a favore di terzi non può essere utilizzata una coincidenza terminologica come quella relativa all'uso di *exceptio doli* in D. 23.4.26. 4 ed in un altro passo del libro 7 delle *quaestiones* di Papiniano, vale a dire D. 8.1.4 pr.

restituzione possa e debba a tale figura essere ricondotta, ovvero che la soluzione escogitata dai giuristi romani per questa particolare situazione si possa generalizzare⁴⁷.

Un altro strumento che indirettamente, e direi eventualmente, poteva fungere da mezzo attraverso il quale arrecare un vantaggio al terzo, benché non si arrivasse ancora alla concessione diretta di un'azione, consisteva nel ricondurre la stipulazione a favore di terzo alla figura dell'*adiectus solutionis causa*; il terzo, che non aveva preso parte alla stipulazione, avrebbe comunque potuto apparire accanto allo stipulante alternativamente ed acquistare così il proprio diritto come *adiectus*⁴⁸. Rileva a tal proposito, sempre in materia di patti restitutori della dote, un caso analizzato da Paolo:

Paolo, 6 *quaestionum*, D. 24.3.45: *Gaius Seius avus maternus Seiae nepti, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit et instrumento dotali huiusmodi pactum et stipulationem complexus est: "Si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiae uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur restituereturque". Quaero, cum Seius avus maternus statim vita defunctus sit et Seia postea sine culpa sua divorterit vivo patre suo,*

⁴⁷ In proposito, relativamente a Paolo, 3 *ad edictum*, D. 2. 14. 27. 1 a cui si è fatto riferimento prima in relazione al principio generale secondo cui *per extraneam personam adquiri non potest*, prescindendo dalla natura dell'*exceptio* in sé considerata, e quindi senza approfondire per il momento il problema se essa sia da considerarsi come un'*exceptio pacti* oppure un'*exceptio doli*, G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 428, sottolinea come l'accordo non dovesse comunque essere inteso a vantaggio del terzo, ma del paciscente, considerando il caso come al più riconducibile ad una forma di contratto improprio in favore di terzo. G. Pacchioni, *I contratti*, cit. p. 35, però, riportava tale passo in quella serie di casi non ulteriormente specificata in cui il *pactum de non petendo* avrebbe potuto mancare il suo scopo, vale a dire l'acquisto del diritto del terzo a vantaggio non del terzo stesso ma del paciscente. Non essendosi l'autore ulteriormente dilungato sul punto, non possiamo sapere cosa esattamente volesse riconoscere in tale passo, potendo dunque ritenere ora che volesse riconoscervi anche l'operatività di un'*exceptio* a favore diretto del terzo che, stante quanto detto in precedenza, avrebbe dovuto essere quindi un'*exceptio doli*.

⁴⁸ Cfr. in questo senso J. Vazny, *Appunti alla dottrina classica dei contratti a favore dei terzi*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo, 1936, 4, pp. 263 ss.; H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., pp. 22 ss.; G. Wesenberg, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 49 ss.; G. Pacchioni, *I contratti*, cit. pp. 36 ss.; S. Riccobono, *Lineamenti* cit., pp. 400 ss. e Appendice I, pp. 428– 436.

in cuius potestate est, an et cui actio ex hoc pacto et stipulatione competat et utrum heredi avi materni ex stipulatu an nepti. Respondi in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam, quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur: quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est Seiae posse dotem solvi [(quamvis actio ei directo non competat)], <perinde> ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset. [Sed permittendum est nepti ex hac avita conventionem, ne commodo dotis defrudetur, utilem actionem: favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est].

Si tratta di un testo abbastanza complesso a differenti livelli poiché, accanto alla presenza dell'*adiectus*, prevede altresì la concessione di un'*actio utilis*, ragion per cui il passo può essere letto da differenti prospettive. Si tratta di un caso che vedeva coinvolto Gaio Seio, avo materno di Seia (a sua volta sotto la potestà del proprio *pater*), il quale aveva concluso una *stipulatio* con il futuro marito di Seia, in virtù della quale, nell'ipotesi in cui nel futuro la nipote avesse posto fine al matrimonio divorziando senza colpa, avrebbe potuto restituito la dote *Seiae uxori vel Gaio Seio avo materno*. Ora, morto lo stipulante ed avveratasi la condizione, vale a dire l'intervenuto divorzio senza colpa, il problema era capire a chi spettasse l'azione contro il marito di Seia per la restituzione della dote.

Paolo risponde che la stipulazione a favore di Seia era chiaramente *inutilis* e il diritto di pretendere la restituzione della dote, non potendo più essere chiesta da Gaio Seio in persona, sarebbe spettata invece ai suoi eredi, i quali avrebbero potuto esercitare l'*actio ex stipulatu* corrispondente; il giurista aggiunge però che è possibile *solvere* l'obbligazione anche restituendo direttamente a Seia, pur non competendole un'azione per reclamare la restituzione, che sarebbe stata perciò spontanea e in un certo senso successiva rispetto alla restituzione allo stipulante. Con la precisazione <perinde> *ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset* Paolo chiariva l'ordine di restituzione previsto dai *verba stipulationis* utilizzati dallo stipulante, che invece nella stipulazione così come contratta era inverso (*dos omnis Seiae uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur restituereturque*), avendo stipulato prima in favore di Seia e poi dell'avo Gaio Seio⁴⁹, vale a dire prima della donna e poi dell'avo materno.

⁴⁹ In questo senso chiarisce G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 439.

Ma il fatto che la prima stipulazione in favore della donna fosse nulla non comportava la nullità complessiva dell'intera stipulazione poiché, trattandosi di una stipulazione alternativa del tipo *sibi aut illi dari*, essa avrebbe potuto essere agevolmente reinterpreta come se lo stipulante avesse voluto promettere la prestazione in oggetto prima in proprio favore e poi in quello della donna. Quest'ultima, quindi, avrebbe potuto essere considerata come *adiecta solutionis causa* ed avere perciò acquisito la facoltà di trattenere la somma a lei stessa pagata⁵⁰. Data la particolare posizione soggettiva della donna, che era sottoposta alla potestà del padre, il pagamento effettuato alla donna avrebbe comportato l'acquisto diretto della somma in capo al *pater*. La vicenda, però, non si conclude qui; nell'ultima parte del testo si indica come a Seia spettasse comunque un'*actio utilis* a prescindere dalla nullità della stipulazione in suo favore in virtù, si legge del *favor nuptiarum* da una parte e dell'*affectio personarum* dall'altra, che sembra privare di significato tutta la costruzione teorica precedente, basata sulla riconduzione dell'acquisto della prestazione in capo a Seia alla qualità di *adiecta solutionis causa* da lei rivestita: evidentemente, la sola soluzione basata sulla concessione di uno strumento diretto di tutela avrebbe risolto immediatamente la situazione in favore di Seia.

Il brano, come si è detto, si presenta complesso perché configura la soluzione alla medesima fattispecie secondo due distinte ed apparentemente opposte modalità, seppur entrambe rilevanti dal punto di vista che qui ci interessa. Due infatti sono in sostanza i responsi contenuti: uno è quello che riconduce la posizione di Seia ad un'*adiectio solutionis causa*, l'altro è quello che riconosce in capo alla stessa la concessione di un'*actio utilis*. Evidentemente, il primo profilo che ci si trova qui a dover affrontare è quello che attiene all'individuazione di quale soluzione sia originale nel passo; secondo Pacchioni entrambe le soluzioni proposte, in qualità di restrizioni al principio che invece vorrebbe l'inefficacia assoluta della stipulazione nei confronti di Seia, anche quindi nel caso di contrasto minore con il principio di nullità – vale a dire considerare Seia come *adiecta* –, sono da considerarsi spurie e non attribuibili a Paolo, stante l'asserita interpolazione dell'inciso *sed dicendum – stipulatus est*, che inverte l'ordine dei

⁵⁰ W. Bayer, *Der Vertrag zugunsten Dritter* cit., p. 21.

soggetti in favore dei quali era stato stipulato, dal momento che l'inversione della *conceptio verborum* sarebbe stata l'unico modo per convalidare un'*adiectio* nel caso⁵¹.

Di più, Pacchioni considerava in ogni caso la previsione di un'*adiectio* operante nei confronti di Seia come inutile, poiché costei non avrebbe disposto di alcun mezzo, nemmeno come *adiecta*, per costringere eventualmente il marito a restituirle la dote ma, se anche il marito lo avesse fatto spontaneamente, non avrebbe comunque potuto, in qualità di *adiecta*, tenerla per sé, ma avrebbe dovuto restituirla agli eredi; per tale ragione, lo studioso considerava improbabile che un espediente di questo tipo potesse essere attribuito ad un giurista della caratura di Paolo⁵².

L'assenza di utilità che la configurabilità di un'*adiectio solutionis causa* avrebbe potuto rivestire per Seia sarebbe ulteriormente giustificata dall'impossibilità per la stessa, come si è detto, di trarre da tale configurazione un qualsivoglia tipo di tutela per la sua posizione. Secondo Pacchioni non sarebbe stato nemmeno possibile, nel caso di specie, che trovasse applicazione "in via analogica" la possibilità per Seia d'invocare un'*exceptio (doli)* sul modello visto in precedenza in relazione a Papiniano, 4 *responsorum*, D. 23.4.26.4⁵³, secondo il quale è la combinazione di *exceptio doli* e *adiectio* a rendere efficace il contratto in favore di terza persona; questo perché, a prescindere dall'assenza nel testo di Paolo di ogni riferimento, anche solo indiretto, a tale tipo di soluzione, i presupposti delle due situazioni sono completamente opposti. Nel testo di Papiniano appena citato siamo in presenza di un patto, mentre Seia è solo al più *adiecta* e non parte della stipulazione. In base a quanto abbiamo detto sopra in tema di *exceptio*, si concorda qui con tale ricostruzione che nega la presenza nel caso dell'operatività di un'*exceptio doli*, a prescindere dalle ulteriori

⁵¹ Cfr. in questo senso G. Pacchioni, *I contratti*, cit. pp. 37 e ss, il quale considerava la modificazione comunque pregiustiniana in quanto incompatibile con l'introduzione, invece giustiniana, dell'*actio utilis*. Sempre nel senso di un'interpolazione del passo anche E. Albertario, *I contratti a favore di terzi*, cit. pp. 30 – 31; G. Wesenberg, *Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 50 e ss; H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., pp. 23 e ss.

⁵² Cfr. G. Pacchioni, *I contratti*, cit. p. 38 e in particolare nt. 2.

⁵³ Secondo quanto si legge, per esempio, in S. Riccobono, *Lineamenti*, cit. p. 402.

considerazioni sulla ricostruzione che Giovanni Pacchioni aveva proposto in relazione a D. 24.3.45.

A prescindere dall'argomento stilistico, Pacchioni giustificava la sua idea della non originalità della ricostruzione dell'*adiectio*⁵⁴ sulla base della negata configurazione sempre di un'*adiectio* nel caso simile deciso parimenti da Paolo in un celebre testo, già citato in relazione al divieto di *adquirere per liberam personam*, vale a dire Paolo, 3 *quaestionum*, D. 45.1.126.2⁵⁵.

Si tratta, però, secondo Finazzi⁵⁶, di una valutazione errata, stante la diversità concreta delle due fattispecie: in questo secondo caso, infatti, si fa riferimento ad una stipulazione contratta da un liberto in nome e per conto del patrono, vale a dire come suo rappresentante, ragion per cui le parti avevano contemplato quest'ultimo come unico creditore, non prevedendolo come alternativo al promittente e non configurando nel caso di specie una stipulazione alternativa sul modello *mihi aut illi dari*. In questo senso, quindi, in D. 45.1.126.2 non si riconosce l'operatività di un'*adiectio solutionis causa*; ma tale circostanza non è invero idonea a negare per assimilazione che vi sia *adiectio* in D. 23.3.45, quanto piuttosto confermerebbe *a contrario*, e qui seguendo Finazzi conferma, la possibilità che Paolo abbia inteso ricostruirla, stante la diversità dei due casi considerati⁵⁷.

Il secondo punto critico e d'interesse in merito al testo di Paolo di cui a D. 24.3.45 riguarda il riferimento all'ulteriore concessione a Seia di un'*actio utilis* e la sua eventuale originalità; è evidente che l'interesse è fondato, a nostro avviso, in relazione al fatto che si tratterebbe della concessione di una forma diretta di tutela di una posizione di terzietà rispetto al contratto. Da certa parte della dottrina

⁵⁴ Una parte del passo è comunque considerata dubbia anche da G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 441 e note nn. 62 – 63, e giurisprudenza ivi citata; in particolare il riferimento è qui a *quamvis actio ei directo non competat*, per il quale la genuinità è da escludere laddove si escluda anche quella della previsione dell'*actio utilis*, in quanto il riferimento troverebbe giustificazione solo nella contrapposizione tra l'*actio ex stipulatu* dell'avo e dei suoi eredi e l'*actio utilis* prevista eventualmente in capo a Seia.

⁵⁵ Cfr. p. 96 del presente capitolo.

⁵⁶ Cfr. G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 440.

⁵⁷ Cfr. nel senso dell'ammissione della conversione già E. Betti, *Appunti di teoria generale del diritto romano (A. A. 1955 – 1956)*, Roma, 1956, p. 185, seppur con argomenti differenti.

è stata avanzata l'ipotesi che possa trattarsi di una concessione già risalente all'epoca classica, trattandosi in realtà di un'*actio ficticia* e come tale prevista da Paolo e solo successivamente modificata dai compilatori nel senso di un'*actio utilis*⁵⁸; contro, una parte piuttosto consistente della dottrina sostiene la natura compilatoria dell'*actio utilis*⁵⁹. Del resto, volendo accogliere l'originalità della previsione di un'*actio* in capo a Seia, in qualunque forma fosse stata prevista, verrebbe meno la stessa ragion d'essere di tutto il complesso impianto teorico alla base invece della ricostruzione della posizione di Seia come *adiecta solutionis causa* in quanto, come si è detto in precedenza, il problema si sarebbe più facilmente risolto già prima; inoltre, le due ragioni addotte alla previsione dell'*actio utilis*, vale a dire il *favor nuptiarum* e l'*affectio personarum*, non paiono essere convincenti e giuridicamente fondanti, quanto meno al punto da essere idonee a superare la precedente soluzione dell'*adiectio*.

Piuttosto, argomenti filologicamente più stringenti nel senso della provenienza compilatoria dell'*actio utilis* in questione sono quelli ricavabili dalla lettura dei corrispondenti testi contenuti nei Basilici, secondo quanto ricostruito da Finazzi⁶⁰; leggiamo la parte finale del testo corrispondente a D. 23.3.45 nei Basilici, vale a dire

Bas. 28.8.43: ἀγωγὴν δὲ κατὰ τὸ ἀκριβὲς ἐκ τῆς ἐπερωτήσεως τοῦ κατὰ μητέρα πάππου οὐχ ἔχει, διὰ δὲ τὴν θάλασσαν τῶν γάμων καὶ τὴν σχέσιν τῶν προσώπων οὐ τιλίαν ἔχει.

Dalla lettura di questo scolio si ricava la contrapposizione tra *actio utilis* e *strictum ius*, a sua volta tracciata sulla base della redazione compilatoria della costituzione diocleziana, del 294, conservata in C. 5.14.7, secondo il rinvio contenuto in

Sch. 6 a Bas. 28. 8. 43, B V, p. 1928, l. 9: Ἀνάγνωθι βιβ. ε' τοῦ Κωδ. τιτ. ιδ' διατ. ζ'.

⁵⁸ Cfr. in questo senso S. Riccobono, *Lineamenti* cit., pp. 403; *contra*, O. Behrends, *Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht*, in *Studi Sanfilippo*, 5, Milano, 1984, p. 12 e nt. 19 e M. Magagna, *I patti*, cit., p. 217 e nt. 104 che ritengono genuina l'*actio utilis*.

⁵⁹ Così, tra gli altri, G. Pacchioni, *I contratti*, cit., pp. 39 e ss; G. Wesenberg, *Verträge*, cit., p. 50; E. Albertario, *I contratti*, cit. p. 31. Per un più ampio riferimento dottrinale si rimanda a G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit. p. 441 e nt. 64.

⁶⁰ Cfr. in questo senso G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit. p. 442 e relative note

L'interpolazione originale deve essere quindi ricondotta all'*actio utilis* a favore del terzo prevista in tale costituzione, sulla quale si tornerà in seguito, trattandosi presumibilmente di un caso d'interpolazione cosiddetta consequenziale, per usare la definizione che di questa fornì Giovanni Pacchioni⁶¹, in virtù della quale il testo di Paolo sarebbe stato interpolato solo in ragione della somiglianza con il caso contemplato in C. 5.14.7, primo testo manipolato dai compilatori⁶².

L'*actio utilis*, quindi, non può evidentemente considerarsi originaria e fu molto probabilmente introdotta dai compilatori allo scopo di permettere che l'interesse della donna a vedersi restituita personalmente la dote trovasse diretta tutela. Si trattava chiaramente di un interesse che lo stipulante aveva considerato di primaria importanza, in vista magari di seconde nozze, tanto da indurlo ad indicare, nella stipulazione, la nipote stessa come il primo dei due possibili soggetti ai quali il marito avrebbe dovuto restituire la dote; laddove tale diretta tutela non fosse possibile con la semplice riconduzione della stipulazione ad un'*adiectio solutionis causa*, sarebbe intervenuta l'*actio utilis* a tutelare la posizione della donna⁶³.

Tali ultime considerazioni permetterebbero inoltre di chiarire ancora una volta come, molto probabilmente, e come si vedrà meglio ora, il concetto di un contratto in favore di terzo proprio non fosse presente in diritto romano classico; il tentativo, infatti, di superare la nullità delle *stipulationes alteri* era principalmente fondato sulla ricostruzione di forme di cosiddetti contratti impropri a favore di

⁶¹ Cfr. G. Pacchioni, *I contratti*, cit., p. 41.

⁶² Per ulteriori rilievi circa l'interpolazione del passo di Paolo si vedano nuovamente le seppur brevi considerazioni svolte da G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 442 e nt. 69.

⁶³ Secondo E. Albertario, *I patti dotali a favore di terzo nel diritto romano*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano 1933, p. 352 e nt. 5 e Id., *I contratti*, cit., pp. 34 – 35, i compilatori avrebbero voluto introdurre l'impiego di tale *actio utilis* solo in quanto la terza beneficiaria sarebbe stata sottoposta alla *potestas* paterna e quindi non avrebbe potuto rinnovare da sola il patto facendo obbligare nei suoi confronti il marito alla restituzione. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit. p. 443 e ntt. 70 – 71, nega però il rilievo della sottoposizione alla *potestas* paterna, sulla base dell'assenza di ogni riferimento a tale circostanza nello scolio di Cirillo al testo paolino: sch. 2 a Bas. 28.8.43, B V, p. 1927, ll. 27-29..

terzi, nelle quali ad essere preminente era l'interesse dello stipulante a veder eseguita la prestazione e, in relazione alle quali, l'interesse del terzo beneficiario a poter tutelare direttamente il proprio diritto a vedersi eseguita la prestazione nei propri confronti passava totalmente in secondo piano, per non dire che non aveva alcun rilievo.

Una qualche forma d'interesse, se così si vuol dire, per la tutela diretta del terzo beneficiario, che portava in sé la *ratio* di quello che oggi è il contratto proprio a favore di terzo, può essere riscontrata soltanto in un'epoca più tarda, riconducibile all'età giustiniana e soltanto comunque, come si vedrà, limitatamente a casi particolari.

4. *La tutela diretta del terzo beneficiario in età classica e ipotesi dubbie di concessione di un'actio: il vaglio delle fonti*

I. *Premessa*

Si è già detto ampiamente in precedenza come la concessione di un'*actio* in generale a tutela della posizione del terzo beneficiario qualifichi la fattispecie correlata come un contratto proprio a favore di terzo; nei paragrafi precedenti si è anche indicato come, in diritto romano classico, le soluzioni giuridiche volte a dare riconoscimento alla posizione del terzo beneficiario, pur senza ovviamente arrivare a riconoscere l'operatività di un sistema generale, ovvero senza alcuna specifica certezza circa la reale consapevolezza di essere in presenza di quello che noi oggi consideriamo come contratto a favore di terzi proprio, consistessero sostanzialmente nella concessione di un'*exceptio (doli)*, stante l'idoneità dell'eventuale operatività dell'*adiectio solutionis causa* a configurare esclusivamente un'ipotesi di contratto improprio a favore del terzo, poiché in tal modo la struttura negoziale così ricostruita sarebbe stata idonea a tutelare in via principale il solo interesse dello stipulante, mentre non concedeva alcuna forma di tutela diretta al terzo beneficiario. Della concessione di un'azione specifica si può parlare solo successivamente e, come già si è parzialmente delineato in relazione all'ultimo passo sopra analizzato, si può ricondurre tale operazione essenzialmente all'intervento compilatorio, poiché, come si vedrà a breve, anche se alcuni testi di epoca classica portano la menzione di un'*actio* concessa al terzo,

tale menzione è frutto probabilmente d'interpolazione successiva.

In epoca classica, quindi, la nullità della prestazione stipulata in favore del terzo beneficiario dev'essere stata assoluta; tuttavia una posizione particolare in questo contesto riveste la possibile risalenza già all'epoca classica dell'esperibilità di un'*actio* direttamente ad opera del terzo a tutela della propria posizione, che alcuni autori, ed in particolare Pietro Bonfante⁶⁴, hanno inteso riconoscere in un testo non giuridico in senso stretto ma comunque degno della massima attenzione poiché, pur trattandosi di una fonte letteraria, è un'orazione giudiziaria. Si tratta di un passo contenuto nell'*Apologia* o *Pro se de magia (liber)* di Apuleio, composto durante il regno di Antonino Pio (probabilmente nel 158 d.C.)⁶⁵, consistente nell'autodifesa che il filosofo e retore romano pronunciò a seguito di un'accusa di magia; nonostante, giova ricordarlo nuovamente, la natura puramente letteraria del testo in questione, la circostanza che l'autore latino fu patrocinatore a Roma e che egli dimostri una indubbia abilità e lucidità nella propria argomentazione, rende opportuno comunque valutare qui il passo in questione in via preliminare rispetto ai successivi casi di concessione di un'azione al terzo.

II. *Il patto di restituzione dotale a favore del terzo nel Pro se de magia di Apuleio.*

Si legge nell'orazione apuleiana, nella parte di nostro interesse:

Apuleio, *Pro se de magia liber*, 91: *iam primum mulieris locupletissimae modicam dotem neque eam datam, sed tantum modo dictam*⁶⁶; *praeter haec ea condicione factam conductionem <scr. dictionem / coniunctionem?>, nullis ex me susceptis liberis <si> vita demigrasset, uti dos omnis apud filios eius Pontianum et Pudentem maneret, sin vero uno unave superstite diem suum obisset, uti tum dividua <scr. dimidia?> pars dotis posteriori filio, reliqua prioribus cederet.* 92: *Haec, ut dico, tabulis ipsis docebo. Fors fuat an ne sic quidem credat Aemilianus sola trecenta milia nummum scripta eorumque repetitionem filiis Pudentillae pacto datam. Cape sis ipse tu manibus tuis tabulas istas, da impulsori tuo Rufino: legat, pudeat illum tumidi animi sui et ambitosae mendicitatis. Quippe ipse egens, nudus*

⁶⁴ Il riferimento è qui a P. Bonfante, *Un contratto*, cit., pp. 243 – 249.

⁶⁵ La datazione è proposta da G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., 450.

⁶⁶ Così nell'ed. Norden; *promissam / creditam* (Helm); *commodatam* (Purser).

CCCC milibus nummum a creditore acceptis filiam dotavit; Pudentilla locuples femina trecentis milibus dotis fuit contenta, et maritum habet et multis saepe et ingentibus dotibus spreto inani nomine tantulae dotis contentum, ceterum praeter uxorem suam nihil computantem, omnem supellectilem cunctasque divitias in concordia coniugis et multo amore ponentem.

Conclude, poi, Apuleio:

102: Quid etiam est, Aemiliane, quod non te iudice refutaverim? Quod pretium magiae meae repperisti? Cur ergo Pudentillae animum veneficiis flecterem? Quod ut ex ea commodum caperem? Uti dotem mihi modicam potius quam a[m]pla[m] diceret? O praeclara carmina! An ut eam dotem filiis suis magis restipularetur quam penes me sineret? Quid addi ad hanc magiam potest? An uti rem familiarem suam meo adhortatu pleramque filiis condonasset, quae nihil illis ante me maritum fuerat largita, mihi nihil quicquam impertiret?[...] Divitias saltem concupierat? Negant tabulae dotis, negant tabulae testamenti, in quibus non modo non cupide appetisse, verum etiam dure reppulisse liberalitatem suae uxoris ostenditur⁶⁷.

Apprendiamo che Apuleio aveva sposato una ricca vedova ultraquarantenne, *Aemilia Pudentilla* di *Oea* (l'odierna Tripoli), i cui figli di primo letto, Ponziano e Pudente, sospettavano, con il sostegno di alcuni loro congiunti, che il matrimonio del retore con la madre fosse stato dettato da ragioni di mero opportunismo. Pudente, dopo la morte di Ponziano, promosse un'accusa di magia davanti al proconsole d'Africa, Claudio Massimo, allo scopo di dimostrare come Apuleio avesse sedotto con arti magiche la madre, per convincerla a convolare a nuove nozze. L'accusa, in realtà, era costruita sulla base di motivazioni del tutto insignificanti, che Apuleio poté controbattere con facilità; la parte più interessante per noi attiene alla chiusura dell'orazione, in cui l'autore rivela un particolare che stravolge completamente la prospettiva sull'accusa da lui subita. Stando al testo, Apuleio, prima del matrimonio, avrebbe stipulato con i figli di Pudentilla un patto

⁶⁷ Nell'analisi del testo apuleiano seguiremo, come abbiamo spesso fatto in queste pagine, le acute osservazioni di G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit. p. 450. Ma ottime osservazioni sulle dinamiche processuali ricavabili dall'orazione, soprattutto in relazione alla sorprendente assenza di Pudentilla dal processo, sono svolte da F. Lamberti, «*Mulieres*» e vicende processuali fra repubblica e principato: ruoli attivi e 'presenze silenziose', in *Index*, 40, 2012, pp. 251 ss.

in virtù del quale avrebbe loro restituito la dote della madre, pari a 300.000 sesterzi; l'esistenza del patto di restituzione in favore dei figli di Pudentilla avrebbe reso del tutto priva di significato l'accusa rivolta al retore di aver sposato la madre per ragioni di mero opportunismo e di averla poi uccisa per appropriarsi della dote, dato che lui stesso ne aveva pattuito la restituzione ai figli della moglie.

Innanzitutto, dall'incertezza del testo come a noi pervenuto non è chiaro di fronte a quale fattispecie costitutiva di dote ci si trovi di fronte; la dote potrebbe essere stata *dicta* o *credita*, terminologia che richiamerebbe un'intervenuta *dotis dictio*, oppure *promissa* o *commodata*, con riferimento invece ad una *dotis promissio* o ad un'impropria forma di comodato, quest'ultimo inteso in senso atecnico e in relazione al fine difensivo dell'orazione, significando che la dote, comunque costituita, non era destinata a rimanere in proprietà del marito dopo la morte della moglie⁶⁸.

Parallelamente, accanto al negozio costitutivo della dote, era stato pattuito che, se la donna fosse deceduta in costanza di matrimonio senza che nuovi figli fossero nati, allora la dote avrebbe dovuto essere restituita ai figli di primo letto Ponziano e Pudente; nell'ipotesi in cui, invece, dal secondo matrimonio fossero nati un figlio o una figlia, questi avrebbero avuto diritto a metà della dote, mentre l'altra metà sarebbe spettata di diritto ai primi due figli. In virtù di tale patto, quindi, e in assenza di figli di secondo letto, Ponziano e Pudente avrebbero avuto il diritto, riporta il testo, a chiedere la *repetitio* dell'intera dote (*eorumque repetitionem filiis Pudentillae pacto datam*); è da escludersi, quindi, che tali beni fossero già in proprietà, in possesso o anche solo in detenzione dei due figli, come lascerebbe presupporre l'inciso *uti dos omnis apud filios eius Pontianum et Pudentem maneret*, come coerentemente messo in luce da Giovanni Finazzi⁶⁹; ma

⁶⁸ Cfr. G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 451 e nt. 97. L'autore riconduce con maggiore probabilità la fattispecie costitutiva della dote ad una *dotis dictio*, stando alla lettera del testo stesso, al cui § 102 si legge *Uti dotem mihi modicam potius quam a[m]pla<m> diceret?*, rilevando come comunque, anche se si trattasse di una *dotis promissio*, nulla cambierebbe.

⁶⁹ Cfr. G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 452 e nt. 99. L'utilizzo del verbo *manere* potrebbe, secondo l'autore, trovare giustificazione come sinonimo di spettare, conformemente al probabile significato del medesimo verbo nella fattispecie vista in relazione a Papiniano, 1 *responsorum*, D. 2.14.40.3, dove giuridicamente il problema era meno complesso perché non vi era conflitto con la concessione di un'*actio* a favore del beneficiario, ma era prevista

sembrerebbe parimenti da escludersi che la dote fosse rimasta in proprietà della moglie durante il matrimonio e che quindi alla sua morte sarebbe stata acquistata per successione testamentaria, come invece sostenne Giovanni Pacchioni⁷⁰ che, su questo punto, si era pronunciato in senso contrario a Pietro Bonfante⁷¹, sulla base del fatto che, determinando la costituzione della dote mediante *dotis dictio* o *promissio* la giacenza della dote presso la donna, il patto restitutorio avrebbe avuto significato soltanto nell'ipotesi in cui, eventualmente, Apuleio si fosse trovato ad avere la disponibilità della dote della moglie, per una sorta, pare di capire, di tutela ulteriore e sussidiaria della posizione dei figli.

In questo senso Pacchioni privava di significato la ricostruzione del patto di ripetizione come un contratto a favore di terzo sostenuta invece da Bonfante, relegando quindi la previsione del patto all'economia difensiva dell'orazione, quasi fosse una sorta di ulteriore rafforzativo all'idea che, se anche avesse avuto l'intenzione di trattenere la dote presso di sé ed aver, quindi, sposato prima e ucciso poi la moglie per entrare in possesso del denaro, la sua intenzione sarebbe rimasta frustrata dall'esistenza del patto di restituzione.

È il diritto alla *repetitio*, quindi, il punto centrale di questo testo; la previsione di tale possibilità, così come prevista dal patto tra Apuleio e la moglie, ha fatto pensare che la pretesa, logicamente, potesse essere fatta valere con una corrispondente *actio*, che nel II secolo d. C., conformemente alla materia della restituzione dotale, avrebbe dovuto essere un'*actio ex decreto*, vale a dire un'azione di natura straordinaria⁷². Tuttavia, come fa ben notare Finazzi⁷³, sarebbe abbastanza strano che in quel periodo si ammettesse che *ex nudo pacto* potesse nascere un'azione, stante l'operatività della regola *ex nudo pacto actio non oritur*

la sola tutela in via di *exceptio doli*.

⁷⁰ Cfr. G. Pacchioni, *Il contratto*, cit. p. 39, nt. 1.

⁷¹ Cfr. P. Bonfante, *Un contratto*, cit., p. 4 e ss.

⁷² In questo senso P. Bonfante, *Un contratto*, cit. pp. 245 – 246 e M. Magagna, *I patti*, cit., pp. 217 e ss. e nt. 104, in cui in particolare l'autrice menziona una *stipulatio* decretale, menzione che potrebbe semplicemente trattarsi frutto di una confusione in fase di redazione, non essendo altrimenti giustificato l'utilizzo del termine *stipulatio* al posto di *actio* con riferimento al discorso in esame.

⁷³ Cfr. G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 453.

espressa da Ulpiano, 4 *ad edictum*, D. 2.14.7.4⁷⁴; osservazione, questa, rafforzata dalla circostanza che si trattava di un patto concluso a beneficio di un soggetto non contraente, stante la regola della nullità delle stipulazioni in favore di terzi e, come si vedrà a breve, l'interpolazione dei passi che attestano la concessione di azioni in favore del terzo beneficiario in tema di restituzione dotale.

È ben vero che una parte della dottrina, rappresentata ad esempio da Emilio Albertario, ha argomentato che la natura letteraria dello scritto di Apuleio sia negativamente risolutivo nella disamina del passo, al punto da non poterlo considerare, se non *in limine*, giuridicamente rilevante nella ricerca di precedenti pregiustiniani alla tutela diretta del terzo beneficiario⁷⁵; è però altrettanto vero che l'orazione apuleiana ha una natura letteraria giuridicamente orientata, come si evince dall'uso di una terminologia giuridica corretta propria della materia trattata (si parla di *dotis dictio* e di *repetitio* per esempio) e dal fatto che ogni riferimento agli istituti giuridici è ben valutato in relazione al fine difensivo proprio di tale orazione. Il riferimento alla *repetitio*, quindi, non è privo di senso, se però viene ulteriormente considerato alla luce di quanto detto al § 102, ove Apuleio fa riferimento ad una *restipulatio* avente ad oggetto la restituzione della dote ai figli:

Apuleio, *Pro se de magia liber*, 102: *An ut eam dotem filiis suis magis restipularetur quam penes me sineret?*

Da un lato, tale *restipulatio* può essere riferita all'ipotesi in cui Apuleio abbia pattuito verbalmente con la moglie la restituzione ai figli, e allora saremmo nella solita ipotesi di *stipulatio alteri* a tutela della quale è concessa un'azione al terzo beneficiario, ipotesi quantomeno dubbiosa, però, per le ragioni di nullità ormai note. Dall'altro lato, ragionando con Emilio Albertario⁷⁶, è forse più probabile che a *restipulare* la restituzione della dote fosse stato direttamente

⁷⁴ Cfr. Ulpiano, 4 *ad edictum*, D. 2.14.7.4: *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

⁷⁵ Cfr. E. Albertario, *I contratti*, cit., p. 41 e ss.

⁷⁶ Cfr. E. Albertario, *I contratti*, cit., pp. 39 – 41 e Id., *I patti*, cit. pp. 367 e ss. Su alcune delle argomentazioni utilizzate dall'autore in questo senso, in particolare relativamente a C. 8. 54. 3. 1 (Dicleziano e Massimiano, a. 290) e C. 5.14.4 (Gordiano, a. 240), si tornerà a breve nel presente elaborato.

Apuleio con i due figli di primo letto, i quali quindi avrebbero avuto diritto ad un'azione diretta a tutela della propria posizione non in quanto terzi beneficiari ma in quanto diretti stipulanti. In questo senso, quindi, sarebbe possibile ipotizzare che Apuleio, per ottenere l'adempimento della *dotis dictio*, avesse di propria volontà dato attuazione al *pactum* in favore di Ponziano e Pudente, stipulando direttamente con questi ultimi la restituzione della dote⁷⁷.

In questo senso quindi, con una ricostruzione più conforme, probabilmente, alla prassi ed alle soluzioni giuridiche approntate in età classica, troverebbe coerente soluzione la situazione che vide coinvolto Apuleio, non potendo però trovare conferma la possibilità che già in età classica il terzo beneficiario potesse aver diritto ad un'azione a tutela della sua posizione concessa sulla base di una *stipulatio alteri*⁷⁸.

III. *Ulteriori ipotesi dubbie di attribuzione al terzo di un'actio diretta in età classica*

Accanto al caso piuttosto peculiare appena considerato, vi è una serie di passi di età classica che potrebbero rivestire un certo interesse dal punto di vista che qui ci interessa; si tratta di fattispecie differenziate tra loro, accomunate però dalla concessione di un'*actio* straordinaria (*in factum* o *utilis*) a tutela della posizione di un soggetto terzo. Sono però anche, al contempo, ipotesi dubbie di deroga al principio generale secondo cui in età classica a favore del terzo non spettava alcuna azione, e in questo senso sembra interessante procedere all'approfondimento di alcune di queste.

Il primo caso preso in esame riguarda il patto con il quale il creditore pignoratorio, nella vendita del pegno, ne pattuiva la restituzione al debitore⁷⁹,

⁷⁷ Secondo una prassi, come documenta G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 454 e nt. 104, riscontrabile dalle fonti dell'epoca, tra cui Scevola, 2 *responsorum*, D. 23.4.29. 2; Paolo, 4 *quaestionum*, D. 36.1.61.1 e la già menzionata costituzione diocleziana C. 8.54.3.1 (Diocleziano e Massimiano, a. 290).

⁷⁸ In senso negativo si è espresso anche H. Ankum, *Nouvelle hypothèse*, cit., p. 23.

⁷⁹ Cfr. E. Albertario, *I patti dotali*, cit., pp. 352 e ss; Id., *I contratti*, cit., pp. 26-28; G. Pacchioni, *I contratti* cit., pp. 44-49, che vede però in questo caso un'ipotesi di rappresentanza conformemente a quanto era già stato in precedenza sostenuto da O. Bähr, *Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München, 1883, p. 79 nt. *), da escludersi sulla base del fatto che nell'ipotesi ivi

come afferma Ulpiano:

Ulpiano, 38 *ad edictum*, D. 13.7.13 pr.: *Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneraticii actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. [sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere]. 1. Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit.*

Secondo il testo ulpiano, nell'ipotesi in cui il creditore avesse venduto il pegno stipulando parallelamente un patto con il quale il compratore s'impegnava a restituire la cosa data in pegno al debitore nel caso in cui quest'ultimo avesse pagato a lui l'equivalente del prezzo della compravendita, tale patto era valido ed azionabile fra le parti in quanto l'interesse del venditore consisteva nella circostanza che la prestazione (ossia la restituzione del bene al debitore) fosse compiuta nei confronti del terzo, integrando quindi un'ipotesi, al più, di contratto improprio a favore di terzo. In questo senso è quindi probabile che Ulpiano, seguendo l'opinione di Giuliano e l'orientamento della cancelleria imperiale, ammettesse la cessione dell'*actio ex vendito* al debitore che avesse adempiuto, ferma la circostanza secondo cui il creditore era tenuto a tale cessione in virtù delle *actiones pigneraticiae* che competevano al debitore. In questo modo, quindi, il debitore, in forza dell'*actio ex vendito*, poteva agire per la rivendica, ovvero in alternativa, dice Ulpiano, egli avrebbe potuto agire direttamente contro il compratore con un'*actio in factum*.

Il testo presenta alcuni punti in dubbio d'interpolazione; il riferimento alle *actiones pigneraticiae*, al plurale, è stato sospettato da una parte della dottrina⁸⁰, anche se altra parte della dottrina non intravede alcuna giustificazione per sospettare un'interpolazione, stante l'assenza di un qualsiasi interesse, in capo ai

descritta, stante l'interesse del creditore pignoratorio a non rispondere nei confronti del debitore per l'alienazione del pegno, questi aveva agito per conto proprio e non altrui. Si veda anche H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., p. 24 e P. Bonfante, *I contratti a favore di terzi*, in *Per il XIV. centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano*, Pavia, 1934, pp. 228-229.

⁸⁰ Si veda in questo senso P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di Diritto Romano, II, Garanzie reali*, Padova, 1963, p. 325.

compilatori giustinianeî, d'introdurre tale riferimento, dato che l'opposizione tra *actio in ius* e *actio in factum* era ormai diventata del tutto inattuale a seguito della sostanziale scomparsa della procedura formulare⁸¹. È probabile, quindi, o che Ulpiano facesse riferimento alla formula in *ius concepta* e a quella in *factum concepta*, oppure, com'è stato teorizzato, che ci sia stato un intervento compilatorio, ma nel senso, piuttosto limitato, dell'introduzione della locuzione onnicomprensiva *actiones pignoratitiae* che avrebbe sostituito un originario separato riferimento all'*actio pignoratitia* e all'*actio fiducia*⁸².

È ben vero che la cessione dell'azione trova menzione anche in Marciano, *libro singolari ad formulam hypothecariam*, D. 20.5.7 pr, sempre ricondotta a Giuliano (e benché la restituzione sia stata in questo caso stabilita a favore del creditore e non del debitore a condizione che egli rendesse il prezzo); tuttavia la previsione della cessione dell'*actio ex vendito* dal creditore pignoratizio al suo debitore, in D. 13.7.13 pr., non è stata considerata classica, in quanto la responsabilità del creditore pignoratizio non può essere fondata sul patto di riscatto contenuto nel contratto di compravendita (diversamente da quanto l'espressione *ob hanc conventionem* lascerebbe intendere), in quanto tale responsabilità sarebbe poi stata fatta valere attraverso la concessione delle *actiones pignoratitiae* ad un soggetto terzo rispetto a tale contratto, vale a dire al debitore pignorato⁸³; Giovanni Finazzi, però, inquadra la fattispecie in termini differenti.

A ben vedere, è vero che teoricamente l'inadempimento del creditore pignoratizio dell'obbligazione di restituire il bene pignorato al debitore era determinato dalla circostanza che il creditore stesso aveva fatto *traditio* della cosa al compratore, rendendone quindi impossibile la restituzione al debitore; tuttavia è necessario rilevare come tale inadempimento fosse in ultima istanza da ricondurre a quello di cui si era reso responsabile il compratore nei confronti della *conventio* da lui pattuita con il creditore-venditore, vale a dire la mancata restituzione del bene al debitore dopo che costui aveva effettuato il pagamento del prezzo della

⁸¹ Cfr. R. Robaye, *Sanction judiciaire du contrat de gage en droit romain classique*, in RIDA, 34, 1987, p. 317 nt. 22.

⁸² Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 430 e bibliografia in nt. 26.

⁸³ Cfr. E. Albertario, *I contratti*, cit. p. 27.

compravendita (che probabilmente doveva corrispondere all'ammontare del debito per il quale egli aveva acceso la garanzia reale). Pertanto l'esercizio dell'*actio pigneraticia in personam* da parte del debitore, per la cessione dell'*actio ex vendito* e il successivo riscatto del bene su di essa fondato, è in ultima analisi basato proprio sull'inadempimento imputabile all'acquirente del bene pignorato.

Inoltre, anche se non si volesse inquadrare la *ratio* dell'esercizio delle *actiones pigneraticiae* da parte del debitore in questi termini, si deve considerare che, se il debitore avesse inteso adempiere direttamente al creditore, questi avrebbe potuto rifiutarsi di ricevere il pagamento in virtù della *conventio* stipulata con il compratore; tale rifiuto, però, avrebbe determinato un inadempimento non imputabile al debitore, il quale avrebbe quindi potuto esercitare le *actiones pigneraticiae* contro il creditore pignoratizio, esercizio che si configura come giustificato sulla base della *conventio* pattuita, che rendeva impossibile per il debitore adempiere al creditore pignoratizio⁸⁴. Si può dire, in questa sede, di concordare con Finazzi e con la sua interpretazione, in quanto il ragionamento pare coerente e fa salva per la maggior parte l'integrità del testo in esame.

Più complesso si presenta il problema relativo alla previsione in capo al debitore della possibilità di esperire la *vindicatio* e parimenti esercitare l'*actio in factum* contro il compratore, stante la sua terzietà rispetto, appunto, alla *conventio*⁸⁵; in questo senso, inoltre, se l'*actio* in questione avesse trovato fondamento sul patto a favore di terzo, avrebbe dovuto necessariamente essere un'*actio in personam*⁸⁶. In realtà, né l'uno né l'altro riferimento possono

⁸⁴ Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., pp. 430 – 431.

⁸⁵ Per la classicità di tali riferimenti, si vedano tra gli altri G. Wesenberg, *Verträge*, cit., pp. 23 e ss.; O. Behrends, *Überlegungen*, cit., p. 51 e nt. n. 116 e W. Flume, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf - lex Commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae - und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, in *Festschrift M. Kaser*, München, 1976, pp. 311 ss.; U. Wesel, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, in *ZSS*, 85, 1968, pp. 114 ss. Contro, il già ricordato E. Albertario, *I contratti*, cit., pp. 27 – 28; H. Ankum, *Nouvelle hypothèse*, cit., p. 24.

⁸⁶ Solo G. Wesenberg, *Verträge*, cit., p. 24, nt. 3 argomenta in favore della natura *in rem* di tale *actio*, sulla base di quanto si legge in Bas. 25.1.13 e stante la classicità, per l'autore, dell'*actio in factum* menzionata nel testo ulpiano.

considerarsi classici; in primo luogo, con riferimento alla *vindicatio*, ammettere il suo possibile esperimento da parte del debitore pignorante nei confronti del compratore significherebbe ammettere che la compravendita e il successivo trasferimento potessero essere sottoposti a condizione risolutiva e che tale condizione a sua volta dispiegasse effetti reali⁸⁷, ricostituendo la proprietà in capo al terzo; oppure ammettere che il patto a favore del debitore pignoratizio ostasse all'efficacia dell'atto traslativo⁸⁸.

Paiono, queste, soluzioni poco credibili: in diritto classico non era ammessa la revoca reale della proprietà, nel senso che, anche qualora sopraggiungesse un termine o una condizione risolutiva, questo non avrebbe causato l'estinzione della proprietà in capo al proprietario né avrebbe generato un'azione reale a favore dell'alienante o avente causa, essendone al più ammessa la revoca obbligatoria, qualora l'acquirente se ne fosse assunto l'obbligo⁸⁹ ed inoltre difficilmente si potrebbe argomentare sull'eventuale efficacia di un patto condizionato a favore di un terzo ad escludere la validità dell'atto traslativo della proprietà (*traditio*). Parimenti il riferimento all'*actio in factum* dovrà considerarsi come non classico, non solo in relazione alla prassi ancora vigente in età epiclassica di non concedere azioni dirette a tutela del terzo beneficiario se non per ragioni equitative, ma anche in virtù della mancanza di collegamento tra la chiusura di D. 13.7.13 pr., in cui si prevede appunto la concessione dell'*actio in factum*, e il successivo § 1, in cui il discorso si ricollega a quanto detto nella prima parte di D. 13.7.13 pr, facendo riferimento al grado di responsabilità, per dolo o per colpa, del creditore pignoratizio⁹⁰.

In questo senso, quindi, entrambi i riferimenti saranno da considerarsi di origine compilatoria; in particolare, l'*actio in factum* fu probabilmente concessa,

⁸⁷ Come sostenuto da U. Wesel, *Zur dinglichen Wirkung*, cit., pp. 115.

⁸⁸ Come sostenuto invece da W. Flume, *Die Aufhebungsabreden*, cit., p. 312 - 313.

⁸⁹ Cfr. E. Albertario, *I contratti*, cit., pp. 26 - 27.

⁹⁰ Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 433, il quale per vero riconosce che certa parte della dottrina, tra cui R. Robaye, *Sanction judiciaire du contrat de gage*, cit., p. 324 ss., ipotizza che il grado di responsabilità del creditore a cui fa riferimento D. 13.7.13.1 sia riferito al compratore con patto di retrocessione nei confronti del debitore, sul quale contrariamente si esprime H. Ankum, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, 4, Milano, 1983, p. 590.

su modello di altre del medesimo periodo, in via equitativa per tutelare la posizione del terzo beneficiario; così come si potrebbe ipotizzare che il riferimento alla *vindicatio*, spurio appunto, potrebbe essere stato inserito a rafforzamento della tutela del terzo nell'ipotesi in cui questi fosse stato anche l'originario proprietario del bene, circostanza, quest'ultima, che, ove accettata, potrebbe anche giustificare il riferimento ad un'*actio in factum* piuttosto che ad un'*actio utilis*, che, come si è detto, era appunto prassi concedere dalla cancelleria imperiale in via di tutela equitativa. Si consideri, in questo senso, come la menzione primaria sia quella della *vindicatio* e, successivamente, quella dell'*actio in factum*, a segnalare la centralità della tutela del proprietario innanzitutto, e solo secondariamente del terzo rispetto ad una stipulazione. Si tratta di un caso dubbio, evidentemente, nel quale non si prende scontatamente posizione per la sua riconducibilità ad una forma di contratto proprio in favore di terzo, e pur ammettendo la sua origine compilatoria.

Un'ulteriore fattispecie dubbia di concessione di un'*actio* a tutela della posizione di un presunto terzo beneficiario è costituita da un testo sottoposto ad analisi da Giovanni Finazzi⁹¹

Ulpiano, 3 *disputationum*, D. 23.3.43.1: *Quotiens autem extraneus accepto fert debitori dotis constituendae causa, si quidem nuptiae insecutae non fuerint, [liberatio non sequitur] <creditori in factum actio danda est>: nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum: tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum: ceterum mulieri per liberam personam condictio adquiri non potest.*

Nel testo viene prevista un'*actio in factum* in capo al creditore nell'ipotesi in cui questi intendesse costituire una dote in capo ad una donna mediante rimessione di un'obbligazione al di lei futuro marito, effettuata con *acceptilatio*, sottomettendo l'effetto estintivo dell'obbligazione stessa al futuro matrimonio, ma questo matrimonio non si fosse poi concluso. Si tratta di un'ipotesi che non si è avuto modo di riscontrare nella letteratura che si è soffermata sul problema del contratto in favore di terzo nel diritto romano, sia esso proprio o improprio. Pur non essendo questa ragione di certo sufficiente ad escluderne la valutabilità in questo senso, non la si ritiene comunque rilevante, in prima battuta perché proprio

⁹¹ G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit. pp. 435 – 437

il riferimento all'*actio in factum* è stato filologicamente ricostruito e non sappiamo quindi se possa ritenersi originario o giustiniano (o addirittura meramente congenitale), essendo stata la concessione di tale *actio* subordinata alla mancata conclusione del matrimonio: appare, infatti, assai improbabile che si potesse porre un problema di efficacia civile del negozio formale di estinzione dell'obbligazione a causa di un mancato matrimonio. Tra l'altro, bisogna ricordare qui come l'*acceptilatio* condizionata fosse inammissibile, dovendo ritenersi come tale quella descritta qui da Ulpiano.

Nella seconda parte del testo l'ipotesi in oggetto muta parzialmente, trattandosi di un caso di donazione diretta al fine di costituire la dote nella forma di un'*acceptilatio* del creditore-donante verso il debitore, che, pur in connessione logica con la prima fattispecie, se ne discostava per gli effetti, come dimostrerebbe l'utilizzo dell'espressione *nisi forte*; in tal caso infatti il mancato matrimonio non determinerebbe la privazione di effetti dell'*acceptilatio*, dovendosi considerare il debitore liberato, ma solo l'impossibilità per il creditore di agire contro di lui con un'*actio in factum*, di contro invece alla possibilità per la donna di agire con la *condictio* per ripetere la dote costituita dalla stessa in favore del mancato marito a seguito dell'acquisto della somma per mezzo di una *traditio brevi manu* fittizia. Proprio quest'ultima finzione avrebbe permesso alla donna l'acquisto della *condictio*, stante la regola in virtù della quale *mulieri per liberam personam condictio adquiri non potest*.

Si evidenzia forse, con quest'ultima considerazione, l'interesse che Finazzi ha riservato al passo in questione; si tratta, effettivamente, di un caso in cui ad essere preminente è l'interesse morale del creditore, e non tanto il suo agire a beneficio e per conto della donna, in quanto questa avrebbe da sola potuto rivalersi con la *condictio*. Non si sarebbe trattato quindi di un caso di rappresentanza diretta, men che meno nella forma di un contratto proprio a favore di terzo, e nemmeno di un contratto a favore di terzo improprio, si potrebbe dire, stante l'autonomia delle posizioni di ciascuno nel caso di specie, che non pare potersi inquadrare dal punto di vista di un unico negozio⁹².

⁹² Essendo il lavoro di G. Finazzi, più volte citato, volto al vaglio della possibile configurazione di forme di rappresentanza diretta in diritto romano attraverso l'operatività del contratto a favore di

Un altro caso dubbio di originalità della concessione di un'azione a tutela della posizione del terzo beneficiario è quello relativo a un altro caso di restituzione dotale, discussa da Pomponio:

Pomponio, 16 *ad Sabinum*, D. 23.4.9: *Si ita conveniat, ut, si vivo socero mortua sit filia, ipsi socero, si mortuo, filio eius, si filio quoque defuncto totum suo heredi reddatur, [benigna interpretatione potest defendi utilem stipulationem esse], <in persona filii vel heredis inutilis stipulatio est >*.

Si tratta, nel caso di specie, di una stipulazione avente ad oggetto l'obbligo per il marito di restituire la dote al suocero in caso di morte della moglie; nell'ipotesi in cui il padre fosse premorto alla figlia, la restituzione era pattuita nei confronti del figlio del suocero ovvero, se anche questi fosse accidentalmente premorto al padre e alla sorella, la restituzione era pattuita nei confronti dell'erede del suocero.

Si è già avuto modo di considerare la fattispecie della restituzione dotale in precedenza, in relazione a Paolo, 5 *quaestionum*, D. 24.3.45, concludendo in favore dell'interpolazione della previsione dell'*actio utilis*, che sarebbe da ricondursi pertanto all'età giustiniana; anche questo testo è stato considerato dalla dottrina generalmente interpolato nella parte in cui prevede la concessione dell'*actio utilis per benigna interpretatio*⁹³. Si ritiene, conformemente a quanto detto anche in relazione a D. 24.3.45, che anche in questo testo sia presente l'intervento compilatorio in relazione all'azione prevista in capo al terzo, stante la regola valida in età classica in virtù della quale l'azione a tutela della propria posizione spetta a colui che partecipa al negozio. In questo caso specifico, la

terzo proprio, il passo è analizzato allo scopo finale di escludere una forma di rappresentanza diretta, senza l'interesse precipuo nei confronti dell'esistenza di un negozio unico inquadrabile nello schema di un contratto a favore di terzi, ragion per cui riveste nel presente elaborato un ruolo marginale.

⁹³ Cfr. in particolare in questo senso già G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 2, Tübingen, 1911; E. Albertario, *I patti dotali*, cit., p. 356 e Id., *I contratti*, cit., p. 32; H. Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung. Römisches Privatrecht*, 2, Berlin, 1928, p. 307. Di contro ne hanno sostenuto la classicità O. Behrends, *Überlegungen*, cit., p. 12, nt. 19; F. Wubbe, "*Benigna Interpretatio*" als Entscheidungskriterium, in *Festgabe für A. Herdlitzka*, München – Salzburg, 1972, p. 311, nt. 67; M. Magagna, *I patti*, cit., p. 217 e nt. 104.

previdone contrasta anche con la regola in virtù della quale, almeno per tutta l'epoca classica, era nullo il contratto destinato a produrre effetti a favore o a carico dell'erede di uno dei contraenti, come emerge in modo pressoché costante sia in molti testi giurisprudenziali, sia nella produzione di rescritti imperiali⁹⁴.

Si tratta di un divieto che sarà superato solo da Giustiniano⁹⁵. Del resto, la presenza dell'inciso *benigna interpretatione* è normalmente ritenuto un chiaro indizio d'integrazione compilatoria, secondo una logica riscontrabile in altri testi riconnessi alla fattispecie che qui ci occupa come risultato di una valutazione equitativa in relazione alla necessità di offrire tutela a particolari ipotesi di terzo beneficiario⁹⁶. Del resto, l'invalidità di stipulare a favore (e a maggior ragione a carico) dell'erede non era inquadrata classicamente in relazione al problema ed alla fattispecie del contratto a favore di terzo, ma era considerata piuttosto pratica *inelegans* e contraria ad un certo comune pensare, circostanza che ci fornisce un ulteriore piccolo indizio circa l'assenza d'interesse nell'inquadrare un vero e proprio problema in relazione al contratto in favore di terzi in età classica⁹⁷.

La tutela offerta al terzo in questo caso, quindi, è sicuramente posteriore all'età classica; è stato ipotizzato che venne introdotta dai compilatori a tutela del figlio in potestà (vale a dire l'erede), attesa la maggiore disponibilità ad ammettere

⁹⁴ Cfr. in questo senso Gaio, 3.100: *Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? vel ita: POST MORTEM TVAM 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. rursus 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? quae sane inutilis est.* Parimenti si veda Ulpiano 50 *ad Sabinum*, D. 45.1.45.2 e Gaio, 3.158, in relazione al solo mandato.

⁹⁵ Il divieto di contrarre a favore dell'erede venne superato con C. 4.11.1 (Giustiniano, a. 531): *Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum.* Parimenti si veda C. 8.37.11 (Giustiniano, a. 528) e C. 8.37.15 (Giustiniano, a. 532).

⁹⁶ Si veda in questo senso C. 8.54.3 (Diocleziano e Massimiano, a. 290); sul senso e la portata della *benigna interpretatio* in tale costituzione si veda di seguito p. 150 e ss.

⁹⁷ Mette bene in evidenza questo fenomeno G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 444, nt. 74.

in età giustiniana la validità del contratto in favore di terzo e quella del contratto nei confronti dell'erede, mentre, in età classica, era nulla tanto una stipulazione *in persona filii* quanto una stipulazione *in persona heredis*⁹⁸.

Un caso simile a questo appena ricordato è quello che si può leggere in

Africano, 7 *quaestionum*, D. 23.4.23: *Pater cum filiae suae nomine dotem daret, pactus est, ut mortua <in matrimonio> filia uno pluribusve liberis superstitibus deducta parte tertia reliqua dos sibi aut post mortem suam illi aut illi filiis quos in potestate habebat reddatur: deinde haec ita fieri stipulatus est: post mortem eius mulier in matrimonio decesserat relictis filiis: quaesitum est, an ex stipulatione duas partes illi petere possint. Respondi <non> posse: etenim vim eius stipulationis hanc esse, ut, si in matrimonio mortua esset, dos patri redderetur, et perinde habendum, ac si talis stipulatio interposita fuisset: "Si navis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam Lucio Titio dari spondes?" Nam et si post mortem stipulatoris navis venisset, heredi deberi.*

Anche in questo caso siamo di fronte ad un patto di restituzione dotale nel quale, a differenza del precedente, si fa espresso riferimento alla condizione in potestà dei figli beneficiari della stipulazione; il testo, inoltre, è probabile frutto del rimaneggiamento da parte dei compilatori, intervenuti nel senso di ammettere, contrariamente al probabile responso originario di Africano, che i figli in potestà, beneficiari di una *stipulatio* restitutoria di dote conclusa sotto la condizione che la donna fosse morta *in matrimonio*⁹⁹, potessero *illi petere*. Questa conclusione è quella maggiormente conforme alla vigenza, ancora, in età classica, della regola

⁹⁸ Nonostante l'abbastanza chiara, a nostro parere, riconducibilità della concessione dell'azione all'erede alle innovazioni di età giustiniana in merito alla possibilità di stipulare in favore dell'erede, per una diversa teoria sulla riconducibilità già a Pomponio dell'*utilitas* della presente *stipulatio* cfr. C. Baldus, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft*, 2, Frankfurt am Main, 1998, p. 594 - 596, sulla quale però si dichiara dubbioso G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 445.

⁹⁹ G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio* cit., p. 446, decide d'integrare la parte iniziale del testo, ove non è prevista la menzione della condizione *in matrimonio* della donna, sulla base del fatto che Africano, nel prosieguo del brano, nello spiegare la vicenda ed individuare la *vis stipulationis*, fa invece riferimento alla condizione della sua morte in costanza di matrimonio. A sostegno, si veda altresì la dottrina a cui l'autore fa riferimento alla nt. 80. Qui, come si è già avuto modo di specificare in altre occasioni, si è scelto di seguire le ricostruzioni proposte dall'autore in quanto considerate le più coerenti e funzionali al discorso in esame.

secondo cui il terzo beneficiario di un contratto a favore di terzo non aveva diritto ad alcuna *actio* a propria tutela e nascente direttamente dalla stipulazione in suo favore.

Georg Beseler sostenne altresì, in alternativa all'ipotesi secondo cui il responso originario di Africano poi rimaneggiato dai compilatori fosse nel senso di *illi petere <non> posse*¹⁰⁰, che invece già Africano avrebbe ritenuto che potesse spettare un'azione al figlio o ai figli in potestà, ma soltanto se fossero divenuti eredi del padre-stipulante, subentrando, quindi, nel credito restitutorio del loro dante causa¹⁰¹; una tale ricostruzione si ricollegerebbe altresì all'inciso finale secondo cui *nam et si post mortem stipulatoris navis venisset, heredi deberi*.

Finazzi¹⁰² rileva la compatibilità con la parte successiva del brano, in cui Africano precisava che la validità della stipulazione in esame (*etenim vim eius stipulationis hanc esse, ut, si in matrimonio mortua esset, dos patri redderetur*) poteva essere fatta salva, considerando il contratto concluso a favore dello stipulante, soltanto qualora si ritenesse quella parte dei *verba stipulationis* che facevano riferimento alla restituzione a beneficio dei terzi (*aut post mortem suam illi aut illi filiis quos in potestate habebat reddatur*) come non apposta, allo stesso modo della stipulazione soggetta a condizione sospensiva riportata nell'ultima parte del brano in virtù della quale "*Si navis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam Lucio Titio dari spondes?*", stipulazione che sarebbe stata anch'essa valida solo nella parte a favore dello stipulante in virtù della nullità della parte che prevedeva l'adempimento della prestazione in favore del terzo.

¹⁰⁰ Cfr. G. Beseler, *Romanistische Studien*, in ZSS, 46, 1926, p. 90 in nota

¹⁰¹ Cfr. G. Beseler, *Romanistische Studien*, cit., p. 90 in nt. L'autore, per giustificare quanto detto, propose una ricostruzione del testo in virtù della quale Africano avrebbe scritto *respondi <si heredes patri extitissent> posse*; secondo G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 447, nt. 83, il quale pure la prende in considerazione, la giudica troppo generica, non prendendo in considerazione l'eventualità che vi fossero anche coeredi *extranei*, ragion per cui sarebbe necessario ritenere che il giurista precisasse anche che la spettanza agli eredi sarebbe stata nei limiti della loro quota in ragione di quanto prescritto in Tab. 5.9 secondo cui *Ea, quae in nominibus sunt, – ipso iure in portiones hereditarias ex lege XII tab. divisa sunt* (C. 3.36.6) e di quanto espresso in C. 2.3.26: *Ex lege XII tab. aes alienum hereditarium pro portionibus quaesitis singulis ipso iure divisum*.

¹⁰² Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 447 e nt. 84 – 86.

In questo senso, dunque, l'inciso *nam et si post mortem stipulatoris navis venisset, heredi deberi* con riferimento alla stipulazione sospensivamente condizionata avente ad oggetto la prestazione da effettuarsi *mihi aut post mortem meam Lucio Titio* e secondo il quale, se la condizione si fosse avverata dopo la morte dello stipulante, il debitore avrebbe dovuto adempiere all'erede, dovrebbe ritenersi applicabile per estensione anche al caso della stipulazione di restituzione dotale nell'ipotesi in cui la morte della figlia (con prole) fosse avvenuta dopo quella del padre stipulante, risultando quindi essi diretti beneficiari; Giovanni Finazzi, infatti, ritiene applicabile, tanto al caso della stipulazione "*Si navis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam Lucio Titio dari spondes?*", quanto a quello della stipulazione di restituzione dotale, la regola ritenuta ormai quasi sicuramente classica della retroattività della condizione avveratasi dopo la morte dello stipulante¹⁰³, come fu indicato da Giuliano:

Giuliano, 53 *digestorum*, D. 45.1.57: *Si quis "si Titius consul factus erit, decem dari" sponderit, quamvis pendente condicione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum.*

Nello stesso senso si esprimerà poi Paolo, in un frammento tratto dal libro 33 *ad edictum*:

Paolo, 33 *ad edictum*, D. 18.6.8 pr: *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. Quod si*

¹⁰³ G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 448. Contro la classicità di tale condizione si era espressa certa dottrina risalente, tra cui per esempio, F. E. Vassalli, "*Dies vel condicio*": *lineamenti della dottrina romana della condicione*, in *BIDR*, 27, 1914, p. 238, influenzata, probabilmente, da un certo atteggiamento troppo rigorosamente volto alla ricerca delle interpolazioni. Successivamente si è giunti ad ammetterne la classicità, almeno alla luce della sua presenza nelle Istituzioni giustiniane, in I. 3.15.4 ed I. 3.19.25: è possibile che i compilatori si siano limitati a recepire definitivamente la retroattività di tale condizione a superamento del *ius controversum*; cfr. in questo senso G. G. Archi, v. *Condizione nel negozio giuridico (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 8, 1961, p. 753, seguito da G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 448, nt. 90.

pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum. Quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. Et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res exstincta fuerit: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.

Va però osservato che il breve frammento di Giuliano e quello ben più articolato di Paolo fanno riferimento a casi diversi da quello trattato nel testo di Africano, attenendo invece all'ipotesi della morte del promittente e della successione del suo erede.

La situazione prospettata in Africano, 7 *quaestionum*, D. 23.4.23, quindi, alla luce di quanto sin qui detto, si presenta nel senso che il figlio o i figli in potestà dello stipulante, morto questi, gli potevano subentrare, in qualità di eredi¹⁰⁴, nel credito di restituzione dotale, seppur nei limiti della loro quota e in concorso con eventuali coeredi istituiti¹⁰⁵, potendo dunque legittimamente *petere* per ottenere quanto ad essi dovuto. Parrebbe, invero, nel caso di specie, che l'acquisto avvenga *iure hereditatis* piuttosto che sulla base della stipulazione e che la tutela compilatoria sia diretta verso i figli nella loro qualità di eredi piuttosto che di terzi beneficiari.

Maggior interesse riveste probabilmente, in relazione al nostro tema, la stipulazione a cui fa riferimento Ulpiano in un testo estratto dal suo commento a Sabino:

Ulpiano, 50 *ad Sabinum*, D. 45.1.45.2: *Si ita quis stipulatus sit: "post mortem meam filiae meae dari?" <inutiliter erit stipulatus> [vel] <sed si> ita <stipulatus sit>: "post mortem filiae meae mihi dari?", utiliter erit stipulatus [: sed primo casu filiae utilis actio competit, licet heres ei non existat]*¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Soluzione, questa, seguita in schh. 1 e 2 a B. 29.5.21, B V p. 2139, ll. 22 e 23. sch. 1: Κληρονόμος γενόμενος· ἄλλως δὲ οὐ. Sch. 2: Τοῦτο νόησον, κἄν ὁ Πέτρος κληρονόμος γένηται, ὥσπερ καὶ οἱ παῖδες.

¹⁰⁵ Cfr. in precedenza p. 136 nt. 101.

¹⁰⁶ Le integrazioni seguite sono, anche in questo caso, quelle proposte da G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 449.

Nel caso di specie, si tratta sempre di una stipulazione *post mortem*, come si è già detto non ammissibile in diritto classico ma valida in diritto giustiniano, ragion per cui il brano risulta interpolato¹⁰⁷, alla pari di quello di Africano appena analizzato; la differenza qui si concretizza nella previsione di un'*actio utilis* a tutela della figlia nell'ipotesi in cui essa non sarebbe divenuta erede, aggiunta che trova la sua giustificazione in ragione della disparità di trattamento rispetto alla situazione di una figlia che sarebbe, invece, divenuta erede, dal momento che quest'ultima avrebbe appunto goduto di un'azione derivante dalla nuova ammissibilità delle stipulazioni in favore di erede¹⁰⁸. Perciò l'intervento compilatorio si sviluppa qui secondo due direttrici: da un lato, la situazione, forse più comune, a questo punto, di una figlia che sarebbe divenuta erede viene ricondotta all'ammissibilità delle stipulazioni in favore di erede e, dall'altro lato, s'interviene a colmare in via equitativa una lacuna residuale, quella della mancata tutela della figlia non futura erede, prevedendo in capo alla stessa la possibilità di esercitare un'azione a tutela del suo diritto a vedersi restituita la dote, secondo quanto voluto dal padre stipulante.

In questo senso, in cui evidentemente risulta coinvolto anche l'interesse (morale) del padre a che la dote venga restituita a coloro che rispetto a lui si trovano in rapporti di parentela o successione diretta, Finazzi¹⁰⁹ può escludere l'operatività della rappresentanza diretta. Per quanto attiene il profilo di nostro interesse si può ipotizzare che, limitatamente al periodo classico, stante il divieto di stipulare in favore di erede e quello di tutela del terzo beneficiario di una *stipulatio alteri*, ma essendo configurabile un interesse generale del padre alla tutela dei rapporti di parentela ed ereditarietà a lui connessi, si può forse intravedere in questa stipulazione almeno un tentativo di concepire una stipulazione a favore di terzo, che generalmente sarebbe stata viziata da nullità, ma che però, nell'ipotesi residuale sulla quale sono invece intervenuti i compilatori, vale a dire la concessione dell'*actio utilis* alla figlia che non sarebbe stata erede, rispecchia invece il meccanismo di tutela apprestato per un contratto

¹⁰⁷ L'intervento compilatorio è altresì attestato da G. Pacchioni, *I contratti*, cit. p. 76, nt. 1.

¹⁰⁸ Nulla dice il testo sull'eventuale condizione *in potestate* del padre della figlia non erede.

¹⁰⁹ Cfr. G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 449.

in favore di terzo proprio, assicurata mediante la concessione di un'azione diretta a difesa della posizione di terzo beneficiario di un soggetto appunto estraneo alla conclusione del contratto.

La disamina dei casi sopra proposti in relazione a passi di età classica che sono stati variabilmente ricondotti alla fattispecie del contratto a favore di terzo proprio ha messo in luce come in verità, prima dell'età giustiniana, non si sia trovato spazio per una tutela del terzo beneficiario di una stipulazione e, conseguentemente, l'idea di un contratto in favore di terzo proprio non appare riscontrabile; tutti i passi analizzati, infatti, riportano una menzione spuria di *actio utilis* ovvero, in alcuni casi, di *actio in factum*, menzione che necessariamente deve essere ricondotta al lavoro compilatorio. Invero, limitatamente ai casi sopra considerati e alla luce di una certa ricostruzione che di tali passi si è proposta in conformità a quella ritenuta più plausibile, si potrebbe forse azzardare l'ipotesi che nemmeno per i compilatori la tutela del terzo beneficiario fosse poi una questione di primaria importanza, nel senso che le modifiche apportate ai testi e volte sostanzialmente alla salvaguardia della validità di certe stipulazioni viziate da nullità in quanto non rispondenti alle regole generali di validità previste, paiono essere orientate, soltanto per ragioni di equità, alla tutela diretta del terzo beneficiario per mezzo della concessione di un'azione diretta, preferendo piuttosto privilegiare la salvaguardia della validità delle *stipulationes* e la tutela dei soggetti non parte diretta di tali stipulazioni per altre vie, come sembrerebbero dimostrare i due casi da ultimo proposti, vale a dire Africano, *7 quaestionum*, D. 23.4.23 ed Ulpiano, *50 ad Sabinum*, D. 45.1.45.2.

Per tale ragione, ferma restando la nullità della concessione di azioni dirette al terzo in età classica, stante la vigenza della regola secondo cui *alteri stipulari nemo potest* nel suo più rigoroso significato, si è portati a chiedersi se anche nei periodi successivi, in presenza di casi paragonabili a quelli sino ad ora proposti, si possa riscontrare, anche nell'intervento compilatorio, quello che pare essere un sostanziale disinteresse, ovvero un interesse solo marginale e per la figura del terzo ripetto al contratto.

5. La configurabilità del contratto a favore di terzo proprio in età epiclassica

I. La casistica in tema di restituzione dotale a favore di terzo

Procedendo nell'analisi dei testi rilevanti in tema di contratto a favore di terzo proprio, ci imbattiamo anche in età epiclassica in fattispecie chiaramente simili a quelle analizzate in età classica; in particolar modo a ricorrere è la casistica riguardante la restituzione dotale a favore di un terzo. Rilevante in questo senso è quello che si legge nella seguente costituzione di età gordiana, vale a dire

C. 5.14.4, Imp. Gordianus A. Torquatae: *Pactum dotale, quo matrem convenisse cum patre tuo proponis, ut, si in matrimonio decessisset, tibi et fratribus tuis dos restitueretur, si stipulatio ex persona vestra, cum in potestate patris constituti non essetis, legitima minus intercessit, defuncta ea in matrimonio actionem vobis quaerere non potuit. sed si obligatione verborum rite intercedente dotis petitionem habere potuisti, maxime si ad vinculum potestatis patriae non attigeris, petitionem exsequi non prohiberis.* D. VI id. Ian. Gordiano A. et Aviola cons. [a. 239].

Dalla prima parte della costituzione si evince che un patto avente ad oggetto la restituzione della dote stipulato tra il marito e la moglie in favore dei figli *in potestate*, nell'ipotesi in cui la moglie fosse morta durante il matrimonio, non era idoneo a conferire ai figli stessi, in quanto non *sui iuris*, alcun diritto tutelato da azione diretta. In secondo luogo, si aggiunge che, se fosse invece intervenuta una valida *obligatio verborum*, il figlio avrebbe potuto agire per la restituzione della dote e, se questi fosse stato in particolare un soggetto non sottoposto alla potestà paterna, allora non gli doveva essere proibito di agire. La costruzione nella seconda parte del brano appare un po' confusa, come rileva Giovanni Finazzi, nel senso che, contemporaneamente, vi è un doppio riferimento all'esperibilità dell'azione nelle due espressioni *si ... petitionem habere potuisti* e *petitionem exsequi non prohiberis*; inoltre l'utilizzo della costruzione *maxime si* lascerebbe intendere una concessione preferenziale ma non esclusiva dell'azione diretta al figlio *sui iuris*, dove l'esperibilità dell'azione da parte del figlio *sui iuris* deriverebbe dalla possibilità per lo stesso di pattuire a sua volta personalmente con il padre la restituzione della dote, essendo ormai soggetto autonomo di diritto¹¹⁰.

Tali ragioni hanno fatto pensare all'intervento compilatorio in pressoché

¹¹⁰ Cfr. G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 455 e nt. 105.

tutta la seconda parte del testo, finalizzato ad armonizzare la situazione del figlio in potestà con quella del figlio *sui iuris*, concedendo anche al primo l'azione diretta a tutela della propria posizione, conformemente al nuovo atteggiamento sviluppatosi in età giustiniana in relazione alle stipulazioni di restituzione dotale a favore dei figli in potestà, come aveva ipotizzato Emilio Albertario¹¹¹. Sebbene appunto, come si vedrà poi meglio, questo atteggiamento di maggiore favore verso la posizione dei figli *in potestate*, in relazione al patto di restituzione dotale, sia sicuramente successivo all'epoca epiclassica, è anche vero che qui l'inciso *maxime ... non attigeris* potrebbe indicare invece semplicemente quanto ancora in età epiclassica, parimenti all'età classica, per la validità del patto di restituzione dotale in favore del figlio fosse necessario che questi non fosse in potestà del padre, altrimenti non potendo divenire creditore dello stesso; in questo senso rilevanti sono i riferimenti all'armonizzazione di tale testo con quello simile contenuto in C. 5.14.7, di Diocleziano e Massimiano del 294, contenuti nel testo dei Basilici corrispondente alla costituzione di Gordiano III, commentata in uno scolio di Teodoro (sch. a Bas. 29.5.34, in B V 2133, ll. 15-22), conformemente all'esegesi proposta da Finazzi che si qui si segue¹¹².

La costituzione in esame, quindi, deve essere necessariamente considerata in relazione con l'altro caso di patto di restituzione dotale a favore di terzo di cui a

C. 5.14.7, Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Phileto: *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]*. D. XIII k. Ian. Nicomediae CC. cons. [a. 294].

Si tratta, in questo caso, di una stipulazione di restituzione della dote in favore dei nipoti posta in essere dal padre della donna nell'ipotesi in cui la stessa fosse premorta durante il matrimonio, in accompagnamento ad una *dotis dictio* stipulata dal padre in favore della figlia; la stipulazione è considerata invalida, ma per ragioni di equità¹¹³ veniva concessa ai nipoti un'*actio utilis* a tutela della loro

¹¹¹ Cfr. E. Albertario, *I contratti*, cit., pp. 34 – 36 ed Id., *I patti dotali*, cit. p. 361.

¹¹² Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 456.

¹¹³ Sull'individuazione ed il significato del termine *aequitas* in dieci costituzioni dell'età di Diocleziano e Massimiano si veda il fondamentale lavoro di M. Talamanca, *L'“aequitas” nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in G. Santucci (cur.), “Aequitas”. *Giornate in*

posizione. Confrontiamo quanto contenuto nel testo della costituzione con lo scolio alla corrispondente traduzione contenuta nei Basilici, il cui autore è Teodoro:

sch. a Bas. 29.5.34, in B V 2133, ll. 15-22: *Θεοδώρου. Συμφωνεῖν οὐ δύναται ἡ γυνὴ μετὰ τοῦ ἰδίου ἀνδρός [| ὥστε |] τελευτώσης αὐτῆς ἵνα ἀναδοθῆ ἢ οἰκεία προῖξ τοῖς υἱοῖς αὐτῆς· καλῶς δὲ τοῦτο ἐπερωτᾷ γίνεσθαι, ἐὰν μέντοιγε αὐτεξούσιοι ὧσιν οἱ παῖδες αὐτῆς. Πλὴν μὴ λάθῃ σε ἡ ζ'. διατ. τοῦ παρόντος τιτ. λέγουσα, ὡς εἰ συμφωνήσῃ ὁ πατὴρ τῆς κόρης, ἵνα αὐτῆς τελευτώσης ἀναδοθῆ ἢ προῖξ τοῖς παισὶν αὐτῆς, καλῶς κινουῦσιν οἱ παῖδες οὐτιλίαν ἀγωγὴν. Σημείωσαι οὖν διαφορὰν πατρὸς καὶ θυγατρὸς πακτευόντων καὶ θεμάτισον πάλιν τοὺς παῖδας αὐτεξουσίου κατὰ τὸ εἰρημένον ἐνταῦθα. Ἀνάγνωθι δὲ καὶ τὴν ζ'. διατ. τοῦ παρόντος τιτ.*

Nel suo scolio Teodoro, nel confrontare i testi delle due costituzioni, sottolineava come la ragione della diversa soluzione nei due casi fosse dovuta alla diversa qualità dei soggetti paciscenti, vale a dire nel primo caso la donna e nel secondo il padre della donna, e al diverso *status* familiare dei soggetti beneficiari; la circostanza della menzione di tali requisiti ha condotto a ritenere che solo quest'ultimo, se preso isolatamente, non fosse sufficiente a giustificare le due diverse soluzioni¹¹⁴. Ma, in relazione alla prima costituzione, dobbiamo esaminare proprio la traduzione della costituzione presente nella compilazione basiliana:

Bas. 29.5.34: *Ἐὰν γυνὴ συμφωνήσῃ πρὸς τὸν ἄνδρα, ὥστε θανάτῳ αὐτῆς λυομένου τοῦ γάμου τὴν προῖκα τοῖς κοινοῖς παισὶν ἀποκαταστήναι εἰ μὲν καὶ τεχθέντες ἦσαν οἱ παῖδες ἤδη καὶ αὐτεξούσιοι γενόμενοι ἐπηρώτησαν τὸν ἴδιον πατέρα, ἔσχον τὴν ἐπὶ τῷ συμφώνῳ ἀγωγὴν· ἐὰν δὲ αὐτεξούσιοι ὄντες οὐκ ἐπηρώτησαν ἢ ὑπεξούσιοι ἦσαν, οὐδεμίαν ἔχουσιν ἀγωγὴν κατὰ τοῦ πατρός· οὐδὲ γὰρ ἀπὸ ἀλλτρίου συμφώνου κτᾶται τις ἀγωγὴν, οὐδὲ παῖς ὑπεξούσιος καλῶς ἐπερωτᾷ τὸν πατέρα.*

Qui si precisa come i figli soggetti alla potestà paterna non potessero agire contro di lui per l'adempimento del patto in loro favore, il che chiaramente contrasta con la concessione di un diritto ad essi; per queste ragioni si ritiene che il testo originario altro non esprimesse se non l'opinione epiclassica sul punto, che in verità non si discostava di molto da quella classica. Non va taciuto, tuttavia, che

memoria di Paolo Silli. *Atti del Convegno, Trento 11 e 12 aprile 2002*, Padova, 2006, pp. 64 e ss.

¹¹⁴ Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 456.

secondo Giovanni Finazzi non si può escludere nemmeno che la seconda parte del testo sia stata rimaneggiata dai compilatori nel senso di un maldestro riassunto ovvero di un intervento integrativo sulla base di una o più costituzioni¹¹⁵.

Per quanto riguarda più nello specifico la seconda delle due costituzioni menzionate, vale a dire C. 5.14.7, nonostante sia stato isolatamente ritenuto in passato che il riferimento all'*actio utilis* non fosse spurio¹¹⁶, tale *actio* deve piuttosto essere considerata frutto dell'intervento compilatorio¹¹⁷, in virtù innanzitutto di ragioni sistematiche, quali la generale inammissibilità dei contratti a favore di terzo e la vigenza della regola *ex nudo pacto actio non oritur* espressa da Ulpiano nel frammento del libro 4 *ad edictum*, D. 2.14.7.4, già ricordata in precedenza con riferimento al brano del *De magia* di Apuleio nel quale, appunto, era descritto un nudo patto concluso in occasione della *dotis dictio* costituita dal padre della donna¹¹⁸. Prescindendo comunque da tali considerazioni, è la lettura delle fonti bizantine che attesta l'innovazione giustiniana in tema di concessione dell'*actio utilis* e chiarisce le ragioni dell'intervento in via equitativa; esaminiamo infatti questo scolio:

sch. 2 a Bas. 29.5.37, B V, p. 2135, ll. 1-2: *Τοῦτο τὸ ῥητὸν σήμερον κατὰ καινοτομίαν προσετέθη· καὶ ἔστι παρὰ τὴν καθόλου διαίρεσιν καὶ χρῆ αὐτὸ ὡς ἰδιζὸν καὶ ζένον σεμειώσασθαι.*

Sulla base di quanto si legge in questo anonimo scolio, infatti, l'*actio utilis* è

¹¹⁵ Cfr. G. Finazzi, *Il contratto in favore di terzo*, cit., p. 457.

¹¹⁶ Cfr. O. Behrends, *Überlegungen*, cit., p. 51 e nt. 115, riportandola, parrebbe, alla distinzione classica tra *actio quae competit* e *actio danda*, in rapporto altresì all'*actio utilis* concessa per ragioni di equità di cui alla costituzione C. 3. 42. 8 (Diocleziano e Massimiano, a. 294), la quale, secondo M. Talamanca, *L'"aequitas"*, cit., p. 150, nt. 284, peccherebbe di colpevole ignoranza delle fonti bizantine.

¹¹⁷ Cfr. E. Albertario, *I contratti*, cit., pp. 32 – 34 e Id., *I patti*, cit., p. 356 e ss; si veda altresì E. Valiño, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, p. 207; R. Sotty, *Recherches sur les "Actiones utiles". La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977, p. 467; M. Talamanca, *L'"aequitas"*, cit. p. 149 – 150; M. Magagna, *I patti*, cit., p. 217 e nt. 104.

¹¹⁸ Diversamente da quanto congetturato in proposito da R. Sotty, *Recherches*, cit., pp. 467 e ss, il quale qualifica in patto in questione come una *stipulatio* che il padre avrebbe contratto in favore di se stesso, che alla morte dello stipulante avrebbe dovuto spettare agli eredi dello stesso. Contro tale ricostruzione M. Talamanca, *L'"aequitas"* cit., p. 150 nt. 284, seguito da G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 457 nt. 110.

menzionata a chiare lettere come un'innovazione legislativa “attuale” (*καινοτομία*), e presenta i caratteri della singolarità, non potendo quindi essere interpretata estensivamente ma solo in relazione al caso circoscritto¹¹⁹.

Invece, nel primo scolio, attribuito a Taleleo, si legge:

sch. 1 a Bas. 29.5.37, B V, p. 2134: *Τοῖς ἐξ ἄλλου παιδὸς γεγομένοις αὐτοῦ ἐγγόνοις ἢ τοῖς ἀπὸ θυγατρὸς ἐξ ἄλλου προτέρου ἀνδρός. Παῖς μὲν γὰρ συμφωνῶν ὑπὲρ πατρὸς προσπορίζει τῷ πατρὶ ἀγωγὴν· πατὴρ δὲ τῷ παιδί ἀγωγὴν οὐ προσπορίζει. Ἀλλ' ἢ ἄρα συμβάλλεται τῷ παιδί ἐναγομένῳ εἰς δόλον παραγραφῆν.*

Come si può vedere, non viene concessa l'*actio utilis*, ma sembra che l'unica tutela proposta al terzo sia quella derivante dalla concessione di un'*exceptio doli*, circostanza che però presupporrebbe che costui fosse entrato in possesso della dote, creando un problema di coordinamento con il secondo scolio, il quale però fa testo sull'interpolazione della costituzione e stato sulla sua presenza nel *Codex*¹²⁰. Secondo Finazzi¹²¹, il fatto che l'autore del primo scolio ignorasse l'innovazione compilatoria si potrebbe spiegare con il fatto che tale scolio sia stato composto dopo la prima redazione del *Codex*, mentre il secondo, pubblicato da Scheltema e Holverda in B V, p. 2135, ll. 1-2, sarebbe avvenuta solo dopo l'emanazione del *Codex repetitiae praelectionis*.

Quindi, in conclusione, in relazione a C. 5.14.7, pare potersi affermare che la costituzione, nella versione originale, non prevedesse la concessione di alcuna *actio utilis* a tutela del terzo beneficiario, essendo questa un'integrazione sicuramente giustiniana, si badi bene, senza alcun riferimento alla condizione *in potestate* del terzo beneficiario, dal momento che, ancora in età epiclassica, era vigente non solo la regola della nullità della *stipulatio alteri* ma, parallelamente, quella secondo cui *ex nudo pacto actio non oritur*, che rendeva la pattuizione aggiuntiva alla *dotis dictio* assolutamente non azionabile. L'eventuale interesse morale riscontrabile in capo al paciscente, il quale agiva per conto proprio in favore del terzo, è utile a Finazzi per escludere, parallelamente al contratto in

¹¹⁹ Cfr. in questo senso M. Talamanca, *L'“aequitas”*, cit., p. 150 – 151 e ntt. 287 – 288.

¹²⁰ Tale è l'opinione, autorevole e come sempre lucida e puntuale nell'interpretazione dei testi, di M. Talamanca, *L'“aequitas”* cit., p. 152 e in particolare nt. 292.

¹²¹ G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio* cit., p. 459.

favore di terzo proprio, l'operatività della rappresentanza¹²², mentre ai nostri fini, stante anche la già ricordata regola secondo cui dal nudo patto non nasce azione, tale rilievo non è utile nemmeno per ipotizzare una fattispecie di contratto improprio a favore del terzo, potendosi forse ipotizzare il rilievo dell'interesse come *ratio* alla base della concessione dell'azione utile in via equitativa, ma solo in età giustiniana.

Ad analoghe conclusioni, nel senso della mancata azionabilità diretta da parte del terzo di una restituzione dotale pattuita in suo favore in età epiclassica, pare si possa giungere anche analizzando la seguente costituzione, a cui si è già fatto rapido cenno in precedenza:

C. 5.12.26, Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Demostheni: *Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem.* D. VI k. Ian. ipsi CC. cons. [a. 294]

A differenza del caso contemplato in C. 5.14.7, qui il riferimento non è ad un nudo patto ma ad una stipulazione contratta contestualmente ad una *dotis dictio* del padre in favore della propria figlia; secondo quanto si legge nel testo della costituzione, il marito – genero non era tenuto alla restituzione della dote né al suocero costituente, il quale, avendo concluso la restituzione dotale a beneficio del terzo, non aveva interesse a che la prestazione fosse adempiuta nei suoi stessi confronti (*nec sibi cessante voluntate*), né nei confronti del soggetto terzo indicato, vale a dire l'*extraneus* a cui si fa riferimento nel testo e che indica il figlio emancipato, stante l'innammissibilità per diritto dell'adempimento nei confronti di quest'ultimo (*prohibente iure*).

Proprio il riferimento all'*extraneus* è stato ritenuto spurio, conformemente all'intenzione compilatoria di ammettere la validità della restituzione della dote a favore del solo figlio in potestà, negandola quando lo stipulante intendeva beneficiare in questo senso soggetti invece *sui iuris* i quali, come si è già detto con riferimento ai casi di restituzione dotale in precedenza considerati, avrebbero potuto autonomamente pattuirne la restituzione in loro favore direttamente con il

¹²² Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio* cit., p. 459.

padre¹²³; in senso conforme a tale ricostruzione veniva letto il testo di uno scolio ai Basilici:cui a in riferimento all'appena citata C. 5.12.26:

sch. 1 a Bas. 29.1.113, B V, p. 2100, ll. 1-10: Τὸ παλαιὸν EXTRANEONSTITUTIO¹²⁴ ἔχει φησὶν ὁ Θαλέλαιος· τουτέστιν ἢ ἐμαγκιπάτω ἢ φυσικῶ. Τῶ γὰρ ὑπεξουσίῳ παιδὶ καλῶς ἐπερωτᾷ ὁ πατὴρ ἀναδοθῆναι τὴν προῖκα, ὡς ἔγνωμεν ἐν τῷ θ'. διγ. τοῦ δεπάκτις δοταλίβους τιτ. Τοῦ δεδοτίβους μονοβίβλου· τὸ γὰρ EXTRANEONSTITUTO ἐνταῦθα κείμενον δείκνυσιν, ὅτι ἐκεῖνο περὶ ὑπεξουσίου εἴρεται, εἰ μὴ ὅτι καὶ ταύτην τὴν διάταξιν δύνασαι κατ' ἐκεῖνο τὸ δίγιστον νοῆσαι· ἐπεὶ γὰρ οὕτως εἶπεν, ὅτι φιλαγάθῳ ἐρμηνεῖα δεχόμεθα ἐρρωῶσθαι τὸ σύμφωνον τὸ γενόμενον, ὥστε τῷ παιδὶ ἀποδοθῆναι τὴν προῖκα καὶ δυνατὸν εἶπεν, ὅτι ἡ διάταξις πρὸς ἀκρίβειαν εἶπεν· ἐπείτοιγε φιλαγάθως δύναται ὁ υἱὸς ἀπαιτεῖν. Βελτίων δὲ μᾶλλον ἢ πρῶτη παράδοσις ἀκολούθος οὔσα τῷ ρητῷ τῆς διατάξεως.

Nello scolio è affermato che Taleleo poteva leggere la limitazione al *filius extraneus constitutus* nel testo della costituzione pervenuto ai compilatori; ma esso veniva interpretato nel senso che il costituente avrebbe potuto stipulare la restituzione della dote in favore del proprio figlio solo qualora questi fosse sottoposto alla sua *potestas*. Albertario interpretò in questa disciplina un riferimento alla possibilità per il figlio di agire contro il padre sulla base della *stipulatio* in suo favore, ammessa nel testo di Pomponio conservato in D. 23.4.9 analizzato in precedenza (*defendi utilem stipulationem esse*), e in tal modo interpolato dai compilatori. Il termine *filius* presente nel testo di Pomponio veniva letto, in particolare da Albertario, alla luce di questa interpretazione di C. 5.12.26, in virtù della quale, non essendo qui valida la stipulazione in favore del figlio *sui iuris*, non avrebbe dovuto esserlo nemmeno per il *filius* menzionato nel passo di Pomponio, per esigenze di armonizzazione riconducibili al lavoro compilatorio.

Il testo dei Basilici può però essere inteso in senso differente, conformemente all'interpretazione, che qui si intende seguire, data da Giovanni Finazzi¹²⁵; secondo l'autore, infatti, se l'espressione *extraneo constituto* era già presente nel testo di C. 5.12.26, perde di senso ipotizzare che l'opzione indicata da Taleleo corrispondesse ad una scelta operata dai compilatori nel senso di

¹²³ Cfr. in questo senso E. Albertario, *I contratti*, cit., p. 34 e Id., *I patti*, cit., p. 358.

¹²⁴ Sic. L'Appar. ad loc. segnala che la I finale fu "postea ins.", e che il nesso deve ovviamente leggersi "extraneo constituto".

¹²⁵ Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 461.

differenziare i due regimi restitutori a seconda che il figlio fosse in potestà o no, essenso piuttosto maggiormente consona l'altra interpretazione proposta in alternativa dallo stesso Taleleo, il quale sottolineava che, se da un lato la costituzione epiclassica sanciva la vigenza del rigoroso principio di diritto secondo cui la dote avrebbe potuto essere restituita solo allo stipulante e non a persona diversa, dall'altro a questo principio si poteva opporre la *benigna interpretatio* di matrice giustiniana ad integrazione di quanto previsto nel passo di Pomponio e riferita genericamente ai figli, qualunque fosse stato il loro *status familiae*. Il fatto che lo scoliaste fosse persuaso maggiormente dalla prima interpretazione non significa che la seconda in concreto non fosse valida¹²⁶.

Ciò che a noi interessa qui nello specifico è che la costituzione non è stata interpolata, e per questa ragione il testo di C. 5.12.26 prova una volta in più come in età epiclassica, e in tema di restituzione dotale in favore di un terzo, quest'ultimo non godesse di alcuna azione diretta a suo favore, essendo la stipulazione valida solo per lo stipulante e nei limiti di una restituzione da operarsi nei suoi confronti. Tale circostanza pare trovare ulteriore conferma nel testo di un'altra costituzione tetrarchica:

C. 5.12.19 pr., Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Achilli: *Cum patrem pro filia dotem tibi dantem, si post suam mortem in matrimonio constituta rebus humanis eadem eximatur, partem dimidiam dotis Ammiae reddi pactum proponas, post vero testamento facto cum aliis etiam Ammiam heredem scripsisse nec Ammiam quicquam ex stipulatu petere velle sanxisset, si quidem hanc sibi reddi secundum fidem pacti stipulatam Ammiam non probetur, ex alieno pacto nec prorsus ei ulla competit actio*. D. XIII k. Febr. Sirmi CC. cons. [A 294].

Si tratta in questo caso di una *dotis dictio* conclusa dal padre in favore della figlia ed accompagnata da un patto di restituzione di metà della dote ad Ammia, qualora il costituente o la figlia, in costanza di matrimonio, fossero venuti a mancare; si è già avuto modo di accennare brevemente al fatto che molto probabilmente il patto in questione consisteva in un caso di *pactum* versato in una

¹²⁶ Così conclude G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 462, indicando come probabilmente la precisazione *extraneo constituto* debba essere fatta risalire alla descrizione del fatto fornita alla cancelleria imperiale dall'appellante.

*stipulatio*¹²⁷, essendo del resto poco chiaro se il suocero avesse fatto impegnare il genero con un *pactum* o con una *stipulatio*. A ben vedere, anche con riferimento agli altri testi già analizzati in precedenza, ad accompagnare contestualmente la *dotis dictio* in funzione restitutoria è sempre un *pactum*, e ciò indurrebbe a propendere in questo senso anche nel presente caso, configurandosi questa come una soluzione più conforme al *modus operandi* di età epiclassica, nel senso che la nullità della *stipulatio alteri* sarebbe rafforzata parallelamente e contestualmente dalla regola secondo cui *ex nudo pacto actio non oritur*.

Ma questo testo legislativo ci presenta un problema, costituito dalla presenza, nella sua seconda parte, del divieto sancito dal padre nei confronti di Ammia, istituita poi erede, di richiedere la metà della dote con un'*actio ex stipulatu*, rendendo piuttosto incerta la qualificazione del negozio posto in essere dal costituente. Finazzi¹²⁸ ricompone il testo in questione senza ricorrere alla presunta massiccia interpolazione del passo, seppur sostenuta in passato¹²⁹, ipotizzando che, stante la genericità della richiesta presentata dall'appellante, la cancelleria distinguesse a seconda che il costituente avesse contratto la restituzione della dote con un *pactum* ovvero con una *stipulatio*; nell'ipotesi in cui il genero non avesse dato corso al *pactum*, e quindi non si fosse poi impegnato con una *stipulatio* nei confronti della beneficiaria, a questa non sarebbe spettata alcuna azione diretta, per le solite ragioni ormai più volte esposte, ossia per un verso la sua terzietà rispetto al patto posto in essere dal suocero con il genero, e per un altro la nullità delle *stipulationes alteri* e, comunque, per la vigenza del principio secondo cui *ex nudo pacto actio non oritur*. Nell'ipotesi in cui, invece, il genero avesse dato corso al patto ponendo in essere una *stipulatio* con Ammia, allora l'*actio ex stipulatu* le sarebbe spettata in quanto parte di una stipulazione, azione che comunque poi sarebbe stata paralizzata sul piano del *ius honorarium* dall'eccezione sollevabile dal promittente stesso, stante la volontà del testatore di impedire la restituzione *ex stipulatu* della dote.

Questa ricostruzione, oltre alla maggior salvaguardia possibile dell'integrità

¹²⁷ Cfr. p. 99 nt. 16 del presente capitolo.

¹²⁸ Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 463.

¹²⁹ Cfr. S. Riccobono, *Lineamenti*, cit., p. 407.

della costituzione in esame, permette di armonizzarla correttamente con C. 5.12.26 vista in precedenza, nel senso dell'inesperibilità diretta dell'azione da parte della beneficiaria; inoltre, in generale, converge con la tendenza epiclassica in tema di restituzione dotale, sempre nel senso dell'inammissibilità di stipulazioni in favore del terzo e di azioni dirette nascenti dal *pactum*, consentendo al massimo l'individuazione di un interesse morale in capo al paciscente, che giustificherebbe il patto posto in essere dallo stesso, ed impegnando altresì solo moralmente la controparte ad obbligarsi verso il terzo beneficiario.

II. Il caso particolare della donazione modale

Un caso particolarmente interessante nel senso della possibilità, già in età epiclassica, della concessione di un'*actio utilis* a tutela del terzo a favore del quale fosse stata stipulata una prestazione è quello risolto in un'altra costituzione tetrarchica:

C. 8.54.3, Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Iuliae Marcellae: pr. *Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id, quod donatum est, alii restituatur, veteris iuris auctoritate re scriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit, vel heredibus eius condicticiae actioni 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, competeat, tibi accomodabit.* PP.Sirmi XI k. Oct. ipsis III et III AA. cons. [a. 290].

Si tratta di un caso di cosiddetta donazione *sub modo* a favore di terzo pervenutoci in due distinte redazioni che presentano alcune differenze l'una rispetto all'altra; la seconda redazione, in particolare, pervenutaci grazie ai *Fragmenta Vaticana*, e desunta dal *Codex Gregorianus*, permette di ricostruire il testo originario della costituzione¹³⁰, peraltro non così incisivamente alterato dai

¹³⁰ Anche se a rigore, come fa notare Mario Talamanca nel suo contributo, purtroppo incompiuto nell'ultima parte a causa della prematura scomparsa dell'autore, *Diocl. et Max. C. 8. 54. 3 = FV. 286*: «*donatio sub modo*», «*datio ob rem*» e contratto a favore di terzi, in *Studi in onore di Antonino Metro*, 6, Milano, 2010, p. 251, nt. 3, sarebbe la ricostruzione del testo dei *Fragmenta Vaticana* a dipendere dall'interpretazione di quello contenuto nel *Codex*, più che il contrario, a

compilatori; si legge, infatti, nel testo dei *Fragmenta*:

F. V. 286. Eodem libro eodem titulo. Idem¹³¹ Iuliae Marcella[e: *Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus] id quod donatum est alii restituatur, [veteris iuris auctoritate rescriptum est], si is in quem liberalitatis compen[dium conferebatur stipulaus non sit, placiti] fide non servata, ei qui libera[litatis auctor fuit vel heredibus eius condicticiae actionis] persecutionem competere. Sed cum p[ostea benigna iuris interpretatione divi princi]pes ei qui stipulatus non sit [utilem actionem iuxta donatoris voluntatem] decernendam esse admi[serint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis] ageret, potuit decerni, [si quae proponis vera sunt, tibi adcommodabitur]. Proposita [Sirmi XI kal. Oct. Augg. IIII et III conss.]¹³².*

La fattispecie attiene ad un caso di donazione accompagnata da un *modus* sottoposto a termine iniziale, avente ad oggetto la restituzione dei beni donati ad un soggetto terzo rispetto alla stipulazione principale, vale a dire la sorella della donante Iulia Marcella, come si evince dal testo di F. V. 286. Sulla base della clausola modale, il primo donatario avrebbe dovuto a sua volta trasferire ad un secondo donatario la cosa oggetto della donazione primigenia, il quale, sulla base della *veteris iuris auctoritas*, avrebbe avuto diritto ad un'azione contro il primo donatario, ma solo nell'ipotesi in cui questi avesse provveduto a farsi promettere il trasferimento con apposita stipulazione, nascendo evidentemente l'azione in suo favore dalla stipulazione posta in essere, ed in questo senso godendo quindi della tutela *ex stipulatu*. Nell'ipotesi in cui, invece, tale successiva stipulazione non fosse stata effettuata, il solo donante avrebbe potuto valersi della *condicticiae actionis persecutio*¹³³ in caso d'inadempimento dell'onere imposto, senza alcuna possibilità di tutela diretta per il secondo donatario.

Come si legge nella seconda parte del testo della costituzione, è solo con la

causa delle difficoltà collegate alla lacunosa lettera del testo tramandato nei *Fragmenta*.

¹³¹ Il riferimento deve essere qui inteso a *Gregorianus libro XIII* ed agli imperatori Diocleziano e Massimiano.

¹³² Il testo dei F. V. 286 qui riportato segue quello utilizzato da M. Talamanca, *Diocl. et Max. C. 8. 54. 3*, cit., p. 252.

¹³³ Vale a dire la *condictio ob rem dati re non secuta*, come specifica M. Talamanca, *Diocl. et Max. C. 8. 54. 3*, cit., p. 253.

*benigna interpretatio dei divi principes*¹³⁴ che il secondo donatario ottiene azione contro il primo anche in assenza di una stipulazione diretta tra i due: un'*actio utilis* che, nel caso di specie, sarebbe sì spettata alla sorella dell'istante ma che avrebbe potuto essere estesa anche alla stessa, come appare nella clausola presente nel testo di F. V. 286, che riporta *actio ... tibi adcommodabitur*. Va tuttavia rilevato che non è affatto chiaro su quale azione a sua volta tale *actio utilis* debba identificarsi¹³⁵.

¹³⁴ Sulla quale si rimanda a F. Wubbe, *Benigna interpretatio*, cit., p. 300, in senso però meramente attestativo della presenza della *benigna interpretatio* in questione. G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 465-466, riconduce la paternità della soluzione in esame agli stessi Diocleziano e Massimiano, i quali risulterebbero, secondo questa prospettiva, i veri innovatori nel senso che la concessione dell'*actio utilis* a tutela della terza beneficiaria, nel caso di specie, andrebbe attribuita a loro. L'autore giustifica questa soluzione, escludendo quindi il riferimento ad altre coppie d'imperatori che regnarono insieme prima di Diocleziano e Massimiano, quali Marco Aurelio e Lucio Vero, Marco Aurelio e Commodo, Settimio Severo e Caracalla, osservando (nt. 132 alla pagina citata) che, stante la particolarità della situazione e della soluzione prospettata in C. 8.54.3, si dovrebbe ritenere come più probabile il riferimento a Diocleziano e Massimiano poiché, in caso contrario, gli autori del rescritto non sarebbero stati definiti *divi principes* ma nominativamente, allo scopo di non lasciare dubbi sulla loro identità. Risulterebbe da questa datazione che, stante la contrapposizione nella parte iniziale del testo della costituzione tra la nuova soluzione qui adottata e quella di un rescritto precedente, ispirato invece alla *veteris iuris auctoritas*, la *benigna interpretatio* sia stata posta nel rescritto in questione facendo leva su una decisione precedente di Diocleziano e Massimiano sempre in tema di donazione modale. Questa opinione, tuttavia, si scontra decisamente con la constatazione che tali *principes* sono qualificati come *divi*, e pertanto dovevano essere defunti e divinizzati al momento in cui la cancelleria diocleziana emise il rescritto: e pertanto pare necessario disattendere l'ipotesi di Finazzi. Invece H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., p. 23, retrodata l'attribuzione dell'innovazione. M. Talamanca, *Diocl. et Max. C. 8. 54. 3*, cit., p. 285 e ss. e ntt. 108 - 109, esclude che il riferimento debba essere fatto ad una precedente decisione dello stesso Diocleziano, interpretando *ante* nel senso della riferibilità temporale a imperatori antecedenti all'avvento al trono di Diocleziano e Massimiano, pur constatando l'esistenza di difficoltà nella loro identificazione. Pur essendo questa parte del contributo più abbozzata rispetto alla prima parte, per le ragioni già più volte ricordate, l'autore pareva essere piuttosto sicuro riguardo all'antecedenza. La soluzione proposta da Talamanca, risoluta nell'escludere l'identificazione dei *divi principes* con i tetrarchi ma perplessa su quella con qualsiasi altra coppia imperiale, pare, anche nell'onestà con cui ammette la difficoltà di determinare la paternità della soluzione legislativa in discussione, la più plausibile.

¹³⁵ Cfr. in questo senso G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 465, nt. 130 e dottrina citata. Tra le diverse possibilità si ricorda qui quella secondo cui potrebbe trattarsi di un'*actio prescriptis verbis*, secondo quanto si legge in sch. 1 a Bas. 47.1.72, B VIII, p. 2783, l. 28

Il testo si presenta interessante dal punto di vista che qui ci occupa in relazione alla seconda parte della costituzione, vale a dire quella che fa riferimento alla *benigna interpretatio* dei due imperatori ed alla previsione dell'*actio utilis*; ci si rende conto in queste sede, e se ne prende atto, che da un punto di vista esegetico la maggior parte delle considerazioni di rilievo possano e debbano essere fatte in relazione alla prima parte del testo, che però risulta sconnessa dal problema dell'eventuale configurabilità del contratto in favore di terzo in diritto romano, prospettiva dalla quale la maggior parte della dottrina ha guardato al testo in questione¹³⁶. Forse si tratta veramente di un problema di sovrapposizione di questioni moderne a realtà antiche del tutto disinteressate a questioni giuridiche in questi termini profilate, però a nostro parere si possono trarre comunque considerazioni di rilievo anche tenendo conto di questa osservazione, pur senza volerla necessariamente accettare.

In primo luogo, dunque, si può rilevare come la sconnessione tra l'*actio utilis* concessa nella seconda parte della costituzione e la prima parte del testo evidenzi come, nel caso di specie, per il diritto classico non si ponesse un problema di tutela del terzo, neppure dal punto di vista della ricostruzione di un contratto a favore di terzo improprio, anche per l'assenza di un interesse morale in capo al donante rilevabile nella previsione del *modus* in favore della terza beneficiaria, ove l'interesse in questione si riverserebbe piuttosto sulla donazione. Questa considerazione parrebbe giocare in senso contrario a quanto sembra invece

e rispetto al quale si era già espresso G. Wesenberg, *Der Anspruch des Drittbedachten bei einer modalen Schenkung nach Fr. Vat. 286*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, I, Napoli, 1953, pp. 419 ss. Finazzi si limita ad osservare che l'impiego del sintagma *actio utilis* lascia presupporre che si trattasse di un'azione concessa *ex decreto*; M. Talamanca, *Diocl. et Max. C. 8. 54. 3*, cit., pp. 288 ss., nell'abbozzare il discorso sul punto, pareva riferirsi sì alla riconduzione decretale, senza però giungere a una chiara soluzione per le ragioni già più volte ricordate.

¹³⁶ La critica è nello specifico quella mossa da M. Talamanca, *Diocl. et Max. C. 8. 54. 3*, cit., in particolare come parrebbe risultare dal tenore delle parole dell'insigne autore a p. 283; nel senso di un'approfondita analisi delle questioni giuridiche connesse alla prima parte del rescritto si invita alla lettura delle luminose considerazioni svolte dall'autore stesso a pp. 254 – 281, le quali consistono altresì nella parte più nutrita di questo lavoro, purtroppo rimasto incompiuto.

rilevare Giovanni Finazzi¹³⁷ che, probabilmente, ha sviluppato la sua conclusione armonizzandola all'economia generale del suo ragionamento volto all'esclusione, nel caso di specie, la configurabilità di un contratto a favore di terzo proprio come veicolo di ammissibilità della rappresentanza diretta. Del resto, l'assenza di rilievo di tale testo in relazione al problema del contratto in favore di terzo improprio era già stata coerentemente rilevata, tanto da non essere generalmente presa in considerazione in relazione a tale istituto¹³⁸, mantenendo invece inalterata la sua rilevanza ai fini della possibile ricostruzione dell'operatività del contratto a favore di terzo proprio già, si può dire ora, in età epiclassica, stante la sua menzione, si è detto, anche in V. F. 286¹³⁹.

Ferma, si può dire, la datazione epiclassica della costituzione, è però difficile giudicare *a posteriori* se l'accoglimento da parte dei compilatori di tale costituzione nel *corpus* del *Codex* abbia significato, parallelamente, la generale ammissione della validità del contratto a favore di terzo proprio; rileva però correttamente Finazzi¹⁴⁰ che, anche volendo ammettere l'inclusione della costituzione nel testo del Codice per ragioni legate alla fattispecie della donazione modale, si tratterebbe sempre, nella sostanza, di un *modus* a favore di terzo, vale dire quindi ad un accordo in favore di un soggetto che parte non era, ragion per

¹³⁷ Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 467.

¹³⁸ Cfr. in questo senso M. Talamanca, *Diocl. et Max. C. 8. 54. 3*, cit., p. 282, nt. 94, il quale ritiene che l'assenza di connessione della presente costituzione con il tema del contratto a favore di terzo improprio sia da ricondursi alla *condictio ob rem dati*, la quale, pur costituendo una tutela indiretta del contraente, non è un'azione in adempimento.

¹³⁹ Non a caso, si rileva qui, la maggior parte degli autori che si sono occupati del passo in questione e ne hanno rilevato l'intervento compilatorio in relazione all'*actio utilis* ivi prevista (e il riferimento è qui, nell'ambito della dottrina a cui si è fatto ricorso nel presente studio, a P. Bonfante, *I contratti* cit., pp. 234-235; G. Pacchioni, *I contratti* cit., pp. 54-63), lo ha fatto nella generale convinzione dell'inattendibilità della rilevanza del contratto in favore di terzo prima dell'età giustiniana, argomentando quindi sempre in relazione all'operatività o meno di tale istituto. Negavano, invece, che si trattasse di un contratto a favore di terzo, proponendo invece l'identificazione in una donazione modale in cui il *modus* avrebbe avuto ad oggetto la restituzione al terzo di quanto donato, E. Albertario, *I contratti*, cit., pp. 25 – 26, G. Wesenberg, *Verträge*, cit., pp. 29 ss., e Id., *Der Anspruch*, cit., pp. 415 ss.

¹⁴⁰ Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 466.

cui i due problemi paiono non essere del tutto estranei tra loro¹⁴¹. Tuttavia, da qui alla generalizzazione nel senso del riconoscimento della tutela diretta del terzo in ipotesi simili di donazione modale il passo è lungo, come dimostra la mancata concessione di un'*actio utilis* al terzo beneficiario della prestazione oggetto di *modus* in un'altra costituzione tetrarchica:

C. 8.53.22, Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Diomed: *Cum res filio emancipato ea condicione, ut creditoribus tuis solveret, te donasse proponas, si stipulatione vel in continenti habito pacto huic rei prospexisti, creditoribus quidem non contra eum ex placito vestro, sed adversus te competit actio. 1. Eum autem, cui certa lege praedia donasti, incerta civili actione ad placitorum obsequium urgueri secundum legem donationibus dictam convenit.* S. VII k. April. Sirmi CC. cons. [a. 294].

Il testo della costituzione presenta un riferimento alla *condicio* che ha fatto ritenere si trattasse di un fattispecie di donazione al figlio emancipato sotto la condizione dell'adempimento ai creditori del donante; in realtà la fattispecie appare giuridicamente inquadrabile in senso differente. Non si tratterebbe, secondo Finazzi¹⁴², di un caso di donazione sotto condizione, poiché l'eventualità che il donatario si fosse impegnato ad adempiere nei confronti dei terzi creditori con un *pactum in continenti* ovvero con *stipulatio* lascerebbe intendere un'immediata efficacia della donazione, a fronte di un adempimento nei confronti dei terzi promesso dal donatario – figlio emancipato, ma poi non posto in essere; un'altra considerazione, inoltre, induce ad escludere che ci troviamo in presenza di una donazione condizionale, ossia l'ammissione dell'esperibilità della cosiddetta *incerta civilis actio* da parte del donante nei confronti del donatario¹⁴³. Si tratta, quindi, di una donazione *sub modo* e non sotto condizione, e ancor più specificamente si tratterebbe di un *modus* avente ad oggetto una novazione soggettiva. In questo caso specifico, la cancelleria diocleziana nega l'azione diretta ai creditori nei confronti del donatario a tutela della loro posizione, ammettendo però che, nell'ipotesi in cui il patto o la stipulazione non fossero stati posti in essere nei loro confronti, e quindi non essendo stata integrata la novazione

¹⁴¹ Cfr. in questo senso anche H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., p. 23, nt. 17.

¹⁴² Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 467.

¹⁴³ Su tale rilievo si veda G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 468 e ntt. 138 – 139.

soggettiva in loro favore, essi avrebbero potuto agire direttamente contro il donante sulla base delle azioni nascenti dall'obbligazione originaria¹⁴⁴.

La costituzione in oggetto, quindi, seppur relativa ad un caso particolare di donazione *sub modo*, in quanto l'onere in capo al donatario consisteva nella *solutio* in favore di terzi di un'obbligazione preesistente, dimostra però, conformemente a quanto già accennato con riguardo a C. 8.54.3, che in età epiclassica, per quanto un'*actio utilis* potesse essere concessa per ragioni equitative in rari e circoscritti casi, tale circostanza non rappresentava l'espressione di una regola generale; del resto, vale la pena sottolineare come il caso di specie non si prestasse nemmeno ad un'eventuale integrazione compilatoria successiva, nel senso di ammettere un'*actio utilis* a favore dei terzi beneficiari per il mancato rispetto da parte del donatario dell'onere a lui imposto, in quanto il contenuto della prestazione non consisteva in una liberalità ma nell'adempimento di un'obbligazione gravante sul donante, e rispetto alla quale i terzi creditori godevano di strumenti di tutela derivanti dalla stessa obbligazione.

La materia della donazione *sub modo* pare debba quindi essere studiata con circospezione dal punto di vista della configurabilità del contratto a favore di terzo proprio in diritto romano, ma questo dato di fatto nulla toglie al rilievo storico dell'importanza che invece riveste proprio tale istituto, in particolare in relazione alla *donatio sub modo* di cui a C. 8.54.3 nell'interpretazione fatta propria da Pothier, che in essa vedeva un'eccezione al principio secondo cui *alteri stipulari nemo potest*, al punto da farne una delle due eccezioni codicisticamente espresse al divieto di *stipulare alteri* di cui all'art. 1121 del *Code Civil*. Non è, questo, evidentemente anche per chi scrive, un rilievo proprio dell'esegesi romanistica, e forse utilizzarlo in senso adesivo rispetto al riconoscimento dell'operatività del contratto in favore di terzo proprio già in diritto romano concretizza quell'errore di prospettiva rispetto quale Mario Talamanca invitava, come si è detto, a prestare la dovuta attenzione; però di fatto, e senza voler davvero sovrapporre modi di pensiero e strutture giuridiche anacronistiche le une rispetto alle altre, la considerazione di Pothier è frutto di un lavoro di esegesi, il cui risultato è stato produttivo di ben noti effetti. Sul lavoro esegetico di Pothier, in relazione anche

¹⁴⁴ In senso conforme si presenta sch. 1 a Bas. 47.1.55, B V, p. 2773, l. 5.

all'impatto di tale lavoro sul testo del *Code Civil*, si tornerà in seguito¹⁴⁵, ma è parso qui importante accennarlo nell'ottica d'insieme che il presente lavoro si propone.

III. *Casi dubbi di deposito o di comodato con patto di restituzione al terzo, come fattispecie integrative di un contratto a favore di terzo proprio*

Un'altra costituzione di età epiclassica in cui è prevista la concessione di un'*actio utilis* a tutela del terzo beneficiario riguarda il caso di un contratto di deposito o comodato accompagnato da un patto di restituzione a favore di terzi. Si tratta del seguente rescritto diocleziano, qui ricostruito secondo le indicazioni di Giovanni Finazzi¹⁴⁶:

C. 3.42.8, Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Photino: *Si res tuas commodavi[t] aut deposui[t] <sset> is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti po[tes] <sset>. <Sed quia is res suas commodavi aut deposuit nulla actione adversus tenentem uti potes>. 1. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intellegis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas actionem [stricto iure] habere [: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio]. S. V k. Mai. Heracliae AA. cons. [a. 293].*

La fattispecie qui presa in considerazione attiene ad un deposito operato da un terzo e accompagnato dalla clausola che la *res* fosse restituita al proprietario, quel Fotino che nell'istanza si asseriva tale; come si evince dalla prima parte della costituzione, egli, in qualità di proprietario della *res*, sosteneva che avrebbe potuto agire contro il detentore della cosa sulla base dell'*actio ad exhibendum* ovvero della *rei vindicatio*¹⁴⁷. Nella seconda parte la cancelleria imperiale, esprimendosi

¹⁴⁵ Cfr. sul punto parte seconda, capitolo primo, pp. 245 e ss. della presente ricerca.

¹⁴⁶ G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., pp. 468 – 469, in relazione a quanto si legge altresì nel corrispondente in Bas. 15. 4. 28, di cui di seguito nel testo.

¹⁴⁷ Come mette in luce M. Talamanca, *L'“Aequitas”*, cit. p. 141, nt. 252, seguito da G. Finazzi, *I contratti a favore di terzi proprio*, cit., p. 469, molto probabilmente Fotino, nel *libellus*, aveva presentato i fatti in questione in modo da rendere evidente la sua qualità di proprietario, in virtù della quale avrebbe potuto agire sulla base del contratto di deposito concluso dall'effettivo depositante della cosa, sulla base di quella prospettiva, dice Finazzi, “caratteristica del sentire

sulla fattispecie e sulla richiesta di Fotino di rientrare in possesso del bene, risponde nel rispetto del regime classico, ammettendo che lo stesso possa agire sulla base del deposito soltanto nell'ipotesi in cui sia succeduto come erede civile o come *bonorum possessor* al depositante; se invece non gli fosse succeduto, allora *stricto iure* non gli sarebbe spettata alcuna azione. In questo senso, per ragioni dichiaratamente legate all'*aequitatis ratio*, la cancelleria imperiale concede a Fotino un'*actio depositi utilis*.

L'*actio utilis* è quindi concessa in via di equità al ricorrente, esattamente come si era visto in precedenza in relazione alla costituzione C. 5.14.7, dove però essa era stata considerata spuria; parte della dottrina ha ritenuto che la costituzione fosse genuina¹⁴⁸, ma in realtà molto probabilmente non può trattarsi nemmeno in questo caso di un riferimento originario. Innanzitutto, rappresenterebbe quantomeno una stranezza la circostanza in virtù della quale, con riferimento ad un *iudicium bonae fidei* qual è l'*actio depositi*, la soluzione finale in favore del terzo proprietario venisse concessa sulla base della contrapposizione tra *strictum ius* ed *aequitatis ratio*, poiché il richiamo all'*aequitas* stessa sarebbe stato superfluo in ragione della *bona fides* che qualificava l'*oportere*¹⁴⁹.

A tale proposito faceva notare Talamanca che questo sarebbe l'unico caso in cui, nell'ambito di un istituto tutelato da *iudicia bona fidei*, le fonti farebbero cenno allo *strictum ius* come fondamento di un ostacolo da superare, senza contare che, a prescindere dal riferimento a tale contrapposizione contenuto in una costituzione di Costantino e Licinio del 314, C. 3.1.8, questo sarebbe anche

provinciale, ma estranea al diritto romano, secondo il quale il proprietario della cosa oggetto del contratto reale concluso da un'altra persona poteva agire sulla base del titolo contrattuale", al di fuori, quindi, dell'ipotesi della rappresentanza e piuttosto vicina alla problematica, secondo entrambi gli autori, del *Kauf mit fremdem Geld*, per il quale si rimanda a F. Wieacker, *Εἰδόκησις und Kauf mit fremdem Geld*, in ZSS, 51, 1931, pp. 408 – 417 e letteratura connessa.

¹⁴⁸ Cfr. H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., p. 23; O. Behrends, *Überlegungen*, cit., p. 51 e nt. 111; e, prima della posizione sostenuta in *L''Aequitas*", cit., pp. 140 e ss, e dovuta ad una più compiuta analisi del testo in questione, anche M. Talamanca, *Obbligazioni*, cit., p. 24, nt. 169, ne sosteneva la genuinità. Contro, sull'intervento compilatorio in relazione all'*actio utilis* prevista a favore del terzo (proprietario), da ultimo si veda E. Valiño, *Actiones utiles*, cit., p. 209 e ss.

¹⁴⁹ Cfr. G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 470, conformemente a quanto indicato da M. Talamanca, *L''Aequitas*", cit. p. 143 – 144.

l'unico caso riscontrabile nelle fonti in cui lo *strictum ius* risulterebbe contrapposto all'*aequitas*¹⁵⁰. In questo senso, inoltre, nell'ambito di tali contratti protetti da *iudicia bona fidei*, sarebbe stata indubbiamente più semplice la configurazione e la tutela di forme di contratto a favore di terzo improprio che, come si è visto, trovavano già limitato riconoscimento.

Proprio sulla base di questo rilievo si è ritenuto di poter dire che probabilmente, ancora in età epiclassica, anche nei rapporti giuridici tutelati da *iudicia bonae fidei*, vi sarebbero state alcune rigidità, alcuni limiti ristretti che nemmeno la *bona fides* poteva utilmente scavalcare, come quello della tutela diretta di un terzo beneficiario con il conseguente riconoscimento dell'operatività di un contratto a favore di terzo proprio, circostanza che solo l'intervento in via equitativa da parte della cancelleria imperiale avrebbe potuto effettivamente risolvere positivamente¹⁵¹. Oltre a tali valutazioni di ordine sistematico, deve inoltre tenersi nella dovuta considerazione il testo dei Basilici corrispondente a C. 3.42.8, in senso ricostruttivo rispetto alla costituzione in esame¹⁵²:

Bas. 15.4.28: *Εἰ μὲν σὰ πράγματα ἔχρησεν ἤτοι παρέθηκεν ἐκεῖνος, οὗ ἐν ταῖς δεήσεσιν ἐμνημόνευσας, ἔξεις κατὰ τοῦ ἔχοντος τὰ διαφέροντά σοι πράγματα τὴν παραστατικὴν αὐτῶν ἀγωγὴν, ἢ φαινομένων αὐτῶν, τὴν ἐκδιζοῦσαν αὐτὰ. 1. Εἰ μέντοιγε ὁ τὰ ἴδια παραθέμενος συνεφώνησεν ὥστε σοι αὐτὰ ἀποδοθῆναι, εἰ μὲν ἐκληρονόμησας τὸν παραθέμενον, δύνασαι δικαίῳ κληρονομίας ταῦτα ἀπαιτεῖν· εἰ δὲ μήτε κατὰ τὸ πολιτικὸν μήτε κατὰ πρᾶιτορα αὐτὸν ἐκληρονόμησας, οὐδεμίαν ἀγωγὴν ἔχεις κατ' αὐτοῦ καθ' οὗ ἐδεήθης, ἀπὸ τῶν τοιούτων συμφώνων.*

Dalla lettura del passo bizantino si riscontra l'assenza di qualsiasi

¹⁵⁰ M. Talamanca, *L'“Aequitas”* cit. p. 144; in questo senso anche P. Collinet, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Paris, 1947, p. 342, fece riferimento all'anomalo utilizzo della locuzione *stricto iure*.

¹⁵¹ Cfr. in questo senso G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 470 - 471, sempre conformemente a quanto indicato da M. Talamanca, *L'“Aequitas”* cit. p. 144 e nt. 261.

¹⁵² Lo scolio in questione è attribuito a Taleleo da C. G. E. Heimbach, *Basilicorum libri LX, Post Annibalis Fabroti curas ope codd. mss. a Gustavo Ernesto Heimbachio aliisque collatorum integriores cum scholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adiecit Carolus Guilielmus Ernestus Heimbach*, VI, *Prolegomena et manuale basilicorum continens*, Lipsiae, 1870, p. 362, attribuzione criticata però da M. Talamanca, *L'“Aequitas”*, cit. p. 147, nt. 276.

riferimento all'*actio utilis*; inoltre la fattispecie descritta nel testo risulta modificata, dal momento che fa riferimento ad un deposito di cose proprie del depositante e non del ricorrente - terzo proprietario, ragioni entrambe utilizzate per giustificare la sicura interpolazione del passo, essendosi probabilmente formata la traduzione greca su un testo diverso da quello che noi possiamo leggere nel *Codex repetitiae praelectionis* e redatto a sua volta anteriormente al *Novus Codex Iustinianus* o tra questo ed il *Codex repetitiae praelectionis*¹⁵³.

Non volendo certo qui cadere nell'errore di dare per scontata l'interpolazione senza voler provare a dare conto delle ragioni e dei problemi sostanziali legati all'inserzione dell'*actio utilis* nel testo di C. 3.42.8, errore nel quale M. Talamanca invita a non cadere ingenuamente¹⁵⁴, e volendo rendere conto del notevole ragionamento dell'autore sul punto¹⁵⁵, bisogna prendere spunto dall'analisi comparativa fra il testo a noi pervenuto e quello invece conservato nei Basilici. La divergenza fra i due testi si può probabilmente ricondurre alla sola circostanza che il testo della costituzione sul quale si è espresso Taleleo fosse diverso da quello a noi pervenuto, traendone però qualche rilievo importante.

Il testo dei Basilici non riporta il riferimento all'*actio utilis* poiché, come si legge appunto in Bas. 15.4.28, la fattispecie di riferimento consisteva in un deposito con patto di restituzione nei confronti di terzo, diremmo modernamente, non qualificato da alcun titolo, si trattava di un caso astrattamente riconducibile al contratto in favore di terzo proprio, il quale, in ragione dell'operatività del più volte ricordato divieto di *stipulari alteri* e stante il non certo generalizzato riconoscimento in età epiclassica di un'*actio utilis* a favore del terzo beneficiario¹⁵⁶, non poteva trovare riconoscimento né tutela nemmeno dal punto di vista di un intervento utile della cancelleria imperiale; la fattispecie che si legge nella versione a noi pervenuta del testo di C. 3.42.8, invece, facendo riferimento

¹⁵³ Cfr. in questo senso M. Talamanca, *L'“Aequitas”* cit., p. 145 e nt. 269 sulla bibliografia sul punto.

¹⁵⁴ Cfr. in questo senso M. Talamanca, *L'“Aequitas”* cit., p. 146.

¹⁵⁵ Cfr. M. Talamanca, *L'“Aequitas”* cit., pp. 147 – 148.

¹⁵⁶ Riconoscimento che, piuttosto, quando si è visto non essere spurio, era sempre legato ai limiti del caso specifico e non certo nell'ottica di una sua generalizzata applicazione. Cfr. in questo senso quanto detto con riferimento a C. 8.54.3, pp. 150 e ss. del presente capitolo.

alla diversa circostanza che la cosa depositata fosse in proprietà dell'istante e qualificandolo, quindi come "terzo", agli occhi dei compilatori avrebbe costituito un motivo più forte per concedere l'*actio utilis* al terzo nel caso specifico.

In questo senso troverebbe quindi giustificazione il doppio intervento compilatorio, nel senso dell'introduzione dell'*actio utilis* da un lato e della modifica della fattispecie dall'altro: i compilatori non avrebbero inteso generalizzare la previsione di un contratto a favore di terzo in ogni fattispecie riconducibile quantomeno ad un deposito con patto di restituzione al terzo, ma soltanto nell'ipotesi in cui si trattasse di un patto di restituzione a favore del terzo proprietario, ritenuta evidentemente quest'ultima meritevole di tutela in via utile.

Da ultimo, si fa notare come tale ragionamento non privi di una sua ragion d'essere la composizione stessa dei due testi di C. 3.42.8, vale a dire quello che leggiamo noi oggi e quello alla base della redazione di Bas. 15.4.28: ancora Talamanca¹⁵⁷ fa riferimento alla possibilità che la ricostruzione della seconda parte della costituzione, sulla base del testo dei Basilici, risulti del tutto sconnessa dalla prima, facendo esse riferimento a due ipotesi del tutto diverse (terzo proprietario e terzo non proprietario), circostanza che invece non si verifica in relazione alla redazione possiamo dire "ultima" di C. 3.42.8, in cui la posizione del terzo proprietario veniva considerata sotto il diverso profilo della tutela reale e obbligatoria. Talamanca, però, individuò la logica interna della versione risalente della costituzione ipotizzando che la cancelleria, adita per un caso in cui le cose appartenevano al depositante, avrebbe ricordato al terzo beneficiario che, se si fosse trattato di cose di sua proprietà, avrebbe potuto esercitare le azioni collegate al suo diritto reale, mentre, se così non fosse stato, non avrebbe avuto alcuna tutela, non nascendo alcuna azione *in personam* dalla stipulazione a suo beneficio. Non si pensa di dover aggiungere altro alla lucida argomentazione proposta dall'autore, al quale si aderisce pienamente¹⁵⁸, permettendo di configurare quindi in ultima istanza, in relazione alla presente costituzione, l'operatività di un contratto a favore di terzo proprio¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Cfr. M. Talamanca, *L' "Aequitas"*, cit. p. 148, nt. 279.

¹⁵⁸ In senso adesivo si esprime anche G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 473.

¹⁵⁹ Ne aveva sostenuto la riconducibilità ad un caso di rappresentanza diretta G. Pacchioni, *I contratti* cit., pp. 52-53. G. Finazzi, nel suo ampiamente ricordato lavoro sul contratto a favore di

Sempre in tema di deposito, è dubbio se abbia qualche rilievo l'*actio utilis* concessa con riguardo all'ipotesi di deposito *in publicum* a disposizione del creditore di cui si legge nel rescritto diocleziano seguente:

C. 4.32.19, Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aureliae Irenae: *Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico deponere, ut cursus usurarum legitimarum inhibeat. 1. In hoc autem casu publicum intellegi oportet vel sacratissimas aedes vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit. 2. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et ius pignorum tollitur, cum Serviana etiam actio manifeste declarat pignoris inhiberi persecutionem vel solutis pecuniis vel si per creditorem steterit, quominus solvatur. 3. Quod etiam in traiectionibus servari oportet. 4. [Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias].*

Si tratta nel caso di specie di un'*actio utilis* concessa al creditore per esigere la somma depositata in un luogo pubblico (*vel sacratissimas aedes vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit*) non dal deponente, ma bensì dal depositario; l'azione era quindi concessa contro il depositario stesso o, stando al testo del rescritto, contro il terzo che avesse presso di sé il denaro (*vel ipsas competente pecunias*), che potrebbe essere interpretato nel senso di ritenere che l'*actio utilis* in questione potesse essere concessa anche al mero possessore della cosa depositata, senza ulteriore qualificazione¹⁶⁰.

Nel caso di specie, e soprattutto alla luce di quanto previsto in relazione al rescritto tetrarchico riportato in C. 3.42.8, il problema riguarda in primo luogo la genuinità del testo in oggetto¹⁶¹ e, conseguentemente, la sua rilevanza effettiva ai

terzo proprio come veicolo di operatività della rappresentanza diretta, pur riconoscendone, a quanto sembra, la natura di contratto a favore di terzo proprio, esclude che possa operare l'istituto della rappresentanza poiché, a prescindere dall'ovvio caso in cui il depositante sia il proprietario della cosa, ipotesi nella quale la rappresentanza non può operare, in quello in cui il proprietario fosse il terzo, nel caso di specie il contratto a favore di terzo proprio non sarebbe stato utilizzato per ammettere l'operatività della rappresentanza, stante l'assenza di riferimenti ai poteri rappresentativi del contraente o all'agire per conto altrui.

¹⁶⁰ Cfr. in questo senso L. Bove, *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, in *Labeo* I, 1955, p. 187 e nt. 49, il quale altresì indica il testo come sicuramente interpolato.

¹⁶¹ Il testo è considerato interpolato, nella parte riguardante l'*actio utilis*, da G. Pacchioni, *I*

fini della configurazione di un contratto a favore di terzo proprio¹⁶². A differenza di quello in materia di deposito visto in precedenza, il rescritto appena riportato attiene ad una fattispecie peculiare di deposito, la cui disciplina non è riconducibile *in toto* a quella prevista in relazione alla fattispecie obbligatoria del deposito di diritto privato; in esso non possono neanche essere ravvisate comunanze che vadano oltre il *nomen* di deposito, trattandosi di una fattispecie completamente differente da un deposito accompagnato da patto di restituzione a favore di terzo, che nel caso in esame è peraltro assente¹⁶³; questa circostanza ha un certo rilievo nel momento in cui si deve individuare la *ratio* della soluzione proposta.

Si deve infatti ritenere che, anche qualora si considerasse genuino il riferimento all'*actio utilis* concessa nel caso di specie, e in questa sede si ritiene di dubitarne in virtù della rigorosa limitazione dei casi in cui già la cancelleria diocleziana aveva fatto ricorso allo strumento dell'*actio utilis* in relazione a situazioni particolari allo stato sprovviste di una regolamentazione a tutela, altrimenti lasciando operare le regole classiche in materia, anche qualora lo si

contratti cit., pp. 64 e ss. e nt. 1; Wesenberg, *Verträge*, cit., pp. 62 e ss.; E. Albertario, *I contratti*, cit., pp. 23-24, P. Bonfante, *I contratti* cit., p. 242; K. Hellwig, *Die verträge auf Leistung an Dritte*, Leipzig, 1879 (Aalen 1968), p. 33. Considerava invece genuino il riferimento alla concessione dell'*actio* in questione J. Kohler, *Annahme und Annahmeverzug*, in *Jherings Jahrbücher*, 17, 1879, p. 317, il quale addirittura designò gli imperatori Diocleziano e Massimiano come «grandemente benemeriti della teoria dei contratti a favore di terzi», secondo quanto ricordava G. Pacchioni, cit.

¹⁶² M. Talamanca, *Obbligazioni*, cit., p. 24, nt. 169, riporta la presente costituzione nel novero di quelle costituzioni diocleziane nelle quali l'azione in via utile è concessa eccezionalmente a favore del terzo; non essendo più l'autore, pare, ritornato sulla questione successivamente, non si può dire se questa sia davvero l'opinione definitiva sul punto o se una specifica analisi ne avrebbe mutato l'orientamento in senso affermativo o meno, com'è invece avvenuto in relazione a C. 3.42.8 ed a C. 8.54.3 visti in precedenza.

¹⁶³ In questo senso non è valutabile ai fini della presente ricerca la fattispecie di cui ad Africano, 7 *quaestionum*, D. 16.3.16, difettando appunto il patto a favore di terzo; lo stesso dicasi in riferimento a Trifonino, 9 *disputationum*, D. 16.3.31.1, in relazione al quale l'assenza di patto di restituzione a favore di terzo deve essere ricollegata al fatto che, essendo il depositante il ladro della cosa data in deposito, non era stato concluso alcun patto a favore del derubato. Cfr. in questo senso G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., p. 474 – 475, nt. 165.

ritenesse genuino, si diceva, è la fattispecie concreta in esame che non pare avere alcun rilievo in tema di contratto a favore di terzo in quanto tale, trattandosi di un'ipotesi che rientra nella disciplina del deposito giudiziale in diritto romano, circostanza, questa, che probabilmente ne ha influenzato la disciplina e determinato la soluzione nel caso concreto, non potendo allo stato rilevarsi se veramente il caso attenesse alla possibile configurazione di un contratto in favore di terzo¹⁶⁴.

6. *Considerazioni conclusive sulla tendenza compilatoria alla previsione di actiones utiles a tutela del terzo beneficiario*

L'analisi appena condotta sulle fonti di età classica ed epiclassica ha dimostrato come, nel corso dell'evoluzione del diritto romano, si sia assistito, da un lato, alla solida permanenza dell'operatività del principio che vietava la stipulazione in favore di un soggetto terzo, vietando conseguentemente che costui potesse godere di una tutela diretta della sua posizione, che dunque di fatto non era riconosciuta, mentre dall'altro si è assistito ad una sorta di apertura verso il riconoscimento di casi particolari e circoscritti nei quali invece, in ragione della fattispecie trattata, si ritenne di dover concedere un'azione direttamente esercitabile dal terzo.

La specificità dell'ipotesi di concessione dell'azione in età epiclassica non rende impossibile individuare, ovviamente, una sorta di regola generale di concessione della tutela, cosa che del resto non sembra del tutto possibile nemmeno se consideriamo quei casi in cui la concessione dell'azione nel caso concreto risultava frutto dell'intervento compilatorio; nemmeno in età giustiniana, infatti, si può riscontrare una *ratio* comune volta al generalizzato riconoscimento del contratto in favore di terzo, non potendosi considerare ogni intervento compilatorio nel senso della concessione di un'*actio utilis* come volto a tutelare una posizione generale di terzo rispetto al contratto posto in essere dalle parti. Anzi, seppur con limitazioni minori, l'atteggiamento della cancelleria imperiale pare essere stato piuttosto volto a circoscrivere il novero dei casi in cui estendere tutela al terzo beneficiario solamente in casi in cui ravvisasse una reale

¹⁶⁴ Cfr. in questo senso H. Ankum, *Une nouvelle hypothèse*, cit., p. 23.

necessità di tutela in ragione della peculiarità dei soggetti terzi beneficiari ovvero a protezioni di specifici interessi sottesi all'obbligazione stessa.

Questo è interessante, perché in realtà, più che il generale riconoscimento dell'operatività di un istituto, che di per sé rappresenta forse un proposito decontestualizzato rispetto al modo effettivo in cui i giuristi romani concepivano le concettualizzazioni e le generalizzazioni di diritto, ci suggerisce come ad interessare la cancelleria giustiniana fosse il caso concreto che necessitava dell'intervento in via utile, non per riconoscere tutela e quindi un diritto d'azione ad una particolare categoria di soggetti, ma per fornire soluzioni a situazioni che si riconoscevano oggettivamente meritevoli di tale intervento in via tutelativa. La casistica in cui tale necessità ha avuto maggiore impatto è senza dubbio, per il maggior numero di fonti riscontrate sul punto, quella del patto di restituzione della dote, probabilmente per il maggior rilievo economico e sociale di questa fattispecie nei rapporti tra privati; anche in questo caso, però, nonostante la maggior incidenza casistica, non pare che si possa sostenere che una regola sia stata in qualche modo codificata dalla prassi. Non si può infatti dire con alcuna certezza, nemmeno limitatamente al caso del patto o della *stipulatio* di restituzione della dote, che dal riconoscimento dell'azione in via utile al terzo si possa ricavare una regola, poiché, da un lato, si è visto come a trovare tutela anche in tale ambito fossero determinate categorie di soggetti, ovvero discendenti diretti di colui che costituiva la dote e non terzi genericamente intesi; e, dall'altro, fonti di età giustiniana attestanti l'impatto dell'innovazione compilatoria sulla prassi non sono a noi pervenute, per cui sul punto la nostra conoscenza è quantomeno lacunosa.

Potendo quindi giudicare le innovazioni giustiniane soltanto dal lato degli interventi compilatori, si può comunque sostenere che non sia stata riconosciuta, nemmeno in età giustiniana, una problematica relativa al soggetto terzo rispetto al contratto, essendo state considerate di maggior rilievo, rispetto alle regole generali, le singole posizioni di particolari terzi che trovarono tutela per ragioni, come si è visto, di equità e di rilievo socio-economico.

7. La configurabilità della rilevanza del terzo oltre lo schema della *stipulatio alteri*: profili problematici e proposte/dubbi esegetici

I. Premessa

L'analisi appena condotta in relazione alla possibile configurazione di un contratto a favore di terzo, in particolare nella forma di un contratto a favore di terzo proprio, con la possibilità concessa al terzo, quindi, di esercitare direttamente un'azione a tutela della prestazione o del diritto attribuitogli dalle parti con il *pactum* o la *stipulatio* posti in essere, ha dimostrato come sia piuttosto difficile parlare in termini generali di concetti come quello di “terzo” rispetto al contratto e di contratto a favore di terzi in diritto romano, stante l'impossibilità di generalizzare le soluzioni che, in determinati casi, hanno reso possibile riconoscere l'operatività di un meccanismo negoziale fra tre soggetti, dei quali soltanto due legati da *stipulare*, *contrahere* o *pacisci* genericamente intesi. In questo senso, quindi, allargare il campo della ricerca ad altri eventuali effetti ricollegabili al contratto nel loro prodursi nella sfera giuridica di un terzo è un'operazione complessa se non anche azzardata, per la cui realizzazione si potrebbe incorrere proprio in quegli errori di metodo e di prospettiva da cui, si è già detto più volte, molti insigni romanisti hanno invitato a prendere le distanze¹⁶⁵, primo fra tutti quello di voler ad ogni costo riconoscere già in diritto romano l'operatività di istituti che invece hanno un'origine e un significato moderni, in quanto frutto non della ricezione di modelli antichi ma di teorizzazioni moderne finalizzate a dare risposta ad esigenze moderne.

Secondo questo modo d'intendere lo studio del problema del “terzo” rispetto al contratto in diritto romano, qualche riflessione ha sollecitato e sollecita ancora oggi la valutazione di un contributo di Ingo Reichard sulla possibile

¹⁶⁵ Il riferimento è qui in particolare, oltre a quanto sostenuto da M. Talamanca in *Diocl. et Max. C.* 8. 54. 3, cit., e già ricordato nel presente capitolo con particolare riferimento al contratto in favore di terzo proprio, anche alle parole di R. Orestano nei già ricordati contributi *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit., e *Del problema del diritto romano e della sua storicità*, cit., a cui si è fatto riferimento nella premessa alla parte di diritto romano, p. 4 e nt. 2 del presente elaborato.

operatività già in diritto romano di un modello di *Drittschadensliquidation*¹⁶⁶. Tale studio, oggetto, a sua volta, di una nota recensione da parte di Carlo Augusto Cannata¹⁶⁷, prende spunto da un'altrettanto nota sentenza dell'*Oberappellationsgericht* di Lubeca del 1855¹⁶⁸ che, argomentando sulla base di due testi del Digesto, vale a dire Ulpiano, 30 *ad edictum*, D. 16.3.1.11 ed Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.8.10, condannava il capitano Vos, nella sua duplice qualità di vettore ed armatore, al risarcimento del danno in favore del sig. Lürssen.

Costui aveva ordinato una partita di sughero, dando mandato alla società Feuerheerd & Comp. di Oporto di spedirgliela via mare; questa società aveva appunto dato incarico al capitano Vos di operare il trasporto via mare. Con tale sentenza si riconobbe quindi al mandante la facoltà di chiedere direttamente il risarcimento del danno al vettore scelto dal mandatario, pur non essendo i due legati da alcun contratto: nel dare riconoscimento alla situazione del mandante il quale, pur avendo sofferto un danno derivante dal contratto che aveva legato il mandatario al vettore, non poteva però agire per il risarcimento di tale danno non essendo parte di quel contratto, la Corte sopperì ad una situazione d'ingiustizia sostanziale non altrimenti sanabile, adoperando il dogma della *Drittschadensliquidation*.

Non essendo questa, evidentemente, la *sedes materiae* più appropriata per approfondire l'istituto della *Drittschadensliquidation*, e sul presupposto che il tema sarà approfondito in seguito, per quanto attiene ai suoi profili teorici e pratici nell'attuale diritto tedesco delle obbligazioni¹⁶⁹, è utile qui farne cenno per capire esattamente quale tipo di sistema si intenderebbe considerare operante ricercando in diritto romano modelli di *Drittschadensliquidation*: ossia, quale sia

¹⁶⁶ I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln, 1993.

¹⁶⁷ C. A. Cannata, *Le disavventure del capitano J. P. Vos*, in *Labeo*, 41, 1995, pp. 387-432, recentemente ripubblicato in C. A. Cannata, *Scritti scelti di Diritto Romano* (a cura di L. Vacca), 2, Torino, 2012, II, pp. 183-223. I riferimenti al contributo di C. A. Cannata nelle note a seguire saranno sempre riferiti all'edizione contenuta in *Labeo*.

¹⁶⁸ Cfr. OAG Lübeck, 20. 01. 1885, in *Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten*, II (1857) n. 36, sulla quale si tornerà meglio nel corso del quarto capitolo del presente elaborato.

¹⁶⁹ Cfr. in questo senso parte seconda, capitolo terzo, pp. 377 e ss. del presente studio.

l'ammissibilità di un sistema di liquidazione per conto terzi che sopperisca all'impossibilità per il terzo stesso di agire direttamente a tutela della propria posizione e a risarcimento di un danno dallo stesso subito a causa del mancato adempimento della prestazione oggetto di un contratto di cui lo stesso, evidentemente, non è parte.

Ora, già per quanto riguarda il diritto tedesco la configurabilità di tale modello di liquidazione dei danni non è certo esente da dubbi e critiche e, brevemente parlando, trae la propria ragion d'essere nelle peculiarità proprie (limiti, sarebbe meglio dire) della tutela "delittuale" prevista dall'ordinamento tedesco in rapporto a quella contrattuale. Ciò premesso, è ben comprensibile come appaia quanto meno complicato, agli occhi del romanista, inquadrare una simile problematica alla luce del sistema e delle fonti di diritto romano; la ricerca sin qui condotta ha infatti messo in luce, come si è più volte ricordato, che anche solo ricercare una generale consapevolezza del "terzo" rispetto al contratto, quale soggetto portatore di interessi e di una posizione rilevanti e degni di tutela, sia un'impresa ardua anche soltanto limitatamente al diritto giustiniano, non potendo a nostro parere ricavarci, anche dai casi in cui teoricamente un'azione a tutela era concessa al terzo, un generale riconoscimento del contratto a favore di terzo proprio, se non appunto nei limiti dei casi concreti in cui le cancellerie imperiali ne hanno riscontrato l'esigenza.

Non avendo, quindi, i giuristi romani inquadrato né concepito una sorta di fenomenologia del "terzo" rispetto al contratto che andasse oltre il caso concreto da risolvere, e dubitando anche che di fenomenologia, seppur impropriamente, si possa parlare, stante il già ricordato modo di operare del diritto romano non secondo sistematiche generali ma per casi concreti, ancor meno parrebbe aver senso procedere all'individuazione di sistemi alternativi di tutela di un danno dallo stesso sofferto a causa di vicende contrattuali a lui estranee, addirittura non essendo nemmeno stato fatto oggetto di una prestazione a suo favore, anche alla luce del fatto che, se di danno diretto non si trattava e se non rientrava nella casistica rigida prevista dalla *lex Aquilia*, egli non avrebbe comunque trovato alcun tipo di risarcimento.

Si tratterebbe, a quanto pare, di un errore di prospettiva storica (o di

esigenza sistematica, se si considera che l'interesse per la questione attiene prettamente la romanistica tedesca), voler riconoscere l'operatività di un tale modello già in diritto romano e alla luce di alcuni testi del *Codex*. Lo stesso Reichard, del resto, rispetto ai propositi originari della sua indagine¹⁷⁰, dovette

¹⁷⁰ Già condotta in precedenza dalla romanistica tedesca, come accennato in testo, per ragioni legate alle considerazioni sopra esposte in tema di *Drittschadensliquidation*, seppur in modo non così completo come nel lavoro di Ingo Reichard, in quanto in riferimento ad alcuni soltanto dei testi analizzati invece dall'autore. Lo stesso I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., pp. 32 – 33, ricorda tali contributi: H. Kreller, *Kritische Digestenexegesen zur Frage des Drittschadensersatzes*, in *ZSS*, 66, 1948, pp. 45 – 90; Id., *Römisches Recht II (Grundlehren des gemeinen Rechts)*, Wien, 1950, pp. 294 e ss., in riferimento a Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2.11.14; Giavoleno, 8 *ex Cassio*, D. 3.5.27; Paolo, 19 *ad edictum*, D. 11.3.14.6; Scevola, 2 *quaestionum*, D. 15.1.51; Ulpiano, 31 *ad edictum* D. 17.1.8.3; Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.14; D. 17.2.19 – 23; Gaio, 10 *ad edictum provinciale*, D. 18.1.35.4; Paolo, 32 *ad edictum*, D. 19.2.7; e Trifonino, 9 *disputationum*, D. 19.2.8. M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, cit., 1, p. 501 in nt. 19; con riferimento a Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2.11.14 unitamente ad Ulpiano, 77 *ad edictum*, D. 45.1.81.1; Giavoleno, 8 *ex Cassio*, D. 3.5.27; Ulpiano, 31 *ad edictum* D. 17.1.8.3; Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.14; D. 17.2.21 – 23; Paolo, 32 *ad edictum*, D. 19.2.7, e Trifonino, 9 *disputationum*, D. 19.2.8; Id., *Studien zum römischem Pfandrecht II*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 46, 1979, p. 225 = Id., *Studien zum römischem Pfandrecht*, Napoli, 1982, p. 89, nt. 173 in particolare su Ulpiano, 2 *disputationum*, D. 21.2.38; Id., *Periculum locatoris*, in *ZSS*, 74, 1957, p. 168, nuovamente su Paolo, 32 *ad edictum*, D. 19.2.7 e Trifonino, 9 *disputationum*, D. 19.2.8; D. Medicus, Rec. A. Watson, *The Law of Obligations in Later Roman Republic*, in *ZSS*, 83, 1966, p. 430, in particolare su Ulpiano, 32 *ad edictum*, D. 19.1.13.30; F. Wieacker, *Iactus in tributum nave salva venit (D. 12. 2. 4 pr). Exegesen zur lex Rhodia de iactu*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano, 1953, p. 517 = Id. «*Iactus in tributum nave salva venit*» D. 12. 2. 4 pr. *Esegesi della «lex Rhodia de iactu»*, in *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, 4, 1951, pp. 287 e ss., su Paolo, 2 *sententiarum*, D. 14.2.1; Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2 pr. e 6; R. Knütel, *Contrarius consensus*, *Studien zur Vertragsaufhebung im römischen recht*, Köln – Graz, 1968, pp. 246 e ss, su Paolo, 22 *ad edictum*, D. 9.2.22 pr. e Celso, 2 *digestorum*, D. 47.2.68; F. Schwarz, *Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 152, 1952 - 1953, p. 207, nt. 62, su Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2.11.14; H. Kaufmann, *Rezeption und Usus modernus der actio legis Aquiliae*, Köln – Graz, 1958, p. 15, nt. 9, su Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2.11.14; H. Honsell, *Quod interest im bonae fidei iudicium. Studien zum römischem Schadenersatzrecht*, München, 1969, p. 133, su Paolo, 32 *ad edictum*, D. 19.2.7 e Trifonino, 9 *disputationum*, D. 19.2.8; J. Hofstetter, *Direkte Wirkungen indirekter Stellvertretung*, in *Mélanges Wubbe*, Fribourg, 1993, pp. 162 – 166, in accordo a quanto si legge in H. Kreller, *Kritische Digestenexegesen*, *ut supra* cit., e in particolare a p. 165 in relazione a Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2.11.14.

riconobbe che non fosse possibile parlare in diritto romano classico di un sistema di *Drittschadensliquidation*, se non nei limiti, forse, di due casi soltanto, presi singolarmente e non suscettibili di generalizzazione¹⁷¹: quello relativo al meccanismo di funzionamento della *contributio* in caso di grossa avaria secondo la *lex Rhodia*, in relazione al quale rilevano Paolo, 2 *sententiarum*, D. 14.2.1, Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2. pr. e 6; e il caso discusso da Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2.11.14 unitamente ad Ulpiano, 77 *ad edictum*, D. 45.1.81.1 con riferimento al *vadimonium*¹⁷². Proprio su questi due casi, ritenuti da Reichard, con il sostanziale accordo di Cannata, già in diritto romano classico casi possibili di *Drittschadensliquidation*, pare opportuno ora soffermarsi in particolare poiché, se è vero quanto sostenuto sino ad ora, cioè l'impossibilità di configurare un meccanismo simile nei presupposti e non solo genericamente riconducibile (quanto agli effetti) ad una liquidazione per conto del terzo in diritto romano, sarà utile capire invece perché nei casi di specie la si ritenga operante. Tale scelta si rivela qui conforme allo scopo che modestamente si ritiene di perseguire nella pagine che ci hanno sin qui occupato, ossia individuare in che termini poteva trovare eventualmente considerazione il soggetto "terzo" rispetto ad un contratto.

II. *La liquidazione dei vectores e il sistema della contributio secondo la lex Rhodia de iactu come ipotesi di Drittschadensliquidation.*

Nell'affrontare il primo dei due presunti casi di operatività di un sistema di liquidazione del terzo già in diritto romano, vengono in rilievo i seguenti testi in tema di grossa avaria secondo la *lex Rhodia de iactu*:

Paolo, 2 *sententiarum*, D. 14. 2. 1: *Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia iactus*

¹⁷¹ Cfr. in questo senso C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 395 e ss.

¹⁷² A distanza di qualche tempo, Cannata è ritornato su una delle fonti appena ricordate, vale a dire Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2.11.14: C. A. Cannata, *Profili romanistici*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, (a cura di Letizia Vacca), Torino, 2001, pp. 35 e ss., di cui ci interessano qui le pp. 37 – 40, anch'esso recentemente ripubblicato in C. A. Cannata, *Scritti scelti*, cit., II, pp. 385-400. I riferimenti al lavoro di C. A. Cannata nelle note a seguire saranno sempre riferiti al contributo contenuto nel volume *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*.

*mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est*¹⁷³.

Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14. 2. 2 pr: *Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Immo etsi [non]¹⁷⁴ retineat merces magister, ultro ex locato¹⁷⁵ habiturus est actionem cum vectoribus: quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. At si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt: aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.*

Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14. 2. 2. 6: *Si quis ex vectoribus solvendo non sit, hoc detrimentum magistri navis non erit: nec enim fortunas cuiusque nauta excutere debet.*

I brani appena ricordati sono parte di ciò che a noi è pervenuto, così come è stato “recepito” dal diritto romano, di una serie di usi in materia di trasporto e commercio marittimo in vigore nell’antichità e che sono a noi noti appunto con il nome di *lex Rhodia*¹⁷⁶. Si tratta, in generale, di una serie di principi comuni

¹⁷³ Rispetto al quale si veda altresì *Pauli sententiae*, 2.7.1: *Levandae navis gratia iactus cum mercium factus est, omnium intributione sarciatur, quod pro omnibus iactum est.*

¹⁷⁴ L’aggiunta di [non], assente nel manoscritto fiorentino, è stata operata da P. Krüger anche in conformità a Bas. 53.3.1; cfr. in questo senso già H. Kreller, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur quellengeschichte des römischen Seerechtes*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, 85, Stuttgart, 1921, p. 276 e nt. 3. Cfr. anche I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 133, nt. 9 e C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., pp. 395 – 396, nt. 13.

¹⁷⁵ I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 132, nota. 4, anche su indicazione di C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 396, nt. 14, intenderebbe qui non la menzione di un’*actio ex locato* ma bensì di un’*actio ex conducto*, in quanto richiesta dal *magister navis* contro l’obbligo di compensazione (*Ausgleichspflichtigen*), conformemente all’*actio ex conducto* a cui si fa riferimento nella prima parte del testo. Cfr. ancora I. Reichard, poco di seguito a p. 134.

¹⁷⁶ Ciò che noi conosciamo sulla *lex Rhodia* rispetto alle fonti giuridiche è quanto si legge in D. 14.2 e in *Pauli sententiae* 7.2; l’espreso riferimento alla *lex Rhodia* in quanto tale è però contenuto solamente, oltre che nella rubrica del titolo 2 del libro 14 del Digesto, nel corpo dei testi di Paolo, 2 *sententiarum*, D. 14.2.1 e di Volusio Meciano, *ex lege Rhodia*, D. 14.2.9, quest’ultimo peraltro ritenuto di dubbia autenticità in quanto l’opera di Volusio Meciano non compare

nell'antichità in tema di getto delle merci in mare e grossa avaria; nonostante la discordanze in dottrina sul punto¹⁷⁷, non si tratta di principi originari di diritto

nell'indice del manoscritto fiorentino. Su quest'ultimo punto, per una breve panoramica sulle posizioni della dottrina sulla presunta autenticità del testo di Volusio Meciano e sul suo rilievo in relazione alla ricostruzione dell'operatività della *lex Rhodia* in diritto romano si veda E. Chevreau, *La lex Rhodia de iactu: un exemple de la réception d'une institution étrangère dans le droit romain* in TR, 73, 2005, p. 70-71 e in particolare nt. 14. Per quanto riguarda il secondo libro delle *Pauli sententiae*, trasmessoci nel *Breviarum Alaricianum* e il cui settimo libro è intitolato *Ad legem Rhodiam*, tale riferimento non deve considerarsi attribuibile a Paolo, in quanto ritenuto probabilmente, come tutte le rubriche, di confezione posteriore all'epoca classica. Si veda in questo senso in primo luogo H. Kreller, *Lex Rhodia*, cit., pp. 337 – 338, seguito adesivamente da F. De Martino, *Lex Rhodia. Note di diritto romano marittimo*, in *Rivista di Diritto della Navigazione*, 3, Milano, 1938, pp. 49 e ss.; Id., *Lex Rhodia*, in *Diritto e società nell'antica Roma*, 2, Roma, 1982, p. 77, e W. Osuchowski, *Appunti sul problema del «iactus» in diritto romano*, in *IURA*, 1, 1950, p. 293, nt. 8.

¹⁷⁷ La generalità della dottrina propende per la ricezione, in misura più o meno incisiva, di quella serie di usi marittimi che va sotto il nome di *Lex Rhodia de iactu*; cfr. in questo senso, tra gli altri, P. Huvelin, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, pp.184-194; F. de Robertis, *Lex Rhodia. Critica e anticritica su D. 14. 2. 9*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* cit., III, pp. 155-173 = *Scritti varii di diritto romano*, 1, Bari, 1987, pp. 309 - 327; F. Wieacker, *Iactus in tributum*, cit.; M. Amelotti, *L'epigrafe di Pergamo sugli ἀστυνόμοι e il problema della ricezione romana di leggi straniere nell'ordinamento giuridico romano*, in *SDHI*, 24, 1958, pp. 80 – 110 = *Scritti giuridici*, Torino, 1996, pp. 282 – 313; K. M. T. Atkinson, *Rome and the Rhodian Sea – Law*, in *IURA*, 25, 1974, pp. 46 – 98; G. Purpura, *Il regolamento doganale di Cauno e la Lex Rhodia in D. 14. 2. 9*, in *AUPA*, 38, 1985, pp. 271 - 331; I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., pp. 190-195; H. Wagner, *Die Lex Rhodia de iactu*, in *RIDA*, 44, 1997, pp. 357-380; G. Purpura, *Ius naufragi, sylai e lex Rhodia. Genesi delle consuetudini marittime mediterranee*, in *AUPA*, 47, 2002, pp. 275-292; E. Chevreau, *La lex Rhodia de iactu*, cit. In senso fortemente contrario alla ricezione anche solo del principio se non dell'intero operare della *lex Rhodia de iactu* si veda H. Kreller, *Lex Rhodia*, cit. il quale, negando che la *lex Rhodia* sia stata recepita in diritto romano classico, postulò che invece i Romani avessero concepito un proprio diritto marittimo poi accettato universalmente, e in questo senso D. 14.2 sarebbe frutto dei compilatori; F. De Martino, *Lex Rhodia*, cit., il quale, seguendo Kreller, negò la ricezione classica della *lex Rhodia*, sostenendo però l'origine convenzionale della disciplina in tema di *contributio* alla grossa avaria riconosciuta in questo senso dalla giurisprudenza romana, ragion per cui la confusione tra *lex Rhodia* e *contributio* alla grossa avaria sarebbe frutto di un intervento successivo; W. Osuchowski, *Appunti sul problema del «iactus»*, cit., in senso conforme a quanto sostenuto da F. De Martino. È bene comunque ricordare qui, in chiusura a questa breve disamina bibliografica con riferimento alla ricezione in diritto romano della *lex Rhodia*, come l'esistenza della stessa, generalmente intesa come insieme di usi e prassi in

romano, in quanto i Romani tendenzialmente non concepivano un diritto marittimo ovvero commerciale distinto da quello civile e non pare che disponessero di tribunali del commercio sul modello degli *ἐμπορικὰ δίκαια* ateniesi¹⁷⁸; in realtà, quando ci si riferisce all'idea di ricezione della *lex Rhodia* nel diritto romano ci si riferisce molto probabilmente a quella che fu una ricezione del principio in quanto tale, senza che però da questa seguisse una ricezione tecnica in senso stretto, nel senso che i modi concreti con i quali poi le regole generali in tema di commercio marittimo e di navigazione trovavano applicazione sono da ricondursi al diritto privato romano nei modi in cui lo stesso trovava espressione¹⁷⁹. Di più, la ricezione del principio generale della *contributio* alla grossa avaria troverebbe conferma nelle stesse fonti almeno a partire dalla fine dell'età repubblicana, come attestano i riferimenti, nei passi di giuristi di età tardo repubblicana o dell'inizio dell'età imperiale contenuti in D. 14.2, qual è, per esempio, in relazione al già ricordato Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2 pr., Servio Sulpicio Rufo¹⁸⁰.

Il principio a cui si è fatto or ora riferimento è quello espresso nel primo testo qui ricordato, vale a dire Paolo, 2 *sententiarum*, D. 14.2.1 secondo cui, appunto, è previsto dalla *lex Rhodia* che, se per alleggerire la nave si gettino delle merci in mare, tutti devono contribuire a sopportare la perdita che è stata posta in essere a favore di tutti i *vectores*. Si tratta di un principio generale fondato su

vigore nel mondo antico, abbia trovato ormai più di 10 anni fa un'importante conferma nel ritrovamento nel porto di Rodi di una colonna di marmo bianco sulla quale si può leggere la seguente iscrizione: *Lex Rhodia cavetur ut si levandae navis gratia iactus mercium factum est omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est*, il cui testo è molto simile a quello sopra riportato di Paolo, 2 *sententiarum*, D. 14. 2. 1. Con riguardo a tale scoperta archeologica si veda G. Purpura, *Ius naufragi*, cit., pp. 288 – 292.

¹⁷⁸ Cfr. in questo senso E. Chevreau, *La lex Rhodia*, cit. p. 68.

¹⁷⁹ È la tesi, questa, presentata in modo chiaro e pare sufficientemente argomentato nel contributo di E. Chevreau, *La lex Rhodia*, cit. Il rilievo della ricezione solo in principio e non tecnica della disciplina comune dettata dalla *lex* presenta altresì qualche implicazione interessante anche in relazione al discorso che qui ci occupa, come si metterà in rilievo di qui a breve.

¹⁸⁰ A cui si riferisce anche Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2.3. Cfr. altresì il riferimento all'opinione di Aulo Ofilio e di Labeone sempre in Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2.3; a quella di Sabino in Callistrato, 2 *quaestionum*, D. 14.2.4 pr. – 1 e a quella di Alfeno Varo in Paolo, 3 *epitomarum Alfeni digestorum*, D. 14.2.7.

criteri di equità¹⁸¹ volto alla risoluzione di problemi relativi agli inevitabili pericoli connessi con i viaggi in mare, tra i quali appunto il pericolo di naufragio è forse quello più statisticamente probabile, ma che trovava applicazione anche in altre ipotesi di rischio marittimo, come quello esposto in

Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2.3: *Si navis a piratis redempta sit, Servius Ofilius Labeo omnes conferre debere aiunt: quod vero praedones abstulerint, eum perdere cuius fuerint, nec conferendum ei, qui suas merces redemerit,*

Come si può vedere, il principio generale della *contributio* valeva anche nel caso in cui una nave fosse stata riscattata dopo essere stata catturata dai pirati, conformemente all'opinione tradizionale di Servio, Aulo Ofilio e Labeone; mentre la stessa soluzione non era prospettabile riguardo alle merci da essi rapinate, per le quali ciascuno avrebbe dovuto sopportare il danno in proprio. Si tratta, evidentemente, di un principio che difficilmente non avrebbe potuto trovare accoglimento presso i Romani, in virtù del fatto che, contrariamente ragionando, non avrebbero potuto di fatto commerciare con alcun popolo antico. Si tratta, guardandolo da una prospettiva moderna, dello stesso ragionamento alla base dell'operatività della legge mercatoria e in generale delle consuetudini in diritto privato internazionale.

Suddetto principio generale, però, necessitava evidentemente di un'applicazione pratica e questa, come dimostrano le regole stesse di cui a D. 14.2 in tema d'inquadramento giuridico e di realizzazione processuale della *contributio*, fu condotta secondo le regole proprie del diritto romano.

Dal punto di vista dell'inquadramento giuridico, il contratto generalmente utilizzato per il trasporto marittimo era la *locatio – conductio*¹⁸², come si evince anche dall'esperibilità dell'*actio locati* e dell'*actio conducti* menzionate nel secondo dei tre testi sopra ricordati, vale a dire Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2 pr.

¹⁸¹ Secondo quanto emerge altresì dalla lettura di Ermogeniano, 2 *iuris epitomarum*, D. 14. 2. 5 pr: *Amissae navis damnum collationis consortio non sarcitur per eos, qui merces suas naufragio liberaverunt: nam huius aequitatem tunc admitti placuit, cum iactus remedio ceteris in communi periculo salva navi consultum est*, in cui la *contributio* per ragioni di equità è ammessa altresì quando, in ragione del pericolo comune, ci si è risolti per il getto della merce in mare.

¹⁸² Cfr. in questo senso E. Chevreau, *La lex Rhodia*, cit., p. 74.

In virtù di tale contratto un soggetto, nominato *vector* (che sarà il locatore), affida il trasporto delle sue merci al *magister navis* (conduttore), il quale s'impegna al trasporto delle merci alla destinazione concordata dietro il pagamento di una somma di denaro o di una certa quantità delle merci stesse; si badi bene, ed è il caso di ricordarlo sin da ora, che la regola della *contributio* in caso di grossa avaria attiene al solo trasporto di merci e non di passeggeri, quale ne fosse lo *status* personale, conformemente al principio in virtù del quale non si può stimare in via pecuniaria il corpo umano¹⁸³.

Più nello specifico, all'interno della *locatio - conductio* come schema generale del contratto di trasporto, il contratto in questione potrebbe qualificarsi come una *locatio operis faciendi*, come una *locatio navis* o come una *locatio rei vehendae*; escludendo, nel caso di specie, che si tratti di una *locatio navis*, o di una parte di essa, pur proposta in base alla presenza nel testo dell'inciso *at si... conduxerunt*, a causa della natura spuria, quantomeno, di *sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt*¹⁸⁴, resta da capire a quale delle altre due tipologie si possa qui fare riferimento.

Tradizionalmente, il trasporto marittimo di merci rientra nella categoria della cosiddetta *locatio operis faciendi*, poiché si considera obbligazione caratterizzante quella del *magister navis* il trasporto con esito positivo delle merci nel luogo di destinazione. L'obbligazione di trasportare le merci, gravante sul *magister*, integra infatti un *opus*, come aveva affermato Paolo¹⁸⁵:

¹⁸³ Cfr. in questo senso E. Chevreau, *La lex Rhodia*, cit., p. 75 e nt. 36. In questo senso rileva quanto si legge in Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2.5 in relazione agli schiavi periti in mare, che non rientrano nell'*aestimatio* della *contributio* (sulla considerazione dello schiavo rispetto al tema in questione si veda anche quanto scrive Cicerone, *De Officiis*, 3.89) e in Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2.2 rispetto invece agli uomini liberi, i quali in ogni caso non potevano rientrare nell'*aestimatio* della grossa avaria. In questo senso deve quindi essere letto altresì l'inciso *quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas* di cui a Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2 pr. rispetto al quale, a prescindere dai dubbi sulla sua corruzione espressi da C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 400 (su cui, adesivamente, E. Chevreau, *La lex Rhodia*, cit., p. 78, nt. 46), il *magister navis* non avrebbe potuto certo esercitare alcun tipo di *retentio* nei loro confronti.

¹⁸⁴ Cfr. in questo senso I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., p. 133, e C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 396, nota. n. 15.

¹⁸⁵ Propendono per questa qualificazione, tra gli altri, I. Reichard, *Die Frage des*

Paolo, 2 ad edictum, D. 50.16.5.1: “*Opere locato conducto*”: *his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci apotelesma vocant, non ergon, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.*

Cannata, invece, sostiene si tratti di una *locatio rei vehendae*, in virtù della presenza dell’inciso *si merces vehendas locaverant* e in quanto non riconosce, invece, l’*opus* in questione come integrante l’*ex opere facto corpus aliquod perfectum* labeoniano¹⁸⁶. Nell’economia del riconoscimento dell’operatività di un sistema di liquidazione del danno per conto del terzo, nel caso di specie, tale qualificazione in sé pare non avere un’importanza determinante, dato che, come si vedrà, nonostante la posizione divergente sul punto, tanto Reichard quanto Cannata ne riconoscono l’operatività¹⁸⁷; però, per ragioni di completezza espositiva, si prende posizione in favore della configurabilità di una *locatio operis faciendi* in ragione anche di quanto si legge successivamente nel prosieguo del testo di Paolo:

Paolo, 34 ad edictum, D. 14.2.2.1: *Si conservatis mercibus deterior facta sit navis aut si quid exarmaverit, nulla facienda est collatio, quia dissimilis earum rerum causa sit, quae navis gratia parentur et earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit: nam et si faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei qui locaverit opus. Sed si voluntate vectorum vel propter aliquem metum id detrimentum factum sit, hoc ipsum sarciri oportet.*

Paolo qui indica come invece i *vectores* non fossero obbligati alla *contributio* nel caso di danni ovvero deterioramenti subiti dalla nave, qualora le merci fossero arrivate a destinazione, argomentando sulla base del fatto che il locatore non potesse rispondere agli stessi in ragione della *locatio operis (faciendi)* come il fabbro non avrebbe risposto in caso di rottura del martello o dell’incudine; in questo senso, Paolo non avrebbe utilizzato tale esempio se non avesse inteso, probabilmente, ricondurre anche il contratto tra i *vectores* e il

Drittschadensersatzes, cit., p. 132; P. Huvelin, *Études*, cit., p. 190 ed E. Chevreau, *La lex Rhodia*, cit., p. 75 e nt. 37.

¹⁸⁶ Cfr. C. A. Cannata, *Le disaventure*, cit., p. 396.

¹⁸⁷ Cfr. C. A. Cannata, *Le disaventure*, cit., p. 396, nt. 15.

magister navis ad un caso di *locatio operis faciendi*¹⁸⁸.

Dal punto di vista della realizzazione processuale della *contributio*, il problema si presenta forse più complesso, poiché si tratta di capire in che modo i *vectores* avrebbero dovuto essere considerati obbligati alla *contributio* alla luce del suo inquadramento nell'ambito di una *locatio – conductio*, che però era stata posta singolarmente in essere tra il *magister navis* e ciascuno dei *vectores*; il problema, infatti, è quello di armonizzare ognuno di questi singoli contratti bilaterali con la forma di responsabilità, si potrebbe dire collettiva, alla *contributio*, tenendo altresì presente che il *magister navis*, a differenza del proprietario della nave, non era lui stesso obbligato alla *contributio*, ovvero non aveva alcun interesse proprio ad essa e non rispondeva dell'insolvibilità o insolvenza dei *vectores* gli uni nei confronti degli altri, come afferma a chiare lettere Paolo:

Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2.2: *Cum in eadem nave varia mercium genera complures mercatores coegissent praetereaque multi vectores servi liberique in ea navigarent, tempestate gravi orta necessario iactura facta erat: quaesita deinde sunt haec: an omnes iacturam praestare oporteat et si qui tales merces imposuissent, quibus navis non oneraretur, velut gemmas margaritas? Et quae portio praestanda est? Et an etiam pro liberis capitibus dari oporteat? Et qua actione ea res expediri possit? Placuit omnes, quorum interfuisset iacturam fieri, conferre oportere, quia id tributum observatae res deberent: itaque dominum etiam navis pro portione obligatum esse. Iacturae summam pro rerum pretio distribui oportet. Corporum liberorum aestimationem nullam fieri posse. Conducti dominos rerum amissarum cum nauta, id est cum magistro acturos. Itidem agitatum est, an etiam vestimentorum cuiusque et anulorum aestimationem fieri oporteat: et omnium visum est, nisi si qua consumendi causa imposita forent, quo in numero essent cibaria: eo magis quod, si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet in commune conferret.*

In questo senso rileva il terzo testo a cui si è fatto riferimento all'inizio del nostro discorso sulla *lex Rhodia de iactu*, cioè Paolo, 3 *ad edictum*, D. 14.2.2.6, in virtù del quale il giurista dichiara che, se i vettori sono insolventi, il *magister navis* non è tenuto a sopportare in proprio il pregiudizio, poiché il *nauta* (qui da

¹⁸⁸ In questo senso, quindi, si aderisce ad E. Chevreau, *La lex Rhodia*, cit., p. 75 e nt. 37.

intendersi come *magister*¹⁸⁹) non è tenuto a richiedere alcuna informazione circa lo stato delle economie di ciascuno dei *vectores*.

Chiarito questo, quindi, meglio forse si può comprendere com'è impostata la soluzione descritta in Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2 pr. sopra ricordato; secondo le parole che il giurista severiano attribuisce a Servio Sulpicio Rufo, la regola prevedeva che il *magister navis* arrivato in porto potesse esercitare un diritto di ritenzione delle merci imbarcate (e non gettate in mare) contro coloro che erano tenuti alla *contributio*, avendo egli a disposizione un'eccezione da opporre ai *vectores* che eventualmente avessero agito contro di lui per ottenere la restituzione delle merci ritenute. In aggiunta a ciò, il testo specifica altresì che i proprietari vittime del getto in mare delle merci avevano a disposizione anche l'*actio locati* contro il *magister* per obbligarlo ad esercitare il proprio diritto di ritenzione, qualora non lo avesse fatto spontaneamente; questo sarebbe, apparentemente il senso dell'*actio locati* che i *vectores* danneggiati avrebbero potuto esercitare, poiché non sarebbe stato altrimenti attribuibile nessun titolo di responsabilità al *magister* per il getto delle merci, essendovi stato obbligato da ragioni di forza maggiore¹⁹⁰.

Alla luce di quanto emerso sin qui, l'eccezione accordata al *magister* a tutela della *retentio* da lui esercitata avrebbe avuto lo scopo di far ottenere al *magister navis* la *contributio* dovuta, in modo che il *magister* stesso potesse poi provvedere alla ripartizione, in quanto quest'ultimo era l'unico soggetto contrattualmente collegato a tutti gli altri e che potesse agire come una sorta di liquidatore nei confronti dei *vectores* danneggiati. Si concretizza, in questo modo, una regolamentazione della lite in modo convenzionale¹⁹¹, essendo la *retentio*, per stessa ammissione di Paolo, il modo più semplice di ottenere la *contributio*; in

¹⁸⁹ Cfr. in questo senso C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 397, nt. 17, il quale considera *nauta* come un glossema.

¹⁹⁰ Cfr. in questo senso E. Chevreau, *La lex Rhodia*, cit., p. 78, nt. 47, che si dichiara contro l'opinione espressa da P. Huvelin, *Études*, cit., p. 190 – 191, il quale riteneva invece che l'azione fosse esercitata dai proprietari danneggiati nei confronti del *magister* per un fatto proprio dello stesso.

¹⁹¹ Cfr. in questo senso P. Huvelin, *Études*, cit., p. 191 e conformemente E. Chevreau, *La lex Rhodia*, cit., p. 79.

questo modo, con la previsione dell'eccezione in capo al *magister*, lo strumento convenzionale della *retentio* troverebbe accoglimento ed armonizzazione nel sistema civile romano, alla luce del fatto che l'eccezione copre appunto il caso in cui il giudizio arrivi dinanzi ad un giudice perché la sola *retentio* non era stata sufficiente ad ottenere la *contributio*¹⁹². Nell'ipotesi, invece, in cui nessuno si fosse presentato a reclamare le merci oggetto di *retentio*, perché probabilmente il vettore era insolvente, Paolo assicura al *magister* l'esercizio dell'*actio conducti* nei confronti dei *vectores* tenuti alla *contributio* ma ancora inadempienti, per acquisire la loro parte di *contributio*, oppure per essere autorizzato alla vendita dei beni rimasti sulla nave al fine di liquidare i danni¹⁹³.

Sulla base dell'operare del sistema della *contributio* in relazione al trasporto di merci e all'ipotesi di grossa avaria, tanto Reichard quanto Cannata riconoscono l'operatività di un sistema connesso a quello della *Drittschadensliquidation*, ponendo entrambi la propria attenzione sul fatto che, tanto nell'esercizio in sé della facoltà di *retentio* come rimedio convenzionalmente previsto ed integrato nel diritto civile romano sin almeno dai tempi tardo repubblicani, quanto nell'esperimento dell'*actio conducti* concessa contro i *vectores* inadempienti che non si fossero presentati a reclamare le merci oggetto di *retentio*, il *magister navis* avrebbe esercitato tali rimedi non in virtù di un proprio interesse personale, che egli non poteva vantare perché, come si è detto, non partecipava alla *contributio* e conseguentemente non aveva alcun diritto a pretendere per sé una liquidazione diretta della stessa, ma nell'interesse dei *vectores* danneggiati i quali, rispetto alla *locatio - conductio* che legava il *magister navis* ai *vectores* inadempienti nei confronti della *contributio*, risultavano essere terzi. Il *magister*, sostiene Reichard, qualora non avesse esercitato i mezzi di pressione a sua disposizione contro gli

¹⁹² Nel senso che la *retentio* sia il fondamento dell'eccezione si veda I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 135 – 136, il quale segue F. Wieacker, *Iactus in tributum*, cit., p. 517. Secondo C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 401, invece, tale eccezione nella pratica si riduceva ad una domanda riconvenzionale, poiché, argomenta l'autore, il giudice, "sollecitato a ciò da una domanda del convenuto *magister*, subordinerà la sua condanna all'offerta, da parte dell'autore, delle somme dovute", individuando altresì esempi d'interventi di questo genere nei giudizi di buona fede in Ulpiano, 32 *ad edictum*, D. 19.1.13.8, Gaio, 10 *ad edictum provinciale*, D. 19.2.25.5 e Paolo, 21 *ad edictum*, D. 19.2.43.

¹⁹³ Cfr. in questo senso C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 399.

obbligati alla *contributio*, sarebbe stato responsabile verso gli aventi diritto per i conguagli mancanti; Cannata però interpreta tale circostanza nel senso che l'obbligo, per così dire, del *magister* d'intervenire a tutela dei *vectores* danneggiati deriverebbe dalla possibilità per questi ultimi di esperire contro di lui l'*actio locati*, sulla base dell'inciso iniziale del seguente testo di Paolo:

Paolo, 34 *ad edictum*, D. 14.2.2 pr.: *amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, locati cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, conducti, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest.*

Cannata interpreta le parole di Paolo nel senso che gli interessati a che gli altri *vectores* adempissero la *contributio* prima avrebbero dovuto agire contro il *magister*, dopo di che egli, nel loro interesse, avrebbe agito contro i *vectores* inadempienti¹⁹⁴. In questo sistema di rapporti reciproci che fanno perno sulla *contributio*, Reichard ha voluto ricostruire quello che, se anche non si potesse definire *Drittschadensliquidation* in senso proprio, consisterebbe quanto meno in una *Schadensliquidation im Drittinteresse*¹⁹⁵, vale a dire nell'esercizio di rimedi nell'interesse di terzi, concludendo comunque che, non essendosi originato in diritto romano, l'istituto in questione configurerebbe una mera ricezione di usi marittimi di origine ellenistica, genericamente riconducendo, quindi, la sua operatività a tale sistema di regole¹⁹⁶.

Cannata¹⁹⁷, invece, sostenendo la perfetta adesione della soluzione proposta come *Drittschadensliquidation* al sistema civilistico romano, rileva come l'intero sistema della *contributio* facesse perno sulla *retentio* delle merci, la quale poteva essere esercitata solo dal *magister navis* e, in relazione alla quale, le azioni

¹⁹⁴ Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 138, il quale fa riferimento alla responsabilità del *magister navis* da far valere processualmente, salvo aver sostenuto poco prima, a p. 135, che il *magister* non fosse portatore di un proprio *Haftunginteresse*. Cfr. altresì C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 397.

¹⁹⁵ Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 138, seguendo in questo senso F. Wieacker, *lactus in tributum*, cit., p. 517, il quale intravede altresì nel caso di specie l'operatività di un'*exceptio ex iure tertii*. Cfr. sempre I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 141, che qui si riferisce al meccanismo in questione nel senso di una "*Drittschadensliquidation kraft regelmässiger Vertragsauslegung*".

¹⁹⁶ Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. pp. 140 – 141.

¹⁹⁷ Cfr. C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 398 – 399.

previste per e contro il *magister* stesso, vale a dire le ricordate *actio locati* ed *actio conducti*, sarebbero state previste unicamente per essere utilizzate per uno scopo particolare, dipendente dalla clausola considerata implicita nel contratto di trasporto marittimo in virtù dell'interpretazione tipica dello stesso ricondotta alla *lex Rhodia de iactu*, cosicché tali azioni avrebbero dovuto essere esperite a questo scopo munite dell'opportuna *praescriptio pro actore*, alla quale alluderebbe l'inciso *ut ceterorum vectorum merces retineat* di cui a D. 12.2.2. pr.

Tali azioni, però, assumerebbero un significato differente nell'economia del sistema della realizzazione della *contributio*; in particolare l'esercizio dell'*actio conducti* sarebbe esercitata del *magister* contro i *vectores* inadempienti in favore di quelli danneggiati dalla perdita delle *merces*, terzi rispetto al contratto di *locatio – conductio* in essere tra il *magister* e i primi *vectores*; con la particolarità che la prestazione per la quale l'azione era esercitata sarebbe stata solo a lui dovuta in forza del contratto marittimo che lo legava ai debitori, e non era quella che avrebbe dovuto poi pervenire ai *vectores*, poiché nei confronti dei *vectores* inadempienti il *magister* era creditore della messa a disposizione delle somme destinate ai terzi, mentre verso i *vectores* danneggiati era debitore delle somme da loro messagli a disposizione.

Alla luce di quanto si è cercato di delineare in relazione alla ricostruzione del sistema di risarcimento dei danni a seguito di grossa avaria, la ricostruzione che tanto Reichard quanto Cannata propongono nel senso dell'operatività di un sistema di *Drittschadensliquidation* non pare trovare consistente giustificazione in ragione, in particolare, di un'inquadramento dei testi considerati avulso dal generale contesto di operatività della *lex Rhodia*, come si è cercato di delineare nel modo più completo possibile all'inizio del presente paragrafo. Alla luce, infatti, della natura convenzionale e straniera delle regole in tema di *retentio* e di realizzazione della *contributio* e della loro integrazione tecnica nel sistema di diritto civile romano in senso conforme agli strumenti a disposizione di suddetto sistema, che non solo non si è risolta in un mero recepimento nell'ordinamento romano di tecniche processuali probabilmente proprie di quello ellenistico, ma che trova giustificazione anche alla luce della configurazione del contratto di trasporto marittimo di merci nei termini di una *locatio – conductio (operis faciendi o rei*

vehendae), si deve considerare come tale sistema di realizzazione della *contributio* fosse basato su un equilibrio stabile tra la soluzione convenzionale della *retentio* e le tecniche processualmente previste e derivanti dal contratto di *locatio - conductio* (vale a dire l'*actio locati* e l'*actio conducti*) che fungevano invece da integrazione del sistema di realizzazione della *contributio* qualora si presentasse un problema che non potesse essere risolto con la sola *retentio* da parte del *magister* ma dovesse necessariamente coinvolgere un giudice.

Il ruolo del *magister*, quindi, si sostanzia effettivamente in quello di un liquidatore, ma si tratta, forse utilizzando un termine improprio, di un liquidatore in senso tecnico, poiché esso è preposto dalle regole convenzionali alla realizzazione della *contributio* e vi provvede con i mezzi a disposizione, compresa la possibilità di agire dinanzi al giudice. La liquidazione non avviene, quindi, nei confronti dei *vectores* danneggiati attraverso l'intermediazione del *magister*, nel senso che costui, essendo legittimato dal contratto ma non avendo interesse personale ad un risarcimento, lo chieda nei confronti di tali soggetti per ragioni di equità, sostanzialmente nei termini in cui il diritto tedesco moderno concede in casi limitati la *Drittschadensliquidation*; la liquidazione del danno avviene per mezzo del *magister* perché egli è il soggetto convenzionalmente deputato alla realizzazione della *contributio*, è il compito a lui affidato dagli usi convenzionali stabiliti per il trasporto marittimo di merci e che va oltre la semplice prestazione contrattuale. Se si volesse considerare il risultato finale ottenuto dal *magister* come una liquidazione del danno ottenuta per un soggetto sulla base di un contratto rispetto al quale esso non è parte, questo, al limite, avrebbe senso solo nell'ipotesi in cui si fosse fatto ricorso alla liquidazione per così "giudiziale" della *contributio*, dove l'esercizio reciproco delle azioni potrebbe forse inquadrarsi in un sistema simile alla liquidazione del terzo modernamente intesa, o *in limine* nell'interesse del terzo, secondo quanto sembra ricondursi a Reichard in conformità a Wieacker.

III. *Un altro possibile caso di Drittschadensliquidation: la stipulazione a compari conclusa dal procurator sprovvista di clausola penale*

Il secondo caso in cui apparentemente sarebbe riconosciuta l'operatività di

un sistema assimilabile a quello della *Drittschadensliquidation* sarebbe quello risultante da due testi giurisprudenziali. Il primo è di Nerazio Prisco:

Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2.11.14: *Si procurator ita stipulatus est, ut sistat dumtaxat eum quem stipularetur, non etiam poenam si status non esset stipularetur: propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti. Sed cum alienum negotium in stipulando egerit, potest defendi non procuratoris, sed eius cuius negotium gesserit utilitatem in ea re spectandam esse: ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeatur. Eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset “quanti ea res erit”: ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatam interpretemur.*

Il secondo è di Ulpiano:

Ulpiano, 77 *ad edictum*, D. 45.1.81. pr.: *Quotiens quis alium sisti promittit nec adicit poenam, puta vel servum suum vel hominem liberum, quaeritur, an committatur stipulatio. Et Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum “nisi steterit, poenam dari”, in id, quanti interest sisti, contineri. Et verum est, quod Celsus ait: nam qui alium sisti promittit, hoc promittit id se acturum, ut stet. 1. Si procurator sisti aliquem sine poena stipulatus sit, potest defendi non suam, sed eius, cuius negotium gessit, utilitatem in ea re deduxisse: idque fortius dicendum, si “quanti ea res sit” stipulatio proponatur procuratoris.*

Tali passi vengono ricostruiti da Reichard¹⁹⁸ nel senso di potervi evidenziare il funzionamento di un sistema di liquidazione del danno per conto del terzo, seppur, si vedrà, non suscettibile di portata generale; Cannata, invece, nel recensire il lavoro di Reichard¹⁹⁹, ne individuerrebbe piuttosto un caso di rappresentanza diretta, salvo poi, in un contributo successivo, propendere anch'egli, così sembrerebbe, per un caso di liquidazione per conto del terzo²⁰⁰. Si tratta, ad ogni modo, di due passi che genericamente fanno riferimento all'istituto della *cautio iudicio sisti* come strumento di prestazione della garanzia di comparsa nel procedimento funzionale alla *cognitio extra ordinem* e introdotta in età

¹⁹⁸ Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. pp. 143 – 159.

¹⁹⁹ Cfr. C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., pp. 401 – 407

²⁰⁰ Cfr. C. A. Cannata, *Profili romanistici*, cit., pp. 37 – 40, con riferimento, però, al solo brano in Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2. 11. 14.

giustiniana, parrebbe, in luogo della *cautio vadimonium sisti*, relativa al precedente processo formulare²⁰¹.

Secondo il ragionamento condotto da Reichard, i passi in questione presenterebbero lo stesso problema²⁰² e lo risolverebbero con la medesima soluzione. Si tratterebbe, infatti, in entrambi i casi, di una promessa di comparizione in funzione di un processo, ove la *stipulatio* avrebbe avuto due peculiarità: in primo luogo lo *stipulator* non era il titolare del diritto che s'intendeva dedurre in giudizio ma il suo *procurator*²⁰³, e non si trattava di un

²⁰¹ Della questione relativa al momento in cui dalle fonti sarebbe scomparso l'uso del *vadimonium* in favore di figure più consone alle strutture processuali proprie della *cognitio extra ordinem*, come appunto la *cautio iudicio sisti*, si è occupata largamente la dottrina tanto moderna quanto più risalente, quest'ultima soprattutto in relazione all'intervento compilatorio di sostituzione del termine *vadimonium* con *iudicio*, come puntualmente ricorda N. Donadio, *Vadimonium e contendere in iure. Tra «certezza di tutela» e «diritto alla difesa»*, Milano, 2011, p. 133, ntt. 31 e 34, e al cui approfondito *excursus* bibliografico in questa sede si rimanda. Si ricorda solamente qui brevemente, seguendo quanto affermato in nt. 34, che il termine *vadimonium* rimase in uso ancora nel tardo antico, come attestano *Coll.* 2.6.1 e Ammiano Marcellino, 30.4.9. Non essendo questa di certo la sede più opportuna per approfondire il tema in questione si rimanda con l'autrice, sul tema della sopravvivenza del *vadimonium* nel tardo antico, ad A. Fliniaux, *Le "vadimonium"*, Paris, 1908, pp. 106 e ss.

²⁰² Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 144. L'autore trae questa conclusione dall'inciso *eum quem stipularetur* di Nerazio, accomunando quindi la fattispecie trattata in *D. 2. 11. 14* a quella discussa da Ulpiano, *77 ad edictum*, *D. 45. 1. 81 pr – 1. Contro*, C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 402, nt. 24, il quale invece riconosce nell'inciso *eum quem stipularetur* un glossema. L'equiparazione nascerebbe, come evidenzia lo stesso Cannata, dal fatto che nelle fattispecie in esame Reichard riconosce che la presenza promessa non sarebbe quella del promittente stesso, vale a dire il *reus*; pertanto si tratterebbe della promessa fatta da un garante di *vadimonium*, ipotesi, questa, che parrebbe configurata solo da Ulpiano, *77 ad edictum*, *D. 45.1.81. pr*. In realtà la qualificazione della comparsa promessa come quella del *reus* piuttosto che quella del garante di *vadimonium* non parrebbe avere un peso incisivo nel ragionamento, seppur diverso, dei due autori, essendo tra l'altro necessario a Reichard, a nostro avviso, al solo scopo di creare un collegamento logico tra i due testi per ricondurli al medesimo schema operativo, anche perché non sembra che tale rilievo abbia nessun altro tipo di peso ai fini del ragionamento condotto dall'autore.

²⁰³ Cfr. in questo senso I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 143, il quale precisa come potesse trattarsi tanto di un *procurator omnium rerum* o *bonorum* quanto di un *procurator ad litem*, senz'altro aggiungere sul punto. Nemmeno C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., pp. 402 e ss. e Id., *Profili romanistici*, cit., pp. 37 – 40, pare soffermarsi sul problema della qualificazione del *procurator* in oggetto nel primo o nel secondo senso; si ritiene qui che la

normale caso di stipulazione penale, poiché le *stipulationes* avevano in questo caso come oggetto la comparizione diretta del convenuto e non contenevano invece la clausola al pagamento della penale in caso di mancata comparizione²⁰⁴.

Prendendo le mosse dal testo di Nerazio, rispetto al quale quello di Ulpiano rappresenterebbe un brano speculare la cui strutturazione si configura sostanzialmente affine a quella proposta per Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2.11.14²⁰⁵, l'autore sostiene che, poiché la *stipulatio* avente ad oggetto l'impegno alla comparsa in giudizio era intervenuta prima dell'instaurazione del rapporto processuale²⁰⁶, la comparizione del convenuto, quale oggetto della stipulazione, rappresenterebbe una *stipulatio alteri* rispetto alla quale lo stipulante risulterebbe privo d'interesse²⁰⁷.

questione non sia poi così peregrina, nel senso che, nell'ipotesi in cui si fosse trattato di *procurator omnium rerum* o *bonorum* il rapporto avrebbe trovato regolamentazione sulla base di *actiones negotiorum gestorum*, se invece si fosse trattato di un *procurator ad litem*, il rapporto che lo legava al *dominus litis* avrebbe dovuto configurarsi in termini di contratto di mandato. Forse quello che entrambi gli autori intendono sottolineare è che non è importante ai fini del discorso in oggetto chiarire se si trattasse di un *procurator omnium rerum* o *bonorum* o di un *procurator unius rei*, nel senso che, sia che il *procurator* in questione si occupasse di amministrare stabilmente tutto il suo patrimonio ovvero uno o più singoli affari, tale fatto non sarebbe stato determinante per la configurazione della fattispecie.

²⁰⁴ Cfr. in questo senso C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 402.

²⁰⁵ Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. pp. 153 – 156.

²⁰⁶ Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 147, seguendo qui il ragionamento che parte dal rilievo di O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 515 e nt. 7 con riferimento a Ulpiano, 77 *ad edictum*, D. 45.1.81.pr - 1, secondo cui le parti, in accordo con il pretore, potevano regolare le conseguenze dell'inadempimento del *vadimonium* in modo diverso dal pagamento di una penale prevista da apposita stipulazione accessoria. In particolare, omettendo il riferimento a *ni steteris, tantam pecuniam dari*, e conformemente a A. Fliniaux, *Le "vadimonium"*, cit., p. 71, nt. 1, Reichard argomenta che, ove la *summa vadimonii* non sia stata stipulata, il riferimento è necessariamente ad un *vadimonium* di tipo extragiudiziario, vale a dire una promessa di comparizione in giudizio precedente all'instaurazione dello stesso, poiché sarebbe difficile che il pretore, il quale doveva vigilare sul corretto rispetto delle prescrizioni edittali, avrebbe concesso una simile deroga al *vadimonium in iure* senza prevederne le conseguenze.

²⁰⁷ La comparizione in questione sarebbe stata a data fissa in un luogo vicino al tribunale, secondo il formulario portato ad esempio dallo stesso I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 151, vale a dire il documento pompeiano TPSulp. 3: [V(adimonium) f(actum) C(aio) S]ulpic[io] Fausto in [III no]nas / [Julia]s primas, [P]uteolis in foro / [a]nte aram [A]ug(usti) Hordionia[na]m

Questa stipulazione avrebbe pertanto dovuto essere considerata nulla, secondo quanto indica lo stesso Nerazio nel passo sopra ricordato, ove il giurista afferma che *propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti*. A fare salva, però, la *stipulatio*, sarebbe la circostanza che il procuratore, in effetti, è portatore dell'*utilitas*, vale a dire dell'interesse, di un altro soggetto, in virtù della quale nel caso di mancata comparizione sarà dovuta al procuratore una somma corrispondente al valore che tale comparizione aveva per il *dominus litis*²⁰⁸. Se Cannata²⁰⁹ riconosce in questa ricostruzione lo schema base della *Drittschadensliquidation*, Reichard ne fornisce invece una spiegazione che le nega portata generale, discostandosi in questo senso dalle conclusioni che invece ne aveva tratto Windscheid²¹⁰, preferendo ricondurre il meccanismo favorevole al terzo a quello di una stipulazione penale; in questo senso infatti, sulla base di quanto previsto da Ulpiano, 49 *ad Sabinum*, D. 45.1.38.17, e in virtù del quale la

*l hor(a) tertia; (sestertia) L̄ maioris sum̄mae rei in [iudiciu]m deducturus l et (sestertios) Ī d[epo]siti anuli arrae l nomin[e] stipul(atus) est L(ucius) F[a]e[n]ius l Eumenes, [sp]o(pondit) C(aius) Sulpicius Faustus. l Act(um) Puteol(is) V non(as) Iul(ias), l L(ucio) Vitellio L(ucii) f(ilio), [Me]ssalla Pobicola co(n)s(ulibus). Sul documento ora citato cfr. J. G. Wolf, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: die Streitbeilegung zwischen "L. Faenius Eumenes" und "C. Sulpicius Faustus"*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VI, pp. 771 – 778, di cui in particolare si veda pp. 772 -773; G. Camodeca, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp): edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, Roma, 1999, I, pp. 59 ss. . Sul ruolo del documento nella ricostruzione del *vadimonium* prestato extragiudizialmente si veda altresì N. Donadio, *Vadimonium e contendere in iure*, cit., pp. 113 e ss.*

²⁰⁸ Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 148 – 150.

²⁰⁹ Cfr. C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 403.

²¹⁰ Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 158. Il riferimento è qui a B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Frankfurt, ed. 1887, § 258, p. 45 e nt. 19, secondo il quale "Hat sich aber der Gläubiger im Interesse eines andern zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interesseforderung der von diesem andern erlittene Nachteil. Dadurch, daß er im Interesse eines andern kontrahiert, macht er dessen Interesse zu dem seinigen". Sempre secondo I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 159, la generalizzazione operata da Windscheid è il risultato dell'extrapolazione del caso oggetto del testo di Nerazio dal contesto in cui lo stesso è stato concepito, extrapolazione che poi ha trovato conferma nella dottrina successiva; come si vedrà a breve, pare che lo stesso errore sia stato compiuto da Reichard nel riconoscervi qui un caso, seppur isolato, di liquidazione per conto del terzo.

stipulatio alteri concepita come una stipulazione penale sarebbe stata valida ed efficace²¹¹, l'autore interpreta la somma, corrispondente all'interesse del *dominus litis* affinché il *promissor* comparisse, come l'oggetto dell'obbligazione che quest'ultimo avrebbe assunto, obbligazione a sua volta sottoposta alla condizione della mancata comparizione, sul modello appunto del *si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest* espresso da Ulpiano²¹².

In realtà, la ricostruzione proposta da Reichard, come già si è accennato, utilizza la riconduzione alla *stipulatio poenae* allo scopo di far salvo il contenuto della stipulazione in oggetto che altrimenti, come si è detto, sarebbe stata nulla tanto in Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2.11.14, quanto in Ulpiano, 77 *ad edictum*, D. 45.1.81.pr. – 1; inoltre, essendo la stipulazione in oggetto volta ad ottenere in favore del *dominus litis* il valore corrispettivo della causa, la liquidazione che ne conseguirebbe nei confronti del terzo varrebbe solo nei limiti di questi singoli casi specifici senza possibilità di generalizzazione, come dimostrerebbe ancora la presenza dell'inciso *potest defendi* ad introduzione della regola in Ulpiano, 77 *ad edictum*, D. 45.1.81.1; solo in questi termini, sostiene Reichard, "eine Liquidation des Drittinteresses befürwortet wird"²¹³.

L'interpretazione dei passi in questione proposta da Cannata prende parzialmente le distanze da quella fornita da Reichard, nel senso che non riconduce la *stipulatio ut sistat* neraziana ad una *stipulatio poenae*, ossia ad una stipulazione avente ad oggetto una somma di denaro in caso di mancata comparizione, quanto piuttosto alla somma stessa di denaro corrispondente al

²¹¹ È la *stipulatio poenae* infatti uno dei correttivi precisi per rendere valida ed esigibile dallo stipulante una *stipulatio alteri* altrimenti invalida; il terzo, comunque, non aveva diritto ad alcuna azione a tutela del beneficio pattuito nei suoi confronti. Proprio in ordine al difetto di azionabilità diretta da parte del terzo del beneficio pattuito, la fattispecie impropria ha trovato, come si è già lasciato intendere, limitato rilievo in ordine al presente elaborato.

²¹² Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 157.

²¹³ Cfr., come si è già detto, I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 158, il quale si allinea quindi alla posizione, rispetto alla configurabilità di una *Drittschadensliquidation* nel caso di specie, a quella in precedenza emersa in H. Kreller, *Kritische Digestenexegesen*, cit., p. 74 ed in H. Kaufmann, *Rezeption und Usus modernus*, cit., p. 15, nt. 9, a cui si era fatto già riferimento a p. 169, nt. 170 del presente capitolo.

valore della causa²¹⁴. Ripercorrendo il ragionamento condotto punto per punto dall'autore, basato anch'esso principalmente sul brano di Nerazio²¹⁵, la *stipulatio* posta in essere dal *procurator* relativamente alla comparsa in giudizio del *reus* (e non del garante di *vadimonium*, come sosteneva, si è visto in precedenza, Reichard e che invece sarebbe nello specifico solo l'ipotesi prospettata da Ulpiano, *77 ad edictum*, D. 45.1.81 pr.²¹⁶), poteva esser fatta in due modi, vale a dire facendosi promettere direttamente la comparizione (*ut sistat dumtaxat*) ovvero per mezzo di una stipulazione penale. La stipulazione del primo tipo rischiava di essere viziata da nullità, poiché lo stipulante non aveva interesse alla prestazione in sé, consistente nella comparizione, perché non atteneva ad un suo proprio vantaggio ovvero utilità; se si tiene però conto che lo stipulante era un *procurator* nel senso in cui si è già detto²¹⁷, e quindi stava gestendo un affare altrui, si deve tenere conto che il vantaggio, l'*utilitas*, a cui si fa riferimento nel testo di Nerazio non doveva essere quella propria dello stipulante/*procurator* ma piuttosto quello della persona il cui affare ovvero affari erano gestiti, con la conseguenza che, in virtù della mancata comparizione del promittente, allo stipulante sarebbe stata dovuta una somma equivalente al valore dell'interesse del *dominus litis* alla comparizione (*ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeatur*).

In questo senso, concluderebbe Nerazio secondo l'esegesi proposta da Cannata, lo stesso potrebbe dirsi se lo stipulante si fosse fatto promettere direttamente *quanti ea res erit*, vale a dire il pagamento diretto del valore della causa, poiché questa costruzione verbale si riferisce al vantaggio del *dominus* e non dello stipulante (*ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatum interpretemur*). Non si dovrebbe, quindi, ricondurre la fattispecie in esame ad una stipulazione penale, poiché questa era ben diversa dalla *stipulatio ut sistat*, la quale aveva ad oggetto non una somma di denaro

²¹⁴ Cfr. C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., pp. 403 e ss.

²¹⁵ Di cui il testo ulpiano sarebbe semplicemente un riassunto, secondo C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 405.

²¹⁶ Cfr. p. 184 nt. 202 del presente capitolo.

²¹⁷ Circa la qualificazione specifica del tipo di *procurator* vale qui quanto già detto in precedenza a p. 184 nt. 203 del presente capitolo.

(quindi un *certum dare*), come la stipulazione penale, quanto piuttosto un *facere* (vale a dire un *incertum*), circostanza che rimanda, questa, alla già ricordata divisione generale tra le stipulazioni trattate da Paolo, 12 *ad Sabinum*, D. 45.1.2²¹⁸ e in particolare al principio secondo cui la validità della stipulazione avente ad oggetto un *incertum* doveva essere ricollegata all'interesse di chi stipulava, secondo quanto afferma un altro testo di Paolo²¹⁹:

Paolo, 2 *ad edictum*, D. 45.1.68: *Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: "pecuniam te mihi crediturum spondes?"*, *incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.*

La riconducibilità anche delle stipulazioni relative alla comparizione del convenuto al principio espresso da Paolo nel testo appena riportato risulterebbe evidente da quanto espresso da Ulpiano in questo passo:

Ulpiano, 47 *ad Sabinum*, D. 2. 5.3: *Cum quis in iudicio sisti promiserit neque adiecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita Celsus quoque scribit.*

Ulpiano, riportando l'opinione di Celso sul punto, sostiene che, qualora la *cautio iudicio (vadimonio) sisti* sia stata prestata senza l'ulteriore previsione della stipulazione penale accessoria, comunque la stipulazione dovrà essere fatta salva, ricollegandosi l'*incertum* oggetto della prestazione all'*id quod interest*. Quindi, secondo Cannata, l'interpretazione della stipulazione "*ut sistat*" andrebbe ricondotta alla struttura di questa stipulazione e non ad altro modello, vale a dire quello di una stipulazione penale²²⁰. L'inquadramento, invece, della stipulazione avente ad oggetto l'obbligo di comparire a data e ora fissa come stipulazione di *facere* è lo snodo fondamentale della ricostruzione di Cannata; in questo senso, infatti, qualora tale obbligazione non trovasse adempimento, la prestazione

²¹⁸ Sul quale si rimanda qui a quanto già accennato alla parte prima, capitolo secondo, pp. 81 e ss.

²¹⁹ Cfr. sul punto C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 404.

²²⁰ Cfr. C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 405. Di Ulpiano, 47 *ad Sabinum*, D. 2.5.3 aveva altresì trattato I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensatzes*, cit. p. 144 e nt. 4, in relazione all'esegesi del testo di Nerazio, in funzione, però, della riconduzione della stipulazione in oggetto ad una *stipulatio poenae*.

sarebbe divenuta impossibile e l'obbligo non sarebbe consistito più nell'esecuzione della prestazione originaria ma nel solo risarcimento del danno subito a causa dell'inadempimento. Il promittente, quindi, qualora non comparisse, sarebbe stato tenuto esclusivamente al risarcimento del danno, calcolato sulla base dell'interesse alla mancata comparizione; in questo senso, Cannata vi riconoscerebbe un terzo genere di promessa di comparizione, che non avrebbe ad oggetto né la comparizione né la penale, ma il pagamento di una somma di denaro (“*quanti ea res erit*”) in caso di mancata comparizione. Il solo problema, quindi, risiederebbe non nella sua validità ma nel modo in cui dovrebbe essere calcolato l'ammontare della somma oggetto di promessa, che sarebbe stato ricondotto all'interesse del *dominus litis*. Nerazio, quindi, nel testo di D. 2.11.14, avrebbe utilizzato l'esame della forma stipulatoria *ut sistat dumtaxat* solo allo scopo di risolvere il problema della forma obbligatoria *quanti ea res erit*²²¹.

Pur prendendo le distanze dalla ricostruzione proposta da Reichard, Cannata ne condivide l'assunto finale, cioè l'idea che la liquidazione del danno per conto del terzo, che pure si realizza nei testi considerati, non possa essere generalizzata in senso conforme al moderno dogma della *Drittschadensliquidation*, proponendo, però, di ricondurre lo schema usato da Nerazio e, sulla sua falsariga, da Ulpiano, all'operatività della rappresentanza diretta, dove riconoscere i poteri di rappresentanza diretta ad un soggetto intermediario avrebbe risolto i problemi della liquidazione dei danni del terzo senza la necessità di introdurre un apposito dogma²²²; successivamente, come si è già ricordato in precedenza²²³, l'autore è tornato sul testo di Nerazio, non ponendolo però in relazione con quello di Ulpiano e proponendone un'esegesi non troppo diversa dalla precedente seppur molto più concisa.

A cambiare, in verità, è la considerazione finale sul passo in questione: Cannata, infatti, non fa più riferimento all'ipotesi che possa trattarsi di un caso di

²²¹ Cfr. C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 405 – 406.

²²² Cfr. C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 407 e nota nn. 32 e 33. Tale ricorso alla rappresentanza diretta non dovrebbe stupire, secondo l'autore, in quanto, sia con riferimento alla figura del *procurator*, sia con riferimento alla *stipulatio*, la rappresentanza diretta sarebbe stata utilizzata più frequentemente di quanto non si ammetta.

²²³ Cfr. p.183 nt. 200 del presente capitolo.

rappresentanza diretta e ne riconduce invece l'operatività ad un sistema di liquidazione di danno nei confronti del terzo, nel senso che, nell'ipotesi in cui un soggetto diverso dal *dominus litis* avesse pattuito l'impegno di comparire in un dato luogo ad una certa ora e tale stipulazione risultasse inadempita, allora si sarebbe verificato un danno da risarcire che sarebbe stato necessariamente a favore e nell'interesse del *dominus* terzo rispetto alla stipulazione in questione. Ciò avrebbe giustificato da parte del titolare l'esercizio dell'azione nascente dalla *stipulatio* da lui posta in essere, pur non essendo tale azione prevista in suo favore²²⁴.

Non si pensa in questa sede che l'una o l'altra ricostruzione nel senso dell'individuazione di uno schema di liquidazione per conto del terzo, sia esso modello generale o limitato al solo caso in esame, possano trovare accoglimento, non tanto perché, certamente, non presentino elementi di valore, d'interesse e di originalità in sé e per sé considerati, quanto piuttosto perché paiono essere entrambe basate sul medesimo errore di prospettiva rispetto al quale sono stati interpretati i testi in esame, vale a dire l'estrapolazione e la conseguente decontestualizzazione degli stessi rispetto alla loro originaria *sedes materiae*. Per quanto, infatti, un commento dei testi che prenda le mosse principalmente dal giusto inquadramento dei testi possa non sembrare particolarmente dotto, chi scrive ritiene invece che ricollocare i testi nella giusta prospettiva possa aiutare a capire come, qui, non sia possibile ritenere integrata nessuna forma di liquidazione per conto del terzo né di rappresentanza; e conseguentemente, in ultima istanza, rispetto all'analisi che qui ci si è proposti, il ruolo e la tutela del "terzo" rispetto al contratto non sembrano assumere rilievo.

Il brano di Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2.11.14, è contenuto nel titolo undicesimo del libro secondo del Digesto intitolato *Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit*; un titolo, dunque, relativo all'inottemperanza della promessa a comparire in giudizio. Il frammento neraziano, inserito all'interno della casistica pratica generale relativa a casi peculiari di mancata comparizione, tratta del caso particolare in cui sia il *procurator* a pattuire con il soggetto che dovrà presentarsi in giudizio. Ora, poiché

²²⁴ Cfr. C. A. Cannata, *Profili romanistici*, cit., p. 40.

il testo dice letteralmente *ut sistat dumtaxat eum quem stipularetur*, che lo si voglia riportare al garante di *vadimonium* o direttamente al *reus* pare non essere così fondante; ad essere fondante è invece il fatto che, essendo la stipulazione posta in essere priva dell'accessoria pattuizione penale, in virtù della quale in caso di mancata comparizione il promittente avrebbe dovuto pagare una certa somma di denaro, essa sarà *propemodum* priva di effetti, poiché il *procurator* in sé non ha alcun interesse proprio a vedersi promettere la sola comparsa del promittente, non derivandogli alcun vantaggio.

Però, prosegue Nerazio, *cum alienum negotium in stipulando egerit*, cioè, siccome stipulando agì per un negozio altrui - circostanza, questa, che rende più probabile che si tratti nel caso di specie di un *procurator omnium bonorum* o al limite di *procurator unius rei*, ma quasi certamente non di un *procurator ad litem*²²⁵ - chi trarrà vantaggio dalla conclusione di tale affare sarà il *dominus litis* e non il *procurator* in sé; in questo senso, allora, non solo la stipulazione non sarà nulla, ma il promittente sarà tenuto a consegnare al procuratore il corrispettivo dell'interesse del *dominus negotii* alla comparizione dell'avversario nel luogo del giudizio. Tale soluzione, conclude Nerazio, a maggior ragione varrebbe se il procuratore avesse stipulato con la clausola *quanti ea res erit*, la quale avrebbe dovuto comunque essere interpretata a vantaggio del *dominus* e non del *procurator* poiché, per rendere valida la stipulazione, l'interesse deve essere sempre valutato in relazione al primo dei due soggetti.

Avendo chiara tale ricostruzione, si può ben capire la *ratio* sottesa alla riconduzione del testo nel senso di una *stipulatio poenae* operata da Reichard. Però il punto qui è che la stipulazione può essere fatta salva anche se tale stipulazione accessoria non sia stata prevista, nel senso che, nella fattispecie particolare in cui a stipulare sia stato il *procurator* per il *dominus*, tale *stipulatio*, avendo ad oggetto la sola comparsa, comunque non potrà essere priva di effetti, perché è inserita nell'ambito di una *negotiorum gestio* e l'eventuale tutela per il *dominus* discende da tale negozio; in questo senso, quindi, non si può dire che la

²²⁵ Possibilità, questa, considerata anche da Reichard e Cannata, ma non ulteriormente approfondita perché non essenziale al discorso dagli stessi condotto. Cfr. su punto quanto già rilevato p. 184 nt. 203 del presente studio e M. Marrone, *Dominus litis*, in *AUPA*, 53, 2009, p. 259.

liquidazione venga corrisposta al *dominus* per il tramite del *procurator*, perché è effettuata al *procurator*; peraltro garantire al *dominus* o la comparsa del convenuto/garante di *vadimonium* o il corrispettivo della mancata comparsa è parte della sua gestione dell'affare ovvero degli affari, da cui il *dominus* è tutelato con le azioni concesse dalla riconosciuta *negotiorum gestio*²²⁶.

Il testo di Ulpiano, 77 *ad edictum*, D. 45.1.81 pr – 1 trova collocazione, invece, nel libro 45, al titolo primo, relativo in generale alle obbligazioni verbali, in cui sono descritti casi generali e particolari in cui l'obbligazione doveva essere considerata valida; uno di questi è quello appunto della stipulazione a comparire non accompagnata da una clausola penale. In questo caso Ulpiano, allineandosi alle parole di Celso, riconosceva la validità della stipulazione e ne dichiarava l'azionabilità poiché l'*id quod interest* dell'attore poteva essere fatto valere con un'azione dall'*intentio incerta*, secondo quanto si legge nel frammento ulpiano tratto dal commento a Sabino già citato in precedenza, ma che conviene qui ripetere:

Ulpiano, 47 *ad Sabinum*, D. 2.5.3: *Cum quis in iudicio sisti promiserit neque adiecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita celsus quoque scribit*²²⁷.

Il § 1 del testo ulpiano, che ripropone il caso già visto in quello di Nerazio, altro scopo non avrebbe se non quello di confermare la validità della stipulazione in assenza di clausola penale anche nell'ipotesi in cui a stipulare la comparsa del *reus* o del garante di *vadimonium* non sia stato il (futuro) attore ma il suo *procurator*; parimenti tale stipulazione potrà essere fatta valere processualmente nello stesso modo in cui avrebbe potuto farla valere direttamente il *dominus* qualora l'avesse stipulata personalmente, con l'unica differenza che stavolta a farla valere sarà il *procurator* nell'interesse del *dominus* e nell'ambito della *negotiorum gestio* che lega i due soggetti.

²²⁶ E come già G. Finazzi, *Il contratto a favore di terzo proprio*, cit., p. 428 nt. 23, i casi di *negotiorum gestio* sono esclusi da ogni configurabilità di rapporti e relazioni trilaterali nel senso modernamente inteso. Più in generale, in tema di *negotiorum gestio*, si rimanda ai tre volumi dell'autore stesso componenti il lavoro *Ricerche in tema di negotiorum gestio*.

²²⁷ Cfr. sul punto poco sopra pp. 189 e ss. del presente studio e parimenti M. De Simone, "*Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat*", cit., p. 221, nt. 120 in fondo.

In questo senso si può quindi concludere che nel caso di specie non sia ravvisabile alcun tipo di rapporto triangolare in un senso conforme a quello di una *Drittschadensliquidation* modernamente intesa, ma neppure nel senso di una rappresentanza o di una forma di stipulazione impropria a favore di terzo riconducibile all'operatività della clausola penale; le fonti, considerate nel loro contesto, sembrano indicare che l'ipotesi peculiare in cui una comparizione sia stipulata da un *procurator*, e sia altresì priva di accessoria stipulazione penale, garantisca al *dominus* il corrispettivo del valore della causa in caso di mancata comparizione nell'ambito dell'operatività della *negotiorum gestio* nel contesto della quale è stata conclusa e conformemente alla validità delle stipulazioni all'*id quod interest*.

VI. Conclusioni

L'analisi dei testi sopra ricordati, e già interpretati in passato nel senso di potervi riconoscere l'operatività del dogma della *Drittschadensliquidation* già in diritto romano classico, sembra aver messo in luce, invece, come nemmeno circoscrivendo la configurabilità di tale sistema di liquidazione del terzo a casi specifici e limitati sia possibile riconoscere già in diritto romano la volontà ovvero l'esigenza di concedere che al terzo fossero liquidati i danni sofferti in virtù di un contratto di cui lo stesso non fosse parte per il tramite dell'azione esercitata in suo favore da una delle parti contraenti. Nell'introdurre l'argomento della configurabilità del dogma della *Drittschadensliquidation* già in diritto romano, si è già fatto riferimento al fatto che lo stesso autore che se ne è occupato in modo più compiuto e approfondito, Ingo Reichard,²²⁸ non abbia in verità ritenuto potersi

²²⁸ Per dovere di completezza si ricorda qui che l'autore ha altresì esaminato, pur escludendone la rilevanza, oltre ai casi già ricordati, i seguenti testi, nell'ordine in cui sono presentati nella sua ricerca: in tema di rapporti tra *deliktische Haftung* e *Drittinteresse* Paolo, 22 *ad edictum*, D. 9.2.22 pr.; Celso, 12 *digestorum*, D. 46.2.68; Ulpiano, 7 *ad edictum*, D. 2.10.1.3; Giuliano, 2 *digestorum*, D. 2.10.3.1; Paolo, 19 *ad edictum*, D. 11.3.14.7; Ulpiano, 29 *ad Sabinum*, D. 47.2.14 pr.; Paolo, 16 *quaestionum*, D. 18.4.21; Ulpiano, 32 *ad edictum*, 19.1.13.12; Gaio, 10 *ad edictum provinciale*, D. 19.2.25.8; Labeone, 5 *posteriorum a Iavoleno epitomatorum*, D. 19.2.60. 2; Papiniano, 12 *quaestionum*, D. 47.2.81 pr.; Paolo, 11 *ad edictum*, D. 4.3.18.5; Papiniano, 37 *quaestionum*, D. 9.2.54; Paolo, 22 *quaestionum*, D. 9.2.55. In tema di rapporti tra *vertragliche Haftung* e *Drittinteresse*, Ulpiano, 30 *ad edictum*, D. 16.3.1.11 con Africano, 7 *quaestionum*, D. 16.3.16;

generalmente parlare in diritto romano di un sistema di liquidazione del danno per conto del terzo, prendendo le distanze in questo modo certa parte della dottrina (di matrice tedesca) a lui precedente²²⁹; gli unici due casi rispetto ai quali si è ritenuto di poter almeno riconoscere, se non l'operatività del dogma della *Drittschadensliquidation*, quanto meno di una forma di liquidazione del terzo, sono quelli relativi alla liquidazione dei *vectores* e al sistema della *contributio* secondo la *lex Rhodia de iactu* e alla stipulazione alla comparsa in giudizio conclusa dal procuratore, a cui appunto si è appena fatto riferimento.

L'analisi che però si è voluto proporre relativamente ai passi in questione pare aver dimostrato che nemmeno questi due casi, presi singolarmente, possano essere letti alla luce dell'operatività del sistema di liquidazione per conto del terzo così come concepito dalla dottrina tedesca e fatto proprio, con i limiti e le difficoltà che si vedranno, dalla giurisprudenza tedesca²³⁰, quanto meno a discapito della coerenza degli stessi rispetto al sistema delle fonti; effettivamente, pare qui di poter affermare che il limite di una ricostruzione, anche circoscritta a casi specifici, dell'operatività della *Drittschadensliquidation* già in diritto romano risiede proprio nell'estrapolazione delle fonti dal loro contesto o il non considerarle rispetto alla *sedes materiae* rispetto alla quale sono state a noi tramandate. Poco importa in questo senso, si crede, che anche i due riconosciuti validi, lo siano nei limiti di una non generalizzazione del dogma²³¹; la ricostruzione dei brani proposta da Reichard, il cui lavoro ha dato maggiore ispirazione all'analisi appena condotta, anche letta alla luce delle considerazioni svolte da Cannata, non pare poter trovare accoglimento alla luce del fatto che i

Ulpiano, 2 *ad edictum aedilium curulium*, D. 21.2.38; Ulpiano, 32 *ad edictum*, D. 19.1.13.30; Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.8.3, con Giavoleno, 8 *ex Cassio*, D. 3.5.27; Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.14 pr.; Ulpiano, 30 *ad Sabinum*, D. 17.2.19; Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.2.20; Ulpiano, 30 *ad Sabinum*, D. 17.2.21; Gaio, 10 *ad edictum provinciale*, D. 17.2.22; Ulpiano, 30 *ad Sabinum*, D. 17.2.23; Paolo, 14 *ad Plautium*, D. 46.1.36; Scevola, 2 *quaestionum*, D. 15.1.51; Paolo, 16 *ad Sabinum*, D. 50.17.171; Paolo, 32 *ad edictum*, D. 19.2.7; Trifonino, 9 *disputationum*, 19.2.8.

²²⁹ Cfr. 169 nt. 170 del presente capitolo.

²³⁰ Cfr. parte seconda, capitolo terzo, pp. 377 e ss. del presente elaborato.

²³¹ Cfr. nuovamente sul punto I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., in sede di considerazioni conclusive, pp. 286 – 287.

sistemi da essi individuati non paiono poter essere ricondotti in alcun modo al diverso problema della liquidazione per conto del terzi o anche solo della tutela della posizione del terzo danneggiato da una *stipulatio* posta in essere senza la sua partecipazione: abbiamo infatti potuto constatare che essi attenevano, rispettivamente, al funzionamento delle norme convenzionali in tema di grossa avaria ai sensi della *lex Rhodia de iactu* e al caso particolare della stipulazione alla comparsa conclusa dal *procurator* nell'ambito della *negotiorum gestio* dallo stesso posta in essere nei confronti del *dominus litis*.

Lo stesso Reichard si è reso conto come una generalizzazione del dogma già in diritto romano non fosse plausibile, a discapito della coerenza del sistema e della ricerca, che sul punto sono state probabilmente viziate dall'adozione di una prospettiva conforme alle istanze proprie della civilistica tedesca, interessata piuttosto al funzionamento e all'origine della *Drittschadensliquidation* anche alla luce di quella prima pronuncia della Corte di Appello di Lubeca²³², la quale rappresenta il precedente giurisprudenziale sul tema. In questo senso, quindi, si può concludere, nei limiti dell'analisi appena svolta, come il soggetto "terzo" rispetto al contratto non abbia avuto rilievo in diritto romano nel senso della previsione di un sistema di tutela nei suoi confronti volto alla liquidazione del danno per mezzo del (presunto) contraente in suo favore.

²³² Cfr. parte seconda, capitolo primo, pp. 257 e ss. del presente capitolo. È altresì interessante notare come i testi utilizzati come base teorica per la motivazione della sentenza da parte dell'*Oberappellationsgericht* di Lübeck e che sono alla base del successivo lavoro sulla costruzione del dogma della *Drittschadensliquidation* a firma dello stesso consigliere della Corte d'Appello di Lubeca, E. Zimmermann, *Über die Verbindlichkeit desjenigen, der mit einem Commissionär, ohne daß dabei des Commissionsverhältnisses Erwähnung geschah, contrahirt hat, zum Ersatze des aus seiner Vertragswidrigkeit dem Committenten erwachsenen Schadens*, in *Neues Archiv für Handelsrecht*, 1, 1858, pp. 48 – 81, vale a dire Ulpiano, 30 *ad edictum*, D. 16.3.1.11 (parallelamente ad Africano, 7 *quaestionum*, D. 16.3.16) ed Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.8.10 (con Giavoleno, 8 *ex Cassio*, D. 3.5.27), sono interpretati da I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. pp. 212 – 213 e 225 - 243 e, adesivamente, da C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., pp. 416 – 419 (ma relativamente a Ulpiano, 30 *ad edictum*, D. 16.3.1.11 si veda anche Id., *Profili romanistici*, cit., pp. 35 – 37) nel senso che tali testi non avessero nulla a che fare col dogma della liquidazione del terzo considerati nel sistema di diritto romano, a riprova maggiore di come l'uso mirato che delle fonti si fa per scopi concernenti la dogmatica moderna non deve necessariamente trovare riferimento già nello stesso sistema di diritto romano.

8. Considerazioni conclusive sulla rilevanza teorica e pratica del terzo in diritto romano

L'analisi proposta nel presente capitolo, volta all'individuazione del possibile rilievo teorico e pratico del soggetto "terzo" rispetto al contratto già nel sistema obbligatorio e contrattuale romano, e condotta, a sua volta, attraverso l'esegesi di alcuni testi ritenuti significativi nel senso di potervi riconoscere l'operatività di una forma di contratto a favore di terzo proprio o di un originario tipo di liquidazione a favore del terzo, ci permette ora di svolgere alcune considerazioni conclusive.

Le regole generali in tema di validità ed efficacia della *stipulatio*, legate in gran parte al formalismo dei *certa verba* alla base della sua valida conclusione, negavano validità ed efficacia a forme di stipulazione produttive di effetti nei confronti di soggetti che non avessero partecipato alla conclusione della stessa attraverso quella dialettica tra domanda e risposta sulla quale si basava la promessa del debitore. La nullità della promessa a beneficio del terzo, comunque, si riteneva non determinasse altresì la nullità della stipulazione conclusa tra lo stipulante e il promittente, la quale restava valida ed efficace tra le parti contraenti nei limiti in cui la prestazione fosse stata stipulata a beneficio del terzo nell'interesse dello stipulante: il riconoscimento della presenza dell'*id quod interest*, infatti, era ritenuto sufficiente a determinare il conseguente esperimento dell'azione da parte dello stipulante a tutela della propria posizione in caso di mancato adempimento del promittente e, si ritiene, rendeva configurabile in diritto romano l'operatività di un cosiddetto contratto a favore di terzo improprio.

Per quanto attiene, invece, alla configurabilità di un contratto a favore di terzo proprio, vale a dire del riconoscimento della validità della disposizione stipulata a favore del terzo con la conseguente possibilità per il terzo di agire direttamente con relativa azione a tutela del proprio diritto, questa si presentava molto più complessa, tanto, si direbbe, in età classica, quanto successivamente. I testi analizzati hanno dimostrato come si potessero riconoscere isolatamente alcuni tentativi di rendere valida la stipulazione a favore del terzo, in particolar modo in relazione a patti di restituzione della dote accessori rispetto ad una *dictio* o *promissio dotis*, anche con la concessione di un'azione in via utile ed equitativa;

tali testi hanno tuttavia dimostrato anche come questa prassi non abbia certamente trovato alcun tipo di generalizzazione, nel senso del rilievo del terzo come portatore di una posizione nascente dal contratto degna di considerazione e tutela in senso generale; anzi, pur nella mancanza di fonti specifiche di età più tarda rispetto alle quali valutare l'evolversi della prassi, la scelta compilatoria di mantenere nel *Codex* la regola rispetto alla quale *alteri stipulari nemo potest* e parallelamente, quella di concedere l'*actio utilis* solo in relazione ad alcune fattispecie tipicamente caratterizzate, permettono di dedurre come il problema del terzo non fosse considerato rilevante in senso assoluto, al più rilevando in alcuni casi statisticamente ed economicamente più importanti, come appunto la costituzione della dote.

Questo discorso a maggior ragione trova conferma nell'analisi, condotta sulla scia delle esegesi proposte da quella parte della dottrina particolarmente sensibile a questo tipo d'istanze, relativa all'individuazione di meccanismi riconducibili alla liquidazione a favore di terzo di matrice tedesca; a fronte della complessità e varietà delle fonti scelte, che pure vengono riconosciute generalmente non idonee ad integrare una forma originaria di *Drittschadensliquidation*, anche in quei casi isolati dove invece si è voluto scorgere un interesse per le vicende liquidatorie di un soggetto estraneo al contratto ma danneggiato rispetto allo stesso, si è cercato di dimostrare in questa sede come ciò invero non fosse plausibile, quanto meno se ci atteniamo al senso e alla configurazione originaria. Forse proprio in questa specifica ricerca si è caduti in quello stravolgimento di prospettive da cui certa attenta parte della romanistica ha invitato a fare attenzione: le fonti devono essere lette nel modo più coerente possibile rispetto al contesto e al periodo storico al quale si riferiscono e non essere utilizzate impropriamente per fondare dogmi e teorie che rispondono ad esigenze prettamente moderne. In questo senso, quindi, in conclusione, si ritiene che non fosse configurabile nel mondo antico alcuna forma di liquidazione a favore del terzo a meno di non ammettere una lettura dotta sì ma probabilmente avulsa dal contesto delle fonti in oggetto; invece, forme di contratto a favore di terzo proprio erano ammesse ma solo nei limiti di casi specificamente riconosciuti.

CONCLUSIONI ROMANISTICHE

Al termine di questa prima parte di approfondimento relativa al diritto romano, possiamo ora trarre qualche conclusione di ordine teorico e sistematico. Nell'introdurre la presente ricerca, e in particolare la parte relativa alla configurazione della rilevanza già in diritto romano di soggetti "terzi" rispetto ad un contratto di cui essi non sono stati parte, ci si è già soffermati su quei problemi esegetici ed interpretativi a cui lo studioso, che intenda occuparsi dello studio delle fonti alla luce della loro rilevanza ed operatività nel solo sistema di afferenza, può andare incontro; in effetti, relativamente all'argomento che ci ha occupato in questi primi capitoli, si può ben dire come il rischio di procedere ad uno studio in qualche modo falsato dalla prospettiva moderna sia stato ben concreto. Avendo cercato, però, di rimanere fedeli ai propositi iniziali, si ritiene si possano dedurre qui alcune interessanti considerazioni.

L'origine dell'obbligazione come *vinculum iuris*, legata molto probabilmente a quella che si sarebbe poi sviluppata indipendentemente come obbligazione di garanzia, e l'originaria scissione tra debito e responsabilità, pur non ammettendo, ovviamente, alcuno spazio per una strutturazione tripartita in senso stretto, lasciava comunque intendere come nella dinamica obbligatoria potessero inserirsi, pur nella posizione specifica di garante "personale", un soggetto diverso sia dall'obbligato, il cosiddetto *reus*, sia da colui al quale l'obbligazione era dovuta, che solo in un momento più tardo verrà definito "creditore". All'origine del rapporto obbligatorio, quindi, l'unico rilievo che si può riconoscere a soggetti estranei allo stesso è nei limiti dell'assunzione di garanzia; diversamente da ciò, il rapporto obbligatorio rilevava soltanto in quanto idoneo a vincolare le parti, secondo la corrispondenza tra *Schuld* ed *Haftung*, debito / obbligazione e responsabilità, che coincide con il nucleo fondamentale, appunto, del rapporto obbligatorio stesso. È del resto in questo senso che le parti del rapporto stesso rilevano nel discorso condotto dai giuristi romani: nel loro discorso non è riconoscibile, infatti, un interesse precipuo per la dogmatica relativa alle parti contraenti che vada al di là del vincolo posto in essere con

l'assunzione del debito e della corrispondente responsabilità in conformità di uno dei modelli tipici di obbligazione a cui si è fatto riferimento.

È del resto la composizione tra *Schuld* ed *Haftung* in un unico rapporto come regola e caratteristica dell'obbligazione, unita al formalismo rigido previsto in relazione ad ogni tipo obbligatorio e preposto alla valida costituzione dello stesso come valido e produttivo di effetti, ad aver dato origine ad una serie di rigidi principi concernenti l'impossibilità di scindere le persone che costituivano il rapporto da coloro in capo ai quali gli effetti avrebbero dovuto prodursi, con la conseguenza che solo tali soggetti avrebbero potuto legittimamente agire in giudizio a tutela della loro posizione; in questo senso, in virtù di regole quali *alteri stipulari nemo potest, o per extraneam (liberam) personam adquiri non potest*, non sarebbe stato possibile, in linea teorica e generale, contrarre a favore di un terzo; allo stesso modo nessuno spazio fu riconosciuto all'operare dell'istituto della rappresentanza diretta.

La vigenza di tali regole, però, apparentemente, non ha significato altresì l'inesistenza di un'esigenza pratica volta al loro sovvertimento in alcuni casi e materie specifiche di un certo impatto sociale ed economico, come in quello della disciplina della restituzione della dote. L'ammissione dell'operatività, anche in diritto romano, di forme contrattuali ricollegabili al moderno contratto in favore di terzo cosiddetto proprio¹, in cui il terzo acquista un diritto all'adempimento della prestazione in suo favore da parte del *promissor* a tutela della sua posizione, e dove tale collegamento si basa sulla concessione ad alcuni specifici soggetti "terzi" rispetto al rapporto contrattuale di un interesse eccezionalmente tutelabile mediante l'esperibilità di un'*actio utilis* in via equitativa, non pare configurare un improprio utilizzo di schemi moderni applicati al diritto romano. Infatti la ricerca finora condotta ha dimostrato come, contestualizzando i testi rilevanti ed

¹ Al diverso problema del riconoscimento del cosiddetto contratto in favore di terzo improprio, rispetto al quale la stipulazione posta in essere tra le parti sopravvive alla nullità della sola pattuizione in favore del terzo in presenza di particolari accorgimenti si è fatto diverse volte cenno nel corso del presente elaborato; si ribadisce però qui, per chiarezza, come l'approfondimento di tale fattispecie esuli dallo scopo proprio della presente ricerca, non avendo il soggetto terzo in quanto tale alcun rilievo rispetto alla costituzione, alla validità e alla produzione di effetti di una stipulazione che rimane rapporto obbligatorio valido ed efficace solo tra le parti contraenti.

analizzando singolarmente ogni decisione senza alcun fine di generalizzazione, si possa ammettere in diritto romano la tutela di un soggetto che si trovi in una posizione di formale estraneità rispetto al contratto dal quale trae vantaggio, seppur in alcuni limitati casi.

Un discorso del genere pare non potersi svolgere in relazione all'operatività di altre forme di tutela previste in favore di un soggetto estraneo ad un contratto dal quale si producono comunque degli effetti nei suoi confronti; in particolare, l'analisi della possibile operatività di una forma di *Drittschadensliquidation* già in diritto romano classico pare aver dato esito negativo. L'eterogeneità delle fonti rilevanti sul punto e ragioni di ordine sistematico, legate alle peculiarità della disciplina delle obbligazioni in diritto romano, non permettono d'individuare casi in cui sia possibile ravvisare una forma di liquidazione del danno a favore del terzo, a patto appunto di non decontestualizzare le fonti e di valutarle in conformità al sistema in cui le stesse erano in vigore e sono state a noi tramandate.

Un rilievo diverso possono aver avuto quelle stesse fonti rispetto alla moderna dogmatica della *Drittschadensliquidation*, e si vedrà meglio nel prosieguo del presente elaborato, nel senso che esse hanno trovato un diverso utilizzo come fondamento teorico per la creazione, nel XIX secolo, di quel meccanismo di liquidazione per conto del terzo che risponde appunto al nome di *Drittschadensliquidation* e che trova applicazione anche nell'attuale sistema di diritto tedesco; ma questo, va da sé, non è un discorso che attiene al diritto romano inteso come sistema di diritto in vigore a Roma antica. Esso, piuttosto, rileva in seno allo studio della tradizione romanistica e in quanto tale non trova uno spazio appropriato nella presente sede, meritando invece un precipuo approfondimento nel corso dell'analisi relativa all'evoluzione dell'idea di "terzo" successivamente al diritto romano storicamente considerato, e che sarà condotta nel séguito di questa ricerca.

PARTE SECONDA

L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA DEL TERZO
NEI MODERNI ORDINAMENTI DI CIVIL LAW:
GERMANIA, FRANCIA ED ITALIA
COME SPUNTI PER UNA TRATTAZIONE
COMPARATISTICA

PREMESSA

La tutela del soggetto “terzo” nel diritto delle obbligazioni è un tema molto ampio ed idoneo ad essere considerato sotto molteplici punti di vista; conformemente all’approccio che si è inteso seguire nell’ambito di questa ricerca, a rilevare in modo particolare è la posizione assunta dal terzo in relazione agli effetti prodotti nei suoi confronti da un contratto concluso senza la sua partecipazione. In questo senso, e in primo luogo, il contratto rileva nei confronti del terzo nella misura in cui le parti contraenti pattuiscono in favore dello stesso l’acquisto di un diritto; si tratterà, in questo caso, di una produzione degli effetti del contratto nei confronti del terzo di natura convenzionale, poiché sono i contraenti stessi a determinare che il soggetto terzo in favore del quale concludono il contratto venga coinvolto nella sfera degli effetti da questo prodotti.

La fattispecie tipica di produzione convenzionale di effetti nei confronti dei terzi è sicuramente il contratto in favore di terzo, rispetto al quale la pattuizione conclusa dalle parti fa nascere direttamente in capo al terzo il diritto di pretendere la prestazione nei suoi confronti: si tratta, evidentemente, di un diritto autonomo rispetto a quelli nascenti dal rapporto obbligatorio intercorrente tra colui che stipula e colui che promette di adempiere nei confronti del terzo, e rispetto al quale il terzo è legittimato, al pari delle parti contraenti, a procedere a tutela del proprio diritto all’adempimento della prestazione con lo strumento tipico della responsabilità contrattuale, godendo quindi, rispetto al contratto e in forza dello stesso, di una tutela assimilabile a quella delle parti, pur restandone sempre estraneo.

Il contratto a favore di terzi come fattispecie generale ed astratta è oggi riconosciuto in tutti gli ordinamenti privatistici, seppur con vicende storiche differenti; si è visto, inoltre, come precedenti di tale fattispecie possano essere ricostruiti, seppur con determinati limiti e previa contestualizzazione del significato e della portata del concetto di *stipulari alteri*, sin dal diritto romano, benché quest’ultimo riconoscesse il principio generale secondo cui *alteri stipulari nemo potest*. Nel corso di una lunga vicenda storico-giuridica, che si sviluppa dal XII secolo ed arriva sino alle moderne codificazioni, si è assistito ad una continua

opera di esegesi, commento e ricostruzione della portata di tale regola e delle sue eccezioni allo scopo, da un lato, nel periodo di vigenza del diritto romano come diritto comune, di fondare regole applicative per la soluzione dei nuovi casi giuridici che si presentavano nella prassi del mondo medievale e, dall'altro, secondo un approccio più dottrinale, di individuare regole generali in virtù delle quali si potesse validamente *alteri stipulari*. Tutto questo consistente bagaglio teorico e pratico sfocerà poi nella configurazione di un modello di contratto a favore di terzo che sarà recepito, seppur con qualche differenza, nelle principali codificazioni europee, prime fra tutte quelle che qui ci occupano più da vicino, ossia quella francese, quella tedesca e quella italiana.

Accanto, però, alla previsione convenzionale di effetti nascenti dal contratto nei confronti di un terzo, si sono riconosciute, in particolare nell'evolversi degli ordinamenti a cui si è fatto riferimento, anche ipotesi nelle quali il terzo, in presenza di determinati requisiti e presupposti, possa giovare degli effetti nascenti da un contratto tra altri corrente pur nell'assenza di una pattuizione convenzionale nei suoi confronti; si tratta, nello specifico, di casi nei quali il terzo, in caso di danni subiti a causa dell'inadempimento delle obbligazioni nascenti da un contratto di cui non è parte contraente né terzo beneficiario, può fondare una richiesta di risarcimento del danno direttamente sul piano della responsabilità contrattuale o di quella extracontrattuale ma sul solo presupposto dell'inadempimento e senza la necessità di provare ulteriormente il danno subito. Si tratta di fattispecie, che hanno concorso ad ampliare notevolmente l'area di rilevanza del terzo rispetto al rapporto obbligatorio intercorrente, per definizione, solo tra le parti, al punto di riconfigurare, in un certo senso, la concezione stessa di obbligazione come un *quid* più ampio e complesso rispetto al solo obbligo primario di prestazione e che tenga conto, altresì, degli effetti che essa produce in capo a soggetti che sono estranei al rapporto obbligatorio. Si tratta di fattispecie, queste, e di casistiche, che si sono sviluppate diversamente negli ordinamenti francese, tedesco ed italiano, seppur sulla base di una medesima *ratio*, che genericamente è riconducibile alla necessità di tutelare la posizione di particolari soggetti terzi nell'ipotesi in cui il danno da essi subito sia riconducibile direttamente all'inadempimento di un contratto di cui essi non sono parti

contraenti.

Procedendo, quindi, dall'analisi del recepimento storico delle istanze provenienti dal diritto romano in un ampio arco temporale che si dipana dal XII secolo sino alle moderne codificazioni, si analizzeranno, nei capitoli a seguire, i casi e le fattispecie ritenuti più rilevanti rispetto ai quali il terzo viene coinvolto dagli effetti convenzionalmente ovvero eventualmente prodotti nei suoi confronti da un contratto tra altri corrente, allo scopo di individuare quale sia, attualmente, il profilo di rilievo del terzo nel sistema delle obbligazioni e se si possa, eventualmente, riconoscere, dall'analisi comparata dell'esperienza francese, tedesca ed italiana, una prospettiva comune.

CAPITOLO PRIMO

SULLA RICEZIONE DEL PRINCIPIO *ALTERI STIPULARI* *NEMO POTEST* E SULLA CONSIDERAZIONE DEL “TERZO” DAL DIRITTO INTERMEDIO ALLE CODIFICAZIONI

1. Premessa

La ricostruzione dello sviluppo storico della rilevanza della posizione giuridica del terzo a seguito dell'esperienza maturata alla luce del diritto romano non si presenta come uno studio semplice; del resto, lo stesso contributo dato dagli studiosi a partire dal XII secolo - momento in cui, tradizionalmente, si ritiene cominci la prima rinascita del diritto romano in Occidente¹ - è molto vario e per nulla uniforme, ragion per cui non è sempre semplice comprendere, tra le molteplici possibili, la linea guida più idonea da seguire nell'approcciarsi a questo tipo di approfondimento.

Al fine di fornire un quadro il più completo e chiaro possibile alla nostra ricerca, si ritiene opportuno concentrare l'attenzione su alcuni elementi, autori e periodi storici specifici; per tale ordini di ragioni, da un lato, si seguiranno i processi storici che hanno interessato la *stipulatio alteri* a partire appunto dal XII secolo d. C., considerandola in particolare alla luce del pensiero dei glossatori, dei commentatori e dei canonisti, al fine di comprendere quali siano stati la percezione e il rilievo della questione dello *stipulari alteri* nell'economia del discorso giuridico all'alba della prima rinascita del diritto romano in Occidente. Dall'altro lato, invece, si approfondiranno le linee guida dogmatiche ed interpretative sulle quali ha trovato fondamento la disciplina originaria, in particolare, dei codici civili tedesco e francese in relazione ad alcune fattispecie

¹ L'argomento è troppo vasto per pretendere di fornirne una bibliografia. Ci si limita qui a segnalare alcuni classici studi del secolo scorso: Cfr. V. Violette, *Precis de l'Histoire du Droit français*, Parigi, 1905, di cui è stata qui consultata la 3^a edizione ristampata con il titolo *Histoire du droit civil français*, Aalen, 1966, pp. 17 e ss. P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München, Berlin, 1947; F. Calasso, *Medioevo del diritto. I. Le fonti* (unico pubblicato), Milano, 1954; E. Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, 1996.

tipiche che coinvolgono il “terzo”, quale ad esempio il contratto a favore di terzo, alla luce anche dell’influenza che sulla formazione di questi hanno avuto, in particolare, l’opera esegetica, rispettivamente, della Pandettistica e di Robert Joseph Pothier². Infine, una specifica attenzione verrà riservata all’individuazione dell’origine del moderno dogma della *Drittschadensliquidation* e all’analisi, quindi, della già citata sentenza della Corte d’appello di Lubeca, la quale rappresenta il precedente storico dell’istituto della liquidazione del terzo in diritto tedesco³.

Si è consapevoli che la varietà e la complessità delle fonti e della letteratura rilevanti ai fini del presente discorso potrebbe rivelarsi in qualche modo controproducente, nel senso che, non essendo la presente ricerca deputata ad un’analisi specifica di questo ampio periodo storico, il presente capitolo potrebbe risultare, ad un primo approccio, forse un po’ impressionistico; secondo però un metodo ed una logica già adottati in precedenza con riferimento al diritto romano, la selezione rigorosa dei temi da seguire, secondo quanto appena illustrato, dovrebbe aiutare a fare di questo capitolo il collegamento naturale tra quanto emerso dalle fonti di diritto romano, analizzate nel loro contesto storico, e la disciplina relativa al soggetto terzo nel diritto delle obbligazioni come problema moderno e pertanto valutato alla luce del diritto vigente.

In questo senso, quindi, lo scopo finale delle pagine che seguiranno, oltre a fungere da introduzione rispetto a quanto si vedrà in seguito specificamente in relazione alla disciplina del diritto delle obbligazioni francese, tedesco e italiano, è quello di apprezzare e comprendere come certe istanze provenienti dal diritto romano abbiano trovato accoglimento e sviluppo nel corso del processo secolare di formazione del diritto dei contratti, cercando in particolar modo di capire come le fonti del *Corpus Iuris* giustiniano siano state ricombinate e rilette al fine di fornire soluzioni testuali ai problemi socio-economici del nuovo mondo che si

² Si precisa qui che verrà dato conto anche delle esperienze codicistiche anteriori all’entrata in vigore del codice civile italiano del 1942, seppur non nel corso del presente capitolo; si è ritenuto infatti che la collocazione migliore per tale breve approfondimento storico fosse nell’ambito del capitolo relativo al diritto italiano moderno, in virtù delle connessioni tra il testo attuale del codice civile e tali esperienze codicistiche.

³ Cfr. parte prima, cap. terzo, pp. 166 e ss.

stava formando nel tardo Medioevo.

2. *La regola alteri stipulari nemo postest come limite alla possibilità di stipulare in favore del terzo alla luce dell'opera dei glossatori, dei commentatori e dei canonisti*

I. *Cenni introduttivi*

Nel valutare il più correttamente possibile il contributo globale dei glossatori, dei commentatori e dei canonisti all'evoluzione del diritto dei contratti, nei limiti, chiaramente, dello specifico argomento che qui ci occupa, occorrerà tener presente ed interpretare correttamente un certo tipo di atteggiamento proprio degli autori facenti parte di tali scuole giuridiche, vale a dire la natura il più delle volte formale del loro ossequio rispetto alle fonti romane. Come è stato già altrove autorevolmente ricordato⁴, può trattarsi di un rilievo, quest'ultimo, forse sinanche banale, però è bene ricordarsene nell'affrontare nella giusta prospettiva le costruzioni dogmatiche poste in essere da tali autori che, il più delle volte, piuttosto che aderenti al significato proprio e contestualizzato delle fonti, risultano, invece, completamente sovversive del senso originario del testo. In particolare, proprio con riferimento al principio che statuiva il divieto di *alteri stipulari*, si è affermato, in relazione all'opera interpretativa della dottrina dominante della Glossa, uno stravolgimento completo del senso delle fonti giustinianee⁵, sia laddove esso appaia più evidente, come ad esempio nel caso della glossa gosiana, sia laddove esso possa considerarsi più sottile.

Brevemente, qui, sempre con meri scopi introduttivi, prima di affrontare nello specifico le singole ricostruzioni dogmatiche ritenute più rilevanti, è bene ricordare che, conformemente a quanto è emerso già in diritto romano, anche in relazione al pensiero “medievale” il contratto in favore di terzo non era concepito come una distinta categoria di contratti, e neppure come un problema di ordine

⁴ Cfr. P. Cappellini, v. *Rappresentanza (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 38, Milano, 1987, p. 442.

⁵ Si è parlato addirittura di *Vergewaltigung* delle fonti giustinianee da parte di G. Wesenberg, G. Wesener, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Wien, Köln, Graz, 1985, p. 40.

dogmatico autonomo, ma veniva sempre considerato, oppure modernamente lo si considera sempre, unitamente al problema della rappresentanza; tali categorie, infatti, non trovavano autonomo riconoscimento in diritto romano, né lo trovarono mai in seno alle varie metodologie giuridiche tardomedievali, in ragione del fatto che il divieto di *stipulari alteri*, e la regola secondo cui *per extraneam personam nihil adquiri posse*, avevano una portata generale intesa a vietare il compimento di negozi contrari a quei formalismi costitutivi, quali ad esempio la pronuncia dei *certa verba*, che necessitavano la compresenza, e quindi la vincolabilità, dei soli soggetti rispetto ai quali gli effetti del negozio stesso si sarebbero poi realizzati⁶.

In questo senso è difficile quindi riconoscere e di conseguenza comprendere quando il riferimento possa propriamente essere rivolto a quello che noi consideriamo un contratto a favore di terzo, sia esso proprio o improprio con il significato già chiarito nei capitoli precedenti, e quando invece il punto in questione sia piuttosto riconducibile ad un caso di rappresentanza, anche se, come si vedrà, i presupposti dogmatici per una distinzione più precisa tra la rappresentanza e il contratto a favore di terzo sono per la prima volta riconoscibili proprio in seno al lavoro dei glossatori⁷; e, nel dire questo, come più volte sottolineato, siamo del tutto consapevoli di fare riferimento alle categorie modernamente intese e non ad una distinzione che forse già i Romani non ebbero mai a classificare.

Premesso questo, s'intende affrontare qui da principio il contributo dato alla tradizione giuridica medievale sul tema del terzo dato dai glossatori, per poi concentrarci sui commentatori e infine sui canonisti.

II. *Il pensiero dei Quattuor doctores e l'opinione di Martino Gosia*

Nell'affrontare sinteticamente il pensiero dei cosiddetti *Quattuor Doctores* e

⁶ Cfr. in questo senso anche H. Lange, "*Alteri stipulari nemo potest*" bei Legisten und Kanonisten, in ZSS, 73, 1956, p. 280.

⁷ Si è già avuto modo di ricordare in precedenza nella presente ricerca come i due istituti possano essere letti anche nel senso di voler provare che, attraverso quelle che noi oggi leggiamo come forme primigenie di contratto a favore di terzo proprio, in realtà si volesse porre in essere una rappresentanza; è questo il tipo d'impostazione adottata da G. Finazzi, *I contratti a favore di terzo proprio*, cit., più volte ricordato.

l'opinione, come si vedrà, isolata di Martino Gosia, è opportuno sottolineare come, sul modello delle fonti romane che abbiamo visto in precedenza e conformemente all'impostazione voluta dai compilatori giustiniani, l'attenzione dei glossatori si ponga principalmente su tre questioni fondamentali: la validità tra le parti del contratto stipulato in favore del terzo, la natura del rapporto che lega lo stipulante al promittente e la natura del rapporto che nasce tra lo stipulante stesso e il terzo beneficiario, con particolare attenzione alla validità della prestazione in favore del terzo⁸. Tanto, si vedrà, vale per i glossatori come per i commentatori e i canonisti; secondo le linee guida tracciate già in sede di analisi della rilevanza del soggetto in diritto romano, e conformemente a quanto si è puntualizzato in sede di premessa, la questione che qui più ci interessa, comunque, è senza dubbio la terza, vale a dire l'individuazione della natura del rapporto nascente tra lo stipulante e il terzo beneficiario e l'eventuale ammissione di un'azione diretta a tutela della posizione del terzo. In questo senso, ad avere particolare rilievo nella Glossa sono i casi eccezionali in cui trovò riconoscimento, per mezzo dei compilatori, un'*actio utilis* a tutela del terzo beneficiario di una *stipulatio*; i casi di deroga rispetto alla regola generale della nullità della prestazione pattuita a beneficio del terzo vennero invece accolti dalla Glossa a scopi sostanzialmente didattici.

Un primo esempio di ciò si ha già con il *Casus Codicis* di Guglielmo da Cabriano⁹, allievo di Bulgaro e del quale Guglielmo presenta qui il lavoro¹⁰. I testi presi ad esempio sono i già ricordati Paolo, 6 *quaestionum*, D. 24.3.45¹¹ e la costituzione diocleziana C. 5.14.7¹² in materia di restituzione dotale, rispetto ai quali la stipulazione tra stipulante e promittente è valida in quanto lo stipulante abbia un proprio interesse patrimoniale a che la prestazione venga eseguita a favore del terzo, ragion per cui gode di un'*actio directa*, ma allo stesso tempo il

⁸ Cfr. H. Ankum, *Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten*, in *Sein und Werden im Recht*, Berlin, 1970, p. 556.

⁹ Rispetto al quale si invita alla lettura della recente edizione a cura di T. Wallinga, *The Casus Codicis of Wilhelmus de Cabriano* [Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 182], Frankfurt am Main, 2005.

¹⁰ Cfr. J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio in Medieval Roman Law*, in *Ius quaesitum tertio* (a cura di E. J. H. Schrage), Berlin, 2008, pp. 74 – 75.

¹¹ Cfr. parte prima, capitolo terzo, pp. 113 e ss del presente elaborato.

¹² Cfr. parte prima, capitolo terzo, pp. 113 e ss del presente elaborato.

terzo gode di una propria *actio utilis* a tutela diretta e personale della prestazione pattuita in suo favore. Poiché i casi delineati nelle fonti suddette riguardano ipotesi di restituzioni dotali, si è ritenuto che questo fosse il caso in cui la stipulazione a favore del terzo dovesse essere riconosciuta come generalmente valida, ovverosia in tanto in quanto si trattava di una stipulazione di restituzione dotale in favore del terzo. Invece, tutti i casi differenti, rispetto ai quali il terzo sembrerebbe avere azione diretta a tutela della propria posizione, devono considerarsi ipotesi specifiche dotate di una propria *ratio singularis* in virtù della quale tale azione è concessa, divergente ad ogni modo dalla *ratio iuris* generale che invece, conformemente al divieto di *alteri stipulari*, non ammetterebbe la concessione di tale azione diretta in favore del terzo; si tratta, ad esempio, del deposito o del comodato con patto di restituzione al terzo di cui a C. 3.42.8; della vendita del pegno con patto di restituzione al debitore di cui a D. 13.7.13 e della *donatio sub modo* di cui a C. 8.54.3.

Inoltre, poiché la generalizzazione delle eccezioni è proibita dalla *ratio* interna del Digesto come espressa in

Paolo, 54 *ad edictum*, D. 1.3.14 = D. 50.17.141 pr.: *Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*,

e, parallelamente, non essendo prevista nemmeno per i glossatori la possibilità di applicare in via analogica tali eccezioni¹³, l'inosservanza del precetto del Digesto costituirebbe violazione della legge nel ragionamento di Guglielmo¹⁴:

Gl. excepta, C. 4.27.1, ll. 18-40: *Ceterum ea que iuris sunt ex procuratoris contractu plerumque nobis queruntur. "Queruntur" dico utiliter, non directo: utiles enim actiones interdum nobis ex contractu procuratoris dantur, ut in deposito et in quibusdam aliis casibus, que maxime circa iudicia reperitur. Ex tali itaque stipulatione nec procuratori queritur cum eius non intersit, nec domino: nam cum alteri quis stipulatur non ei cui fit set ei qui facit stipulationem actio queritur, isque solus ex tali contractu agit, si eius intersit. Sunt tamen casus in quibus et ei cui stipulatio st facta actio quesita creditur. Ubi ergo cuius interest alii dari poterit alteri stipulari, ut interdum directa actio nascatur,*

¹³ Per quanto riguarda il principio di analogia nel pensiero della Glossa si veda G. Otte, *Dialektik und Jurisprudenz, Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, in *Ius commune SH*, 1, Frankfurt am Main, 1971, pp. 203 – 204.

¹⁴ Cfr. T. Wallinga, *The Casus Codicis*, cit., p. 274.

interdum utilis detur, id est: vel directa competat ei qui stipulatus est, vel utilis datur ei cui stipulationem fecit. Interesse autem estimatur vel ratione persone vel etiam propter affectionem.

Quedam etiam stipulationes alii facte subsistunt speciali ratione: ratione persone, ut si creditori procuratorive suo quis stipulatus sit, quo casu ei qui stipulatus est actio competit affectionis ratione, cum pater nepotibus stipulatus est, quando cui stipulatio facta est, actio danda est, ut infra de pactis dotalibus Pater [C.5.14.7] et ff. Sol. matri. Gaius [D.24.3.45]; ratione singulari, ut C. ad exhibendum l. penult. [C. 3.42.8] et ff. de pignorat. Si cum [D.13.7.13] et de donationibus que sub modo Quotiens [C. 8.54.3], quibus casibus et ei cui stipulatio facta est actio danda est. Ubi ergo reperieris ex alterius contractu alteri actionem dari, cum certi sint casus in iure nostro comprehensi in quibus debeat decerni, ibi dandam merito dixeris. Ceterum si passim hoc ad consequentias trahere volueris, vereor ne legem offendas.

La trattazione di Guglielmo in merito alle eccezioni al divieto di *alteri stipulari* rispecchia la posizione tenuta dalla maggior parte dei glossatori bolognesi, vale a dire, con Bulgaro, anche da Ugo di Porta Ravennate e da Jacopo da Boragine, i quali disconoscevano generalmente la validità dei contratti stipulati in contravvenzione al divieto di *alteri stipulari*. La posizione di Martino, invece, rispetto a quella tradizionale della Glossa bolognese, risulta completamente sovversiva e, contrariamente al pensiero generale, individua una regola generale di validità dei patti in favore di terzo; possiamo leggere il pensiero di Martino in una glossa di Accursio alle Istituzioni giustinianee¹⁵:

Gl. *Nihil agit*, I. 3.19.4: *et est ratio quod inuente sunt etc. ut infra eodem §. alteri et ff. de verborum obligationibus stipulatio ista § alteri. fallit tamen in casibus xvi. [...]. His enim casibus ex pacto vel stipulatione alterius alteri queritur non aliis, ut hic et C. per quas personas nobis acquiritur l. 1 [C. 4.27.1]. Cum enim sint speciales non sunt trahendi ad consequentiam, ut ff. de leg.(ibus) et sena.(tus) consul.(tis), l. quod vero [D. 1.3.14]. Sed M.(artinus) dicebat hos casus facere regulam: etsi quis casus esset contra illud, speciale esse: et quod hic regulariter dicitur, et infra eodem. §. alteri. et C. per quas personas*

¹⁵ *Iustiniani sacratissimi Principis Imperialium civiliumque Institutionum libri Quatuor ad veterum ac elimatissimorum exemplarium fidem tandem expurgati, doctissimisque Accursij caeterorumque Iurisperitorum praecipue vero Egidij Perrini Officialis a Iosayo interpretationibus, additionibusque suis locis insertis adaucti. Adiectis etiamnum ipsius Iustiniani vita amplissima singulariumque locorum Indice quae facillimo in legum studiosorum gratiam iam nunc prodeunt. Ex officina Iacobi Giuntae Bibliopolae Lugduni in vico mercuriali. 1538, fo. 253v-r.*

nobis acquiritur l. 1 (C. 4.27.1). dicebat iure directo non valere, sed utiliter acquiri posse. Et sic secundum eum semper ex pacto alterius quaeritur. quod falsum est, cum parum interesset directo, an utiliter quaeretur: ut. ff. de negotiis gestis l. actio [D. 3.5.46]. Ac.(cursius).

Si tratta di una posizione assolutamente isolata nell'ambito generale delle posizioni dei commentatori medievali al *Corpus*, fondata sul diverso presupposto secondo cui la circostanza che in diritto giustiniano fossero state riconosciute delle *actiones utiles* a tutela del terzo beneficiario in una serie di casi specifici, dimostrava la volontà di ricomprendere la casistica delle eccezioni ammesse nella regola *alteri stipulari nemo potest*¹⁶; in questo senso, quindi, nonostante si possano riscontrare nel Digesto testi in cui al terzo non era concessa un'*actio utilis*, tale lacuna non significherebbe null'altro se non che, in quello specifico caso, allo stipulante era stata concessa un'*actio directa* a tutela del suo interesse a che la prestazione venisse eseguita nei confronti del terzo¹⁷.

Tale generale estensione della validità del contratto in favore di terzo anche nella forma "propria" deriverebbe da un'applicazione estensiva dei casi eccezionali contenuti nelle già ricordate C. 3.42.8, in materia di deposito o di comodato con patto di riscatto, e C. 8.54.3, riguardante il caso della *donatio sub modo*, in quanto si ammette che *ex nudo pacto* nasca un'azione¹⁸; un tanto si evince dalla lettura delle *Dissensiones Dominorum* di Ugolino de' Presbiteri¹⁹:

item dicit M.(artinus), quod ex alieno pacto utilis actio datur ei, in cuius persona conceptum est, et hoc exemplo C. ad Exhib. L. Penult. (C. 3.42.8) C. de Donat.(ionibus), quae sub modo L. Quotiens (C. 8.54.3). Bul.(garus) vero et U.(go) et Iac.(obus) dicunt, non dari, nisi expressim dixit, quum iuris regula sit, ex alieno pacto actionem non dari.

¹⁶ Cfr. in questo senso H. Ankum, *Die Verträge zugunsten Dritter* cit., pp. 559 ss.; P. Cappellini, v. *Rappresentanza*, cit., pp. 443 ss.; W. Bayer, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., p. 34; J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio*, cit., pp. 75 ss.; *Historisch – kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen, 2012, S. Vogenauer su §§ 328 – 335 BGB, pp. 1953 - 1954.

¹⁷ Cfr. H. Ankum, *Die Verträge zugunsten Dritter* cit., p. 559.

¹⁸ Secondo J. Hallebeek, *Contracts for a third-party beneficiary: a brief sketch from the Corpus Iuris to present-day civil law*, in *Fundamina*, 13 (2), 2007, p. 15.

¹⁹ Cfr. Ugolini de Praesbiteris, *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum*, Ed. Haenel, Lipsia, 1834, § 256, pp. 428 – 429. Si veda altresì V. Scialoja, *Dissensiones Dominorum (Cod. Chis. E. VII, 211)*, in *Studi Giuridici*, 2, Roma, 1934, p. 341.

L'oggetto della divergente opinione tra Martino e gli altri glossatori riguardava il caso in cui una *stipulatio* conclusa tra due parti avesse come beneficiario un terzo, al quale Martino attribuiva la possibilità di esperire un'*actio utilis* pur non essendo parte del contratto concluso (*ex alieno pacto*). Martino riteneva che questo fosse possibile secondo i due testi del *Codex* già ricordati, vale a dire C. 3.42.8 e C. 8.55.3, i quali poi venivano dallo stesso generalizzati nel senso di rendere sempre possibile la validità di una *stipulatio alteri*.

La *ratio* sottesa al pensiero di Martino è da ricondursi al cosiddetto principio di equità, secondo quanto risulta dalla Glossa di Accursio a C. 4.27.1²⁰:

Gl. *nulla*, C. 4.27.1: *Nulla de stricto iure, sed de aequitate, sic. M(artinus), quod Io(hanni) non placet.*

Lo strumento dell'*aequitas* era utilizzato da Martino per superare il limite dello *strictum ius* che determinerebbe la nullità dell'obbligazione così come acquisita in capo al terzo, permettendogli di esercitare l'azione in via utile non altrimenti e direttamente prevista in suo favore; in questo modo Martino uniformava formalmente le discordanze presenti nel testo del *Corpus iuris* nel senso che da un punto di vista sostanziale l'*actio directa* e l'*actio utilis* sarebbero state indirizzate al raggiungimento del medesimo risultato, cioè la possibilità di far valere la responsabilità del promittente nei confronti del terzo direttamente da quest'ultimo²¹.

Martino, sempre contrariamente all'opinione dominante tra i glossatori, ammetteva inoltre un'ulteriore interessante eccezione al divieto di *stipulari alteri*, secondo quanto risulta da un altro passaggio della glossa *Nihil agit* di Accursio ad I. 3.19.4²²:

Item fallit in iudice, vel notario, vel simili persona publica: ex quorum pactis et

²⁰ *Codicis domini Iustiniani sacratissimi principis perpetui Augusti. iuris enucleati ex omni veteri iure collecti repetitae praelectionis*. Al colophon finale: "Explicit feliciter. Anno domini Millesimo cccclxxxij die xxij mensis Novembris per magistrum Johannem Syber" [Lugduni], p. N 9r-v-. Sull'*aequitas* gosiana si veda H. Ankum, *Die Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 559 – 560; J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio*, cit., p. 77.

²¹ Cfr. J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio*, cit., p. 77.

²² *Iustiniani sacratissimi Principis Imperialium civiliumque Institutionum libri Quatuor* cit., fo. 253v.

stipulationibus alteri quaeritur: vt ff. rem pupil.(li) sal.(vam) fore. l. ij. [D. 46.6.2] et iij [D. 46.6.3] et iiij. § tamen.[D. 46.6.4.3] et in authen.(tica) de execu. et his qui con. §. j. coll.(atione) vij. et in authen.(tica) de haere.(dibus) ab. intesta.(to) §. ex his. coll.(atione) ix.

La glossa in questione, la quale enumera sedici casi di *fallentia*, vale a dire di eccezioni al divieto di *stipulari alteri*²³, al numero nove include il caso dell'applicazione in via analogica di D. 46.6.2, riguardante le stipulazioni dei servi pubblici, qualora la promessa fatta al terzo fosse stata pronunciata in presenza di una cosiddetta persona pubblica²⁴, vale a dire di un soggetto rivestito di un ufficio, il quale poteva essere un magistrato o un notaio, se la promessa fosse contenuta in una clausola di un contratto notarile²⁵. Si ammetteva, quindi, che la presenza di un soggetto pubblico come testimone dell'avvenuta stipulazione avrebbe legittimato una stipulazione di per sé non valida, poiché non rientrante nelle eccezioni ammesse. Tale categoria di stipulazioni si presentava però come un'eccezione di ordine generale, in virtù della quale la presenza di quello che si potrebbe definire un pubblico ufficiale *ante litteram*, convaliderebbe la stipulazione.

In questo senso, quindi, come per un servo era ammesso stipulare a beneficio del pupillo, al notaio ovvero al pubblico ufficiale in generale sarebbe stato permesso stipulare in favore di un terzo beneficiario, permettendogli l'acquisto diretto di un'azione a difesa e tutela della propria posizione; il paragone

²³ Cfr. P. Cappellini, v. *Rappresentanza*, cit., p. 444.

²⁴ Sulla stipulazione dei servi pubblici cfr. J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio*, cit., pp. 83 – 84; H. Lange, "*Alteri stipulari nemo potest*", cit., pp. 283 ss.; H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, München, 1985, p. 425.

²⁵ Si veda R. Zimmermann, *The law of obligations* cit., 41 e altresì F. Mattioli, *Il contratto a favore di terzo. Spunti per una comparazione diacronica dal diritto romano al "Draft Common Frame of Reference"*, in *Rivista di diritto romano*, 10, 2010, pp. 1-13 = *Revista internacional de Derecho Romano*, 6, 2011, pp. 7 – 39 (nel prosieguo del presente elaborato si farà riferimento all'edizione del contributo contenuta in *Rivista del diritto romano*), nello specifico p. 4 e nt. 16. Come sottolinea l'autrice, è un'eccezione, questa, che troverà accoglienza anche successivamente, ad esempio da parte di D. Covarrubias y Leyva, *Variarum ex iure pontificio, regio, et caesareo resolutionum libri III. Didaco Covarrubias a Leyva Toletano, sancti Dominici Archiepiscopo Authore. Cum Indice rerum maxime notabilium, per ordinem Alphabeticum locupletissimo. Post praefationem horum trium librorum Summa capitum ordine reperies*. Lugduni, Apud Sebastianum Barptolomaei Honorati, 1557, p. 238 n. 11.

con il *servus publicus* dipende dal fatto che esso, al pari del magistrato del notaio e della persona pubblica ora in oggetto, offriva pubblicamente certi servizi²⁶. Si tratta chiaramente di un'applicazione analogica, dovendo il notaio essere ovviamente una persona libera e non uno schiavo, in accordo altresì con la glossa *servo publico* a D. 1.7.18.

Al di là della posizione isolata di Martino Gosia, che, va detto, avrà una certa influenza in particolare per quanto riguarda la disciplina della *stipulatio alteri* così come prevista dagli statuti di alcune città del Nord e del Centro Italia, tra cui in particolare Pisa²⁷, per i glossatori, e in particolare per Azzone ed Accursio, la validità del contratto in favore di terzo era riconosciuta solo in quei casi eccezionali in virtù dei quali nel *Codex* era stata prevista un'*actio utilis* in favore del terzo beneficiario²⁸. La posizione di Accursio è altresì piuttosto interessante: la possiamo notare in una sua glossa ad Ulpiano:

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. ut nota C. de contrahen.(da) stip.(ulatione) l. nuda[C. 8.37.5]. Accursius.*

Accursio, dunque, riteneva che la stipulazione in favore del terzo, qualora mancasse l'interesse dello stipulante, desse origine non ad un'obbligazione civile ma ad un'obbligazione naturale: quindi tale stipulazione non sarebbe stata *contra legem* ma semplicemente *praeter legem*. Qualora, invece, potesse essere riconosciuto un interesse dello stipulante a che la prestazione fosse eseguita in favore del terzo, allora la stipulazione sarebbe stata valida ed efficace e considerata obbligazione civile²⁹.

²⁶ Cfr. la glossa *servus publicus* a D. 27.8.1.15.

²⁷ Cfr. J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio*, cit., p. 77 e nt. 53, e letteratura citata a nt. 54. In particolare, sull'influenza esercitata dal pensiero di Martino sulla formazione dello statuto della città di Pisa sul punto della *stipulatio alteri*, si veda E. Besta, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1936, p. 90.

²⁸ Il riferimento è qui ai sedici casi riconosciuti da Accursio nella già citata glossa *Nihil agit* a I. 3. 19. 4; per H. Ankum, *Die Verträge zugunsten Dritter* cit., p. 560, questi rappresenterebbero casi di rappresentanza diretta.

²⁹ Si veda H. Ankum, *Die Verträge zugunsten Dritter* cit., p. 560 e J. Hallebeek, *Contracts for a*

In particolare, la posizione di Accursio si dimostra interessante in relazione al contenuto e all'utilizzo dei *verba stipulationis*; leggiamo questa glossa³⁰:

Gl. *ut supra*, I. 3.19.19: *Ut supra dictum est. s(supra) eod. § si quis alij [I. 3.19.4]. hoc tamen fallit in multis casibus: ut ibi diximus. Et nota quod hic tribus modis alteri stipulamur. nam interdum directam acquirimus actionem (subaudi alteri stipulando) ut filius patri, servus domino, et est ut supra eodem § si quis alij et § ei vero. et quandoque utilem, ut tutor pupillo et in similibus ratione officij, ut servus publicus, ut ff. de consti.(tuta) pecu.(nia) l. eum qui § pen. [D. 13.5.5.9] et ff. rempu.(pilli) sal.(vam) fo.(re) l. iij. [D. 46.6.4] interdum nullam, et tunc necessaria est pena, ut hic dicitur. Item nota quod hoc ultimo casu verba stipulationis et sortis et fene possunt formari tribus modis. Aut enim sic dico promittis mihi quod dabis illi, et eodem modo penam? Aut sic: Promittis illi quod dabis ei, et eodem modo penam? Et in his duobus casibus non valet neque sortis neque pene promisso. Sed aliud quando deberet utilis vel directa acquiri: ut in primis duobus casibus, ut ff. de consti.(tuta) pecu.(nia) l. eum qui § si actori [D. 13.5.5.9] et § iulianus [D. 13.5.5.6] et hic. Aut sic: Promittis mihi quod dabis illi? aut penam mihi tamen stipulor, quia tunc habet locum quando hic dicitur. Aut quarto modo dico: promittis quod dabis mihi recipienti nomine eius? quo casu valet utrumque: et ego illi cedam cuius nomine stipulatus sum. ut ff. man. si procuratorem § si. [D. 17.1.8.7]*

Accursio indica qui che la *stipulatio* sarebbe stata efficace solo se la promessa fosse stata rivolta direttamente dallo stipulante al promittente, secondo una formula che prevedeva il riferimento diretto allo stipulante nell'indicazione *mihi* e al terzo *illi*; su tali indicazioni nella formula si può sovrapporre la distinzione che intercorre tra i cosiddetti *verba executiva* da un lato, e i cosiddetti *verba formalia promissiva* o *substantiva* e *verba obligativa* dall'altro; i primi indicavano la persona nei cui confronti doveva essere eseguita la prestazione (*promittis quod dabis illi*), mentre i secondi indicavano a chi era indirizzata la promessa ed erano quindi idonei a far sorgere il rapporto obbligatorio (*promittis mihi*)³¹.

Nell'ipotesi in cui avesse dovuto essere pattuita una *stipulatio alteri*, i *verba*

third-party beneficiary cit., p. 5.

³⁰ *Iustiniani sacratissimi Principis Imperialium civiliumque Institutionum libri Quatuor* cit., fo. 259v-260r.

³¹ Cfr. P. Cappellini, v. *Rappresentanza*, cit., p. 445.

executiva avrebbero dovuto essere diretti nei confronti del terzo beneficiario, mentre i *verba promissiva* ed *obligativa* avrebbero dovuto menzionare lo stipulante e non il beneficiario, secondo la formula *promittis mihi quod dabis Titio x*³²; una stipulazione così concepita, in presenza di un interesse pecuniario in capo allo stipulante nel pattuire la prestazione nei confronti del terzo, sarebbe stata valida³³.

Nell'ipotesi in cui, invece, i *verba promissiva* e i *verba executiva* fossero diretti entrambi alla persona dello stipulante, ma comunque con il riferimento ad una persona terza, secondo la formula *promittis mihi recipienti in nomine Titii quod dabis mihi ei nomine x*, allora la stipulazione si configurerebbe come più vicina al modello modernamente inteso di rappresentanza. Con riferimento a quest'ultimo caso, ad assumere rilievo è la legittimazione del terzo ad acquistare direttamente i diritti e le obbligazioni nascenti da quella stipulazione, questione che si lega alla più generale tendenza dei giuristi medievali nel senso di rendere possibile, in tema di *actiones adiecticiae qualitatis*, che gli effetti giuridici fossero attribuiti senza cessione immediata alla sfera del *dominus*, sino ad arrivare in qualche caso a negare al *procurator* l'esercizio dell'*actio directa*³⁴.

La conseguenza immediata di una tale attenzione alla strutturazione della formula era evidentemente che, in entrambi i casi, se questa fosse stata pronunciata in modo non conforme e i *verba obligativa* e *promissiva* fossero stati rivolti direttamente al terzo assente, entrambe le tipologie di *stipulatio alteri* sarebbero state radicalmente nulle, in quanto non sarebbe stato possibile, per il soggetto (il terzo) a cui i *verba* erano rivolti, rispondere immediatamente, come richiedevano le formalità costitutive della *stipulatio*³⁵.

³² Cfr. f. 12, *De pactis quæst.* XI, n. 3-5:

³³ Cfr. J. Hallebeek, *Contracts for a third-party beneficiary* cit., p. 15.

³⁴ In virtù della complessità delle questioni inerenti all'acquisto diretto da parte del terzo dei diritti e delle obbligazioni nascenti da tale stipulazione nei confronti del terzo, e in ragione del fatto che il fenomeno della rappresentanza non rappresenta l'oggetto proprio di questa ricerca, ci si limita qui a riferire che la validità di questo tipo di *stipulationes alteri* riconducibili allo schema della rappresentanza era ammessa solo per il *procurator* e il *negotiorum gestor*, come rileva P. Cappellini, v. *Rappresentanza*, cit., p. 445. Sulle *stipulationes mihi recipienti in suo nomine* si veda altresì J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio*, cit., pp. 81 – 83.

³⁵ Cfr. J. Hallebeek, *Contracts for a third-party beneficiary* cit., p. 16. E. Champeau, *La stipulation*

La ricostruzione ora delineata godette di ampio successo anche nella prima età moderna: nel XV secolo il giurista Giovanni Battista Caccialupi (1441-1496), nel contesto di una più ampia ricerca sui *pacta*, discutendo nella XI questione *per quas personas nobis actio acquiritur*, e verificando in quali casi la *stipulatio* trovasse validità nei confronti dello stipulante, così si esprimeva³⁶:

Secundo vero casu. an ipsa naturalis quaeratur ipsi stipulanti pro alio, ut quod sic, & ita intelligatur glossa in dicto § alteri, & procedat opi Bar.(toli) & sequacium. s. quod sit obligatus stipulanti naturaliter ad observantiam promissorum, non quod sibi debeatur. Item intelligo hoc procedere, quando ita fuit concepta, promittis mihi quod dabis Titio; quando vero verba concepta fuissent hoc modo: Promittis Titio quod dabis ei, tunc stipulatio esset prorsus inutilis, ita ut naturalis non sit quaesita alicui.

Anche in questo caso, a fare salva la stipulazione è la corretta dinamica tra i *verba executiva* e i *verba promissiva*: ad essere valida era la stipulazione in cui la promessa di *dare* a *Titio* era rivolta allo stipulante, mentre era *prorsus inutilis* quella in cui la promessa era rivolta direttamente a *Titio*, come se l'obbligazione naturale non fosse stata chiesta ad alcuno, dove lo *stipulari pro alio* aveva valore solo sul piano dell'obbligazione naturale.

III. *La posizione dei Commentatori in punto stipulari alteri nemo potest*

Come si è appena messo in luce, il problema della rilevanza del terzo in seno alla dottrina della Glossa, quanto meno nel senso di riconoscere allo stesso la possibilità di esercitare personalmente un'azione a tutela della sua posizione nascente direttamente da quel contratto di cui non era parte, presentava un carattere assoluto; si è visto infatti come, accanto e di contro all'apertura totale di Martino, nel senso dell'estensione della concessione dell'*actio utilis* anche al di fuori dei casi eccezionali previsti nel *Codex* in virtù dell'operatività di una *ratio* di

pour autrui en droit français, Paris, 1893, pp. 4-5, giudicava sterile questo tipo di approccio volto allo studio esclusivo della formula, senza alcun interesse per elementi ritenuti più rilevanti, come la volontà delle parti, ove ad essere oggetto di critica era la metodologia utilizzata dai glossatori, non tanto le risultanze in sè considerate.

³⁶ J. B. Caccialupi *De pactis*, in *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii tum Cæsarei Juris Facultate Jurisconsultorum De Contractibus licitis*, Venezia, all'insegna dell'aquila che si rinnova, 1584, t. VI, pars I, § 5, p. 12v-13r.

equità, il resto della Glossa, e in particolare gli altri tre *Doctores*, si siano invece mantenuti fedeli ad uno stretto rigore interpretativo, non ammettendo che la regola *alteri stipulari nemo potest* trovasse altre eccezioni se non quelle per le quali già nel Codice era stata prevista la concessione di un'azione in via utile. L'approccio dei commentatori è sostanzialmente differente e più sottile, nel senso che la tendenza generale è quella di ampliare lo spettro delle possibili eccezioni al divieto di *stipulari alteri*, senza però giungere al sovvertimento della *ratio* sottostante alla previsione delle eccezioni stesse. In particolare, sono riconosciuti alcuni casi specifici, conformemente ad un certo indirizzo già impostato appunto da Martino, in cui il terzo beneficiario avrebbe goduto direttamente e personalmente di un'azione a tutela della sua posizione senza l'intermediazione dello stipulante.

Innanzitutto, pur trattandosi di un'ipotesi evidentemente diversa da un contratto in favore di terzo propriamente inteso, a rilevare è il caso del tutore e del curatore; esattamente come tali soggetti acquisivano direttamente per il soggetto sottoposto a tutela o curatela, lo stesso principio trovava applicazione nel Medioevo. In particolare, i commentatori consideravano ogni *legitimus administrator* ovvero *actor universitatis* come soggetti, in generale, capaci di acquistare per il soggetto da essi rappresentato. Fattori di questa impostazione furono Angelo degli Ubaldi³⁷, Paolo di Castro³⁸ e Giason del Mayno³⁹. Altri soggetti cui era consentito concludere una *stipulatio pro aliis* erano il *prelatus ecclesiae* e il *syndicus*, sulla base di un'estensione dell'esempio riportato nella glossa di Piacentino con riferimento all'acquisto dell'amministratore (*oekonomus*) della Chiesa ovvero dell'amministratore della città⁴⁰.

Un secondo caso dottrinalmente più rilevante, e già esaminato dai

³⁷ Angeli de Ubaldis, *Super secunda Digesti Novi lectura*, Lugduni, 1548, fol. 12va, con riferimento a D. 45.1.38.21 n. 5.

³⁸ Pauli Castrensis in *Secundam super Digesto Novo*, Lugduni, 1527, fol. 16vb, con riferimento a D. 45.1.38.17 n. 6.

³⁹ Iasonis de Mayno *Excellentissimi iuris vtriusq[ue] doctoris domini Iasonis de Mayno Lectura insignis super secu[n]da parte. ff. noui*, Venetijs, Pincius Mantuanus, 1514, p. 66r, in riferimento a D. 45.1.38.20 n. 9 e 11.

⁴⁰ Cfr. Piacentino, *distinctio* a C. 8.55.3, in *Distinctiones*, Berlin Lat., fol. 274, fol. 175r.

glossatori, era quello del *servus publicus*: i commentatori estendono la portata dei casi eccezionali in cui i pubblici ufficiali potevano convalidare le stipulazioni in favore di un beneficiario assente, anche senza la presenza di una lettera di mandato, come nel caso della donazione in favore di un soggetto (bambino) non ancora nato⁴¹. Si tratta, evidentemente, di una prassi che deviava rispetto alla regola romana del divieto di *alteri stipulari* genericamente inteso e che, in caso di un atto *inter vivos* quale la donazione a beneficio di un terzo stipulata di fronte ad un pubblico ufficiale, permetteva al terzo beneficiario di agire direttamente con l'*actio*. Non si tratta, comunque, di una prassi esente da critiche, anche da parte di giuristi quali Baldo degli Ubaldi il quale, nel trattato *De tabellionibus*, critica questa prassi definendola contraria al diritto e quindi possibile solo se il *tabellio* fosse stato nominato dal principe, perché solo quest'ultimo può derogare alle norme del diritto comune⁴²:

Et primo quero Quis possit creare tabelliones. Et videtur quod nemo possit nisi princeps, quia per tabellionem alteri acquiritur l. non aliter ff. de adopt. ergo oportet quod a principe fiat sicut dicitur de illo qui habilitatur ad postulandum. nam secundum ius commune alteri per alterum non queritur l. stipulatio ista § alteri, de ver. obli. ergo patet quod ut per tabellionem alteri acquiratur est contra ius commune. Sed inferior a principe non potest tollere ius commune.

Tale estensione avviene conformemente ad una certa prassi, per esempio, propria di molte zone nel sud Europa; il riferimento è qui, in primo luogo alle *Siete Partidas* castigliane (1265), in virtù delle quali la promessa posta in essere da un pubblico ufficiale era valida pur essendo questa stata posta in essere in favore di un soggetto assente al momento della conclusione della stipulazione stessa. La definitiva consacrazione della validità della stipulazione nei confronti del soggetto terzo stipulata di fronte ad un pubblico ufficiale o ad una persona privata si ha però a partire dalla *ley "Paresciendo"* contenuta nell'*Ordenamiento*

⁴¹ Cfr. J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio*, cit., pp. 86 – 87. Cfr. sul punto altresì H. Lange, "Alteri stipulari nemo potest", cit. pp. 290 – 292.

⁴² Baldi de Ubaldis *Tractatus de tabellionibus*, s. l., s. d., s. e. (ma Romae, in domo Antonii et Raphaelis de Vulterris, ca. 1473-74), poi ristampato, con alcune varianti, in *Tractatus Illustrium, In Utraque, tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Iudicijs. Tomi III, Pars I. Venetiis*, all'insegna dell'Aquila che si rinnova, foll. 365r-365v.

de Alcalá (1348), redatto sotto Alfonso XI per le Corti di Alcalá de Henares⁴³:

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 tenuto 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.

Anche gli statuti di alcuni comuni italiani di questo stesso periodo riconobbero la possibilità di acquisire diritti per mezzo di un intermediario, attraverso tanto un pubblico ufficiale quanto un soggetto privato⁴⁴; in particolare, lo statuto della città di Pisa (1161), ancor prima dell'*Ordenamiento de Alcalá*, riconosceva un qualche diritto in capo al terzo beneficiario, in una norma nella quale è immediatamente riconoscibile l'influenza esercitata da Martino⁴⁵:

Constitutum usus, XI. Placuit in omnibus causis praecipuam esse equitatem, quam stricti usus (lege iuris) rationem. Equitati convenire arbitantes statuimus, ut si quis alicui presenti vel absenti dari vel fieri sive sibi pro alio vel eius nomine aut sibi et alii fuerit stipulatus, etiam is cui fuerit stipulatus, rem et penam petere possit.

A differenza dello statuto pisano del 1161, invece, gli Statuti delle città di Brescia del 1252 e di Firenze del 1415 non riconoscevano di fatto il contratto in favore di terza persona, ma esclusivamente una qualche forma si potrebbe dire di

⁴³ Cfr. *El ordenamiento de leyes, que Don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho. Publícanlo con notas, y un discurso sobre el estado, y condición de los Judios en España, los doctores D. Ignacio Jordan de Asso y del Rio, y D. Miguel de Manuel y Rodriguez.* Madrid, Por D. Joachin Ibarra, Impresor de Camara de S. M., 1774, p. 26.

⁴⁴ Sugli Statuti delle città italiane si veda in particolare R. Fränkel, *Die Grundsätze der Stellvertretung bei den Scholastikern*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, einschliesslich der ethnologischen Rechtsforschung*, 27, 1912, pp. 296 – 299.

⁴⁵ Cfr. F. Bonaini, *Statuti inediti della città di Pisa dal XII al XIV secolo*, 2, Firenze, 1854, *Constitutum usus XI*, p. 856. A tale circostanza si è già fatto riferimento poco sopra, p. 221, nota n. 27 del presente capitolo.

rappresentanza⁴⁶. Era lo statuto di Brescia, in particolare, a riconoscere tra i due il diritto di esercitare l'azione in capo al soggetto in nome del quale il contratto era stato concluso o a cui la promessa era diretta⁴⁷:

Quod ex omni contractu inito vel facto nomine alterius tam de mercato quam de aliis rebus, adquiratur actio et acquisita sit illi vel illis quorum vel cuius nomine contractus sive promissio factus est vel facta.

Anche lo statuto della città di Firenze del 1415 riconosce un'azione al soggetto in nome del quale si è stipulato, ma non è chiaro se debba intervenire o meno accettazione⁴⁸:

Rubrica XXXIX, Qualiter alteri per alterum acquiratur, p. 140: *Ex quolibet actu etiam sine scriptura facto per quemlibet privatum, etiam non notarium, recipientem nomine alterius ubicumque locorum etiam extra locum non suppositum communi Florentiae, acquiratur & acquisita intelligatur obligatio, actio, dominium, & possessio, & usucapendi, & praescribendi conditio, & ius quodlibet, etiam sine aliqua cessione inde fienda, seu rathiabitione cuilibet, etiam ignoranti cuius nomine receptum fuerit, cui tamen iuri quaesitum, vel querendo ex praedictis renuntiari possit. Et ille qui sic receperit etiam reneatur inde actionem cedere, & voluntatem illius, pro quo sic receperit de ipsis iuribus facere prout, & sicut requisitus fuerit per illum, cuius nomine talem actum fecisset hac lege in praeteritis, & futuris valente.*

Per quanto riguarda l'opinione della Scolastica, in particolar modo francese, sul caso specifico, Jean Faure, seguendo l'orientamento prevalente della Glossa, ritenne che i pubblici ufficiali potessero stipulare a favore di un terzo beneficiario assente all'atto stipulatorio, basando anch'egli tale possibilità su quanto previsto in Paolo, 24 *ad edictum*, D. 46.6.1, in Ulpiano, 79 *ad edictum*, D. 46.6.2 e in Ulpiano, 35 *ad edictum*, D. 46.6.3, ed estendendo tale possibilità a diverse categorie genericamente riconducibili a quella di pubblico ufficiale, tra cui, ad

⁴⁶ Cfr. H. Dondorp, *The Reception of Institutes 3. 19. 19 in France*, in R. van den Bergh (Ed.), *Ex iusta causa traditum; Essays in honour of Eric H. Pool (Fundamina nummer: editio specialis)*, Pretoria, 2005, p. 62.

⁴⁷ F. von Holtzendorff, J. Kohler (Hrsgg.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, I, München – Leipzig, 1904, p. 598:

⁴⁸ *Statuta Populi et Communis Florentiae Publica Auctoritate Collecta Castigata Et Praeposita Anno Salutis MCCCCXV*, 2, Freiburg, 1778, p. 140. Si veda nuovamente H. Dondorp, *The Reception of Institutes 3. 19. 19 in France*, cit., p. 62.

esempio, quella dei *iudices*, sulla base di quanto previsto in Ulpiano, 36 *ad edictum*, D. 27.8.1.15⁴⁹. Per quanto riguarda in particolare gli effetti della *stipulatio alteri* posta in essere da parte del pubblico ufficiale, Faure non pare molto chiaro anche se, da quanto risulta dal suo commento alle Istituzioni⁵⁰, il terzo avrebbe avuto diritto ad un'azione diretta nascente dal contratto stipulato in suo favore, senza che questa derivasse da una cessione al terzo dell'azione lui spettante ad opera dello stipulante. È quest'ultimo punto, relativo al tipo di acquisto da parte del terzo dell'azione spettante in suo favore, ad essere particolarmente dibattuto dai commentatori, nel senso appunto di qualificare l'azione spettante al terzo come direttamente da costui acquisita in virtù della stipulazione in suo favore, ovvero come frutto di cessione da parte dello stipulante, con una propensione maggiore, parrebbe, per la teoria dell'acquisto diretto senza necessità di cessione, almeno in relazione al caso del *servus publicus*⁵¹.

Una terza e piuttosto importante ipotesi di validità di una *stipulatio alteri* anche nei confronti del terzo beneficiario riconosciuta dai commentatori è quella della *donatio sub modo* di cui a C. 8.54.3, in virtù della quale la donazione è posta in essere a condizione che, trascorso un certo lasso di tempo, il bene debba essere acquisito da un terzo, sulla base della costituzione diocleziana presa a riferimento che, come si è già avuto modo di considerare ampiamente in precedenza⁵², prevedeva la concessione di un'*actio utilis* a tutela del terzo beneficiario. Un punto centrale della fattispecie della *donatio sub modo*, alla luce della possibilità per il terzo beneficiario di tutelare direttamente la propria posizione, è quello della revocabilità del *modus*.

Teoricamente, l'acquisto diretto, da parte del terzo, dell'azione a tutela del

⁴⁹ Cfr. J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio*, cit., p. 87.

⁵⁰ Cfr. Johannis Fabri, *In Institutiones commentarii*, Lugduni, 1557, fol. 87vb – 88ra, ad Inst. 3. 19. 4, nn. 4 – 6.

⁵¹ Cfr. in questo senso Bartoli a Saxoferrato *Commentaria*, Venetiis, 1526, 6, fol. 114vb, ad D. 46.6.2, nn. 2 – 3; Baldi de Ubaldis *Commentaria in Digestum vetus*, Lugduni, 1526, fol. 322rb ad D. 12.1.9.8; Iasonis de Mayno *In secundam Digesti Novi partem*, Lugduni, 1581, fol. 68vab, ad D. 45. 1. 38. 20, n.15; Guillaume de Cuhn, secondo quanto riportato da Baldo degli Ubaldi, *Commentaria*, cit., ad D. 1. 1. 17. 5 n. 8, fol. 37rb.

⁵² Cfr. Parte prima, capitolo terzo, pp. 150 e ss.

modus pattuito in suo favore non renderebbe possibile la revoca successiva del beneficio in suo favore, stante la coincidenza tra acquisto diretto del beneficio e tutela diretta dello stesso; sul punto, però, la posizione di Bartolo diverge. Il caso preso in considerazione dal giurista di Sassoferrato trae origine dal commento dello stesso al testo di Scevola, 28 *digestorum*, D. 45.1.122.2, applicato ad un caso di donazione di una porzione di una proprietà terriera sotto l'onere che questa, dopo un certo lasso di tempo, venisse trasferita alla Chiesa⁵³:

Ulterius habetis hic, quod servus potest agere, ut manumittatur, ut in fine § modo quidam donavit alicui unum fundum, ut post certum tempus esset cuiusdam ecclesiae, iste donator vult istud pactum remittere. quaeritur an possit. Videtur, quod non, quia ecclesiae est iam quaesita actio utilis. l. quoties. C. de do. quae sub modo. Tu dic contra, sicut quaeritur ius servo, & tamen ista pactio potest tolli voluntate donatoris solius, vel utriusque. l. 3. & quod ibi notatur supra de ser. expor. haeres autem non posset mutare voluntatem, ut ibi.

Contrariamente alla posizione che, come si è appena detto, vorrebbe l'inammissibilità della revoca del *modus*, in quanto l'azione nasceva direttamente a favore del terzo, Bartolo sostenne il contrario sul fondamento di Paolo, 50 *ad edictum*, D. 18.7.3 secondo cui, qualora lo schiavo fosse stato venduto sotto la condizione della sua manomissione, trascorso un certo lasso di tempo, esso avrebbe dovuto comunque essere considerato libero anche se la manomissione non avesse avuto luogo entro quel determinato lasso di tempo, purché il venditore fosse comunque perseverante nella sua volontà di liberarlo:

Paolo, 50 *ad edictum*, D. 18.7.3: *Si quis hac lege veniit, ut intra certum tempus manumittatur: si non sit manumissus, liber fit, si tamen is qui vendidit in eadem voluntate perseveret: heredis voluntatem non esse exquirendam.*

Da questa puntualizzazione Bartolo deduceva che, nel caso di una donazione di una parte di una proprietà terriera con l'onere di trasferimento alla Chiesa, dopo un certo lasso di tempo tale disposizione a beneficio del terzo (Chiesa) potesse essere revocata fino al termine ultimo previsto, diventando quindi irrevocabile solo una volta trascorso il lasso di tempo concesso al donatario per il trasferimento al terzo beneficiario⁵⁴. Tale revoca avrebbe potuto essere

⁵³ Cfr. Bartoli a Saxoferrato *Commentaria*, cit., 6, fol. 49va, ad 45.1.122.2, n. 1.

⁵⁴ Cfr. Bartoli a Saxoferrato *Commentaria*, cit., 2, fol. 115rb, ad 18.7.3.

decisa unilateralmente dal donante ovvero essere frutto del consenso tra il donante e il donatario, senza possibilità, però, per gli eredi del donante, di provvedere alla medesima revoca, esattamente come all'erede del venditore non sarebbe stato consentito di revocare la condizione della manomissione a norma di Paolo, 50 *ad edictum*, D. 18.7.3 (*heredis voluntatem non esse exquirendam*)⁵⁵. Bartolo ammetteva quindi la possibilità dell'esercizio del *ius paenitendi* sino al termine previsto per l'adempimento del *modus* a favore del terzo.

La posizione espressa da Bartolo da Sassoferrato in relazione alla revoca del *modus* trova adesione anche da parte di Baldo degli Ubaldi il quale, in relazione ad una *donatio con modus* in favore dell'*Hospitale Misericordiae*, sosteneva la revocabilità del *modus* solo però se l'accordo avesse potuto trovare qualificazione come contratto innominato⁵⁶. In senso contrario si pronunciò tuttavia Bartolomeo da Saliceto, il quale negò la revocabilità del *modus* a favore del terzo, contestando la posizione di Bartolo perché avrebbe omesso di considerare, accanto a Paolo, 50 *ad edictum*, D. 18.7.3, la costituzione alessandrina C. 4.57.1⁵⁷.

Anche Paolo di Castro prese posizione sulla fattispecie discussa da Scevola, 28 *digestorum*, D. 45.1.122.2⁵⁸, ritenendo, conformemente a Bartolo, la natura revocabile del *modus*, argomentando, però, in senso adesivo rispetto a Baldo, cioè ritenendo che la *donatio sub modo* dovesse essere qualificata come un contratto innominato⁵⁹.

Il caso affrontato da Bartolo e da Paolo di Castro fu ripreso altresì da Alessandro da Imola, il quale ne discusse concordando sostanzialmente con la posizione di Bartolo e ritenendo il *modus* in favore della chiesa revocabile da parte del donante ma non da parte dei suoi eredi; parallelamente, la questione viene trattata in sei punti, che rendono maggiormente chiara la disciplina della

⁵⁵ Cfr. J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio*, cit., p. 90 e H. Ankum, *Die Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 561 – 562.

⁵⁶ Bartoli a Saxoferrato *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, Venezia, 1577, ad C. 5. 12.7. nn. 7 – 10, fol. 181vab e fol. 181vb.

⁵⁷ Bartholomaei a Salyceto I. C. *In vij. viij. & ix Codicis Libros Commentaria. Doctissimis quamplurimis I. C. adnotationibus illustrata. Pars quarta*, Venetiis, all'insegna dell'Aquila che si rinnova, 1586, ad C. 8.54.3 fol. 172v.

⁵⁸ Cfr. Pauli Castrensis *Secunda super Digesto Novo*, cit., fol. 38vab, ad D. 45.1.122.2, n. 3.

⁵⁹ Cfr. sul punto altresì H. Ankum, *Die Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 562-563.

revoca così come concepita, nel complesso, dal giurista di Imola. In particolare: la revoca può avvenire soltanto da parte diretta del donante e non attraverso il donatario; non può avvenire dopo il termine previsto per l'acquisto da parte della chiesa; il donatario può, nonostante l'intenzione del donante di rinunciare al *modus* in favore della chiesa, donare al terzo di sua spontanea volontà quanto da egli stesso ricevuto a titolo di donazione, sulla base della considerazione che la revoca del *modus* rappresenta un vantaggio per il donatario a cui solo lui stesso, eventualmente, può a sua volta rinunciare; il donatario non può di propria iniziativa rinunciare al *modus* in favore della chiesa; il *modus* può essere accettato in favore della chiesa anche da un soggetto diverso, quale ad esempio un notaio, rendendo l'onere irrevocabile; l'erede del donante non può, come si è detto, revocare il *modus*⁶⁰.

Giasone del Maino, infine, riassume coerentemente la posizione della maggior parte dei commentatori sulla fattispecie della *donatio sub modo*⁶¹: il terzo aveva diritto ad esperire un'azione diretta nascente a norma dal *modus* in suo favore. La stipulazione avrebbe avuto natura revocabile, diventando però irrevocabile nel momento in cui il termine stabilito in capo al donatario per l'esecuzione dell'onere fosse trascorso infruttuosamente e nell'ipotesi in cui l'onere fosse stato accettato per il terzo, in suo nome e a suo favore, da parte di un notaio ovvero di un soggetto diverso dal beneficiario.

Il quarto e ultimo caso in cui i commentatori riconobbero un'azione a favore del terzo beneficiario nascente direttamente da una *stipulatio alteri* posta in essere in suo favore, contrariamente al divieto di *alteri stipulari*, è quello del cosiddetto *pactum appositum in rei traditione*⁶². Sotto tale nome rientra una serie di fattispecie differenti accomunate però dal fatto che, parallelamente alla consegna del bene, era prevista altresì la stipulazione di un patto accessorio di restituzione del bene al terzo: si tratta di casi che trovano già menzione nella glossa *nihil agit* a cui si è fatto riferimento in precedenza, tra i quali, ad esempio, il patto di

⁶⁰ Cfr. Alexandri Imolensis *Super secundam ff. Novi partem*, Venezia, 1528, foll. 83va – 84va, ad D. 45.1.122.2, nn. 8–9.

⁶¹ Cfr. Iasonis a Mayno, *In secundam Digesti Novi partem*, cit., foll. 155vb-156rb, ad D. 45.1.122.2, nn. 14 e 19.

⁶² Cfr. J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio*, cit., pp. 93 – 96.

restituzione della dote secondo quanto previsto in D. 24.3.45⁶³ ed in C. 5.14.7⁶⁴; il deposito o il comodato a norma di D. 16.3.26 pr. e di C. 3.42.8⁶⁵, la già vista *donatio sub modo* di cui a C.8.54.3⁶⁶; e il caso contemplato da D. 13.7.13 pr⁶⁷.

Accanto a questi casi, seppur non menzionata nella glossa *nihil agit*, si può ritenere che rientri altresì la fattispecie del rimborso di una somma di denaro al terzo, conformemente a quanto emerge da D. 12.1.9.8, da D. 45.1.126.2 e da C. 4.27.3. Si tratta, nel complesso, di fattispecie differenziate tra loro, ma che sono state oggetto da parte dei commentatori di un tentativo di riconoscimento di una regola generale in tema di patto restitutorio in favore del terzo basato, potremmo dire, sulla somiglianza delle fattispecie. In particolare, il già ricordato Guillaume de Cuhn, che possiamo leggere solo nel commento di Bartolo⁶⁸, riconobbe come alcuni casi, ossia quelli trattati in D. 12.1.9.8, in D. 13.7.13 pr. ed in C. 3.42.8, fossero accomunati dalla particolarità che il terzo, nei confronti del quale fosse stata pattuita la restituzione, fosse il proprietario del bene; in questo senso, in questi tre casi sarebbe stato possibile riconoscere una *ratio* comune secondo la quale, se lo stipulante avesse pattuito la restituzione al proprietario, quest'ultimo sarebbe stato direttamente munito di un'azione nascente dalla stipulazione in suo favore, valida, quindi, pur contravvenendo il divieto di *alteri stipulari*.

Simile è la posizione del già ricordato Jean Faure⁶⁹, il quale però menziona solo uno dei tre testi ricordati da Guillaume de Cuhn, vale a dire C. 3.42.8, aggiungendovi invece il riferimento a C. 5.14.7 ed a D. 24.3.45, dove in verità non pare chiara la relazione tra il soggetto (proprietario) in favore del quale è pattuita la restituzione a norma di C. 3.42.8 e i nipoti a cui, a norma degli altri due testi, la dote avrebbe dovuto essere restituita. Jan Hallebeek⁷⁰ ha avanzato l'ipotesi

⁶³ Sulla cui esegesi in diritto romano si rimanda a parte prima, capitolo terzo, pp. 113 e ss.

⁶⁴ Sul quale si rimanda nuovamente all'esegesi in diritto romano condotta alle pp. 142 e ss.

⁶⁵ Sulla cui esegesi in diritto romano si rimanda a parte prima, capitolo terzo, pp. 157 e ss.

⁶⁶ Sul quale si rimanda qui a parte prima, capitolo terzo, pp. 150 e ss.

⁶⁷ Sul quale si rimanda qui a parte prima, capitolo terzo, pp. 127 e ss.

⁶⁸ Cfr. Bartoli a Saxoferrato *Commentaria*, cit., 2, fol. 83va, ad D. 13.7.13pr.

⁶⁹ Johannis Fabri *In Institutiones Commentarii*, cit., fol. 88rb ad I. 3.19.4, n. 12,

⁷⁰ J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio*, cit., p. 94. Una teoria che potrebbe anche condividersi, tenendo però presente l'esegesi dei testi che è stata proposta nella prima parte di questa ricerca, e a cui si fa riferimento alle summenzionate ntt. 63 – 67.

che possa trattarsi della loro futura qualità di eredi.

Bartolo⁷¹, rigettando l'opinione di Guillaume de Cuhn, e basandosi su testi in parte differenti, nella fattispecie D. 16.3.26 pr. e C. 3.42.8, ritenne che la *ratio* dei casi in cui è previsto il patto restitutorio dovesse essere ricercata nella circostanza secondo la quale il bene di cui era stata pattuita la restituzione al terzo fosse di proprietà non del terzo ma dello stipulante, e che in proprietà dello stesso fosse rimasto; in questo caso, la stipulazione che prevedeva la restituzione del bene al terzo sarebbe stata valida e il terzo avrebbe avuto un'azione diretta a tutela della propria posizione. In caso contrario, se lo stipulante non fosse stato proprietario, allora il terzo non avrebbe avuto alcuna azione diretta a tutela della propria posizione, come nell'ipotesi di cui a D. 36.1.61.1. Le uniche due eccezioni a questa regola generale, per cui il terzo avrebbe comunque avuto diritto ad un'azione diretta, sarebbero il già visto caso della *donatio sub modo* di cui a C. 8.54.3 e quello trattato in D. 12.1.9.8, il quale sarebbe però un caso di restituzione di una somma di denaro e pertanto regolato da specifici principi propri di tale fattispecie⁷².

Paolo di Castro, invece, successivamente, riprese la soluzione proposta da Guillaume de Cuhn, pronunciandosi contro l'opinione di Bartolo e sostenendo che il terzo avesse diritto ad un'azione nascente direttamente dal patto restitutorio in suo favore, ma solo nell'ipotesi che tale terzo fosse anche il proprietario della cosa poi restituita o avesse perso tale diritto al momento della restituzione, conformemente al caso di cui a D. 13.7.3 pr.⁷³. Anche il giurista castrense individua nel *Corpus iuris* alcune eccezioni a tale regola generale, e per la precisione quattro: oltre ai due casi già individuati da Bartolo, seguito da Baldo, vale a dire l'ipotesi di cui a C. 8.54.3 e quella contenuta in D. 12.1.9.8, Paolo di Castro ritenne derogatorie anche le ipotesi di cui a D. 24.3.45 ed a C. 5.14.7, in

⁷¹ Cfr. Bartoli a Saxoferrato *Commentaria*, cit., 2, fol. 83va ad D. 13.7.13 pr., e fol. 100vab ad D. 16. 3. 26pr.

⁷² Conformemente a Bartolo da Sassoferrato si esprime Baldo degli Ubaldi, *Commentaria in Digestum Vetus*, cit., ad D. 16. 3. 26pr, fol. 400rb.

⁷³ Cfr. Paoli a Castro *In secundam Digesti Veteri partem commentaria*, Venetiis, 1582, ad D. 13. 7. 13pr, n. 7, fol. 83vb.

tema di restituzione dotale⁷⁴.

Dal breve *excursus* sulla posizione dei commentatori circa l'esperibilità di un'azione da parte del terzo a tutela della propria posizione e direttamente nascente dalla stipulazione in suo favore, si è visto come i giuristi postglossatori considerassero il divieto di *alteri stipulari* con minore rigore rispetto tanto all'originario principio di diritto romano, quanto alla considerazione che di tale principio ebbe la Glossa. Evidentemente, non si può di certo affermare che i commentatori avessero coscienza di quello che modernamente corrisponde al contratto in favore di terzo proprio, esattamente come nemmeno in diritto romano il problema può trovare configurazione in termini moderni, rimanendo piuttosto la configurabilità sempre confusa tra la rappresentanza o una forma di contratto a favore di terzo nelle dissertazioni sopra ricordate. È interessante però notare come la figura del terzo, seppur nei limiti di condizioni e regole particolari ovvero di qualificazioni determinate (come nel caso in cui terza beneficiaria fosse la chiesa), trovi nei commentatori una considerazione particolare, al punto da indurli ad estendere i casi (di per sé eccezionali) in cui il terzo avrebbe beneficiato di un'azione diretta a tutela della prestazione pattuita nei suoi confronti, secondo un atteggiamento che lascia spazio a maggiori aperture, in generale, rispetto al divieto di *alteri stipulari* e che trova riscontro anche per quanto riguarda i casi di sola validità della *stipulatio alteri*⁷⁵.

IV. *La posizione della Canonistica sulla concedibilità di un'azione al terzo come eccezione al divieto di alteri stipulari nemo potest*

L'approccio della canonistica in relazione al principio secondo cui *alteri stipulari nemo potest* appare, in generale, maggiormente incline a riconoscere la validità di alcuni di quegli istituti che in diritto romano, si è visto, non trovavano compiuto riconoscimento, come appunto la rappresentanza (diretta) ovvero il contratto a favore di terzi, in quanto, si vedrà, muta l'atteggiamento dei giuristi circa la forza obbligatoria delle promesse unilaterali e dei *pacta nuda*⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. Paoli a Castro *In secundam Digesti Veteri partem commentaria*, cit., ad D. 16. 3. 26pr, n. 1, fol. 116vb.

⁷⁵ Sul punto si rimanda alla lettura di J. Hallebeek, *Ius quaesitum tertio*, cit., pp. 97 – 104.

⁷⁶ H. Dondorp, *Ius Quaesitum tertio in Medieval Canon Law*, in *Ius quaesitum tertio*, cit., p. 110.

Particolarmente rilevante in questo senso è una glossa di Lorenzo Ispano⁷⁷:

Glossa Palatina, gl. *et per te* ad C. 1, q. 7, c. 9: *Arg. contra inst. de inutil. stipul. l. si quis alii*. [I. 3.19.4] *quia ibi dicitur, quod alteri stipulari, vel pacisci nemo potest, nisi sit servus eius, ut ibi, vel procurator praesentis. ff. de verb. obli. si curator praesens* [recte: *Si procuratori praesentis*, D. 45.1.79]: *Dic ergo hoc fieri quia papa servus est beati Petri, unde dicit se in epistolis suis servus servorum Dei. Unde versus. Servi erant tibi Roma prius domini dominorum: Servorum servi nunc tibi sunt domini. Vel hoc fit favore religionis: sed credo iure canonico me teneri si ego promitto tibi me daturum Titio decem. xxii. q. v. Iuramenti* [C. 22, q. 5, c. 12], *maxime ubi intervenerit sacramentum. arg. ff. de const.(ituta) pecun.(ia) l. i* [D. 13. 5. 1.pr] *et l. eum qui* [D. 13.5.1.pr.].

La glossa di Lorenzo Ispano, poi ripresa letteralmente da Giovanni Teutonico nella sua gl. *quotiens* a C.1, q.7, c.9, successivamente inclusa a sua volta nella glossa ordinaria al *Decretum Gratiani*⁷⁸, indica come, conformemente al diritto canonico, la promessa di dare dieci a Tizio obbligasse il promittente, soprattutto se la promessa fosse avvenuta sotto giuramento. Il problema relativo a tale glossa, nella concezione canonistica, risiede nella già ricordata circostanza secondo la quale la regola del divieto di *stipulari alteri* impedisce tanto l'acquisto da parte di un soggetto assente alla stipulazione per mezzo di un altro soggetto promittente, che accettasse per lui (vale a dire il caso della rappresentanza), quanto l'acquisto da parte di un soggetto terzo parimenti assente alla stipulazione, ma rispetto al quale fosse stato pattuito l'acquisto diretto di un bene ovvero una prestazione nei suoi confronti (vale a dire il caso del contratto a favore di terzo).

Per la maggior parte dei canonisti la glossa in questione, in verità, non includeva le promesse poste in essere nei confronti di un soggetto assente in presenza del promittente, che era quindi idoneo a promettere per quest'ultimo, ma includeva solamente l'accordo tra due soggetti al fine di pattuire qualcosa nei confronti di un soggetto assente; nella glossa dell'Ispano prima e poi di Giovanni Teutonico si è tendenzialmente riconosciuta, nella canonistica, la problematica

⁷⁷Il riferimento è qui all'edizione usata da H. Dondorp, *Ius Quaesitum tertio*, cit. p. 114 e nt. 22.

⁷⁸*Decretum Gratiani, emendatum et notationibus illustratum. Una cum glossis, Gregorii XIII. pont. max. iussu editum*, Romae, in Aedibus Populi Roamni, 1582, col. 795. Cfr. in questo senso H. Dondorp, *Ius Quaesitum tertio*, cit. p. 113 e H. Ankum, *Die Verträge zugunsten Dritter*, cit., p. 565.

dell'acquisto da parte del terzo nell'economia di quello che modernamente è definito contratto a favore di terzo⁷⁹. Chiaramente, non è questa la sede più appropriata per approfondire adeguatamente tale problema di ordine dogmatico e concettuale, poiché si rischierebbe di travalicare i confini della presente ricerca. Pur essendo consapevoli, quindi, di rischiare di non essere esaurienti, si ritiene qui più importante indagare l'eventuale ricomprensione nel principio dettato dall'Isano del solo caso di un contratto a favore di terzo: a questa si farà qui di seguito riferimento, nella consapevolezza, comunque, della già ricordata riconducibilità della regola in questione ad entrambe le fattispecie, rappresentanza compresa.

Il punto fondamentale da cui prende le mosse il ragionamento a proposito della validità di una prestazione pattuita per il terzo è quello della presenza necessaria del giuramento; soltanto una promessa giurata, quindi, obbligherebbe il promittente, in quanto solo in questo caso la Chiesa, per mezzo della *denuntiatio evangelica*, potrebbe costringere il promittente stesso a tener fede alla promessa accompagnata da giuramento. Il ricorso alla *denuntiatio evangelica* trova giustificazione nella circostanza secondo cui l'obbligazione che legava lo stipulante e il promittente avesse natura di *obligatio naturalis* e non fosse quindi idonea a far nascere un'azione sul piano civilistico, sulla base di quanto previsto da D. 45.1.38.17⁸⁰.

A fronte dell'impossibilità per lo stipulante di adire una corte secolare, la canonistica estese il rimedio della *denuntiatio*, che consisteva nella possibilità di denunciare crimini ecclesiastici, consentendo di adire il tribunale ecclesiastico a tutela della promessa prestata. Si trattava di una facoltà concessa a chiunque, ad esclusione degli scomunicati e, secondo Giovanni d'Andrea, Giovanni Teutonico, Bernardo da Parma e Innocenzo IV, anche dei criminali⁸¹. Una volta prestato il giuramento, quindi, la promessa sarebbe stata vincolante ma, almeno in linea di principio, non avrebbe determinato in capo al terzo beneficiario l'acquisto del

⁷⁹ Cfr. in questo senso il Panormitano (Nicolaus de Tedeschis), *ad proemium nr. 25*, Lugduni, 1509 – 1510, fol. 6r.

⁸⁰ Cfr., oltre al già ricordato H. Dondorp, *Ius Quaesitum tertio*, cit., pp. 123 e ss. anche H. Ankum, *Die Verträge zugunsten Dritter*, cit., pp. 563 – 564.

⁸¹ Cfr. H. Dondorp, *Ius Quaesitum tertio*, cit. p. 122 e note nn. 52 – 53.

diritto alla tutela diretta della prestazione pattuita nei suoi confronti.

È questa la posizione che pare essere sostenuta in generale dai canonisti, tra cui Niccolò de'Tedeschi, l'*abbas Panormitanus*. Egli, sul modello dei commentatori, riconoscendo validità tra le parti alle *stipulationes alteri* rispetto alle quali fosse riconoscibile un interesse economico in capo allo stipulante, negava comunque che il terzo potesse acquisire un'azione diretta a tutela della sua posizione, in conformità stretta, quindi, con la regola di diritto romano⁸²; e negava altresì la possibilità per il terzo di ricorrere allo strumento della *denuntiatio evangelica* e del ricorso al tribunale ecclesiastico a tutela della prestazione pattuita nei suoi confronti⁸³.

In senso parzialmente contrario Felino Sandei sostenne, senza distinguere veritabilmente tra ipotesi di rappresentanza o di contratto a favore di terzo, che quest'ultimo avesse comunque il diritto di utilizzare personalmente il rimedio della *denuntiatio evangelica*, in quanto previsto come efficace rimedio predisposto dal diritto canonico a rafforzamento della promessa fatta nei suoi confronti⁸⁴:

de iure canonico competat absentis efficacis remedium ex stipulatione alteri facta.

La posizione di Sandei pare comunque abbastanza isolata rispetto a quella della generalità della canonistica che non riconobbe, quindi, la possibilità per il terzo di agire direttamente a tutela della prestazione stipulata in suo favore come invece arrivò a sostenere, nei casi eccezionali sopra ricordati, parte dei commentatori. Tale circostanza, comunque, non impedì il riconoscimento almeno della validità della *stipulatio alteri* nella forma oggi riconducibile ad un contratto a favore di terzo - vale a dire, ripetiamo, la prestazione di una promessa al fine di fare acquisire un bene ovvero un diritto direttamente al terzo - quanto meno tra le parti stipulanti; in questo senso, Andrea Alciato⁸⁵, per esempio, riconobbe la

⁸² Cfr. Panormitani *Secunda In Secundum Decretalium*, Lugduni, Melchior et Gaspar Trechsel, 1539, fol. 112v., ad X 2. 22. 14, § 6.

⁸³ Cfr. H. Dondorp, *Ius Quaesitum tertio*, cit. pp. 125 – 126.

⁸⁴ Cfr. Felini Sandei *proemium nr. 22*, Lugduni, 1513 – 1514, fol. 4rb, dove *absentis* si riferisce, come già detto in numerose occasioni, ad entrambi i soggetti terzi del rappresentato e del terzo beneficiario.

⁸⁵ Cfr. Andreae Alciati *In decretalium Gregorii IX aliquot titulos commentaria*, in *Opera Omnia*,

concessione di un'azione allo stipulante contro il promittente nel caso di promessa a beneficio del terzo qualora fosse riconoscibile un interesse economico in capo allo stesso, a meno che non si trattasse di un regalo nei confronti del terzo, ipotesi in cui questi non avrebbe avuto diritto ad alcuna azione. Il requisito dell'interesse economico non sarebbe stato necessario nell'ipotesi in cui il promittente avesse peccato non adempiendo la promessa fatta allo stipulante: in questo caso la *stipulatio* era considerata, come si è detto, un'*obligatio naturalis*, e solo la Chiesa avrebbe potuto costringere il promittente ad adempiere per mezzo della *denuntiatio evangelica*.

Il requisito dell'interesse per la validità di una stipulazione in favore di terzo pare non essere necessario per Diego Covarrubias y Leiva⁸⁶, secondo il quale la stipulazione sarebbe stata valida comunque e avrebbe conferito allo stipulante un'azione che lo stesso avrebbe potuto poi cedere al terzo. Contrariamente a quanto parrebbe sostenere Dondorp⁸⁷, più che di una forma di contratto a favore di terzo parrebbe che qui di un caso di rappresentanza ovvero di *negotiorum gestio*, in quanto, teoricamente, l'acquisto avviene a seguito di accettazione a beneficio del terzo, *nomine tertio* quindi, come dimostra la conseguente cessione dell'azione.

Alla luce di quanto brevemente accennato in relazione alla posizione della canonistica sulla possibilità o meno di riconoscere l'operatività di una forma (propria) di contratto a favore di terzo, si può in conclusione rilevare come, a parte la posizione isolata di Felino Sandei, il quale riconosceva appunto in capo al terzo un'azione dallo stesso direttamente esercitabile a tutela della propria posizione e nascente dalla stipulazione posta in essere in suo favore, in realtà non è dato capire se davvero fosse riconosciuta in diritto canonico la validità di quello che modernamente viene chiamato contratto a favore di terzo proprio e che la Glossa in parte, e i commentatori in modo più esteso, riconoscevano in coincidenza di alcune delle eccezioni al divieto di *alteri stipulari* già individuate in diritto

Basel, 1621, ad X 2.24.28, nr 323.

⁸⁶ Didaci Covarrubias y Leyva *Relectio in VI. 1. 18. 2*, in *Opera Omnia*, Antwerp, 1638, parte 2 § 9, p. 291.

⁸⁷ H. Dondorp, *Ius Quaesitum tertio*, cit. pp. 127 e 131.

romano. Il diritto canonico ammetteva, però la validità di forme di *stipulatio alteri* riconducibili al contratto a favore di terzo cosiddetto improprio; se fosse presente il requisito dell'interesse, il contratto tra lo stipulante e il promittente avrebbe potuto considerarsi valido, seppur come mera *obligatio naturalis* e comunque purché rafforzata dalla prestazione di un giuramento, trovando però tutela giudiziaria soltanto a livello ecclesiastico per mezzo della *denuntiatio evangelica*.

3. L'atteggiamento dottrinale nei confronti del divieto di alteri stipulari tra il XVII e il XVIII secolo: sulla concezione dogmatica di Ugo Grozio.

Si è appena visto, pur brevemente, come l'atteggiamento dottrinale e, in parte legislativo⁸⁸ nei confronti del divieto di *alteri stipulari* fosse quello, nella sostanza, dell'adesione al divieto generale così come stabilito nel testo del *Corpus iuris civilis*, nel rispetto di alcuni casi eccezionali individuati come deroghe nel *Corpus* stesso, per i quali era prevista la concessione di un'azione diretta al terzo, ed oggetto di diversa interpretazione da parte dei giuristi medievali, la più estensiva delle quali fu quella, si è visto, ad opera dei commentatori.

L'atteggiamento che accompagna i pensatori successivi appare abbastanza diversificato; alla fine del XVI secolo ancora Dionisio Gotofredo⁸⁹ poteva riaffermare veementemente la validità della regola *alteri stipulari nemo potest* a divieto di qualsiasi forma di stipulazione in favore di terzo:

Nisi mea intersit, nisi iurarevis, nisi sub poena promissis, nisi consuetudo contraria sit.

Il giurista quindi non ammetteva ancora alcuna distinzione tra casi di rappresentanza ovvero di contratto a favore di terzo, stipulazioni la cui validità poteva essere al più circoscritta al solo negozio posto in essere tra le parti e sempre nei limiti della presenza dell'interesse (pecuniario) in capo allo stipulante, della conferma della promessa per mezzo di un giuramento, della stipulazione di una penale e della conformità al diritto consuetudinario⁹⁰.

⁸⁸ Il riferimento è qui all'*Ordenamiento de Alcalà* a cui si è fatto riferimento poco sopra nel presente capitolo.

⁸⁹ Cfr. Dionysii Gothofredi *Corpus Juris Civilis Romani*, Francofurti, 1602, 3, ad Inst. 3. 19. 4.

⁹⁰ Secondo Antonii Fabri *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatarum*, libro IV, tit. XXXIV, Def. I, Genevae, 1659, la contrarietà al diritto

Ma se Gotofredo poteva affermare con vigore l'assoluto valore della regola romana, è all'esegesi ed al pensiero di Ugo Grozio che dobbiamo una maggiore apertura verso una concezione del contratto in favore di terzo più conforme a quella modernamente intesa, e un contributo di non poco conto alla moderna teoria del contratto in favore di terzo in quanto tale, e distinto abbastanza chiaramente dalle altre figure di *stipulationes alteri* che cadevano sotto il divieto generale⁹¹. Nel *De iure belli ac pacis* l'autore propone una lettura del concetto di contratto e dello stipulare per un soggetto assente che in seguito avrà una determinante influenza sulla disciplina del contratto in favore di terzo prevista nel codice bavarese del 1756⁹², in quello prussiano del 1794⁹³ e, infine, in quello sassone del 1865⁹⁴. In generale, va premesso qui come l'esegesi e l'analisi

consuetudinario a fondamento dell'invalidità delle stipulationes alteri sarebbe stata altresì recepita dall'ordinamento sabauda. In questo senso cfr. W. Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter, cit., p. 43 e nt. 180.

⁹¹ Cfr. in questo senso *Historisch – kritischer Kommentar*, cit., p. 1963. Sulla dottrina di Grozio in tema di *stipulatio alteri* si veda altresì H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, I: *Älteres Gemeines Recht (1500–1800)*, München 1985, p. 430; W. Bayer, *Der Vertrag zugunsten Dritter*, cit., pp. 37 ss.; H. Dondorp, J. Hallebeek, *Grotius' Doctrine on acquisitio obligationis per alterum and its Roots in the Legal Past of Europe*, in *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Roma, 2005, 2, pp. 205 - 244; H. Dondorp, *The Seventeenth and Eighteenth Centuries*, in J. Hallebeek, H. Dondorp (Edd.), *Contracts for a third-party beneficiary. A historical and comparative account*, Leiden – Boston, 2008, pp. 55 ss.

⁹² Cfr. § 13, p. IV, Cap. I, del *Codex Maximilianeus bavaricus civilis*, il quale prevede espressamente la validità di *pacta in favorem tertii*, svuotando di significato il divieto di *alteri stipulari*; la norma tratta come “patti in favore del terzo” tanto l'ipotesi della rappresentanza quanto quella del contratto a favore di terzo, purché il terzo abbia accettato ovvero ratificato quanto promesso in suo favore.

⁹³ Cfr. *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*, tit. V, p. I, § 75, il quale, diversamente da quanto stabilito nel *Codex Maximilianeus bavaricus civilis*, distingue nettamente l'ipotesi del contratto in favore del terzo dalle questioni inerenti la rappresentanza; il contratto in favore di terzo, però, aveva validità soltanto *inter partes* e il terzo poteva acquisire un'azione a tutela della propria posizione soltanto aderendo al contratto principale e diventandone parte.

⁹⁴ Cfr. *Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*, §§ 853 ss., in cui è espressamente disciplinato il solo contratto a favore di terzi. La codificazione sassone, infatti, parimenti a quella prussiana appena ricordata, distingue nettamente le ipotesi di contratto a favore di terzo da quelle di rappresentanza regolate ai §§ 788 e ss. del *Sächsisches BGB*; il terzo acquista un diritto proprio non direttamente, ma soltanto a seguito di adesione al contratto principale ovvero nell'ipotesi in

groziana del principio in parte soffra, almeno se considerata alla luce dei propositi della presente ricerca, di quella generalità, intesa come omnicomprensione con cui esso era considerato già tra i giuristi basso medievali e a cui si è fatto più volte riferimento: in altri termini neanche il giurista di Delft distingue tra l'istituto della rappresentanza e quello del contratto a favore di terzi.

Punto fondamentale rispetto al quale è possibile riconoscere la validità generale dello *stipulari alteri*, tanto nella forma di una stipulazione a favore di un soggetto terzo ed assente, quanto in quella di una stipulazione accettata in nome e per conto di quello stesso soggetto terzo ed assente, è per Grozio, e in generale per la scuola giusnaturalistica⁹⁵, quello dell'elaborazione tecnica del concetto di contratto come scambio di promessa ed accettazione⁹⁶, ponendo così per la prima volta, come diretta conseguenza del concetto stesso di contratto così elaborato, la domanda sul soggetto destinatario della promessa: il promittente ha accettato per sé oppure per un soggetto altro e terzo? È con l'introduzione del criterio dell'accettazione nella dogmatica del contratto che si può aprire un primo spiraglio alla generalizzazione della facoltà di *alteri stipulari* nelle forme, modernamente intese, tanto della rappresentanza quanto del contratto in favore di terzi, riprendendo quelle istanze di differenziazione tra i due istituti che erano parzialmente emerse nella dogmatica della Glossa e dei commentatori e portandole a maggiore compiutezza, di contro alla più volte ricordata difficile riconoscibilità dell'operare delle due figure giuridiche nell'interpretazione dei giuristi medievali, in particolare per quanto riguarda l'esegesi operata in seno alla canonistica.

È proprio nel momento dell'accettazione, quindi, che il contratto stipulato e valido a favore delle sole parti si differenzia da quello concluso sia da un mandatario in forza di un mandato, sia da quello concluso da un mandatario privo di mandato, sia da quello stipulato a condizione di eseguire una prestazione a

cui il promittente abbia dato esecuzione alla prestazione in suo favore.

⁹⁵ Il riferimento è qui a Pufendorf, Thomasius, Wolff, ai fratelli Beckmann, a Wernher, Nettelbladt e Zeiller, secondo le indicazioni emerse in P. Cappellini, v. *Rappresentanza*, cit., p. 450.

⁹⁶ Cfr. Hugonis Grotii *De iure belli ac pacis*, Parigi, 1625, consultato qui nella traduzione tedesca ristampata a Tübingen, 1995, libro II, cap. XI, § XIV, p. 242.

favore di un terzo, che è propriamente il contratto a favore di terzo: Grozio, infatti, distingue tali ultime tre differenti situazioni nell'ambito dello *stipulari alteri* a cui corrispondono tre tipi, potremmo dire, di accettazione e a cui si connettono, ancora, differenti effetti⁹⁷.

Con riferimento al terzo tipo di accettazione, che qui evidentemente ci interessa maggiormente, è interessante notare come per Grozio lo scopo di una stipulazione in cui il promittente si impegna, accettando, ad eseguire una prestazione nei confronti di un terzo, non sia quello di garantire allo stipulante il diritto di agire a tutela della prestazione da eseguire, quanto piuttosto quello di assicurarsi che il promittente manterrà fede alla parola data⁹⁸. Quindi senza che venga in considerazione se lo stipulante abbia un interesse precipuo all'esecuzione di una prestazione in capo al terzo, lo stipulante *naturaliter* – conformemente, dunque, al diritto naturale - per il fatto stesso di essersi obbligato, deve godere della facoltà di far pervenire ad altri il diritto dedotto nel contratto⁹⁹, diritto che diverrà poi definitivo in capo al terzo soltanto dopo che questi abbia prestato il proprio consenso con l'accettazione e rendendo quindi il beneficio non più revocabile in capo al terzo¹⁰⁰.

Più complesso, invece, si profila il problema del riconoscimento in capo al terzo del diritto di agire in via giudiziale a tutela del beneficio acquisito; in questo senso, Grozio fa riferimento al già ricordato passaggio della *Relectio in VI. 1. 18. 2*, in cui Diego Covarrubias y Leiva aveva sostenuto la cedibilità al terzo dell'azione acquisita dallo stipulante in virtù dell'obbligazione contratta con il promittente¹⁰¹. Trattasi, quindi, di un diritto che non nasce direttamente in capo al terzo, il quale, ferma l'irrevocabilità del beneficio stabilito in suo favore a seguito dell'accettazione, potrà esercitare contro il promittente l'azione ceduta dallo stipulante; per dovere di completezza si ricorda che anche Christian Wolff¹⁰² manterrà tale cessione come forma di tutela diretta del terzo.

⁹⁷ Cfr. in questo senso H. Dondorp *The Seventeenth and Eighteenth Centuries* cit. p. 55.

⁹⁸ Hugonis Grotii *De iure belli ac pacis*, cit., libro II, cap. XI, § XVIII, n. 2, p. 243.

⁹⁹ Cfr. in questo senso H. Dondorp *The Seventeenth and Eighteenth Centuries* cit. p. 56.

¹⁰⁰ Hugonis Grotii *De iure belli ac pacis*, cit., libro II, cap. XI, § XVIII, n. 1, p. 243.

¹⁰¹ Cfr. p. 239 nt. 86 del presente capitolo.

¹⁰² Cfr. Christian Wolff, *Institutiones iuris naturae et gentium*, Halle, 1750, § 433.

Alla luce di ciò, si può evidenziare ora il contributo significativo della teorizzazione di Grozio in tema di ammissibilità e condizioni per una valida *stipulatio alteri*; egli infatti, ammettendo la conformità al diritto naturale delle stipulazioni in favore del terzo e riconoscendo nell'accettazione un momento fondamentale nell'acquisto (irrevocabile) del beneficio in capo al terzo¹⁰³, e pur riconoscendo allo stesso tutela solo per mezzo dell'azione ceduta dallo stipulante, pone le basi per la configurazione successiva di una fattispecie di contratto a favore di terzo come operazione triangolare rispetto alla quale il terzo non solo acquisisce un beneficio a suo favore ma anche un diritto autonomo ad agire per il suo adempimento.

4. *Il divieto di stipulari alteri nel pensiero dei Jurisconsultes français dal XVI secolo sino al Traité des obligations di Pothier*

Alla luce del discorso svolto sino a questo momento e in senso propedeutico a quanto si dirà nel proseguo della presente ricerca, riveste un certo interesse la posizione sostenuta dai *Jureconsultes* francesi e quella, successivamente, fatta propria da Joseph Pothier, per l'influenza che quest'ultima avrà sulla redazione del *Code Civil*.

Generalmente, la dottrina francese dal XVI secolo è caratterizzata da un certo rigore nel recupero del diritto romano nella sua espressione originaria, vale a dire priva delle sovrastrutture apportate nel corso dei secoli precedenti dalle teorizzazioni sviluppate, come si è visto, sin dai glossatori. Tra le posizioni di rilievo in questo senso, si ricordano qui quella del giureconsulto Hugues Doneau¹⁰⁴, esponente della cosiddetta Scuola Culta e fautore del recupero dell'ortodossia al dogmatismo giustiniano e quella di *Jacques Cujas*¹⁰⁵. L'esegesi

¹⁰³ Come sottolinea F. Mattioli, *Il contratto a favore di terzo*, cit., p. 5: “si deve ad Ugo Grozio l'aver sottolineato, enfatizzando l'importanza del consenso nel contratto, la piena conformità al diritto naturale del contratto a favore di terzo”.

¹⁰⁴ Si veda Hugonis Donelli *Commentariorum juris civilis*, in *Opera Omnia*, 3, Lucae, 1763, libro XII, cap. 17, § 8, coll. 562.

¹⁰⁵ Cfr. Jacobi Cujacii *Commentariorum In Digesta*, in *Opera ad parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta auctiora atque emendatoria in tomos 10*, Prato, 1864, di cui si veda in particolare il vol. 6, *ad titulum de Verborum Obligationibus* e *ad titulum de Obligationibus et Actibus*.

delle fonti proposta dagli autori, e legata profondamente al rispetto del dettato originale dei testi del Codice, fa riemergere nel pensiero della dottrina francese antecedente l'adozione del *Code Civil* la volontà del recupero della tradizione del diritto romano, con effetti che si producono sulla dottrina successiva in termini di un recupero del principio dell'effetto vincolante *inter partes* delle convenzioni. È con riferimento a questo substrato teorico, che, nel XVII secolo, Jean Domat, in virtù altresì dal nuovo vigore assunto dal principio di libertà individuale e di autodeterminazione può sostenere¹⁰⁶:

Comme les conventions se forment par consentement, personne ne peut faire pour un autre s'il n'a pouvoir de lui; et on peut encore moins faire préjudice par des conventions à des tiers personnes.

La dogmatica formulata da Pothier in tema di effetti del contratto in favore di terzi prende ispirazione, quindi, da questo tipo di istanze e prosegue per certi versi nella direzione del recupero della tradizione romana giungendo ad una compiuta trattazione del tema dell'obbligazione, anche nei suoi effetti nei confronti dei terzi¹⁰⁷; sarà proprio il lavoro esegetico compiuto dall'insigne Autore francese, e sfociato nel celebre *Traité des obligations*¹⁰⁸, a costituire il modello fondamentale di riferimento per i compilatori del *Code Civil* del 1804, influenzando altresì indirettamente tutte le codificazioni che da questa trassero ispirazione¹⁰⁹.

Nella sua celebre trattazione, Pothier affronta, nel più ampio contesto, si è detto, dell'obbligazione, anche la questione della stipulazione in favore di terzo; la configurazione del problema dell'ammissibilità dello stipulare in favore di un soggetto terzo prende le mosse dal divieto di *alteri stipulari* come espresso da

¹⁰⁶ Cfr. Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1756, parte I, libro II, titolo III.

¹⁰⁷ Cfr. J. Hallebeek, H. Dondorp, *Contracts for a third-party beneficiary*, cit., pp. 74 e ss e, in una prospettiva critica, 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. 215 – 250.

¹⁰⁸ J. Pothier, *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris – Orléans, 1764.

¹⁰⁹ Tra cui quella italiana del 1865, sulla quale si rimanda qui alla parte seconda, capitolo quarto, p. 394 del presente elaborato.

Ulpiano, 49 *ad Sabinum*, D. 45.1.38.17, del quale Pothier propone un'interpretazione estremamente rigorosa¹¹⁰:

Lorsque j'ai stipulé quelque chose de vous pour un tiers, la convention est nulle; 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, & qu'elles ne peuvent par conséquent acquérir aucun droit à un tiers qui n'y étoit pas partie, comme nous le verrons ciaprès: vous ne contractez non plus par cette convention aucune obligation civile avec 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-intérêts envers moi du manquement à votre promesse; vous y pouvez donc manquer impunément: or, rien n'est plus contradictoire avec l'obligation civile, que le pouvoir d'y contrevenir impunément; c'est ce que veut dire Ulpian.

La stipulazione conclusa a favore di un terzo è per Pothier radicalmente nulla, non essendo idonea ad obbligare il promittente sia nei confronti del terzo sia nei confronti dello stesso stipulante; se la nullità della stipulazione nei confronti del terzo è da ricondursi al principio secondo cui i contratti hanno effetto solo tra le parti contraenti, la nullità della stipulazione anche nei confronti dello stipulante è ricostruita sulla circostanza in virtù della quale dalla stipulazione avente ad oggetto il solo beneficio a favore del terzo non nasce tra promittente e stipulante un'obbligazione civile, poichè nel solo fatto dello stipulare un beneficio non è ravvisabile alcun interesse pecuniario e, conseguentemente, in caso di inadempimento, non si realizza alcun danno in capo allo stipulante. La lettura che l'Autore dà del divieto di *alteri stipulari* è assolutamente restrittiva; tuttavia, la nullità della stipulazione a beneficio del terzo sul piano dell'obbligazione civile non esclude automaticamente che essa possa essere invece valida sul diverso piano dell'obbligazione naturale. Infatti, pur non concretizzando la pattuizione del beneficio al terzo un interesse pecuniario dello stipulante, è pur vero che, nel concludere l'accordo con il promittente in favore del terzo, egli è mosso da un interesse diverso, dettato da ragioni di natura personale che, seppur non valutabili economicamente, sono idonee ad impegnare il promittente sul piano della

¹¹⁰ Cfr. J. Pothier, *Traité des obligations*, cit., tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 1, n. 54.

coscienza¹¹¹.

Fermo restando il divieto assoluto di obbligarsi sul piano civile a favore del terzo, vi sono, però, dei casi in cui l'autore riteneva che apparentemente la stipulazione fosse in favore di un soggetto terzo, menzionato nel contratto; in questo caso, però, non si trattava di una stipulazione in favore del terzo, ma piuttosto in una stipulazione conclusa per se stessi, essendo a monte riconoscibile un interesse pecuniario nello stipulante. In questo caso, allora, la stipulazione non poteva essere nulla tra le parti ma era invece produttiva di effetti; è qui che il giurista francese ammette la prima delle due eccezioni all'assolutezza della nullità della stipulazione in favore del terzo sul piano civilistico così come da lui teorizzata.

Trattandosi di un'ipotesi eccezionale, Pothier la interpreta restrittivamente e la riconduce a quattro casi che individua prendendo le mosse da una casistica trattata già dai giuristi romani, alla luce anche dell'interpretazione che di queste ipotesi era stata data dalla dottrina di età medievale sino al XVI secolo¹¹². Si tratta, nello specifico, del pagamento della prestazione ad un terzo che ha il potere di ricevere il pagamento in nome e per conto dello stipulante, che Pothier riconduce alla previsione di un *adiectus solutionis gratia (causa)* in diritto romano; del caso della stipulazione di "fare" qualcosa a favore di un terzo, che si conforma letteralmente al caso esposto nel Digesto da Ulpiano, 49 *ad Sabinum*, D. 45.1.38.20 – 22; del caso della stipulazione in favore dell'avente causa a titolo particolare; e infine del caso della stipulazione in favore dell'erede¹¹³. Si tratta di

¹¹¹ Cfr. J. Pothier, *Traité des obligations*, cit., tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 1, n. 55. In questo senso Pothier si esprime in termini di un *intérêt de pure affection pour ce tier* il quale conferisce allo stipulante il diritto all'adempimento esclusivamente *dans le for de la conscience*.

¹¹² Cfr. J. Pothier, *Traité des obligations*, cit., tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 2, nn. 57 – 69.

¹¹³ Che in diritto romano era questione attinente non allo stipulare in favore del terzo quanto piuttosto al problema del divieto di stipulare a favore ovvero a carico dell'erede, così come stabilito espresso, tra gli altri, in Gaio 3.100 e poi superato con la costituzione giustiniana C. 4.11.1. Cfr. sul punto parte prima, capitolo terzo, p. 134 nt 95. È interessante notare come Pothier decontestualizzi la questione della stipulazione a favore dell'erede rispetto alla *sedes materiae* originaria e la riporti alla fattispecie della *stipulatio alteri*, ma che poi nella disciplina successiva al codice del 1804 sarà un caso perfettamente rientrante, per esempio, nell'ipotesi dell'assicurazione sulla vita in favore del terzo erede, caso tipico di *stipulation pour autrui*.

ipotesi peculiari in cui la stipulazione viene considerata valida tra le parti in quanto è ritenuto configurarsi il requisito dell'interesse in capo allo stipulante, legittimando così la stipulazione a favore di un soggetto terzo.

Accanto a queste ipotesi, però, Pothier riconosce una peculiare fattispecie nella *donatio sub modo* sul modello di quella prevista nella costituzione diocleziana di cui a C. 8.54.3¹¹⁴; si tratta di un caso molto interessante che, partendo dalla attispecie corrispondente in diritto romano, ha permesso a Pothier di estendere la validità della *stipulation pour autrui* anche a casi in cui un interesse proprio dello stipulante nel pattuire a favore di terzo non fosse ravvisabile. La pattuizione tra lo stipulante e il promittente di donare qualcosa al terzo, ovvero fare qualcosa per il terzo ovvero, infine, accordo un vantaggio del terzo, non poteva essere fatta oggetto di un contratto, ma avrebbe potuto risultare come *conditio* o *modus* accessorio al contratto principale: l'oggetto di quest'ultimo sarebbe stato dunque un altro, ovverosia il pagamento di una determinata somma di denaro da parte del promittente nei confronti dello stipulante qualora entro un determinato termine non avesse adempiuto a quanto promesso, ove la stipulazione della somma di denaro per l'inadempimento concretizza il requisito dell'interesse che avrebbe reso la stipulazione valida.

Parimenti, e conformemente a quanto previsto già in diritto romano con riferimento alla summenzionata costituzione e recepito, poi, dai giuristi sin dal XII secolo, al terzo in tale ipotesi sarebbe spettata un'azione diretta a tutela della prestazione in suo favore che i giuristi romani denominavano *actio utilis*, definizione, secondo Pothier, data ad ogni azione avente come *ratio* la sola equità¹¹⁵; è sempre l'equità, secondo il giurista, che si trova a fondamento del rapporto tra il promittente ed il terzo nella fattispecie della donazione a favore del terzo. Si tratta della c.d. *équité naturelle*, che giustificava il dovere in capo al promittente di trasmettere al terzo la cosa dallo stesso ricevuta a titolo di donazione; se il promittente avesse trattenuto presso di sé la cosa ricevuta in donazione con l'onere di trasferirla al terzo, si sarebbe reso responsabile a titolo di

¹¹⁴ Cfr. J. Pothier, *Traité des obligations*, cit., tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 3, nn. 70 – 73.

¹¹⁵ Cfr. J. Pothier, *Traité des obligations*, cit., tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 3, n. 71: *Quae contra subtilitatem juris, utilitate ita exigente, ex sola aequitate concedebantur.*

*culpabilité de perfidie*¹¹⁶.

Tale teoria non ha trovato un'accettazione unanime ed acritica, specialmente da parte dei commentatori dell'inizio del XX secolo: per esempio, Edmond Champeau la considerava come insufficiente e foriera di condurre a risultati non ammissibili¹¹⁷. Si tratta, però, di commentatori che si trovavano a dover fare i conti con alcuni problemi pratici sollevati dall'influenza del lavoro di Pothier sulla redazione del codice civile francese e con i limiti alla *stipulation pour autrui* dalla stessa ispirati. Guardandola da un punto di vista storico, invece, si può sottolineare come questa soluzione non si discosti particolarmente dalla concezione dell'equità naturale come fondamento delle eccezioni al divieto di *alteri stipulari* che aveva ispirato già la dogmatica di Grozio, ovvero la stessa *ratio* alla base della concessione dell'*actio utilis* in diritto romano.

Per quanto attiene il problema connesso alla stipulazione di un beneficio a favore del terzo, vale a dire quello della revocabilità della prestazione da parte dello stipulante, il giurista francese non prenda una posizione specifica, ricordando semplicemente le due principali ed opposte posizioni della Glossa e dei commentatori sul punto¹¹⁸. Tra queste, particolare interesse per Pothier riveste la ricostruzione dell'irrevocabilità della prestazione in favore del terzo da parte del donante proposta da Andrea Fachinei (1549 – 1609)¹¹⁹, il quale aveva interpretato la fattispecie in oggetto come una doppia donazione: la prima è quella intercorsa tra lo stipulante e il promittente, mentre la seconda, invece, sarebbe una donazione fedecommissaria fatta dal donante nei confronti del terzo, la quale si sarebbe

¹¹⁶ Cfr. J. Pothier, *Traité des obligations*, cit., tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 3, n. 72.

¹¹⁷ E. Champeau, *La stipulation pour autrui*, cit., parte di droit français, p. 22.

¹¹⁸ Cfr. J. Pothier, *Traité des obligations*, cit., tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 3, n. 73, pp. 95 – 98. Rileva allo stesso modo l'assenza di una presa di posizione specifica altresì D. Deroussin, *La stipulation pour autrui de l'ancien droit français au XIXème siècle*, cit. p. 226.

¹¹⁹ Cfr. Andreae Fachinei Iurisconsulti Foroliviensis, equitis et comitis Lateranensis, in celeberrimo Pisano Gymnasio Iuris Caesarei professoris ordinarii, *Controversiarum Iuris Libri Decem: Quibus Omnes Fere Questiones Praecipuae; ut sunt, Iudiciales, Contractuum, Ultimarum voluntatum, Feudales, Criminales, & aliae miscellanae, mira brevitae & perspicuitate discutuntur. Editio postrema ab authore multis additionibus et emendationibus illustrata, et libro Decimo numquam ante hac edito adaucta; typorumque varietate allegationibus à textu separatis, distincta. Adiectis Indicibus Librorum & Capitum; Rerum & sententiarum locupletissimis*, Colonia Agrippinae, Sumptibus Ioan. Gymnici, & Antonij Hierat, 1614, libro VIII, cap. LXXXIX, pp. 272 - 274.

perfezionata con l'accettazione da parte del donatario – promittente della prima donazione, poiché il terzo, non partecipando alla stipulazione a suo favore, non avrebbe potuto accettare la donazione pattuita nei suoi confronti. In questo caso, il diritto sorto in capo al terzo sarebbe stato irrevocabile poiché, essendo la clausola in cui era prevista la donazione fedecommissaria in favore del terzo contenuta in un atto di donazione tra vivi, anche la donazione fedecommissaria sarebbe risultata della stessa natura, e quindi sarebbe divenuta irrevocabile a seguito dell'accettazione della prima donazione da parte del promittente: dopo tale momento non sarebbe stato più lecito per il donante liberare il donatario e conseguentemente privare il terzo del proprio diritto.

La regola secondo cui *quae consensu contrahuntur, consensu dissolvuntur* si sarebbe pertanto applicata solo tra le parti contraenti e non in pregiudizio al terzo; secondo Pothier tale conclusione sarebbe stata ricavabile dall'ultima legge *de pactis* contenuta nel Digesto, ossia D. 2.14.62, secondo cui la sicurezza derivante da un acquisto pattuito tra creditore e debitore non avrebbe potuto essere messa in gioco da un patto contrario dagli stessi posto in essere¹²⁰. Leggiamo il frammento del Digesto:

Furio, 1 *ad edictum*, D. 2.14.62: *Si reus, postquam pactus sit a se non peti pecuniam ideoque coepit id pactum fideiussori quoque prodesse, pactus sit ut a se peti liceat: an utilitas prioris pacti sublata sit fideiussori, quaesitum est. Sed verius est semel adquisitam fideiussori pacti exceptionem ulterius ei invito extorqueri non posse.*

Questo principio, ricordava Pothier, era stato altresì confermato dall'*ordonnance du Roy concernant les substitutions* del 1748¹²¹, parte prima, artt. 11 e 12, che decideva però solo *pro futuro*, lasciando aperta la questione circa i casi di *donatio sub modo* posti in essere in precedenza; ora, prescindendo nello specifico dal contenuto dell'ordinanza e dalla soluzione dei casi posti in essere prima della sua entrata in vigore, a rilevare qui è l'interesse peculiare dimostrato dal giurista per questa soluzione, alla luce anche dei suoi riflessi sul diritto vigente, interesse che fa supporre una sorta di propensione per l'irrevocabilità

¹²⁰ Cfr. J. Pothier, *Traité des obligations*, cit., tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 3, n. 73, p. 97.

¹²¹ Cfr. *Ordonnance du Roi, Concernant les Substitutions Fideicommissaires. Donnée au Camp de la Commanderie du Vieux-Jonc, au mois d'Août 1747. Registrée en Parlement le 27 Juin 1748.*

della pattuizione nei confronti del terzo. Bisogna però aggiungere che nella traduzione italiana del *Traité des obligations*, corredata dalle note indicanti i cambiamenti operati dalla legislazione francese e austriaca a cura di Francesco Foramiti, quest'ultimo sottolineava come questa soluzione non sarebbe stata ammissibile e la decisione non più applicabile nella vigenza del *Code Civil*, in quanto l'art. 869 C. civ. (che ispirò il corrispettivo art. 899 del codice civile italiano del 1865) faceva divieto di tutte le sostituzioni e tutti i fedecommissi, ad eccezione delle disposizioni di cui agli artt. 1048 e ss.¹²².

A prescindere da quest'ultimo breve cenno alla discordanza tra la dogmatica di Pothier e la lettera, successiva, del *Code Civil* in tema di revocabilità della stipulazione a favore del terzo, l'influenza del pensiero dell'insigne giurista in realtà guida ed influenza in modo determinante la disciplina successivamente prevista dal *Code* in tema di relatività degli effetti del contratto e in relazione alla *stipulation pour autrui*; tanto l'art. 1165, infatti, quanto l'art. 1121 del *Code Civil*¹²³, nella loro formulazione originaria, sono fortemente debitori del rigore interpretativo e della fedeltà alle fonti romane del giurista di Orléans, il quale mantenne sempre saldo il divieto generale di *alteri stipulari*. Non è chiaramente un caso, evidentemente, che le uniche due eccezioni di cui si fa menzione all'art. 1121 in tema di *stipulation pour autrui* siano appunto quelle della *donatio sub modo* e della stipulazione posta in essere *pour soi-même*, ovverosia proprio quei casi di stipulazione a favore di terzo considerati validi dallo stesso Pothier.

Un tanto risulta ancora più evidente se si integra la lettura dell'art. 1121 c.c. con quella dell'art. 1122 c.c, secondo cui:

art. 1122 c. c.: *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.*

É chiaro come nella sistematica del codice abbiano trovato espressione le

¹²² Cfr. Francesco Foramiti, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore del sig. Pothier, corredata di note indicanti i cambiamenti fatti dal codice francese e dal codice austriaco*, Venezia, 1833, tomo I, parte I, capitolo I, art. V, § 3, n. 72, p. 87.

¹²³ Sui quali si tornerà più approfonditamente nel corso del capitolo secondo, rispettivamente alle pp. 277 e ss. e 293 e ss. con riguardo all'odierna disciplina francese in tema di tutela della posizione del terzo.

eccezioni alla generale nullità delle stipulazioni in favore del terzo così come individuate da Pothier sulla base dell'esegesi delle fonti romane dallo stesso condotta; in questi termini, quindi, è assolutamente corretto affermare la connessione evidente tra le fonti romane e la previsione di cui all'art. 1121 C. civ., proprio perchè si tratta di una connessione filtrata dal lavoro interpretativo di Pothier¹²⁴.

5. *Brevi richiami alla dottrina tedesca precodicistica in tema di divieto di alteri stipulari.*

Si è brevemente fatto cenno in precedenza alla presenza, sul territorio tedesco, di una serie di codificazioni anteriori all'entrata in vigore del *Bürgerliches Gesetzbuch* tedesco nel 1900, le quali, influenzate dal pensiero groziano, ammettevano la possibilità di stipulare in favore di un terzo: nello specifico si trattava della codificazione sassone, di quella bavarese e di quella prussiana¹²⁵. Questo rilievo permette di capire, in parte, come prima dell'adozione del codice civile del 1900, sul territorio tedesco non esistesse un'uniformità di fonti legali tale da permettere l'individuazione di una corrente univoca di pensiero in tema di ammissibilità del contratto a favore di terzo e della relativa disciplina applicabile¹²⁶. Si tratta, forse, di un rilievo sin'anche scontato, soprattutto se si considera come la situazione di assenza di uniformità legislativa caratterizzi la storia legislativa di tutta l'Europa precodicistica; assume però particolare rilievo nel contesto tedesco poiché proprio nella Germania preunitaria, così come nell'Italia preunitaria¹²⁷, si è assistito ad un fenomeno di codificazione locale caratterizzata, appunto, dall'adozione di diversi codici civili; in più, deve essere rilevato come, invece, in alcune parti del territorio tedesco, a fronte dell'adozione

¹²⁴ F. Mattioli, *Il contratto a favore di terzo*, cit., pp. 5 – 6 e nt. 25.

¹²⁵ Cfr. p. 241 ntt. 92, 93 e 94 del presente capitolo. Un breve *excursus* su tali codificazioni in relazione al divieto di *alteri stipulari* è consultabile in *Historisch – kritischer Kommentar*, cit., p. 1968 – 1969; in modo più approfondito, accompagnando l'esegesi delle norme all'analisi della loro applicazione nelle Corti, si veda invece 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.

¹²⁶ Cfr. J. Hallebeek, *Contracts for a third-party beneficiary*, cit., p. 30.

¹²⁷ Sulla, quale, si è già premesso, si tornerà brevemente nel capitolo relativo al diritto italiano moderno, p. 393 e ss. del presente elaborato.

di codificazioni di diritto privato proprie, si decise piuttosto di adottare il *Code Civil* francese ovvero di non applicare alcuna forma di diritto codificato, preferendo persistere nella vigenza ed applicazione di un non codificato *ius commune*.

Proprio a causa di questo variegato contesto normativo e legislativo in senso ampio, si assiste, nel corso della metà del XIX secolo, al tentativo, operato dalla cosiddetta *Historische Rechtsschule* fondata da Friedrich Karl von Savigny, di costruire una comune ed uniforme dottrina legale basata sul recupero del diritto romano, parallelamente a quanto era già accaduto in Francia con la pubblicazione del *Traité des obligations* di Pothier¹²⁸. Si assistette, quindi, ad un recupero del rigore espresso dal divieto di *stipulari alteri*, rivolto in particolar modo contro l'ammissibilità della rappresentanza diretta, in quanto, come si è detto a più riprese, la regola romana sanciva non solo il divieto di stipulare a favore di un terzo ma altresì il divieto di stipulare per mezzo di un intermediario, entrambi ora intesi nel senso dell'impossibilità dell'acquisizione da parte del terzo di una propria azione¹²⁹.

In generale, quindi, nonostante esperienze codicistiche più o meno precedenti e di fatto la prassi legale avessero di fatto ammesso (e praticato) in Germania la possibilità di stipulare a favore di terzo, anche nella forma di un contratto a favore di terzo, nel corso del XIX secolo l'*Historische Rechtsschule* si pone invece in una posizione di rigetto e di recupero della tradizionale esegesi del principio secondo cui *alteri stipulari nemo potest* che certamente non andò esente da critiche¹³⁰: ad essere riproposta con forza, infatti, fu la regola tradizionale del divieto di *alteri stipulari*, di contro a certe acquisizioni del diritto consuetudinario tedesco che, parallelamente alle ricordate prime codificazioni

¹²⁸ Per quanto riguarda, invece, l'atteggiamento della dottrina tedesca a partire dall'ultima parte del XVII secolo sino appunto al debutto del XIX secolo si rimanda al lavoro di M. Pennitz, *Ius quaesitum tertio: German Legal Doctrine and Practice*, cit., in *Ius Quaesitum Tertio*, cit., pp. 254 e ss.

¹²⁹ Cfr. per quanto riguarda in particolare il caso della rappresentanza F. K. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, 2, Berlin, 1853, §59, pp. 74 – 84.

¹³⁰ Cfr., a titolo esemplificativo, l'opinione espressa da R. Von Jhering, *Die active Solidarobligation*, in *Jherings Jahrbücher*, 24, 1886, p. 138.

statali ed all'applicazione giurisprudenziale di tali norme, aveva di fatto condotto all'accettazione della figura del terzo beneficiario come destinatario di un'azione nascente dalla *stipulatio alteri*, si concretizzasse essa in una forma di rappresentanza ovvero di contratto a favore di terzo, circostanza, questa, dalla quale la dottrina non avrebbe, invero, più potuto prescindere in virtù del solo ossequio alla tradizione¹³¹.

Diversa è invece la posizione sostenuta dagli esponenti della Pandettistica; secondo tali giuristi, il divieto di *alteri stipulari* non rappresentava una regola che potesse trovare spazio nel moderno diritto tedesco, con la conseguenza che la validità di *stipulationes alteri* in generale, e per quello che attiene il nostro discorso, di contratti in favore di terzo in particolare, non poteva essere certamente limitata alle sole parti contraenti la stipulazione principale, ma lo era altresì nei confronti dei terzi, i quali dalla stipulazione avrebbero acquisito un diritto all'esercizio diretto a tutela della loro posizione. Particolarmente rilevanti, nel movimento, furono le dissertazioni di Bernhard Windscheid e di Joseph Unger, che ora si procederà brevemente ad illustrare.

In relazione al problema della validità delle stipulazioni in favore del terzo, nell'edizione del suo *Lehrbuch des Pandektenrechts* del 1865 Windscheid sostenne una posizione abbastanza equilibrata ed in linea con la tradizione, ritenendo che tali contratti fossero chiaramente validi tra le parti contraenti, ma circoscrivendo l'acquisto del diritto di agire in via giudiziale da parte del terzo a due sole ipotesi particolari, vale a dire in caso di trasferimento della proprietà rurale, in cui l'acquisto da parte del terzo sarebbe stato diretto, e nei contratti di

¹³¹ Come ricorda M. Pennitz, *Ius quaesitum tertio: German Legal Doctrine and Practice*, cit., in *Ius Quaesitum Tertio*, cit., pp. 277 - 279, posizioni parimenti simili a quella appena ricordata e volte al diniego di un'azione diretta a favore del terzo nascente dalla stipulazione in suo favore, basate sulla considerazione che la prestazione promessa al terzo sia innanzitutto un diritto dello stipulante, furono altresì quelle espresse da H. Buchka, *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, Rostock – Schwerin, 1852, pp. 187 e ss., il quale sosteneva la teoria della cessione dell'azione al terzo; O. Bähr, *Über die die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter*, in *Jehring's Jahrbücher*, 6, 1863, pp. 131 – 186, che attribuiva all'azione in questione natura di *actio mandati* estesa in via utile. In senso contrario, negando il ruolo decisivo del diritto romano sulla questione in oggetto, F. Busch, *Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gusten Dritter*, Heidelberg, 1860, pp. 3 ss.

assicurazione sulla vita, in cui il terzo otteneva il diritto ad acquisire un'azione dalla stipulazione in suo favore ma solo a seguito dell'accettazione del beneficio pattuito in suo favore e a lui offerto dal promittente, con il quale avrebbe quindi concluso un contratto¹³². Al di fuori di tali di tali ipotesi era necessario attenersi al diritto romano e alle sue eccezioni¹³³.

Nell'edizione del 1875, però, Windscheid cambiò la propria impostazione, sostenendo come invece già per il diritto consuetudinario germanico fosse ammissibile l'acquisto diretto di un'azione da parte del terzo sulla base della stipulazione in suo favore, in ragione del fatto che il promittente, attraverso la stipulazione contratta con lo stipulante, promettendo in favore del terzo, si sarebbe legato altresì al terzo stesso, che quindi in qualche modo si sarebbe trovato coinvolto nel contratto principale da cui sarebbe nato poi il suo diritto di agire a tutela della propria posizione¹³⁴. È questa quella che viene definita la dottrina del vero contratto in favore di terzo, che troverà definitiva consacrazione nel testo dei §§ 328 e ss. del BGB; la nuova presa di posizione di Windscheid trova la propria giustificazione nella circostanza che, nel tempo intercorso tra l'edizione del 1865 e quella del 1875 del suo *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Joseph Unger aveva sviluppato la propria peculiare dottrina del contratto a favore di terzi¹³⁵.

In un densissimo contributo del 1869¹³⁶, il giurista austriaco sostenne che il terzo acquistasse dalla stipulazione in suo favore un diritto originario *ipso iure*, vale a dire un diritto indipendente rispetto a quelli acquisiti reciprocamente dallo stipulante e dal promittente dal contratto concluso tra di loro, il quale, a ben vedere, era stato concluso esclusivamente per la pattuizione del beneficio in suo

¹³² Cfr. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Düsseldorf, ed. 1865, § 316, pp. 185 e ss.

¹³³ Cfr. M. Pennitz, *Ius quaesitum tertio: German Legal Doctrine and Practice*, cit., in *Ius Quaesitum Tertio*, cit., p. 279.

¹³⁴ Cfr. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Düsseldorf, ed. 1875, § 316 e § 316a, pp. 216 e ss.

¹³⁵ Cfr. M. Pennitz, *Ius quaesitum tertio: German Legal Doctrine and Practice*, cit., in *Ius Quaesitum Tertio*, cit., p. 280.

¹³⁶ Già citato ma che qui si ricorda nuovamente, vale a dire J. Unger, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, in *Jehring's Jahrbücher*, 10, 1869, pp. 1 – 109.

favore¹³⁷:

Der Ausspruch Justinian's in der L. un. C. ut act. [C. 4.11.1] ist für das heutige Recht zu generalisieren: licet a tertio incipere obligationes et actiones. Der Dritte erwirbt somit sein Recht zwar durch den Primus (stipulante), aber nicht von ihm, er ist zwar nicht Promissar, aber Gläubiger.

Per questa ragione lo stipulante non acquisterebbe esso stesso un diritto alla prestazione in favore del terzo, poi da estendersi in via utile ovvero da cedersi al terzo, ma è il terzo ad acquisire un proprio diritto autonomo e diretto: tale diritto nasce immediatamente dalla stipulazione in suo favore e le parti non possono revocarlo¹³⁸. Non vi è traccia, nella teorizzazione di Unger, della necessità della presenza di un interesse pecuniario in capo allo stipulante per la validità della stipulazione in favore del terzo.

Nonostante l'interesse suscitato e il successo ottenuto dall'innovativa configurazione del contratto in favore di terzi e del diritto del terzo proposta da Unger, essa fu comunque oggetto di alcune riflessioni critiche; in particolare, in relazione alla non necessità della presenza di un interesse pecuniario in capo allo stipulante per la validità del *Vertrag zugunsten Dritter*, Friedrich Regelsberger¹³⁹ rilevò come effettivamente, in alcuni casi, lo stipulante stesso avesse interesse all'esecuzione della prestazione in favore del terzo, potendo quindi esso stesso vantare un diritto, diverso da quello del terzo, che necessariamente avrebbe dovuto trovare tutela giudiziale. In questo senso quindi la menzione dell'interesse avrebbe dovuto comparire nella stipulazione conclusa tra stipulante e promittente; inoltre Regelsberger contestò ulteriori aspetti della teoria di Unger, quale la qualificazione generale dell'acquisto del diritto in capo al terzo come immediato ed irrevocabile, sul rilievo che, per esempio, nel contratto di assicurazione sulla vita, la stipulazione del beneficio in capo al terzo può essere revocata o

¹³⁷ Cfr. J. Unger, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, cit., p. 63.

¹³⁸ Cfr. J. Unger, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, cit., pp. 87 – 89.

¹³⁹ Cfr. F. Regelsberger, *Unger, Dr. Joseph, k. k. Hofrath und Professor an der Universität Wien, die Verträge zu Gunsten Dritter, in seinen und Jhering's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. X. Abh. 1 und im Sonderabdruck, Jena 1869* (recensione), in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 11, 1869, pp. 559 – 568.

modificata, e la scarsa attenzione al rapporto tra lo stipulante – promittente¹⁴⁰.

La ricostruzione proposta da Unger, fondata non solo sulla considerazione delle fonti romane ma anche su tutto quel nucleo di esperienze legislative e giurisprudenziali maturate dal diritto tedesco intermedio, ottenne ampio riconoscimento dottrinale e divenne di fatto la dottrina prevalente in tema di contratti a favore del terzo, al punto che la disciplina sul punto recepita poi nel BGB risulta essere stata largamente fondata su di essa; a norma, infatti, dei §§ 328 BGB e ss., l'acquisto del diritto da parte del terzo è diretto, senza necessità di accettazione. Parallelamente, come si vedrà in seguito in relazione all'odierna disciplina tedesca in relazione al soggetto terzo rispetto al contratto¹⁴¹, il BGB non recepisce in alcuna norma il problema dogmatico della relatività degli effetti del contratto, il quale, in altre codificazioni, su tutte in quella francese, ha rappresentato un grosso ostacolo alla configurazione di una disciplina compiuta del contratto a favore di terzi al di là degli stretti limiti imposti dal recepimento e dall'adesione al formalismo della regola romana; il problema, invece, nel BGB, non presenta un'autonoma configurazione normativa e di fatto non limita né il legislatore né l'interprete nell'individuazione, come vedremo, di soluzioni peculiari di tutela della posizione del terzo sul piano della responsabilità contrattuale¹⁴².

6. *La sentenza del 20 gennaio 1855 dell'Oberappellationsgericht di Lübeck e il riconoscimento formale della Drittschadensliquidation in diritto tedesco*

Nel capitolo dedicato allo studio della questione del terzo in diritto romano si era già fatto riferimento al tentativo, non certamente del tutto nuovo e per certi versi tipico in seno alla dottrina tedesca sin appunto, dal 1800, di ricostruire già in diritto romano una forma di operatività dell'istituto della *Drittschadensliquidation*, vale a dire di quella forma di liquidazione del danno per

¹⁴⁰ Rilievo, quest'ultimo, che trova accoglimento altresì da parte di una certa parte della dottrina successiva (C. Gareis, H. Siegel), secondo quanto ricordato da M. Pennitz, *Ius quaesitum tertio: German Legal Doctrine and Practice*, cit., in *Ius Quaesitum Tertio*, cit., pp. 281 – 283.

¹⁴¹ Cfr. parte seconda, capitolo terzo, pp. 331 e ss.

¹⁴² Come nelle ipotesi in cui trova configurazione il *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, sul quale si rimanda alla parte seconda, capitolo terzo, pp. 355 e ss. del presente studio.

conto di un terzo configurata per la prima volta ad opera della dottrina e riconosciuta poi dalla giurisprudenza tedesca nel corso del XIX secolo¹⁴³; il problema all'origine della costruzione di una forma di liquidazione del danno di questo tipo risiede nella circostanza che, in alcuni casi, un terzo possa subire un danno originato da un contratto di cui lo stesso non è parte e rispetto al quale, quindi, potrebbe non vedersi riconosciuto il dovuto risarcimento. A prescindere dalle risultanze dell'analisi condotta in precedenza relativamente all'istituto, se e come contestualizzato in diritto romano, e a prescindere altresì dal rilievo di questo istituto alla luce dell'odierno sistema privatistico tedesco, che sarà oggetto di specifico approfondimento¹⁴⁴, è opportuno procedere qui brevemente all'analisi della *ratio* e dei presupposti giuridici alla base dell'operatività di una forma di liquidazione per conto del terzo, così come individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca del XIX secolo.

Per quanto, formalmente, il precedente storico sul quale si fonda l'operatività dell'istituto della *Drittschadensliquidation* sia considerato, dalla dottrina moderna, la sentenza dell'OAG di Lübeck del 20 gennaio 1855, il problema della configurazione di una forma di risarcimento per il terzo dei danni dallo stesso subiti a causa della violazione di un contratto di cui lo stesso, però non era parte, si era presentato alla giurisprudenza tedesca già prima del 1855, sempre relativamente a casi simili a quello che sarebbe stato poi oggetto della decisione della Corte d'Appello di Lubeca; i casi in questione, infatti, rientrano nell'ambito della violazione di un contratto di spedizione.

Una prima sentenza, pronunciata anch'essa dall'*Oberappellationsgericht* di Lübeck, del 1828¹⁴⁵, decideva una fattispecie riguardante la mancata consegna, da parte del vettore, della merce oggetto di un contratto di spedizione; in questo caso,

¹⁴³ Cfr. parte prima, capitolo terzo, pp. 166 e ss. del presente studio.

¹⁴⁴ Cfr. parte seconda, cap. terzo, pp. 377 e ss del presente studio.

¹⁴⁵ In H. Thöl, *Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der vier freien städte Deutschlands*, Göttingen, 1857, n. 15 pp. 20 – 22; Su tale pronuncia si veda I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. pp. 4 – 5, e C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., pp. 389 - 390. In generale sul lavoro delle corti di Lubeca, Amburgo, Francoforte e Brema, cfr. invece P. Oestmann, *The Unification of Law via the Institution of Jurisdiction in the 19th Century: Commercial Law before the High Court of Appeal of the Four Free Cities of Germany*, in *Juridica International*, 16, 2009, pp. 224-230.

nonostante i danni fossero stati materialmente subiti dal destinatario della merce, nonché mandante, questi vennero liquidati allo spedizioniere, mandatario e nell'ipotesi in oggetto senza rappresentanza, sulla base della motivazione secondo cui nel caso di specie mandante e mandatario fossero da considerarsi *so sehr als Eins*, vale a dire una "cosa sola" in relazione ai diritti nascenti dal contratto concluso, ragione in virtù della quale la Corte aveva riconosciuto nello spedizioniere e mandatario il medesimo interesse del mandante ad agire contro il vettore¹⁴⁶.

L'interesse del mandatario ad agire risultava altresì dal fatto che lo stesso soggetto era portatore di un interesse proprio a che il suo mandante ottenesse il risarcimento del danno per suo tramite, rischiando altrimenti che lo stesso si potesse rivalere nei suoi confronti¹⁴⁷. Non si tratta, come si vedrà, di una pronuncia che contiene in sé già il meccanismo liquidatorio proprio della *Drittschadensliquidation*, ma di fatto introduceva per la prima volta quanto meno la generale idea che un risarcimento del danno potesse essere chiesto e concesso anche qualora l'unico soggetto legittimato ad agire (il mandatario) non fosse portatore di un interesse diretto ad ottenere quel risarcimento, in quanto lui stesso non aveva di fatto subito un danno; è questa la *ratio* alla base del riconoscimento dell'interesse diretto in capo al mandatario, oppure dell'idea di *unicum* tra la posizione del mandante e quella del mandatario.

In una successiva sentenza del 1837 pronunciata dall'OAG di Wolfenbüttel¹⁴⁸, invece, la Corte assunse una posizione più compiuta, statuendo

¹⁴⁶ Perplesso, rispetto a questa ricostruzione che farebbe propendere per un inquadramento del caso di specie nell'istituto della rappresentanza, C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 390.

¹⁴⁷ Cfr. H. Thöl, *Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts*, cit., n. 15 p. 21: "dasjenige, was... Committenten aus dem fraglichen Geschäft noch zukommt, von den Beklagten zu erwirken". In una sentenza successiva, pronunciata sempre dall'OAG di Lübeck nel 1831, in H. Thöl, *Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts* cit., n. 13, pp. 17 e ss., la Corte, riprendendo l'argomento dell'interesse, aveva riconosciuto efficacia ad un contratto di assicurazione concluso a proprio nome ma per conto di un terzo da un commissionario; tale soggetto, avendo l'obbligo di concludere un contratto di assicurazione per il suo cliente, risultava per la Corte portatore di un interesse indiretto.

¹⁴⁸ OAG Wolfenbüttel, 24.01. 1837 in *Seuffert's Archiv*, 14, 1861, sulla quale si veda altresì I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. pp. 5 – 7 e C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 390.

relativamente ad un caso in cui, a seguito di compravendita di merci con mandato al venditore di spedirle al compratore, tali merci erano state perse dal vettore; in tale occasione, la Corte d'Appello adita liquidò i danni subiti dal mandante e destinatario della merce comprata per suo conto, nella misura del valore delle merci corrispondente al prezzo di vendita, in favore dello spedizioniere e venditore che aveva esercitato l'azione a lui spettante. La situazione concreta, come si può ben notare, può essere schematizzata come una liquidazione del danno chiesta e concessa ad un soggetto che aveva sì la legittimazione ad agire, ma di fatto non era un portatore d'interesse poiché non aveva di fatto subito alcun danno; la motivazione della sentenza infatti fu ricondotta dalla Corte alla circostanza secondo la quale il contratto produce effetti, e quindi azione, solo tra le parti e quindi solo il venditore avrebbe dovuto essere considerato come legittimato a far valere tutte le pretese nascenti dal contratto. Non è presente, in tale motivazione, il riferimento specifico alla situazione triangolare che si viene a creare nella forma poi compiuta di *Drittschadensliquidation*, ove la liquidazione a favore del legittimato avviene espressamente a favore del terzo (danneggiato) e portatore di interesse ad agire; tale circostanza rimase qui sottintesa e ad essere liquidato fu il venditore e spedizioniere legittimato, solo implicitamente nell'interesse del terzo.

In questo senso, quindi, nonostante le sentenze appena ricordate contenessero in sé l'idea dello schema della *Drittschadensliquidation* come troverà sviluppo, in realtà non ne rappresentano un precedente proprio, ma soltanto una tappa verso una più compiuta rifinitura di quel meccanismo volto a liquidare espressamente il danno nell'interesse del terzo danneggiato ma non legittimato all'esercizio dell'azione; è questo, infatti, il punto d'arrivo della Corte d'Appello di Lubeca nel decidere il caso del capitano Vos con la sentenza del 1855¹⁴⁹.

Il caso di specie, a cui si è brevemente accennato nel capitolo precedente¹⁵⁰, aveva ad oggetto la spedizione di una partita di sughero ordinata dal titolare di un sugherificio a Delmenhorst, nei pressi di Brema, il sig. B. H. Lürssen, il quale

¹⁴⁹ Si tratta della più volte menzionata OAG Lübeck, 20. 01. 1855 in *Seuffert's Archiv*, 11, 1857.

¹⁵⁰ Cfr. parte prima, capitolo terzo, pp. 167 e ss.

aveva dato mandato alla stessa società da cui aveva acquisito il sughero, la Feuerheerd & Comp. di Oporto, di fargliela pervenire presso il proprio stabilimento. Non avendo potuto trovare disponibilità su alcuna nave diretta a Brema, la Feuerheerd & Comp. aveva optato per imbarcare il sughero su una nave diretta ad Amburgo, la *Betje Pronk* del capitano Vos. Poiché era prevedibile che, a causa del freddo dell'inverno tedesco, il fiume si sarebbe congelato e la nave avrebbe dovuto fare tappa a Cuxhaven, la Feuerheerd & Comp. decideva di far aggiungere alla polizza di carico la clausola secondo la quale, qualora il capitano fosse stato costretto ad approdare a Cuxhaven invece che ad Amburgo, il sughero avrebbe potuto essere sbarcato direttamente a Cuxhaven contro il pagamento del nolo¹⁵¹. La polizza di carico fu spedita poi dalla Feuerheerd & Comp. ai propri corrispondenti di Amburgo, Bibier & Söhne, col mandato di ritirare la merce eventualmente sbarcata a Cuxhaven e di consegnarla al sig. Lürssen.

Quanto previsto dalla Feuerheerd & Comp. nell'aggiungere la predetta clausola alla polizza di carico effettivamente accadde e, come pattuito, Bibier & Söhne chiesero al capitano Vos la consegna della partita di sughero, incontrando però il suo rifiuto; secondo il capitano, infatti, la clausola in questione gli attribuiva la facoltà ma non l'obbligo di consegnare la merce a Cuxhaven, facoltà, quest'ultima, da esercitarsi sulla base di una propria valutazione di opportunità: nel caso specifico, il capitano trasportava anche un carico di vino stivato assieme al sughero, e se avesse aperto i boccaporti della nave, il gelo avrebbe sicuramente compromesso il carico. La consegna definitiva della merce avvenne quindi ad Amburgo e non a Cuxhaven, con la conseguenza che duecento operai del sig. Lürssen rimasero inattivi per il tempo necessario al trasporto del sughero da Cuxhaven ad Amburgo, comportando quindi un danno allo stesso nonché un aggravio di spesa dato dal fatto che il carico fu trasportata via terra non da Cuxhaven a Delmenhorst ma bensì da Amburgo a Delmenhorst.

Il danno e le maggiori spese furono chieste in giudizio dalla Bibier & Söhne al capitano Vos in qualità di armatore e vettore. La difesa del capitano era basata,

¹⁵¹ La clausola letteralmente riportava: *Sollte der Capitain in Cuxhaven einlaufen, so kann das Korkholz dort gegen Erlegung der Fracht gelöscht werden.* Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 1.

oltre che sulla lettera della clausola sopra menzionata, sul fatto che, in primo luogo, la società attrice nel procedimento contro lo stesso non aveva subito alcun danno e, in secondo luogo, che egli non aveva stipulato alcun contratto direttamente con il reale danneggiato, ovverosia il sig. Lürssen. Nonostante che l'Handelsgericht di Amburgo, quale corte di prima istanza, avesse dato ragione al convenuto capitano Vos, tanto l'Obergericht di Amburgo in secondo grado quanto l'Oberappellationsgericht di Lubeca in ultima istanza davano invece ragione alla parte attrice condannando il capitano al risarcimento dei danni in favore della Bibier & Söhne.

La ragione alla base della condanna del capitano al risarcimento dei danni nei confronti della compagnia attrice riposava su due ordini di motivazioni: da un lato, la clausola prevista nella polizza di carico doveva essere interpretata nel senso che la consegna del carico a Cuxhaven rappresentava un obbligo in capo allo stesso capitano e non una semplice facoltà a sua discrezione, a prescindere dai danni che l'apertura del boccaporto avrebbe potuto causare all'altra merce caricata in stiva, in quanto il possibile gelo del fiume a Cuxhaven era stata la ragione stessa della previsione della clausola. Dall'altro lato, gli argomenti difensivi principali opposti dalla difesa del capitano, vale a dire la mancanza di legittimazione ad agire in capo alla Bibier & Söhne¹⁵² e il fatto di non essere legato da alcun contratto con il danneggiato sig. Lürssen, non furono considerati decisivi. In realtà, come ha posto ben in chiaro Carlo Augusto Cannata, il presupposto della legittimazione ad agire, nel caso concreto, di Bibier & Söhne per i danni subiti dal sig. Lürssen discende dalla legittimazione della Feuerheerd & Comp., la quale aveva contrattato con il capitano in nome e per conto del sig. Lürssen; la legittimazione in capo alla Bibier & Söhne discende dalla loro menzione nella polizza di carico quali consegnatari designati e in quanto portatori della polizza stessa.

Oltre che su ragioni empiricamente oggettive di equità ed opportunità, essendo il campo degli scambi commerciali ambito particolare nel quale accade di frequente che dietro a contratti di commissione, di scambio o di nolo siano in

¹⁵² Come chiarisce C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 388, nota n. 3, Cfr. in questo senso altresì I. Reichard, *Die Frage des Drittschadenersatzes*, cit. p. 3 – 4.

realtà nascosti interessi di terzi che non troverebbero, ingiustamente, tutela in applicazione del principio in base al quale il debitore inadempiente è tenuto al risarcimento nei confronti della sola controparte contrattuale, la decisione dell'Oberappellationsgericht di Lubeca di confermare la condanna del capitano Vos al risarcimento dei danni traeva fondamento altresì in due testi del Digesto, vale a dire Ulpiano, 30 *ad edictum*, D. 16.3.1.11 ed Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.8.10. Si era già fatto brevemente menzione di tali testi per sottolineare come se ne sia esclusa, in diritto romano, la riconducibilità ad un presunto meccanismo di liquidazione del danno per conto del terzo¹⁵³; qui il tribunale li pone a fondamento di un ragionamento secondo il quale, se il mandatario deve rispondere verso il mandante per l'intero interesse che quest'ultimo abbia nei confronti del negozio concluso in suo nome e in suo conto dal mandatario stesso, allora quest'ultimo deve essere messo nelle condizioni di poter a sua volta ottenere il risarcimento dalla propria controparte contrattuale, in modo da poter poi cedere l'azione corrispettiva al mandante. Il mandatario, quindi, nei confronti della sua controparte, può far valere non solo il suo interesse, ma anche quello del suo mandante, possibilità questa insita nell'obbligo esistente in capo al mandatario di rispondere verso il proprio mandante, appunto, per il negozio concluso in suo nome e per suo conto¹⁵⁴.

In sede di valutazione di merito della sentenza in esame, pare interessante notare come, mentre Ingo Reichard¹⁵⁵ pare giudicare la decisione dell'Oberappellationsgericht di Lubeca giusta anche nella sostanza, Carlo Augusto Cannata¹⁵⁶ invece ritenga che la condanna del capitano Vos non appaia corretta non, appunto, secondo un profilo formale, ma proprio sotto un profilo sostanziale, avendo la Corte interpretato rigidamente la clausola aggiunta alla polizza di carico nel senso di leggerla un obbligo in capo al capitano alla consegna delle merci, quando invece la stessa, con la formulazione "*kann das Korkholz dort gegen Erlegung der Fracht gelöscht werden*", lasciava libertà di

¹⁵³ Cfr. parte prima, capitolo terzo, p. 196, nt. 232

¹⁵⁴ Cfr. C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 389 e I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. pp. 2 – 4.

¹⁵⁵ I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 2.

¹⁵⁶ C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 390.

decisione circa l'opportunità o meno di consegnare la merce a fronte del saldo del nolo. Viste le circostanze, ritiene l'autore, la decisione presa dal capitano era stata corretta, dovendo egli portare a destinazione integro altresì il carico di vino; pare un ragionamento a cui aderire completamente, anche se in sostanza fu proprio questa probabile ingiustizia sostanziale ad aver permesso d'individuare un precedente forte alla teoria della *Drittschadensliquidation*.

È evidente come la sentenza in questione, a differenza delle precedenti sopra individuate, configuri in modo più compiuto il funzionamento e la *ratio* del meccanismo di liquidazione del terzo, poiché, a differenza della sentenza del 1828, non si basa su una finzione giuridica né, a differenza di quella del 1837, si limita a sottolineare l'esistenza del problema senza adottare però una soluzione concreta, ma per la prima volta pone le basi dogmatiche per quella che sarà poi l'elaborazione compiuta della teoria della *Drittschadensliquidation*. Una tale differenza a livello di soluzione concreta trova parzialmente giustificazione nel fatto che Friedrich Mommsen, nel 1853, abbozzò per la prima volta lo schema del risarcimento del danno del terzo¹⁵⁷. Non si tratta ancora della formulazione definitiva del meccanismo della *Drittschadensliquidation* che poi ha trovato applicazione, sostanzialmente, sino ad oggi e che coincide con la soluzione elaborata dal consigliere della Corte d'Appello di Lubeca Ernst Zimmermann nella redazione della sentenza del 1855 e che in seguito avrebbe trovato compiuta redazione in lavoro dallo stesso pubblicato nel 1858¹⁵⁸; è però interessante notare come Friedrich Mommsen, nell'elaborare il proprio schema, non si sia ricollegato all'ipotesi del mandato ma bensì a quella della cosiddetta *obligatorische Gefahrentlastung* e, in sostanza, alla teoria del cosiddetto *Interesse des Gläubigers*. Qualora un soggetto fosse creditore di una prestazione nei confronti di un altro soggetto, prestazione per la cui esecuzione fosse divenuta impossibile per un fatto illecito del terzo danneggiante, Mommsen ammetteva che il debitore inadempiente potesse agire nei confronti del terzo danneggiante chiedendo non solo la liquidazione dei propri eventuali danni, *Interessen*, appunto, secondo la

¹⁵⁷ Cfr. Fr. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht, I, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, pp. 35 ss.

¹⁵⁸ Cfr. E. Zimmermann, *Ueber die Verbindlichkeit Desjenigen*, cit.

dottrina tedesca, ma altresì chiedendo la liquidazione dei danni del proprio creditore, i cosiddetti *Interessen des Gläubigers*¹⁵⁹; scopo di tale soluzione era quello di far gravare il danno causato dal terzo non sul creditore, ma bensì sul terzo che lo aveva causato, con la conseguenza che il debitore, nonostante l'impossibilità sopravvenuta, sarebbe rimasto tenuto per il suo inadempimento nei confronti del creditore; ma per permettergli di liberarsi nei confronti dello stesso si ammetteva che potesse cedere al proprio creditore l'azione contro il terzo.

In questo modo, quindi, nonostante il creditore non potesse teoricamente agire contro il terzo e il debitore non avesse interesse ad agire contro quest'ultimo per i danni subiti dal suo creditore, non essendo però liberato dalla propria obbligazione per il fatto dannoso sopravvenuto del terzo, si sarebbe concesso al debitore stesso di agire contro il terzo anche per il proprio creditore che, a vantaggio dalla cessione dell'azione, avrebbe potuto chiedere il risarcimento dei danni dallo stesso effettivamente subiti¹⁶⁰:

Wenn durch die rechtswidrige Handlung eines Dritten die Erfüllung einer Obligation dem Schuldner unmöglich geworden ist, so kann derselbe, insofern den allgemeinen Rechtsregeln zufolge ihm die Entschädigungsklage zusteht, mit dieser neben dem etwaigen eigenen Interesse auch die Erstattung des Interesse des Gläubigers verlagen, damit der Schaden nicht den Letzteren, sondern den Dritten, welcher ihn veranlaßt hat, treffe. Demzufolge haftet zwar der Schuldner trotz der Unmöglichkeit der Leistung; aus dem Zweck der Bestimmung folgt aber, daß er dadurch in keine schlechtere Lage gebracht werden soll; er haftet mithin nicht, wenn der Dritte insolvent ist, und kann auch durch Zession seiner Klage gegen den Dritten sich von seiner Verpflichtung befreien.

A fondamento di tale meccanismo, Mommsen adottava i testi del Digesto Paolo, 19 *ad edictum*, D. 11.3.14.7; Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.8.3; Paolo, 32 *ad edictum*, D. 19.2.7; Trifonino, 9 *disputationum*, D. 19.2.8; Pomponio, 20 *epistolarum*, D. 26.7.61; Pomponio, 29 *ad Sabinum*, D. 26.9.1 e Papiniano, 12 *quaestionum*, D. 47.2.81(80) pr.¹⁶¹. Si tratta di testi diversi da quelli proposti da

¹⁵⁹ Sulla cosiddetta *obligatorische Gefahrentlastung* e sul dogma del *Gläubigerinteresse* in relazione al tema che qui ci occupa si veda *Historisch – kritischer Kommentar*, cit., pp. 1271 – 1274.

¹⁶⁰ Cfr. Fr. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, cit., p. 36.

¹⁶¹ Si è già fatto riferimento alla circostanza per cui tali testi, letti nel loro operare in diritto

Zimmerman per la soluzione del caso che vide coinvolto il capitano Vos, ed ai quali si è fatto riferimento poco sopra, che prescindono dall'operatività di quel sistema di rappresentanza indiretta che il consigliere della Corte d'Appello di Lubeca pose invece a fondamento giuridico del riconoscimento del sig. Lürssen a vedersi risarciti i danni causati dalla condotta tenuta dal capitano Vos. Quello che Zimmerman riteneva di poter fondare, ricorrendo all'operatività della rappresentanza indiretta, è una regola generale di riparazione dei danni subiti dal terzo a causa di un fenomeno esterno rispetto al contratto dallo stesso concluso nel caso in cui il danno sia stato in concreto dal terzo subito, non limitando, quindi, il risarcimento del danno a sole ipotesi eccezionali. Leggiamo questo passaggio¹⁶²:

Dabei soll es auf die Kenntnis des Vertragspartners von dem Drittbezug nicht ankommen, was Zimmermann mit dem Rechtsinstitut der mittelbaren Stellvertretung begründet: so lange es erlaubt und nicht ganz außer Übung gekommen ist, daß Jemand der Besorgung fremder Angelegenheiten sich unterzieht, so lange kann auch das Verhältniß, in dem er zu dem Geschäftsherrn steht, und durch welches der Schaden in concreto vermittelt wird, nicht als ein Ereigniß ganz außerordentlicher Art oder als casus betrachtet werden.

Tra le due, è l'elaborazione di Zimmermann incentratata sulla rappresentanza indiretta a godere di maggior successo, consacrata altresì dall'adesione che alla stessa dichiarò Bernhard Windscheid sin dall'edizione del 1865 del suo *Lehrbuch des Pandektenrechts*, il quale, basandosi su Nerazio, 2 *membranarum*, D. 2.11.14 ed Ulpiano, 77 *ad edictum*, D. 45.1.81.1¹⁶³, che, a suo avviso, costituivano un diretto riconoscimento del dogma della *Drittschadensliquidation* e con riferimento al lavoro di Zimmerman¹⁶⁴, enunciava la regola generale secondo cui¹⁶⁵

romano, non potevano configurare alcun sistema di primigenia liquidazione del danno a favore di terzo, come coerentemente ha rilevato lo stesso I. Reichard; cfr. sul punto parte prima, capitolo terzo, p. 169 e nota n. 170 del presente studio.

¹⁶² Cfr. E. Zimmermann, *Über die Verbindlichkeit*, cit., p. 81.

¹⁶³ Sulla proposta esegetica dei quali in diritto romano si veda parte prima, capitolo terzo, pp. 182 e ss. del presente elaborato.

¹⁶⁴ Cfr. in questo senso B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, cit., ed. 1865, § 258, p. 33 e nt. 19 in fondo per entrambi i riferimenti.

¹⁶⁵ Cfr. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, cit., ed. 1865, § 258, p. 33 e nt. 19 e B.

Der Verpflichtete muß Ersatz geben für den Nachteil, welcher in der Vermögenslage des Gläubigers in Folge einer gewissen Thatsache eingetreten ist. [...]. Hat sich aber der Gläubiger im Interesse eines andern zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interessensforderung der von diesem andern erlittene Nachteil. Nt. 19: Dadurch, daß er im Interesse eines andern contrahirt, macht er dessen Interesse zu dem seinigen (Beispiel: ein Verkäufer von Waaren schließt einen Frachtvertrag ab über den Transport der Waaren an den entfernt wohnenden Käufer).

È possibile, quindi, che un soggetto sia creditore non di una prestazione propria, ma di una prestazione nell'interesse di un terzo; in questo caso il danno subito da tale terzo costituisce il contenuto della pretesa al risarcimento del creditore. Solo per il fatto di aver concluso un contratto nell'interesse di un terzo, il creditore fa dell'interesse del terzo stesso un interesse proprio; a differenza di Mommsen, e coerentemente con Zimmerman, Windscheid individua nella conclusione del contratto nell'interesse del terzo la ragione giustificativa della pretesa risarcitoria.

È questa, di fatto ancora oggi, la *ratio* sottesa all'operare del meccanismo della *Drittschadensliquidation* nei casi particolari in cui essa trova riconoscimento, rendendo di fatto possibile liquidare il danno in favore di un soggetto che, pur avendo oggettivamente subito un pregiudizio, non avrebbe titolo a chiederne il risarcimento né a titolo di responsabilità contrattuale né a titolo di responsabilità extracontrattuale, stante, come si dirà, la rigida tipizzazione in diritto tedesco dei casi ammessi di operatività della responsabilità aquiliana¹⁶⁶.

In sede di redazione del BGB venne discussa la possibilità di introdurre una norma generale in tema di liquidazione per conto del terzo ispirata alla dottrina in questione; questa avrebbe dovuto essere inserita dopo il § 253 della redazione definitiva del codice, in tema di danno morale¹⁶⁷; la norma avrebbe previsto l'estensione dell'obbligo di risarcimento del danno altresì nei confronti dei danni

Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, cit., ed. 1875, § 258, p. 65 e nt. 19. Tale concettualizzazione di cui al § 258 (*der Inhalt der Interessensleistung bestimmt sich näher durch folgende Regeln*), rimane inalterata altresì nelle edizioni ancora successive a quella del 1875.

¹⁶⁶ Cfr. di seguito capitolo terzo, pp. 380 e ss. del presente elaborato.

¹⁶⁷ Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 11 e nt. 59 e p. 230, ntt. 29 – 30.

subiti dal terzo in capo al soggetto legittimato alla richiesta risarcitoria, il quale, oltre al risarcimento del proprio danno, sarebbe stato legittimato anche per la richiesta di risarcimento del danno del terzo. La norma era così concepita¹⁶⁸:

Ist durch den die Ersatzpflicht begründenden Umstand einem Dritte von dem Ersatzberechtigten Abtretung des Ersatzanspruchs zu verlangen berechtigt ist, so erstreckt sich die Ersatzpflicht auf den dem Dritten entstandenen Schaden.

La norma era basata su un testo di Ulpiano:

Ulpiano, 31 *ad edictum*, D. 17.1.8.3: *Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest): quamquam enim volgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest.*

Parimenti ispirata allo stesso testo avrebbe dovuto essere una norma di carattere particolare in tema di sostituzione da parte di un terzo nell'esecuzione del mandato. In tale ipotesi, il mandatario poteva esser liberato in relazione ai danni subiti dal mandante per fatto del terzo sostituto (a cui il mandante aveva acconsentito) cedendo al mandante la sua azione contro lo stesso terzo, con lo scopo di assicurare al mandatario nella sua azione contro il terzo sostituto la liquidazione dei danni del mandante, salvo il caso non si profilasse un'ipotesi di colpa in capo al mandatario stesso. La norma era stata così concepita¹⁶⁹:

Ist dem Beauftragen eine solche Übertragung gestattet, so wird er, wenn ihm in bezug auf dieselbe ein Verschulden nicht zur Last fällt, von Verantwortlichkeit für Zuwiderhandlungen des Dritten dadurch frei, daß er dem Auftraggeber seinen Ersatzanspruch gegen den Dritten überträgt.

Le ragioni addotte per il rifiuto furono sostanzialmente legate al rapporto

¹⁶⁸ Cfr. *Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (A. Achilles, A. Gebhard, P. Spahn), *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1: *Allgemeiner Theil*, Berlin, 1897, p. 298 = B. Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2: *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899, p. 517.

¹⁶⁹ Si veda a tale proposito *Kommission cit.*, *Protokolle*, cit., 2: *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 354 = B. Mugdan, *Die gesammten Materialien*, cit., 2, p. 943.

della dottrina e della giurisprudenza sulla dogmatica *in fieri* dell'istituto in questione¹⁷⁰; se, da un lato, si ritenne opportuno non interferire prematuramente nel lavoro esegetico che la dottrina stava conducendo, senza essere ancora approdata a risultati che si potessero considerare definitivi, dall'altro senza una norma espressa si sarebbe permesso alla giurisprudenza di continuare nella propria opera interpretativa ed applicativa su casi concreti valutando di volta in volta le specifiche ragioni di equità e tutela alla base di ogni singola decisione¹⁷¹. I compilatori della seconda commissione, quindi, non potendo avvalersi di risultati scientifici definitivi, decisero di non assumere una posizione definitiva sulla questione dell'opportunità di prevedere una forma codificata di liquidazione del danno per conto del terzo e, consapevoli dei limiti che tale istituto ancora presentava sia nella prassi applicativa sia a livello esegetico, ritennero che, per il momento, il § 823 BGB in tema di responsabilità da fatto illecito poteva ritenersi sufficiente¹⁷².

Come ha rilevato Cannata¹⁷³, il punto controverso riguardava l'opportunità di gravare il danneggiante del risarcimento dei danni causati al terzo quando questi si fossero rivelati maggiori di quelli che il suo stesso comportamento avrebbe potuto causare in capo alla sua controparte contrattuale e, parimenti, la realizzazione in capo a quest'ultima di un ingiustificato arricchimento ove questa poi non cedesse al terzo l'azione che era legittimato ad esercitare in suo favore.

Si tratta di un atteggiamento, questo, che trova riscontro in relazione al dibattito sull'introduzione nella codificazione tedesca di ulteriori regole generali, tra cui quella relativa al principio di relatività degli effetti contrattuali, che si risolse nella mancata previsione di una regola generale vincolante, sempre nel rispetto di un dibattito dottrinale non ancora compiuto e della possibilità, legata alla libertà contrattuale delle parti, di poter definire negozialmente i propri interessi senza limiti dettati da norme di principio così stringenti¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Cfr. sul punto I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit. p. 12 e nota n. 62 e p. 231, note nn. 31 – 34.

¹⁷¹ Cfr. C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 392.

¹⁷² Cfr. I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., p. 12.

¹⁷³ C. A. Cannata, *Le disavventure*, cit., p. 393.

¹⁷⁴ Cfr. di seguito capitolo terzo, p. 332 e ss., in particolare nt. 4.

Il sistema di liquidazione del danno per conto del terzo, così come emerso dalla sentenza dell'Oberappellationsgericht di Lubeca e teorizzato da Zimmermann prima e recepito da Windscheid poi, pur non avendo trovato recepimento nel testo definitivo del BGB è rimasto sino ai giorni nella prassi applicativa delle Corti, quanto meno nella sua formulazione teorica generale¹⁷⁵; chiaramente, nel corso dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale di cui è stata oggetto sino ai giorni nostri, alcuni elementi nuovi e casistiche particolari si sono aggiunte a parziale completamento della disciplina della *Drittschadensliquidation*, ma di fatto la sostanza dell'istituto è quella che ha tratto origine dalla condanna (sfortunata) del capitano Vos¹⁷⁶.

7. Conclusioni

Il lungo *excursus* appena condotto ha messo in luce, abbastanza chiaramente, la complessità delle questioni legate alla ricezione del principio romano del divieto di *alteri stipulari* e, conseguentemente, all'individuazione di uno spazio di autonomia per l'interesse del terzo; tale complessità, come si è già avuto modo di considerare nella premessa al presente capitolo, è data in primo luogo dal numero cospicuo delle fonti, delle norme e degli autori rilevanti e dall'ampio margine temporale considerato. Ma queste non sono di certo le uniche ragioni; in particolare, per quanto attiene alla situazione sino almeno al XVIII secolo, la varietà del discorso giuridico e delle posizioni assunte rispetto alle fonti romane, unitamente al moltiplicarsi dei singoli casi specifici che necessitavano di

¹⁷⁵ Per quanto riguarda la dottrina tedesca immediatamente successiva all'entrata in vigore del BGB in tema di *Drittschadensliquidation* si rimanda a I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., pp. 12 – 30 e note corrispondenti. Si ricorda qui, soltanto a titolo esemplificativo e in ragione di una certa importanza dottrinale dalla stessa rivestita, la concezione che E. Rabel, *Unmöglichkeit der Leistung: Eine kritische Studie zum bürgerlichen Gesetzbuch (Sonderdruck aus der E.I. Becker zum 16. August 1907 gewidmeten Festschrift: Aus römischem und bürgerlichem Recht)*, Weimar, 1907, pp. 1 – 67, formulata in applicazione del concetto di *perpetuatio obligationis* e su ispirazione della dottrina di A. Tuhr, *Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen. Überarbeitung eines am 17. März 1897 in der Wiener juristischen Gesellschaft gehaltenen Vortrags*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 25, 1898, pp. 529 – 581, in tema di *actio inanis*.

¹⁷⁶ Sulla disciplina così come oggi applicata dalle Corti tedesche in tema di *Drittschadensliquidation* e per ulteriori rilievi si veda di seguito il capitolo terzo, pp. 377 e ss.

apposita soluzione, hanno dimostrato come, se da un lato la regola di origine giustiniana secondo cui *alteri stipulari nemo potest* aveva valore di principio generale a divieto di stipulazioni che coinvolgessero, quanto agli effetti, dei soggetti che non vi avevano preso parte, dall'altro la circostanza secondo cui in tale divieto venivano ricomprese tutte le forme di acquisizione al terzo, rende piuttosto complesso individuare lo spazio di autonomia della categoria del contratto a favore di terzo, in particolare nella forma propria, rispetto a quello, per esempio, della rappresentanza.

Nonostante ciò, seppur una vera e propria dogmatica del contratto a favore di terzo come fattispecie generale ed astratta non si possa riconoscere almeno sino alle codificazioni, si comincia già ad intravedere, in specie nelle valutazioni ricostruttive della Glossa e dei commentatori, un primo tentativo di configurazione del modo di costituzione ed operatività delle *stipulationes alteri* e, parimenti, di riconoscimento, nell'ambito di tale generale categoria, di una distinzione più precisa tra la struttura della rappresentanza e quella del contratto a favore di terzi; in particolare, è la dinamica tra i *verba promissiva* ed *obligativa* da un lato e i *verba executiva* dall'altro, a permettere la composizione di differenti assetti giuridici tra le parti. In questo senso, quindi, qualora i *verba executiva* fossero diretti verso il terzo beneficiario, mentre i *verba promissiva* avessero menzionato il solo stipulante, allora la struttura sarebbe stata quella di un contratto a favore di terzo, generalmente vietato dal principio secondo cui *alteri stipulari nemo potest* ma eccezionalmente fatto salvo dalla presenza dell'interesse pecuniariamente rilevante del terzo; qualora, invece, sia i *verba promissiva* ed *obligativa* sia i *verba executiva* fossero stati diretti entrambi alla persona dello stipulante, ma comunque con il riferimento ad una persona terza, secondo la formula *promittis mihi recipienti in nomine Titii quod dabis mihi ei nomine x*, allora la struttura sarebbe stata riconducibile a quella della rappresentanza.

Si tratta di una prima differenziazione importante, poiché rende chiaro come, nelle due fattispecie astratte, il terzo rivestisse un ruolo completamente differente: mentre attraverso la rappresentanza il promittente promette in luogo del terzo, delineando in questo modo una relazione tra il terzo e il contratto concluso da altri a suo nome, nella *stipulatio alteri* intesa come contratto a favore

di terzi la stipulazione conclusa tra il promittente e lo stipulante rimarrà sempre estranea al terzo, il quale potrà solamente ed eventualmente acquisire la prestazione pattuita a suo beneficio, non divenendo però parte del contratto concluso in suo favore.

A prescindere dalle vicende alterne che hanno caratterizzato forme di più o meno riconosciute di contratto a favore di terzo proprio sino almeno all'inizio del XIX secolo, tra cui le ricordate esperienze dell'*Ordenamiento de Alcalà* e le prime codificazioni locali in territorio tedesco ed italiano, nuovo vigore la questione ha avuto all'alba delle codificazioni. L'analisi delle posizioni di massima assunte dalla dottrina tedesca e francese dal XVII secolo in poi ha rilevato come, se da un lato fosse riconoscibile, soprattutto nella dogmatica francese, una tendenza al recupero del rigore espresso dal principio romano secondo cui *alteri stipulari nemo potest* e alla conseguente dichiarazione della nullità, sul piano del diritto civile, di stipulazioni in favore di un terzo, e che trova in Pothier il suo rappresentante di maggior rilievo, dall'altro, invece, in particolar modo nella dottrina pandettistica, influenzata dal pensiero di Grozio e dalle esperienze codicistiche anteriori all'adozione del *Bürgerliches Gesetzbuch* del 1900, si assiste ad una maggiore apertura al riconoscimento di un'autonomia funzionale e strutturale del contratto a favore di terzo. Tali posizioni dogmatiche produrranno i loro effetti più duraturi in relazione ai codici civili che da esse principalmente traggono ispirazione; in questo senso, si deve evidenziare come i redattori del *Code Civil* del 1804, nel recepire l'esegesi del divieto di *alteri stipulari* nei termini indicati dal giurista di Orléans, abbiano proposto all'art. 1165 c. c. una formulazione rigida del principio di relatività, accompagnato da un'altrettanto limitata previsione della validità del contratto a favore di terzi all'art. 1121 c. c.

Il testo del codice civile tedesco, invece, conformemente appunto a quell'atteggiamento di sostanziale riconoscimento della validità del contratto a favore di terzi peculiare, generalmente, della dottrina tedesca del XIX secolo, prevede espressamente, come si considererà meglio nel capitolo dedicato al diritto tedesco¹⁷⁷, una configurazione del contratto a favore di terzi come fattispecie generale ed astratta, caratterizzata dall'acquisto autonomo e diretto in capo al

¹⁷⁷ Cfr. di seguito capitolo terzo, pp. 355 e ss. della presente ricerca.

terzo del diritto costituito dalle parti in suo favore; si deve qui rilevare, inoltre, come tale disciplina del contratto in favore di terzi si inserisca nell'ambito di una più generale impostazione codicistica poco interessata a recepire il principio di relatività degli effetti del contratto come regola generale, come invece accade con l'art. 1165 del *Code Civil* del 1804.

È proprio in questo contesto particolarmente fecondo e aperto alle innovazioni, che caratterizza il diritto tedesco del XIX secolo, che trova spazio la formulazione della teoria della liquidazione del danno per conto del terzo nei termini in cui si è detto; se è vero che non si può parlare di *Drittschadensliquidation* sino, almeno, alla sentenza della Corte d'Appello di Lubeca del 1855, e se è vero anche che tale istituto, come si dirà tra breve, nulla ha che vedere con il problema della relatività degli effetti contrattuali ma bensì con il diverso problema dei rapporti tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale¹⁷⁸, esso integra però un'interessante problema in tema di posizione e protezione del terzo, poiché in concreto garantisce una tutela peculiare ad un soggetto che è estraneo rispetto ad un contratto dal quale si producono a suo carico effetti oggettivamente dannosi. Il meccanismo triangolare che presiede a tale tutela, si è detto e si vedrà, è sostanzialmente rimasto intatto sino ai giorni nostri, facendo della sentenza del 1855 il precedente storico dell'istituto della *Drittschadensliquidation*.

¹⁷⁸ Cfr. di seguito capitolo terzo, pp. 342 e ss. della presente ricerca.

CAPITOLO SECONDO

POSIZIONE E PROTEZIONE DEL TERZO ALLA LUCE DEL DIRITTO FRANCESE DELLE OBBLIGAZIONI

1. *Premessa*

Il diritto francese delle obbligazioni ha subito nel corso dei primi anni del XXI secolo alcuni profondi cambiamenti, attuati in parte per mezzo della giurisprudenza della Corte di Cassazione ed in parte introdotti per mezzo di riforme legislative ovvero di progetti di riforma aventi ad oggetto proprio la disciplina delle obbligazioni: in particolare, si è affrontato in modo approfondito il ruolo del terzo in relazione alle tradizionali dinamiche contrattuali ed agli effetti dal contratto stesso prodotti in suo favore. Il risultato a cui si è pervenuti è quello di una sostanziale rilettura dei principi e delle norme relative alla tutela e al ruolo del terzo rispetto al contratto e, parallelamente, quello del sovvertimento di alcune regole a questi principi e a queste norme collegate. Tale fenomeno, si è verificato principalmente con riguardo alla disciplina della tutela processuale del terzo in relazione agli effetti prodotti dal contratto nei suoi confronti, coinvolgendo in primo luogo il tema della responsabilità civile; proprio a partire dagli anni '90 del secolo scorso sino ai primi anni del secolo in corso si è assistito a profondi mutamenti con riguardo alla disciplina della responsabilità applicabile al terzo, giungendo alla formazione di un quadro generale piuttosto variegato e ricco di nuove soluzioni, tra le quale rileva in particolar modo la nuova centralità data al ruolo della responsabilità contrattuale nella dinamica dei rapporti tra il terzo e il contratto. L'ambito di applicazione di quest'ultima, soprattutto in relazione alla responsabilità extracontrattuale, è stato infatti oggetto di profondi cambiamenti e di un ripensamento generale che, sulla scorta delle decisioni della giurisprudenza di legittimità e il correlato lavoro della dottrina¹, è definitivamente sfociato nel

¹ In generale sui nuovi problemi e sulle nuove questioni che la dottrina si è trovata ad affrontare in materia di responsabilità civile contrattuale, sulla necessità o meno di una riforma della disciplina della stessa responsabilità contrattuale e in generale sulle istanze innovatrici in materia, si rimanda qui alla lettura di tre contributi ritenuti particolarmente rilevanti quali P. Jourdain, *Faut-il*

testo di riforma del diritto delle obbligazioni e della prescrizione, ovvero l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* – meglio noto come *Avant-projet Catala*, il quale, seppur non ancora concretizzatosi in una riforma effettiva con riguardo alla parte relativa al diritto delle obbligazioni², rappresenta ad ogni modo un interessante contributo all'analisi che qui ci si è proposti.

È un tema, questo, che si cercherà di sviluppare nelle pagine che seguono con un certo rigore e una certa attenzione; del resto, è forse finanche superfluo sottolineare come proprio quest'intensa attività giurisprudenziale, dottrinale e, in ultima istanza, legislativa sviluppatasi attorno al diritto delle obbligazioni abbia ispirato e stimolato la scelta di approfondire, tra i sistemi europei di diritto continentale, proprio quello francese, allo scopo di comprendere la *ratio* sottesa a questa evoluzione e poterne valutare gli effetti in relazione agli strumenti del diritto comparato. Al fine di poter procedere a questo tipo di analisi nel modo più coerente possibile, occorre preliminarmente chiarire alcuni punti generali in ordine al metodo e al contesto giuridico di riferimento.

2. Brevi considerazioni su alcuni principi generali in materia di obbligazioni

I. Il principio di relatività degli effetti contrattuali

È un fatto che può definirsi notorio quello secondo il quale la disciplina francese delle obbligazioni preveda e disciplini il principio di relatività degli effetti del contratto, il quale trova la propria espressione codicistica all'art.1165 C.

recodifier le droit de la responsabilité civil?, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, 2006, G. Viney, *La responsabilité contractuelle en question*, in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, 2001 e D. Mazeud, *La politique contractuelle de la Cour de Cassation*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, 2006.

² E allo stato, dopo quasi una decina di anni dalla sua elaborazione, non è dato sapere se mai tale riforma nel senso indicato dal Progetto avverrà mai; per quanto riguarda, invece, la parte relativa alla prescrizione, questa è stata riversata nella *loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile* che ha apportato importanti cambiamenti alla materia in questione, primo tra tutti la riduzione dei termini di prescrizione da trentennale a quinquennale secondo quanto stabilisce l'art. 2224 C. civ. come novellato dall'art. 1, loi n° 2008 – 561.

civ.³:

Art. 1165 C. civ.: *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.*

Tale enunciazione pone un principio la cui generalità è pressoché assoluta: le convenzioni non hanno effetto che tra le parti contraenti e non possono procurare né un vantaggio né uno svantaggio per il terzo. Due elementi, in particolare, sottolineano il carattere assoluto di tale principio: in primo luogo, l'utilizzo del termine "convenzione", inteso nel più generale significato di accordo concluso tra le parti al fine di creare, modificare, trasmettere o estinguere obbligazioni, evidenzia come il principio di cui all'art. 1165 C. civ. sia diretto a vietare l'estensione *ultra partes* degli effetti di qualsiasi accordo giuridicamente rilevante e non del solo contratto, che, notoriamente, ha il solo effetto di creare obbligazioni.

In secondo luogo, è la norma stessa a prevedere in via eccezionale l'unico caso in cui è ammessa una deroga al suddetto principio ed è quindi possibile stipulare una convenzione allo scopo di determinare in capo ai terzi effetti giuridici senza il loro consenso, ovvero sia la *stipulation pour autrui* di cui all'art.

³ La bibliografia relativa al principio di relatività degli effetti del contratto di cui all'art. 1165 del *Code Civil* è, chiaramente, piuttosto ampia; volendo rimanere fedeli allo scopo del presente elaborato si ritiene opportuno precisare che gli spunti per la redazione di questa breve riflessione sul principio di relatività degli effetti del contratto traggono origine dai contributi citati nella nota bibliografica e attengono in generale al tema del terzo e del suo rapporto con il contratto e a questi si farà riferimento nelle note a seguire. Per un approfondimento di questo tema oltre il problema del terzo si rimanda ai contributi di R. Savatier, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, in *RTDciv* 525, 1934, p. 540 e ss; A. Weill, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Th. Strasbourg, 1938; S. Calestrang, *La relativité des conventions*, Th. Toulouse, 1939; J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris., 1981; M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes des contrats*, Paris., 1996; Ph. Didier, *L'effet relatif*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, 2003, p. 187 e ss; R.-M. Rampelberg, *Brève perspective comparative sur les destinées de la règle «alteri stipulari nemo potest»* in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, 2003, p. 143 e ss; O. Deshayes, *Précisions sur la nature et les fonctions de la règle d'effet relatif des contrats* in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, 2008; J. Flour, J.- L. Aubert, É. Savaux, *Droit Civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Paris, 2012.

1121 del C. civ. Tale scelta di rigore nella formulazione di suddetto principio trova la propria giustificazione in ragioni, da un lato, di tipo storico e dall'altro di tipo dogmatico; da un lato, infatti, è evidente la volontà dei compilatori del *Code Civil* di mantenersi fedeli al principio di ascendenza romanistica dello *stipulari alteri nemo potest*⁴, ulteriormente rimarcata dalla scelta, come unica eccezione espressa al principio di relatività, della *stipulation pour autri* nella formulazione che ne dà l'art. 1121 C. civ, a norma del quale è possibile stipulare in favore di un soggetto terzo a condizione che si tratti di una stipulazione «(...) *que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre (...)*»: tale disposizione recepisce direttamente una delle eccezioni alla regola dello *stipulari alteri nemo potest* già riconosciuta dal diritto giustiniano, vale a dire il caso della donazione modale di cui alla Costituzione degli Imperatori Diocleziano e Massimiano dell'anno 290 d. C., C. 8, 54, 3⁵.

D'altro canto, il principio di relatività degli effetti del contratto ben s'iscrive nella logica del cd. principio dell'autonomia della volontà contrattuale, frutto di quello spiccato individualismo dei giuristi del XIX secolo e che ispira tutta la disciplina relativa alle obbligazioni e ai contratti contenuta nel *Code Civil*. La *ratio* sottesa a tale principio era quella della salvaguardia dell'autonomia della persona e la sua protezione da qualsiasi tipo di intrusione non voluta; conseguentemente, le persone estranee al contratto non solo avrebbero dovuto essere tenute esenti dal contrarre obblighi sulla base di un contratto concluso tra altri soggetti, ma non avrebbero neanche avuto titolo ad alcun diritto nascente da quello stesso contratto. L'autonomia privata e la correlata indipendenza del terzo godevano quindi di una considerazione maggiore di quegli stessi benefici che il terzo avrebbe potuto ottenere con l'acquisto di un diritto sulla base di un contratto concluso tra due soggetti da questo distinti: del resto, se non si può essere vincolati ad un contratto se non per propria volontà, come si potrebbe restare vincolati ad un contratto rispetto al quale si è del tutto estranei?⁶

⁴ Sul quale si rimanda qui a quanto detto nella parte prima, capitolo terzo, pp. 98 e ss.

⁵ Seppur, si è visto, con la mediazione dell'esegesi di R. Pothier; cfr. sul punto parte seconda, capitolo primo, pp. 245 e ss. Sulla costituzione diocleziana si rimanda qui alla parte prima, capitolo terzo, pp. 150 e ss. del presente elaborato

⁶ In questo senso si veda S. Vogenauer, *Gli effetti dei contratti verso i terzi: l'Avant-projet in una*

In realtà, queste basi teoriche e dogmatiche del principio di relatività sembrano in parte aver perso d'attualità per il legislatore francese del XXI secolo; tralasciando, evidentemente, il riferimento al principio romanistico dell'*alteri stipulari nemo potest*, lo stesso principio di autonomia e l'individualismo anima dei redattori del *Code* ha perso di vigore, in favore dell'enfatizzazione della dimensione sociale del diritto dei contratti che, dal 1934 in poi, ha costituito la base per la progressiva erosione del principio di relatività degli effetti del contratto e che anima anche oggi – e non a caso – i redattori dell'ultimo progetto di riforma del diritto delle obbligazioni, vale a dire il già menzionato *Avant-projet Catala*⁷.

Maggiore rilievo a livello pratico ha senza dubbio la lettura funzionale che di questo principio ormai la dottrina e la giurisprudenza sono soliti dare: la formula dell'art. 1165 C. civ. deve essere interpretata, in effetti, con la dovuta prudenza. L'enunciato secondo cui «le convenzioni hanno effetto solo tra le parti contraenti; esse non ledono il terzo né apportano a questi alcun vantaggio, salvo il caso previsto dall'articolo 1121 C. civ.» non significa che il contratto non rilevi in alcun modo per il terzo; in verità l'art. 1165 C. civ. comporta almeno due importanti conseguenze che attengono a loro volta a due momenti distinti della vita del contratto.

Una prima conseguenza, attinente il momento di formazione del contratto, implica che, in virtù della limitata efficacia del contratto alle sole “parti

prospettiva comparatistica, in *Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems*, London, 2007, p. 1002 e, parimenti, S. Vogenauer, *Les effets du contrat à l'égard des tiers: regards comparatistes sur l'Avant-projet* in *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription: Actes du colloque, St John's College, Oxford, mars 2007, organisé par l'Institute of European and comparative law*, sous la direction de J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker, Paris, 2009; H. Battifol, *La crise du contrat*, in *Archives de philosophie du droit*, n. 13, 1968, p. 242-243; M. Grimaldi, *Le contrat et le tiers* in *Mélange en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, 2006.

⁷ In questo senso si veda S. Vogenauer, *Gli effetti dei contratti verso i terzi: l'Avant-projet in una prospettiva comparatistica*, cit, p. 1003 e nt.15 e, parimenti, S. Vogenauer, *Les effets du contrat à l'égard des tiers: regards comparatistes sur l'Avant-projet*, cit.; H. Battifol, *La crise du contrat*, cit., n.18, p. 245. Sull'*Avant-projet Catala* e sulla proposta di riformulazione dell'art. 1165 del *Code civil* ci si soffermerà nel proseguo di questo elaborato.

contraenti”, quest’ultime non possono in alcun modo vincolare il terzo al contratto, non potendo renderlo né debitore né creditore: per effetto del contratto, quindi, non può nascere né un debito né un credito a carico o a vantaggio di colui che non ha preso parte alla conclusione di quello stesso contratto (esclusa la già ricordata eccezione di cui all’art. 1121 C. civ.).

Una seconda conseguenza dell’operatività del principio di relatività degli effetti del contratto e attinente al momento dell’adempimento del contratto stesso implica che esigere questo stesso adempimento sia un diritto necessariamente e solamente proprio delle parti contraenti, le quali di questo contratto hanno assunto espressamente obblighi e diritti reciproci, con la conseguenza che il terzo non può avvalersi dell’inadempimento contrattuale per fondare una richiesta di risarcimento di un danno proprio subito in conseguenza di tale inadempimento⁸. Quest’ultimo assunto deriva abbastanza chiaramente dalla lettura dell’art. 1165 del *Code civil*; in verità, proprio in considerazione di una tale circostanza, in cui effettivamente il contratto inteso in quanto tale, ovverosia come “fatto”, possa creare effetti che invadono la sfera giuridica di soggetti non contraenti in relazione anche alle vicende relative all’adempimento, la dottrina – avallata dalla giurisprudenza - è intervenuta nel senso di integrare il principio di relatività degli effetti del contratto con la previsione di un ulteriore principio, il cd. principio di *opposabilité du contrat aux tiers*, vale a dire quel principio generale, giusto completamento del principio di relatività degli effetti del contratto, in virtù del quale, se i terzi in quanto non contraenti e non altrimenti legati al contratto non possono in alcun modo prendere parti ai rapporti di diritto nascenti da quel contratto, è altrettanto vero che questi stessi terzi devono rispettare genericamente la situazione giuridica che il contratto pone in essere tra le parti.

II. Il cosiddetto *principe d’opposabilité du contrat aux tiers*

Il principio c.d di *opposabilité* del contratto ai terzi⁹ è un principio di

⁸ In questo senso si veda G. Viney, *La responsabilité du débiteur à l’égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle*, note à Cour de Cassation, ass. plén., 6 oct. 2006, D. 2006, III, p. 2830.

⁹ Sul principio di opponibilità ai terzi del contratto in diritto francese si veda in particolare R. Wintgen, *Étude critique de la notion d’opposabilité. Les contrats en droit français et en droit*

matrice dottrinale eretto a regola di diritto positivo dal recepimento costante che la giurisprudenza della *Cour de cassation* ha fatto dello stesso; seguendo le parole di D. Mazeaud, il principio in questione¹⁰

se trouve consigné dans le “Bulletin des arrêts de la Cour de cassation”, laquelle l’a érigé au rang de règle de droit positif, depuis plusieurs décennies.

È stata quindi la dottrina del XX secolo, sulla scorta della teoria del contratto come fatto, ad aver coniato questo principio in virtù del quale il contratto e le situazioni giuridiche che nascono dal contratto stesso sono opponibili ai terzi in quanto “fatti”; la *Cour de cassation*, dalla seconda metà del XX secolo altro non ha fatto che recepire tale concezione¹¹. Tale principio ha un valore, occorre dirlo, assolutamente neutro: questo significa che, lungi dall’aver effetti diretti e vincolanti nei confronti dei terzi, il contratto rappresenta esclusivamente un “fatto” del quale i terzi devono tenere conto e del quale sono tenuti, eventualmente, a sopportare le conseguenze ovvero a potersene avvantaggiare ovvero anche avvalersene a fini risarcitori sul piano extracontrattuale. Il principio di *opposabilité* opera nel duplice senso del rilievo del contratto come “fatto” sia da parte sia nei confronti dei terzi, producendo a seconda dei casi effetti differenti.

allemand, Paris, 2004. L’autore, diversamente da un’impostazione più tradizionale che vede nel suddetto principio uno strumento d’attenuazione del principio di relatività degli effetti del contratto, sviluppa una concezione più sfumata del principio di opponibilità, rimarcandone piuttosto le differenti interpretazioni e snaturandola in parte del suo valore di principio generale.

¹⁰ Cfr. D. Mazeaud, *Le contrat et le tiers dans l’Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* in *Regards comparatistes sur l’avant-projet* cit., p. 242. Da notare come Mazeaud si riferisca più specificamente a tale principio come al *principe de opposabilité du contrat inexécuté*, nel senso di opponibilità del contratto inadempito.

¹¹ In proposito si veda Cass. civ., 1^{re}, 6 févr. 1952, *Bull. civ.* 1952, I, n° 55: *Si, en principe, les conventions ne sont pas opposables à ceux qui n’y ont pas été parties, il ne s’ensuit pas que le juge ne puisse pas rechercher dans les actes étrangers à l’une des parties en cause des renseignements de nature à éclairer sa décision, ni ne puisse considérer comme une situation de fait vis-à-vis des tiers les stipulations d’un contrat*, e, più recentemente nelle considerazioni in diritto di Cass. com., 22 oct. 1991, *Bull. civ.* 1991, I, n° 302: *s’ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat*. Cfr. A. Gariazzo, *Avis de rejet*, Cass. Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, in *JCP*, 2006, I, II 10181 pp. 2112 e ss.

Dal lato “attivo”, ovvero con riguardo all’operatività *dell’opposabilité* del contratto da parte del terzo, il suddetto principio si esprime nella possibilità per il terzo di avvalersi dell’esistenza del contratto in qualsiasi modo risulti essergli vantaggioso, e in primo luogo, a titolo di elemento probatorio. La Cour de cassation ha invocato in numerose occasioni l’operatività del principio in oggetto a giusta integrazione del principio di relatività degli effetti del contratto proprio al fine di sostenere che la previsione di quest’ultimo non vieta al giudice di cercare in atti estranei alle parti stesse – quindi anche contratti dalle stesse non conclusi - informazioni utili a chiarire le loro decisioni¹².

In secondo luogo, l’*opposabilité* del contratto da parte del terzo permetterebbe a quest’ultimo di avvalersene anche nell’ipotesi in cui l’inadempimento dello stesso sia stata pregiudizievole nei suoi confronti: questo significa che il terzo può legittimamente fondare una domanda di risarcimento dei danni sulla base di una violazione operata da una delle parti contraenti nell’adempimento del contratto, senza ledere il principio di relatività degli effetti del contratto. L’operatività del principio in questione permette quindi al terzo di fondare sul contratto un proprio ed autonomo diritto al risarcimento in caso di inadempimento pregiudizievole nei suoi confronti; tale lettura del principio di *opposabilité* dal lato “attivo” pone in particolare due questioni¹³: la prima riguarda la natura della responsabilità in questione, mentre la seconda, collegata alla prima, riguarda le condizioni di esercizio di tale responsabilità.

Con riguardo alla prima questione, si tratta di capire se la responsabilità in questione sia contrattuale o extracontrattuale; genericamente si può rispondere a questa domanda dicendo che il terzo può chiedere il risarcimento del danno

¹² Si veda sul punto Cass. civ. 1^{ère}, 3 janv. 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 7: *L’effet relatif des contrats n’interdit pas aux juges du fond de rechercher dans des actes étrangers à l’une des parties en cause des renseignements de nature à éclairer leur décision* e, *mutatis mutandis*, Cass Civ. 3^{ème}, 2 juill. 1997, *Bull. civ.* 1997, III, n° 160. In termini simili anche Cass. com., 21 juin 2011, *Bull. civ.* 2011, IV, n° 106. In modo parzialmente differente si esprime Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 206 secondo cui: *si, en principe, les conventions n’ont d’effet qu’à l’égard des parties, elles constituent des faits juridiques dont peuvent être déduites des conséquences en droit à l’égard des tiers* al fine di giustificare l’utilizzo di un contratto a dimostrazione del pregiudizio sofferto da un terzo.

¹³ Cfr. M. Grimaldi, *Le contrat et le tiers* cit. p. 178 e ss.

derivante da un inadempimento contrattuale sulla base delle regole della responsabilità extracontrattuale, salvo i casi particolari ed eccezionali di estensione della responsabilità contrattuale, vale a dire il caso del terzo rispetto ad una *stipulation pour autrui tacite* o *implicite* e dell'ipotesi della catena contrattuale.

Con riguardo alla seconda questione, invece, il problema delle condizioni di esercizio della responsabilità in questione si profila come particolarmente complesso con riguardo all'ipotesi della responsabilità extracontrattuale; perché se è vero che, nel caso di responsabilità contrattuale, bisogna guardare alle condizioni stabilite nel contratto, nel caso della responsabilità extracontrattuale si tratta invece di capire in che termini il terzo possa avvalersi dell'inadempimento contrattuale per fondare la propria azione¹⁴.

Dal lato "passivo", ovvero con riguardo all'opponibilità del contratto al terzo, la lettura del principio in questione prevede che le parti possano opporre l'esistenza del contratto ai terzi: ciò fa sì che, evidentemente, i diritti che nascono tra le parti da un contratto debbano essere rispettati da tutti, estranei al contratto compresi. In questo senso, al terzo è interdetto di concludere patti con una delle parti che siano lesivi dei diritti nati dal contratto stipulato tra le parti stesse: in ipotesi contraria il terzo si renderà complice della violazione di un obbligo contrattuale, con conseguente applicazione nei suoi confronti della disciplina di cui all'art. 1382 C. civ. in materia di responsabilità extracontrattuale, rispondendo per la cd. *responsabilité du fait personnel*¹⁵: la sola "complicità" del terzo alla violazione del contratto sarà sufficiente per fondare la responsabilità in questione, senza alcuna necessità di dimostrare l'intenzione colpevole. Il fatto che esista il contratto fonda in capo al terzo la "presunzione" (il termine è indicato tra

¹⁴ La questione ha visto un interessante sviluppo giurisprudenziale sul quale si tornerà oltre nel proseguo di questo elaborato.

¹⁵ Sul tema della complicità del terzo alla violazione del contratto, il quale non è oggetto proprio del presente elaborato, si rimanda a P. Hugueney, *De la responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Thèse, Dijon, 1910 e al più recente B. Starck, *Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui*, in *JCP* 1954, I, 1180. Brevemente si veda anche M. Grimaldi, *Le contrat et le tiers* cit. pp. 175 – 177 e 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 - 108;

virgolette in quanto non si tratta di una presunzione legale in senso stretto ma piuttosto il termine è utilizzato in senso naturalistico) di conoscenza del contenuto di quest'ultimo: d'altra parte, il contratto è innanzitutto un fatto e come tale ha una rilevanza in primo luogo pratica nella vita economica. In tale ipotesi, il creditore – parte contrattuale danneggiato potrà proporre azione in via extracontrattuale contro il terzo per il risarcimento del danno, il quale sarà responsabile sulla base della semplice conoscenza, quindi, dell'esistenza del contratto senza che sia necessario dimostrare l'esistenza di un progetto fraudolento¹⁶. Solo nell'ipotesi in cui il terzo abbia concluso con uno dei contraenti originari un contratto successivo ignorando l'esistenza del primo contratto e della natura, quindi, di contraente della propria controparte contrattuale si riconosce straordinariamente efficacia al secondo contratto concluso, nonostante l'operatività del principio del *prior tempore, potior jure* per la tutela di quella *sécurité juridique* che impedisce che gli interessi dei terzi che hanno agito in buona fede e secondo le apparenze siano lesi; altrimenti, il principio di *opposabilité* non permette ad una seconda espressione di volontà contrattuale di ledere la precedente, tutelandone così il funzionamento generale¹⁷.

Il principio di *opposabilité* rileva infine altresì del c.d. gruppo di contratti, espressione che, si vedrà a breve¹⁸, designa quell'insieme di rapporti contrattuali che concorrono alla realizzazione di una stessa operazione giuridica; nell'ambito di un'operazione di questo tipo si tratta di capire quali siano gli effetti reciproci nei confronti di ciascun contraente dei contratti facenti parte del gruppo e, conseguentemente, determinare in che misura le parti si possano avvalere ovvero essere danneggiate dai singoli contratti costituenti il gruppo stesso¹⁹ e sulla base di quale responsabilità possano trovare tutela i danneggiati. La questione è stata

¹⁶ In altri casi, qualora vi sia la prova di una frode a danno dei diritti del creditore – parte contrattuale e l'impossibilità di una riparazione in natura, la giurisprudenza ha ritenuto opportuno sanzionare con l'inopponibilità del secondo contratto al contraente danneggiato: è il caso della violazione della promessa di stipulare un contratto (si veda sul punto Cass. Civ. 1^{re}, 15 déc. 1965, *Bull. civ.* 1965, n° 711). Sul punto si veda M. Grimaldi, *Le contrat et le tiers* cit. p. 175 e nt.58.

¹⁷ Sul punto si veda J., Flour, J.-L., Aubert, É., Savaux, *Droit Civil* cit., n° 435, p. 435.

¹⁸ Sul quale si rimanda a pp. 302 e ss. del presente capitolo.

¹⁹ In questi termini si veda M. Grimaldi, *Le contrat et le tiers* cit. p. 176.

oggetto di numerose pronuncie da parte della Suprema Corte francese, la quale da ultimo si è espressa in merito con la celebre Besse del 1991²⁰, sulla quale si tornerà a breve.

3. Nozioni generali in tema di “terzo”

I. La distinzione tra “parti” e “terzo” nella disciplina delle obbligazioni

Prima di procedere oltre nell’analisi delle questioni che qui ci interessano, è bene porre in rilievo alcuni aspetti generali in tema della nozione di “terzo”, quest’ultima, come anche la nozione di “parte”, non trova spazio in alcuna norma del *Code civil*. In particolare la nozione di “terzo”, definita come “una delle più equivoche del linguaggio giuridico”²¹, può essere agevolmente ricostruita soltanto in termini residuali ed esclusivi partendo dal principio di relatività degli effetti del contratto *ut supra* analizzato. A norma dell’art. 1165 C. civ., quindi, con il termine “parte” s’intendono tutti quei soggetti la cui volontà, direttamente o eventualmente manifestata per mezzo del meccanismo della rappresentazione, ha determinato la conclusione del contratto e, parallelamente, l’assunzione di tutti quegli effetti che del contratto sono propri, legando indissolubilmente il concetto di “parte” a quello di “parte contraente”²², mentre con il termine “terzo” ci si riferisce per esclusione a tutti quei soggetti che non hanno preso parte all’operazione contrattuale²³.

²⁰ Cfr. Ass. Plén. 12 juil. 1991, *Bull. civ.* 1991 A.P., n° 5.

²¹ La definizione è di Ph. Malaurie, L. Aynes e Ph. Stoffel- Munck, *Les obligations*, Paris, 2003, p. 375. La nozione di terzo, per esempio, designa persone differenti in relazione alla scrittura privata (art. 1328 C. civ.), alla simulazione (art. 1321 C. civ), alla pubblicità fondiaria (art. 30 del decreto 4 gennaio 1955). Cfr. in proposito M. – L. Izorche, *Les effets des conventions à l’égard des tiers*, cit., p. 72.

²² Al concetto di “parte contraente” bisogna inoltre affiancare in primo luogo gli aventi causa a titolo universale (erede, legatario di una parte o della totalità dei beni del defunto) e in secondo luogo i cessionari del contratto: questi soggetti, subentrando nel contratto alla parte originariamente contraente, sono alla stessa parificate anche per quanto riguarda il principio di relatività degli effetti del contratto.

²³ Sul punto si veda, in generale, J. Flour, J.- L., Aubert, É. Savaux, *Droit Civil. Les obligations. I. L’acte juridique*, cit., n° 431 e ss. Per un ulteriore approfondimento sul concetto di «terzo» si veda inoltre V. J.-M. Aussel, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, Th. Montpellier. 1953 e

Non si tratta però di qualificazione unanimemente accolta: secondo un'altra parte della dottrina, infatti, sarebbe più opportuno procedere ad una qualificazione delle "parti" e del "terzo" facendo riferimento al concetto di adempimento del contratto e a quello di volontà²⁴. "Parti", meglio ancora "parti contraenti", sarebbero quindi tutti quei soggetti che sin dalla formazione del contratto - o anche successivamente - si sono volontariamente vincolati al contratto, subendone conseguentemente tutti gli effetti che ne derivano e ai quali, inoltre, l'adempimento del contratto potrà essere chiesto ovvero imposto in via giudiziale; "terzi", invece, sono coloro che non subiscono alcun effetto tra quelli nascenti dal contratto o lo subiscono senza averlo voluto e rispetto ai quali le vicende relative all'adempimento del contratto rimangono in linea teorica del tutto estranee. Tale criterio di qualificazione delle "parti" rispetto al "terzo", legata al concetto di adempimento e al vincolo delle parti rispetto al contratto, permette di individuare, accanto alle due principali categorie, ulteriori sottoclassificazioni basate proprio sulla vicinanza e lontananza rispetto al contratto; si potrà parlare quindi di "parte collegata" (*partie "liée"*), che indica quei soggetti che, grazie ad una manifestazione di volontà, sono i soggetti di un effetto obbligatorio nato da un contratto alla cui conclusione non hanno preso parte (si veda il caso del beneficiario di una *stipulation pour autrui*, del terzo che aderisce ad un contratto collettivo e del cessionario di un contratto) e di "terzo collegato" (*tiers "lié"*), che indica quel terzo assoggettato agli effetti obbligatori nascenti dal contratto per previsione legislativa (come nel caso di cessione d'azienda, in cui il cessionario è obbligato a proseguire i contratti di lavoro in corso, o il caso della vendita di un immobile ad uso abitativo, in cui l'acquirente è tenuto a rispettare le locazioni in corso)²⁵.

Ph. Delmas Saint-Hilaire, *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, 2000.

²⁴ Il riferimento è qui a J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Les effets du contrat*, Paris, 2001, n° 689 e ss. In precedenza, sempre lo stesso autore aveva già proposto tale definizione in J., Ghestin, *Introduction (rapport français)* in M. Fontaine, J. Ghestin, *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Paris, 1992, p. 18 e ss., in J. Ghestin, *La distinction des parties et des tiers au contrat*, in *JCP*, 1992, I. 3628 e J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat* (avec le concours de M. Billiau), Paris, 1992, p. 544 e ss.

²⁵ Cfr. Su tale classificazione si veda J. Ghestin, in generale tutta la bibliografia citata e in

I due orientamenti di massima della dottrina sulla questione non sono in realtà così distanti; anche la stretta dicotomia espressa da quella parte della dottrina che qualifica e differenzia le “parti” dai “terzi” sulla base dell’art. 1165 C. civ. ammette al suo interno, come si dirà ora, una certa gradazione tra le posizioni di diversi soggetti in relazione alla loro prossimità nei confronti del contratto; senza dubbio, non ridurre il terzo ad una nozione unica ma invece riconoscere che esistono livelli differenti di estraneità al contratto, guardando al complesso della vicenda contrattuale, permette di ricondurre le stesse al più appropriato sistema di tutela in caso di lesione della loro posizione.

II. *Confini della nozione di “terzo”*

La netta separazione tra la nozione di “parte (contraente)” e quella di terzo non impedisce, quindi, come si è appena avuto modo di dire, d’individuare al suo interno ulteriori categorie di soggetti distinguibili in relazione alla loro differente posizione rispetto al contratto; innanzitutto, il primo sottogruppo di rilievo nell’ambito della categoria dei “terzi” rispetto al contratto è quello costituito dai beneficiari di una *stipulation pour autrui*: si tratta del caso, evidentemente, secondo cui, a norma dell’art. 1121 del C. civ., sono le parti a estendere volontariamente gli effetti del contratto dalle stesse concluso nei confronti di un terzo, stipulando espressamente a suo favore. Secondo quanto previsto infatti dalla norma stessa, infatti

Art. 1121 C. civ.: *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.*

Il terzo beneficiario di una stipulazione in suo favore, quindi, resta estraneo al contratto concluso tra lo stipulante e il promittente ma allo stesso tempo, in virtù di tale stipulazione in suo favore, è titolare di un’azione diretta nei confronti

particolare *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, cit., p. 568. Contro si veda J.-L. Aubert, *À propos d’une distinction renouvelée des parties et des tiers*, in *RTD civ.*, 1993, 265, n° 24 e ss..

del promittente al fine di pretendere la prestazione pattuita nei suoi confronti: tale azione diretta sarà poi irrevocabile se il terzo ha dichiarato di voler accettare la prestazione pattuita in suo favore.

Il secondo sottogruppo di rilievo nell'ambito dei "terzi" rispetto al contratto è quello costituito dai cd. aventi causa a titolo particolare, vale a dire quei soggetti a cui il dante causa trasmette solamente uno e più diritti – ovvero beni – particolarmente determinati. La specificità di tale categoria di terzi risiede nel fatto che, pur essendo estranei alle vicende del bene ovvero ai contratti costitutivi del diritto ceduto, a seguito del trasferimento del bene ovvero del diritto, diventano titolari anche di tutte le azioni derivanti dal contratto e legate indissolubilmente al bene ovvero al diritto trasmesso.

Il terzo ed ultimo sottogruppo di "terzi" rispetto al contratto è rappresentato dai cd. "terzi assoluti" o *penitus extranei*, che corrispondono a quei soggetti che non vantano alcun rapporto diretto con il contratto, né per espressa volontà delle parti, come nel caso della *stipulation pour autrui*, né per ragioni legate alle vicende trasmissive del bene o del diritto oggetto del contratto, come nel caso degli aventi causa. Se è vero, quindi, che questi terzi in quanto "terzi assoluti" non sono in alcun modo legati al contratto, è altrettanto vero che nei loro confronti non si può considerare che il contratto non sia mai stato posto in essere; il contratto, come si è detto in precedenza, è, oltre ad un fatto giuridico, anche un fatto sociale, di cui è necessario tener conto²⁶. Questo significa che per il terzo non è possibile ignorare ovvero disconoscere l'esistenza del rapporto contrattuale proprio perché questo è una realtà produttiva d'effetti nella vita sociale ed economica, ragion per cui questi stessi terzi possono, in determinate occasioni, essere "toccati" dal contratto stesso al punto di subirne le vicende.

In questo senso, accanto al "terzo assoluto" in senso stretto è possibile riconoscere le ulteriori due categorie di terzi che rimangono sempre estranei alla struttura contrattuale ma che in virtù della particolare posizione che rivestono nei confronti dello stesso, si trovano a subirne gli effetti: si tratta della categoria delle cd. vittime dell'inadempimento del contratto e, simmetricamente, i c.d. terzi che

²⁶ Cfr. J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit Civil* cit., n° 432, p. 430 e ss.

hanno contribuito all'inadempimento del contratto²⁷. Per quanto riguarda la prima categoria, ne fanno parte tutti coloro che, dall'inadempimento del contratto hanno subito un danno: può trattarsi tanto di soggetti che necessariamente vengono in contatto con il contratto di cui non sono parte in quanto parti contraenti di un altro contratto a sua volta facente parte, con il primo, di un cd. gruppo di contratti, tanto di soggetti terzi che subiscono un danno a causa dell'inadempimento di un contratto *de facto* per loro rilevante (come nel caso del danno subito dall'acquirente di un bene che presenta un difetto di fabbricazione). In questo caso si tratta di capire se e, soprattutto, su quale fondamento gli appartenenti a tale categoria possono agire contro il debitore inadempiente.

Per quanto riguarda la seconda categoria, ne fanno parte coloro che hanno appunto contribuito attivamente all'inadempimento di un contratto di cui non sono parte o che, più genericamente, non ne hanno rispettato gli effetti obbligatori già sorti in precedenza²⁸.

Tutte le sottocategorie di terzi summenzionate rappresentano gradi differenti di collegamento rispetto al contratto principale posto in essere dalle parti contraenti, partendo da un collegamento previsto dalle parti stesse, come nel caso della *stipulation pour autrui*, sino al caso del "terzo assoluto", i cui diritti ed interessi risultano del tutto esclusi dalla sfera degli effetti del contratto principale; proprio tale differenza di collegamento e di posizione rispetto al contratto principale è alla base di una diversità di disciplina e di soluzioni in ordine alla tutela del terzo nell'ipotesi di lesione dei suoi diritti ed interessi derivante dall'inadempimento del contratto.

²⁷ Si tratta delle cd. *Victimes d'une mauvaise exécution* e dei cd. *Tiers qui ont contribué à l'inexécution ou à la mauvaise exécution* del contratto. La scelta dei termini è di M. – L. Izorche, *Les effets des conventions à l'égard des tiers*, cit., p. 78.

²⁸ Per completezza si ricorda che si riconducono ad un'ulteriore categoria di "terzi" i cosiddetti creditori chirografari, i quali non dispongono di alcuna garanzia del loro credito tranne l'insieme del patrimonio del debitore sul quale eventualmente rivalersi. Pur trattandosi *de facto* di una posizione di terzietà, qui il collegamento è rappresentato esclusivamente dal credito che vantano; il codice le tutela autonomamente prevedendo in loro favore l'azione pauliana (art. 1167 C. civ.) e l'azione obliqua (art. 1166 C. civ.), ma restano estranei alle vicende risarcitorie legate all'adempimento o meno delle singole obbligazioni contrattuali previste nel contratto principale e quindi evidentemente non interessano nello specifico il discorso che s'intende qui condurre.

3. La tutela dei diritti ed interessi del terzo nell'ipotesi di lesione derivante dall'inadempimenti contrattuale

I. Responsabilità e terzo: linee generali

Nell'analizzare le diverse tipologie di "terzo" rilevanti per l'ordinamento francese, si è potuto comprendere come in realtà la categoria di "terzo", pur nell'unitarietà della definizione che emerge dal principio di relatività degli effetti del contratto (come categoria opposta a quella di parte contraente), rappresenti in realtà una categoria eterogenea in cui emergono molteplici posizioni differenti tra loro. Tale molteplicità di posizioni corrisponde, sul piano della tutela, a differenti soluzioni ed orientamenti sviluppati dalla dottrina e dalla giurisprudenza spesso in concerto tra loro: si tratta di soluzioni interessanti dal punto di vista giuridico in quanto lasciano emergere teorie interpretative e nuove questioni relative in particolar modo alla responsabilità extracontrattuale e contrattuale, al rapporto tra le due e all'ambito di applicazione dell'una e dell'altra.

Relativamente al fondamento giuridico delle pretese risarcitorie dei "terzi" nei confronti delle parti contraenti, si ricorda qui che, in virtù del principio di opponibilità del contratto quale naturale completamento del principio di relatività degli effetti del contratto, lo stesso contratto rileva per il terzo come "fatto" nel momento in cui lo stesso può opporre ovvero vedersi opporre il contratto concluso tra le parti, in tanto in quanto il contenuto del contratto e gli effetti del contratto ledono o al contrario interessano la sfera giuridica del terzo. Questo significa che tutta una serie di vicende che interessano il contratto, quali appunto l'inadempimento o ancora il rispetto delle clausole contrattuali e che non dovrebbero avere alcun rilievo per il terzo, in realtà, proprio in virtù della rilevanza fattuale del contratto, assumono rilievo anche in relazione al terzo, sia esso terzo qualificato, quale ad esempio il beneficiario di una *stipulation pour autrui* ovvero avente causa a titolo particolare, sia che faccia parte della restante categoria di terzi che vantano un collegamento con il contratto molto meno marcato. In relazione a questi ultimi, la giurisprudenza francese ha individuato una serie d'ipotesi nelle quali rileva il danno subito dal terzo in caso d'inadempimento contrattuale; nel caso, quindi, in cui il terzo abbia subito un pregiudizio a seguito del comportamento reciproco delle parti in sede di

adempimento del contratto, allora il terzo avrà diritto al risarcimento del danno da lui subito.

In situazioni di questo tipo il problema principale che si è posto per la giurisprudenza e la dottrina è quello di qualificare il tipo di responsabilità invocabile dal terzo; non si tratta, evidentemente, di un problema puramente teorico poiché la scelta tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale è una scelta che comporta conseguenze ben precise a numerosi livelli, partendo da quello delle condizioni di esercizio e dall'onere probatorio, determinate dalla differenza di “fatto” generatore della responsabilità stessa. Da un lato, la responsabilità civile contrattuale di cui agli artt. 1147 e ss. del *Code civil*, trovando origine in un atto giuridico (vale a dire ogni manifestazione di volontà destinata a produrre effetti giuridici, come appunto un contratto), è strettamente legata alle sorti di tale atto e legittimerà il risarcimento in tutti i casi d'inadempimento non causati da fattori esterni indipendenti dalla condotta della parte e nel limite dei danni previsti o prevedibili in base al contratto (art. 1150 C. civ.), senza alcun rilievo, quindi, per l'atteggiamento psicologico in capo al soggetto che quel danno ha prodotto; dall'altro lato, la responsabilità civile extracontrattuale, di cui agli artt. 1382 e ss. del *Code civil*, trovando origine in un fatto giuridico (vale a dire un avvenimento suscettibile di produrre degli effetti giuridici, come per esempio un incidente), è invece strettamente legata alla qualità e all'atteggiamento psicologico del soggetto che quel danno ha causato, in quanto non rileva solamente il fatto dannoso in sé e per sé considerato, ma anche la condotta tenuta dal soggetto agente, che dovrà essere qualificata come imprudente o negligente, determinando allo stesso tempo, in capo a chi agisce a tutela del suo diritto, un aggravio dell'onere probatorio in termini di allegazioni a fondamento della supposta imprudenza o negligenza di chi ha agito. In questi termini, è evidente l'importanza dell'individuazione del tipo di responsabilità più correttamente individuabile, in quanto essa si traduce in una più semplice tutela giurisdizionale della posizione di chi ha subito il danno²⁹.

Ad un livello più generale e trascendente il solo diritto delle obbligazioni

²⁹ In generale sul tema della responsabilità civile in diritto francese si veda G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Paris, 2008.

francese, inoltre, comprendere su quali basi e a quali condizioni è possibile esercitare l'azione di responsabilità contrattuale o extracontrattuale è utile per individuare soluzioni utili per situazioni simili anche in ordinamenti affini a quello francese.

II. *Casi di estensione della responsabilità contrattuale al terzo*

a. *Rilievi preliminari*

Prima di analizzare la regola generale che, come vedremo, qualifica come extracontrattuale la responsabilità dei contraenti nei confronti dei terzi lesi dall'inadempimento contrattuale, pare utile soffermarsi su una serie di casi in cui tale responsabilità è qualificata invece come contrattuale: si tratta di ipotesi particolari in cui il terzo non è qualificato in termini di "terzo assoluto" o comunque di terzo totalmente estraneo al contratto ma piuttosto si trova rispetto alle parti e al contratto in una posizione particolare, tale da giustificare l'estensione nei suoi confronti della responsabilità contrattuale. I casi in cui i terzi possono esercitare la responsabilità contrattuale pur non essendo parte di un contratto sono generalmente tre: il caso dell'avente causa a titolo particolare (*ayant-cause à titre particulier*), il caso del terzo beneficiario di una *stipulation pour autrui* e infine il caso di un soggetto parte di una convenzione che a sua volta forma con il contratto principale un cd. gruppo di contratti o catena contrattuale³⁰.

I tre casi sopra esposti rispecchiano tre differenti posizioni del terzo rispetto al contratto e ai contraenti, posizioni che presentano determinate particolarità giuridiche idonee a giustificare l'estensione della responsabilità contrattuale per mezzo della loro assimilazione alle parti contraenti. Questo risulta sicuramente più evidente nel caso della *stipulation pour autrui*, in cui il terzo beneficiario, a seguito dell'accettazione, entra a pieno titolo nella dinamica contrattuale che lega i contraenti, mentre risulta essere più sfumato nell'ipotesi del cd. gruppo di contratti o catena contrattuale, in cui il terzo resta sempre estraneo al contratto

³⁰ La presente suddivisione è debitrice di quella esposta in M. – L. Izorche, *Les effets des conventions à l'égard des tiers* cit, pp. 84 e ss., che è stata scelta per chiarezza espositiva ed idoneità al lavoro che s'intende qui svolgere.

principale la cui violazione gli ha causato un danno, anche se il tipo di effetti che subisce è paragonabile a quello di una parte e in particolari circostanze è ammesso che il terzo possa esercitare l'azione di natura contrattuale. Tralasciando qui l'approfondimento del caso relativo all'*ayant-cause à titre particulier*, per ragioni legate al complesso del discorso che s'intende svolgere nel presente capitolo, con riferimento, in generale, alle ipotesi di estensione della responsabilità contrattuale rispetto al quale il diritto all'esercizio dell'azione nasce in virtù di un determinato rapporto triangolare che vede le parti da un lato e il terzo dall'altro senza riferimento a trasmissione di posizioni e diritti, si procederà invece all'approfondimento dei casi specifici della *stipulation pour autrui*, da un lato, e del c.d. gruppo di contratti dall'altro³¹.

b. *La stipulation pour autrui*

L'ipotesi fondamentale in cui si riconosce un'estensione al terzo della tutela contrattuale in caso di violazione o inadempimento contrattuale è quella della *stipulation pour autrui* di cui all'art. 1121 C. civ.; in questo caso, a differenza di quanto avviene in occasione di altre tipologie *latu sensu* riconducibili all'estensione degli effetti contrattuali nei confronti di un soggetto terzo, come nel caso dell'avente diritto a titolo particolare, beneficiario di una stipulazione in suo favore rimane estraneo al contratto concluso tra lo stipulante e il promittente, non diventandone parte, ma semplicemente ne subisce gli effetti che le parti stesse hanno contrattualmente previsto. Essa integra quel rapporto triangolare a cui si è fatto riferimento, integrando appunto, secondo la definizione che ne da

³¹ Si ricorda qui brevemente come in termini di *ayant-cause à titre particulier* rilevano ipotesi di trasmissione legale e convenzionale del contratto, in virtù delle quali sorge un obbligo di rispetto dei diritti e delle posizioni dei soggetti sorti prima della trasmissione stessa; non si tratta, quindi di una posizione riconducibile ad un'eccezione *latu sensu* del principio di relatività degli effetti del contratto, ma devono essere più precisamente considerate come casi di estensione legale ovvero convenzionale degli effetti obbligatori di contratti in corso. Per tale ragione quindi non attengono al problema dell'estensione della tutela contrattuale nei termini che qui rileva, vale a dire come effetto sorto da un'espressa stipulazione in favore del terzo ovvero come effetto ulteriore legato ad una specifica situazione che coinvolge il terzo pur in assenza di specifica pattuizione.

Larroumet³²

opération résultant d'une convention unique, exclusive de toute représentation de l'une des trois personnes intéressées par l'une des deux autres, et cela aussi bien au moment de sa conclusion que dans ses effets, et qui suppose une multiplication ou un enchevêtrement de relations juridiques entre les trois personnes, tels sont les éléments caractéristiques de l'opération juridique à trois personnes

Premesso un tanto, alcune interessanti considerazioni si possono ricostruire dalla disciplina applicabile all'istituto in oggetto e su alcuni elementi fondamentali dello stesso; il primo di tali elementi ad assumere rilievo è senza dubbio il carattere necessariamente contrattuale dell'istituto in oggetto³³, conferito, in primo luogo, dalla volontà di far nascere un diritto a profitto di un terzo, rilievo, questo, che non risulta così scontato come potrebbe pensare se si considera la natura eccezionale dell'istituto in oggetto rispetto al principio di relatività degli effetti del contratto. Essendo quest'ultimo principio sorto a tutela dell'autonomia della volontà delle parti, solo tale volontà è idonea a porre in essere la costituzione convenzionale di un beneficio a favore del terzo.

In secondo luogo, rileva come connesso al carattere contrattuale della *stipulation pour autrui* il problema dell'interesse, nello specifico patrimoniale, in capo allo stipulante per la validità della pattuizione conclusa a favore del terzo; si tratta, questo, di un aspetto che si vedrà rilevare parzialmente anche con riferimento alla disciplina dell'istituto come in vigore nell'ordinamento italiano, stante l'espressa menzione che dello stesso fa l'art. 1411 del codice civile³⁴. In verità, il requisito dell'interesse non assume allo stato attuale della disciplina dell'istituto un valore preminente, in quanto, stante la configurabilità dello stesso in termini anche di interesse meramente morale, in verità pare che lo stesso abbia perso rilevanza pratica, nel senso che si deve desumere un interesse da parte dello

³² Cfr. Ch. Larroumet, *Les operation juridiques a trois personnes*, Th. Bordeaux, 1968, p. 5.

³³ In relazione agli elementi fondamentali della *stipulation pour autrui* si veda J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, *Les effets du contrat*, Paris, 2001, pp. 964 – 973; J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, *La stipulation pour autrui (rapport français)*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaïsons franco-belges*, Paris, 1992, pp. 380 – 407.

³⁴ Cfr. parte terza, capitolo quarto, pp. 400 e ss. del presente elaborato.

stipulante nel fatto stesso di stipulare a favore del terzo³⁵; è una posizione, questa, che trova un certo riscontro in giurisprudenza, tanto che genericamente questo requisito non è più menzionato nelle sentenze come causa di invalidità di una stipulazione in favore di terzo³⁶. Problema diverso è invece quello dell'interesse in capo al terzo beneficiario, in quanto presenta rilevanti connessioni con la necessità di accettazione del beneficio in capo allo stesso. In effetti, nascendo dalla conclusione di una *stipulation pour autrui* un diritto autonomo e diretto alla prestazione, è necessario che questo debba corrispondere ad un interesse dello stesso ad avvalersene; tale interesse, che parimenti a quello (teoricamente) previsto in capo allo stipulante, può avere natura anche solo morale, concretizza la facoltà prevista in capo terzo di accettare ovvero, implicitamente, rifiutare il beneficio pattuito in suo favore³⁷. L'accettazione ha la funzione, quindi, di rendere irrevocabile il diritto che già autonomamente è nato in capo al terzo: essa ha un valore puramente certificante e rettificante di ciò che è stato pattuito nei suoi confronti. Parimenti, avvenuta l'accettazione, non sarà più possibile per lo stipulante nemmeno compiere alcun tipo di atto modificativo della prestazione pattuita e, conseguentemente, del diritto acquisito dal terzo, poiché esso è entrato nella sfera di disponibilità del beneficiario che è il solo a poterne validamente disporre; nell'ambito dei rapporti tra il terzo e le parti che hanno stipulato in suo favore, l'accettazione del terzo è ritenuta condizione di opponibilità al terzo eventuali sentenze di nullità o di risoluzione pronunciate in relazione al contratto concluso tra lo stipulante e il promittente³⁸.

³⁵ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, *Les effets du contrat* cit., p. 965.

³⁶ Cfr. *contra* 5 juin 1984, *Bull. Civ.* 1984, I, n° 184, la quale giustifica la risoluzione di un contratto a favore di una terza beneficiaria sulla base dell'assenza d'interesse in capo allo stipulante a mantenere con il proprio impiegato un contratto di assicurazione per i rischi derivanti dal trasporto aereo poiché il soggetto in questione non sarebbe stato più soggetto a tale rischio; trattasi, si rileva qui, di un caso isolato.

³⁷ Cfr. J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, *Les effets du contrat* cit., p. 966.

³⁸ Va rilevato in questa sede come sia del resto necessario che nel giudizio relativo alla nullità o alla risoluzione del rapporto contrattuale sia chiamato in causa anche il terzo, che altrimenti potrebbe opporre la relatività degli effetti contrattuali; cfr. P. Gallo, voce *Contratto a favore del terzo nel diritto comparato*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sez. Civile*, 4, Torino, 1989, p. 252

Rappresenta un ulteriore elemento fondamentale proprio della *stipulation pour autrui* il suo carattere (eventualmente) accessorio: il problema della configurabilità dell'istituto in questione come accessorio si riflette sulla c.d. autonomia della pattuizione in favore del terzo rispetto al contratto principale. Stando alla lettera dell'art. 1121 del *Code civil*, il carattere accessorio della *stipulation* sarebbe evidente: la norma infatti, nell'indicare le condizioni di validità della *stipulation pour autrui* indica espressamente la circostanza che questa sia la condizione di una stipulazione conclusa *pour soi-même* ovvero di una donazione a fare del promittente, dove in quest'ultimo caso, stante la gratuità del negozio, condizione andrà interpretata nel senso di *modus*. In questo senso, valore primario nella struttura triangolare posta in essere con la *stipulation* avrebbe il vincolo contrattuale tra lo stipulante e il promittente, relegando appunto il beneficio pattuito ad accessorio di secondaria importanza; in verità, la dottrina, alla luce dell'applicazione dell'istituto in oggetto in fattispecie quali l'assicurazione sulla vita, in cui è l'interesse del beneficiario a rilevare primariamente, ha riconosciuto come si possa parlare della *stipulation pour autrui* come di un negozio principale e pertanto valido qualora integri come scopo il solo beneficio a favore del terzo³⁹.

Con riferimento al profilo dell'individuazione della persona del terzo beneficiario, si ritiene, nel silenzio dell'art. 1121, esso possa essere sia una persona fisica sia una persona giuridica. Non è necessario, inoltre, che lo stesso sia indicato direttamente nel contratto; ciò significa che lo stipulante è libero di designare il terzo anche in un momento successivo alla stipulazione, e, stante il suo potere di revoca prima dell'accettazione del terzo stesso, anche sostituirlo in un secondo momento. Parimenti non sono richiesti il requisito della determinatezza del terzo, essendo sufficiente che sia determinabile⁴⁰; si ritiene ammissibile altresì stipulare in favore di un terzo non determinato perché non

³⁹ Cfr. J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, *Les effets du contrat* cit., p. 969.

⁴⁰ Tale circostanza ha fatto sì che potessero essere validate dalla suprema giurisprudenza francese anche le stipulazioni in favore di poveri o persone meritevoli, come sottolinea P. Gallo, voce *Contratto a favore del terzo nel diritto comparato* cit., p. 252 e nota 20.

ancora esistente⁴¹.

Per quanto riguarda la posizione del promittente, questa deve essere considerata tanto dal punto di vista dei rapporti che lo legano allo stipulante quanto dal punto di vista dei rapporti che lo legano al beneficiario. Relativamente ai primi, il promittente è a questi legato dal vincolo contrattuale che nasce dal contratto principale e quindi, come ogni contraente, sarà tenuto ad adempiere a tutte le obbligazioni che da quel contratto derivano: il fatto che sia stata prevista una stipulazione in favore del terzo non modifica in alcun modo gli effetti del rapporto principale. Dalla stipulazione, però, sorgono degli effetti che coinvolgono anche la relazione tra lo stipulante e il promittente; in primo luogo, a rilevare è il problema dell'esercizio dell'azione di adempimento. Se è vero che il terzo, in virtù dell'acquisto diretto del proprio diritto alla prestazione è il primo legittimato all'esercizio dell'azione in oggetto, la giurisprudenza ha però ammesso altresì la soluzione contraria, sulla base del fatto che lo stipulante, agendo per l'adempimento, lo fa a profitto del beneficiario⁴². In verità, si può ritenere che la legittimazione in capo allo stipulante a richiedere l'adempimento della prestazione in favore del terzo trovi semplicemente spiegazione nel fatto che i rapporti tra quest'ultimo e lo stipulante sono inquadrati in un contratto rispetto al quale il promittente si è obbligato ad un *facere* che se non atteso è idoneo a provocare la risoluzione del contratto ovvero a legittimare lo stipulante all'*exceptio non adimpleti contractus* ovvero dunque a domandare in via giudiziale il risarcimento del danno⁴³.

Per quanto riguarda il rapporto tra lo stipulante e il terzo beneficiario, è da escludere che quest'ultimo possa chiedere l'adempimento in via giudiziale al primo. Il beneficiario, infatti, non ha alcun legame contrattuale con lo stipulante, il quale ha pattuito in suo favore una prestazione, da eseguirsi, però, da parte del promittente; inoltre, come si è ribadito già in diverse occasioni, il diritto del terzo discende direttamente dal contratto, e in questo senso non viene a lui trasmesso

⁴¹ Sul punto si veda J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, *Les effets du contrat* cit., p. 970 e ss.

⁴² Cfr. Cass. Civ. 1^{re}, 12 juill. 1956, *Bull. civ.* 1956, I, n° 306 ; Cass. Civ. 1^{ere}, 14 décembre 1999, *Bull. civ.* 1999, I, n° 345.

⁴³ Cfr. J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, *Les effets du contrat* cit., pp. 975 – 976.

per il tramite dello stipulante, non passando per il suo patrimonio⁴⁴. Attiene parimenti ai rapporti tra stipulante e terzo beneficiario la possibilità in capo al primo di revocare la stipulazione in favore del terzo, come espressamente prevista dall' art. 1121 del *Code civil*; un tanto vale sino al momento dell'accettazione del beneficio da parte del terzo, salvo che non sia stato il promittente ad opporsi alla facoltà di revoca in sede di conclusione del contratto. In questo caso, il diritto del terzo nasce come irrevocabile⁴⁵.

Per quanto riguarda, infine, i rapporti tra il promittente e il beneficiario, questi risultano esclusivamente dalla pattuizione in suo favore, e non chiaramente dal rapporto principale che intercorre tra lo stipulante e il promittente; il terzo beneficiario infatti ha acquisito dalla stipulazione quel diritto diretto che si concretizza essenzialmente nella possibilità di chiedere in via giudiziale l'adempimento della prestazione in suo favore e parimenti chiedere il risarcimento del danno per l'eventuale inadempimento⁴⁶. Qui si spiega, finalmente, il senso di questo lungo *excursus* relativo alla disciplina della *stipulation pour autrui*: essa concretizza un modello astratto di fattispecie rispetto alla quale il terzo acquista un diritto autonomo e diretto alla prestazione a cui corrisponde parimenti la tutela prevista dall'ordinamento per l'indempimento, ovverosia l'esercizio dell'azione in responsabilità contrattuale. Tale esercizio non rappresenta una mera estensione della tutela contrattuale al terzo, poiché il terzo ha in primo luogo un diritto alla prestazione a cui segue poi la tutela risarcitoria. In questo si può dire che, ad esclusione della *stipulation pour autrui tacite* che ne rappresenta un'estensione e di cui si dirà a breve, è la sola stipulazione in favore del terzo ad essere configurabile come eccezione al principio secondo cui l'effetto principale del

⁴⁴ Cfr. J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, *Les effets du contrat* cit., pp. 977. Il terzo quindi non può agire per l'adempimento della prestazione nei confronti dello stipulante, anche nell'ipotesi in cui abbia, ad esempio, prestato garanzia sulla base della promessa prestazione; nemmeno i creditori dello stipulante possono agire con azione pauliana ex art. 1167 C. civ. per l'inopponibilità di un eventuale pagamento fatto dallo stesso al terzo attraverso il promittente.

⁴⁵ Cfr. J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, *Les effets du contrat* cit., p. 979.

⁴⁶ Cfr. J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Biliau, *Les effets du contrat* cit., p. 982. Il promittente è invece legittimato ad opporre al terzo tutte le eccezioni nascenti dal contratto che avrebbe potuto opporre allo stipulante, diversamente da quelle nascenti da diversi rapporti sempre intercorrenti tra questi e lo stipulante.

contratto, ovvero il diritto alla prestazione e la sua parallela tutela, non può avere effetto se non tra le parti contraenti, stante l'autonomia del diritto da lui acquisito.

c. Segue. *La stipulation pour autrui tacite*

Sempre in relazione allo schema della *stipulation pour autrui* rileva qui una particolare forma di *stipulation pour autrui*, la c.d. *stipulation pour autrui tacite*, di origine giurisprudenziale: si tratta nello specifico di una forma di stipulazione in favore di terzo implicita che opera a profitto di particolari terzi quali ad esempio i passeggeri vittime di incidenti di trasporto⁴⁷. In caso d'incidente, infatti, il trasportatore non sarà tenuto soltanto nei confronti del passeggero in quanto legato allo stesso da un'obbligazione di sicurezza, ma sarà tenuto anche nei confronti di quei soggetti che al trasportato sono legati da un vincolo legale d'assistenza, i quali vanteranno un diritto proprio diverso dal diritto di risarcimento della vittima (che spetta comunque agli eredi della vittima a norma dell'art. 1122 C. civ.⁴⁸), un diritto proprio quindi all'indennizzo del pregiudizio materiale e morale che ha causato loro il decesso del loro congiunto e che proprio egli avrebbe implicitamente stipulato a loro favore.

Quindi, per il tramite della ricostruzione giurisprudenziale della fattispecie nei termini di una *stipulation pour autrui tacite* in virtù della quale, anche se non hanno provveduto a stipulare espressamente una *stipulation pour autrui* ai sensi dell'art. 1121 C. civ., in virtù dell'obbligazione di sicurezza che li lega ai soggetti loro congiunti, questi soggetti beneficiano di un regime particolare che prevede l'esercizio di un'azione di responsabilità contrattuale e l'operatività dell'art. 1147 C. civ.⁴⁹, esimendoli dal dimostrare la colpa del trasportatore e dalla disciplina della responsabilità extracontrattuale di cui agli articoli 1382 e 1383 del *Code*

⁴⁷ Le prime sentenza sul punto datano 1850; successivamente, anche in seguito alla riforma legislativa del 1930, la giurisprudenza si è ulteriormente arricchita.

⁴⁸ *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.*

⁴⁹ *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.*

*civil*⁵⁰. Questa giurisprudenza, è bene dirlo, è stata in seguito sfumata dalla previsione della possibilità per i congiunti di poter rifiutare il beneficio stipulato tacitamente nei loro confronti allo scopo di poter approfittare dei vantaggi che nel frattempo l'evoluzione della tutela extracontrattuale poteva loro offrire⁵¹.

Questo rappresenta solo uno dei casi in cui la giurisprudenza francese ha riconosciuto l'operatività di una *stipulation pour autrui tacite*; effettivamente, questa, ha giocato un ruolo molto importante per l'estensione della tutela contrattuale ai terzi in numerosi casi e domini giuridici, tra cui ancora quello assicurativo, nel caso dell'assicurazione stipulata per conto “*de qui il appartiendra*” a profitto dei proprietari successivi della merce trasportata di cui all'art. L. 112-1 del *Code des Assurances*. Un caso particolare in cui la *stipulation pour autrui tacite* ha rivestito altresì un ruolo molto importante è quello in materia di trasfusioni sanguigne; una serie di pronunce successive della *Cour de cassation* sul punto ha determinato che il contratto stipulato tra l'ospedale ed il centro di trasfusione è inteso contenere una stipulazione in favore di terzo, vale a dire coloro i quali subiscono una trasfusione e che normalmente sono estranei alla *stipulation* principale⁵².

Sempre in tema di trasfusioni, lo stesso schema è stato adottato anche con riferimento ai casi di quelle persone vittime di trasfusioni contaminate dal virus dell'AIDS⁵³: in questo caso, il centro di trasfusione è obbligato ad acquistare dei prodotti esenti da vizi, obbligazioni dalla quale non possono essere esonerati se non nel caso di causa straordinaria a loro non imputabile. Si tratta, in questo caso, di un'obbligazione di sicurezza di cui beneficia in primo luogo l'acquirente della cosa difettosa – nel caso delle trasfusioni, l'ospedale – ma di cui beneficia anche il subacquirente, vale a dire il paziente che deve subire la trasfusione. In questo

⁵⁰ La giurisprudenza in tema di vittima diretta d'incidente risale agli anni '30 del '900. Cfr. sul punto Cass. civ., 6 déc. 1932, DP 1933.177; Cass. req., 8 mars 1937, D. 1938.1.76.

⁵¹ Cfr. Cass. com., 19 juin 1951, D 1951, 717. Tale giurisprudenza è stata rimessa poi in questione a proposito di un caso in cui ad essere oggetto di discussione erano le regole di conflitto applicabile all'azione in responsabilità: cfr. Cass. civ., 1^{ere}, 28 oct. 2003, *Bull. civ.* 2003, I, n° 211.

⁵² È un orientamento, questo, che risale a Cass. Civ. 2^{eme}, 17 déc. 1954, in JCP 55, II, 8490.

⁵³ È una giurisprudenza, questa, che risale agli anni '90 e fa capo ad una serie di sentenze tra cui si ricorda Cass. Civ. 1^{ere}, 14 nov. 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 104 e Cass. Civ. 1^{ere}, 12 avr. 1995, *Bull. civ.* 1995, n° 179 e 180.

modo la vittima, estranea appunto al contratto concluso tra il centro di trasfusione e l'ospedale, beneficia della medesima obbligazione di sicurezza di cui avrebbe beneficiato se avesse concluso il contratto non con l'ospedale ma direttamente con il centro di trasfusione. È un orientamento, questo, nato in relazione ai contratti di fornitura che poi ha trovato applicazione anche nell'ipotesi appena analizzata.

In una serie di pronunce successive, la *Cour de cassation* aveva sempre riservato l'azione per la responsabilità contrattuale al solo primo e diretto acquirente, statuendo che il terzo non avrebbe potuto avvalersi che della responsabilità extracontrattuale. Con una sentenza del 1995⁵⁴, la *Cour de cassation* delinea la soluzione già prospettata nella Direttiva CEE del 25 luglio 1985 sulla *responsabilité du fait des produits défectueux* e che il legislatore francese recepirà nel 1998 con la legge n°. 98-389 del 19 maggio 1998 relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi, estendendo la responsabilità del venditore in caso di difetti o vizi del prodotto venduto anche con riguardo ai terzi, pur essendo questi anche solo semplici utilizzatori della cosa e non aventi causa dell'acquirente diretto.

In questo modo ormai i venditori, i distributori e i fornitori professionali (in caso di mancata identificazione del produttore) sono responsabili dei "difetti di sicurezza" del prodotto alle medesime condizioni del produttore (ma solo se il produttore non viene identificato entro 3 mesi dalla notifica della vittima, a norma della novella all'art. 1386-7 del *Code civil* operata dalla legge n°. 2006-406 del 5 aprile 2006), il quale è responsabile dei danni causati dai difetti del suo prodotto che egli sia o meno legato dal contratto alla vittima (a norma del novellato art. 1386-1 del *Code civil*), rientrando nel campo d'applicazione della legge il risarcimento del danno causato "*par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci*" (a norma dell'art. 1386-12). Più recentemente, inoltre, la *Cour de Cassation* ha ripreso la nozione di *stipulation pour autrui* in una pronuncia del 2005 in tema di azione in responsabilità esercitata contro l'*Etablissement français du sang* da una persona che era stata contaminata a causa della trasfusione e che ha fondato la propria azione sul contratto che lega

⁵⁴ Cfr. Cass. Civ. 1^{ere}, 17 janv. 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 40.

l'*Etablissement* all'ospedale in cui la trasfusione è stata eseguita⁵⁵.

Una serie di novelle legislative in materia di responsabilità ha fatto sì che il ricorso alla figura della *stipulation pour autrui tacite* da parte della giurisprudenza francese sia divenuto sempre meno necessario: per esempio, la novella legislativa in tema delle cd. *victimes par ricochet* (ovvero le cd. vittime indirette) ha attribuito loro il diritto al risarcimento del danno per via contrattuale, equiparandoli in questo modo ai contraenti. Inoltre, sono state previste ulteriori regole d'indennizzo, applicabili tanto ai passeggeri quanto ai loro congiunti, in molti altri settori del trasporto civile, prevedendo ugualmente l'applicabilità della responsabilità contrattuale⁵⁶. È evidente, quindi, che lo schema adottato in passato dalla *Cour de cassation* in tema di *stipulation pour autrui* e concessione di un'azione contrattuale diretta di cui beneficia il soggetto in virtù della presenza di un'obbligazione di sicurezza è in progressivo abbandono in favore di una disciplina per singoli settori.

d. Il concetto di «gruppo di contratti» e le azioni dirette

Nel corso degli anni '70, la dottrina ha individuato una nuova categoria giuridica alla quale è possibile estendere la responsabilità contrattuale al pari del terzo beneficiario di una *stipulation pour autrui*, vale a dire il cd. «gruppo di contratti»⁵⁷. Con il concetto di gruppo di contratti si fa riferimento ad una serie di

⁵⁵ Cfr. Cass. civ. 2^{eme}, 20 oct. 2005, *Bull. civ.* 2005, II, n° 267.

⁵⁶ Cfr. art. 123 *Code de l'aviation civile* relativa al trasporto aereo interno; art. 10 della Convenzione di Bruxelles del 29 agosto 1961 sui trasporti marittimi internazionali; art. 42 della *Loi n. 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes*.

⁵⁷ È interessante notare qui in limine come il problema della catena contrattuale e dei gruppi di contratti venga configurato nella trattazione francese come un problema di relatività degli effetti del contratto e sia considerato uno dei casi eccezionali in cui eventualmente si ha estensione della responsabilità contrattuale al terzo; cfr. in questo senso l'impostazione del problema dell'estensione della responsabilità contrattuale al terzo adottata da Izorche, M. – L., *Les effets des conventions à l'égard des tiers*, cit., pp. 90 e ss. I lavori della dottrina sulla tema del “gruppo di contratti” e sulla catena contrattuale sono numerosi; si rimanda, senza presunzione di completezza a B. Teyssié, *Le groupes des contrats*, Paris, 1975; F. Leborgne, *L'action en responsabilité dans le groupes de contrats, étude de droit interne et de droit international privé*, thèse Rennes, 1995; M. Bacache-Gibeili, *La Relativité des conventions et les Groupes de contrats*, cit. e più recentemente D. Mainguy, *Actualité des actions directes dans le chaînes de contrats* in *Droit et actualité. Études*

due o più contratti isolati e distinti tra loro ma legati tra loro dal medesimo oggetto o dal medesimo scopo: per tale ragione, possono essere considerati come un unico insieme contrattuale. Può trattarsi di un gruppo formato da un contratto principale e da una serie di contratti accessori, oppure può trattarsi di una vera e propria “catena di contratti” (*chaînes de contrats*), vale a dire ad una serie di contratti tutti principali ma legati da un rapporto di successione logica l’uno con gli altri (come la catena produttore – consumatore), oppure ancora può trattarsi di una serie di contratti legati da un vincolo organizzativo, nel senso di un’insieme contrattuale legato dallo scopo di organizzare risorse e relazioni.

Nell’ambito della nozione generale di “gruppo di contratti”, assume un certo rilievo la cd. catena contrattuale: è proprio in quest’ambito che la giurisprudenza ha riconosciuto l’estensibilità al terzo – vale a dire, in questo caso, quel soggetto che è parte soltanto di uno dei contratti componenti la catena, ovverosia il cd. “*contractantes extrêmes*”⁵⁸ – di un’azione diretta di natura contrattuale nei confronti di parti contraenti di un contratto facente parte della medesima catena, diverso da quello stipulato dal terzo⁵⁹. Secondo una parte della dottrina, solamente le catene contrattuali traslative della proprietà ammetterebbero l’estensione dell’azione diretta di natura contrattuale, in quanto l’azione stessa sarebbe un accessorio del bene oggetto del contratto e quindi verrebbe trasmessa *intuitu rei* con la proprietà: con il trasferimento della cosa, i contraenti successivi si vedono trasferite anche le azioni relative alla cosa stessa, con la possibilità per il terzo e ultimo proprietario a cui è stata trasferita la cosa di esercitarle contro il primo venditore direttamente⁶⁰. In tutti gli altri casi di “gruppo di contratti”, quindi, il

offertes à Jacques Béguin, Paris, 2005.

⁵⁸ In questi termini cfr. M.-L. Izorche, *Les effets des conventions à l’égard des tiers* cit., p. 91.

⁵⁹ La nozione di “gruppo di contratti” ha trovato recepimento in giurisprudenza per la prima volta con la sentenza *Lamborghini* del 1979 (Cass. civ., 1^{ere}, 9 oct. 1979, *Bull. civ.* 1979, I, n° 241). Nel caso di specie si trattava di una catena omogenea di contratti di vendita e l’azione del subacquirente contro il venditore iniziale fu riconosciuta come un’azione necessariamente contrattuale.

⁶⁰ È la posizione espressa da Ch. Aubry, Ch. Rau, *Cours de droit français d’après le methode de Zachariae*, 2, Paris, 1968, §176, n° 69 come ricorda C. Lisanti -Kalczynski, *L’action directe dans les chaînes de contrats? Plus de 10 ans après l’arrêt Besse*, in *JCP* 2003, I, 102, n° 3, p. 62.

terzo avrebbe trovato tutela solamente nell'esercizio dell'azione di natura extracontrattuale. Secondo altra parte della dottrina, invece, l'estensione dell'azione diretta contrattuale non sarebbe limitata esclusivamente alle catene contrattuali traslative della proprietà ma riguarderebbe in generale ogni gruppo contrattuale la cui esistenza sarebbe di per sé sufficiente ad estendere l'azione diretta: anche in caso, quindi, di un insieme contrattuale non traslativo della proprietà sarebbe ammessa per il terzo l'azione diretta di natura contrattuale⁶¹.

L'incertezza dottrinale ha avuto un riflesso anche sul piano giurisprudenziale, traducendosi nell'opposizione tra la posizione assunta sul punto dalla Prima Camera Civile e dalla Terza Camera Civile della *Cour de cassation* in merito a due questioni fondamentali: dapprima, in merito all'ammissibilità stessa dell'azione diretta in ipotesi riconducibili al "gruppo di contratti" - risoltasi definitivamente in senso positivo a seguito dell'intervento dell'Assemblea Plenaria con due pronunce rese il 7 febbraio 1986⁶² -, in seguito, in merito all'ammissibilità dell'azione diretta di natura contrattuale anche in caso di catena contrattuale non traslativa della proprietà. In particolare, in relazione a quest'ultima questione, la Prima Camera Civile della *Cour de Cassation*⁶³ ammetteva l'azione diretta anche nel caso di catene contrattuali non traslative della proprietà e ne riconosceva la natura contrattuale, mentre la Terza Camera Civile della *Cour*⁶⁴ non ammetteva l'estensione dell'azione diretta oltre il caso della catena contrattuale traslativa della proprietà.

⁶¹ Cfr. B. Teyssié, *Le groupes des contrats* cit. e J. Neret, *Le sous contrat*, Paris, 1979 come ricorda C. Lisanti -Kalczyński, *L'action directe dans les chaînes de contrats? Plus de 10 ans après l'arrêt Besse* cit., p. 62.

⁶² Cfr. Ass. Plén., 7 février 1986, *Bull. ass. plén.* 1986, n° 1 e n° 2. Differentemente dalla giurisprudenza *Lamborghini*, che ammetteva l'azione diretta in caso di catena contrattuale omogenea (vale a dire nel caso di contratti di vendita successivi), l'Assemblea Plenaria ammette qui l'azione diretta anche nel caso di catena contrattuale non omogenea, vale a dire contratti di natura differente, accomunati dal medesimo oggetto (si trattava nell'ipotesi di un *contrat d'entreprise*, vale a dire di un contratto d'appalto, e di un contratto di vendita).

⁶³ Tra la giurisprudenza di riferimento si veda Cass. Civ. 1^{ere}, 8 mars 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 69; Cass. Civ. 1^{ere}, 21 juin 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 202 e Cass. Civ. 1^{ere}, 31 oct. 1989, *Bull. civ.* 1989, III, n° 199 (2).

⁶⁴ Tra la giurisprudenza di riferimento si veda Cass. Civ. 3^{eme}, 22 juin 1988, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1988, p. 763.

A dirimere la dicotomia è intervenuta nuovamente l'Assemblea Plenaria che, con la sentenza del 12 luglio 1991, nota come sentenza *Besse*, dando ragione all'orientamento della Terza Camera Civile, ha affermato che, nell'ipotesi di catena contrattuale non omogenea, l'estensione al terzo dell'azione diretta di natura contrattuale non sarebbe stata possibile, e che costui, quindi, avrebbe potuto agire soltanto in termini di responsabilità extracontrattuale⁶⁵. In virtù della sentenza *Besse*, quindi, i terzi "contraenti estremi" non possono invocare la responsabilità contrattuale ma solo quella extracontrattuale: l'azione diretta di natura contrattuale risulta quindi strettamente circoscritta alle catene di contratti traslative di proprietà, ponendo un limite all'interpretazione creativa adottata dalla Prima Camera Civile e fondando l'azione contrattuale per il terzo soltanto in relazione all'*intuitus rei*.

La giurisprudenza fissata con la sentenza *Besse* non si è in realtà dimostrata così incontrovertibile; essa infatti non pare aver definitivamente risolto il problema dell'azione diretta nelle catene contrattuali e si è dovuta scontrare con una serie di nuove questioni che hanno contribuito a rimetterla in discussione. Le maggiori lacune in relazione alle catene contrattuali si sono dimostrate in tema di vendita internazionale⁶⁶, in tema di clausole limitative di garanzia o responsabilità⁶⁷ e infine in tema di clausole attributive della competenza⁶⁸. In

⁶⁵ Il caso pratico che ha dato origine alla pronuncia dell'Assemblea plenaria della *Cour de Cassation* riguardava il proprietario di un immobile che lamentava i danni prodotti dall'opera del subappaltatore: la Corte, disconoscendo l'orientamento della Prima Camera Civile, statuisce che tra il proprietario e il subappaltatore non vi era alcun "collegamento contrattuale" idoneo a giustificare l'estensione dell'azione contrattuale, argomentando sulla base dell'art. 1165 del *Code civil*.

⁶⁶ Cfr. Cass. Civ. 1^{ere}, 5 juin 1999, con cui la *Cour de cassation* rifiuta l'applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili del 1968 all'azione esercitata da un sub acquirente francese contro un fabbricante straniero nonostante questa si applicasse al contratto originario.

⁶⁷ Cfr. Cass. Civ. 1^{ere}, 7 juin 1995, *Bull. Civ.* 1995, I, n° 249, che estende oltre all'azione diretta, anche l'opponibilità al terzo delle clausole limitative della garanzia o della responsabilità. Ma contro si veda Cass. Civ. 3^{eme}, 28 nov. 2001, *Bull. civ.* 2001, III, n° 140, in cui si l'estensione al terzo dell'azione diretta viene rifiutata in virtù dell'inopponibilità al terzo delle clausole contrattuali relative alla garanzia e alla responsabilità, con conseguente possibilità per lo stesso di esercitare la sola azione extracontrattuale. Secondo M.-L. Izorche, *Les effets des conventions à*

realtà, il solo fondamento dell'*intuitus rei* non è di per sé sufficiente a determinare il dominio e, quindi, l'estensibilità dell'azione diretta al terzo, seppur in una catena contrattuale traslativa della proprietà: altri fattori, infatti, possono concorrere a determinare l'opportunità o meno di tale estensione e di fatto disattendere la regola così come parrebbe essere stata stabilita dalla sentenza *Besse*⁶⁹.

III. *La configurabilità della responsabilità nei confronti dei terzi in caso di lesione da inadempimento del contratto. Brevi riflessioni.*

Sulla base di quanto rimarcato nei paragrafi precedenti in tema di eccezionali estensioni della tutela contrattuale, si può affermare che nell'ordinamento francese, la responsabilità dei contraenti nei confronti dei terzi ai quali le vicende legate al (mancato) adempimento del contratto abbiano causato un pregiudizio è come regola generale una responsabilità di tipo extracontrattuale⁷⁰: il contraente che ha arrecato pregiudizio si troverà a dover

l'égard des tiers cit., p. 91, nota 68, questa soluzione adottata dalla Terza Camera Civile della *Cour de cassation* è ispirata ad un principio di simmetria secondo il quale non si può estendere ai terzi l'azione in responsabilità contrattuale senza però permettere parimenti al debitore-contraente originario di opporre al terzo tutte le regole e clausole che costituiscono il contratto da lui concluso.

⁶⁸ Cfr. Cass. Civ. 1^{re}, 6 fév. 2001, in *RTD.com.* 2001, p. 413, che in tema di clausola compromissoria, tradizionalmente considerata intrasmissibile in una catena contrattuale e quindi in opponibile al terzo beneficiario di un'azione diretta, opta per la trasmissibilità e l'opponibilità al terzo salvo la sua ragionevole ignoranza circa l'esistenza della stessa.

⁶⁹ In senso critico sulla "dottrina *Besse*" e sulla giurisprudenza successiva si veda, tra gli altri, C. Lisanti -Kalczynski, *L'action directe dans les chaînes de contrats? Plus de 10 ans après l'arrêt Besse* cit.; P. Jourdain, *La nature de la responsabilité civile dans le chaîne de contrats après l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juill. 1991*, D. 1992, p. 149 e ss. e D. Mainguy, *Actualité des actions directes dans le chaînes de contrats* in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, 2005, pp. 449-470. È bene sottolineare come sulla questione della catena contrattuale sia intervenuto il già citato *Avant-projet* di riforma del diritto delle obbligazioni che, come vedremo tra breve, prevedendo all'art. 1172-2 l'estensibilità delle clausole limitative, di esclusione, di arbitrato e di giurisdizione (tra cui anche quella internazionale) al terzo, qualora questi ne fosse stato a conoscenza al momento di assunzione del proprio impegno contrattuale e a queste non si fosse opposto.

⁷⁰ È questa una posizione che la giurisprudenza ha adottato sin dalla sentenza Cass. req. 23 févr.

rispondere in linea di principio ai sensi dell'art. 1382 del C. civ., in virtù del quale
Art. 1382 C. civ.: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer,*

e ai sensi dell'art. 1383 del Code Civil, secondo cui

Art. 1383 C. civ.: *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*

È stata la responsabilità extracontrattuale, quindi, ad essere scelta come strumento di tutela generale nell'ipotesi di danni subiti dal terzo estraneo al contratto causati in occasione dell'adempimento: è una scelta, questa, che permette a tutti coloro che non hanno preso parte alla formazione del contratto e che non è previsto ne subiscano gli effetti obbligatori di veder tutelata la propria posizione nell'ipotesi di lesione derivante da inadempimento del contratto.

La qualificazione della responsabilità in questione come responsabilità extracontrattuale pone il problema delle condizioni di esercizio della responsabilità stessa: a norma della disciplina summenzionata, infatti, è necessario che il terzo dimostri di aver subito un danno causato non soltanto dal fatto/azione della parte contraente, ma che tale fatto a sua volta sia stato causato con imprudenza ovvero imperizia. Quindi, in generale, il solo fatto dell'inadempimento non è di per sé sufficiente a fondare la responsabilità extracontrattuale e l'onere probatorio del terzo è assolto di regola soltanto qualora dimostri la violazione di una norma di carattere e portata generali, indipendentemente dalla violazione del contratto stesso: ragionando diversamente, infatti, si otterrebbe un'impropria assimilazione tra la colpa contrattuale e la colpa extracontrattuale.

Il problema dell'assimilazione tra la colpa contrattuale e la colpa extracontrattuale si presenta come una delle questioni cardine affrontati dalla

1897, S., 1898 I, 65. Tale posizione è stata in seguito ribadita in numerose pronunce secondo il dettato di principio espresso in Cass. Civ., 1^{ere}, 22 juill. 1931, DH 1931, p. 506: *Attendu que, si dans le rapports des parties entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil e peuvent en principe être invoquées pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un engagement contractuel, elles reprennent leur empire au regard des tiers étrangers au contrat.*

giurisprudenza e dalla dottrina in relazione al problema del terzo danneggiato dall'inadempimento contrattuale: si tratta infatti di capire se per il terzo che agisce in via extracontrattuale sia necessario provare una colpa extracontrattuale specifica, distinta dal mancato adempimento, oppure se sia sufficiente il solo inadempimento a fondare l'azione contro il debitore. Per lungo tempo la giurisprudenza si è dimostrata ostile all'idea dell'assimilazione dei due tipi di colpa, rimanendo ferma sull'indipendenza dell'una rispetto all'altra: il terzo poteva fondare la propria azione solamente sulla base di una colpa distinta dall'inadempimento contrattuale⁷¹. Non si tratta però di una posizione stabile; nel corso del XX secolo, in numerose occasioni la Corte di Cassazione francese ha oscillato tra il disconoscimento dell'assimilazione tra le due colpe – con il parallelo riconoscimento della relatività della colpa contrattuale – e il riconoscimento, invece, dell'assimilazione tra le due, sino ad assestarsi, nei primi anni del XXI secolo, nelle due distinte correnti della relatività della responsabilità contrattuale, espressa dalla *Prèmiere Chambre Civile* della *Cour de cassation* e l'identità tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale espressa dalla *Chambre Commerciale*⁷².

La scelta dell'uno o dell'altro approccio interpretativo dipende da differenti fattori, primo tra tutti il ruolo assegnato al principio di relatività degli effetti del contratto e al principio di opponibilità; da una lettura restrittiva dei due principi discende che la violazione contrattuale rileva nei confronti dei terzi soltanto qualora costituisca allo stesso tempo una violazione di un'obbligazione generale di prudenza e di diligenza ovvero di un dovere generale di non nuocere ad altri, impedendo l'automatismo dell'assimilazione tra i due tipi di colpa, mentre da una lettura estensiva dei due principi, sul presupposto che il contratto, per il fatto

⁷¹ Cfr. A titolo esemplificativo Cass. Civ. 1^{ere}, 7 nov. 1962, *Bull. civ.* 1962, n° 465; Cass. Civ. 3^{eme}, 15 oct. 1970, *Bull. civ.* 1970, III, n° 516; Cass. Civ. 3^{eme}, 18 avr. 1972, *Bull. civ.* 1972, n° 234; Cass. Civ. 1^{ere}, 23 mai 1978, *Bull. civ.* 1978, n°214.

⁷² Il primo riconoscimento giurisprudenziale dell'assimilazione tra le due colpe si ha con una sentenza del 1972, la Cass. Soc. 2 mars 1972, *Bull. civ.* 1972, V, n° 178. È un orientamento, questo, che non rimane univoco nel corso dei due decenni successivi, in cui si registrano invece cambiamenti di posizione non solo tra Camere differenti, ma addirittura a livello di una medesima Camera, a riprova di quanto quello trattato sia un problema complesso sotto diversi punti di vista, primo fra tutti quello dell'operatività dei principi generali.

stesso di esistere nel mondo giuridico produce degli effetti che eventualmente possono ledere la sfera giuridica del terzo, discende la non necessarietà della violazione di un'ulteriore obbligo di non nuocere agli altri per fondare l'azione del terzo.

Tali letture sono ben riassunte nelle formule decisionali adottate dalla Camera Commerciale e dalla Prima Camera Civile: secondo la prima, infatti⁷³,

un tiers ne peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, se prévaloir de l'inexécution du contrat qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à son égard au devoir général de pas nuire à autrui,

mentre la seconda statuisce che⁷⁴

les tiers au contrat sont fondés à invoquer tout manquement du débiteur contractuel lorsque ce manquement leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve.

Una soluzione che parrebbe definitiva e che dirime la dicotomia esistente tra i due distinti orientamenti in seno alla *Cour de Cassation* è stata raggiunta dalla Corte riunita in Assemblea Plenaria con la pronuncia del 6 Ottobre 2006 sul caso *Boot Shop* (Ass. plén., 6 oct. 2006)⁷⁵, della quale si dirà appena qui di seguito.

4. La pronuncia della Cour de cassation sul caso *Boot Shop*

e l'orientamento attuale in tema di responsabilità nei confronti dei terzi

Con la pronuncia resa il 6 ottobre 2006 sul caso *Boot Shop*, l'Assemblea plenaria della *Cour de cassation* dirime l'annosa controversia relativa alla natura e

⁷³ Cfr. Cass. com., 8 oct. 2002, *Bull. civ.* 2001, IV, n°136; Cass. com., 5 avr. 2005, *Bull. civ.* 2005, IV, n° 83.

⁷⁴ Cfr. Cass. civ., 1^{ere}, 18 juill. 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 221. Si veda inoltre, del medesimo orientamento, Cass. civ., 1^{ere}, 15 déc. 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 368 (ma senza l'inciso “*sans avoir à rapporter d'autre preuve*”); Cass. civ., 1^{ere}, 13 févr. 2001, *Bull. civ.* 2001, I, n° 35 (che in tema di trasfusioni sanguigne, riconosce tanto alla vittima immediata quanto al terzo vittima di un *dommage par ricochet* il dritto a fondare la proprio domanda direttamente sulla violazione contrattuale); Cass. civ., 1^{ere}, 18 mai 2004, *Bull. civ.* 2004, I, n° 241. Tale orientamento ha trovato ulteriormente conferma in una serie di sentenze rese dall'Assemblea Plenaria della Corte di Cassazione: si veda Ass. plén., 17 nov. 2000, *Bull. ass. plén.* 2000, n° 9; Ass. plén., 13 juill. 2001, *Bull. ass. plén.* 2001, n° 10 in tema di responsabilità medica.

⁷⁵ cfr. Ass. plén., 6 oct. 2006, *Bull. Ass. plén.* 2006, n° 9.

al regime dell'azione esercitata dal terzo nei confronti del contraente inadempiente in caso d'inadempimento del contratto, ponendo termine alla divergenza di orientamento tra la Prima Camera Civile e la Camera Commerciale in favore della prima⁷⁶.

Il caso di specie riguardava un immobile ad uso commerciale concesso in affitto ad una società che ha a sua volta aveva concesso in affitto la propria azienda commerciale (trattasi di una *gérance-location*); successivamente, imputando al primo locatore un difetto di manutenzione dei locali, il conduttore lo aveva convenuto in giudizio per ottenere la rimessa in pristino dello stato dei luoghi ed il pagamento di un'indennità provvisoria a riparazione del danno da perdita d'affari subito, ottenendo in primo grado l'accoglimento della propria domanda. Avendo rilevato che gli accessi all'immobile concesso in locazione non erano stati fatti oggetto di manutenzione, che il portale d'accesso era bloccato, che il monta carichi non funzionava e che il normale utilizzo degli immobili locati risultava impossibile, la Corte d'Appello di Parigi (CA Paris, 19 janv. 2005) confermava l'accoglimento della domanda del conduttore, motivando esclusivamente sulla base della violazione dell'art. 1382 del *Code civil*. Il ricorrente, sostenendo che la Corte d'Appello avesse confermato la condanna a carico del primo locatore senza però che, effettivamente, il terzo avesse dimostrato l'esistenza di una violazione idonea a fondare la pretesa responsabilità extracontrattuale invocata che fosse ulteriore rispetto alla mera violazione contrattuale, presenta ricorso alla *Cour de cassation* che lo rigetta, sostenendo che *Attendu que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité*

⁷⁶ Su questa fondamentale pronuncia dell'Assemblea Plenaria della *Cour de cassation* si veda M. Billiau, *Du manquement contractuel engageant la responsabilité délictuelle du contractant vis-à-vis des tiers*, note à Cour de Cassation, ass. plén., 6 oct. 2006, JCP, 2006, I, II 10181 pp. 2116 – 2117 e, il commento alla sentenza reso dal Primo Avvocato Generale presso la Cour de cassation André Gariazzo, *Avis de rejet cit.*, pp. 2111 - 2115; G. Viney, *La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle*, cit., P. Jourdain, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. La Cour de Cassation consacre en Assemblée plénière le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle*, note à Cour de Cassation, ass. plén., 6 oct. 2006, RTDciv, 2007, 123; D. Mazeaud, *Le régime de l'indemnisation du tiers victime d'un préjudice causé par l'inexécution d'un contrat*, note à Cour de Cassation, ass. plén., 6 oct. 2006, RDC, 2007, I, 269.

délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage; qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que les accès à l'immeuble loué n'étaient pas entretenus, que le portail d'entrée était condamné, que le monte-charge ne fonctionnait pas et qu'il en résultait une impossibilité d'utiliser normalement les locaux loués, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé le dommage causé par le manquements des bailleurs au locataire-gérant du fonds de commerce exploité dans les locaux loués, a légalement justifié sa décision.

Le questioni di principio proposte con il ricorso alla *Cour de cassation* possono sostanzialmente essere ricondotte al quesito secondo cui il terzo abbia o no la possibilità di agire contro uno dei contraenti il cui inadempimento gli abbia procurato un danno per mezzo della responsabilità extracontrattuale, invocando però a fondamento della propria azione il solo inadempimento del contratto, senza quindi dover dimostrare i requisiti normalmente posti a fondamento di un'azione extracontrattuale a norma dell'art. 1382 e 1383 del Code civil *ut supra* indicati, vale a dire la violazione di un dovere generale di non nuocere a terzi. L'Assemblea Plenaria della *Cour de cassation* ha risolto il quesito propendendo per l'orientamento espresso dalla Prima Camera Civile, sostenendo la tesi della sufficienza della sola violazione contrattuale a fondamento dell'azione di responsabilità extracontrattuale esercitata dal terzo.

In realtà, ed è questo uno dei dati di maggiore interesse, la *Cour de cassation* non riprende integralmente la formula giustificativa adottata dalla Prima Camera. L'Assemblea Plenaria, infatti, nel confermare la decisione della Corte d'appello di Parigi sul caso impugnata con il ricorso, giudica che

Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage

senza però richiamare anche la chiusa della decisione della Prima Camera Civile, vale a dire “*sans avoir d'autre preuve à rapporter*”, senza avere altre prove oltre alla violazione contrattuale idonee a giustificare e fondare l'azione extracontrattuale. La formula adottata dall'Assemblea Plenaria è, evidentemente, molto ampia e dimostra come la Suprema Corte non abbia inteso riprodurre quella distinzione tra le obbligazioni strettamente contrattuali (la cui mancata conoscenza non potrà essere invocata dal terzo) e i doveri di portata generale, legati al

contratto dalla giurisprudenza, che invece avrebbero potuto essere ignorati dal terzo, al fine di poter legittimamente permettere allo stesso di fondare la propria azione⁷⁷.

La posizione assunta dall'Assemblea Plenaria si è prestata a numerose interpretazioni: una parte della dottrina ha sostenuto in proposito che con questa pronuncia la *Cour* ha definitivamente consacrato il principio d'identità tra la cd. *faute délictuelle* e la cd. *faute contractuelle*, sulla base del fatto che, nel riprendere la formula utilizzata dalla Prima Camera Civile svuotata del limite della prova aggiuntiva, l'Assemblea Plenaria abbia optato per ragioni di tutela della posizione del terzo per un regime in cui la sola violazione contrattuale, oltre ad essere fondamento dell'azione contrattuale tra le parti del contratto, possa fungere anche da fondamento per una pretesa extracontrattuale del terzo, senza aggiunta di ulteriori prove⁷⁸. Questa prospettata identità tra la *faute délictuelle* e la *faute contractuelle*, in realtà, è foriera di numerosi problemi interpretativi ed applicativi relativamente ad alcuni dei principi generali in materia di obbligazioni e non rappresenta l'unica interpretazione possibile di questa pronuncia: non tutti i commentatori, infatti, sono concordi con tale lettura, ritenendo piuttosto che la Corte abbia invece ben chiara la distinzione tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ed il rispettivo campo di applicazione, volendo preservarla. Seguendo il rapporto del Primo Avvocato Generale alla *Cour de cassation* André Gariazzo, il problema non dovrebbe essere posto esclusivamente nei termini di una qualificazione della responsabilità quanto piuttosto si dovrebbe porre l'accento sulla necessità di individuare, in ciascun caso di specie, l'esistenza della cd. linea di causalità tra il pregiudizio subito dal terzo e la responsabilità addebitabile ad una delle parti contraenti. Secondo l'Avvocato Generale Gariazzo, la questione secondo cui la violazione contrattuale di per sé è sufficiente a fondare un'azione extracontrattuale o se piuttosto il terzo debba provare l'esistenza di una "colpa" ulteriore dovrebbe piuttosto essere riconsiderata, quindi, nei termini del

⁷⁷ In questo senso si veda G. Viney, *La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle*, cit., p. 2828.

⁷⁸ Secondo quanto sostiene P. Jourdain in *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. La Cour de Cassation consacre en Assemblée plénière le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle* cit.

cd. collegamento di causalità: la violazione contrattuale in oggetto è in collegamento di causalità con il pregiudizio allegato? Il terzo, infatti, che agisca sul piano della responsabilità extracontrattuale deve necessariamente provare la “colpa” all’origine del proprio danno, che potrà consistere nella violazione del contratto come anche nella violazione di un principio d’ordine generale: solo in questo caso, sostiene Gariazzo, l’assimilazione tra la *faute délictuelle* e la *faute contractuelle* sarà possibile. Non automatica ma possibile⁷⁹.

Altri commentatori si concentrano su un terreno argomentativo ancora differente; nello specifico, è oggetto di contestazione la scelta operata dalla *Cour de cassation* di optare per l’estensione al terzo della possibilità di esercitare l’azione in responsabilità extracontrattuale sulla base di una violazione contrattuale e non optare, invece, direttamente, per l’estensione diretta della responsabilità contrattuale al terzo in casi appunto di danni derivanti allo stesso da una violazione contrattuale⁸⁰.

Tale estensione della possibilità di invocare la sola violazione contrattuale ai sensi della responsabilità extracontrattuale ex art. 1382 C. civ. non sarebbe privo di significato giuridico: infatti, il problema connesso alla scelta operata dall’Assemblea Plenaria sta nel fatto che così facendo si permette al terzo di

⁷⁹ A. Gariazzo, *Avis de rejet*, cit., pp. 2115. In questo senso si è pronunciata anche parte della dottrina: si veda infatti J. Flour, J.- L. Aubert, É. Savaux, *Droit Civil. Les obligations. 3. Le rapport d’obligation*, Paris, 2012, pp. 115 – 116, secondo cui “*en invoquant l’inexécution, le tiers se borne à faire valoir une situation qui lui porte préjudice et qui n’aurait pas dû être. De même que le tiers peut se voir opposer le contrat avec ses effets, de même peut-il faire valoir, à titre délictuel, la faute commise par l’un des contractants dans l’exécution de son obligation et qui lui a causé un dommage. La jurisprudence paraît bien consacrer cette conception. Il semble qu’en réalité le seul véritable problème soit celui de la causalité: il convient de vérifier que le dommage est bien la conséquence de l’inexécution invoquée*”. Proprio sulla base di questi argomenti, lo stesso Avvocato generale aveva proposto la redazione di un’argomentazione di principio che tenesse maggiormente conto proprio del rapporto tra la responsabilità extracontrattuale – non in discussione nel caso di specie – e il rapporto di causalità. In termini differenti ma sostanzialmente concordi anche M. Billiau, *Du manquement contractuel engageant la responsabilité délictuelle du contractant vis-à-vis des tiers*, cit., pp. 2116 – 2117.

⁸⁰ Cfr. P. Jourdain, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. La Cour de Cassation consacre en Assemblée plénière le principe d’identité des fautes contractuelle et délictuelle*, cit., p. 123 e G. Viney, *La responsabilité du débiteur à l’égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle*, cit., p. 2825.

“servirsi” del contratto e quindi opporlo al contraente inadempiente, ma allo stesso tempo non si permette al contraente in questione di opporre al terzo il medesimo contratto, con tutte le restrizioni legali o convenzionali previste nel contratto stesso, con l’unico effetto di infrangere una chiara regola di coerenza e di porre il terzo, in relazione al contratto, ad un livello differente e superiore rispetto al contraente stesso, che quelle regole conosce ed ha accettato. In questo modo, però, non si fa altro che concedere al terzo un vantaggio ingiustificato rispetto al creditore dell’obbligazione originaria, disilludendo allo stesso tempo le previsioni del debitore che si attenderebbe – legittimamente - di non essere tenuto per dei fatti strettamente contrattuali se non nei termini previsti dal contratto stesso: appare quindi non giustificato sul piano giuridico tale concessione al terzo di avvalersi del contratto eludendone di fatto le regole e i limiti che sono per lo stesso previsti⁸¹.

Sulla base di questa considerazione, quindi, si è piuttosto ritenuto che una soluzione migliore dal punto di vista giuridico sarebbe probabilmente quella di riscrivere la responsabilità esercitabile dal terzo direttamente sul piano contrattuale, estendendo la disciplina di cui agli art. 1363 – 1366 del *Code civil* direttamente al terzo. Questa proposta di estensione della responsabilità contrattuale al terzo nel caso di inadempimento contrattuale, per quanto evidentemente collida con la lettera del principio di relatività di cui all’art. 1165 C. civ., trova le proprie giustificazioni in diritto per tre ordini di ragioni:

I- innanzitutto, accanto al principio di relatività degli effetti del contratto, opera nell’ordinamento francese il già ricordato principio di opponibilità del contratto, con valore in favore e contro i terzi;

II- la giurisprudenza francese non è certo nuova ad operazioni di estensione della responsabilità contrattuale a terzi in particolari ipotesi come quelle, precedentemente ricordate, della *stipulation pour autrui tacite* e della catena di contratti;

III- la previsione, nell’*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de*

⁸¹ In questi termini si veda P. Jourdain, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. La Cour de Cassation consacre en Assemblée plénière le principe d’identité des fautes contractuelle et délictuelle*, cit. 124.

la prescription (il cd., *Avant-projet Catala*, così di seguito), del nuovo art. 1342 del *Code civil* che estende direttamente la tutela contrattuale al terzo in caso d'inadempimento contrattuale a lui dannoso e riserva la tutela extracontrattuale alle sole altre ipotesi di violazioni dannose che non siano inadempimento, e sul quale si tornerà a breve.

Questa scelta di campo da parte dell'Assemblea Plenaria, quindi, avrebbe potuto essere molto più vicina allo stato dell'evoluzione giurisprudenziale, dottrinale e infine legislativa sulla questione molto più di quanto non risulti effettivamente; anzi, la scelta del regime extracontrattuale potrebbe essere, oltre che giuridicamente infondata, altresì dannosa per i contraenti, portando al controsenso, già evidenziato di un'ingiustificata sproporzione tra "l'uso" che del contratto il terzo può fare e quello che ne possono fare le parti stesse. Nel caso di specie questa assurda conseguenza è piuttosto evidente se si considera che il contratto di affitto prevedeva una clausola di non responsabilità nei confronti del conduttore, la cui esistenza era stata inoltre fatta oggetto del secondo motivo d'impugnazione; la *Cour*, rigettando il motivo, di fatto estende al terzo (affittuario-gestore) un indennizzo che, da contratto, non sarebbe stato possibile per il conduttore originario ottenere. Questa estensione al terzo del diritto a chiedere un risarcimento contrattualmente fondato senza che però le parti del contratto possano opporgli i limiti e le condizioni previste da quello stesso contratto crea una soluzione di forte squilibrio nel sistema, con soluzioni finali di palese iniquità⁸².

5. *L'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* *e il nuovo art. 1342*

I. *Genesi del nuovo art. 1342 dell'Avant-projet Catala*

Un contributo considerevole al problema della tutela contrattuale del terzo è stata data in tempi più recenti dall'*Avant-projet Catala*, un progetto di riforma codicistica ormai risalente al 2006, come si è detto non in vigore nella parte

⁸² In questo senso si veda G. Viney, *La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle*, cit., p. 2831.

riguardante le obbligazioni, ma che nonostante ciò ha già in qualche modo influenzato più o meno incisivamente alcuni degli orientamenti più recentemente espressi in tema di obbligazioni⁸³. Di particolare rilievo in questo senso è la formulazione dell'art. 1342 dell'*Avant-projet Catala*, inserito nella parte relativa alle disposizioni generali in materia di responsabilità civile; la norma, che si occupa espressamente dell'ipotesi di danno subito dal terzo in caso di inadempimento contrattuale, recita:

Art. 1342 Avant-projet Catala: 1. *Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des articles 1362 à 1366. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.*

2. *Il peut également obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle, mais à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés aux articles 1352 à 1362.*

È una norma, questa, del tutto innovativa sul piano legislativo ma allo stesso tempo per nulla sorprendente, se si riflette su quanto la giurisprudenza e la

⁸³ La dottrina si è occupata in modo molto ampio del testo e delle soluzioni proposte dall'*Avant-projet*; ritenendo opportuno restare fedeli all'oggetto e allo scopo del presente elaborato, si richiama qui la lettura di due opere a finalità anche comparative, vale a dire J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker, (sous la direction de), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* cit., di cui si ricorda qui anche il parallelo lavoro pubblicato in lingua inglese J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker (eds.), *Reforming the French law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (the Avant-projet Catala), Oxford, 2009, e G. B. Ferri, P. Spada, (a cura di), *L'Avant-projet Catala (progetto di riforma del diritto delle obbligazioni e della prescrizione – artt. 1101/1386 e 2234/2281 del Code Civil – redatto da una Commissione di civilisti francesi diretta da Pierre Catala). Testo, exposé des motifs e traduzione in italiano*, Milano, 2008. Il testo in lingua originale del testo legislativo si può leggere, inoltre, al sito http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, consultato per la prima volta in data 3 marzo 2014; una presentazione generale del progetto redatta dallo stesso Pierre Catala è inoltre consultabile in P. Catala, *Ouverture*, in *L'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité* (Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) le 12 mai 2006, in *RDC*, 2007, I, mentre una presentazione delle soluzioni è quella operata da P. Ancel, *Présentation des solutions de l'Avant-projet*, sempre in *L'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité*, cit.

dottrina francese hanno messo in luce negli ultimi decenni: essa è il frutto, quindi, di un lavoro di coordinamento tra quanto emerso a livello giurisprudenziale e dottrinale sulla questione del terzo e del suo rapporto con il contratto e le parti contraenti⁸⁴.

L'art. 1342 dell'*Avant-projet Catala* prevede che il terzo, in caso d'inadempimento di un'obbligazione contrattuale, possa chiedere il risarcimento del danno sulla base della disciplina della responsabilità contrattuale prevista a norma degli artt. 1362 – 1366; nell'ipotesi, invece, in cui il terzo ritenga di non voler procedere avvalendosi delle norme relative alla responsabilità contrattuale, allora gli è fatta salva la possibilità di procedere per via extracontrattuale, con l'onere di dimostrare l'esistenza di uno dei fatti generatori di responsabilità di cui agli artt. 1352 – 1362 del *Code civil*. Dalla lettura dell'*Exposé des motifs*⁸⁵ si può più chiaramente ricostruire il percorso dottrinale ed interpretativo all'origine della norma, caratterizzato da una serie di questioni che i redattori hanno ritenuto affrontare finalmente in sede di riforma della disciplina della responsabilità civile; accanto al problema dell'integrazione nel testo del codice dei regimi speciali di responsabilità previsti da norme extracodicistiche⁸⁶ e a quello dei criteri di risarcimento dei danni fisici alla persona in caso d'incidente, un primo problema fondamentale da affrontare era quello della delimitazione dell'ambito di applicazione, rispettivamente, della responsabilità contrattuale e di quella extracontrattuale, oltre alla definizione del rapporto tra le due⁸⁷.

⁸⁴ A ben vedere, la stessa soluzione adottata dalla *Cour de cassation* nel caso *Boot Shop* sopra analizzato risulta in parte debitrice della formulazione del nuovo art. 1342 così come proposto nell'*Avant-projet*; trattandosi di due testi (quello legislativo e quello della sentenza) redatti pressoché contemporaneamente, è difficile capire veramente a chi appartenga l'influenza originaria. Va rilevato, però, che autorevole dottrina è contraria all'idea di un'influenza reciproca è D. Mazeaud, *Le régime de l'indemnisation du tiers victime d'un préjudice causé par l'inexécution d'un contrat*, cit.

⁸⁵ Si può leggere l'*Exposé des motifs*, accompagnato dal testo del progetto, al summenzionato sito internet http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, consultato il 5 aprile 2014.

⁸⁶ Il riferimento è qui alla già citata disciplina in materia, per esempio, di trasporto aereo interno, trasporto ferroviario e di prodotti difettosi.

⁸⁷ Si veda sul punto si veda il Rapporto Catala, p. 141 – 142, commento a firma di Geneviève Viney, sito cit., consultato in data 5 aprile 2014.

Le maggiori difficoltà incontrate dal gruppo di lavoro preposto alla redazione del progetto sono state quelle relative al coordinamento di alcune delle risultanze della giurisprudenza con, da un lato, la tutela del terzo dagli effetti lesivi del contratto nei suoi confronti e, dall'altro, con la necessità di garantire alle parti che il contratto stipulato potesse essere sì opponibile dai terzi ma anche nei confronti dei terzi stessi, estendendo al terzo il rispetto dei limiti e delle condizioni previste dal contratto. La scelta espressa dall'art. 1342, infatti, in parte richiama quanto già prospettato - in limine dall'Assemblea Plenaria e molto più insistentemente dalla dottrina - nel caso *Boot Shop*; da un lato, si è voluto coerentemente estendere la responsabilità contrattuale anche al terzo in caso di inadempimento contrattuale, ma a condizione che al terzo possano essere estese anche tutte le eccezioni che da quel contratto derivano, mentre dall'altro si è mantenuta comunque la possibilità di ricorrere alla responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 1382 C. civ., in tanto in quanto il terzo lo ritenga a lui più favorevole. In quest'ultima ipotesi, quindi, il terzo dovrà dimostrare l'esistenza di quei requisiti richiesti dagli artt. 1352 – 1362 del *Code civil* a fondamento della propria domanda, non potendo evidentemente avvalersi della sola violazione contrattuale⁸⁸.

Nonostante i molteplici spunti offerti dalla giurisprudenza e dalla dottrina sul punto, la redazione della norma non è stata semplice e la stessa formulazione finale non è certamente esente da critiche e idonea all'unanime accoglimento, anche perché non si tratta di una norma isolata, ma inserita all'interno di un intero sistema normativo riformulato: mantenere la coerenza di tale sistema è stato senza dubbio uno degli ostacoli più difficili da superare. A comporre tale nuovo sistema normativo concorrono una serie di norme che disciplinano alcuni dei principi e degli orientamenti analizzati in precedenza: la norma più significativa in questo senso è senza dubbio il novellato art. 1165 C. civ.

II. *Il nuovo articolo 1165 e i suoi rapporti con l'art. 1342 dell'Avant-projet Catala*

Anche l'art. 1165 del *Code civil*, ovvero il già ricordato principio di

⁸⁸ Si veda sul punto il citato Rapporto Catala, p. 153, nota 17, commento a firma di Geneviève Viney, sito cit.

relatività degli effetti del contratto, ha subito un'importante modifica nel testo proposto con l'*Avant-projet Catala*, che, pur mantenendo saldo il principio generale secondo cui:

Art. 1165: *Les conventions ne lient que les parties contractantes; elles n'ont d'effet à l'égard des tiers que dans les cas et limites ci-après expliquées,*

aggiunge un ulteriore articolo:

art. 1165-2: *Les conventions sont opposables aux tiers ; ceux-ci doivent les respecter et peuvent s'en prévaloir, sans être en droit d'en exiger l'exécution»⁸⁹.*

Questa nuova formulazione del principio di relatività ha il merito di aver finalmente risolto l'incoerenza che caratterizza la versione in vigore dell'art. 1165 e di aver normativamente dato riconoscimento all'operatività del principio c.d. di *opposabilité* del contratto quale integrazione e completamento del principio di relatività. In questa nuova formulazione suddetto principio è considerato nella sua efficacia *erga omnes*, tanto nella sua operatività contro il terzo sia nella sua operatività a favore del terzo, sempre però con l'imprescindibile riserva della non esigibilità dell'adempimento che, evidentemente, resta un diritto ad appannaggio esclusivo delle parti contraenti e del terzo nella *stipulation pour autrui*⁹⁰. Il pregio, riconosciuto da certa parte della dottrina a questa nuova formulazione dell'art. 1165 C. civ. è quello di aver conservato la regola della relatività degli effetti del contratto, nella sostanza e nello spirito, adeguandolo però ai contributi dottrinali sulla questione⁹¹.

⁸⁹ L'art. 1165 è completato poi dall'art. 1165 – 1 in tema di *contre-lettre* e dal § 2 sulla sostituzione del contraente e il trasferimento del contratto, il quale consta di ulteriori tre articoli (dal 1165 – 3 al 1165 – 5) in tema di avente causa a titolo universale e a titolo particolare. Per i rispettivi testi si rimanda al già citato sito internet http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, consultato il 5 aprile 2014.

⁹⁰ Si veda sul punto il citato Rapporto Catala, p. 50, commento a firma di Jean-Luc Aubert e Pierre Leclercq. Si veda inoltre L. Aynès, *Les effets du contrat à l'égard des tiers (art. 1165 à 1172-3 de l'Avant-projet de réforme)*, RDC, 2006, p. 63-64.

⁹¹ In questo senso si veda S. Vogenauer, *Gli effetti dei contratti verso i terzi : l'Avant-projet in una prospettiva comparatistica*, cit. e sempre S. Vogenauer, *Les effets du contrat à l'égard des tiers : regards comparatistes sur l'Avant-projet* cit.; G. Cornu, *Introduction*, in *Avant-projet de réforme du droit des obligation et de la responsabilité: Rapport remis au garde des Sceaux* (Documentation française, Paris, 2006), 19, 20 e P. Catala, *La genèse et le dessein du projet*, 2006,

Analizzando parallelamente l'art. 1342 e l'art. 1165 dell'*Avant-projet* è abbastanza evidente come della vecchia formulazione dell'art. 1165 C. civ. non rimanga più molto: il principio in questione ha finalmente trovato la generalizzazione che la dottrina e la giurisprudenza avevano già individuato e ha coerentemente perso il solo riferimento, come eccezione espressa al principio di relatività, all'art. 1121 C. civ.. Anche la cancellazione del divieto espresso di nuocere ai terzi che si riscontra nel nuovo art. 1165 C. civ. ha un significato preciso: lungi dall'aver eliminato il divieto di stipulare "contro" i terzi, l'assenza del riferimento al "nuocere (*nuire*)" si coordina con la previsione del primo comma dell'art. 1342 in virtù della quale il terzo, nel momento in cui decida di avvalersi della responsabilità contrattuale e di esercitare eventualmente l'azione di responsabilità contro uno dei contraenti, sarà obbligato ad accettare che nei suoi confronti possano essere sollevate tutte le eccezioni e le clausole nascenti e previste da quel contratto, comprese quelle a lui non favorevoli. In questo senso, se volontariamente decide di farsi carico anche degli effetti potenzialmente a lui negativi del contratto, il divieto di "nuocere" avrebbe perso il senso di un'espressa previsione. Anche in ragione di ciò, parte dei commentatori avrebbe addirittura preferito come nuova formulazione del principio di relatività semplicemente "i contratti vincolano le parti contraenti": saranno poi le norme successive, s'intende, a spiegare al meglio cosa questo significhi⁹².

III. *Considerazioni sulle innovazioni proposte nell'Avant-projet Catala in tema di eccezioni tradizionali al principio di relatività degli effetti del contratto*

Al fine di concludere l'analisi del quadro innovatore così come delineato dall'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, appare ora opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sulle ulteriori eccezioni al principio di relatività degli effetti del contratto codificate nel progetto⁹³, vale a

RDC, 11, 16 e ss.

⁹² In questi termini S. Vogenauer, *Gli effetti dei contratti verso i terzi: l'Avant-projet in una prospettiva comparatistica* cit., p. 1036 e sempre S. Vogenauer, *Les effets du contrat à l'égard des tiers: regards comparatistes sur l'Avant-projet* cit.

⁹³ Per il testo e il commento alle norme si rimanda qui al già citato sito internet http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, consultato in

dire, oltre alle eccezioni apparenti (con le quali s'intendono qui la simulazione, regolata nell'Avant projet all'art. 1165- 1; l'azione indiretta, l'azione obliqua e l'azione pauliana agli artt. 1166 – 1167-2 e la promessa del *porte-fort* all'art. 1170), la *stipulation pour autrui* di cui ai nuovi artt. 1171 – 1171- 4 e il gruppo contrattuale⁹⁴.

La nuova disciplina prevista in materia di *stipulation pour autrui* si apre con l'art. 1171 Avant-projet, a norma del quale

Art. 1171 *Avant-projet Catala: L'un des contractants, nommé stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers bénéficiaire, à condition que celui-ci, serait-il une personne future, soit précisément désigné, ou puisse être déterminé lors de l'exécution de la promesse et qu'il ait, à cette date, la capacité de recevoir.*

Si tratta di un articolo che ha la funzione di introdurre e descrivere la fattispecie della stipulazione in favore di terzi nella sua configurazione come operazione a tre persone; si chiarisce espressamente quali siano i soggetti coinvolti e in quale rapporto reciproco essi si trovino. Si prevede espressamente la possibilità d'indicare il beneficiario in un momento successivo alla conclusione della *stipulation*, purchè egli al momento dell'adempimento abbia la capacità di ricevere la prestazione nei suoi confronti, ovvero la possibilità che il terzo beneficiario sia persona futura, non ancora esistente al momento della conclusione

data 10 aprile 2014. Si vedano inoltre S. Vogenauer, *Gli effetti dei contratti verso i terzi: l'Avant-projet in una prospettiva comparatistica* cit., p. 1004 – 1030 e, parimenti, S. Vogenauer, *Les effets du contrat à l'égard des tiers: regards comparatistes sur l'Avant-projet*, cit. Si veda inoltre D. Mazeaud, *Le contrat et le tiers dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, cit.; L. Aynès, *Les effets du contrat à l'égard des tiers (art. 1165 à 1172-3 de l'Avant-projet de réforme)*, RDC, 2006 e D. Arteil, *L'effet des conventions à l'égard des tiers dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations*, LPA 15 nov. 2006, n° 228.

⁹⁴ Deve rilevarsi in questa sede come in questo gruppo di norme venga compreso altresì il caso dell'azione diretta di cui all'art. 1168 *Avant-projet Catala*: 1. *Certains créanciers sont investis par la loi du droit d'agir directement en paiement de leur créance contre un débiteur de leur débiteur, dans la limite des deux créances.* 2. *L'action directe est également ouverte lorsqu'elle permet seule d'éviter l'appauvrissement injuste du créancier, compte tenu du lien qui unit les contrats.* In tema di azione diretta - vale a dire una pretesa diretta di un creditore verso il debitore del proprio debitore – l'*Avant-projet* ne estende la portata e l'ambito di applicazione; abbandonando la previsione di tale azioni solo nei casi espressamente previsti dalla legge, ne amplifica la previsione trasformandolo in un rimedio generale e sussidiario.

del contratto⁹⁵.

Il vero cuore del meccanismo della (nuova) disciplina in tema di *stipulation pour autrui* è l'art. 1171 – 1, a norma del quale

Art. 1171-1 *Avant-projet Catala*: 1. *Tant que le tiers n'a pas accepté le bénéfice de la stipulation faite en sa faveur, celle-ci peut être librement révoquée par le stipulant.* 2. *Quand elle intervient avant la révocation, l'acceptation rend la stipulation irrévocable dès que son auteur ou le promettant en a eu connaissance.* 3. *Investi dès lors du droit d'agir directement contre le promettant pour l'exécution de l'engagement, le bénéficiaire est censé avoir eu ce droit dès sa constitution.*

La norma, a ben vedere, nulla aggiunge rispetto al modello di cui all'attuale art. 1121 C. civ come frutto del lavoro interpretativo della dottrina e della giurisprudenza a partire dal XIX secolo, e a cui si è fatto riferimento in precedenza⁹⁶: nelle intenzioni dei redattori, infatti, la norma riassume le regole in tema di revocazione, questa completata con le disposizioni di cui all'art. 1171-2⁹⁷, accettazione, in coordinamento con la disposizione di cui all'art. 1171-3⁹⁸ ed (implicitamente) di rifiuto della disposizione a favore del terzo. Si tratta quindi di una disposizione che, nell'insieme della disciplina prevista per la *stipulation pour autrui* ha lo scopo di definire in modo più specifico l'istituto in oggetto come figura generale ed astratta di contratto e finalmente accoglierla in un testo

⁹⁵ Cfr. sul punto le considerazioni che accompagnano la norma in oggetto nel commento di J. – L. Aubert al Rapport Catala di cui al sito http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, consultato in data 15 aprile 2014, p. 98.

⁹⁶ Cfr. pp. 293 e ss. del presente elaborato.

⁹⁷ Cfr. art. 1171-2 *Avant-projet Catala*: 1. *La révocation ne peut émaner que du stipulant, ou, après son décès, de ses héritiers. Ceux-ci ne peuvent y procéder qu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jour où ils ont mis le bénéficiaire en demeure de l'accepter.* 2. *La révocation produit effet dès lors que le tiers bénéficiaire ou le promettant en a eu connaissance. Lorsqu'elle est faite par testament, elle prend effet au moment du décès. Si elle n'est pas assortie d'une nouvelle désignation bénéficiaire, la révocation profite, selon le cas, au stipulant ou à ses héritiers. Le tiers initialement désigné est censé n'avoir jamais bénéficié de la stipulation faite à son profit.*

⁹⁸ Cfr. art. 1171 - 3 *Avant-projet Catala*: *L'acceptation peut émaner du bénéficiaire, ou, après son décès, de ses héritiers, sauf stipulation contraire. Elle peut être expresse ou tacite. Elle peut intervenir même après le décès du stipulant ou du promettant.*

normativo, sul modello di quello previsto in diritto tedesco ed italiano sui quali si tornerà brevemente nei capitoli dedicati⁹⁹.

L'*Avant-projet Catala* si occupa anche organicamente di gruppi contrattuali: si tratta della prima volta che un codice si occupa di tale materia, essendo, come già visto, di una nozione di creazione giurisprudenziale e dottrinale. Il § 5 sugli effetti dei contratti interdipendenti, che comprende gli artt. dal 1172 al 1172-3, codifica parte di quelle risultanze dottrinali e giurisprudenziali precedentemente analizzate, innanzitutto dandone all'art. 1172 la seguente definizione:

Art. 1172 *Avant-projet Catala*: *Les contrats concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation d'une opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent sont regardés comme interdépendants dans la mesure ci-après déterminée.*

L'*Avant-projet* ha adottato senza dubbio una definizione ampia di gruppo contrattuale e in qualche modo “funzionale”, essendo vincolata soltanto allo scopo di una comune operazione contrattuale d'insieme. La scelta stessa del termine “contratti interdipendenti” in luogo di “gruppo contrattuale” o “catena contrattuale” pare più appropriata ed idonea a ricomprendere tutta una serie di contratti legati dal solo vincolo di scopo senza ulteriori qualificazioni in merito alla natura dei singoli contratti dell'insieme, problema invece centrale nella giurisprudenza sulle catene contrattuali a cui si è precedentemente fatto riferimento.

Come regola generale, le clausole contenute in un singolo contratto non dovrebbero influire sugli altri accordi dell'insieme contrattuale, se non in tanto e in quanto riprodotti ed accettati dagli altri contraenti¹⁰⁰; tuttavia va introdotto nella

⁹⁹ Cfr., rispettivamente, parte seconda, capitolo terzo, pp. 356 e ss. e capitolo quarto, pp. 398 e ss del presente elaborato. Chiude la disciplina in oggetto la norma di cui all'art. 1171-4, a norma del quale lo stipulante è legittimato a chiedere al promittente l'adempimento della sua prestazione nei confronti del terzo: *Le stipulant est lui-même fondé à exiger du promettant l'exécution de son engagement envers le bénéficiaire.* Per un approfondimento ulteriore del complesso della disciplina in oggetto si richiama la dottrina come citata a p. 316 nt. 83 del presente capitolo.

¹⁰⁰ Cfr. art. 1172 – 1, secondo cui “*Les clauses organisant les relations des parties à l'un des contrats de l'ensemble ne s'appliquent dans les autres conventions que si elles y ont été reproduites et acceptées par les autres contractants*” (le clausole che regolano i rapporti delle parti di un contratto appartenente all'insieme contrattuale non si applicano alle altre convenzioni se non

discussione un dato discordante, evidenziato dal seguente articolo:

Art. 1172-2, *Avant-projet Catala*: 1. *Certaines clauses figurant dans l'un des contrats de l'ensemble étendent leur effet aux contractants des autres conventions, pourvu que ceux-ci en aient eu connaissance lors de leur engagement et n'aient pas formé de réserves.* 2 *Il en est ainsi des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, des clauses compromissaires et des clauses d'attribution de compétence.*

Nel particolare caso, quindi, di clausole limitative o esclusive della responsabilità, di clausole compromissorie e di clausole attributive di competenza, queste si estendono alle parti degli altri contratti facenti parte dell'insieme contrattuale, a patto che ne fossero a conoscenza e non abbiano fatto opposizione; si tratta anche in questo caso di una soluzione innovativa che ha il pregio di chiarire il campo d'applicazione giuridico del cd. gruppo contrattuale e tutelare le parti che volontariamente si sono coinvolte in un contratto non isolato ma parte di un'operazione giuridico-economica più complessa¹⁰¹.

6. Conclusioni

Alla luce di quanto detto sin'ora, è possibile trarre alcune conclusioni generali sulla questione della tutela del terzo rispetto ad un contratto di cui lo stesso non è parte contraente. Si è visto come la disciplina francese sul tema sia originariamente caratterizzata da un profondo e rigoroso rispetto del principio di relatività degli effetti del contratto: la genesi e la tradizione alla base della lettera dell'art. 1165 C. civ. hanno sempre condotto a ritenere che il principio in questione fosse rigido e non ammettesse altra eccezione se non quella espressamente prevista dalla norma stessa, vale a dire la *stipulation pour autrui* di cui all'art. 1121 C. civ.

È stata la giurisprudenza, con operazioni talvolta oggetto di critica da parte della dottrina per la troppa libertà creativa e innovativa adottata¹⁰², ad espandere i

in quanto riprodotte ed accettate dagli altri contraenti).

¹⁰¹ Cfr. S. Vogenauer, *Gli effetti dei contratti verso i terzi: l'Avant-projet in una prospettiva comparatistica* cit., p. 1033 – 1034 e, parimenti, S. Vogenauer, *Les effets du contrat à l'égard des tiers: regards comparatistes sur l'Avant-projet*, cit.

¹⁰² Si veda sul punto i contributi di M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et*

confini del principio di relatività e ad introdurre nell'ordinamento francese nuove figure contrattuali quali la *stipulation pour autrui tacite ou implicite* o il cd. «gruppo di contratti»; è evidente come lo scopo alla base del riconoscimento di tali figure contrattuali fosse la possibilità di inquadrare il terzo, per definizione estraneo al contratto, all'interno di uno schema contrattuale e di conseguenza estendere allo stesso la disciplina in tema di responsabilità contrattuale, permettendogli di avvalersi della sola violazione contrattuale al fine di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito.

È chiaro, quindi, come queste innovazioni creative della giurisprudenza abbiano prodotto, di riflesso, i più significativi effetti in tema di responsabilità, ponendo importanti interrogativi sulla natura della responsabilità coinvolta e sulle condizioni di esercizio della stessa, portando alla creazione di un quadro piuttosto variegato e confuso, confusione data dal continuo disconoscimento degli orientamenti di volta in volta adottati dalla *Cour de Cassation* in composizione plenaria. La sentenza *Besse* del 1991, per esempio, pareva aver definitivamente scartato l'estensione generalizzata della responsabilità contrattuale a tutte le ipotesi riconducibili genericamente ad un cosiddetto “gruppo di contratti” in favore dell'estensione alle sole ipotesi di catene contrattuali omogenee traslative della proprietà; immediatamente, la distinzione tra “gruppo di contratti” e catena contrattuale e la corrispondente diversità di disciplina applicabile ha subito dimostrato la sua artificialità e la conseguente difficoltà di applicazione pratica, tanto da essere rimessa in discussione pochi anni dopo dalla Terza Camera Civile della *Cour*.

les créations récentes de la pratique commerciale in Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Toulouse, 1978; M. Billiau, Regards sur l'application par la Cour de Cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle, in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle, Paris, 2001 e D. Mazeaud, La politique contractuelle de la Cour de Cassation, cit. Il contributo del Prof. Cabrillac, in particolare, è decisamente critico nei confronti di un certo atteggiamento adottato dalla Cour de cassation considerato troppo sussiegoso nei confronti delle esigenze economico-pratiche a discapito dell'applicazione dei principi generali i quali, lungi dal dover essere considerati come dogmi insindacabili, necessitano eventualmente di essere adattati alle mutate esigenze della vita pratica a seguito di una riforma e di un generale ripensamento degli stessi, senza però essere oggetto di un periodico sovvertimento basato sull'indolenza del legislatore.

La situazione si è ulteriormente aggravata dallo sviluppo in seno alla Prima Camera Civile di una giurisprudenza, osteggiata dalla Camera Commerciale, che considerava tutte le violazioni di obbligazioni contrattuali fonte di responsabilità extracontrattuale nei confronti del terzo, ponendo lo stesso nella condizione a dir poco vantaggiosa di potersi avvalere del contratto nei confronti dei contraenti senza a sua volta vedersi opporre le clausole previste nel contratto, risultando, di fatto, più tutelato dello stesso creditore contrattuale. Tale soluzione, confermata dalla sentenza dell'Assemblea Plenaria della *Cour de cassation* del 6 ottobre 2006 rappresenta la soluzione stabilmente in vigore ora nell'ordinamento francese in tema di tutela del terzo rispetto ai danni subiti dall'inadempimento contrattuale.

In senso contrario rispetto alla soluzione stabilita dalla *Cour de cassation*, il nuovo art. 1342 proposto nell'*Avant-projet de réforme du droit des obligations e de la prescription* e non ancora in vigore, prevede al I comma l'estensione al terzo dell'azione in responsabilità contrattuale e, in subordine, al II comma, prevede che il terzo possa avvalersi della responsabilità extracontrattuale. Alla base della decisione di introdurre la disposizione di cui al I comma dell'art. 1342 dell'*Avant-projet* vi è la considerazione da parte del gruppo di lavoro che, in verità, il principio di relatività degli effetti del contratto, correttamente contestualizzato, nulla implica a proposito della natura della responsabilità estensibile ai terzi, determinando solamente che il contratto lega esclusivamente le parti contraenti. A ben vedere, il terzo che reclama al debitore la riparazione del pregiudizio da lui subito non domanda affatto l'esecuzione a suo profitto dell'obbligazione, ma chiede appunto solo l'indennizzo per un danno dallo stesso subito: inoltre, si deve tener presente che non è nemmeno possibile, in via contrattuale, chiedere e procurare al terzo l'esecuzione per equivalente. Da questo punto di vista l'*Avant-projet* risulta perfettamente coerente e per questo motivo sono stati previsti i due commi dell'art. 1342: in questo modo il terzo, nel caso volesse evitare di soggiacere ai limiti e alle condizioni del contratto (in quanto questo non può a lui nuocere, comunque non ha partecipato alla sua formazione e di fatto non ha assunto obbligazioni ad esso collegato ma si troverebbe a subirne direttamente l'applicazione) ha la possibilità di avvalersi della sola responsabilità

extracontrattuale¹⁰³.

È chiaro che la soluzione posta dall'art. 1342 dell'*Avant-projet* è fondata sostanzialmente su ragioni pragmatiche, in quanto è la più adatta a conciliare da un lato l'esigenza di prevedibilità da parte del debitore e dall'altro la preoccupazione di proteggere i terzi vittime dell'inadempimento contrattuale¹⁰⁴. Chiaramente, accanto ai vantaggi, vi sono anche gli inconvenienti di una soluzione di questo tipo, primo tra tutti il fatto che il terzo si trova in una situazione giuridica migliore rispetto a quella dei contraenti, avendo addirittura a disposizione la scelta alternativa tra l'azione contrattuale e quella extracontrattuale. Resta il fatto, comunque, che l'innovazione apportata dall'*Avant-projet* è assolutamente senza precedenti¹⁰⁵, apparendo come un caso unico nel panorama delle disposizioni degli ordinamenti europei in materia di responsabilità esercitabile a tutela del terzo, poiché, estendendo le eccezioni nelle quali la tutela contrattuale viene estesa al terzo, di fatto suggerisce che tutti i terzi che subiscono un danno cagionato dall'inadempimento di un'obbligazione contrattuale hanno a disposizione una responsabilità contrattuale, pur nei limiti e alle condizioni della pretesa contrattuale applicata ai creditori: la straordinarietà della soluzione risiede quindi nel fatto che ciò che palesemente e storicamente è sempre stata un'eccezione sembra ora voler essere trasformata in regola. Di più: dipinge addirittura la soluzione tradizionale della responsabilità extracontrattuale eventualmente invocabile dal terzo alla stregua di una semplice alternativa alla responsabilità contrattuale nell'ipotesi in cui quest'ultima non risulti soddisfacente

¹⁰³ Si veda in proposito É. Savaux, *Brèves observations sur la responsabilité contractuelle dans l'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité* in *L'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité (Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) le 12 mai 2006)*, RDC, 2007, I, p. 52; D. Mazeaud, *Le contrat et le tiers: nouvelle leçon et nouvelle présentation* in *Leçons de Droit Civil. Mélanges à l'honneur de François Chabas*, Bruxelles, 2011, pp. 629 – 630.

¹⁰⁴ In questi termini P. Ancel, *Présentation des solutions de l'Avant-projet* in *L'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité (Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) le 12 mai 2006)* cit., p. 29.

¹⁰⁵ Cfr. J. Huet, *Observations sur la distinction entre la responsabilité contractuelle et delictuelle dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations*, in *L'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité (Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) le 12 mai 2006)* cit., p. 40.

per il terzo¹⁰⁶. Certamente, una logica di tutela risarcitoria nei confronti del terzo ha ricoperto un ruolo di non poco conto nell'estendere al terzo l'esperibilità dell'azione contrattuale a tutela del danno dallo stesso subito a causa dell'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, allo stesso tempo favorendolo nell'esonerarlo dall'onere probatorio connesso alla violazione di una norma ulteriore di carattere generale e quindi dall'indagine della condotta di colui che ha causato il danno. Allo stesso tempo, si è visto, tutela anche la parte contrattuale che quel danno ha causato, permettendogli di opporre al terzo tutte le eccezioni nascenti da quel contratto e quindi riequilibrando le posizioni reciproche di "parte contraente" e "terzo" che la giurisprudenza, come si è visto in precedenza, aveva in qualche modo snaturato. Inoltre, prevedendo comunque in capo al terzo la possibilità di scegliere se agire in via contrattuale o alternativamente in via extracontrattuale, pone contemporaneamente una regola rigida in materia di cumulo delle responsabilità: il terzo potrà decidere di tutelare la propria posizione come riterrà più opportuno, ma allo stesso tempo non potrà avvalersi dell'ambiguità della propria posizione per agire contemporaneamente su entrambi i fronti ovvero agire ad integrazione del proprio risarcimento, essendo la scelta dell'azione da esperire una scelta da operare a monte. Il principio di non cumulo delle responsabilità risulta così saldamente rispettato. Chiaramente, e lo si ribadisce qui nuovamente, le soluzioni adottate dall'*Avant-projet* sono allo stato prive di valore normativo, non essendo mai confluite in un intervento legislativo di adozione al pari della parte dello stesso progetto dedicata alla riforma della prescrizione; il tempo passa e non è dato sapere se effettivamente tali disposizioni troveranno un recepimento compiuto nell'ordinamento francese. Solo allora e se ciò si verificherà sarà possibile valutare i risultati di tale riforma, alla luce della prima giurisprudenza sul punto.

¹⁰⁶ Sul punto si veda S. Vogenauer, *Gli effetti dei contratti verso i terzi : l'Avant-projet in una prospettiva comparatistica* cit., p. 1034-1035 e, parimenti, S. Vogenauer, *Les effets du contrat à l'égard des tiers : regards comparatistes sur l'Avant-projet*, cit.

CAPITOLO TERZO

SPUNTI E RIFLESSIONI IN TEMA DI PROTEZIONE DEL TERZO NEL DIRITTO TEDESCO DELLE OBBLIGAZIONI

1. *Premessa*

Il tema della protezione del terzo rispetto agli effetti nascenti nei suoi confronti da un contratto dallo stesso non concluso, e in particolar modo rispetto a quegli effetti lesivi che si verificano in capo al terzo a seguito dell'inadempimento delle obbligazioni oggetto di quel contratto, non riveste certamente un interesse recente, né per la dottrina né per il legislatore né ancor meno per la giurisprudenza tedesca. Ad onor del vero, non si tratta di un tema particolarmente nuovo nemmeno agli occhi di un qualsiasi giurista esterno all'ordinamento tedesco e più generale di formazione europea, dato che il tema generale del "terzo" e dei limiti e dei confini della *Dritthaftung* nei suoi confronti è stato significativamente studiato ed analizzato anche a livello della comparazione tra sistemi, tanto sotto il profilo della responsabilità nei confronti del terzo in quanto portatore d'interessi in relazione ad un contratto concluso da altri - sia concluso in suo favore sia altrimenti concluso ma comunque produttivo di effetti nei suoi confronti - , quanto sotto quello della responsabilità del terzo per le interferenze contrattuali dallo stesso poste in essere, seppur quest'ultimo aspetto non attenga specificamente il discorso che s'intende qui svolgere¹. È quindi molto interessante

¹ Gli studi che hanno approfondito lo studio a livello comparativo del tema che qui ci occupa sono molteplici; nella presente nota - senza alcun fallace proposito di esaustività - si renderà conto dei contributi che costituiscono altresì parte integrante della bibliografia del presente elaborato. Da notare come, oltre ad un certo numero d'importanti lavori di carattere generale sul contratto e sui principi cardine in materia di obbligazioni, quali ad esempio, e solo per fare alcuni esempi, H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, 1996; R. Sacco - G. De Nova, vol. *Il contratto*, 10, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2002; H. Kötz, S. Patti, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006; C. Castronovo, M. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007; R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit.; B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Oxford and

accostarsi al complesso della disciplina tedesca in tema di protezione della posizione e degli interessi del “terzo ” rispetto agli effetti lesivi che possono nascere nei suoi confronti dal contratto tanto dal punto di vista specifico del diritto tedesco delle obbligazioni, al fine di approfondire la disciplina delineata dal codice civile tedesco e dalla giurisprudenza, quanto in una prospettiva più propriamente comparativa, prestando attenzione alle istanze provenienti dal complesso dell’ordinamento tedesco e che hanno trovato variamente ricezione negli ordinamenti privatistici francese e italiano e che qui si vogliono approfondire.

Prima di procedere ad una più attenta analisi degli istituti di nostro interesse, è necessario premettere che il tema del terzo nei suoi rapporti con il contratto e con i contraenti ha rivestito e riveste tutt’ora importanza ed interesse alla luce, in modo particolare, di alcune peculiarità insite nel sistema tedesco delle obbligazioni e che traggono la loro origine nelle scelte teorico-dogmatiche operate dai redattori del BGB. Si avrà modo di approfondire in seguito, ma è bene farne un breve cenno sin da ora, come nel BGB non siano presenti né, da un lato, una norma di carattere generale concernente il principio di relatività degli effetti contrattuali né, dall’altro, una clausola generale in tema di illecito civile e responsabilità extracontrattuale, avendo i redattori optato per il ben noto modello della tipicità degli illeciti civili. Queste due considerazioni, apparentemente distanti e sconnesse tra loro, producono in realtà entrambe effetti di non poco conto in relazione all’evolversi nell’ordinamento tedesco della disciplina relativa alla protezione della posizione del terzo rispetto al contratto e ai contraenti,

Portland, 2006; R. Schulze, R. Zimmermann, *Europäisches Privatrecht*, Baden-Baden, 2012; R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, 2005; O. Lando, H. Beale, (a cura di) *Principles of European Contract Law Part I and II*, The Hague, 2000; ed. it., *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II* (a cura di C. Castronovo), Milano, 2001, il tema in questione trovi riscontro anche in alcuni lavori a carattere comparativo specificamente incentrati sugli istituti del *Vertrag zugunsten Dritte*, *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* e della *Drittschadensliquidation* quali ad esempio H. - U. von Schroeter, *Die Drittschadensliquidation in europäischen Privatrechten und im deutschen Kollisionsrecht*, Frankfurt, 1995; G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004; J. Hallebeek, H. Dandorp, *Contracts For a Third-Party Beneficiary. A Historical and Comparative Account*, cit.; anche in questo caso senza pretese di completezza.

avendo condotto, da un lato, all'organizzazione di una disciplina del contratto in favore di terzo parzialmente differente da quella adottata dagli ordinamenti provvisti di una clausola generale concernente la relatività degli effetti del contratto, e dall'altro lato, all'ideazione e alla costruzione di strumenti alternativi per la protezione di particolari casi in cui il terzo si trovi ad essere coinvolto negli effetti prodotti dal contratto al fine di sopperire all'assenza di una generale disciplina in tema di responsabilità extracontrattuale. Si tratta di strumenti che, come si avrà modo di comprendere nel prosieguo della presente analisi, sono riconducibili ad una generale estensione della responsabilità contrattuale in favore del terzo, dove "generale" non significa, però, del tutto priva di limiti e condizioni.

Prima di procedere all'analisi di tali strumenti giuridici e del loro precipuo funzionamento, anche alla luce dei principi generali agli stessi sottesi, occorre dedicare una breve riflessione introduttiva proprio a tali principi generali in materia di obbligazioni e di responsabilità, sia nel caso in cui siano espressi sia in quello in cui invece, pur rivestendo una particolare importanza teorico – applicativa, possano essere solamente desunti dalla sistematica generale del *Bürgerliches Gesetzbuch*; in questo senso, preliminarmente, si procederà all'analisi del principio di relatività degli effetti del contratto così come operante nel sistema tedesco delle obbligazioni, per poi passare ad una rapida disamina delle regole previste dal BGB in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

2. Fondamenti teorici degli effetti del contratto nei confronti dei terzi nel diritto tedesco delle obbligazioni

I. Nozione critico-deduttiva del principio di relatività degli effetti contrattuali

Il diritto tedesco delle obbligazioni, come si è appena accennato, non prevede una disposizione specifica in tema di relatività degli effetti del contratto, non essendo infatti presente nel BGB una norma dal contenuto paragonabile all'art. 1165 del *Code Civil* francese ovvero all'art. 1372 del Codice Civile

italiano². Infatti, la possibilità di costruire una norma di carattere generale sul modello dell'art. 1165 del *Code Civil* non ha goduto di significativa attenzione o interesse dogmatico in seno ai compilatori, essendo stata piuttosto ritenuta superflua in una sistematica del codice tesa più all'individuazione di regole operative immediate che non alla creazione di norme di "teoria generale", enunciative di principi che si ritenne più utile lasciare allo discussione della sola dottrina. In questo senso, per esempio, in tema di obbligazioni, il BGB tratta innanzitutto il problema della validità dell'atto giuridico, senza prestare attenzione ai suoi effetti e occupandosi in un secondo momento del rapporto obbligatorio che da quell'atto trae origine³; nonostante, però, l'assenza nel corpo del *Bürgerliches Gesetzbuch* di una consacrazione diretta di un espresso principio di relatività degli effetti del contratto, questo emerge comunque implicitamente dal complesso delle norme relative alle obbligazioni, e proprio in questo senso ha trovato riconoscimento da parte della dottrina, nella forma di un generale principio di *Relativität des Schuldverhältnisses*, vale a dire di un principio di relatività del rapporto obbligatorio⁴. Per queste ragioni, quindi, si può affermare che il principio

² Sui quali si veda rispettivamente parte seconda, capitolo secondo, pp. 322 e ss e capitolo quarto, pp. 389 e ss.

³ Secondo R.Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité*, cit., p. 34 e nt.130, il concetto di *Schuldverhältnis*, di rapporto obbligatorio, quindi, è considerato dal legislatore tedesco sia dal punto di vista proprio del vincolo giuridico derivante dall'essere parte di e dall'aver costituito un contratto, conformemente alla definizione contenuta nelle Istituzioni di Giustiniano di *obligatio* come appunto *iuris vinculum* (I. 3. 13 pr, sulla quale si veda parte prima, cap. 1, pp. 19 e ss del presente elaborato), sia nel più ampio senso di rapporto dal quale derivano diritti e obblighi per le parti, qualunque ne sia la fonte (contratto, delitto, ecc...).

⁴ Dalla lettura dei *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, II. *Recht des Schuldverhältnisse*, Berlin, 1888, in particolar modo della parte introduttiva alle pagine 2-3, è possibile formarsi un'idea generale circa l'intenzione dei redattori del BGB all'atto di concepire la parte del codice dedicata all'obbligazione; in particolare sono da notare due punti fondamentali: da un lato, vi è la critica alle moderne codificazioni di diritto civile nella loro tendenza a introdurre nel codice norme generali di tipo dogmatico, con la pretesa, scorretta, di anticipare, risolvendole, questioni teoriche che devono invece restare di competenza della dottrina e sulle quali, evidentemente, il dibattito è sì necessario, ma non per questo deve essere integrato nel codice. Dall'altro, e di conseguenza, il tipo di definizione di *Schuldverhältnis* adottata dai redattori si concentra sul dato concreto del *vinculum iuris* tra le parti secondo cui, evidentemente, non c'è necessità di esplicitare alcunché di teorico nel momento in cui il contratto vincola solo le

generale di relatività delle convenzioni coincide necessariamente, per la dogmatica e la dottrina tedesca, con il principio di relatività del rapporto obbligatorio.

Non per questo, si è già accennato, il diritto tedesco evidentemente non riconosce l'operatività del principio in questione; semplicemente, esso è implicito nel sistema e può essere da questo deduttivamente individuato; in questo senso, uno dei testi più evidentemente significativi è senza dubbio il § 241:

§ 241 BGB, Pflichten aus dem Schuldverhältnis: *1. Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.*

2. Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten;

congiuntamente al § 311:

§ 311 BGB, Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse: *1. Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.*

2. Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

I. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen;

II. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder

III. ähnliche geschäftliche Kontakte.

parti. L'effetto relativo delle obbligazioni si presenta come un dato di fatto di per sé incontestabile, quindi al di fuori della necessità di una sua discussione dogmatica, men che meno nel corpo del Codice stesso; in questo senso infatti *«Außer Zweifel steht, daß durch das Schuldverhältnisse nur persönliche Rechtsbeziehungen zwischen den in demselben stehenden Parteien begründet werden, der persönliche Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf die Leistung, die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners zur Bewirkung der Leistung (§ 206). Über die Personen des Gläubigers und des Schuldners greift die Wirkung des Schuldverhältnisses an sich nicht hinaus».*

A dimostrazione di un tanto, lo stesso commento esegetico-applicativo contenuto nei *Motive*, tanto con riferimento al § 241 quanto con riferimento al § 311, non presenta alcun riferimento alla nozione di relatività degli effetti del contratto, rispetto o ad integrazione del concetto di rapporto obbligatorio.

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.

In una lettura combinato-disposta delle due norme, possiamo notare come esse guardino all'obbligazione secondo due prospettive distinte: da una parte, il § 241 considera l'obbligazione in quanto rapporto obbligatorio propriamente inteso (*Schuldverhältnis*), mentre il § 311 si concentra sull'atto costitutivo di quello stesso rapporto obbligatorio. Effettivamente, la relatività dell'uno non implica necessariamente anche la relatività dell'altro; da un lato, si può parlare di relatività del rapporto obbligatorio nel momento in cui si rileva che la prestazione e i rispettivi diritti e doveri nascenti dall'obbligazione legano il debitore e il creditore in quanto tali, e quindi, evidentemente, è dal rapporto obbligatorio che nasce altresì tra i due soggetti l'obbligo di rispettare i reciproci "beni, diritti e interessi". In questo senso, appunto il § 241, Ab. 2 fa riferimento al concetto di *jeden Teil* nei confronti *der andere Teil*, concentrandosi appunto sugli effetti che dal rapporto obbligatorio si producono solo tra le parti, senza riferimento alcuno ai terzi. Dall'altro lato, tale relatività, se attiene agli effetti prodotti da un rapporto obbligatorio posto in essere, trova altresì riferimento a monte nello stesso atto giuridico creatore di quel rapporto obbligatorio; in questo senso, infatti, a norma del

§ 311, Ab. 1: *Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich,*

salvo che la legge non stabilisca diversamente, come in effetti avviene, per esempio, nell'ipotesi del contratto in favore del terzo di cui al § 328 BGB⁵.

Si tratta, probabilmente, di considerazioni che possono sembrare ovvie e finanche banali, ma che pare importante mettere in luce perché, se da un lato è vero che il sistema tedesco di distinzione tra rapporto e atto non rappresenta nulla

⁵ Per una lettura sistematica del § 241 BGB in combinazione col § 311, cfr. da ultima M. Preisner, *Das gesetzliche mittreuhänderische Schuldverhältnis kraft gemeinsamer Elternschaft. Ein Beitrag zur gegenwärtigen Dogmatik des Familienrechts*, Tübingen, 2014, pp. 20-21.

di particolarmente complesso da comprendere e opera chiaramente sul piano pratico, rappresenta pur sempre una differente prospettiva rispetto alla quale considerare il problema della relatività degli effetti del contratto, pur se tale questione si risolve comunque in un riconoscimento dell'operatività dello stesso. Quindi, se è vero che non è prevista nel Codice Civile tedesco una norma di contenuto pari all'art. 1165 del *Code Civil*, appare assolutamente chiara la presa di posizione dei redattori del BGB circa il problema della relatività degli effetti del contratto; di più, essi hanno ben espresso a chiare lettere quanto invece altri hanno sottinteso, ovvero come esistano due piani, quello dell'atto e quello del rapporto, e come in effetti l'"obbligazione", intesa in senso generale, sia strettamente legata al solo dialogo intercorrente tra le parti della stessa, senza quindi che *de facto* tale "obbligazione" produca di per sé stessa un qualsivoglia effetto nei confronti di soggetti terzi ed estranei al contratto posto in essere⁶.

⁶ La lettura di alcuni commentari del BGB relativamente, per esempio, al § 241 rende abbastanza evidente come l'approccio della dottrina al problema teorico-dogmatico del principio di relatività degli effetti del contratto non abbia sempre avuto un rilievo univoco da parte dei commentatori e costante nel tempo; dalla lettura, ad esempio del *Münchener Kommentar*, II, *Einleitung*, p.11 e ss, München, ed. 2007, a firma di E. A. Kramer (ma cfr. anche edd. precedenti dal 1978, sempre a firma di E. A. Kramer) si parla espressamente di *Relativität des Schuldverhältnisses* come questione generale preliminare in tema di obbligazioni, secondo un'impostazione teorica molto simile a quella adottata dalla manualistica e dai commentari francesi sul punto, collegando l'operatività del principio all'esegesi del §241. Questo tipo d'impostazione, però, non riscontra sempre puntuale adesione; nel commentario Staudinger (*Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* 12., II, p. 107 e ss, Berlin, 1983, a firma di J. Schmidt), i paragrafi dedicati al principio di relatività titolano significativamente "*Relativität*" *der Schuldverhältnisse (im engeren Sinne)* e si concentrano specificamente sulla possibilità concreta di far sorgere da un negozio giuridico effetti per i terzi e in loro favore, criticando altresì impostazioni troppo generiche e il solo abbozzato riferimento alla distinzione tra la *positive Vertragsfreiheit* e la *negative Vertragsfreiheit* a cui lo stesso Kramer faceva riferimento nel *Münchener Kommentar*: commenta infatti Schmidt «so (sulla questione appena accennata relativa alla doppia natura della *Vertragsfreiheit*) *der plastische Sprachgebrauch bei Münch- Komm-Kramer Einl 14 zu §241, wo allerdings die Sachprobleme nicht hinreichend abgegrenzt werden*. Un tipo di considerazione più circoscritta del principio in questione caratterizza le edizioni più recenti dei Commentari, quali ad esempio il *Münchener Kommentar, Einleitung*, p. 7 e ss, ed. 2012, a firma questa volta di W. Ernst e la stessa edizione del 2009 del commentario Staudinger a firma di D. Olzen, o O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar mit Nebengesetzen*, München, ed .2014, *Einteilung* § 241, p. 257 -258, il quale dedica poche righe per ricondurre il principio alle questioni applicative del *Vertrag mit Schutzwirkung*

L'assenza di una norma di portata generale sul principio di relatività degli effetti del contratto, nonché il differente approccio adottato dalla dottrina tedesca sul punto, non rendono effettivamente molto semplice l'individuazione del significato e della portata precisa del principio nel diritto tedesco delle obbligazioni. In questo senso, però, può essere di un certo aiuto il significativo lavoro di Heinrich Dörner sul tema appunto della relatività nel diritto tedesco delle obbligazioni. In *Dynamische Relativität*, un'opera monografica ampia che abbraccia questioni non solo operative in tema di principio di relatività degli effetti del contratto ma anche problemi più *in limine* filosofici circa la necessità di porsi la domanda sull'esistenza e l'operare del principio in questione in diritto tedesco, l'Autore ha individuato tre distinti significati di tale principio che pare utile qui scorrere rapidamente; va da sé, ma vale la pena ricordarlo qui una volta in più, come l'assenza di una disposizione legislativa renda il valore di tale trattazione solo didattico teorico e non anche interpretativo in senso stretto, come se fossimo di fronte ad una norma giuridica⁷.

Un primo significato del principio in questione deve ricollegarsi al fatto che l'idea di relatività rimanda a dei diritti, come quelli che nascono dal contratto, che godono di una protezione non assoluta ma limitata al rapporto tra creditore e debitore; l'esecuzione della prestazione oggetto dell'obbligazione, infatti, può essere validamente richiesta solo alla controparte, senza che l'ordinamento possa o debba intervenire a tutela di un diritto di credito. In secondo luogo, relatività significa che il terzo al rapporto obbligatorio non deve subire alcun effetto derivante da quello stesso rapporto che egli non ha contribuito a creare; se degli

zugunsten Dritter e alla Drittschadensliquidation. Un tanto, si riferisce, a dimostrazione della rilevanza poco pratica che il principio riveste, di contro, invece, alla sua rilevanza teorica. Tra i contributi dottrinali più interessanti, infatti, sul tema del principio di relatività degli effetti del contratto, alcuni dei quali forse più propriamente recenti, si ricorda qui H. Dörner, *Dynamische Relativität. Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten*, München, 1985; J.Gernhuber, *Handbuch des Schuldrechts*, Bd. 8: *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989; H.-E. Henke, *Die sogenannte Relativität des Schuldverhältnisses*, Berlin, 1989. Di notevole interesse è anche il recente lavoro di M. Hassemer, *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen. Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht*, Tübingen, 2007.

⁷Cfr. in questo senso lo stesso H. Dörner, *Dynamische Relativität*, cit., p. 100 e ss.

effetti si producono, questi sono estranei alla regola e attengono ad eccezioni al principio generale. Infine, il terzo e ultimo significato espresso dal concetto di relatività rimanda all'idea che dal contratto nascano obblighi e diritti solo tra le parti, circostanza questa che determina l'opponibilità di tali obblighi e diritti solo tra i titolari contraenti.

A rivestire maggiore interesse, a nostro parere, sono sicuramente la prima e la terza sfumatura e la relativa critica operata dall'Autore⁸; nel primo caso, nel riferire la tradizionale regola della relatività dei diritti di credito, allo stesso tempo Dörner la critica sostenendo che il diritto di credito è dotato di un protezione assoluta al pari di un diritto reale, seppur la tecnica di protezione sia diversa da quella utilizzata appunto per un diritto reale. È un'affermazione, questa, che viene circoscritta ad eccezioni che l'autore esemplifica nel testo⁹, ma che appunto da eccezioni paiono diventare regola, nel momento in cui deduce che, ferma restando la presenza di questi casi d'indubbia protezione assoluta, allora non si può dire che il principio di relatività valga nell'ordinamento come principio di relatività della protezione del diritto di credito¹⁰.

A parere di chi scrive questa pare una conclusione un po' azzardata, seppur accolta nell'entusiasmo, per esempio, di una certa dottrina francese, la quale ricollega tale sfumatura all'operatività di un principio di opponibilità del contratto

⁸ Per quanto riguarda la seconda sfumatura, per cui il contratto non deve produrre effetti nei confronti dei terzi, è una valenza del principio di relatività che si scontra con le eccezioni previste nel BGB, come appunto il contratto a favore di terzo di cui al § 328 BGB, e di fatto sarebbe priva di utilità. Meglio intenderlo nel senso che il contratto non produce effetti tra le parti, se non nei casi in cui è previsto dalla legge, per cui l'ordinamento lo ritiene dovuto e utile.

⁹ Cfr. H. Dörner, *Dynamische Relativität*, cit., p. 101, ove l'autore riporta gli esempi del *Vertragserstreckung* di cui al § 571 BGB, della *Vormerkung*, della *Einwendungserstreckung* di cui al § 986 II BGB, dei *Schuldbeitritte* di cui al § 556 III, § 604 IV, § 419 del BGB e § 25 HGB (*Handelsgesetzbuch*, il codice del commercio) e gli *Anfechtungsrechte* di cui all'AnfG (*Anfechtungsgesetz*, legge sull'impugnazione di atti giuridici del debitore al di fuori della procedura fallimentare).

¹⁰ Cfr. H. Dörner, *Dynamische Relativität*, cit., p. 101: “*Allerdings erscheint es mißlich, diese Erscheinungen als Ausnahmen von einem Prinziprelativen Schutzes zu begreifen. Dies würde nämlich suggerieren, daß sich Forderungsschutz grundsätzlich nur auf relativen Schutz beschränkt. Das ist aber unzutreffend, weil Forderungsrechte ebenso wie alle anderen subjektiven Rechte auch stets absoluten Schutz genießen*”.

su modello di quello teorizzato in diritto francese¹¹. Per come il BGB è stato

¹¹ Cfr. R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité*, cit., pp. 66 – 68. L'autore si propone d'individuare anche nell'ordinamento tedesco l'operatività del cd. principio di opponibilità degli effetti del contratto in base al quale il contratto, rilevando come fatto nell'ordinamento, di per sé è idoneo a produrre effetti al di fuori del circolo ristretto delle parti, quindi anche nei confronti dei terzi, sia dal lato attivo, nel senso che il terzo può avvalersi in senso vantaggioso degli effetti nascenti da un contratto, sino a fondare una domanda di risarcimento del danno nell'ipotesi in cui l'inadempimento gli causi un danno, sia dal lato passivo, vale a dire nel caso in cui il contratto possa essere opposto al terzo e ne possa essere quindi fatta valere la responsabilità. Relativamente al diritto tedesco delle obbligazioni, l'idea di un'opponibilità del contratto intesa nel senso generico di "rilevanza per il terzo", è senza dubbio presente tra le righe della teorizzazione dottrinale, ma è stata forse oggetto di studio sistematico ancor meno del principio di relatività degli effetti del contratto, anche in ragione del fatto che trattasi oggettivamente di una teorizzazione di cui è difficile riconoscere i caratteri distintivi rispetto allo stesso principio di relatività. Questo fenomeno di "contrattualizzazione" degli effetti del contratto nei confronti dei terzi ha un senso differente e una modalità di applicazione diversa in Germania e in Francia. Nel sistema francese, si è visto, la presenza di una regola generale in tema di responsabilità extracontrattuale ha reso possibile per il terzo rispetto al contratto tutelarsi in caso di ingerenze dannose nella sfera dei suoi diritti ed interessi; in questo senso, la tendenza alla contrattualizzazione della sua tutela ad opera della giurisprudenza e della dottrina da un lato, e più recentemente anche ad opera del legislatore dall'altro, rispondono ad un cambio di prospettiva nella considerazione del terzo come soggetto di diritto rispetto al contratto e altresì nella qualificazione del tipo di danno che questi può subire. Se il danno subito dal terzo ha origine dalle vicende negative o positive del contratto, perché allora non ricondurre la tutela del terzo all'esercizio di un'azione di natura contrattuale? In Germania, il sistema era ed ancora dopo la riforma del 2001 abbastanza differente, ed è per questa ragione che il principio di opponibilità sembra perdere in tale ordinamento la funzione che invece riveste nel sistema francese, ragion per cui teorizzarne l'operatività pare per certi versi superfluo; il sistema tedesco della responsabilità concepisce in modo piuttosto restrittivo la responsabilità extracontrattuale, nel senso che i casi in cui questa trova applicazione sono tipici e determinati, non esistendo in proposito una regola generalmente applicabile. In questo senso, e per tali ragioni, si è assistito nel diritto tedesco delle obbligazioni ad un simile fenomeno di contrattualizzazione degli effetti prodotti dal contratto nei confronti dei terzi ma per mezzo di strumenti differenti, primo tra tutti quello della diretta estensione della responsabilità contrattuale grazie al riconoscimento dell'operatività di particolari figure giuridiche in casi specificamente determinati. Per tale ragione, quindi, il ragionamento sul principio di opponibilità perde, a parere di chi scrive, molto del suo senso se contestualizzato in un ordinamento come quello tedesco poiché, se per il diritto francese il punto di partenza non è un vuoto da colmare in tema di responsabilità extracontrattuale ma solo una garanzia da estendere, lo stesso non si può dire per il sistema tedesco, nel quale vale esattamente il discorso opposto. Lo stesso Wintgen, del resto, non pare giungere in realtà ad individuare una chiara operatività di tale principio minimamente paragonabile a quella valida invece per il sistema francese.

concepito, in realtà, se è vero che una regola generale sul principio di relatività non è stata codificata, in quanto si è preferito inserire norme operative e non di concetto, anche le eccezioni devono essere guardate come norme operative e non di concetto, quindi solamente idonee a regolare i casi specifici a cui sono poste e grazie alle quali il legislatore ha ritenuto di dover assicurare tutela assoluta ad alcune posizioni creditorie e non certo fondare un preteso principio di assolutezza del diritto di credito.

Relativamente alla terza sfumatura, l'Autore sostiene che per il principio di relatività, legando il contratto solo le parti quanto a obblighi e diritti che lo stesso crea, eccezioni sono quelle in cui tali obblighi e diritti sono estesi al terzo, ragion per cui il terzo può avvalersi di eccezioni nascenti da un rapporto di cui lui non è parte. Il contratto in favore di terzo viene visto come una sorta di cessione del contratto, operazione, questa che lo renderebbe legittimo sul piano della relatività, così come tutti quei casi in cui via sia una forma di cessione di diritti e obblighi¹². Al di là dell'interesse per la particolare costruzione di tale affermazione, questa sembra forse leggermente forzata e foriera di fraintendimenti, soprattutto sul piano della delimitazione e della portata dell'istituto del contratto in favore di terzo, dove effettivamente non avviene una traslazione di diritti ma la creazione in capo al terzo di un diritto che, in linea generale, è proprio del terzo stesso e non può essere che da lui azionato¹³.

In conclusione, si è voluto brevemente far luce su questo lavoro interpretativo di Heinrich Dörner per evidenziare un particolare modello di approccio alle questioni teoriche sottese all'operatività e alla mancata codificazione del principio di relatività degli effetti del contratto nel Codice Civile Tedesco; si tratta di un lavoro, come si è detto, teso ad individuare non tanto l'operatività pratica del principio in questione, quanto piuttosto il senso metodologico e filosofico connesso al problema della relatività in materia contrattuale. Tale approccio dogmatico trova la sua ragion d'essere nell'assenza di

¹² Cfr. H. Dörner, *Dynamische Relativität*, cit., in particolare pp.169 e ss.

¹³ Salvo, come si avrà modo di dire qui di seguito, l'eccesso di garanzia previsto al § 335 BGB, vale a dire la possibilità per lo stipulante, salva diversa volontà delle parti contraenti desumibile dal contratto stesso, di esigere direttamente la prestazione anche nel caso in cui tale diritto spetti direttamente al terzo.

valore normativo codificato del principio di relatività degli effetti del contratto: a che pro indagare un principio se questo non s'impone operativamente al legislatore? Il principio esiste, è percepito, e lo dimostrano *a contrario* le regole invece codificate, ma sul piano dottrinale il discorso, evidentemente, potrà rimanere ancorato solamente ad un livello teorico-didattico, mentre non ne avrà sul piano delle regole positive di diritto.

Simili questioni teoriche e simili impostazioni dogmatiche non pare abbiano effettivamente trovato proseliti, non tanto per l'inadeguatezza delle motivazioni, quanto, pare di comprendere, per una sorta di mancanza di attualità del problema ovvero un differente approccio al problema. Il già ricordato lavoro Michael Hassemer¹⁴, per esempio, mette in evidenza come il principio di relatività degli effetti del contratto sia in realtà strettamente connesso a quello dell'autonomia delle parti nella conclusione del contratto; se le parti sono libere di autodeterminare il contenuto del contratto, in quanto questo è espressione della loro autonomia contrattuale, della loro libera autodeterminazione e della loro libertà d'azione, allora questo non può altro che determinare un'efficacia del prodotto di tale espressione limitata tra le parti stesse¹⁵. In questo senso, solo se le parti decidono i limiti entro i quali esercitare la propria libertà contrattuale, tali limiti da essi costituiti potranno e dovranno legare le parti soltanto e legarle a quanto hanno concordemente deciso: per quanto riguarda i terzi, anch'essi godono del medesimo principio di autodeterminazione (*Selbstbestimmung*) e di generale libertà di azione (*Handlungsfreiheit*), ragion per cui essi dovrebbero essere liberi di scegliere i termini dei vincoli che li legano e non subirne solamente gli effetti; conseguentemente il principio di relatività degli effetti del contratto dovrebbe vietare interferenze da parte della libera autodeterminazione delle parti nella libera autodeterminazione di soggetti diversi¹⁶.

¹⁴ Cfr. M. Hassemer, *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen*, cit., in particolare pp. 13 – 18.

¹⁵ Cfr. M. Hassemer, *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen*, cit., p. 13.

¹⁶ Cfr. M. Hassemer, *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen*, cit., p. 13 – 14. Come ricorda l'Autore, questa era un'idea che aveva già trovato riscontro in R. Krasser, *Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter. Untersuchungen zum Delikts und Wettbewerbsrecht Deutschlands, Frankreichs und Belgiens*, Köln, 1971, p. 299, il quale sosteneva: *Weiter hilft aber*

Anche per Hassemer, dunque, il principio di relatività degli effetti del contratto non è innato rispetto all'ordinamento, ma discende in via interpretativa dai principi di *Selbstbestimmung* e *Handlungsfreiheit*; rispetto a ciò, il principio di relatività può essere parimenti interpretato da un punto di vista negativo, in virtù del quale, se la libertà contrattuale consiste nella libera autodeterminazione delle parti per le parti, gli effetti nascenti dal contratto non possono vincolare nessuno che a quel contratto non sia in qualche modo "legato", e da un punto di vista positivo – formale, essendo appunto il contratto autodeterminato dalle parti per le parti, esse devono essere esenti dalle interferenze contrattuali: nel complesso il principio di relatività consisterebbe in un principio a tutela delle parti e della sostanziale parità di posizioni e situazioni rispetto al contratto, il cui scopo sarebbe, in ultima istanza, di prevenire la *Fremdbestimmung unter Gleichen*¹⁷.

Esiste, infine, una parte della dottrina che nega l'esistenza e l'operatività del principio di relatività degli effetti del contratto nell'ordinamento tedesco; tra questi spicca l'autorevole opinione di Joachim Gernhuber, il quale nega l'esistenza del principio di relatività degli effetti del contratto sulla base del fatto che né la logica giuridica né il concetto di autonomia della volontà escludono l'operatività nei confronti di terzi di effetti nascenti dal rapporto obbligatorio, con la conseguenza che questi dovrebbero essere riconosciuti ogniqualvolta appaia utile e opportuno senza la necessità di un ostacolo come quello del principio di

der Gedanke, dass hinter dem Relativitätsgrundsatz letztlich die Rücksicht auf die allgemeine Handlungsfreiheit steht. Wenn die Vertragswirkungen auf die Parteien beschränkt bleiben, so deshalb, weil nur diese sich gebunden, ihre eigene Handlungsfreiheit begrenzt haben. Dritte sollen sich ebenfalls frei entscheiden können, ob sie ihre Handlungsfreiheit beschränken wollen; gehen sie keine Bindung ein, so behalten sie nicht nur weiterhin diese Entscheidungsfreiheit, sondern auch ihre Handlungsfreiheit in dem Bereich, auf den sich ein Vertragsschluss hätte beziehen müssen.

¹⁷ Cfr. M. Hassemer, *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen*, cit., pp. 14, 15 e 18. Il centro del lavoro dell'Autore si sposta successivamente da tale premessa iniziale in tema di principio di relatività degli effetti del contratto ad un'analisi pragmatica circa il concetto di eteronomia e le sue dimostrazioni pratiche. Il suo lavoro riveste però un certo interesse in virtù del punto di vista adottato per la configurazione dell'operatività del principio di relatività degli effetti del contratto non da un punto di vista meramente normativo ma in quanto deducibile dai più generali principi di autodeterminazione ed autonomia delle parti che ispirano il testo del BGB.

relatività¹⁸. Si tratta evidentemente di una posizione che trova la propria giustificazione in un'analisi complessiva del sistema rigorosamente basata sulla *ratio* che ispira il BGB e sulle risultanze derivanti dall'interpretazione delle norme.

Non pare però una posizione condivisa dalla più parte della dottrina, e nemmeno ai fini di questa ricerca pare opportuno accoglierla; gli esempi sopra riportati hanno infatti dimostrato come sia più forte, ma anche in un certo senso necessario, il bisogno di conferire un contenuto ed un rilievo al principio di relatività degli effetti del contratto, anche in assenza di una norma precisa. Non ha importanza, in fondo, se non per la ricchezza del dialogo giuridico – dottrinale, individuare l'esatta origine del principio in sé, ma è vero che il riconoscimento della sua operatività permette e ha permesso di inquadrare meglio il complesso panorama degli effetti nascenti dal contratto e d'individuare al suo interno soluzioni funzionali e coerenti ai problemi ad essi collegati.

II. *Brevi cenni sul sistema della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in diritto tedesco*

a. *Premessa*

Tra le questioni generali che pare opportuno affrontare in sede preliminare, vi sono anche quelle che attengono le regole generali in tema di responsabilità contrattual(e) ed extracontrattuale nel diritto tedesco. Non è certo questa la sede più appropriata per una disamina critica approfondita delle regole che governano

¹⁸ J.Gernhuber, *Handbuch des Schuldrechts*, cit., p. 461: *In Wahrheit hat es sich immer um die Stilisierung nur grundsätzlich oder gar nur im Ansatz richtiger Aussagen zu Prinzipien gehandelt, die keinerlei Widerspruchvertragen. Weder die Rechtslogik schließt Drittwirkungen fremder Schuldverhältnisse aus noch Gedanke der Privatautonomie mit grundsätzlicher Beschränkung der Wirkungen privatautonomer Akte auf diejenigen, die sie vornahmen. Wie die Frage nach dem Schutz von Forderungen gegen Dritte, so ist auch die Frage nach Drittwirkungen fremder Schuldverhältnisse nichts anderes als eine Frage zeitgebundener Wertung und zweckmäßiger Regelung. Daß es sachrichtig und zweckmäßig sein kann, Drittwirkungen fremder Schuldverhältnisse anzuerkennen, ist insofern zwar eine späte Entdeckung, jedoch nicht Ausdruck einer Zeit, die (um den Preis widersprüchlichen Denkens) selbst allem Recht vorgegebene Grenzen mißachtet.*

tali distinti regimi di responsabilità, ma appare ugualmente utile per il prosieguo della trattazione accennare brevemente ad alcune norme e regole ad essi relativi, al fine di chiarire maggiormente il terreno sul quale si basano alcune determinanti teorizzazioni in punto terzi. Si vedrà, in particolare, come, per quanto chiara e codificata sia la distinzione tra i due regimi di responsabilità e per quanto i campi rispettivi di applicazione siano stati legislativamente determinati in modo specifico e teoricamente privo di lacune da colmare, in realtà si sia trovato lo spazio interpretativo necessario all'individuazione di forme ibride di responsabilità, quale, per esempio la responsabilità per *culpa in contrahendo*, ovvero spazi interpretativi idonei ad estendere l'applicabilità dei due regimi al di fuori dello schema imposto dal BGB e che si concretizzano in sostanza nelle teorie dei doveri di protezioni e delle violazioni positive del contratto.

È di un tanto, quindi, che si renderà conto brevemente nelle pagine a seguire, indicando sin da ora come un maggiore approfondimento sarà lasciato alla dottrina di riferimento.

b. Alcune nozioni in tema di responsabilità extracontrattuale

Il BGB affronta la disciplina relativa alla responsabilità extracontrattuale ai §§ 823 -853¹⁹; in particolare, la norma centrale di riferimento è il § 823 BGB, a norma del quale

§823 BGB, Schadensersatzpflicht: 1. *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*

2. *Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.*

Esso deve essere letto congiuntamente a

¹⁹ Per un maggior approfondimento sull'operatività generale di tali norme si vedano, nello specifico, *Münchener Kommentar*, ed. 2012, cit., pp. 1761 – 2804; O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, ed. 2014, cit., pp. 1379 – 1500.

§ 826 BGB, Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung: *Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.*

L'insieme delle disposizioni che emergono dalla lettura del combinato disposto dei due articoli costituisce il *minimum* codicisticamente previsto in relazione alle clausole generali in tema di responsabilità extracontrattuale. Nello specifico, risponde per il risarcimento del danno chiunque, dolosamente o colposamente, leda illecitamente il diritto di un altro soggetto (che, più specificamente può concretizzarsi nel diritto alla vita, all'integrità corporale, alla salute, alla proprietà e via di seguito), ovvero violi una legge preposta alla protezione di interessi e posizioni giuridiche altrui (*Schutzgesetz*) ovvero arrechi ad altro un danno tenendo un comportamento contrario al buon costume (*guten Sitten*), vale a dire un pregiudizio derivante dalla volontaria, dolosa e moralmente condannabile ignoranza degli interessi di un altro soggetto. Questi tre criteri rappresentano i punti cardini sui quali si basa il sistema d'individuazione dei comportamenti idonei a determinare l'operatività della responsabilità extracontrattuale; non individuano, evidentemente, degli illeciti specifici, ma tuttavia realizzano un sistema di definizione di tali comportamenti il più preciso possibile²⁰. Non si tratta, evidentemente, di una clausola generale su modello che si è già visto operante nel codice civile francese ovvero su modello italiano, ma si basa invece su un sistema di leggi e costumi che devono o dovrebbero permettere al legislatore d'individuare di volta in volta la situazione che necessita di essere protetta dal comportamento doloso e colposo di un soggetto²¹. In questo, probabilmente, consiste la differenza maggiore, da un lato, tra gli ordinamenti in cui è prevista una norma generale in tema di responsabilità generale e, dall'altro,

²⁰In questo senso si veda K. Larenz, C. W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II.2, München, 1994, pp. 354 e ss.; W. Fikentscher, *Schuldrecht*, Berlin, 1997, n. 1044 e ss. e, recentemente, J. Esser, H.-L. Weyers, *Schuldrecht*, II.2, Heidelberg, 2000.

²¹Accanto a questi criteri generali di determinazione, il BGB prevede altresì ipotesi specifiche di responsabilità extracontrattuale per fatto altrui (§ 831 - §832) e sanziona un certo numero di delitti o quasi-delitti speciali, tra cui la diffamazione a minaccia del credito o del guadagno o della carriera altrui (§ 824), l'induzione ad atti sessuali (§ 825), la responsabilità per fatti causati dagli animali (§ 833 - §834), la responsabilità per i danni causati da un bene immobile (§ 836 - §838) e la responsabilità dei funzionari e dei tecnici (§ 839 - §839a).

una soluzione simile a quella adottata dall'ordinamento tedesco: mentre una clausola generale lascia in sostanza al giudice la libera determinazione di cosa possa essere considerato "illecito" e cosa quindi sia idoneo a ricevere protezione e risarcimento, nel sistema tedesco la scelta spetta sostanzialmente al legislatore, che di volta in volta dovrà adottare una legge volta alla protezione espressa di una particolare situazione e posizione giuridica. La sostanziale fissità di tale sistema, apparentemente mutabile solo su istanza del legislatore, ha in realtà conosciuto interessanti interventi interpretativi anche ad opera della giurisprudenza, che in particolare si è interessata ad un approfondimento della questione dei cd. *Verkehrspflichten*, sui quali si tornerà a breve qui di seguito.

Innanzitutto, al fine di comprendere le condizioni stabilite dal § 823 BGB, nella specie I comma, per poter legittimamente invocare la responsabilità da illecito civile, occorre analizzare e verificare l'operatività di tre diversi elementi, vale a dire la presenza di una lesione effettiva del diritto, l'illiceità di tale lesione; e infine la "colpevolezza", nel senso che la lesione dovrà essere necessariamente dolosa o colposa. Questa valutazione in tre tempi sembra essere dettata abbastanza chiaramente dal testo della norma in questione, e di fatto non pare debba essere fatta oggetto di particolari questioni interpretative, atteso che probabilmente l'unico elemento che si presta ad essere oggetto di dubbio è quello dell'illiceità della lesione, dove illecita può essere tanto ogni lesione in sé e per sé considerata quanto la sola lesione di una norma di comportamento; una lesione è inoltre illecita qualora l'autore non abbia prestato la prudenza necessaria²². Tendenzialmente, e conformemente alla lettera del BGB, quando ci si riferisce ad un dovere di sicurezza o di protezione in riferimento alla disciplina degli illeciti

²² Effettivamente, seguendo l'approccio e le considerazioni espresse da R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité*, cit. p. 268, nt.16, non pare questa una questione su cui sia utile soffermarsi, preso atto che, pur esistendo due opposte teorie sul punto, fondamentalmente in entrambi i casi si riconoscerà l'esistenza dell'illecito in assenza di una causa di giustificazione; non solo, ma l'indagine dell'elemento soggettivo alla base dell'azione dell'autore sarà già considerato, a rigore, durante il terzo dei tre momenti esegetici, che consiste nella valutazione della dolo o colpevolezza del comportamento dell'autore della violazione. Un approfondimento sistematico di questi requisiti, che di per sé non è oggetto specifico di questo elaborato, può essere condotto facendo riferimento ai commentari al BGB, tra i quali si segnala in particolare il *Münchener Kommentar* e il Commentario Palandt precedentemente ricordati.

civili, ci si riferisce a doveri generalmente individuati a livello legislativo e che non possono essere quindi oggetto della cosiddetta “interpretazione creatrice” da parte della giurisprudenza; questo, però, si è dimostrato vero solo in parte, nel senso che tale funzionamento del sistema della disciplina degli illeciti civile e della responsabilità extracontrattuale ad oggi non opera più solamente nei vincoli stretti individuati dal codice ma in un contesto più ampio individuato anche grazie all’ausilio della dottrina.

In particolare, si è assistito ad un intervento interpretativo da parte della giurisprudenza circa la qualificazione degli illeciti rilevanti a norma del § 823 I BGB, per quanto riguarda l’interpretazione e l’individuazione delle norme di protezione; in sostanza, si è assistito alla teorizzazione dei cosiddetti “doveri di protezione e sicurezza altrui”²³, sottesi alle norme preposte dal legislatore alla tutela di particolari diritti e posizioni giuridiche, la cui incidenza sarà valutata dal giudice in relazione al grado di prudenza necessario a procedere ad un’adeguata tutela degli stessi, decretando in questo modo anche l’assoluta centralità del § 823 I nel sistema della responsabilità extracontrattuale tedesca²⁴. Tale fenomeno ha giocato quindi un ruolo molto importante nella ricostruzione dei confini applicativi del § 823, contribuendo ad allentare la rigidità del sistema. Le

²³ Quelli che vengono qui definiti come “doveri di protezione e sicurezza altrui” corrispondono a ciò che la dottrina, in Italia, ha tradotto come “obblighi di traffico”, da non confondersi con gli “obblighi di protezione” che attengono invece a questioni inerenti all’esercizio della responsabilità contrattuale. Sulla nozione e caratterizzazione dei cd. “obblighi di traffico”, così come recepita e compresa dalla dottrina italiana, si veda il contributo di C. W. Canaris, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in *Festschrift für K. Larenz zum 80*, München, 1983, la cui traduzione italiana a cura di A. Di Majo e M. R. Marella dal titolo *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione* è pubblicata in RCDP 1983, pp. 567 ss. La definizione degli “obblighi di traffico” come “doveri di protezione e sicurezza altrui” si basa sulla conforme traduzione proposta da R. Wintgen, *Étude critique de la notion d’opposabilité*, cit. p. 268, nt.15, del termine tedesco *Verkehrssicherungspflichten* (da cui *Verkehrspflichten*) con *devoir d’assurer la sécurité d’autrui*, in luogo della fuorviante traduzione proposta da F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Paris, 1997, n. 364, di *obligation de sécurité*, in quanto si tratta di un dovere extracontrattuale e non contrattuale.

²⁴ Per una visione d’insieme ed un *excursus* generale sulla storia dalla giurisprudenza tedesca in tema d’interpretazione del § 823 I si rimanda a K. Larenz, C. W. Canaris, *Lehrbuch des schuldrechts*, cit., pp. 377 e ss., e a J. Esser, H.-L. Weyers, *Schuldrecht*, cit., pp. 151 e ss.

questioni puramente dottrinali relative a questa teoria si sono sviluppate principalmente tra gli anni '60 ed '80, sfociate in un dibattito abbastanza complesso sulla giusta collocazione di tali doveri di sicurezza, non, quindi, al momento della violazione del diritto, quanto al momento dell'illiceità o della colpevolezza; trattasi, è bene ribadirlo, di un dibattito di natura puramente e squisitamente accademica, stante la recezione giurisprudenziale di tali doveri e sostanzialmente il pervenire in ogni caso al medesimo risultato pratico²⁵.

Per determinare l'esistenza di tali *Verkehrspflichten*, sono stati elaborati diversi criteri di riconoscimento, basati essenzialmente su elementi, forse anche ovvi, relativi alle circostanze in cui l'illecito si è concretizzato, come aver approfittato di un terzo, essere all'origine di un pericolo per un altro soggetto e via discorrendo, ma contano anche altri fattori, quali la prevedibilità e la gravità del rischio, la possibilità per il terzo di premunirsi rispetto a tale rischi ecc.²⁶, dai quali vengono poi individuati, ad opera di Claus-Wilhelm Canaris, tre *Zurechnungsgründe*, vale a dire criteri di assegnazione, in base ai quali è possibile

²⁵ Merita breve cenno, in quanto posizione prima isolata poi abbandonata dallo stesso autore e per questo non presente nel suo manuale, ma esemplificativa di una certa propensione insita alla dottrina tedesca ad oltrepassare i limiti imposti dall'adozione di un *Enumerationsprinzip* nella strutturazione del sistema della responsabilità aquiliana, l'interpretazione proposta da K. Larenz, *Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht*, in *Festschrift für Dölle*, 1963, I, pp. 169 e ss il quale sostenne che i *Verkehrspflichten* dovessero essere considerati come *Schutzgesetz* a norma del § 823 II BGB, vale a dire alla stregua di una "legge di protezione" la cui origine sarebbe stata evidentemente giurisprudenziale. È evidente la portata controversa di tale teoria, idonea a trasformare il sistema tedesco della responsabilità extracontrattuale da un sistema basato, come si è detto, sul *Enumerationsprinzip*, ad uno basato su una sorta di clausola generale su modello francese (e italiano).

²⁶ Una sistematica dei principi che permettono di valutare se si sia in presenza oppure no di *Verkehrspflichten* è quella proposta da Ch.von Bar, *Verkehrspflichten*, 1980, pp. 122 e ss. la quale si svolge secondo quattro distinti principi di classificazione: 1- *Vertrauenprinzip*, vale a dire il principio della fiducia legittima del terzo; 2- *Gefahrenerhöhungsprinzip*, principio secondo il quale la creazione di un rischi particolare per un altro soggetto comprende in sé l'obbligazione di ridurlo al minimo; 3- *Gefahrbeherschungsprinzip*, principio secondo il quale soggetti che rivestono una particolare qualifica (quali i professionisti, i membri di una famiglia, i proprietari, i datori di lavoro) hanno l'obbligo di ridurre al minimo i rischi inerenti tale particolare qualifica; e infine 4- *Interessenprinzip*, vale a dire il principio secondo il quale chi trae profitto da un'attività deve occuparsi dei rischi che da essa derivano per i soggetti terzi.

collegare e sussumere i *Verkehrspflichten*, i quali corrispondono alla *Bereichshaftung* (responsabilità da “area”, che corrisponde ai doveri di assicurare la sicurezza di uno spazio di cui si ha la responsabilità), alla *Übernahmehaftung* (responsabilità da “presa in consegna”, facendo riferimento ai doveri derivanti dall’assunzione di un impegno, una missione) e alla *Haftung aus vorangegangenem Tun* (vale a dire la responsabilità per comportamenti anteriori, dai quali discendono evidentemente attuali doveri di sicurezza o “obblighi di traffico”)²⁷.

Si tratta, come è evidente ed è stato segnalato già diverse volte, di tentativi dottrinali di razionalizzare la copiosa casistica giurisprudenziale inerente la questione dei *Verkehrssicherungspflichten* e serve a rendere forse l’idea della complessità riscontrata dalla dottrina di fronte all’espandersi della produzione giurisprudenziale; tra la casistica che si può consultare non compare

²⁷Cfr. K. Larenz, C. W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., pp. 406 – 413. È bene sottolineare come gli autori si riferiscano a tali categorie solo come a “vaghi criteri” (*vage Aufgreifgesichtspunkte*), il cui contenuto reale di tale responsabilità, a sua volta, si concretizzerà in modo più significativo solo con l’ausilio di criteri di giustizia materiale: “*Freilich sind die Kategorien der Bereichshaftung, der Übernahmehaftung und des vorangegangenen Tuns nicht viel mehr als vage Aufgreifgesichtspunkte und bedürfen demgemäß ihrerseits u.U. der Konkretisierung und Präzisierung mit Hilfe materieller Gerechtigkeitskriterien*”. Di seguito, viene riportato l’esempio della cosiddetta *Streupflicht* che coincide in sostanza con un dovere di cospargere sale sulla neve e sul ghiaccio davanti alla propria proprietà; generalmente, i residenti privati di un immobile non sono tenuti a norma del § 823 I a cospargere di sale il marciapiede o il vialetto che immette sulla carreggiata, perché non è il privato ad aver aperto il traffico su tali zone, e su di esse non ha quindi un dovere “speciale” di protezione pari a quello che lo stesso ha inerentemente a spazi compresi nella proprietà, come il giardino ad esempio. Diverso è il discorso se tali residenti esercitano nella proprietà un’attività che determina un maggior afflusso di persone e un utilizzo massivo del marciapiede e della strada davanti alla proprietà; in questo caso si è di fronte ad una *Streupflicht* da ricondursi al § 823 I BGB. La ragione di questo, secondo K. Larenz, C. W. Canaris risiede nel fatto che, ovviamente, il tipo di attività esercitata nell’immobile ha aumentato il flusso di “traffico pubblico”, aumentando parallelamente il rischio di lesioni di soggetti terzi; in questo caso la responsabilità rientrerà sotto la categoria della *Bereichshaftung*, in quanto a tali soggetti è richiesto un obbligo e una prestazione di sicurezza sostanzialmente superiori a quella dei residenti privati sprovvisti d’interessi economici o commerciali particolari. Sulla *Streupflicht* si veda anche O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 823 BGB, n. 224 ff): *Räum- und Streupflicht*, p. 1426. Una casistica aggiornata relativa ai *Verkehrssicherungspflichten* riconducibile al § 823 BGB è consultabile sempre in O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., pp. 1416 – 1432.

l'inadempimento contrattuale²⁸. Tali considerazioni possono destare stupore per

²⁸ Pur trattandosi di questioni che interessano marginalmente il problema centrale trattato nel presente elaborato, è opportuno ricordare brevemente in questa sede alcune regole di origine giurisprudenziale volte all'ampliamento del campo di applicazione del § 823 I BGB. Una prima corrente giurisprudenziale si è concentrata sul concetto di *sonstiges Recht*, ampliando in via interpretativa il tipo di diritti ad esso riconducibili i quali, come si è detto, nell'idea dei compilatori del BGB dovevano rivestire il carattere dell'assolutezza, ma che nell'elaborazione giurisprudenziale hanno assunto il carattere di una maggiore relatività, come nel caso dei diritti della personalità o l'ipotesi di protezione dalle lesioni puramente patrimoniali di un'azienda operata attraverso il riconoscimento di un *Recht am errichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*, vale a dire di una sorta di diritto ad un'attività produttiva consolidata e funzionante.

Secondo quanto si legge in O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 823 BGB, n. 3 b) (p. 25), p. 1389, l'illiceità di tale violazione rileva in particolar modo quando implica altresì la lesione di determinati "diritti" che godono di considerazione sociale, questo chiaramente al fine di non estendere in modo incontrollato la tutela predisposta dal § 823 I BGB sino a situazioni che rientrino nella sfera dei diritti assolutamente relativi. Rilevanti sono le lesioni, per esempio, alla libertà di scelta imprenditoriale e violazioni del sistema produttivo; sul punto la giurisprudenza ha riconosciuto l'ammissibilità di tre gruppi distinti, vale a dire le *unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen* (diffide non autorizzate in relazione alla legge di protezione), il *Boycott von Geschäften* (il boicottaggio di negozi) e le *schädigende Werturteile* (valutazioni negative avverse) ovvero la *Verbreitung abträglicher wahrer Tatsachen* (diffusione di fatti reali ma a scopo dannoso). Si tratta di diritti che non possono essere considerati assoluti in senso stretto, ma la cui violazione è sanzionata come di per sé illecita; si tratta comunque di *Rahmenrechte*, "diritti quadro", la cui esatta portata può essere determinata solo in funzione dei diversi interessi in gioco. In senso contrario a tale estensione applicativa del § 823 I BGB si erano già espressi K. Larenz e C. W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 375 – 376, secondo i quali tale complessa costruzione giuridica trascende la protezione accordata dal § 823 I BGB nel senso, addirittura che la loro costante protezione lederebbe l'interesse del danneggiante: *Dabei handelt es sich indessen um komplexe Rechtsfortbildungen, die den herkömmlichen Tatbestandsrahmen von 823 BGB sprengen und auf die daher gesondert einzugehen ist.*

Per quanto riguarda gli interessi puramente patrimoniali, essendo il patrimonio un diritto relativo, non godono della tutela apprestata dal § 823 I BGB, evitando, come risultato finale, di trasformare illegittimamente la norma in questione in una clausola generale su modello franco – italiano; la tutela di tali interessi sarà però possibile alla stregua della disciplina sulla responsabilità extracontrattuale nell'ipotesi in cui tali interessi lesi siano previsti a loro volta da una legge a norma del § 823 II BGB, ovvero nell'ipotesi in cui siano il frutto di un atto contrario ai buoni costumi e che sia integrato l'elemento soggettivo della colpevolezza a norma del § 826 BGB (in generale i danni patrimoniali possono essere riparati se sono la conseguenza della lesione di un diritto protetto).

un osservatore uso al funzionamento di una clausola generale della responsabilità aquiliana e legato – storicamente e dogmaticamente - al principio di relatività dei contratti; in tali ordinamenti, infatti, l'estensione ai terzi di diritti legati alle vicende contrattuali si è sviluppato principalmente ed essenzialmente sul terreno della responsabilità extracontrattuale, salvo poi virare verso tentativi più o meno riusciti, ovvero più o meno condivisi, di estensione al terzo della responsabilità contrattuale. In realtà, tale difformità è perfettamente conforme alla *ratio* della disciplina tedesca in tema di responsabilità; come vedremo tra poco, la norma che disciplina la responsabilità contrattuale si presta meglio, rispetto a quella prevista in tema di responsabilità extracontrattuale, alla tutela di posizioni giuridiche eventualmente coinvolte nel contratto, soprattutto nel caso in cui la lesione ad un qualsivoglia soggetto abbia origine in quel contratto ed attenga ad un determinato rapporto obbligatorio. Si fa in questo caso riferimento alla teoria degli “obblighi di protezione”, si può dire, in senso stretto, ovvero sia quei *Schutzpflichten* che costituiscono la base e la ragione di molte delle innovazioni tipiche del diritto tedesco in tema di estensione degli effetti del contratto.

b. Brevemente a margine della responsabilità contrattuale in diritto tedesco

La disciplina della responsabilità per la violazione di un obbligo contrattuale è contenuta nei §§ 280 e ss. d el BGB, ai quali si aggiungono le norme preposte alla valutazione dei danni subiti, ai sensi dei §§ 241 e ss del BGB. La norma centrale tra queste è senza dubbio il § 280 BGB²⁹, secondo il quale

§ 280 BGB, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung: 1. *Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.*

2. *Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen.*

3. *Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.*

²⁹Relativamente al § 280 BGB, tra i più aggiornati, si veda O. Palandt, *Kommentar*, cit., pp. 378 – 395; *Münchener Kommentar*, II, cit., ed. a. 2012, pp. 852 – 898; Staudinger, *Kommentar*, cit., *Leistungsstörungenrecht* 1, ed. 2014, pp. 425 – 603.

Il paragrafo in questione ha, a ben vedere, una duplice funzione; da un lato, esso stabilisce il nucleo dei requisiti necessari per poter esercitare l'azione di responsabilità contrattuale, e rispetto al quale il § 286 II e III BGB e i §§ 281 – 283 delineano condizioni e casistiche “ulteriori” di applicazione di tale responsabilità, come indicato dai commi 1 e 2. Essi sono, in primo luogo, l'esistenza di un rapporto obbligatorio, indi la violazione di un dovere nascente da quel rapporto, in terzo luogo l'esistenza di un danno effettivo nascente da tale violazione, l'imputabilità del danno in capo al debitore (vale a dire la sua responsabilità) ed infine l'assenza in capo al debitore di una causa giustificativa.

Per un altro verso, la norma definisce meglio i contorni applicativi della responsabilità civile contrattuale, intendendo coperti da tale disciplina solo i danni derivanti direttamente dal rapporto obbligatorio in essere, escludendo quindi danni derivanti, per esempio, da rapporti obbligatori esauriti o da altri problemi transitori connessi con il rapporto obbligatorio stesso³⁰. In particolare, tale norma, è stata uno degli oggetti della riforma del diritto delle obbligazioni del 2001³¹, rispetto alla quale ora alla mera violazione di un obbligo (*Pflichtverletzung*, non obbligazione primaria, ma generico obbligo) e alla sua imputabilità al debitore si ricollega il diritto del creditore a chiedere il risarcimento; è la violazione dell'obbligo, quindi, il nuovo fulcro della disciplina inerente la responsabilità contrattuale tedesca. Un tanto è riscontrabile anche dalla lettura del summenzionato § 241 I e II BGB che si è già visto disporre come il rapporto obbligatorio a seconda del suo contenuto possa obbligare ciascuna parte a rispettare i diritti, i beni e gli interessi dell'altra parte, codificando così la cosiddetta categoria dei “doveri di protezione” (*Schutzpflichten*) la cui violazione, in precedenza, in dottrina e in giurisprudenza veniva qualificata in termini di violazioni positive del contratto (*Positive Vertragsverletzungen*), la cui sanzione è data ora dal risarcimento del danno in luogo della prestazione a norma del § 282

³⁰ Cfr. in questo senso Staudinger, *Kommentar*, cit., p. 479.

³¹ Sulla riforma in questione, e rispetto in particolare alla disciplina della responsabilità contrattuale, la bibliografia è piuttosto consistente; si rimanda qui tra i tanti a C.-W. Canaris, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in JZ 10/2001, in particolare pp. 528 e ss, anche nella traduzione di G De Cristofaro, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, in *Quaderni della rivista di diritto civile*, Padova, 2003.

BGB, previo decorso del termine fissato dal creditore per l'adempimento tardivo e se quest'ultimo non ha più interesse alla prestazione.

La teoria dei cd. obblighi di protezione a cui si è appena fatto cenno fu elaborata, come noto, da Heinrich Stoll negli anni '30 del secolo scorso³² e trovava il suo fondamento nella teoria delle cd. violazioni positive del contratto elaborate da Hermann Staub³³ al fine di colmare le lacune del BGB in tema appunto di violazioni contrattuali, in quanto la disciplina in vigore prima della riforma del 2001 non prevedeva una clausola generale in materia, sulla falsariga per esempio dell'art. 1218 C.C., ma consentiva al giudice di effettuare un accertamento solo con riferimento alla impossibilità della prestazione o al ritardo nell'adempimento; restavano quindi escluse le ipotesi in cui il debitore, pur non concretizzando un inadempimento, poneva in essere comportamenti qualificabili come contrari all'adempimento a cui era tenuto.

Attraverso un lavoro interpretativo delle norme codicistiche sulla responsabilità in oggetto, e in particolare in relazione al § 286 sulla mora, l'Autore fece rientrare in tale regime di responsabilità anche le ipotesi di inadempimento di doveri accessori all'obbligazione, ove anch'essi non trovavano tutela nelle norme previste dal BGB in tema di responsabilità contrattuale, qualificandole appunto come *Positive Vertragsverletzungen*, vale a dire come violazioni positive del contratto.

Questo fu il punto di partenza per Stoll nella configurazione della sua teoria degli obblighi di protezione; riprendendo dunque tali fondamentali intuizioni di Staub, nel tentativo di configurare una soluzione più adatta a queste ipotesi di inadempimento contrattuale diverse dal mancato adempimento della prestazione principale, Stoll superò l'approccio del suo predecessore, basato preminentemente sull'analisi del comportamento positivo e negativo delle parti nella fase attuativa

³² Cfr. H. Stoll, *Abschied von der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 136, 1932, pp. 258 e ss, anche se il termine fu coniato già da H. Kress, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929.

³³ Cfr. H. Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschrift zum den XXVI Deutschen Juristentag*, 1902, disponibile anche nella traduzione italiana curata da G. Varanese, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001.

del contratto e sull'individuazione, appunto, delle cosiddette violazioni positive, per abbracciare invece un approccio fondato sull'analisi dell'inadempimento dell'obbligazione come rapporto obbligatorio e basato sul tipo d'interesse violato, arrivando ad individuare la distinzione tra "interesse alla prestazione" ed "interesse alla protezione", che permise di teorizzare la categoria degli obblighi di protezione come obblighi paralleli a quello della prestazione principale, parimenti idonei, in caso di inadempimento, a fondare la responsabilità contrattuale e la corrispondente richiesta di risarcimento. Da quest'idea prende le mosse la teoria di obbligazione come rapporto complesso e non solo focalizzato sulla prestazione principale: essa consterebbe, quindi, di una struttura complessa, il cd. *Organismus*, al cui interno rientrano una serie di obblighi accessori ad integrazione dello scopo positivo dell'obbligazione, ovverosia la prestazione. Tali obblighi troverebbero fondamento nella legge, in particolare nel § 242 BGB, il quale impone al debitore un dovere di buona fede nell'esecuzione della prestazione e sarebbero volti alla tutela dei beni e delle parti del rapporto obbligatorio contro i rischi derivanti dal contratto con riferimento sia ad un contratto concluso ed in essere sia qualora le parti si trovino ancora nella fase delle trattative³⁴.

³⁴ È da rilevarsi infatti come la teoria degli *Schutzpflichten* si ricolleghino alla figura della c.d. *culpa in contrahendo* così come teorizzata da Rudolph von Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbucher*, 4, 1860/1861, pp. 1 e ss (di cui esiste anche la traduzione italiana a cura di F. Procchi, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005) ; tale figura fu concepita per giustificare la nascita di un obbligo di risarcimento da inadempimento sul soggetto che con colpa abbia indotto la controparte a concludere un contratto invalido e fondare così una responsabilità contrattuale anche in assenza di contratto da cui far sorgere, ai sensi del § 311 BGB in vigore allora. La lettura delle fonti romane operata dall'Autore, fine romanista, e la constatazione della concessione di *actiones* a tutela di pretese nascenti da un contratto nullo *ab origine* in alcune specifiche ipotesi tra cui, ad esempio, in tema di vendita, I. 3. 23.5, Modestino, 5 *regularum*, D. 18. 1. 62. 1, Ulpiano, 25 *ad edictum*, D. 11. 7. 8. 1, Giavoleno, 2 *ex Plautio*, D. 18. 4. 8 e Paolo, 33 *ad edictum*, D. 18. 4. 9, diedero a Jhering lo spunto per ritenere erronea l'idea che un contratto nullo non producesse alcun effetto, ritenendo invece che un contratto nullo non producesse solamente alcuni degli effetti in astratto devoluto a produrre, producendone quindi altri; la nullità del contratto fa sì che l'obbligazione principale non sia stata generata (ovvero quella alla prestazione), però questo non determina che altre obbligazioni secondarie possano invece essere sorte e in particolare quella relativa alla

Sulla questione dell'obbligo di protezione sono poi intervenute successivamente le importanti considerazioni di Hans Dolle³⁵ prima e Karl Larenz³⁶ poi, i quali hanno ampliato la sfera degli obblighi di protezione sulla base della cosiddetta tesi dell'affidamento delle parti in contatto nella fase delle trattative contrattuali (ove il contatto, in quanto sintomatico d'interesse al coinvolgimento e alla prestazione, è idoneo ad attrarre i soggetti nella sfera di effetti del contratto), dapprima solo in relazione alla fase precontrattuale, con Dolle, ma che poi con Larenz diventa principio generale e fonte dell'obbligazione, in particolare di quella che è nota come obbligazione senza obbligo primario di prestazione, ovvero la c.d. *Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflicht*, a mente della quale le parti sono obbligate a maggiore cura degli interessi reciproci, i quali sono obbligo nascente dalla fonte del "contatto" che se trasgredito obbliga al risarcimento.

Questo quadro dottrinale sugli obblighi di protezione connessi all'estensione dell'applicabilità della disciplina relativa alla responsabilità contrattuale a cui si è brevemente fatto cenno, ha subito, in particolare negli anni '70 del secolo scorso, alcune critiche di metodo e di dogmatica da parte di quella dottrina a cui poco sopra si è fatto cenno ed a cui si deve l'individuazione, invece, dei cosiddetti

restituzione di quanto ricevuto in esecuzione di un contratto nullo ovvero il risarcimento del danno consistente nella perdita subita a seguito della violazione dell'interesse a stipulare.

Quello che interessa qui mettere in luce, a prescindere dalle critiche mosse alla formulazione di Jhering rispetto alla sua specifica formulazione della responsabilità precontrattuale, e dal successivo riconoscimento della responsabilità precontrattuale a norma del nuovo II comma del § 311 BGB conseguito alla riforma del diritto delle obbligazioni del 2002 a norma della *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 novembre 2001 (BGBl. I, p. 3138), entrata in vigore il 1 gennaio 2002, è il contributo significativo che questa formulazione ha avuto rispetto alla definizione degli obblighi di protezione e alle innovazioni introdotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca in tema di protezione del terzo; essa evidenzia inoltre come anche per la disciplina tedesca in materia di responsabilità, seppur basata su un rigido sistema di definizione ed individuazione della casistica e di distinzione tra ambiti di applicazione reciproci della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, esistano in realtà zone grigie teoriche e dogmatiche dove più facilmente si possono creare situazioni di difficile definizione.

³⁵ Cfr. H. Dolle, *Aussergesetzliche Schutzpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943.

³⁶ Cfr. K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, ed. 1987, p. 104 ss.

doveri di protezione e di sicurezza altrui, noti anche come “obblighi di traffico”; tale dottrina, come si è visto, argomentava la riconduzione dei doveri di protezione alla sfera della responsabilità extracontrattuale. A parere di chi scrive, non si tratta di posizioni da considerarsi del tutto inconciliabili, stante la già ricordata assenza dell’inadempimento contrattuale tra le cause idonee a fondare l’esistenza di un obbligo di traffico, e alle cui considerazioni già svolte in merito precedentemente qui si rimanda³⁷. Preme piuttosto mettere in evidenza, forse una volta in più, come effettivamente la riforma del diritto delle obbligazioni tedesco del 2001 abbia deciso, si pensa coerentemente con il sistema originariamente stabilito nel BGB, di far proprie queste ultime risultanze in tema di obblighi di protezione e, si è visto, in tema di *culpa in contrahendo*, delineando così un nuovo sistema della responsabilità contrattuale ampio e generale, idoneo a corrispondere a quell’idea di rapporto obbligatorio come di un rapporto complesso³⁸. L’inadempimento contrattuale che chiama in causa la corrispettiva responsabilità contrattuale e determina il conseguente risarcimento del danno si configura, ora, tanto in caso di mancata o inesatta esecuzione della prestazione principale, tanto in violazione dei doveri della controparte, un tempo qualificate come obblighi o obbligazioni “accessorie” ma che invece ora, alla luce del nuovo testo del § 241 BGB, possono ormai considerarsi parte integrante dell’obbligazione stessa al pari della cosiddetta obbligazione principale³⁹.

3. *Il Vertrag zugunsten Dritter come modello di riferimento nell’estensione al terzo della tutela contrattuale*

I. *Premessa*

Come si è appena avuto modo di considerare, il quadro complessivo dei rapporti tra margini applicativi ed interpretativi della responsabilità contrattuale e

³⁷ Cfr. pp. 343 e ss. del presente capitolo.

³⁸ Cfr. G. Cian, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in RDC, 2003, 5, p. 8.

³⁹ In questo senso, tra la dottrina italiana, si è espressa ad esempio D. Memmo, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impresa*, 2004, 2, p. 810.

quella extracontrattuale in diritto tedesco è stato, soprattutto prima della riforma del 2001, piuttosto complesso; attualmente, con la ricezione nelle novellate norme del BGB delle teorie dottrinali in tema di obblighi di protezione e obbligazione come rapporto complesso e composito, la questione si è cristallizzata nel senso di una contrattualizzazione delle posizioni eventualmente in connessione con il contratto. Fra queste vi è ovviamente quella del soggetto c.d. terzo, la cui posizione può avere un rilievo diverso nei confronti del contratto a seconda che egli subisca direttamente gli effetti del contratto, in virtù di una specifica e voluta estensione da parte dei contraenti di un beneficio contrattualmente stabilito e pattuito, ovvero nel caso in cui invece egli subisca eventualmente gli effetti di un contratto, senza un'espressa estensione di benefici in suo favore. Il primo caso è quello che attiene propriamente alla figura del *Vertrag zugunsten Dritter*, vale a dire del contratto in favore del terzo, il quale trova la propria regolamentazione a norma dei §§ 328 – 335 BGB. Si tratta di una figura contrattuale, com'è noto, presente sin dalla redazione del codice civile tedesco e che qui interessa, in limine, perché rappresenta la prima forma di estensione diretta della responsabilità contrattuale ad un terzo non parte contrattuale, utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza come modello di riferimento nel coinvolgimento anche di posizioni terze più defilate rispetto a quella del beneficiario di una prestazione, a norma del § 328 BGB nella sfera della responsabilità contrattuale. In questo senso, pare opportuno qui brevemente delineare il funzionamento del *Vertrag zugunsten Dritter*, per passare poi allo studio di altre figure dai contorni più sfumati quali il *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* e la *Drittschadensliquidation*.

II. Brevi cenni sulla disciplina del *Vertrag zugunsten Dritter*

Il § 328 BGB⁴⁰ prevede la possibilità per i contraenti di prevedere a

⁴⁰ Sulla disciplina materiale del *Vertrag zugunsten Dritter* si vedano i più volte citati commentari di riferimento sui §§ 328 – 335 BGB, tra i quali si rimanda qui ai soliti O. Palandt, *Kommentar*, cit., pp. 571 - 580; *Münchener Kommentar*, II, cit., ed. a. 2012, pp. 2192 - 2290; Staudinger, *Kommentar*, cit., II, pp. 1 - 228. Per quanto riguarda i contributi della dottrina sul tema, senza alcun proposito di esaustività, si rimanda qui a K. Hellwig, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, cit; W. Lorenz, *Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse*, in JZ, 1960, pp. 108 e ss; E. von Caemmerer, *Verträge zugunsten Dritter*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70.*

beneficio di un terzo una prestazione o un diritto ed inquadra genericamente i limiti entro i quali le parti di un contratto possono esercitare tale possibilità, chiarendo al contempo la natura del diritto che da tale estensione il terzo acquisisce; in questo senso

§ 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.*

2. *In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck 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 Vertragschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.*

Tale norma, in linea con la generalità degli ordinamenti civilistici europei, prevede la possibilità per i contraenti di pattuire una prestazione a favore di un soggetto terzo che non abbia a sua volta preso parte alla conclusione del contratto principale; conformemente alla tradizione storico – giuridica relativa alla pattuizione di prestazioni nei confronti dei terzi, queste devono essere necessariamente predisposte a vantaggio del terzo e non a suo carico. Infatti, anche per il diritto tedesco delle obbligazioni, non è ammissibile far nascere convenzionalmente un onere in capo ad un soggetto terzo che non ha preso parte alla stipulazione⁴¹; unica eccezione al principio d’invalidità di convenzioni a

Geburtstag, Göttingen, 1978, pp. 311 e ss; J. Gernhuber, *Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*, Tübingen, 1989; H. Kötz, “Rights of Third Parties”. *Third Party Beneficiaries and Assignment*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, 13, Tübingen, 1992; W. Bayer, *Der Vertrag zugunsten Dritter: Neuere Dogmengeschichte – Anwendungsbereich – Dogmatische Strukturen*, cit; W. Fikentscher, A. Heinemann, *Schuldrecht*, Berlin, 2006; M. Hassemer, *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen*, cit., pp. 18 e ss.

⁴¹ Tale divieto pare avere un’efficacia limitata al diritto delle obbligazioni; secondo R. Rodière, D. Tallon, *Les Effets du contrat dans les pays du Marché commun*, Paris, 1983, 217, il § 185 BGB ammette la possibilità per un soggetto sprovvisto di legittimazione di disporre validamente di un bene non suo, purché ciò avvenga con il consenso del proprietario legittimo, sia precedentemente all’atto di disposizione (I comma), sia successivamente, nella forma della ratifica (II comma). Si può parlare in questo caso di disposizione a carico di un terzo, in quanto si tratta di un atto

carico di un terzo, giustificata però normativamente dalla particolare situazione sociale alla base, è il caso contemplato dal § 1629 III BGB, in materia di diritto di famiglia:

§ 1629 III BGB: *Sind die Eltern des Kindes miteinander verheiratet, so kann ein Elternteil, solange die Eltern getrennt leben oder eine Ehesache zwischen ihnen anhängig ist, Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil nur im eigenen Namen geltend machen. Eine von einem Elternteil erwirkte gerichtliche Entscheidung und ein zwischen den Eltern geschlossener gerichtlicher Vergleich wirken auch für und gegen das Kind.*

In virtù di questa norma un genitore, coniugato ma che viva separato dall'altro coniuge ovvero sia pendente una causa di separazione, può far valere le pretese al mantenimento del figlio contro l'altro genitore in nome proprio. Sia l'eventuale decisione giudiziaria ottenuta da un genitore, sia, parimenti, la transazione intervenuta giudizialmente tra i genitori producono effetti anche a favore o contro il figlio; tale norma, come si è accennato, poggia la sua ragion d'essere nella particolare situazione che vede coinvolti il figlio e i genitori separati o in via di separazione, ma è altresì vero che l'implicito divieto di pattuire oneri a carico del terzo trova qui eccezione in una norma di legge specifica a tutela di una situazione giuridica altrettanto specifica, quale quella della regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi e il mantenimento della prole, ragion per cui è il delicato bilanciamento di differenti interessi – in favore, evidentemente, di una razionalizzazione delle disposizioni relative al mantenimento del figlio - a giustificare l'eccezione. Si noti, infine, come ad avere efficacia onerosa rispetto al terzo non è tanto un accordo stipulato privatamente tra i coniugi, quanto piuttosto

dispositivo che va a mutare il patrimonio del reale legittimato a porre in essere l'atto; in questo senso, per esempio, anche la proprietà di un bene può essere validamente trasferita. Non si tratta di una forma di rappresentanza, poiché il soggetto non autorizzato agisce in nome proprio e non in nome dell'avente diritto, né di un acquisto di buona fede, poiché l'accordo acquista efficacia solo in caso di autorizzazione. Sull'istituto in questione si veda O. Palandt, *Kommentar*, cit., pp. 207 – 209. Tale regola eccezionale rispetto al generale divieto di oneri a carico del terzo ha valore, però, solo nell'ambito dei diritti reali e non può essere applicata in via analogica alla materia obbligatoria.

la decisione giudiziale ovvero la transazione avvenuta giudizialmente; l'onerosità a carico del terzo è affidata, quindi, ad una sentenza, vale a dire allo strumento idoneo a produrre effetti vincolanti assoluti, e non lasciati all'arbitrio delle parti.

Tornando alla disciplina del *Vertrag zugunsten Dritter*, a norma del § 328 BGB è possibile per i contraenti pattuire che la prestazione debba essere eseguita da parte del promittente a favore di una terza persona; in virtù di tale pattuizione, il terzo acquista immediatamente e direttamente dal contratto il diritto a pretendere la prestazione stessa, facendo riferimento la norma ad un *unmittelbarer Erwerb*, vale a dire ad un acquisto diretto. Non sussistono, quindi, nella disciplina stabilita dal BGB per il contratto a favore di terzo, tutte le questioni dogmatiche relative al momento di acquisto da parte del terzo del proprio diritto proprio invece della disciplina stabilita dal *Code Civil* relativamente alla disciplina della *stipulation pour autrui*, poiché l'acquisto è appunto qualificato dal BGB come diretto; è importante sottolineare, inoltre, come la fattispecie di cui al § 328 BGB faccia riferimento al *echter Vertrag zugunsten Dritter*, vale a dire al contratto in favore di terzi proprio, negozio per l'esistenza del quale è necessario che le parti abbiano voluto l'effetto di attribuire un diritto direttamente al terzo, diversamente dal cosiddetto *unechter oder ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter*, fattispecie in virtù della quale il promittente ha la facoltà di liberarsi della propria obbligazione nei confronti dello stipulante pagando al terzo e che corrisponde al contratto improprio a favore di terzo.

Per quanto riguarda i mutamenti nella disciplina del diritto del terzo, con riferimento alla revocabilità del diritto del terzo e alle condizioni della sua previsione, ovvero ad ipotesi di modifica della prestazione e delle sue condizioni, il II comma del § 328 indica che, in mancanza di una disposizione speciale, la possibilità e le condizioni di tali mutamenti debbano essere dedotti dalle circostanze e dallo scopo del contratto; è evidente come questa norma trovi la sua *ratio* nel principio della libertà contrattuale delle parti, in virtù del quale se le parti liberamente hanno deciso di concedere un beneficio ad un terzo, altrettanto liberamente devono poter modificare o revocare tale beneficio⁴². È questa una

⁴² Un tanto mettono in luce H. Kötz, S. Patti, *I contratti a favore di terzo*, in *Diritto europeo dei contratti*, cit., p. 443. Esempi di regole d'interpretazione di peculiari fattispecie di *Vertrag*

prospettiva molto interessante perché, a ben vedere, molto conferma su quanto già detto in precedenza sulla dogmatica alla base del *Bürgerliches Gesetzbuch* per quanto riguarda la parte del diritto delle obbligazioni: il principio cardine del codice non è individuabile tanto nel principio di relatività degli effetti del contratto quanto piuttosto in quello della libertà contrattuale, in virtù della quale, quando un contratto è legittimato dalla previsione codicistica, le singole modalità di previsione e realizzazione degli interessi alla base di tale contratto sono ad arbitrio delle parti.

Se in merito all'accettazione nulla è richiesto al beneficiario in virtù del suo acquisto immediato del diritto alla prestazione pattuita in suo favore, un qualche effetto si riconosce relativamente alla rinuncia da parte del terzo al diritto stipulato in suo favore; il § 333 BGB, infatti, stabilisce che, nel caso in cui il terzo rinunci ad esigere il proprio diritto, questi è considerato come non acquisito in capo al terzo; infatti

§ 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.*

La norma in questione riveste un certo interesse in quanto permette di svolgere alcune considerazioni *a contrario* sulla natura “diretta” del diritto acquisito dal terzo e, conseguentemente, della sua tutela; se è vero che l'accettazione del terzo non è necessaria affinché costui acquisti direttamente il diritto alla prestazione, questo significa che tale accettazione non è necessaria nemmeno a titolo di perfezionamento del contratto, rendendolo quindi il contratto immediatamente e contemporaneamente valido ed efficace.

Se invece il terzo rifiuta la prestazione pattuita in suo favore, come dovrà considerarsi tale contratto? Il § 333 BGB afferma che in tal caso *gilt das Recht als*

zugunsten Dritter sono quelle contenute, ad esempio, al § 329 BGB in caso di accollo di adempimento (secondo cui il terzo che accetta di pagare il creditore di un altro non fa nascere in principio direttamente un diritto azionabile contro di essa dal creditore beneficiario della promessa) e al § 330 BGB in caso di rendita vitalizia, in relazione al quale si ritiene che, nel caso contemplato dalla norma, il contratto in favore del terzo sia autentico, vale a dire che faccia nascere direttamente il diritto in capo al terzo di esigere la prestazione.

nicht erworben, riferendosi, quindi, ad un diritto mai acquisito; viene da pensare, allora, che se il terzo non ha semplicemente acquisito quel diritto, quel diritto è comunque sorto per effetto della stipulazione incorsa tra stipulante e promittente, solo che non potrà validamente trovare esecuzione, nel senso che la prestazione oggetto del contratto è sempre e comunque collegata alla pattuizione in favore del terzo, senza la quale il contratto perde d'interesse ai fini dell'esecuzione. Il contratto, quindi, sorto tra lo stipulante e il promittente è sì valido, perché correttamente posto in essere nei suoi presupposti essenziali, ma di fatto inefficace poiché il terzo non ha intenzione di accettare il beneficio stipulato in suo favore; va da sé, evidentemente, che le parti non avranno poi di che domandare da quel contratto l'uno nei confronti dell'altro, in quanto non è stata posta in essere alcuna violazione delle obbligazioni nascenti dal contratto, e neanche una lesione di interessi nascenti dallo stesso. Nemmeno il terzo può essere chiamato a rispondere nell'ipotesi in cui il suo rifiuto abbia leso le parti contraenti, in quanto non possono essere stabiliti a suo carico e senza la sua partecipazione alla conclusione del contratto né oneri né svantaggi, in aggiunta al fatto che il rifiuto della prestazione a suo carico è un diritto codicisticamente previsto. In questo senso il *Vertrag zugunsten Dritter* consiste non tanto in un particolare tipo di contratto quanto piuttosto in un particolare tipo di rapporto obbligatorio⁴³, in quanto pone in essere un particolare assetto d'interessi che coinvolge reciprocamente le parti e il terzo ma non corrisponde ad una determinata "forma" o "tipo" di contratto, non esistendo alcuna forma astratta di *Vertrag zugunsten Dritter*⁴⁴.

Relativamente ai casi in cui il *Vertrag zugunsten Dritter* ha trovato applicazione, la regola interpretativa contenuta al § 330 BGB, secondo cui

§ 330 BGB, Auslegungsregel bei Leibrentenvertrag: *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. Das Gleiche gilt,*

⁴³ Cfr. *Münchener Kommentar*, II, cit., ed. a. 2012, p. 2201: *Verträge zugunsten Dritter sind keine besonderen Vertragstypen iS besonderer Schuldverhältnisse*.

⁴⁴ Cfr. in questo senso W. Fikentscher, A. Heinemann, *Schuldrecht*, cit., p. 154 e K. Hellwig, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, cit., p. 46: *Zutreffend ist § 328 Abs. 1 keine selbständige Anspruchsgrundlage. Doch bestehen keine Bedenken, Ansprüche durch nachträgliche Vereinbarung Dritten zuzuwenden*.

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,

chiarisce come nell'idea dei codificatori il contratto a favore di terzo dovesse trovare applicazione nei casi di assicurazione sulla vita, rendita vitalizia e nei cosiddetti contratti di supporto⁴⁵; la casistica ha trovato poi ampliamento grazie al lavoro interpretativo della giurisprudenza ed è stata applicata a numerose fattispecie differenti⁴⁶.

Tornando per un momento alla disciplina relativa alla tutela che il terzo può ricevere in virtù di un *Vertrag zugunsten Dritter*, se è vero che il diritto che nasce in capo al terzo è diretto, diretta sarà anche la tutela che esso può esercitare per far valere tale diritto; avendo origine tale tutela direttamente nel contratto, avrà essa ovviamente natura contrattuale. Non sembrano sorgere grosse questioni di tipo dogmatico od esegetico relative a tale condizione; se il terzo acquista direttamente dal contratto il proprio diritto, sarà logicamente da tale contratto che gli sarà garantita la tutela della propria posizione, in virtù della quale egli potrà direttamente chiedere al promittente l'esecuzione della prestazione in proprio favore. In questo senso, infatti, il *Vertrag zugunsten Dritter* pone in essere una relazione di tipo contrattuale tra il promittente e il beneficiario, pur non avendo quest'ultimo preso parte alla conclusione del contratto, e che trova poi espressione nel rapporto che il promittente ha nei confronti del terzo beneficiario; infatti, egli, a norma del § 334 BGB⁴⁷, potrà esperire nei confronti del terzo tutte le eccezioni che derivino dal contratto posto in essere con lo stipulante. Inoltre, nell'ipotesi in cui il terzo gli renda impossibile l'esecuzione della prestazione in suo favore o

⁴⁵ Quale, per esempio, il caso del contratto concluso tra i genitori e l'ospedale in favore del figlio. Cfr. sul punto D. Medicus, S. Lorenz, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, München, 2012, p. 410.

⁴⁶ Cfr. sul punto, in lingua inglese, le elencazioni riportati da M. J. Schermaier, *Contracts for the Benefit of a Third Party in German Law*, in *Ius quaesitum tertio*, Berlin, 2008, pp. 293 – 301 e B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, cit. pp. 187 – 197 e i già più volte menzionati commentari per i quali si rimanda qui alla nt.44 del presente capitolo.

⁴⁷ Cfr. § 334 BGB, *Einwendungen des Schuldners gegenüber dem Dritten: Einwendungen aus dem Vertrag stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu.*

non si prenda carico della cosa dovuta, egli potrà rivalersi contro lo stipulante e non direttamente contro il terzo, poiché è lo stipulante ad essere “responsabile” per il comportamento del terzo. Il rapporto tra promittente e beneficiario non è contrattuale in senso stretto, ma al contratto strettamente legato poiché, nel momento in cui il promittente si assume l’impegno di eseguire una prestazione a favore del terzo, sarà quel contratto stesso a garantirgli nei confronti del terzo la tutela della sua propria posizione. Tali previsioni, unitamente a quanto stabilito dal § 335 BGB, vale a dire la possibilità per lo stipulante, salva diversa volontà delle parti contraenti desumibile dal contratto stesso, di esigere direttamente la prestazione anche nel caso, appunto, che tale diritto spetti direttamente al terzo⁴⁸, contribuiscono a creare quel complesso rapporto d’interdipendenza che sussiste tra il promittente, lo stipulante e il terzo beneficiario e che distingue, come si vedrà, il contratto a favore di terzo dalle altre forme di tutela della posizione del terzo, dove non sussiste questo reciproco bilanciamento di posizioni⁴⁹.

4. *Il Vertrag mit Schützwirkung zugunsten Dritter*

I. *Cenni introduttivi*

⁴⁸ Cfr. § 335 BGB, Forderungsrecht des Versprechensempfängers: *Der Versprechensempfänger kann, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist, die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht.*

Per quanto riguarda tale previsione, la ragione della favorevole e protettiva disciplina prevista nei confronti del terzo beneficiario deve essere necessariamente ricondotta alla natura del rapporto che lega quest’ultimo allo stipulante; non si tratta, infatti, di un rapporto che trova la propria origine nel contratto in sé considerato, quanto piuttosto nei rapporti e relazioni precedenti intercorrenti tra lo stipulante e il terzo. Il rapporto tra i due soggetti ha quindi una causa diversa da quella del contratto in favore di terzo e si sostanzia quasi sempre in una liberalità o in un dovere protettivo dello stipulante nei confronti del terzo, ragion per cui tra i due rimane sempre traccia di tale rapporto di tutela e di protezione anche nella disciplina del diritto che il terzo acquisisce a seguito della stipulazione nei suoi confronti.

⁴⁹ Completa la disciplina codicistica del *Vertrag zugunsten Dritter* il § 331 BGB, *Leistung nach Todesfall*, a norma del quale: 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.*

Sul terreno or ora delineato di estensione al terzo della responsabilità contrattualmente prevista, con conseguente possibilità per lo stesso di azionare direttamente l'adempimento della prestazione in suo favore, si sono sviluppati in seno alla dottrina tedesca alcune teorizzazioni volte all'estensione dei casi in cui al terzo, pur non essendo formalmente parte di un vero e proprio contratto in favore di terzo, dovessero essere trasmesse ugualmente le garanzie contrattuali proprie di un contratto da lui evidentemente non concluso, ma ugualmente produttivo di effetti nei suoi confronti, che corrispondono generalmente a casi di *unechter oder ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter*. Tra queste, il *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*⁵⁰ è senza dubbio la figura giuridica che riveste e che ha rivestito maggiore importanza da un punto di vista teorico e dogmatico. Si tratta di una figura giuridicamente complessa e dai confini dogmatici ed applicativi non sempre chiari; di una certa complessità, si vedrà, è comprendere, a seconda dei casi, se ci si trovi di volta in volta di fronte ad un *Vertrag zugunsten Dritter*, seppur tacitamente stipulato, ad un *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* ovvero ad un'ipotesi di *Drittschadensliquidation*.

Molto genericamente, si tratta più propriamente di un istituto di ricostruzione giurisprudenziale volto al riconoscimento di tutela giuridica in quei casi in cui, da un lato, non è stato stipulato un contratto a favore di terzo proprio e, dall'altro, comunque un soggetto terzo si trova a subire un danno a causa delle diverse vicende contrattuali, tra le quali appunto l'inadempimento della prestazione principale; la posizione del terzo è quindi particolarmente complessa, nel senso che, in assenza di un espresso ovvero tacito⁵¹ beneficio negoziato nei

⁵⁰ Qui di seguito una breve nota bibliografica sul *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, senza pretesa alcuna di completezza: H. Dahm, *Die dogmatischen Grundlagen und tatbestandlichen Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte*; Köln, 1988; W. Puhle, *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation*, Frankfurt am Main, 1989; A. Ziegltrum, *Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, Frankfurt am Main, 1992; C.-W. Canaris, *Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten*, ZHR 163 (2000), pp. 206 e ss. Per una bibliografia più dettagliata si rimanda a J. Gernhuber, *Das Schuldverhältnis*, cit., § 21 *Schuldverhältnisse mit Schutzwirkung für Dritte*.

⁵¹ A norma del § 328 II BGB è possibile altresì stipulare un contratto a favore di terzo, senza che la prestazione ovvero il diritto in favore del terzo siano espressamente previsti dallo stipulante e dal

suoi confronti, egli può trovarsi, in virtù della sua particolare posizione ovvero di determinate circostanze connesse al contratto stipulato, in una posizione tale da godere di particolare protezione in caso di inadempimento del contratto, posizione che non integra l'obbligazione principale del contratto, ma piuttosto un obbligo accessorio a completamento del quadro giuridico posto in essere dai contraenti. In questo senso, il terzo non potrà godere di una tutela direttamente riconducibile all'obbligazione principale del contratto, ma potrà in ogni modo godere di protezione contrattuale in virtù della suddetta posizione. È evidente come tale meccanismo trovi dogmaticamente la propria ragion d'essere in quel quadro particolarmente complesso sopra delineato relativo ai limiti e alle lacune del sistema della responsabilità extracontrattuale così come delineato dal BGB, da un lato, e alle interpretazioni estensive del concetto di obbligazione e responsabilità contrattuale, dall'altro: se il terzo sopra indicato non potesse godere di tale protezione contrattuale estesa, di fatto resterebbe privo di ogni tutela giuridica, in quanto il sistema chiuso dei casi di responsabilità extracontrattuale non gli garantirebbe alcuna protezione.

È in questo contesto, quindi che prende le mosse il *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, come teorizzato da Karl Larenz⁵² e debitore dell'approfondimento dogmatico sviluppato dallo stesso e da Joachim Gernhuber⁵³, presente come costruzione giuridica riconosciuta nell'ordinamento

promittente in favore del terzo, ma in modo tale che comunque l'intenzione di prevedere in suo favore tale beneficio sia desumibile dal tenore, dalla lettera e in base ad ogni altro criterio interpretativo del contratto. Evidentemente si tratta di un'ipotesi molto affine per certi versi a quella del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, poiché vi è sempre un terzo coinvolto nella fattispecie ma non espressamente. Per capire effettivamente quale figura dovrà trovare applicazione, bisognerà guardare al tipo di lesione subita e al tipo di danno riscontrabile in capo al terzo. Se la lesione discende da un'obbligazione accessoria del contratto (non la principale) allora si avrà un *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*; in caso di lesione connessa all'obbligazione principale del contratto, il terzo avrà diritto all'esercizio di una tutela derivante direttamente da quel contratto stipulato in suo favore, tra cui il diritto a pretendere direttamente l'adempimento della prestazione in suo favore.

⁵² Cfr. K. Larenz, *Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen*, NJW, 1960, n. 77.

⁵³ Cfr. J. Gernhuber, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, Zur Lehre des Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte*, in *Festschrift für Arthur Nikisch*, 1958, pp. 249 e ss.

tedesco come in quello austriaco e svizzero, pur prevedendo questi ultimi due ordinamenti una regola generale in tema di responsabilità extracontrattuale⁵⁴; e se è vero che la prima norma di riferimento per fondarne la legittimità sarebbe quella di cui al § 328 II BGB, è altresì vero che il *Vertrag zugunsten Dritter* e il *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* rappresentano due distinte figure dogmatiche. Se la prima dà al terzo il diritto di pretendere direttamente l'adempimento della prestazione principale, la seconda, invece, permette al terzo di chiedere, sulla base del contratto e con le regole della responsabilità contrattuale, il risarcimento per il danno a lui derivato dall'inadempimento del contratto stesso, in quanto portatore di una determinata posizione da quel contratto tutelata⁵⁵.

II. Sul quadro normativo di riferimento prima e dopo la riforma del diritto tedesco delle obbligazioni del 2001

Se un primo approccio alla configurazione legislativa del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, seppur nei limiti appena indicati, può essere ricondotta al § 328 II BGB, il ragionamento operato dalla giurisprudenza al fine

⁵⁴ Cfr. H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, cit., p. 381. Si fa riferimento in questo caso a costruzioni giuridiche originarie, rispetto alle quali non si tiene conto degli adattamenti che del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* sono stati operati da altri ordinamenti, tra cui quello italiano.

⁵⁵ È questo il fraintendimento in cui, a parere di chi scrive, pare incappare R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité*, cit., pp. 273 e ss., nel momento in cui, riferendosi al *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, lo fa in termini di *Stipulation Pour Autrui tacite*. Non si tratta di due figure omogenee, essendo la *stipulation pour autrui tacite* semplicemente una forma di contratto a favore di terzi tacito o implicito e non un contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, che si basa su presupposti e un ruolo del terzo nel meccanismo contrattuale completamente differente. La giurisprudenza e la dottrina francese non riconoscono l'operatività di tale figura contrattuale nell'ordinamento giuridico e, in attesa dell'entrata in vigore della riforma del diritto francese delle obbligazioni sul punto, operano l'estensione del funzionamento della responsabilità contrattuale al terzo attraverso l'allargamento dell'ambito di applicazione della *stipulation pour autrui*, individuandone, presenti i presupposti ma non la disposizione diretta, l'operare di una tacita. Questo non significa, però, che le due figure, anche solo ai fini di un'esposizione manualistica, possano essere sovrapposte: l'effetto per il terzo e le conseguenze dell'operare delle figure giuridiche rimangono distinti, stante che solo il contratto in favore del terzo concede al terzo di agire direttamente, seppur dopo l'accettazione, chiedendo l'adempimento della prestazione principale.

d'individuare il complesso del quadro normativo di riferimento di tale figura si sviluppa in modo più ampio; una prima norma rilevante in questo senso è il § 157 BGB in tema d'interpretazione del contratto⁵⁶, in virtù del quale

§ 157 BGB, Auslegung von Verträgen: *Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*

Il giudice, quindi, in via interpretativa, può colmare le lacune del contratto riferendosi alla volontà complessiva delle parti come risulta dal complesso del contratto stesso (la cd. *Ergänzende Vertragsauslegung*), conformemente agli usi e al principio di buona fede. Si tratta, evidentemente, di un criterio soggettivo d'interpretazione, in virtù del quale il giudice ricostruisce le intenzioni dei contraenti alla luce dell'operatività del principio di buona fede (*Treu und Glauben*), qui inteso come principio interpretativo di un contratto principale⁵⁷. È un approccio, questo, che difetta nel momento in cui non si possa operare alcuna integrazione del contratto a causa della natura stessa del contratto: in questo caso non sarà più possibile tutelare il terzo solo alla luce delle regole interpretative del contratto, in quanto qui assente⁵⁸.

Parallelamente, si è anche considerato l'operare oggettivo del meccanismo del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* sulla base del principio di buona

⁵⁶ Da leggere unitamente al § 133 BGB, Auslegung einer Willenserklärung: *Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.*

⁵⁷ Cfr. BGH 20. 04. 2004 - X ZR 250/02, in BGHZ 159, 1 e NJW 2004, 3035, seguita recentemente anche da BGH 14. 06. 2012 - IX ZR 145/11 in BGHZ 193, 297 e NJW 2012, 3165: *Diese Rechtsprechung beruht auf einer maßgeblich durch das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geprägten ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB). Ihr liegt zugrunde, dass der Vertragsschuldner die Leistung nach dem Vertrag so zu erbringen hat, dass bestimmbare Dritte nicht geschädigt werden. Das hat zur Folge, dass einem einbezogenen Dritten im Falle der Schädigung ein eigener Ersatzanspruch als sekundärer vertraglicher Leistungsanspruch gegen den Schuldner zusteht (BGH, Urteil vom 20. April 2004 - X ZR 250/02, BGHZ 159, 1, 4). Der Bundesgerichtshof hat bei der Entscheidung darüber, ob eine bestimmte Person in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen ist, vielfach darauf abgestellt, ob das Wohl und Wehe dieser Person dem Vertragspartner der schutzpflichtigen Partei anvertraut war (BGH, Urteil vom 2. November 1983 - IVa ZR 20/82, NJW 1984, 355 f).*

⁵⁸ Cfr. M. Hassemer, *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen*, cit., p.54.

fede così come emerge ai sensi del §242 BGB, in virtù del quale

§ 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.*

Il debitore, quindi, dovrà dare esecuzione al contratto secondo buona fede e, se ciò implica la necessità di proteggere un terzo, allora nell'obbligazione principale a cui dare esecuzione sarà compresa anche la protezione del terzo. In realtà, quando si tratta di determinare le condizioni per riconoscere l'esistenza di un effetto protettore, la giurisprudenza oscilla tra l'uno e l'altro criterio, lasciando sostanzialmente aperta la soluzione e assumendo un atteggiamento sino anche d'indifferenza⁵⁹.

Alla luce della riforma del diritto delle obbligazioni del 2001 la situazione relativamente al *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* ha trovato un rinnovato vigore alla luce dell'introduzione del § 311 III BGB, in virtù del quale si ricorda che gli obblighi di cui al § 241 II BGB possono coprire anche soggetti terzi, in particolar modo quando il particolare grado di fiducia che lo lega alle parti abbia influenzato le trattative o la conclusione del contratto; tuttavia va riconosciuto che, pur trattandosi di un riconoscimento esplicito della presenza di

⁵⁹ Cfr. BGH, 11.01.1977 - VI ZR 261/75, in NJW 1977, 2073: *Fraglich ist hier nur, wieweit die Schutzwirkungen dieses Vertrages zugunsten der Kinder reichen, insbesondere, ob diesen ein eigener Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten im Falle einer Vertragsverletzung zustehen kann. Dabei wäre dann gleichgültig, ob die Rechtsstellung der Kinder im Wege ergänzender Vertragsauslegung aus dem Vertrag abgeleitet oder auf § 242 BGB gestützt wird (vgl. BGHZ 56, 269, 273 [BGH 15.06.1971 - VI ZR 262/69] m.w. Nachw. und den Hinweis im Senatsurteil vom 13. Februar 1975 - VI ZR 92/73 = VersR 1975, 522, 523). Jedoch erlaubt der Anwaltsvertrag von seinem Wesen und seiner Struktur her nur in seltenen Fällen eine solche, unmittelbar Schadensersatzansprüche auslösende Einbeziehung Dritter in die aus dem Vertrag entstehenden Pflichten. Denn er ist auf ein Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt aufgebaut und daher vom Inhalt her streng zweiseitig ohne Außenwirkung angelegt (vgl. Lammel in Gitter, Huhn u.a., Vertragsschuldverhältnisse, S. 283). Interessen Dritter am Ergebnis der anwaltlichen Tätigkeit können daher im allgemeinen nicht zu einer Haftungserweiterung des Rechtsanwalts führen, selbst wenn diese Personen dem Rechtsanwalt benannt oder gar bekannt sind. Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen muß aber jedenfalls dann gemacht werden, wenn der Rechtsanwalt Verträge ausarbeitet, nach denen gewisse Rechte gerade nicht sein Mandant, sondern von vornherein nur ein im Vertrag bezeichneter Dritter erlangen soll. Dies gilt vor allem dann, wenn dieser Dritte - wie im Streitfalle - von dem Mandanten vertreten wird.*

obblighi ulteriori nascenti dal contratto e diversi dalla prestazione principale e che producono i loro effetti anche nei confronti anche dei terzi. La novella codicistica non ha introdotto, in verità, una regola fondante l'operatività del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*; in quanto il terzo comma non costituisce, infatti, né una regola concreta d'applicazione né un criterio interpretativo né una disposizione fondante una regola di responsabilità⁶⁰. Sia il III comma del § 311 BGB sia il II comma in tema di *culpa in contrahendo* sono in verità norme di riconoscimento di orientamenti ormai consolidati nei termini generali per la giurisprudenza e la dottrina, ma che non necessitano in verità di ulteriori norme applicative e a queste è necessario riferirsi.

III. Condizioni e funzionamento del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*

Parallelamente all'individuazione del quadro normativo di riferimento alla base dell'operatività del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, la giurisprudenza e la dottrina si sono inoltre concentrate sulla necessità di limitare il campo di applicazione di tale istituto, onde evitare di incorrere in arbitrari ampliamenti della categoria dei terzi idonei a beneficiare della tutela accordata per mezzo del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* e così facendo estendere impropriamente la responsabilità contrattuale a soggetti privi di ogni relazione con quel contratto di cui potrebbero invece valersi a fini risarcitori. In particolare, sono state individuate alcune condizioni in presenza delle quali è possibile riconoscere l'esistenza e l'applicabilità del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*; queste sono la prossimità del terzo alla prestazione dovuta o al contratto (*Leistungsnähe oder Vertragsnähe des Dritten*), un rapporto di stretta connessione tra il terzo e il creditore (*Näherverhältnis des Dritten zum Gläubiger*), che si concretizza nell'interesse del creditore al coinvolgimento del terzo, la prevedibilità in ordine ai terzi che possono essere oggetto di tutela sulla base della riconoscibilità e della ragionevolezza dell'estensione (*Erkennbarkeit und Zumutbarkeit der Haftungsausdehnung*) e la sussidiarietà del ricorso dettata dalla vulnerabilità del terzo che non può adire a nessun altro strumento di tutela (*Schutzbedürftigkeit oder Schutzbedürfnis des Dritten*), tra le quali quest'ultima è

⁶⁰ Cfr. *Münchener Kommentar*, II, cit., ed. a. 2012, pp. 2235 e note 579 – 580.

quella di più recente introduzione⁶¹.

Si tratta, a ben vedere, di condizioni che attengono esclusivamente alla qualità del terzo e non sono, invece, caratteristiche proprie del contratto eventualmente coinvolto; tale circostanza trova evidentemente la propria ragione d'essere nel fatto che non è tanto importante il tipo di contratto dal quale nascono obblighi protettivi o il suo oggetto principale ovvero la sua causa, ma è, importante, invece poter individuare se e quali siano di volta in volta i terzi che possano vantare protezione da quel contratto, e per quale ragione. Non è il contratto ad essere messo in discussione, ma piuttosto la tutela che da quel contratto deriva al terzo.

Tali circostanze, inoltre, non hanno una particolare connessione nemmeno con il tipo di danno subito dal terzo, benché originariamente, e sino al 1965, la giurisprudenza abbia ammesso soltanto danni attinenti alla persona e non danni puramente patrimoniali, essendo intenzione della giurisprudenza, *ab origine*, di permettere il risarcimento di tali danni sulla base non della disciplina extracontrattuale, che pure poteva essere applicata, quanto piuttosto sulla base della responsabilità contrattuale per fatto altrui, molto più garantista. Solo successivamente si è ammessa l'estensione dell'effetto protettore anche a fattispecie di danni puramente patrimoniali⁶², rispetto ai quali, appunto, esiste effettivamente un vuoto di tutela poiché la responsabilità extracontrattuale non copre direttamente tali tipologie di danno⁶³.

⁶¹ Cfr. In questo senso Staudinger, *Kommentar*, § 328 BGB, cit., pp. 91- 6; O. Palandt, *Kommentar*, cit., p. 574, il quale in relazione alla seconda condizione fa riferimento più chiaramente ad uno specifico *Einbeziehungsinteresse* del creditore; *Münchener Kommentar*, II, cit., ed. 2012, pp. 2238 – 2242, a firma di P. Gottwald, il quale si riferisce alla seconda condizione come alla *Gläubignähe*, mentre in relazione alla terza condizione fa riferimento alla *Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises*.

⁶² Si veda sul punto A. Ziegler, *Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, cit, pp. 45 e ss. e 205 e ss. In materia bancaria, relativamente alla questione del pagamento senza contanti e all'addebito diretto, cfr. BGH, 28.02.1977 - II ZR 52/75 in BGHZ 69, 82 e NJW 1977, 1916 e da ultimo BGH, 06.05.2008 - XI ZR 56/07 in BGHZ 176, 281 e NJW 2008, 2245. Per un approfondimento in inglese sull'applicazione del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* a casi di danni puramente patrimoniali si veda B. S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law of Contract*, cit., pp. 208 – 214.

⁶³ Cfr. R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité*, cit. p. 275.

La prima delle condizioni necessarie per il riconoscimento di un *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* è la prossimità del terzo al contratto o alla prestazione dovuta (*Vertragsnähe oder Leistungsnähe*); ciò significa che il terzo si deve trovare in una situazione giuridica di vicinanza al contratto, dovendo quindi risultare in prima persona esposto al rischio di mancato adempimento del contratto da parte del soggetto deputato all'adempimento. Tale criterio è sostanzialmente utilizzato in due differenti modalità; da un lato, permette di sottrarre alla sfera dell'effetto protettivo garantito dalla ricostruzione del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* quei soggetti che con il contratto hanno un contatto qualificabile solamente come occasionale, come ad esempio coloro che si recano in visita da un paziente ricoverato in ospedale in relazione al contratto di ricovero in ospedale⁶⁴. Dall'altro, il medesimo criterio permette di escludere dalla sfera di protezione quei soggetti sì terzi, ma che non avevano titolo o ragione di essere esposti ai rischi contrattuali ed hanno subito un danno a causa dell'inadempimento contrattuale soltanto fortuitamente. Si tratta dell'ipotesi di cui al cosiddetto *Nitrierofen-Fall*⁶⁵, caso in cui un'impresa che si occupava d'indurimento superficiale dell'acciaio per nitrurazione trattava gli oggetti appartenenti a differenti clienti utilizzando il medesimo forno; a seguito di un'esplosione causata dalla presenza di liquido dentro ad uno degli oggetti sottoposti a nitrurazione, quando da contratto era stabilito che gli oggetti dovessero essere completamente asciutti, tutti gli altri oggetti vennero distrutti. Nonostante la violazione da parte di uno dei clienti dell'obbligazione secondaria di presentare l'oggetto da sottoporre a nitrurazione completamente asciutto e i danni subiti dagli altri clienti a seguito dell'esplosione, fu ritenuto che questi non avessero diritto a beneficiare dell'obbligazione principale in quanto si ritenne che la condizione di prossimità non fosse stata rispettata e quindi si ritenne altresì non configurabile nel caso di specie un *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. BGH 10.05.1951 - III ZR 102/50, in BGHZ 2, 94 III e NJW 1951, 596.

⁶⁵ Cfr. BGH 02.07.1996 - X ZR 104/94, in BGHZ 133, 168 e NJW 1996, 2927.

⁶⁶ Argomenta così la Corte: *Es besteht zudem nach den vom Berger getroffenen Feststellungen überhaupt kein Schutzbedürfnis der Kl., diese in den Schutzbereich des Vertrages zwischen der Bekl. und der Firma Geinzubeziehen. Dieses von der Rechtsprechung zur Vermeidung einer unangemessenen Ausweitung des von der Rechtsprechung maßgeblich entwickelten Rechtsinstituts*

Per quanto riguarda la seconda delle condizioni necessarie per la configurabilità di un contratto con effetti protettivi, vale a dire l'interesse del creditore, la giurisprudenza ha ritenuto, appunto, che in ogni caso lo stesso creditore debba avere un interesse a che il terzo benefici dell'obbligazione contrattuale. Tale criterio fu in un primo momento inteso in senso molto restrittivo, richiedendo la giurisprudenza di un obbligo giuridicamente previsto in capo al terzo di fornire protezione giuridica o soccorso al terzo, in tal modo dando origine alla cosiddetta dottrina della *Wohl und Wehe*; si trattava di casi attinenti, ad esempio, ai membri della famiglia e ai lavoratori dipendenti. Successivamente, a causa di un mutamento di indirizzo da parte della Corte federale di Giustizia (*Bundesgerichtshof*) seguito ancor oggi, tale posizione venne abbandonata in favore di un'interpretazione più estensiva del concetto di interesse del creditore a proteggere il terzo e collegata al concetto di libertà contrattuale delle parti, che trova applicazione anche in tema di § 328 BGB, in virtù della quale ad essere contrattualmente determinata dev'essere non la prestazione ma il dovere di protezione⁶⁷. In questo senso, l'allargamento della nozione d'interesse del terzo è

für unabdingbar angesehene Kriterium ist nicht erfüllt; denn die Kl. hat selbst und unabhängig von der Bekl. aufgrund des zwischen ihr und der Firma Ggeschlossenen Werkvertrages Gewährleistungsansprüche gegen diese gem. §§ 633ff. BGB. Hierauf weist die Revision zu Recht hin. Diese vertraglichen Ansprüche der Kl. gegen die Firma Gsind ihrem Gehalt nach den Ansprüchen, die die Kl. über den vom BerGer. gefundenen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte gegen die Bekl. verfolgt, rechtlich in jeder Hinsicht gleichwertig.

⁶⁷Cfr. BGH, 26.11.1986 – IV a ZR 86/85 in NJW 1987, 1758, in cui la Corte prende le distanze dall'orientamento precedentemente adottato, considerato troppo restrittivo, ed indica invece come il coinvolgimento del terzo non debba essere considerato dalla sola prospettiva di un'espressa previsione dello stesso nel contratto, ma dovrà essere invece valutato rispetto al complesso del contratto; la Corte dovrà quindi fondare la propria decisione solo sugli interessi oggettivi delle parti, tra cui anche quello di accettare il tacito accordo sulla previsione di un dovere di proteggere i terzi, senza la necessaria presenza di dichiarazioni esplicite sul punto. La libertà disegnata per le parti ai sensi del § 328 BGB in relazione alla prestazione da prevedere in capo al terzo e ai limiti ad essa connessi non ha confini disegnati diversi da quelli che si applicano a tutti i contratti (cfr. §§ 134, 138 BGB). Lo stesso dovrebbe valere per le funzioni di protezione; le parti del contratto sono quindi liberi di stabilire un dovere di protezione a favore di tali persone che non sono affidati alla loro cura. In più, se non è previsto dalla legge che il dovere di protezione sia stabilito nei confronti del terzo, il giudice lo dovrà determinare secondo i principi generali in tema d'interpretazione del contratto. Nello specifico: *Diese rechtliche Beurteilung steht nicht im Einklang mit der*

stato tale che la stessa categoria di terzi da proteggere ha perso di fatto un confine e il BGH ha cominciato ad utilizzare il *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* per fondare la responsabilità degli esperti e dei professionisti nei confronti dei terzi⁶⁸.

Robert Wintgen⁶⁹, che brevemente fa riferimento a tale possibilità, si dichiara perplesso da tale ragionamento e non si può che concordare con tale presa di posizione; effettivamente, se è vero che la previsione di un dovere di protezione è lasciata all'autonomia delle parti nella sua massima espressione senza necessità di un collegamento ad un particolare rapporto intercorrente fra il terzo e il creditore, è pur vero che ragionando in tali termini in relazione al professionista si perde di vista proprio l'interesse del creditore stesso a proteggere il terzo, poiché ora la protezione di quest'ultimo troverebbe fondamento non in quell'interesse,

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Dieser hat zwar in einer Reihe von Entscheidungen die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines Vertrages davon abhängig gemacht, ob Wohl und Wehe des Dritten dem Vertragspartner des Schutzpflichtigen anvertraut waren (BGHZ 51, 91, 96 [BGH 26.11.1968 - VI ZR 212/66]; 56, 269, 273 [BGH 15.06.1971 - VI ZR 262/69]; 66, 51, 57; Urteile vom 16. Oktober 1963 - VIII ZR 28/62 - NJW 1964, 33, 34; vom 30. September 1969 - VI ZR 254/67 - NJW 1970, 38, 40; vom 15. Juni 1971 - VI ZR 262/69 - NJW 1971, 1931). Diese Rechtsprechung darf jedoch nicht dahin verstanden werden, daß mit ihr Grenzen für die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages gezogen werden sollten. Vielmehr wollte der Bundesgerichtshof lediglich die Frage entscheiden, unter welchen Voraussetzungen allein aufgrund der objektiven Interessenlage - also ohne einen konkreten Anhaltspunkt in ausdrücklichen Parteierklärungen oder im sonstigen Parteiverhalten - die stillschweigende Vereinbarung einer Schutzpflicht für Dritte anzunehmen ist. Nach § 328 BGB steht es den Vertragsschließenden frei, eine Leistungspflicht zugunsten eines Dritten zu begründen. Der Gestaltungsfreiheit der Parteien sind in dieser Hinsicht keine anderen Grenzen gezogen als die, die für alle Verträge gelten (insbesondere §§ 134, 138 BGB). Das gleiche muß für Schutzpflichten gelten. Den Vertragsparteien ist es daher unbenommen, eine Schutzpflicht auch zugunsten von solchen Personen zu begründen, die nicht ihrer Fürsorge anvertraut sind. Ob ein solcher rechtsgeschäftlicher Wille besteht, hat der Tatrichter nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln (Urteile vom 2.11.1983 - IVa ZR 20/82 - und vom 23.1.1985 - IVa ZR 66/83 - WM 1984, 34; 1985, 450).

È bene ricordare come poi nel caso di specie tali indicazioni circa la volontà delle parti di coinvolgere il terzo non siano state trovate, quindi la Corte ha rigettato il ricorso.

⁶⁸ Cfr. tra i molteplici, M. Stahl, *Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten Sachverständigen*, Lang, 1989 e bibliografia citata.

⁶⁹ Cfr. R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité*, cit. p. 277.

quanto invece in un dovere generale di onestà gravante sul professionista, prevalendo sull'interesse concreto espresso nel contratto e, in definitiva, annullandolo⁷⁰.

In relazione alla terza condizione, ovvero quella della prevedibilità, la giurisprudenza esige che il debitore possa conoscere i limiti della sua responsabilità e quindi il cerchio dei terzi che possono godere di protezione. Questa circostanza, evidentemente, trova fondamento tanto a livello contrattuale – e quindi il debitore non può volersi impegnare con il terzo se non può prevedere i rischi possibili per tali terzi – tanto a livello di principio di buona fede – per cui il terzo non deve preoccuparsi degli interessi dei terzi che egli può prevedere. Anche ragioni di opportunità giustificano la presenza di tale condizione, permettendo al debitore stesso di assumersi il rischio; questo non significa che il debitore debba conoscere il nome esatto dei terzi che possono vantare nei suoi confronti una posizione di protezione, ma significa piuttosto che il debitore deve sapere che le due condizioni precedenti hanno trovato fondamento⁷¹.

⁷⁰ Cfr., sempre nelle argomentazioni della Corte nella sentenza BGH, 26.11.1986 cit.,: *Wer bei einer Person, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt (z. B. bei öffentlich bestellten Sachverständigen, Wirtschaftsprüfern, öffentlich bestellten Vermessungsingenieuren, Steuerberatern) ein Gutachten oder eine gutachtliche Äußerungen (z. B. ein Wirtschaftsgüter- oder Steuerberaterstat) bestellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen, ist in der Regel daran interessiert, daß die Ausarbeitung die entsprechende Beweiskraft besitzt. Das ist jedoch nur dann gewährleistet, wenn der Verfasser sie objektiv nach bestem Wissen und Gewissen erstellt und auch dem Dritten gegenüber dafür einsteht.*

⁷¹ Cfr. BGH, 02.11.1983 – IV a ZR 20/82 in NJW 1984, 355, seguita più recentemente anche da BGH, 20.04.2004 - X ZR 250/02 in BGHZ 159, 1 e NJW 2004, 3035. In particolare, nelle motivazioni di quest'ultima sentenza si legge che: *Tragender Gesichtspunkt für die Beschränkung des Kreises der einbezogenen Dritten ist in allen diesen Fällen das Anliegen, das Haftungsrisiko für den Schuldner kalkulierbar zu halten. Der Schuldner soll die Möglichkeit haben, sein Risiko bei Vertragsschluß zu kalkulieren und gegebenenfalls zu versichern (BGHZ 51, 91, 96; 138, 257, 262). Er soll für Schäden Dritter nicht einstehen müssen, wenn ihm nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung des Vertragszwecks nicht zugemutet werden kann, sich ohne zusätzliche Vergütung auf das Risiko einer erweiterten Haftung einzulassen (BGHZ 51, 91, 96; vgl. auch: Staudinger/Jagmann, BGB, Neubearbeitung 2001, § 328 Rdn. 105; Soergel/Hadding, BGB, 12. Aufl., Anh. § 328, Rdn. 17; MünchKomm/Gottwald, BGB, 4. Aufl., § 328 Rdn. 109).* La preoccupazione principale, quindi è sempre quella di mantenere il rischio per il debitore "calcolabile", prevedibile, in modo da permettere allo stesso di assicurarsi per la stessa assunzione di maggior rischio; all'assunzione di tale maggior rischio corrisponde sempre una maggior

Tale requisito parrebbe consistere nell'ultimo tentativo di arginare l'espansione incontrollata del campo di applicazione del contratto con effetti protettivi, e in questo senso pare concordare una parte della giurisprudenza e della dottrina⁷², anche se l'unanimità non è stata di certo raggiunta, in particolare con riguardo alle ipotesi di catene di distribuzione e rapporto tra produttore e consumatore finale⁷³.

Per quanto riguarda la quarta ed ultima condizione, vale a dire la cosiddetta sussidiarietà, si tratta, come già accennato, di una condizione che più recentemente aveva trovato introduzione al fine appunto di frenare l'estensione illimitata della responsabilità contrattuale del debitore verso ogni terzo che potesse trovarsi eventualmente lesa dagli effetti contrattuali. In particolare, a seguito di una pronuncia del 1978 in tema di sublocazione⁷⁴, la Corte federale ritenne che l'ammissione di un effetto protettore per il terzo dovesse avere come presupposto che il terzo necessitasse di tale protezione, ipotesi che non si sarebbe concretizzata qualora il terzo avesse a disposizione un ricorso diretto della medesima natura contro il creditore diretto. Le ragioni logico giuridiche a

remunerazione.

⁷² Tendenza, questa, che si è espressa in particolare con riguardo a casi relativi all'estensione della responsabilità del produttore al circolo di potenziali utilizzatori. Cfr. in questo senso BGH, 26.11.1968 - VI ZR 212/66 in BGHZ 51, 91 e NJW 1969, 269, seguita da ultimo da BGH, 20.04.2004 - X ZR 250/02 cit.

⁷³ In senso contrario all'esonero di responsabilità si veda C. W. Canaris, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, cit., p. 100 e A. Di Majo e M. R. Marella, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, cit, p. 820; nello stesso senso si esprime R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité*, cit. p. 277.

⁷⁴ Cfr. BGH, 15.02.1978 - VIII ZR 47/77 in BGHZ 70, 327 e NJW 1978, 883 e da ultimo anche BGH, 24.04.2014 - III ZR 156/13 in NJW 2014, 2345, nella quale si legge appunto: *Entgegen der Auffassung der Beklagten scheitert eine Einbeziehung des Zedenten auch nicht an dessen mangelnder Schutzbedürftigkeit, weil ihm Ansprüche aus Prospekthaftung gegenüber der T. AG zustünden. Zwar ist die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines Vertrags abzulehnen, wenn ein Schutzbedürfnis des Dritten deshalb nicht besteht, weil diesem eigene vertragliche Ansprüche - gleich gegen wen - zustehen, die denselben oder zumindest einen gleichwertigen Inhalt haben wie diejenigen, die ihm über eine Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrags zukämen (vgl. nur BGH, Urteile vom 15. Februar 1978 - VIII ZR 47/77, BGHZ 70, 327, 330; vom 2. Juli 1996 - X ZR 104/94, BGHZ 133, 168, 173 f und vom 22. Juli 2004 - IX ZR 132/03, NJW 2004, 3630, 3632).*

giustificazione della necessità di tale requisito sono piuttosto interessanti; infatti, giustificando la mancata inclusione del sublocatore tra la categoria dei terzi degni di protezione per mezzo di un *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, sostenne la Corte⁷⁵:

Die Zubilligung des Schadensersatzanspruchs eines Dritten beruht auf dem Gedanken, daß es mit der Gerechtigkeit nicht vereinbar wäre, ihm, der vertragslos aber bestimmungsgemäß mit der Mietsache in Berührung und durch sie oder in ihr zu Schaden kommt, einen vertraglichen Anspruch zu versagen, der dem Mieter ohne weiteres zusteht. Sie findet ihre Wurzel also letzten Endes in dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. BGHZ 49, 350, 354; 51, 91, 96 und 61, 227, 233). Hierfür ist aber weder Raum noch gar ein Bedürfnis, wenn der Geschädigte seinerseits eigene vertragliche Ansprüche desselben Inhalts, wenn auch gegen einen anderen Schuldner, hat wie diejenigen, die er auf dem Weg über die Einbeziehung in den Schutzbereich eines zwischen anderen geschlossenen Vertrages durchsetzen will. In einem solchen Falle Ansprüche aus dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu gewähren, würde auch gegen das von der Rechtsprechung stets hervorgehobene Anliegen verstoßen, eine uferlose Ausdehnung des Kreises der in den Schutzbereich fallenden Personen zu vermeiden (BGHZ 49, 354; 61, 234).

Se è vero che l'inclusione del terzo nella sfera dei soggetti degni di protezione contrattuale deve essere fatta risalire al principio di buona fede (il già ricordato *Treu und Glauben* nella sua oggettiva ovvero soggettiva applicazione), e in virtù di tale inclusione egli gode di protezione contrattuale pur non essendo legato direttamente al contratto stesso, ma semplicemente in quanto viene in contatto con la prestazione oggetto del contratto conformemente alla natura di quest'ultimo, determinando la natura di meccanismo correttore del contratto con effetti protettivi nei suoi confronti in quanto colma un vuoto normativo, è altresì vero che, se il terzo dispone di un mezzo alternativo, vale a dire di un identico ricorso contrattuale, il ricorso a tale meccanismo correttore perde di necessità, anzi, il ricorso allo stesso lederebbe la politica del Tribunale federale volta a limitare l'espansione illimitata del novero dei terzi degni di protezione.

La casistica concernente l'applicabilità del *Vertrag mit Schutzwirkung*

⁷⁵ Cfr. BGH, 15.02.1978 - VIII ZR 47/77 cit.

zugunsten Dritter appare inoltre come piuttosto variegata e disomogenea; si va da casi in cui il peso del rispetto della protezione di un terzo viene previsto da una parte nei confronti dell'altra nel suo interesse, a casi in cui nessuna delle due parti ha un reale interesse a che tale effetto protettore si realizzi. È questo un dato molto interessante perché permette di mettere in evidenza come, nonostante la rigidità delle condizioni necessarie per il riconoscimento dell'operatività del contratto con effetti protettivi, la varietà della casistica rilevante sia piuttosto significativa ed ampia e come, nonostante i correttori adottati dalla giurisprudenza, non pare che l'effetto dissuasivo al ricorso a tale tipologia di configurazione degli interessi ci sia stato, ancor meno dopo la codificazione espressa del riconoscimento dell'operatività degli effetti di un *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* da parte del § 311 III BGB.

5. *La Drittschadensliquidation*

I. Premessa

La *Drittschadensliquidation*⁷⁶ consiste letteralmente nella liquidazione di un indennizzo per conto di un terzo; si tratta di un meccanismo di origine giurisprudenziale che permette di correggere eventuali spostamenti fortuiti dell'onere di risarcimento dei danni, spostamenti che, se non corretti, avrebbero come effetto finale quello di annullare la responsabilità dell'autore di quel danno provocandogli un ingiusto arricchimento. In pratica, tale forma di trasferimento della liquidazione del danno, ovvero liquidazione del danno per conto di un terzo, trova applicazione nei casi in cui un terzo risulti leso dal mancato adempimento di un contratto e il risarcimento del danno derivante da tale inadempimento dovrebbe essere di norma chiesto dal creditore, ovvero nel caso in cui un soggetto leda illecitamente un bene senza che però tale lesione sia dannosa per il proprietario,

⁷⁶ Generalmente, e senza alcun proposito di completezza, sulla *Drittschadensliquidation* si veda K. Larenz, C. W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit.; W. Fikentscher, *Schuldrecht*, cit., n. 1044 e ss.; H. Hagen, *Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik*, Frankfurt am Main, 1971; D. Medicus, *Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil*, 1998, n. 610 e ss.; E. von Caemmerer, *Das Problem des Drittschadensersatzes*, in *ZHR*, 127 (1965), pp. 241 e ss.; H. Oetker, *Versendungskauf, Frachtrecht und Drittschadensliquidation*, in *JuS*, 2001, pp. 833 e ss.; T. Henn, *Zur Daseinsberechtigung der sogenannten "Drittschadensliquidation"*, Berlin, 2011.

ma lo risulti solo per il terzo. All'origine storica di tale forma di "liquidazione per conto terzi" si è già fatto riferimento⁷⁷; essa risale alla pronuncia della Corte d'Appello di Lübeck del 1855⁷⁸ con la quale la Corte ammise la possibilità di chiedere un risarcimento del danno per conto di un soggetto, il quale non avrebbe avuto diritto, a norma della disciplina in tema di responsabilità extracontrattuale, ad agire direttamente a tutela della sua posizione, in quanto estraneo al contratto dal cui inadempimento era stato leso.

Si tratta, quindi, di un meccanismo volto alla tutela di un'ulteriore casistica di terzi altrimenti lesi da vicende contrattuali che non li vedono coinvolti in qualità di parti ovvero di beneficiari, ma che ugualmente producono effetti nei loro confronti; in questo senso è abbastanza complesso, a dire il vero, riconoscere lo specifico ambito di applicazione della *Drittschadensliquidation* rispetto a quello del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* ovvero a quello del *Vertrag zugunsten Dritter* tacito, poiché la casistica materiale è molto simile e le Corti stesse molto spesso confliggono nel riconoscimento dei rispettivi ambiti di applicazione. In particolare, il problema si pone nel riconoscimento dei rispettivi limiti applicativi tra la *Drittschadensliquidation* e il *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*; sul punto Dieter Medicus offre un'illuminante criterio distintivo⁷⁹:

Der konstruktive Unterschied besteht in folgendem: Bei der Drittschadensliquidation wird der Schaden zur Anspruchsgrundlage, bei der vertraglichen Schutzwirkung die Anspruchsgrundlage zum Schaden gezogen. Im ersten Fall klagt also (vor einer etwa erfolgenden Abtretung) der Nichtgeschädigte, im zweiten der Geschädigte.

Nelle diverse ipotesi di *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* e di *Drittschadensliquidation* quello che cambia è il rapporto reciproco tra *Schaden* e *Anspruchsgrundlage*, vale a dire tra i danni e il fondamento alla richiesta di risarcimento; mentre nel primo caso si ha il danno e – contemporaneamente – si ha anche il fondamento giuridico per chiederne il risarcimento, in quanto ad agire

⁷⁷ Cfr. in questo senso parte seconda, capitolo primo, pp. 257 e ss. di questo elaborato.

⁷⁸ OAG Lübeck, 20. 01. 1855 in Seufferts Archiv, II (1857) n. 36, sulla quale si rimanda nuovamente al lavoro di I. Reichard, *Drittschadensliquidation im römischen Recht*, cit.

⁷⁹ Cfr. D. Medicus, *Bürgerliches Recht*, Würzburg, 1978, p. 388.

in via contrattuale è il danneggiato – terzo e soggetto leso dall’inadempimento contrattuale -, nel secondo caso si ha ancora il danno, ma a difettare è il fondamento giuridico per chiederne il risarcimento, nel senso che il danneggiato portatore di interesse ad agire non ha il titolo per farlo, dunque il soggetto che è portatore di legittimazione ad agire la esercita per suo conto, pur non avendo subito alcun danno e difettando quindi dell’interesse ad agire. Si tratta, evidentemente, di un criterio di discernimento di tipo dottrinale, vale a dire ottimale ai fini della spiegazione teorica della differenza tra i due istituti, ma praticamente molto più complesso nell’applicazione giurisprudenziale.

II. *Brevi cenni sul fondamento teorico della Drittschadensliquidation*

A ben vedere, un aiuto ulteriore al riconoscimento dei rispettivi campi d’applicazione di tali differenti figure coinvolte nella tutela del terzo può essere dato dall’analisi del fondamento teorico-legislativo della *Drittschadensliquidation*; la questione, si può dire sin da subito, non presenta una soluzione specifica univocamente accettata ma rimane piuttosto aperta. Effettivamente, l’istituto in questione poco ha a che vedere con il problema della relatività degli effetti del contratto, poiché si è in assenza, nel caso di specie, tanto di una pattuizione espressa di un beneficio a favore del terzo, tanto di effetti ulteriori nascenti dal contratto, ulteriori rispetto alla prestazione principale, e che si verificano nei confronti del terzo⁸⁰; piuttosto, si tratta di un problema connesso con il cosiddetto *Dogma von Gläubigerinteresse* sotteso ai §§ 249 I e 251 BGB, in virtù del quale un danno può essere fatto valere solamente da colui che l’ha subito, dovendo la lesione e i danni potersi ricondurre ad un medesimo soggetto⁸¹. Solo il creditore, quindi, è legittimato a far valere in giudizio il danno subito chiedendone il risarcimento.

⁸⁰ Cfr. M. Hassemer, *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen*, cit., p. 76, il quale chiarisce: *Die “Drittwirkung”, wenn man sie denn so bezeichnen möchte, beschränkt sich bei der Drittschadensliquidation auf die Verpflichtung des Schuldners (im Beispiel: des Transporteurs), einen vertraglichen Anspruch zu erfüllen, der zwar auf der Rechtsgrund, nicht jedoch auf der Rechtsfolgenseite besteht. Dies ist kein Relativitätsproblem.*

⁸¹ Cfr. in questo senso H. Hagen, *Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik*, cit., pp. 1 – 2.

Eccezione a tale principio è l'ipotesi di sostituzione di cui al § 285 BGB, norma che effettivamente ha trovato utilizzo come possibile fondamento teorico della *Drittschadensliquidation*; in realtà, la giurisprudenza non si è mai soffermata in modo accurato, in sede di decisione, sul fondamento legislativo dell'istituto in questione, con il risultato che, più ancora del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, l'applicabilità della *Drittschadensliquidation* è ancorata ad un determinato, specifico e chiaro novero di casi specifici e di sentenze sul punto che vengono di volta in volta richiamati dalle Corti in una sorta di applicazione del precedente abbastanza curiosa⁸². Non è questa di certo la sede per approfondire questo tipo di teorizzazione, però pare opportuno velocemente guardare all'insieme della disciplina della *Drittschadensliquidation* al fine di meglio comprendere un'ulteriore sfumatura delle possibili modalità di protezione del terzo⁸³.

III. Condizioni e funzionamento della *Drittschadensliquidation*

Affinché operi il meccanismo della *Drittschadensliquidation* è necessario

⁸² Si leggano ad esempio le motivazioni di BGH, 08.12.1986 - II ZR 2/86 in NJW-RR 1987, 880 e WM 1987, 581: *Grundsätzlich kann aufgrund eines Vertrages nur der den Ersatz eines Schadens verlangen, bei dem der Schaden tatsächlich eingetreten ist und dem er rechtlich zur Last fällt. Tritt der Schaden bei einem Dritten ein, so haftet ihm der Schädiger - von besonderen Ausnahmen abgesehen - nur nach Deliktsrecht. Diese Unterscheidung zwischen begünstigter Vertragshaftung und begrenzter Deliktshaftung gehört zum System des geltenden Haftungsrechts und ist nicht nur ein theoretisches Dogma. Nur in besonderen Fällen hat die Rechtsprechung Ausnahmen zugelassen, nämlich dann, wenn das durch den Vertrag geschützte Interesse infolge besonderer Rechtsbeziehungen zwischen dem aus dem Vertrag berechtigten Gläubiger und dem Träger des Interesses dergestalt auf den Dritten "verlagert ist", daß der Schaden rechtlich ihn und nicht den Gläubiger trifft. Daraus darf der Schädiger keinen Vorteil zum Nachteil des Dritten ziehen; er muß dem Gläubiger den Drittschaden ersetzen. Hierzu zählen u. a. die Fälle der mittelbaren Stellvertretung (vgl. RGZ 90, 240 (246); RGZ 113, 250 (254); 115, 419 (425); BGHZ 25, 250 (258) = NJW 1957, 1838; BGHZ 40, 91 (100) = NJW 1963, 2071; BGHZ 51, 91 (93) = NJW 1969, 269). Nicht erforderlich ist, daß der Ersatzberechtigte ausschließlich im Interesse des Dritten tätig wird; er kann gleichzeitig durchaus auch im eigenen Interesse handeln (vgl. RGZ 90, 240 (246); Grunsky, in: MünchKomm, Vorb. § 249 Rdnr. 122).*

⁸³ Un valido strumento ricapitolativo delle condizioni necessarie alla configurazione della *Drittschadensliquidation* è quello di cui alla pronuncia della Corte federale BGH, 26.11.1968 - VI ZR 205/66.

che vengano rispettate alcune particolari condizioni, in particolare tre: un *Anspruchsinhaber ohne Schaden*, vale a dire una pretesa al risarcimento senza un danno corrispondente; la presenza di un *Geschädigter ohne Anspruch*, vale a dire di una parte lesa che però non può vantare una pretesa; ed infine una *mittelbare und typische Schadensverlagerung*, vale a dire la presenza di un tipico ed indiretto spostamento di danni. Tuttavia, ed è bene ricordarlo nuovamente, nonostante la necessità della configurazione delle condizioni di applicabilità, la *Drittschadensliquidation* è sempre un caso eccezionale che corrisponde ad una serie di casi tipici, sui quali ci soffermeremo brevemente tra poco.

Sulla prima condizione si è già detto in sede di premessa generale, in quanto rappresenta il tratto tipico di riconoscimento della presenza di una *Drittschadensliquidation*, ovvero una pretesa risarcitoria senza che vi corrisponda effettivamente un danno subito dal soggetto che propone la domanda; il creditore, infatti, che agisce per il terzo, di fatto non ha subito alcuna lesione effettiva della sua posizione, ma è ugualmente legittimato alla richiesta di risarcimento.

La seconda condizione, vale a dire la presenza di una parte lesa che non possa vantare però alcuna pretesa; si tratta del terzo che ha subito la lesione ma di fatto non è legittimato alla richiesta di risarcimento poiché privo di titolo. Individuare queste due prime condizioni è di particolare importanza in quanto permette di chiarire come le due posizioni fondamentali del creditore senza lesione e terzo leso senza titolo siano distinte e non possano poi accumularsi in una duplice richiesta di risarcimento; tale circostanza discende dalla cosiddetta *obligatorische Gefahrenentlastung*, vale a dire il trasferimento obbligatorio del rischio prima del diritto, in virtù della quale non si potrà configurare un'ipotesi di liquidazione del danno per conto di un terzo qualora il danno possa verificarsi sia per il creditore sia per il terzo, essendo impossibile il configurarsi della *Drittschadensliquidation* in ipotesi di accumulo di responsabilità.

Terza e ultima condizione è la presenza di una *mittelbare und typische Schadensverlagerung*, vale a dire un indiretto e tipico spostamento dei danni, in virtù del quale il rischio, assunto come un rischio ipoteticamente concretizzabile in capo al creditore, si è in realtà verificato in capo ad un altro soggetto, vale a dire il terzo, in modo del tutto inaspettato. È chiaro che prevedere una circostanza

del genere determini nella posizione del debitore un'alea troppo ampia ed indeterminata, causando una totale insicurezza e precarietà nella sua posizione; ecco perché è necessario che lo spostamento sia altresì tipico, nel senso che, stante il fatto che lo spostamento dei danni possa verificarsi o meno e, qualora si verifichi, sia improvviso, il debitore possa comunque fare i conti con almeno la possibilità del verificarsi del danno ad un terzo in specifiche situazioni e possa, conseguentemente, calcolarne i rischi. È questo il senso della previsione piuttosto stringente dei casi tipici.

Proprio con riguardo nello specifico ai casi tipici in cui la *Drittschadensliquidation* trova configurazione, questi attengono sostanzialmente a tre gruppi generali; il primo di tali gruppi consiste in quei casi che genericamente sono accomunati dal passaggio dei rischi. Si tratta di ipotesi che più precisamente attengono al problema del rischio in relazione al passaggio di proprietà del bene; gruppi di casi tipici sono quelli connessi alla vendita, in virtù del fatto che il passaggio del rischio e della proprietà non avvengono nello stesso momento. Per esempio, nel caso di trasporto di un bene venduto, nonostante che, a norma del § 929 BGB la proprietà passi soltanto nel momento di ricezione da parte del compratore del bene venduto, il rischio del perimento, invece, si trasferisce al momento della spedizione a norma del § 447 BGB; perciò, se la cosa viene distrutta o danneggiata durante il viaggio, il venditore è libero dal suo obbligo e il compratore, che da un lato non è ancora proprietario, non potrà evidentemente vantare una lesione del suo diritto di proprietà e, dall'altro, non essendo nemmeno co-contraente nel contratto di trasporto concluso tra il venditore e il vettore, non potrà nemmeno agire direttamente nei confronti del vettore stesso. La sua posizione, infatti, è quella di terzo, che potrà trovare liquidazione del danno da lui subito soltanto in virtù del riconoscimento della *Drittschadensliquidation* e a causa della circostanza che non è evidentemente proprietario, poiché altrimenti avrebbe potuto agire ad altro titolo⁸⁴.

⁸⁴ Cfr. in questo senso BGH, 01.10.1975 - I ZR 12/75 in VersR 1976, 168: *Da die Klägerin von der Empfängerin des Gutes mit dem Schaden belastet worden war und sie diese Belastung auch als verbindlich anerkannte, war sie unter den hier gegebenen Umständen jedenfalls aus dem Gesichtspunkt der Schadensliquidation im Drittinteresse befugt, den im Hinblick auf § 447 BGB möglicherweise nicht ihr, sondern der Empfängerin entstandenen Schaden geltend zu machen* (vgl.

È un principio, questo, che trova applicazione in tema di trasporto non solo terrestre ma altresì marittimo, la cui disciplina di riferimento è quella costruita a partire dal caso denominato “*Aspirator*”, verificatosi alla fine degli anni ’50 in relazione ad una differenza di valore richiesta dallo spedizioniere all’armatore a seguito di una perdita di valore dei beni trasportati durante il trasporto stesso e che, per tale ragione, aveva originato un danno in capo all’impresa che poi aveva acquistato la merce⁸⁵; in questo caso la Corte permise allo spedizioniere di agire per il risarcimento del danno in favore dell’impresa acquirente, in quanto reale danneggiato ma altresì privo di tutela in virtù del fatto che il danno aveva origine nel contratto di spedizione e per tale motivo non poteva essere fatto valere dall’impresa che non era evidentemente parte di quel contratto⁸⁶.

Un secondo rilevante gruppo di casi in tema di *Drittschadensliquidation* è quello relativo ai casi di cosiddetta rappresentanza indiretta, nella quale rientrano

BGHZ 40, 91, 100; VersR 1972, 1139) e BGH, 20.04.1989 - I ZR 154/87 in NJW 1989, 3099: Nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation ist der versendende Spediteur als Vertragspartner des Frachtführers zur Geltendmachung von Schäden Dritter aus dem Verlust des Frachtguts legitimiert, gleichviel ob die Schäden dem Absender oder aber dem Endempfänger erwachsen sind (vgl. BGH, Urt. v. 10.4.1974 - I ZR 84/73, VersR 1974, 796, 798 u. BGH, Urt. v. 14.3.1985 - I ZR 168/82, VersR 1985, 753, 754 für Schäden des Absenders und BGH, Urt. v. 1.10.1975 - I ZR 12/75, VersR 1976, 168, 169 für Schäden des Empfängers).

⁸⁵ Cfr. BGH 26.09.1957 - II ZR 267/56 in BGHZ 25, 250 e NJW 1957, 1838.

⁸⁶ Cfr. BGH 26.09.1957 *ut supra* citata: *Aus der Vereinbarung kann nicht geschlossen werden, daß die Klägerin das Konnossement nur für einen Teil der darin angegebenen Mengen oder nur bedingt indossieren wollte (vgl. Staub/Stranz, Wechselgesetz 13. Aufl. Art. 12 Anm. 5), da sich aus der Urkunde ergibt, daß ein Voll- und nicht ein Teilindossament gegeben wurde; da gegen die Gültigkeit eines Teilindossamentes oder eines bedingten Indossamentes auch beim Konnossement (für den Wechsel vgl. RGZ 11, 148 [153 f]; 119, 422 [424]; jetzt WG Art. 12; für den kaufmännischen Verpflichtungsschein RGZ 119, 119 [122]) Bedenken bestehen können, muß angenommen werden, daß die Parteien ihren Willen in rechtlich unbedenklicher Weise zum Ausdruck gebracht haben. Die Vereinbarung hinderte nicht, daß nach aussen die vollen Rechte aus dem Konnossement, also auch das Recht auf Geltendmachung eines etwaigen Fehlbetrages, auf den Käufer als Indossatar übergegangen sind, schließt aber in sich, daß der Käufer diesen Schadensersatzanspruch nur für Rechnung der Klägerin geltend machen durfte, so daß es sich hier um einen Fall des Ersatzes eines Drittschadens handelt; daran ändert nichts, daß der Firma D. wegen der Weiterindossierung an sie dieser Anspruch formell zusteht, da Damco als Spediteur im Auftrag des Käufers der Klägerin handelte, also ebenso wie ihr Auftraggeber den der Klägerin entstandenen Schaden als deren Schaden, d.h. als Drittschaden geltend zu machen hatte.*

tanto ipotesi di mandante ignoto che contrae con il terzo (che gli inglesi definiscono casi di *undisclosed agency*) sia casi, sempre in materia di contratto di spedizione, in virtù del quale, in relazione ai successivi contratti di trasporto da lui conclusi per il cliente, lo spedizioniere riveste la posizione non di agente in senso stretto ai sensi del § 164 BGB, quanto piuttosto di rappresentante indiretto con gli effetti di cui al § 392 I HGB⁸⁷.

Il terzo e ultimo gruppo di casi in cui la *Drittschadensliquidation* trova applicazione è quello relativo ai cosiddetti *Obhutsfälle*, vale a dire i casi di custodia della cosa altrui. Si tratta di ipotesi differenti, tra le quali di particolare interesse è quella in virtù della quale il mutuatario o il depositario di una cosa affida la stessa con contratto ad un altro soggetto; se la cosa perisce o viene danneggiata, ad essere leso è il proprietario della cosa, il quale però non è parte del contratto con il quale il bene è stato affidato ad una persona diversa dal custode o dal mutuatario. In questi casi, normalmente, il proprietario avrebbe diritto sì all'azione per la responsabilità extracontrattuale contro il depositario o l'affidatario ovvero custode da quest'ultimo nominato, ma non ha però diritto a quella contrattuale, di gran lunga più vantaggiosa. Il discorso sarebbe parzialmente differente nel caso in cui l'oggetto principale del contratto di deposito fosse quello di conservare presso di sé la cosa data in deposito e il debitore fosse a conoscenza che la cosa appartiene a terzi: in questo caso sarebbe configurabile un contratto in favore di terzo tacito e quindi il problema della configurabilità della responsabilità contrattuale non si porrebbe neanche⁸⁸. Per quanto riguarda il deponente, questi non subisce altro danno se non quello della perdita dell'utilizzo della cosa, quindi nei confronti del proprietario egli non risponde se non per la propria colpa. Per ragioni di opportunità, si ritiene quindi di poter configurare l'operatività della *Drittschadensliquidation* per garantire il risarcimento sulla base della responsabilità contrattuale in casi in cui è preferibile tale tutela a quella extracontrattuale⁸⁹.

⁸⁷ Cfr. anche BGH 25. 11. 1971 in BGH VersR 1972, 274 e MDR 1972, 316.

⁸⁸ Cfr. in questo senso, R. Dubischar, *Inhalt und Schutzbereich von Bewachungsverträgen*, in NJW 1989, 51, pp. 3241 - 3246.

⁸⁹ Cfr. tra le altre BGH, 23.11.1954 - I ZR 78/53 in BGHZ 15, 224 e NJW 1955, 257: *Denn dem Vertragsgegner, dessen vereinbarungsgemäß verfolgtem Zweck die Sache dient, kann es meist*

Tutti questi casi appena ricordati sono accomunati dal fatto che il titolare di un'azione di responsabilità, extracontrattuale o contrattuale che sia, non subisce un danno che dovrà poi trovare riparazione, ma il danno è invece subito da un soggetto che non è titolare di un'azione a tutela della propria posizione. Dal punto di vista dell'autore del danno, questo passaggio di responsabilità in virtù del quale chi avrebbe interesse ad esercitare l'azione non può mentre chi può esercitare l'azione non ne ha invece l'interesse è del tutto fortuito e non vi è ragione in virtù della quale l'autore del danno debba trarne profitto. Per questa ragione la giurisprudenza permette al titolare dell'azione di responsabilità di liquidare l'indennizzo per conto di colui che realmente ha subito il danno, con l'onere di fornirgli tale indennizzo in luogo della cosa promessa e danneggiata⁹⁰. Il carattere fortuito dello slittamento di responsabilità è ciò che caratterizza specificamente il meccanismo della *Drittschadensliquidation*, nel senso che il danno si è prodotto eccezionalmente nei confronti del terzo ma avrebbe potuto/dovuto prodursi nei confronti del co-contraente e la sua natura è quella di un mero meccanismo correttore a tutela di una situazione fortuita e anormale a danno di un soggetto⁹¹.

gleichgültig sein, wem die Sache gehört. Soweit ihm im Rahmen des Vertrages Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Sache obliegen, muß er diese ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse erfüllen. Die gegenteilige Auffassung würde zu dem ungerechtfertigten und unhaltbaren Ergebnis führen, daß der Verletzer den Schaden ersetzen muß, wenn die Sache seinem Vertragsgegner gehört, oder wenn sein Gegner dem Dritten gegenüber zum Wertersatz verpflichtet ist, nicht aber dann, wenn sie einem Dritten gehört und eine solche Ersatzpflicht nicht besteht. Es gibt keinen rechtfertigenden Grund, den Verletzer zum Schaden des Dritten in dieser Weise zu begünstigen.

⁹⁰ Si tenga però presente, per completezza, che tale somma di denaro richiesta e ottenuta dal titolare dell'azione di responsabilità entra a far parte del suo patrimonio e non è esente dal concorso dei suoi creditori, ad eccezione del contratto di commissione di natura commerciale per il quale il § 329 HGB stabilisce diversamente. Sul punto si veda J. Neuner, *Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen*, JZ 1999, p. 126.

⁹¹ Cfr. in questo senso BGH, 26.11.1968 - VI ZR 212/66 cit. che esclude l'applicabilità della *Drittschadensliquidation* nell'ipotesi di catena contrattuale o gruppo di contratti di vendita proprio in virtù della natura non fortuita dello spostamento di responsabilità dal fabbricante al subacquirente: *Zudem setzt Drittschadensliquidation voraus, daß nur ein Schaden entstanden ist, der sich, wäre nicht »zufällig« ein Dritter Träger des geschützten Rechtsgutes, bei dem Gläubiger ausgewirkt hätte. Von einer solchen »Verlagerung« des Schadens kann hier nicht gesprochen werden. Dieser ist hier sowohl tatsächlich wie rechtlich bei der Klägerin eingetreten, während er bei einer echten Schadensverlagerung tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich, beim Gläubiger*

6. Conclusioni

Questa rapida disamina della disciplina tedesca in tema di terzo e di protezione contrattuale ha messo in rilievo alcuni punti piuttosto interessanti. Si è già detto abbondantemente come il sistema complessivo che emerge dal BGB in tema di obbligazioni e contratti sia caratterizzato dall'assenza di una regola specifica codificata relativamente al principio di relatività degli effetti contrattuali ma, allo stesso tempo, lo preveda implicitamente dal complesso delle norme previste in tema di rapporto obbligatorio e fonti delle obbligazioni; l'assenza di una norma espressa non ha quindi creato problemi particolari per quanto riguarda la configurazione di un insieme di rapporti ed effetti reciproci delle obbligazioni e del contratto tra le parti stesse, da un lato, e tra le parti e i terzi, dall'altro. Parallelamente, anche il sistema previsto dal codice in tema di responsabilità, soprattutto extracontrattuale, prevedendo non una clausola generale ma un sistema rigido di enumerazione dei casi specifici di operatività, ha dato origine ad un'intensa attività interpretativa volta all'estensione dell'operatività della clausola di responsabilità contrattuale, invece più ampia ed idonea ad un'interpretazione funzionale.

Su tale base teorica, unitamente alle norme previste in tema di contratto in favore di terzo (figura prevista esplicitamente dal BGB e che prevede, come si è

eintritt. Er konnte nicht ebensogut beim Tierarzt wie bei den Hühnerhaltern eintreten, sondern nur bei diesen und nicht, worauf es entscheidend ankommt, statt beim Tierarzt bei ihnen. Die bisher von der Rechtsprechung zugelassenen Fälle einer Drittschadensliquidation lassen sich auch nicht um einen Fall der hier vorliegenden Art erweitern. Andernfalls müßte auch der Hersteller und Lieferant von Lebens- und Genußmitteln, von Wasch- und Arzneimitteln usw. den beim Endverbraucher entstehenden Schaden nicht bloß aus Delikt, sondern aus Kaufrecht ersetzen. Denn auch er weiß, so wie sein Käufer, der Groß- oder Zwischen- und Einzelhändler, daß sich etwaige Schäden nicht beim Händler, sondern erst beim Endabnehmer zeigen werden. Daraus allein läßt sich aber noch nicht eine vertragliche Haftung des Herstellers gegenüber dem Endabnehmer ableiten. Die Frage, wie dessen Interessen gewahrt werden können, ist somit nicht mittels Drittschadensliquidation zu lösen (so auch Soergel/Ballerstedt, BGB 10. Aufl. Bem. 43 vor § 459; Esser, Schuldrecht Bd. I 3. Aufl. S. 297; von Caemmerer, ZHR 1965,269,277).

In virtù dello stesso ragionamento si esclude l'operatività della *Drittschadensliquidation* anche nei rapporti tra il committente e il subappaltatore; cfr. in questo senso BGH, 22.12.1983 - VII ZR 213/82 in NJW 1984, 1757.

visto, l'acquisto diretto da parte del terzo del beneficio e/o del diritto stipulato in suo favore) si sono sviluppati gli istituti particolari del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* e della *Drittschadensliquidation*; si tratta di due meccanismi di tutela di particolari tipologie di terzi rispetto al contratto, i quali si trovano a subire un danno derivante da un contratto e necessitano quindi di poterne rivendicare il risarcimento. I presupposti su cui operano tali istituti sono diversi e ad essi abbiamo già accennato; se alla base del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* vi è un danno subito dal terzo stesso e nascente dal contratto, e perciò solo da lui stesso rivendicabile, alla base della *Drittschadensliquidation*, invece, abbiamo sì un danno nei confronti del terzo, ma rivendicabile solo da altri. Il difetto di tutela si presenta in questi casi sostanzialmente differente: nel primo si tratta di colmare un vuoto di tutela, estendendo ad un soggetto che non ne avrebbe diritto una tutela in via contrattuale, perché il danno è collegato al contratto e le ipotesi delittuose sono definite e specifiche, mentre nel secondo la tutela esiste e non vi è vuoto legislativo sul punto, ma è apprestata ad un soggetto che non ha interesse a goderne in quanto non è il soggetto realmente danneggiato dalla violazione contrattuale e pertanto, se ne godesse, ne risulterebbe ingiustificatamente avvantaggiato. È importante aver presente come la prospettiva rispetto alla quale si devono considerare il *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* e la *Drittschadensliquidation* sia diversa: per quanto entrambe le figure attengano un problema di tutela (contrattuale) del terzo, mentre nel primo caso è necessario trovare il fondamento stesso del diritto del terzo nel contratto, con implicazione quindi di tutte quelle questioni nascenti dall'operatività implicita o esplicita di un principio di relatività degli effetti del contratto, nel secondo caso il diritto del terzo ha fondamento nel contratto, solo che lo stesso non può esercitare tale diritto, poiché un altro è legittimato al suo posto. È interessante notare come, pur nella diversità di presupposti concettuali e legislativi, le due figure si trovino ad operare in casi pratici molto simili, tanto da risultare sovrapponibili, con non pochi conseguenti problemi d'individuazione della disciplina applicabile, risolta di volta in volta dalla giurisprudenza sulla base della fattispecie concreta, nonostante i ricordati criteri d'individuazione.

Ricerca la causa di una tale complessa e variegata disciplina relativa al

terzo (contrattuale), a cui si devono aggiungere i casi in cui a trovare applicazione può essere il *Vertrag zugunsten Dritter* espresso o tacito, nella sola inadeguatezza del sistema di responsabilità extracontrattuale improntato nel BGB forse sarebbe riduttivo; si è visto infatti che un certo margine discrezionale d'interpretazione dei §§ 823 e 826 è comunque possibile, però si è optato sempre per un ragionamento in termini di responsabilità contrattuale. Questo è molto interessante poiché rende abbastanza evidente come il problema dell'interesse del terzo in un qualche modo venga sempre considerato come un problema relativo al contratto; l'assenza di un espresso principio di relatività degli effetti del contratto, o meglio la sua non subordinazione a quello di libertà contrattuale delle parti, ha reso molto più semplice un ragionamento di tutela del terzo nell'ambito di un'idea complessa di obbligazione che tenesse conto non solo di quanto dalle parti espressamente stabilito come obbligazione principale, ma anche di tutto ciò che a questa prestazione sia eventualmente connesso, compresi obblighi ed effetti nei confronti di soggetti terzi rispetto a quel contratto. Il risultato è un sistema complesso d'individuazione della responsabilità operante su più livelli che pare difficoltoso esportare in altri ordinamenti, nonostante che i tentativi operati in tal senso possano suggerire il contrario; il dato fondamentale che rimane è comunque quello di un'attenzione specifica a casi e problemi particolari che può risultare d'esempio anche rispetto ad altri ordinamenti giuridici.

CAPITOLO QUARTO

LA TUTELA DEL TERZO NEL SISTEMA ITALIANO DEI CONTRATTI FRA TRADIZIONE E RICEZIONE DI (NUOVE) ISTANZE

1. *Premessa*

Conformemente al discorso sin qui svolto, e proseguendo secondo le linee guida già precedentemente indicate, è utile ora porre in rilievo alcuni degli aspetti propri del sistema italiano dei contratti in relazione al ruolo e alla tutela del terzo rispetto al contratto concluso senza la sua partecipazione. Il presupposto concettuale a monte del discorso relativo al terzo prende le mosse, anche in questo caso, dalla regola generale posta dal principio di relatività del contratto; il nostro ordinamento riconosce all'art. 1372 c. c., con una formulazione che, in parte ricorda quella dell'art. 1165 del *Code civil* francese¹, il principio secondo cui, da un lato, il contratto ha forza di legge tra le parti² e che, dall'altro, quello stesso contratto non produce effetto rispetto ai terzi se non nei casi previsti dalla legge.

Art. 1372 c. c. 1942. Efficacia del contratto. *Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.*

Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.

Art. 1165 *Code civil*: *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.*

Tale ultima formulazione, introduttiva del principio generale di relatività degli effetti del contratto, sottolinea come il terzo sia un soggetto estraneo rispetto al contratto, che a sua volta è dichiarazione di volontà esclusivamente delle parti contraenti ed avente effetto solo tra di esse, e che solo eccezionalmente può

¹ Sul punto si rimanda a quanto già rilevato nella parte seconda, capitolo secondo, pp. 276 e ss in sede di analisi della relatività degli effetti del contratto in diritto francese.

² Sulla portata del principio generale di vincolatività del contratto tra le parti, si vedano le precise considerazioni di M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), Torino, 2006, pp. 1183 – 1185, e dottrina citata.

produrre effetti per un soggetto che non ha partecipato alla conclusione dello stesso. La *ratio* alla base della scelta di prevedere nel testo del codice come principio generale in materia contrattuale il principio in questione è da ricondursi alla volontà di adottare una posizione chiara soprattutto in relazione alle possibili conseguenze negative che possono nascere dal contratto nei confronti del terzo. L'ordinamento, infatti, mira in particolar modo ad esonerare il terzo da quegli effetti del contratto che possano nuocergli: d'altro canto, però, quello stesso terzo, su quel contratto a lui estraneo, in linea generale non può nemmeno fondare pretese a proprio favore, non essendo egli, appunto, assimilabile alla parte, unico soggetto che, interessato al contratto, può far propri gli effetti favorevoli del contratto così come subirne gli effetti svantaggiosi³.

Gli effetti che eccezionalmente il contratto può produrre nei confronti dei terzi si possono ricondurre sostanzialmente a quattro ipotesi:

- I. il contratto apparentemente produce effetti nei confronti del terzo;
- II. il contratto produce direttamente effetti nei confronti del terzo;
- III. il contratto, pur non producendo direttamente effetti nei confronti del terzo, ha tuttavia rilievo "di fatto" verso i terzi;
- IV. il contratto produce effetti rispetto ai terzi sotto il profilo dell'opponibilità⁴.

In relazione allo scopo della presente ricerca, e in conformità all'analisi sin qui svolta, l'ipotesi qui ritenuta rilevante in tema di effetti del contratto nei confronti dei terzi sono costituite dai casi di effetti diretti del contratto nei confronti dei terzi, tra i quali rientra l'ipotesi del contratto a favore di terzo tradizionalmente inteso oltre ad una serie di ipotesi ulteriori che si vedranno e rispetto alle quali si cercherà qui di seguito di trarre alcune considerazioni di ordine generale, alla luce altresì dei simili rilievi già operati nei capitoli precedenti⁵.

Si può però sin da ora notare, in relazione al caso tipico di efficacia diretta del contratto nei confronti del terzo, che, se da un lato è evidente come il codice

³ Cfr. in questo senso F. Messineo, v. *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enciclopedia del diritto*, 10, 1962, p. 196.

⁴ Cfr. M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit. p. 1188.

⁵ Sul rilievo del contratto come "fatto" giuridico nei confronti del terzo si veda di seguito p. 422 e nt. 90 del presente capitolo.

del 1942 abbia accolto la tradizionale formulazione del principio di relatività del contratto, dall'altro si può altresì rilevare come il principio, nella vigenza nel nostro ordinamento e nell'interpretazione che di esso ne hanno dato giurisprudenza e dottrina, è stato concepito in modo meno stringente del suo corrispettivo così come in vigore nell'ordinamento francese. Un primo elemento a dimostrazione di ciò deve essere riconosciuto nella disciplina prevista in relazione alla figura generale del contratto a favore di terzo così come prevista agli artt. 1411 – 1413 del codice civile; proprio la circostanza dell'individuazione di una figura generale di contratto a favore di terzo, accanto alla previsione, nel codice, di alcune figure tipiche⁶, rende evidente come il modello seguito dai redattori italiani non sia stato quello della *stipulation pour autrui* francese nei modi e con i limiti previsti nell'art. 1121 del *code civil*, ma invece quello della figura generale di contratto a favore di terzo recepito nel BGB al § 328 e frutto di quelle considerazioni sistematiche e dottrinali in tema di principio di relatività degli effetti del contratto e di valorizzazione dell'autonomia delle parti a cui si è fatto riferimento nel capitolo precedente⁷. Per quanto, dunque, da un lato, venga riconosciuta l'importanza non solo dogmatica ma altresì funzionale del principio di relatività degli effetti del contratto con la sua espressa previsione all'art. 1372, 2 comma c.c., il nostro ordinamento ha parimenti fatto propria l'idea del contratto a favore di terzo come schema generale idoneo alla configurazione, da parte dei contraenti, dei propri interessi anche verso i terzi nel modo ritenuto dagli stessi di

⁶ Come sottolinea F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi. Artt. 1411 - 1413*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca* (a cura di F. Galgano), Bologna, 2004, pp. 3 – 4, una specifica disciplina per singole figure di contratti a favore di terzi è stata prevista negli artt. 1273 c. c. relativamente all'accollo, 1689 c. c. riguardo al trasporto di cose, 1773 c. c. in relazione al deposito, 1875 c. c. relativamente alla rendita vitalizia e, per estensione interpretativa della giurisprudenza (cfr. p. 4 e nota n. 4 del lavoro ultimo citato) relativamente al contratto atipico di vitalizio, 1891 c. c. relativamente all'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta, e 1920 e ss. c. c. in relazione all'assicurazione sulla vita in favore di un terzo. Si precisa qui che tali fattispecie non saranno oggetto del presente capitolo in quanto estranee allo schema generale del presente capitolo e, in generale, dallo scopo precipuo del presente studio, rispetto al quale è stato ritenuto che il contratto a favore di terzo abbia rilievo come figura generale ed in relazione ad eventuali problemi generali che la sua configurazione sollevi.

⁷ Si veda in tal proposito l'*excursus* sulla *Nozione critico-deduttiva del principio di relatività degli effetti contrattuali* in diritto tedesco delle obbligazioni di cui alle pp.331 e ss.

volta in volta più opportuno.

A partire, però, dalla disciplina del concetto di relatività del contratto e del contratto a favore di terzo, si è assistito nel nostro ordinamento privatistico ad una ridiscussione del principio generale dell'efficacia relativa del contratto, la quale ha portato ad una progressiva erosione dello stesso; parallelamente, nuove istanze riconducibili non tanto direttamente al problema dell'efficacia relativa del contratto, quanto piuttosto ai rapporti tra la responsabilità contrattuale e quella aquiliana, hanno coinvolto la figura del terzo che, da soggetto eccezionalmente e limitatamente coinvolto dal contratto, ha invece visto aumentare la propria rilevanza in materia contrattuale diventando oggetto di una maggiore tutela proprio sul piano contrattuale. In questo senso, un ruolo fondamentale è stato rivestito dall'introduzione nel nostro ordinamento, per il tramite della dottrina prima e della giurisprudenza poi, di figure contrattuali generali nuove rispetto a quelle tradizionalmente previste e che trovano ispirazione in primo luogo nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale tedesca: è questo il caso, ad esempio, del cosiddetto contratto con effetti protettivi, ammesso in una serie di casi specifici nei quali si ritiene che un soggetto, terzo assoluto rispetto al contratto e neppure destinatario di una prestazione direttamente pattuita in suo favore, possa ricevere una tutela contrattuale per un danno dallo stesso subito e riconducibile a quel contratto rispetto al quale egli è "terzo"; un altro nucleo concettuale è quello raccolto intorno alla teoria dei cosiddetti obblighi di protezione, con il loro ruolo mutevole da obblighi accessori di origine convenzionale a contenuto primario della cosiddetta obbligazione senza obbligo di prestazione.

Proprio nel rilievo di questi mutamenti nella percezione e configurazione giuridica del terzo, da soggetto eventualmente rilevante in relazione al contratto a soggetto potenzialmente destinatario di una tutela contrattuale ampia e complessa, trova la propria ragione il discorso che s'intende condurre qui di seguito; partendo da alcuni brevi rilievi storici sul riconoscimento del contratto a favore di terzo nelle codificazioni anteriori a quella del 1942, saranno approfonditi alcuni elementi strutturali della generale figura del contratto a favore di terzo come delineata dagli artt. 1411 e ss. del codice civile, sino all'analisi del rilievo e delle conseguenze

connesse alla ricezione nel nostro ordinamento di quelle peculiari e “nuove” fattispecie obbligatorie a cui si è fatto cenno poco sopra, al fine di comprendere, per quanto possibile, quali sono, oggi, i limiti e le istanze di cui la figura del terzo è oggetto nel sistema italiano dei contratti.

2. Brevi cenni sulla ricezione del contratto a favore di terzo nelle codificazioni anteriori al Codice Civile del 1942

In relazione alle codificazioni in vigore in Italia prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice civile nel 1942, una prima distinzione deve essere operata tra le codificazioni preunitarie ed il primo codice civile adottato sul territorio nazionale nel 1865. Con riferimento alle prime, il modello adottato nella redazione delle norme relative al contratto in favore di terzo è quello del *Code civil* francese, adottato nel Regno di Sardegna, negli stati di Parma, Piacenza e Guastalla e nel Regno delle Due Sicilie. Vediamo le loro formulazioni:

Art. 1206 Codice civile per gli stati di S.M. il re di Sardegna (di seguito Codice albertino): *Di regola generale nessuno può obbligarsi o stipulare in suo proprio nome fuorchè per se medesimo.*

Art. 1208 Codice albertino: *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 in una donazione che si fa ad altri. Colui che ha fatta questa stipulazione, non può rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare».*

art.1094 Codice civile per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla: 1. *È valida la stipulazione a vantaggio di un terzo ogni qualvolta 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 rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.*

art. 1073 Codice per lo Regno delle due Sicilie: *Niuno in generale può obbligarsi o stipulare nel suo proprio nome fuorchè per se medesimo.*

Art. 1075 Codice per lo Regno delle due Sicilie: *Si può egualmente stipulare a vantaggio di un terzo, 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 fatta questa stipulazione, non può rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.*

Come si può notare, tali articoli riproducevano nella sostanza quanto stabilito in tema di principio di relatività del contratto e stipulazione a favore di terzo agli artt. 1119, 1121 e 1165 del *Code civil*, propendendo per una formulazione rigida del principio di relatività del contratto e prevedendo la validità di una stipulazione a vantaggio di un terzo solo nell'ipotesi in cui questa costituisse modo o condizione di una stipulazione fatta per se stessi ovvero di una donazione disposta in favore di altri. Solo il codice di Parma, caso unico tra le codificazioni preunitarie e differentemente, altresì, dal successivo codice unitario del 1865, prevedeva, come clausola generale di validità delle stipulazioni in favore di terzo, la necessità dell'esistenza di un interesse proprio in capo allo stipulante, in un tentativo di generalizzazione delle ipotesi di validità delle stipulazioni a vantaggio di un terzo che andasse oltre quelle, tradizionalmente previste, della donazione o della stipulazione per se stessi accompagnata da un modo o da una condizione di cui la stipulazione a vantaggio del terzo costituisse l'oggetto; come vedremo, tale clausola troverà nuovamente menzione nell'art. 1411 del codice civile del 1942.

Il codice civile francese rappresenta altresì il modello di riferimento del primo codice civile dell'Italia unita, ossia il Codice civile per il Regno d'Italia del 1865. Gli artt. 1128 e 1130, infatti, nella loro formulazione, riprendono anch'essi quanto statuito nel codice napoleonico. Si tratta di un'influenza, questa, esercitata oltre le ragioni proprie legate all'autorevolezza della codificazione napoleonica sotto un profilo strettamente giuridico per toccare ragioni più propriamente storiche; deve tenersi presente, infatti, che già durante la breve vita del regno d'Italia napoleonico (1805 – 1814), sul territorio che comprendeva l'Italia nord orientale e buona parte dell'Italia settentrionale fu introdotto il cosiddetto Codice napoleonico per il Regno d'Italia, che in altro non consisteva se non in una traduzione in italiano dello stesso *Code Napoléon*⁸.

Nello specifico, l'art. 1128 riprendeva il dettato dell'art. 1121 del *Code civil*, stabilendo che

Art. 1128 Codice Civile 1865: *Nessuno può stipulare in suo proprio nome, fuorché per sé*

⁸ Il testo è infatti bilingue; cfr., quindi, artt. 1119, 1121 e 1165 del *Codice di Napoleone il Grande pel Regno d'Italia*, Milano, 1806.

medesimo.

Tuttavia può ciascuno stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che fa per se stesso, o di una donazione che fa ad altri. Chi ha fatta questa stipulazione, non può revocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne profittare.

Era ammissibile, quindi, stipulare a favore di un terzo nell'ipotesi in cui il vantaggio stabilito in capo al terzo formasse oggetto di una condizione apposta ad una stipulazione fatta per se stesso ovvero di una donazione fatta per altri. Il dettato normativo fa riferimento qui alla sola "condizione" aggiunta ad una stipulazione, come costruzione idonea a pattuire validamente un vantaggio in favore di un terzo, e non anche al *modus*; la dottrina di inizio secolo si è interrogata sulla scelta della menzione unica della condizione in luogo del doppio riferimento inclusivo anche del *modus* in relazione, in particolare, all'ipotesi della donazione fatta per altri⁹; è da ritenersi che il concetto di condizione vada qui inteso come clausola accessoria che poteva consistere anche in un *modus*, in consonanza all'interpretazione data al corrispettivo termine dalla dottrina francese conforme a Pothier e basata sulla casistica delle fonti romane¹⁰. Invece il concetto di condizione, riferito alla stipulazione fatta per sé, secondo la dottrina, poteva essere interpretata o in senso tecnico come avvenimento futuro ed incerto dal quale far dipendere l'efficacia del negozio, ovvero nel senso di clausola o contratto accessorio mediante il quale lo stipulante si faceva promettere l'esecuzione da parte del promittente, nelle mani di un terzo, di tutta o una parte della prestazione stipulata in suo favore ovvero, infine, come sinonimo di *modus* in tema di donazione, stante l'utilizzo di quest'ultimo termine solo per gli atti a titolo gratuito¹¹. Per la dottrina del tempo proprio i casi previsti dall'art. 1128 del Codice civile del 1865 rientravano tra le eccezioni alla più generale regola secondo cui nessuno può in proprio nome stipulare che per se stesso e non per altri, accanto alle ipotesi di mandato, rappresentanza legale e gestione d'affari, dei casi in cui fosse stata apposta una clausola penale e delle stipulazioni al cui

⁹ Cfr. sul punto a titolo esemplificativo A. Giovene, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917, pp. 108 – 109.

¹⁰ Sulla quale si rimanda nuovamente alla parte seconda, capitolo primo, pp. 245 e ss.

¹¹ In questo senso, riassuntivamente, I. Ferranti, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano, 2005, pp. 99 – 100 e dottrina citata.

adempimento lo stipulante avesse un interesse suo proprio valutabile in termini pecuniari¹².

La norma richiedeva, per divenire irrevocabile, che il terzo vi aderisse, facendo dichiarazione di volerne profittare, esattamente come previsto dal modello di cui all'art. 1121 del Codice napoleonico; nel momento in cui il terzo avesse aderito accettando la stipulazione in suo favore, allora il diritto in capo al terzo sarebbe divenuto irrevocabile e il terzo avrebbe avuto diritto ad esercitare un'azione propria a tutela della sua posizione, al fine di costringere il promittente all'adempimento¹³; la natura diretta dell'azione derivante in capo al terzo trovò altresì conferma nella giurisprudenza italiana del XIX secolo, dalla disamina della quale risulta altresì un'estensione della casistica ammessa di stipulazione a favore del terzo ben oltre il rigido dettato dell'art. 1128¹⁴. In particolare, tra le innovazioni introdotte dalle Corti, si ricorda l'idoneità anche delle dichiarazioni unilaterali a costituire un diritto in capo al terzo¹⁵ e la configurazione del contratto di assicurazione sulla vita come tipo di stipulazione a favore del terzo¹⁶.

La disposizione generale dell'art. 1128 che limitava, di regola, la validità delle stipulazioni in favore del terzo alle condizioni sopra ricordate era inoltre disattesa, nei fatti, non solo dalla prassi applicativa a cui si è appena fatto riferimento, ma altresì dalla previsione, nel codice stesso, di ulteriori casi particolari nei quali era ammessa la stipulazione a favore del terzo, come il contratto di trasporto di cui agli artt. 1629 e ss., il contratto di rendita vitalizia di cui all'art. 1794, a cui si aggiunsero successivamente nel codice del commercio del 1882 la disciplina dell'assicurazione sulla vita all'art. 449 ed ulteriori norme in tema di contratto di trasporto di cui agli artt. 388 e ss.

Come si può comprendere dalla rassegna appena compiuta, il quadro

¹² Cfr. in questo senso E. Pacifici – Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5, Firenze, 1873, pp. 92 – 96.

¹³ Secondo P. Caliceti, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Cedam, Padova, 1994, p. 23, si tratta di quello che la dottrina definì “contratto a favore di terzi con adesione”.

¹⁴ Un interessante *excursus* generale sulla giurisprudenza italiana del XIX secolo si può leggere in L. Tartufari, *Dei contratti a favore di terzi*, Verona, 1889, pp. 151 – 161.

¹⁵ Cass. Firenze, 18/11/1879, in *Giurisprudenza italiana*, 1880, 1, p. 50.

¹⁶ Come punto di arrivo di una giurisprudenza più risalente si veda Cass. Torino, 8/09/1882, in *Foro italiano*, 1882, 1, col. 1127.

normativo e giurisprudenziale che si concretizza a partire dalla codificazione del 1865 sino al codice civile del 1942 si presenta come piuttosto complesso e caratterizzato da un lato, dall'adesione al rigore storico e formale di una concezione stringente del principio di relatività del contratto, mentre dall'altro la prassi e il recepimento stesso di alcune norme "eccezionali" dimostravano in realtà tutti i limiti di un'adesione così fedele al modello francese e, parimenti, la volontà stessa del suo superamento.

è questo il quadro complesso rispetto al quale poi si svilupperà la codificazione del 1942; ad onor del vero, prima della codificazione civile attualmente in vigore, nel 1927 si mise mano ad un progetto di codice comune in materia di obbligazioni tra Italia e Francia che prese posizione, tra l'altro, sul tema del contratto a favore di terzo¹⁷:

art. 45: 1. *Ciascuno può stipulare in nome proprio a favore di un terzo, quando abbia un interesse personale, sia materiale sia morale, all'adempimento dell'obbligazione.*
2. *Salvo convenzione contraria, il terzo acquista diritto contro il promittente per effetto della stipulazione; lo stipulante però può revocarla finché il terzo non abbia dichiarato di volerne profittare.*

Si trattava di una norma nuova e distinta rispetto sia all'art. 1128 del codice civile del 1865 e sia all'art. 1121 del *Code civil*; innanzitutto si prevedeva una clausola generale espressa che ammetteva la stipulazione in nome proprio a favore di un terzo qualora lo stipulante avesse avuto un interesse, morale o materiale, alla prestazione. Inoltre si stabilì espressamente che il diritto del terzo nascesse direttamente dal contratto stipulato tra lo stipulante e il promittente, mentre l'eventuale dichiarazione del terzo nel senso di volerne profittare segnava unicamente il momento dell'irrevocabilità, ma non della non modificabilità, di tale diritto; si tratta, a ben vedere, di una soluzione ispirata al codice civile tedesco promulgato nel 1900.

La questione dell'origine legislativa o convenzionale del diritto del terzo aveva interessato la dottrina italiana in particolar modo dopo l'entrata in vigore del BGB che proponeva appunto la soluzione dell'origine convenzionale. Essa

¹⁷ Sul progetto italo francese delle obbligazioni si veda G. Alpa, G. Chiodi (a cura di), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927), Un modello di armonizzazione all'epoca della ricodificazione*, Milano, 2007, in particolare pp. 350 – 351.

trovava giustificazione sulla base del fatto che il *Vertrag zugunsten Dritter* è concepito dai §§ 328 e ss. come figura generale e non come figura eccezionale; invece, poiché nel codice italiano del 1865 la stipulazione a favore del terzo era configurata come figura eccezionale, si ritenne più probabile che il diritto del terzo potesse configurarsi come di origine legislativa. Questa è la posizione tradizionale sostenuta, tra gli altri, da Giovanni Pacchioni¹⁸.

Al di là dell'insuccesso (tutto e solo politico) ottenuto dal progetto italo – francese di (ri)codificazione¹⁹, è interessante notare come l'art. 45 abbia recepito alcune delle teorizzazioni che si erano sviluppate nella dottrina e giurisprudenza tanto italiana quanto francese in tema di contratto in favore di terzi, in particolar modo in tema di interesse dello stipulante, che veniva interpretato nel senso che dovesse considerarsi valido non solo se di natura patrimoniale, ma anche se di natura meramente morale; è da rilevarsi, inoltre, come in quest'ultimo senso in particolare, ma altresì in tema di natura convenzionale del diritto del terzo, l'art. 45 anticipi in parte la disciplina degli artt. 1411 - 1413 del codice civile del 1942, in particolare in relazione all'art. 1411 c. c., di cui si dirà a breve, il quale accoglie una configurazione del contratto a favore di terzi che da istituto eccezionale diviene fattispecie generale e in cui il diritto del terzo non è più un'attribuzione *ex lege*.

3. *L'efficacia diretta del contratto nei confronti del terzo. Il caso tipico del contratto a favore di terzo*

I. Premessa

Come si è già avuto modo di sottolineare, l'ordinamento privatistico attualmente vigente riconosce il contratto a favore di terzi come figura generale disciplinata agli artt. 1411 - 1413 del codice civile²⁰; di questa ci si occuperà

¹⁸ G. Pacchioni, *Se l'art. 1128 al 1. del codice civile contenga una eccezione al principio della nullità dei contratti a favore di terzi*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1909, 1, p. 512.

¹⁹ In questi termini G. Alpa, G. Chiodi (a cura di), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927)* cit., pp. 29 – 30.

²⁰ È necessario sottolineare come nel tessuto del codice del 1942 siano riconoscibili altri momenti di emersione della tendenza ad ammettere l'efficacia diretta del negozio a favore di terzi; si tratta, nello specifico, di alcune fattispecie previste dal codice civile nell'ambito sia della disciplina generale dei contratti sia di alcune figure speciali. In tal senso L. V. Moscarini, *Il contratto a*

brevemente nel paragrafo in oggetto, in particolar modo allo scopo di individuare il modello di efficacia diretta nei confronti dei terzi come emerge dalla disciplina ricordata. Conformemente al lavoro sin qui condotto, si concentrerà l'analisi sul terzo rispetto al contratto inteso come terzo assoluto, vale a dire come soggetto del tutto estraneo al contratto dal quale in capo allo stesso discendono alcuni effetti in quanto effettivamente previsti od eventualmente prodotti, escludendo quindi dall'analisi in oggetto quelle ipotesi in cui il terzo possa essere considerato, nei confronti del contratto, come parte (con l'eccezione, per le ragioni che diremo, del caso peculiare della cosiddetta obbligazione senza obbligo di prestazione²¹), o non succeda alle parti di quello stesso contratto (come accade nelle ipotesi degli eredi o degli aventi causa del contraente²²), o non sia creditore del contraente: non si avrà cura di approfondire, quindi, nella presente sede, ipotesi in cui il terzo non ha rilievo, in relazione al contratto, né in senso sostanziale, poiché non ha concorso alla formazione di quel contratto i cui effetti si produrranno nei suoi confronti, ma neanche in senso formale, poiché la sua posizione non risulta riconducibile allo schema dell'agire per altri proprio, ad esempio, della rappresentanza.

Il terzo (assoluto) è quindi quel soggetto che si limita a ricevere gli effetti prodotti da un contratto già validamente costituito tra le parti contraenti ed operante tra le stesse, senza che a suo carico possano derivare obbligazioni verso il promittente²³; in questo senso, quindi, e conformemente a tale definizione, si intende qui analizzare la posizione e la tutela diretta del terzo focalizzando

favore di terzi, in *Il Codice Civile. Commentario* (a cura di D. Busnelli), Milano, 2012, p. 8.

²¹ Cfr. in questo senso pp. 437 e ss. del presente capitolo.

²² Sui quali, per una breve disamina in un contesto simile a quello qui delineato, si rimanda a M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit., pp. 1185 -1187. In generale i fenomeni successori sono estranei rispetto alla nozione di terzo (assoluto) generalmente intesa, a cui si farà riferimento poco oltre nel testo, e rispetto al quale rileva l'istituto del contratto in favore di terzi. Per quanto riguarda, però, la figura del legatario, I. Ferranti, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, cit., p. 146 e nt. 60, rileva come al legatario compete la qualità di terzo rispetto ai negozi giuridici posti in essere dal defunto. Anche assumendo tale qualificazione come veritiera, si ribadisce qui che, nell'economia del discorso in oggetto, sono esclusi i fenomeni successori, in quanto il ruolo del terzo, per quanto assoluto, trova una peculiare ragion d'essere nella qualità dei soggetti e nei rapporti a monte della sua posizione. Cfr. sul punto altresì L. V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi*, cit. pp. 46 e ss.

²³ Secondo la definizione giurisprudenziale emergente da Cass. civ., 20 gennaio 2005, n. 1150 ed altresì ricordata da M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit., p. 1208 e nota n. 75.

l'attenzione, in primo luogo, sull'istituto di cui agli artt. 1411 e ss. c. c., tenendo appunto presente come non sia possibile qualificare come contratto a favore di terzo, secondo il modello che si esaminerà qui di seguito, ogni contratto rispetto al quale un terzo riceva un vantaggio. Premesso ciò, e ferma restando l'esclusione dall'ambito della presente ricerca dell'approfondimento di singole fattispecie di contratti a favore di terzi, sulla base della considerazione che l'analisi debba essere condotta indagando lo schema generale dell'istituto nei suoi elementi di maggiore interesse alla luce del suo evolversi storico e delle parallele discipline privatistiche prese in considerazione nella presente ricerca, si farà però riferimento a talune specifiche figure di contratto a favore di terzo qualora ritenuto necessario ai fini di una maggiore comprensione delle regole generali²⁴.

II. Il contratto a favore di terzi come figura generale: l'art. 1411 c.c. e in particolare sull'interesse dello stipulante di cui all'art. 1411, I comma, c.c.

L'art. 1411 stabilisce che:

1. *È valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse.*
2. *Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente di volerne profittare.*
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.*

La norma in questione propone uno schema generale della fattispecie del contratto a favore di terzo e altresì rappresenta la norma cardine dell'istituto in esame, poiché nei tre commi di cui si compone riassume tutte le risultanze dell'evoluzione storica della fattispecie in oggetto così come già analizzata anche in relazione agli ordinamenti sopra considerati; infatti, dopo aver chiaramente

²⁴ Per completezza, in tema di fattispecie peculiari del contratto a favore di terzi legislativamente ovvero giurisprudenzialmente riconosciute, si rimanda a F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 248 e ss ed a I. Ferranti, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, cit., pp. 339 e ss. e letteratura specialistica citata. Per una disamina, invece, di ulteriori casi di emersione, nel codice civile del 1942, della tendenza ad ammettere l'efficacia diretta del negozio a favore di terzi, nei limiti del potere di rifiuto del beneficiario, si veda L. V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi*, cit. pp. 8 e ss.

ribadito la validità generale della stipulazione a favore di terzo, la norma introduce come requisito di validità ulteriore la presenza dell'interesse in capo allo stipulante. Il diritto acquisito dal terzo ha natura diretta e può essere fatto valere dal terzo stesso nei confronti del promittente qualora questi non adempia alla prestazione pattuita nei suoi confronti: il terzo, quindi, ha diritto ad un'azione da esercitarsi direttamente contro il promittente per ottenere l'adempimento di quanto a lui dovuto.

La stipulazione nei confronti del terzo non nasce però come assolutamente irrevocabile; lo stipulante infatti, unico soggetto che può avere interesse a pattuire a favore di un terzo una determinata prestazione, può altresì decidere liberamente sulla revoca o sulla modifica della stipulazione pattuita, sino però al momento in cui il terzo non abbia fatto dichiarazione di volerne profittare; in questo senso, quindi, se l'accettazione in capo al terzo non è necessaria ai fini dell'acquisto del diritto, che sorge direttamente dalla stipulazione in capo al terzo, l'accettazione diventa il momento rispetto al quale il beneficio a favore del terzo non è più revocabile e il diritto del terzo, dunque, acquista completamente la pienezza sottesa al concetto di "acquisto diretto". Nell'ipotesi, infine, di rifiuto da parte del terzo di voler profittare della stipulazione nei suoi confronti, ovvero di revoca della stessa da parte dello stipulante, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo patto contrario; con la pattuizione nei confronti del terzo, quindi, non viene meno il rapporto che lega lo stipulante al promittente e la prestazione rimane, appunto, a beneficio dello stipulante stesso. In breve, è questo il denso contenuto della norma in oggetto, che, si ribadisce un volta in più, contribuisce a creare un modello di contratto a favore di terzo che gode di una sua propria autonomia concettuale nell'ambito del sistema contrattuale²⁵.

Il terzo a cui fa riferimento la norma si riferisce ad un soggetto inteso come terzo assoluto, il quale non è parte del contratto né in senso sostanziale né in senso formale, nei termini già indicati in precedenza; per la validità del contratto a favore di terzo non è necessario che vi sia la designazione specifica del terzo in favore del quale si stipula, essendo necessario che esso sia anche solo determinabile al momento della conclusione del contratto, ovvero siano indicati i

²⁵ Cfr. in questo senso P. Caliceti, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, cit., p. 24 e nota n. 46.

criteri per determinarlo al momento dell'adempimento²⁶; si ritiene ammissibile, quindi, che il terzo possa essere determinato successivamente alla conclusione del contratto o che lo stesso possa non essere ancora esistente al momento della conclusione del contratto, sia esso persona fisica nascita ovvero persona giuridica non ancora venuta ad esistenza²⁷. In tale ipotesi, sino al momento in cui il beneficiario non venga determinato ovvero non venga ad esistenza, la clausola a favore del terzo non può operare e quindi il diritto originato dal contratto a favore di terzo spetterà allo stipulante²⁸.

Al di là di questo preliminare rilievo in tema di indentificazione del terzo beneficiario, di notevole interesse interpretativo ed esegetico, in relazione al primo comma della norma in esame, è il riferimento alla circostanza secondo cui, per una valida stipulazione a favore di terzi, lo stipulante debba avere un proprio interesse al fatto che dal contratto nasca un diritto alla prestazione in capo al terzo; si tratta di un requisito, questo, che non trova corrispondenza nella disciplina del contratto in favore di terzi degli ordinamenti fin qui considerati ma che risulta previsto da non molti altri ordinamenti, tanto da poterlo considerare quasi peculiare della nostra disciplina codicistica in tema di contratto a favore di terzi²⁹. Non è semplice, in verità, individuare l'esatta portata dell'interesse richiesto dal I comma dell'art. 1411 c.c.; in particolare non è chiaro cosa tale previsione aggiunga alla logica e ovvia volontà dello stipulante, intesa quest'ultima come interesse soggettivo alla conclusione del contratto e presente a monte della conclusione di un qualsiasi contratto, in conformità a quanto previsto dall'art. 1174 c. c. in tema di interesse, anche non patrimoniale, del creditore come requisito della prestazione oggetto dell'obbligazione³⁰. La questione non è priva di

²⁶ Un tanto secondo pacifico riconoscimento degli interpreti, a quanto riporta M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit., p. 1211 e nota n. 87.

²⁷ Cfr. sul punto F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 126 – 128 e nota n. 5; ciò sarebbe possibile sulla base del combinato disposto di cui agli artt. 1346 e 1348 c.c.

²⁸ Cfr. sul punto F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., p. 130 e nota n. 10.

²⁹ Dalla disamina delle codificazioni europee pare che l'unico ordinamento che preveda un requisito simile sia l'art. 443 del *Código Civil português*, che prevede un interesse degno di protezione giuridica come condizione di validità del contratto in favore di terzi.

³⁰ R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto a favore di terzo*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), 10, Torino, 2002, p. 491 = R. Sacco, *Il contratto a favore di terzo* (cap. III, sez. III), in *Trattato di diritto civile* (a cura di R. Sacco, G. De Nova), 2, Torino, 2004, p. 211 definisce

una certa importanza teorica, in quanto idonea a condizionare la qualificazione e, in certi casi, la stessa validità della fattispecie del contratto a favore di terzo.

In effetti, seguendo in questo senso la configurazione del concetto di interesse proposta da Ugo Majello³¹, l'interesse deve essere configurato come quell'elemento che, accanto alla struttura triangolare tipica della fattispecie basata sulle peculiari situazioni giuridiche riconosciute ai soggetti coinvolti, qualifica la forma negoziale conclusa come contratto a favore di terzo, differenziandola da altre situazioni attributive al terzo di un qualche beneficio, e determinandone, altresì, la validità. Si tratta di una questione esegetica, questa, che ha impegnato la dottrina, la quale si divide, sostanzialmente, su due posizioni distinte; secondo certa parte della dottrina³², e a quanto risulterebbe altresì dalla relazione del Guardasigilli³³, la condizione dell'interesse dovrebbe essere riferita all'interesse del creditore alla prestazione di cui al già ricordato art. 1174, e quindi alla circostanza che la prestazione oggetto dell'obbligazione debba sempre corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale del creditore; il richiamo all'interesse di cui all'art. 1411, I comma, consisterebbe, quindi, in una semplice applicazione del principio generale di cui all'art. 1174. Non si tratterebbe, però, di una conclusione plausibile, poiché le due norme si riferiscono in verità a due concezioni differenti della nozione d'interesse; l'interesse di cui all'art. 1411 non si riferisce soltanto all'interesse dello stipulante a che il promittente esegua la prestazione nei confronti del terzo, ma anche all'interesse a che gli effetti del contratto stipulato nei confronti di questo si verificino direttamente in capo al

sibillino il requisito dell'interesse come richiesto dall'art. 1411 c. c., non essendo possibile configurarne un'autonoma portata.

³¹ Cfr. U. Majello, v. *Contratto a favore del terzo*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, 4, Torino, 1989, p. 237.

³² Cfr. in questo senso già E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* (diretto da F. Vassalli), Torino, 1962, p. 563 e, a titolo esemplificativo, si veda altresì F. Girino, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965, pp. 9 e ss.; P. Caliceti, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, cit., pp. 104 – 105; e, più recentemente, M. Tamponi, *Il contratto a favore di terzo*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da M. Bessone), Torino, 2000, pp. 375 – 376.

³³ *Codice civile : Quarto Libro: Obbligazioni e contratti : progetto e relazione/ Commissione reale per la riforma dei codici, Sottocommissione per il codice civile*, Roma, 1936, IV, n. 644.

terzo e configura, quindi, un interesse ulteriore rispetto all'interesse generale proprio di ogni creditore così come espresso nell'art. 1174 del codice civile.

Secondo altra parte della dottrina³⁴, invece, l'interesse di cui all'art. 1411 deve essere identificato con quell'interesse meritevole di tutela di cui all'art. 1322, II comma del codice civile, che rappresenta un limite generale all'autonomia dei privati:

art. 1322, II comma, c. c.: *Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.*

Questa soluzione, curiosamente vicina al dettato dell'art. 443 del *Código Civil* portoghese a cui si è fatto riferimento poco sopra³⁵, trova il suo limite nella considerazione secondo cui l'interesse richiesto dall'art. 1411 c. c. risulta essere diverso e più specifico rispetto a quello di cui all'art. 1322, II comma c. c., in quanto non è riferito ad entrambi i contraenti (*parti*), ma al solo stipulante; per sua stessa previsione, inoltre, l'art. 1322, II comma c. c., indica una condizione di validità a limite dell'autonomia delle parti, nel senso che, se le parti non scelgono un tipo contrattuale tra quelli già disciplinati dall'ordinamento, allora le parti, nel concludere un contratto secondo uno schema atipico, devono comunque perseguire un interesse tra quelli ritenuti meritevoli di tutela.

In realtà, l'interesse di cui all'art. 1411 ha un aspetto causale; è questo quanto emerge dalla posizione assunta, ancora una volta, da Ugo Majello³⁶, il quale però ha cura di precisare come l'aspetto causale attenga non al contratto tra lo stipulante ed il promittente, ma all'atto dispositivo verso il terzo. È per questo che il requisito dell'interesse dovrebbe essere valutato autonomamente, in quanto stabilito in relazione ad una fattispecie che prevede che il terzo acquisti sulla base di un duplice titolo: il primo, evidentemente, è il contratto tra lo stipulante e il

³⁴ Tra i quali si richiama qui, a titolo esemplificativo, L. V. Moscarini, *I negozi a favore del terzo*, Milano, 1970, pp. 247 e ss.

³⁵ Cfr. p. 402 nt. 29 del presente capitolo.

³⁶ Cfr. U. Majello, v. *Contratto a favore del terzo* cit., p. 241 e altresì Id., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, pp. 20 e ss. In precedenza, F. Girino, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, cit., p. 92, aveva invece sostenuto come la mancanza di interesse fosse circostanza atta a determinare la nullità del contratto.

promittente, mentre l'altro è la specifica clausola disposta a favore del terzo, che è quella integrativa dell'interesse proprio del solo stipulante. Per tale ragione, il difetto o l'illiceità dell'interesse dello stipulante renderebbero nulla la sola clausola con cui i contraenti hanno previsto l'attribuzione del diritto al terzo, mentre il contratto tra le parti resterebbe salvo, sempre che non risulti dal tenore del contratto che i contraenti non avrebbero concluso quel negozio senza quanto previsto dalla clausola viziata da nullità, nel qual caso la nullità nei confronti del terzo comporterebbe la nullità dell'intero contratto a norma dell'art. 1419, I comma del codice civile³⁷; allora, nell'ipotesi di nullità della sola attribuzione al terzo, la prestazione potrebbe essere eseguita a beneficio dello stipulante, salvo che non risulti diversamente dalla volontà dei contraenti o dalla natura del contratto, secondo quanto previsto per estensione analogica della norma di cui all'art. 1411, III comma, nell'ipotesi di revoca del beneficio o di rifiuto del terzo di volerne profittare. In tale ipotesi, però, diversamente da quanto accade nel caso di revoca o di rifiuto, la prestazione dovrebbe essere comunque eseguita in favore del terzo come pretesa non di questi, ma dello stipulante stesso, nei cui confronti il terzo fungerebbe da persona incaricata a ricevere il pagamento, a norma dell'art. 1188, I comma del codice civile³⁸.

Che si voglia accogliere o meno la ricostruzione del ruolo dell'interesse nei limiti appena ricordati³⁹, deve essere qui rilevato come nemmeno la giurisprudenza abbia preso una posizione univoca sulla qualificazione dell'interesse richiesto a norma dell'art. 1411 c.c., variando le pronunce del giudice di legittimità dall'identificazione dell'interesse con la causa del contratto⁴⁰, ovvero con la ragione giuridica dell'attribuzione al terzo⁴¹, ovvero

³⁷ Cfr. art. 1419, I comma, c.c.: *La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.*

³⁸ Cfr. ancora sul punto, in particolare, rispetto alla nt. 37 di cui poco sopra, U. Majello, *L'interesse dello stipulante*, cit., in particolare pp. 33 e ss. Cfr. altresì M. Tamponi, *Il contratto a favore di terzo*, cit., pp. 377 – 378.

³⁹ Appare condividere solo in parte quanto appena detto I. Ferranti, *Concetto e causa nel contratto a favore di terzo*, cit., p. 186.

⁴⁰ Si veda, da ultimo, Cass. civ., 27 marzo 1985, n. 2155 in *Foro italiano*, 1987, I, col. 3127.

⁴¹ Cfr. su tutte Corte App. Torino, 24 febbraio 1996, in *Foro italiano*, 1997, I, col. 283.

ancora limitandosi a richiederne la presenza senza indagarne ulteriormente la rilevanza giuridica⁴²; comunque, in aggiunta a quanto appena detto, è da rilevare che la presenza o l'assenza dell'interesse a cui la norma fa riferimento non si sia mai tradotta in precedenti che escludano la validità del contratto stesso⁴³, essendosi preoccupata la Corte di Cassazione di rilevare, unicamente, come tale interesse possa essere non solo di natura patrimoniale ma altresì morale⁴⁴. In adesione alla posizione secondo cui il requisito dell'interesse rileva esclusivamente per quanto riguarda l'atto dispositivo nei confronti del terzo, si ricorda qui brevemente che lo schema generale di cui all'art. 1141 c. c. è tale anche nel senso che risulta adattabile a diversi contratti tipici, dalla vendita, alla locazione, al mutuo, per fare alcuni esempi, concretizzando di volta in volta la causa specifica e propria di ogni singolo contratto tipico che si è inteso concludere; ragionevolmente, quindi, si ritiene che il contratto a favore di terzo, oltre a non qualificare un contratto tipico di per sé – essendo al più tipica la fattispecie che vede coinvolti i tre soggetti nel rapporto triangolare -, non possieda nemmeno una causa autonoma, in quanto questa viene mutuata da quella propria del rapporto che lega lo stipulante al promittente⁴⁵.

È interessante notare, in conclusione, che il significato e il ruolo dell'interesse in capo allo stipulante, come previsto dal nostro art. 1411, I comma c. c., risulti completamente sovvertito rispetto al suo utilizzo già a partire dal diritto romano come strumento di validità del contratto principale tra i contraenti, a monte dell'invalidità della pattuizione in favore del terzo; alla luce di ciò, è evidente altresì come per il nostro ordinamento non sia l'interesse a qualificare il contratto a favore di terzo proprio ovvero improprio, ma, come vedremo a breve, sia invece il diritto all'adempimento della prestazione a qualificare il cosiddetto contratto a favore di terzo con efficacia esterna, figura, questa, che certa dottrina considera parallela a quella del contratto a favore di terzo proprio.

⁴² Cfr. su tutte Cass. civ., 9 ottobre 1997, n. 9810, in *Foro italiano*, 1998, I, coll. 93 – 94 in tema, in particolare, di contratto di deposito a favore del terzo.

⁴³ Cfr. in questo senso i rilievi di M. Sesta, *Interesse, causa e motivi nella stipulazione a favore di terzo*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, 3, Milano, 1994, pp. 2072 e ss.

⁴⁴ Cfr. già Cass. civ., 24 ottobre 1969, n. 3484, in *Repertorio de Il Foro italiano*, 1969, v. *Obbligazione e Contratti*, n. 473.

⁴⁵ Cfr. in questo senso i rilievi svolti da M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit. pp. 1214 – 1218.

III. *Segue. L'art. 1411, II comma c. c.*

Il secondo comma dell'art. 1411 c. c., come si è detto brevemente in precedenza, prevede da un lato l'acquisto diretto del potere da parte del terzo di agire per l'adempimento della prestazione pattuita in suo favore e, dall'altro, il potere in capo allo stipulante di revocare ovvero modificare la prestazione pattuita sino al momento dell'accettazione da parte del terzo.

L'acquisto diretto del diritto da parte del terzo come effetto della stipulazione posta in essere tra lo stipulante e il promittente riconduce lo schema del contratto a favore di terzi a quello di un tradizionale contratto consensuale, in virtù del quale il solo incontro tra le volontà dei contraenti produce l'effetto voluto, il quale, nel caso di specie, è appunto l'acquisto al terzo del beneficio pattuito con la conseguente possibilità per lo stesso di tutelarlo direttamente, al punto che l'effetto in questione si produce anche se il terzo non è a conoscenza dell'effetto voluto⁴⁶; l'accettazione, quindi, non vale a rendere il terzo parte del contratto stipulato a suo favore, poiché il negozio su cui la previsione in capo al terzo s'innesta resta bilaterale e non si trasforma in un negozio trilaterale, e non risulta nemmeno idonea a perfezionarlo, secondo lo schema, invece, dell'attribuzione negoziale unilaterale a favore del terzo di cui all'art. 1333 c. c.⁴⁷.

Art.1333 c. c.: 1. *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.*

2. *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.*

Serve qui sottolineare come la fattispecie di cui all'art. 1333 consista in un negozio unilaterale previsto come irrevocabile a favore del terzo; a differenza,

⁴⁶ Cfr. in questo senso M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit., p. 1221 e nota n. 129. In senso contrario rispetto a tale ricostruzione si veda O. T. Scozzafava, v. *Contratto a favore di terzi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 9, Roma, 1988, pp. 4 e ss., il quale indica nel momento dell'adesione da parte del terzo alla stipulazione in suo favore l'integrazione di un nuovo negozio, in mancanza del quale l'acquisto non sarebbe perfetto e sarebbe risultato precario, appunto, sino alla comunicazione dell'adesione. Si tratta di una posizione minoritaria in dottrina e che non pare trovare corrispondenze in giurisprudenza.

⁴⁷ Sui rapporti tra la fattispecie in questione e lo schema del contratto a favore di terzi di cui all'art. 1411 c. c. si veda in particolare L. V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi*, cit., pp. 60 – 65.

quindi, della fattispecie di cui all'art. 1411, non è prevista accettazione ma solo facoltà di rifiuto perché appunto, trattandosi di un negozio nato come già irrevocabile, l'accettazione non ha motivo di esistere nemmeno come limite temporale alla modifica, essendo quindi prevista la sola facoltà di rifiuto, in assenza del quale il contratto si considera concluso.

Nello schema del cosiddetto contratto a favore di terzo puro, definito anche proprio o con efficacia esterna, quindi, l'accettazione non è condizione per l'assunzione del diritto oggetto della pattuizione e per il suo esercizio da parte del terzo; pertanto la fattispecie del contratto a favore di terzo oggetto dell'art. 1411 c. c. si inquadra nell'acquisto diretto da parte del terzo del diritto alla prestazione, a differenza invece del cosiddetto contratto a favore di terzo improprio o con efficacia interna, sulla base del quale, invece, il terzo non vanta alcuna pretesa autonoma ma risulta semplicemente destinatario della prestazione di un contratto che esaurisce i suoi effetti tra le parti⁴⁸.

In tale contrapposizione tra efficacia esterna ed interna del contratto a favore di terzi si riconosce normalmente la contrapposizione tra contratto a favore di terzo proprio ed improprio di matrice tedesca a cui si è fatto riferimento diverse volte nel corso di questa ricerca; secondo certa parte della dottrina⁴⁹, il riconoscimento in diritto italiano di un contratto a favore di terzo improprio rileverebbe soltanto in relazione alla cosiddetta novazione soggettiva del rapporto obbligatorio quando espressamente previsto dalle parti.

L'accettazione, si diceva, rappresenta quindi semplicemente il momento rispetto al quale per lo stipulante non sarà più possibile intervenire sul diritto del terzo⁵⁰ ed altresì il momento in cui in capo al terzo si estingue il potere di rifiutare

⁴⁸ Cfr. in questo senso U. Majello, v. *Contratto a favore del terzo*, cit., p. 241; in particolar modo sulla fattispecie del contratto a favore di terzi con efficacia interna si rimanda qui a Id., *L'interesse dello stipulante*, cit., in particolare pp. 38 e ss. e 65 e ss.

⁴⁹ Cfr. in questo senso L. V. Moscarini, *I negozi a favore del terzo*, cit., p. 49; sulla questione si veda inoltre sempre Id., *Il contratto a favore di terzi*, cit., pp. 93 e ss.

⁵⁰ Cfr. U. Majello, v. *Contratto a favore del terzo*, cit., pp. 245 – 246. Secondo l'autore, l'acquisto in capo al terzo risulta solo sospensivamente condizionato alla sua adesione, ma non si perfeziona con la stessa, mantenendo quindi intatta la sua struttura bilaterale. Si premette qui, anche se sul punto si ritornerà brevemente di seguito, che lo stipulante può ancora revocare il beneficio anche dopo l'adesione del terzo nell'ipotesi in cui la revoca si realizzi per mezzo di una disposizione testamentaria a norma dell'art. 1412 c.c.

la pattuizione nei suoi confronti⁵¹; è quindi l'immediatezza dell'acquisto del terzo il vero connotato caratterizzante il negozio generale a favore del terzo, evidente nella fattispecie bilaterale di cui all'art. 1411 c. c., ma peculiare anche di quella unilaterale di cui all'art. 1333 c. c.⁵². A prescindere dall'irrelevanza dell'atto di adesione dallo stesso prestato ai fini dell'acquisto da parte del terzo del proprio diritto, il rilievo che esso ha, invece, nel senso di limitare temporalmente il potere di revoca e modifica da parte dello stipulante della prestazione pattuita, rende necessario individuare la natura e le modalità in cui esso debba essere posto in essere.

La dichiarazione di adesione, per rilievo unanime, consiste in un atto unilaterale recettizio e come tale deve essere comunicata alle parti, con il triplice fine di estinguere, come si è detto, il potere di revoca da parte dello stipulante, di rendere certa, nei confronti del promittente la propria situazione giuridica⁵³ e, infine, di estinguere il diritto di rifiuto in capo al terzo. La natura di atto unilaterale recettizio, e la sua irrilevanza ai fini del perfezionamento del contratto in questione, ne rende assolutamente libera la forma, essendo ammissibile quindi anche un'adesione tacita del terzo, vale a dire posta in essere per mezzo di un comportamento concludente; tale circostanza, pur non unanimamente accolta dalla dottrina⁵⁴, in realtà è da ritenersi ammissibile purché sia rispettato il senso stesso a monte della previsione dell'adesione. Questo significa che sarà possibile per il terzo manifestare la propria adesione per mezzo di un comportamento concludente purché tale comportamento, che rileva altresì per il promittente, sia idoneo a rendere evidente che il terzo voglia profittare della prestazione statuita nei suoi confronti⁵⁵.

Per quanto riguarda la facoltà di revoca da parte dello stipulante, anche questa deve ritenersi, al pari dell'adesione del terzo, un atto unilaterale recettizio, espressione del suo diritto al pentimento. Essendo la stipulazione in favore del

⁵¹ Cfr. M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit., p.1222.

⁵² Rilievo, questo, chiaramente espresso da L. V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 66, a cui si presta qui adesione.

⁵³ Cfr. M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit., p. 1223.

⁵⁴ Cfr. a titolo esemplificativo L. Cariota – Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966, p. 159.

⁵⁵ Cfr. L. V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 70.

terzo conclusa nell'interesse dello stipulante, la facoltà di revoca è altresì espressione di tutela di quell'interesse: se esso viene a mancare, allora è necessario conferire la possibilità allo stipulante stesso di tutelarsi e revocare, ovvero modificare, la stipulazione qualora lo ritenga opportuno.

Per quanto poi riguarda la forma propria della revoca ovvero della modifica, questa deve intendersi come libera, realizzabile quindi anche per fatti concludenti, ove compatibili, fatto salvo il rispetto dei requisiti di forma previsti per particolari tipologie di contratti; ciò significa, secondo Massimo Franzoni⁵⁶, che, se il contratto tra lo stipulante e il promittente non ha natura formale, allora la revoca e la modifica possono essere operate nei modi ritenuti più opportuni, vale a dire anche per fatti concludenti, mentre se il contratto, ad esempio, necessitava della forma scritta (come nel caso di un contratto avente ad oggetto un bene immobile), allora anche la revoca e la modifica devono essere fatti per iscritto, nel rispetto della forma del contratto bilaterale dal quale sorge la prestazione a favore del terzo.

Entrambi i poteri di revoca e di modifica si estinguono per prescrizione, quando sia spirato il tempo massimo previsto nell'accordo per il loro esercizio, oppure per l'avvenuta esecuzione della prestazione in favore del terzo, oltre che per la già ricordata prestazione dell'adesione da parte del terzo⁵⁷. Per quanto riguarda, infine, la posizione del terzo nei confronti della revoca o modifica della prestazione, non è richiesto che questo presti il proprio consenso; si ritiene, invece, che il terzo debba esserne informato, quanto meno se la stipulazione era stata a lui precedentemente portata a conoscenza⁵⁸.

IV. Segue. L'art. 1411, III comma c. c. In particolare, le azioni esercitabili dal terzo a tutela del beneficio pattuito in suo favore.

Relativamente, invece, alla facoltà prevista in capo al terzo beneficiario di

⁵⁶ M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit., p. 1225. Per una disamina più approfondita si rimanda qui sempre a M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il codice civile. Commentario* (diretto da P. Schlesinger), Milano, 1998, art. 1372, cap.I, sez. III, § 17.

⁵⁷ Cfr. F. Messineo, v. *Contratto nei rapporti con il terzo*, cit., p. 204.

⁵⁸ Cfr. U. Majello, v. *Contratto a favore del terzo*, cit., p. 244.

rifiutare la prestazione prevista in suo favore, così come prevista dal III comma dell'art. 1411 c. c., questa è prevista a tutela della sfera giuridica del terzo contro modificazioni che, seppur di segno positivo, questi potrebbe legittimamente non voler vedere verificare nei suoi confronti; in questo senso, quindi, viene lasciata aperta la possibilità al terzo di rifiutare espressamente il beneficio nei suoi confronti, eliminando così l'efficacia diretta nascente dal contratto concluso tra lo stipulante e il promittente.

Anche il rifiuto del terzo si configura come un atto unilaterale recettizio, con efficacia *ex tunc*, la cui natura, secondo la maggior parte della dottrina, deve essere assimilata al rifiuto previsto dall'art. 1236 c. c. in tema di rinuncia alla remissione⁵⁹:

Art. 1236 c. c.: *La dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore, salvo che questi dichiari in un congruo termine di non volerne approfittare.*

Nell'ipotesi in esame, diversamente dal caso relativo al contratto a favore di terzo, è previsto un termine entro cui esercitare la facoltà di rifiuto, perché, come ritiene la dottrina prevalente, a differenza della stipulazione in favore del terzo la remissione del debito è un atto unilaterale recettizio, ragion per cui in quest'ultimo caso sarebbe stato impossibile stabilire la decorrenza del termine per l'esercizio della facoltà di rifiuto.

Ora, sebbene non sia previsto nulla relativamente al dovere di comunicazione del rifiuto allo stipulante o al promittente ovvero ad entrambi, è altresì vero che, avendo lo stesso effetto sia per lo stipulante sia per il promittente, si ritiene che tale rifiuto debba essere comunicato ad entrambi, nella forma usata per il contratto, anche se non prescritta dalla legge⁶⁰. Tale facoltà di rifiuto è da

⁵⁹ Cfr. in questo senso M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit., p. 1236 e F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., p. 153, il quale definisce il rifiuto in questione come un *rifiuto eliminativo*, in senso adesivo rispetto a G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pp. 201 – 202 e M. Allara, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, pp. 32 e ss., il quale fornisce altresì una nozione generale di fattispecie ad effetto eliminativo. In senso adesivo rispetto a alle ricostruzioni anche L. V. Moscarini, già in *I negozi a favore del terzo*, cit. pp. 155 – 156 ed altresì Id., *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 75.

⁶⁰ Cfr. in questo senso M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit., p. 1237, adesivamente rispetto a U. Majello, v. *Contratto a favore del terzo*, cit., p. 245. In senso contrario, invece, O. T. Scozzafava, v.

considerarsi imprescrittibile per il terzo e non può essere sottoposta a termine di decadenza per volontà delle parti; del resto, il terzo acquista il proprio diritto dal momento della stipulazione, prima quindi di venirne a conoscenza, ragion per cui parrebbe ingiustificato prevedere un termine per il rifiuto⁶¹.

Infine, in caso di rifiuto, e altresì nell'ipotesi della revoca, la prestazione deve comunque essere eseguita nei confronti dello stipulante, rimanendo quindi a suo beneficio, se così risulta dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto, intendendo in questo caso tanto l'ipotesi secondo cui il beneficio in oggetto consista nell'esecuzione di prestazioni a carattere personale da parte del promittente, tanto il caso in cui i contratti in oggetto siano *intuitu personae* per il promittente nei confronti del terzo beneficiario⁶². Questo, secondo l'interpretazione teleologica dell'art. 1411, III comma c. c. proposta da Franco Angeloni⁶³, significa che a seguito del rifiuto da parte del terzo ovvero della revoca da parte dello stipulante della pattuizione in favore del terzo, il diritto originariamente attribuito al terzo viene attribuito allo stipulante per effetto del contratto originariamente concluso tra lo stipulante e il promittente, contratto che, a seguito dell'inefficacia della clausola in favore del terzo, produrrà i suoi effetti soltanto verso le parti contraenti in conformità a quanto stabilito dall'art. 1372, I comma, c. c. a cui si è già fatto riferimento nella premessa al presente capitolo in tema di vincolatività del contratto. Si tratta di una previsione che deve essere necessariamente coordinata con la circostanza secondo cui, in caso di rifiuto del terzo ovvero di revoca della stipulazione, a meno che il diritto originariamente previsto in capo al terzo non venga attribuito allo stipulante, potrà essere designato un altro beneficiario, se previsto dal contratto e, si deve intendere, nei limiti della natura del contratto intesi a norma dell'art. 1411, III comma c. c.:

Contratto a favore di terzi, cit., p. 5, il quale ritiene che la forma debba essere comunque libera, in quanto la sfera del terzo non può essere in alcun modo coercita; da notare che l'autore ritiene altresì libera la forma della revoca e della modifica.

⁶¹ Sul diverso problema, pressoché irrilevante in termini pratici, della mancata adesione ovvero del mancato rifiuto da parte del terzo del beneficio stipulato in suo favore si veda l'approfondita analisi di L. V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi*, cit., pp. 76 – 86.

⁶² Cfr. sul punto più approfonditamente F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 165 – 167 e letteratura citata.

⁶³ Cfr. F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 164 – 165.

ovvero il promittente potrà essere liberato dalla prestazione dovuta al terzo, ferme restando le attribuzioni patrimoniali promesse o realizzate a suo favore dallo stipulante ovvero la risoluzione del contratto a favore di terzi con tutti gli effetti alla stessa normalmente connessi⁶⁴.

Di un certo interesse rispetto al discorso che si sta qui conducendo è il rilievo in merito alle azioni che il terzo può esercitare in relazione alla prestazione pattuita in suo favore; in primo luogo, come è già emerso chiaramente dall'analisi sin qui condotta, il terzo, acquisendo il proprio diritto direttamente dal contratto concluso in suo favore, può agire direttamente nei confronti del promittente per l'adempimento della prestazione in suo favore senza doverla esercitare per mezzo dello stipulante⁶⁵. Quest'ultimo, tutt'al più, avrà titolo per un intervento volontario in favore del terzo – attore ai sensi dell'art. 105 c. p. c. e potrà opporre al promittente l'*exceptio inadimplenti contractus*⁶⁶.

Tale richiesta di adempimento, a seconda della natura della prestazione pattuita, potrà concretizzarsi nella richiesta di esatto adempimento, qualora l'esecuzione della prestazione consista nella realizzazione di un'opera che presenti difetti oppure nel caso in cui sia stato trasferito un bene che parimenti presenti difetti o vizi, ovvero può consistere nella richiesta di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c. c., qualora la natura del contratto lo consenta⁶⁷. Il terzo è legittimato altresì a chiedere il risarcimento del danno a fronte della perdita subita per il mancato adempimento; per quanto riguarda nello specifico tale richiesta di risarcimento dei danni, si è posto il problema se questa possa essere proposta anche dallo stipulante a riparazione, evidentemente, del danno subito dall'inadempimento della prestazione a favore del terzo da parte del promittente e nascente dal suo rapporto con il promittente⁶⁸, danno da commisurarsi all'interesse dello stipulante stesso alla stipulazione.

Tale facoltà si profila astrattamente possibile, trattandosi di due danni

⁶⁴ Cfr. in questo senso F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., p. 167 e nota n. 13.

⁶⁵ Cfr. sul punto da ultimo Cass. civ., 18 settembre 2008, n. 23844, in *Giustizia civile*, 2009, I, col. 630.

⁶⁶ In tal senso cfr. I. Ferranti, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, cit., p. 280.

⁶⁷ Cfr. sul punto M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit. p. 1236.

⁶⁸ Il cosiddetto rapporto di provvista, di contro al rapporto di valuta che lega invece il promittente e il terzo; in questi termini si veda M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit. p. 1238.

differenti e quindi, secondo quanto giustamente osserva Franco Girino, “a doppio danno corrisponde doppio risarcimento”⁶⁹. In concreto, però, un danno a carico dello stipulante è difficile da realizzarsi; normalmente è solo il terzo che subisce il danno a chiederne il risarcimento, e, una volta che questi abbia trovato riparazione, è difficile ipotizzare in capo allo stipulante una perdita tale da giustificare l’azione di risarcimento, sia l’interesse dello stipulante di natura patrimoniale o morale⁷⁰.

Il diritto a chiedere la risoluzione del contratto spetta, chiaramente, allo stipulante, come del resto l’azione volta ad ottenerne l’annullamento e la rescissione; il primo in quanto gli stati soggettivi rilevanti, sia sotto il profilo della riconoscibilità dell’errore di cui all’art. 1428 c. c., sia quello del dolo di cui all’art. 1439 c. c., sono esclusivamente quelli dei contraenti, rispetto ai quali lo stato soggettivo del terzo nulla rileva, salvo il caso che, a norma dell’art. 1439 II comma c. c., il dolo provenga dal terzo stesso⁷¹; mentre la seconda può essere fatta valere dai contraenti tutti come dal terzo beneficiario, salvo il caso dell’inefficacia relativa, che può essere fatta valere solo dal soggetto a cui favore l’inefficacia è prevista⁷². Altresì la nullità può essere fatta valere da tutti e tre i soggetti coinvolti nella fattispecie del contratto a favore di terzo, compreso, a norma della lettera dell’art. 1421 c. c., ogni altro soggetto che ne abbia interesse.

Del resto, problemi si configurerebbero nell’ipotesi in cui il terzo volesse agire per la risoluzione, difettandogli tanto la legittimazione ad agire, in quanto lo stesso non è parte del contratto di cui vuole chiedere la risoluzione, quanto l’interesse stesso ad agire, non avendo costui alcun motivo per voler chiedere la cancellazione della controprestazione dello stipulante nei confronti del promittente⁷³. Per la risoluzione è legittimato, quindi, il solo stipulante e non il

⁶⁹ Cfr. F. Girino, *Studi in tema di stipulazione*, cit., p. 41.

⁷⁰ In questo senso si concorda con quanto espresso da M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit., p. 1238.

⁷¹ Cfr. in questo senso quanto statuito da Cass. civ., 24 dicembre 1992, n. 13661, in *Massimario del Foro Italiano*, 1992.

⁷² Cfr. in questo senso F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 380 e ss, nota n. 3.

⁷³ Rileva il problema e lo risolve negando l’esercizio dell’azione di risoluzione al terzo R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto a favore di terzo*, cit. p. 493 e nota n. 14 = R. Sacco, *Il contratto a favore di terzo*, cit., p. 217 e nota n. 6, conformemente alla generalità della dottrina sul punto per la quale

terzo, al pari, come si è detto, dell'annullamento e della rescissione, in quanto trattasi di azioni contrattuali rispetto alle quali sono legittimate solo le parti; lo stipulante può chiedere inoltre l'adempimento e l'esatto adempimento, che si presenterebbero, quindi, come richieste in concorso con quella del terzo. La legittimazione, in questo caso, deriva dal fatto che lo stipulante ha la qualità di parte del contratto e, in virtù di tale qualità, è titolare del diritto all'esecuzione del contratto, secondo quanto giustamente sostenuto dalla dottrina maggioritaria⁷⁴.

V. Sulla prestazione al terzo dopo la morte dello stipulante e sulle eccezioni proponibili dal promittente nei confronti del terzo.

A completamento della disciplina del contratto a favore di terzi come figura negoziale generale, il codice civile prevede ulteriori due norme agli artt. 1412 e 1413 c. c., rispettivamente, a regolamentazione della stipulazione a favore del terzo nell'ipotesi peculiare di morte dello stipulante e in tema di eccezioni opponibili dal promittente al terzo.

A norma dell'art. 1412, I comma, c. c., nella cornice di un tradizionale contratto a favore di terzo, può essere pattuito che l'esecuzione della prestazione a favore del terzo avvenga dopo la morte dello stipulante; in questo caso, cui si è già accennato brevemente in precedenza⁷⁵, lo stipulante può revocare il beneficio pattuito con una disposizione testamentaria, anche contro la dichiarazione del terzo di volerne profittare, salvo non abbia rinunciato a tale facoltà per iscritto. Il caso tipico immediatamente richiamato è qui quello dell'assicurazione sulla vita

si rimanda qui alla compiuta nota redatta da F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 378 e ss, nota n. 1.

⁷⁴ Si rimanda qui al notevole *excursus* dottrinale operato da F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 383 e ss, nota n. 9. tra le posizioni a sostegno si rileva qui la posizione espressa da P. Caliceti, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, cit., p. 14 e da M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit. p. 1238. Contrario invece U. Majello, v. *Contratto a favore del terzo* cit., p. 247 e altresì Id., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, cit., pp. 175 e ss., il quale nega la titolarità di un diritto all'adempimento al terzo in capo allo stipulante ovvero di un diritto a far valere l'adempimento spettante al terzo, sulla base della regola secondo la quale, a norma dell'art. 81 c. p. c., nessuno può far valere processualmente in nome proprio un diritto altrui.

⁷⁵ Cfr. p. 408 nt. 50 del presente capitolo.

di cui agli artt. 1920 e ss. c. c., ma essa non rappresenta sicuramente la sola ipotesi possibile in quanto, in virtù della previsione generale di cui all'art. 1412 c. c., potenzialmente ogni stipulazione può assumere tale forma negoziale ad esecuzione *post mortem*⁷⁶. È interessante rilevare come, nella fattispecie delineata dal I comma dell'art. 1412 c. c., il diritto del terzo che, come si è detto, normalmente sorge direttamente dalla stipulazione, in questo caso nasca in un momento successivo, vale a dire alla morte dello stipulante, delineando quella che in dottrina è stata definita come una *fattispecie acquisitiva complessa* alla cui formazione concorre non solo la conclusione del contratto principale ma altresì il verificarsi dell'evento successivo⁷⁷.

Tale norma tipizza una figura contrattuale da ritenersi distinta rispetto a fattispecie potenzialmente affini, quali, ad esempio, i patti successori, vietati nel nostro ordinamento all'art. 458 c. c.⁷⁸; in questi, infatti, l'acquisto al terzo non dipende dall'esistenza di un bene facente parte di una futura successione dello stipulante, e la cui pattuizione in favore del terzo comprometterebbe il patrimonio del promittente. D'altra parte il titolo d'acquisto del terzo è senza dubbio un atto *inter vivos* e non certo *mortis causa*⁷⁹.

⁷⁶ Secondo L. V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 147, la fattispecie in esame può definirsi su di un piano descrittivo come *contratto a favore di terzi con prestazione post mortem*.

⁷⁷ Cfr. in questo senso M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit. p. 1239, in senso adesivo rispetto a O. T. Scozzafava, v. *Contratto a favore di terzi*, cit., p. 8. È quanto avviene, in sostanza, in tutte le ipotesi di determinazione del terzo successiva alla conclusione del contratto a cui si è fatto già riferimento a pp. 397 - 398 del presente capitolo.

⁷⁸ Sul punto si è espressa la Corte di Cassazione con una pronuncia del 17 agosto 1990, la n. 8335 in *Giustizia Civile*, 1991, I, p. 953 con nota a cura di M. Costanza, *Negozi mortis causa o post mortem?*, e sempre in *Giustizia Civile*, 1991, I, p. 1791 (m), con nota a cura di N. Di Mauro, *Patti successori, donazioni mortis causa e contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante*, nella quale, nell'ipotesi di un contratto di deposito di una determinata somma di denaro con la clausola che detta somma dovesse essere restituita al terzo dopo la morte dello stipulante, la Corte non ha riconosciuto la fattispecie di cui all'art. 1412, I comma c. c., poiché il terzo aveva assunto la qualità di parte e lo stipulante si era obbligato direttamente nei suoi confronti a mantenere ferma la disposizione in suo favore; essa invece configura un patto successorio vietato ai sensi dell'art. 458 c. c., nella forma di una complessa convenzione costituita da un deposito irregolare e una vietata donazione *mortis causa*.

⁷⁹ Cfr. in questo senso M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit. p. 1239. Sulla natura di atto *inter vivos* del contratto a favore di terzi con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante anche F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 345 e ss.

Questo rilievo spiega del resto il diverso regime previsto non solo per la designazione del terzo, che può essere contenuta anche nel testamento dello stipulante per quanto riguarda la fattispecie generale di cui all'art. 1411 c. c., anche se dallo stesso non espressamente prevista⁸⁰, ma anche per la revoca, sempre contenuta in una disposizione testamentaria. Ora, questa possibilità non è prevista dalla fattispecie di cui all'art. 1411 c. c. ma è contemplata dall'art. 1412 c. c. Se da un lato, pur nel silenzio della disciplina generale in tema di designazione successiva del terzo, è da ritenersi vietata la designazione per disposizione testamentaria nel caso di cui all'art. 1412 c. c., in quanto il contratto concluso avrebbe natura di negozio *mortis causa*, regolando una situazione rilevante giuridicamente dopo la morte dello stipulante ed essendo, quindi, contrario al divieto generale di patti successori, dall'altro la revoca testamentaria della prestazione pattuita in favore del terzo, alla condizione di cui all'art. 1412 c. c., consistente nella circostanza che lo stipulante non abbia espressamente rinunciato alla stessa facoltà di revoca, resta comunque negozio giuridico la cui natura non è *mortis causa* ma ha solamente rilevanza giuridica *post mortem*⁸¹.

In questo senso, quindi, la norma prevede una disciplina espressa in tema di revocabilità con disposizione testamentaria: lo scopo è quello di stabilire una regola di garanzia per il terzo, in virtù della quale la disposizione in suo favore

⁸⁰ È prevista espressamente, invece, in tema di assicurazione sulla vita, dall'art. 1920: 1. *È valida l'assicurazione sulla vita a favore di un terzo. 2. La designazione del beneficiario può essere fatta nel contratto di assicurazione, o con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore, o per testamento; essa è efficace anche se il beneficiario è determinato solo genericamente. Equivale a designazione l'attribuzione della somma assicurata fatta nel testamento a favore di una determinata persona. 3. Per effetto della designazione il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione.* La norma prevede espressamente che tanto la nomina quanto la revoca possano essere fatte per mezzo di disposizione testamentaria, nel silenzio, invece, dell'art. 1411 c. c. in tema di designazione successiva del terzo beneficiario; deve però ritenersi, secondo la dottrina maggioritaria, che ben sia possibile designare successivamente il terzo beneficiario sia per atto tra vivi sia mediante una disposizione testamentaria. Sul punto, si rimanda qui a quanto dedotto da F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., p. 125 e nota n. 4 e p. 128.

⁸¹ Cfr. in questo senso F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 351 e ss. Sulla rilevanza come eccezione al divieto di patti successori posto in essere con un negozio la cui struttura è quella di un contratto a favore di terzi, ovvero sia il cosiddetto *patto di famiglia*, previsto dalla l. 14 febbraio 2006, n. 55, che ha introdotto nel codice civile i nuovi artt. 768 *bis* - 768 *octies*, si veda L. V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 162 e ss.

sarà da considerarsi irrevocabile nell'ipotesi in cui questa sia stata accettata dal terzo, ma lo stipulante abbia rinunciato alla revoca nei suoi confronti, a fronte del regime generale di revocabilità degli atti da eseguirsi dopo la morte del disponente sino al momento della morte stessa⁸². Dopo la morte dello stipulante, la disposizione in favore del terzo non è quindi più revocabile, stante l'intrasmissibilità agli eredi della facoltà di revoca⁸³.

L'ultimo comma dell'art. 1412 c. c. prevede che, nel caso di morte del terzo precedente a quella dello stipulante, la prestazione debba essere eseguita nei confronti dei suoi eredi, salvo che il beneficio non sia stato revocato alle condizioni sopra ricordate ovvero lo stipulante non abbia disposto diversamente, esercitando quindi la propria autonomia contrattuale nello stabilire le condizioni del beneficio a favore del terzo; si tratta di un acquisto, quello in capo agli eredi, *iure successionis*, in quanto la situazione giuridica soggettiva attribuita dal contratto al terzo si devolgerà agli eredi per mezzo della successione a titolo universale *mortis causa*, sia pure con efficacia subordinata a termine iniziale, vale a dire la morte dello stipulante⁸⁴.

Tale disciplina non troverà poi applicazione nell'ipotesi in cui la designazione del terzo beneficiario di un contratto in favore di terzo da eseguirsi dopo la morte dello stipulante sia avvenuta con disposizione testamentaria; in tal caso, trattandosi di una disposizione *mortis causa*, la quale produrrà i suoi effetti solo al momento dell'apertura della successione dello stipulante, non è idonea ad attribuire al terzo morto prima di tale apertura una situazione giuridica trasmissibile ai suoi eredi. Quindi, in caso di premorienza del terzo allo stipulante, la designazione sarà inefficace e si applicherà la disciplina di cui all'art. 1411, III comma, c. c., e la prestazione rimarrà, nei limiti previsti, a beneficio dello stipulante⁸⁵. Per dovere di completezza della disciplina sin qui considerata, si deve

⁸² M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit. p. 1240.

⁸³ Cfr. U. Majello, v. *Contratto a favore del terzo*, cit., 243. Sarebbe in teoria possibile trasmettere tale facoltà per atto tra vivi, qualora però si trasferisse preliminarmente l'intero assetto d'interessi dello stipulante, per esempio attraverso la cessione del rapporto contrattuale da parte dello stipulante.

⁸⁴ Cfr. in questo senso F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 366 e M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit. p. 1240.

⁸⁵ Cfr. F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 368.

rilevare che, in caso di premorienza del promittente allo stipulante, gli eredi del promittente subentrano nella posizione contrattuale del loro dante causa, purché la prestazione non abbia carattere personale, nel qual caso il contratto si risolverà per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Infine, la disposizione prevista dall'art. 1413 c. c. regola il rapporto intercorrente tra il promittente e il terzo beneficiario permettendo al promittente di opporre al terzo tutte le eccezioni fondate sul contratto dal quale deriva al terzo il suo diritto, ad esclusione, però, di quelle fondate invece su altri rapporti intercorrenti tra lo stipulante e il promittente stesso, fatto questo che rende maggiormente evidente come tra stipulante e terzo non si realizzi una cessione della posizione contrattuale dall'uno all'altro, ma come il diritto del terzo nasca autonomo e direttamente dal contratto posto in essere tra stipulante e promittente.

Nello specifico, le azioni che il promittente potrà opporre al terzo sono, innanzitutto, l'eccezione di invalidità del contratto, ed in particolare sia quella di nullità sia quella di annullabilità dello stesso; potrà altresì opporre al terzo l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c. c., quella di risoluzione del contratto, quella di rescissione, quella di incompetenza territoriale, quella di avvenuto adempimento e, in generale, tutte le eccezioni dirette a far valere l'estinzione dell'obbligazione del promittente per cause diverse dall'adempimento (novazione, impossibilità sopravvenuta, remissione del debito da parte del terzo beneficiario). Altresì la clausola compromissoria è opponibile al terzo anche dallo stipulante⁸⁶. È importante notare come, nonostante il silenzio della norma, l'opponibilità sia reciproca, nel senso che anche il terzo può opporre al promittente tutte le eccezioni che gli competono basate sul contratto concluso tra il promittente e lo stipulante⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 375 e ss.

⁸⁷ Sul diverso problema dell'esercizio dell'azione revocatoria ex art. 2901 c. c. nei confronti del contratto a favore di terzo da parte dei creditori dello stipulante nell'ipotesi che i loro diritti vengano pregiudicati dalla diminuzione della garanzia patrimoniale dello stipulante loro debitore, pure ritenuta possibile, si rimanda qui a F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 389 e ss. Sul problema, invece, dell'insolvenza del promittente nei confronti del terzo beneficiario nell'ipotesi di un contratto a favore di terzi con effetti esclusivamente obbligatori nei confronti del terzo si rimanda altresì a F. Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, cit., pp. 394 e ss.

VI. Conclusioni

L'analisi appena condotta, per quanto limitata ai profili ritenuti più importanti in merito alla disciplina del contratto a favore di terzi come figura generale delineata agli artt. 1411 – 1413 c.c., secondo i propositi già definiti in sede di premessa al presente paragrafo, ha messo in luce come anche la disciplina dell'istituto accolta nel nostro codice si sia conformata al modello secondo cui il terzo acquista direttamente un proprio diritto autonomo nascente dal contratto.

Si tratta di un'innovazione introdotta nel nostro codice civile che trova una giustificazione sul piano storico per l'adesione al modello di contratto in favore di terzo sviluppatosi in diritto tedesco, adesione parallela alla constatazione delle insufficienze del modello francese fondato sul carattere di eccezionalità della figura della stipulazione in favore del terzo; la disciplina, però, così come accolta dal nostro codice civile, si differenzia in alcuni punti non secondari tanto dal modello francese da cui prende le distanze quanto da quello tedesco a cui invece si è deciso di aderire.

In particolare, una notevole enfasi (ma più che altro teorica) viene conferita al requisito dell'interesse in capo allo stipulante nel concludere con il promittente il contratto a favore del terzo beneficiario; si tratta di un requisito che, a fronte di una sostanziale irrilevanza pratica, ha invece impegnato lungamente la dottrina nella definizione della sua esatta portata teorica. Senza riprendere qui il complesso dell'analisi precedentemente condotta, è interessante rilevare che tale requisito, seppur minimamente incidente sulla concreta individuazione delle ipotesi di invalidità del contratto principale tra lo stipulante e il promittente, per cui di fatto nessun contratto in favore di terzo è mai stato sanzionato con l'invalidità per mancanza del requisito dell'interesse, rappresenta nondimeno una sorta di retaggio del risalente criterio d'individuazione di validità del contratto in favore di terzo soltanto tra le parti nell'ipotesi in cui lo stipulante abbia un interesse – *ab origine* pecuniario - alla pattuizione nei confronti del terzo.

In verità, la previsione del requisito dell'interesse dimostra come, pur nella generale libertà riconosciuta alle parti di concepire e realizzare l'assetto dei loro interessi nella forma da loro ritenuta più opportuna, ciò non comporta che ogni tipo di assetto dalle stesse concepito debba necessariamente avere rilievo per l'ordinamento per il solo fatto di essere così stato voluto dalle parti; in questo

senso, quindi, allo stipulante si chiede un interesse nel concludere un contratto in favore del terzo, al fine di giustificare sul piano dell'ordinamento quelli che sono gli effetti previsti per la conclusione di una fattispecie negoziale di questo tipo, primo tra tutti l'acquisto diretto da parte del terzo di un diritto autonomo tutelabile in via giudiziale pur non avendo lo stesso preso parte alla conclusione del contratto in suo favore e non diventando costui altresì in alcun modo parte di quel contratto, restandone comunque "terzo".

È proprio l'acquisto diretto del diritto da parte del terzo l'elemento che, ai fini del discorso condotto sino ad ora, si presenta come il più interessante; dal punto di vista della tutela della posizione del terzo, l'acquisto diretto si traduce per il beneficiario nella possibilità di esercitare tutta una serie di rimedi previsti dall'ordinamento che competerebbero normalmente ai soggetti che sono parte contraente del negozio concluso. Tra questi, vi è senza dubbio la possibilità per il terzo di agire a tutela della propria prestazione in caso di mancato adempimento; la sua tutela, quindi, non passa attraverso l'azione dello stipulante, che pure in concorso allo stesso può agire contro il promittente per l'adempimento della prestazione in favore del terzo, ma nemmeno si qualifica come un'azione originariamente nata in capo al solo stipulante e dallo stesso ceduta poi al terzo.

Il diritto del terzo così si profila come autonomo e diretto rispetto a quello della parte che ha pattuito nei suoi confronti la stipulazione e trae origine immediatamente dal contratto stesso; in questo senso, quindi, la posizione del terzo è definibile come "contrattuale", non nel senso, chiaramente, che il terzo diventi parte di quel contratto concluso tra lo stipulante e il promittente, rispetto al quale egli, invece, resterà terzo ed estraneo, ma nel senso che la posizione del terzo, il cui diritto trova origine nel contratto, riceverà autonoma tutela per mezzo degli strumenti previsti dall'ordinamento per i soggetti contraenti l'obbligazione, tra cui l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno a norma dell'art. 1218 c. c. in caso di inadempimento dell'obbligazione.

L'istituto del contratto a favore di terzi è quindi, anche per l'ordinamento italiano, un esempio fondante di negozio giuridico produttivo di effetti direttamente in capo ad un soggetto che non ha preso parte alla conclusione del negozio e rispetto al quale tale soggetto trae un tipo di tutela giudiziale assimilabile, invece, a quella della parte contraente stessa; a partire da questo

modello base, frutto, come si è delineato, di un'evoluzione storica e dottrinale piuttosto complessa, anche nel nostro ordinamento sono state prese in considerazione alcune ipotesi in cui la posizione del terzo, in concreto, rileva rispetto a quella di un contratto di cui lo stesso non è parte, con l'individuazione di una serie di fattispecie rispetto alle quali il terzo trova una tutela diretta ed autonoma sul piano contrattuale rispetto a quella dei contraenti il negozio giuridico. Di queste, brevemente, ci occuperemo ora, allo scopo di inquadrare al meglio gli strumenti di tutela del terzo previsti nel nostro ordinamento.

4. *Il terzo come (s)oggetto di tutela contrattuale: l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e la circolazione dei modelli in tema di estensione degli effetti del contratto nei confronti dei terzi*

I. *Premessa*

La produzione di effetti contrattuali nei confronti dei terzi, si è detto, è il fenomeno tipico del contratto a favore di terzi; come si evince tanto dalla fattispecie generale di cui agli artt. 1411 – 1413 c. c. quanto dalle ulteriori diverse fattispecie speciali previste nel nostro codice. Si tratta di un'estensione degli effetti del contratto - i quali, conformemente al principio generale di relatività del contratto, si verificherebbero in capo alle sole parti contraenti – ad un soggetto, il terzo beneficiario, che altrimenti non ne sarebbe interessato. L'estensione in oggetto è di tipo convenzionale, vale a dire che sono le parti ad aver contrattualmente previsto che tale estensione degli effetti del contratto si verifichi direttamente in capo al terzo per effetto della stipulazione; come si è già evidenziato, a tale estensione di effetti corrisponde altresì la dilatazione delle tutele contrattuali nascenti dalla stipulazione conclusa dalle parti, tra le quali spicca la possibilità di chiedere il risarcimento del danno nell'ipotesi di inadempimento⁸⁸.

⁸⁸ Discorso diverso è quello relativo ai cosiddetti effetti esterni ovvero indiretti prodotti dal contratto come fatto giuridico, secondo la terminologia utilizzata da F. Galgano, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario Scialoja – Branca*, cit., pp. 32 e ss. Si tratta di effetti che non sono stati né voluti né previsti o nemmeno considerati dalle parti e si verificano esternamente al rapporto contrattuale nei confronti di soggetti che parte non sono; in questo senso, differentemente dalla dottrina tradizionale che riconduceva questo tipo di fenomeni al concetto di matrice tedesca delle

Al di là, però, di tale estensione convenzionale degli effetti del contratto, quest'ultimo, in determinate ipotesi e a peculiari condizioni, può assumere rilevanza nei confronti di un soggetto che non è di quel contratto parte formale ovvero sostanziale; tale fenomeno può assumere rilievo secondo due distinti punti di vista, vale a dire nell'ipotesi che il contratto si riveli incompatibile con la posizione del terzo (come nei casi di contratto in danno del terzo) ovvero, sotto un profilo di maggiore interesse ai fini del discorso sin qui condotto, nell'ipotesi che il terzo subisca un pregiudizio causato da un comportamento tenuto dalle parti in sede di esecuzione del contratto⁸⁹: in questo senso, quindi, l'esecuzione di un'obbligazione può causare un danno sia con riferimento alle parti contraenti sia con riferimento al terzo i cui interessi si trovano a collidere con le vicende esecutive dell'obbligazione.

Stante l'evidente estraneità formale e sostanziale del terzo rispetto al contratto, e in quanto causa di danno nei suoi confronti, questo tipo di situazioni ricadrebbe nell'ambito di applicazione della responsabilità extracontrattuale, secondo le regole generali in materia di responsabilità previste dal nostro

cosiddette *Reflexwirkungen*, effetti riflessi, ed in particolare al lavoro di R. von Jhering, *Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in *Jherings Jahrbücher*, 10, 1871, pp. 387–586, sul presupposto della centralità del negozio giuridico nella produzione di effetti anche se neppure considerati dalle parti, una parte della dottrina che ha considerato il fenomeno (e qui si richiamano M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, cit., pp. 1190 e G. Vettori, *Consensus traslativo e circolazione dei beni*, Milano, 1995, pp. 35 e ss.), ha invece valutato fenomeni quali le cosiddette azioni dirette (quali, ad esempio, l'azione prevista in materia assicurativa in capo al danneggiato direttamente contro l'assicuratore del danneggiante, oppure il caso di cui all'art. 1676 c. c., a norma del quale è previsto che i dipendenti dell'appaltatore possano agire direttamente verso il committente per ottenere direttamente il pagamento dei loro corrispettivi, seppur nei limiti della somma dagli stessi dovuta all'appaltatore), ovvero le fattispecie in cui opera un cosiddetto collegamento contrattuale, nel senso che il contratto produce effetti verso un soggetto estraneo allo stesso in quanto fatto giuridico e in relazione al suo ruolo nel meccanismo di circolazione dei beni e dei diritti, non rilevando invece lo stesso in queste ipotesi come negozio giuridico ed in relazione alle parti contraenti e alle loro dichiarazioni di volontà. Si tratta di questioni, evidentemente, estranee al problema della relatività degli effetti del contratto, in quanto, come si è detto, il diritto del terzo non ha origine convenzionale, e per tale ragione restano estranee allo scopo generale del presente studio; ma, riguardando comunque la posizione del terzo, si è ritenuto doveroso farne menzione.

⁸⁹ Cfr. in questo senso L. Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 239.

ordinamento. Tuttavia, conformemente non solo ad una certa tendenza al superamento delle strette maglie del principio di relatività dei contratti, ma anche a certi fenomeni di estensione dell'area della responsabilità contrattuale riscontrabili, ad esempio, nell'ordinamento tedesco⁹⁰, ci si è chiesti se non fosse invece possibile anche nel nostro ordinamento riconoscere una certa area di protezione contrattuale anche per questi terzi sui quali le vicende relative all'adempimento dell'obbligazione oggetto del contratto hanno un rilievo materiale in termini di danno. Lo scopo, evidentemente, qui come nell'esperienza tedesca, è quello di estendere appunto al terzo la più favorevole disciplina della responsabilità contrattuale in luogo di quella extracontrattuale, senza però quelle esigenze stringenti legate alla rigida tipizzazione dei casi di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c. c. che, almeno *ab origine*, sono state la causa di tale estensione nel sistema tedesco.

In questo senso, quindi, su impulso principale di un'autorevole dottrina, la giurisprudenza italiana ha accolto nel nostro ordinamento l'operatività di alcune fattispecie mutate da un lato dal modello dei cosiddetti obblighi di protezione, così come operanti anche nei confronti dei terzi, e del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* così come elaborato e riconosciuto dai formanti dottrinale, giurisprudenziale e legislativo tedesco; e, dall'altro, in tema di cosiddetta obbligazione senza obbligo primario di prestazione. Si tratta di soluzioni che hanno trovato e trovano dibattito e non unanime riconoscimento ed operatività nel nostro ordinamento in alcune specifiche fattispecie concrete nelle quali viene generalmente riconosciuta una situazione primaria di tutela alla posizione peculiare del terzo rispetto all'esecuzione di un contratto di cui lo stesso non è parte ma dal quale costui potrebbe ricevere un pregiudizio.

Conformemente ai fini della presente ricerca, quindi, si considereranno ora tali fattispecie così come hanno trovato spazio nel nostro ordinamento, allo scopo non solo di valutare i margini di applicazione che alle stesse sono stati riconosciuti – ed eventualmente sono ancora riconosciuti - dalla nostra giurisprudenza, ma di riscontrare, eventualmente, anche nel sistema italiano, una reale e concreta tendenza all'ampliamento dei limiti del principio di relatività del contratto e

⁹⁰ Cfr. riassuntivamente parte seconda, capitolo terzo, pp. 386 e ss-

dell'ambito di applicazione della responsabilità contrattuale rispetto a quella extracontrattuale.

II. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi nella dottrina e nella giurisprudenza italiana: un'esperienza fallimentare?*

Dal vaglio della giurisprudenza italiana in tema di contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi risulta abbastanza evidente come le nostre Corti non abbiano frequentemente fatto uso di tale costruzione dogmatica; se da un lato ciò può non suscitare particolare stupore in ragione dell'idoneità del nostro sistema di responsabilità civile a coprire l'area di rischio per il terzo che si trovi a subire un danno dalla mancata ovvero errata esecuzione della prestazione oggetto di un contratto dallo stesso non concluso⁹¹, dall'altro, come si vedrà qui di seguito, a fronte di alcuni casi peculiari in cui tale figura, o quantomeno una struttura simile, è stata riconosciuta come operante, il dato che emerge è quello piuttosto di una certa difficoltà delle Corti a comprendere ed applicare nel nostro ordinamento un sistema di tutela del terzo simile a quello realizzato con il ricorso al *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* tedesco, al punto che, anche quando ciò avviene, è difficile scorgere nell'argomentazione delle Corti la *ratio decidendi* alla base del ricorso a tale istituto.

La prima rilevante pronuncia in cui l'istituto del contratto con effetti protettivi ha trovato applicazione è stata la sentenza della Corte di Cassazione n. 11503/1993 in tema di danni subiti dal nascituro⁹²; precedentemente, una sola pronuncia sembra aver riconosciuto, in capo al terzo estraneo al contratto, l'estensione di un'azione contrattuale di danni, nel caso specifico in un'ipotesi di

⁹¹ Rilievo generale, questo, che emerge altresì nei lavori a maggior carattere specifico quali L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit. p. 252 e G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, p. 140.

⁹² Cfr. Cass. civ., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro italiano*, 1994, I, col. 2479. Le note alla presente sentenza sono numerose e per un elenco esaustivo delle stesse si rimanda a G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p. 21, prosieguo della nota n. 24; qui si ritiene di richiamare nello specifico D. Carusi, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1, col. 550; A. Pinori, *Contratto con effetti protettivi a favore del terzo e diritto di nascere sano*, in id. 1995, I, 1, col. 321; V. Zeno Zencovich, *Il danno al nascituro*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, p. 690; E. Ioratti, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*, in *Corriere Giuridico*, 1994, p. 479.

risarcimento per i danni causati alla moglie e alle figlie di un portiere dall'insalubrità dell'alloggio di servizio in cui l'intero gruppo familiare viveva, riconducendo in capo all'ente previdenziale, alle cui dipendenze l'uomo esercitava la propria attività di portiere, la violazione dell'obbligo stabilito dal contratto collettivo nazionale di lavoro di dare in godimento un alloggio salubre⁹³. Nello specifico, la Corte aveva riconosciuto alla moglie e alle figlie la possibilità di agire in via contrattuale oltre che extracontrattuale. La sentenza non menziona espressamente gli effetti protettivi a favore del terzo o la corrispondente fattispecie del contratto con effetti protettivi; però, dal linguaggio utilizzato dalla Corte d'Appello, con il riferimento a termini quali "vincoli di parentela", ovvero "obbligo giuridico di coabitazione", e all'obbligo emergente dal contratto nazionale di lavoro di fornire, non solo al lavoratore ma altresì ai membri del nucleo familiare con lui conviventi, un alloggio igienicamente salubre, riconosce un inadempimento contrattuale a fondamento del danno subito dal terzo⁹⁴.

La sentenza della Corte di Cassazione del 1993, invece, fa ricorso espressamente all'istituto del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, con risultati variabilmente giudicati dalla dottrina e che vedremo a breve; la sentenza in questione ha come oggetto il risarcimento dei danni subiti dal nascituro in occasione del parto. Nel caso di specie, un bambino aveva riportato gravi lesioni cerebrali alla nascita come conseguenza di un'errata manovra dell'ostetrica; in termini di responsabilità si trattava qui di decidere, in sostanza, se la posizione del bambino dovesse trovare tutela o meno attraverso l'esercizio dell'azione contrattuale di danni nei confronti dell'ente ospedaliero. La Corte, nel caso di specie, dopo aver risolto positivamente la questione della configurabilità

⁹³ Si tratta della sentenza della Corte d'Appello di Roma, 30 marzo 1971, in *Foro padano*, 1972, I, col. 552 e ss.; Sulla sentenza in questione e sugli spunti che essa offre si rimanda qui alle fondamentali considerazioni svolte da C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, pp. 140 e ss.

⁹⁴ C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., p. 142, si dimostra critico nei confronti della sentenza in oggetto nel senso che la stessa riconosce sì un'estensione della responsabilità contrattuale altresì a tali terzi "qualificati", tuttavia non rende conto delle ragioni giuridiche secondo le quali qui si possa parlare di inadempimento contrattuale anche nei confronti della moglie e delle figlie che non sono parte del contratto di lavoro e non sono legate al datore di lavoro da alcun tipo di rapporto obbligatorio.

del risarcimento in favore di un bambino per danni occorsi allo stesso anteriormente alla sua nascita⁹⁵, individua lo schema di responsabilità da ricondurre in capo all'ente ospedaliero e lo riconduce a quello della responsabilità contrattuale, non fondandola, però, sull'esistenza di un contratto a favore di terzi sul modello di cui all'art. 1411 c. c., poiché il nascituro non è idoneo ad assumere la posizione di creditore che deriva dalla conclusione di un contratto in suo favore, ma riconducendola invece all'operare, nel caso di specie, della dottrina tedesca del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*.

La scelta in questione era dettata dal fatto, di non poca importanza, che, una volta riconosciuto il diritto al risarcimento in capo al bambino nell'ipotesi di specie, la Corte avrebbe potuto tranquillamente riferirsi alla responsabilità extracontrattuale ricorrendone i presupposti, ma nel caso di specie ciò non era stato possibile a causa del trascorso termine di prescrizione quinquennale dell'azione di danno⁹⁶. La Corte, pertanto, era stata indotta a far rientrare il caso di specie nello schema dell'unico risarcimento ancora possibile, vale a dire quello ordinario decennale dell'azione contrattuale; in tale circostanza, in verità, sembra trovare fondamento il richiamo alla dottrina tedesca, condotto però senza alcun

⁹⁵ Infatti il problema della legittimazione del bambino si era già posta in sede di giudizio di merito, nel quale, secondo la disposizione di cui all'art. 1 c. c. in virtù del quale la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, al bambino stesso era preclusa la possibilità di vedersi riconosciuta l'azione di risarcimento, fosse essa in via contrattuale ovvero extracontrattuale. La Corte di Cassazione, invece, vagliando una serie di disposizioni di vario rango, individuò l'esigenza "se non di un vero e proprio diritto alla nascita, che sia fatto il possibile per favorire la nascita e la salute". In questo senso, quindi, una volta accertata l'esistenza del nesso di causalità tra il comportamento colposo, anche anteriore alla nascita, e il danno derivato al bambino, in capo al bambino avrebbe dovuto essere riconosciuto il diritto al risarcimento. Rileva questi profili L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit. p. 257. In effetti, seguendo qui anche la presentazione del caso in questione offerta da G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p. 160 e ss, tale sentenza segnerebbe una tappa significativa anche in tema di protezione del nascituro e di riconoscimento di fattispecie dannose riconducibili ad un momento anteriore alla nascita del bambino, stante la posizione della Corte di Cassazione sino ancora agli anni Settanta, la quale non riconosceva la risarcibilità dei danni nelle ipotesi in oggetto per difetto di personalità giuridica in capo al nascituro, di contro, invece, ad un'apertura a soluzioni più garantiste prospettata dalla dottrina sin dalla metà degli anni Cinquanta. Sul punto si rimanda qui, per una rassegna della giurisprudenza e della dottrina più rilevanti, all'opera di Varanese *ut supra* citata, in particolare nnt. 34 – 35.

⁹⁶ Cfr. in questo senso V. Zeno Zencovich, *Il danno al nascituro*, cit., col. 698.

accenno al fondamento giuridico di tale dottrina nel caso di specie e senza particolari approfondimenti di ordine sistematico. La Corte quindi, mossa da esigenze di tutela della posizione del nascituro lesa da eventi accaduti prima della sua nascita e impossibilitata ad altro tipo di tutela, quale appunto quella aquiliana, questa volta fa esplicitamente proprio il modello del contratto con effetti protettivi motivando sul rilievo dottrinale della circostanza secondo cui

numerosi contratti abbiano ad oggetto una pluralità di prestazioni, in cui, accanto ed oltre il diritto alla prestazione principale, è garantito e rimane esigibile un ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi estranei al contratto. Si parla di “contratti con effetti protettivi a favore dei terzi”, nell’ambito dei quali, in caso d’inadempimento della prestazione accessoria, può agire non solo la controparte, nella quale permanga un interesse attuale, ma anche e soprattutto il soggetto a protezione del quale è posta quella previsione⁹⁷.

Il contratto in questione viene riconosciuto nel contratto di ricovero ospedaliero concluso tra la gestante e la struttura sanitaria, la quale si obbligherebbe non solo a prestare tutte le cure necessarie al fine di consentire alla stessa il parto, ma altresì ad effettuare tutte le prestazioni necessarie a garantire al feto la nascita, evitando allo stesso, nei limiti scientificamente possibili, qualsiasi danno; la Corte, quindi, pur con un’argomentazione che lascia dubbi circa il fondamento reale dell’operatività del contratto con effetti protettivi che non sia l’esigenza di trovare una tutela idonea al caso di specie ritenuto chiaramente meritevole e privo, apparentemente, di altre forme di tutela alternative, riconobbe per la prima volta esplicitamente che si potesse parlare di contratti con effetti protettivi in favore del terzo, allo scopo di estendere a quest’ultimo gli effetti più favorevoli della responsabilità contrattuale⁹⁸.

⁹⁷ Cfr. Cass. civ., 22 novembre 1993, n. 11503, cit., p. 695.

⁹⁸ Secondo G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p.166 e ss, la scelta di ricorrere al modello tedesco del Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter non è di per sé criticabile, anche se non risulterebbe chiaro se nel caso di specie si faccia riferimento ad un’obbligazione con pluralità di prestazioni ovvero ad un obbligo accessorio alla prestazione; propendono per quest’ultima possibilità, tra gli altri, E. Ioratti, *La tutela del nascituro*, cit., p. 412, la quale ritiene che con tale sentenza la Cassazione abbia finalmente accolto tra i propri strumenti di lavoro i cosiddetti obblighi di protezione, e C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, pp. 122 – 123 e nt. 40, il quale, con riferimento alla sentenza in oggetto, rileva come

La Corte di Cassazione ha fatto ricorso alla figura del contratto con effetti protettivi nei confronti del nascituro anche in una serie di sentenze successive; in particolare, in una pronuncia simile nei presupposti di fatto, vale a dire la sentenza n. 11001 del 2003⁹⁹, nel decidere del risarcimento del danno subito a seguito delle gravi lesioni riportate come conseguenza di uno stato di asfissia dovuto a cattiva assistenza durante il parto, la Corte richiamò la sentenza n.11503/1993 e quindi l'applicabilità, nel caso di specie, di un contratto con effetti protettivi senza nulla aggiungere in termini di fondamenti dogmatici che non fosse il rilievo dell'origine tedesca dell'istituto in esame¹⁰⁰. Anche in questo caso, dunque, la qualificazione della fattispecie in esame nei termini di un contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo concluso tra la gestante e la struttura sanitaria avrebbe

gli obblighi di protezione siano diventati categoria accolta pure dalla giurisprudenza paradossalmente prima nei confronti di determinati terzi e solo successivamente nei rapporti inter partes. Secondo V. Zeno Zencovich, *Il danno al nascituro*, cit., col. 698, l'interesse del figlio doveva necessariamente radicarsi in un obbligo accessorio di protezione poiché, se così non fosse ma fosse possibile, invece, radicarlo in un obbligo accessorio di prestazione, non si spiegherebbe il mancato ricorso al contratto in favore di terzo in luogo del richiamo al contratto con effetti protettivi; è questa la critica che L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., pp. 258 – 259 e ntt. 51 - 53, muove alla decisione della Corte nel caso di specie. L'autore ritiene infatti che una più approfondita analisi del fondamento giuridico degli obblighi di protezione nel sistema tedesco avrebbe reso evidente come il beneficiario dell'obbligo di prestazione è anch'esso un creditore e che quindi l'azione di adempimento è configurabile in astratto, essendo del resto il contratto in favore di terzo configurabile anche nei confronti di un soggetto non ancora esistente al momento della conclusione della stipulazione, come si è già messo in luce in precedenza. Una volta, quindi, riconosciuta la tutela che l'ordinamento appresta al nascituro, la Corte avrebbe dovuto solamente indagare se la gestante e la struttura sanitaria avessero inteso attribuire una prestazione di cura anche al nascituro, e in caso di risposta affermativa, avrebbe trovato applicazione la disciplina del contratto in favore di terzi, mentre in caso di risposta negativa, si sarebbe potuto pensare alla figura degli obblighi di protezione e al contratto con effetti protettivi. L'autore, del resto, non sembra individuare nel caso di specie un precedente idoneo ad affermare che il contratto con effetti protettivi a favore di terzi è stato accolto nel nostro ordinamento; cfr. Id., *Obblighi di protezione*, cit., p. 259, nt. 54. Anche A. Pinori, *Contratto con effetti protettivi a favore del terzo*, cit., col. 321, sottolinea come alla fattispecie in esame non possa rimanere estraneo il richiamo al contratto in favore di terzo.

⁹⁹ Cfr. Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 11001, in *C.E.D. della Corte di Cassazione*, RV 565548.

¹⁰⁰ In senso critico nei confronti di questo atteggiamento della Corte si veda G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p. 177 e ss.

permesso al terzo (ossia al bambino) di vedersi riconosciuto il risarcimento del danno, senza però che la Corte abbia ricostruito in termini chiari la *ratio* giuridica che lo renderebbe operante anche nel nostro ordinamento.

Il richiamo alla giurisprudenza di cui alla sentenza n. 11503/1993 è altresì presente in una serie di sentenze successive, sempre in tema di nascituro; in particolare, nella n. 14488 del 2004¹⁰¹, relativamente ad un caso di due genitori affetti da talassemia mediterranea i quali avevano convenuto in giudizio il ginecologo incaricato di assistere la donna durante la gravidanza per ottenere il risarcimento dei danni patiti da loro e dalla figlia per non essere stati informati del pericolo che la stessa potesse risultare affetta dalla medesima patologia dei genitori - come poi è successo -, e pertanto di non aver potuto scegliere tra l'aborto e la prosecuzione della gravidanza assistiti però da un adeguato programma terapeutico, la Corte, prima di pronunciarsi in senso favorevole al ginecologo non ravvisando in capo allo stesso alcun profilo di responsabilità, procedette alla qualificazione del rapporto tra la gestante e il sanitario in termini di contratto con effetti protettivi a favore del terzo, affermando la natura contrattuale dell'azione di danni promossa dalla figlia danneggiata dalle mancate cure mediche durante la gestazione¹⁰².

Una seconda serie di casi in cui è stato riconosciuto l'operare di un meccanismo assimilabile a quello del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi è quella relativa ad ipotesi ascrivibili alla responsabilità del medico per cosiddetta nascita indesiderata; si tratta di alcune sentenze, sia di legittimità sia di merito, nelle quali è stato riconosciuto il risarcimento del danno in via contrattuale non solo alla legittima parte creditrice ma anche al terzo.

La vicenda oggetto della pronuncia della Corte di Cassazione n.

¹⁰¹ Cass. civ., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro italiano*, I, col. 3327.

¹⁰² Cfr. sui profili del ricorso improprio al *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* nel caso di specie L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., pp. 259 – 261 il quale, a prescindere dalla riscontrata assenza di responsabilità in capo al sanitario, nel rapporto triangolare sanitario – genitori – figlia riscontrerebbe la possibile configurazione di un contratto a favore di terzi su presupposti simili a quelli indicati in relazione alla sentenza n. 11503/1993. Si è fatto riferimento qui alla sentenza in questione e non di seguito, in relazione ai casi di responsabilità da cosiddetta nascita indesiderata, in quanto il caso di specie vede coinvolto come terzo la figlia e non il marito, ed essendo legittimata la stessa all'esercizio dell'azione contrattuale.

6735/2002¹⁰³ riguardava una richiesta di risarcimento dei danni presentata dai genitori di un bambino affetto da patologia incurabile nei confronti del ginecologo incaricato di seguire la donna durante la gravidanza, addebitandogli la mancata rivelazione delle malformazioni fetali e addebitandogli altresì la frustrazione del diritto della donna a scegliere se interrompere o no la gravidanza. Nel caso di specie la Corte di Cassazione era chiamata a decidere se il padre potesse vantare o meno un diritto al risarcimento pari a quello vantato dalla madre¹⁰⁴. Senza approfondire, qui, la complessa questione etica e dogmatica della configurabilità di una responsabilità per nascita indesiderata, che è stata oggetto di ampio dibattito tra la dottrina, e concentrandoci solo sul profilo di nostro interesse, ossia il titolo di responsabilità addotto dalla Corte e lo schema di rapporti richiamato, si rileva qui come i giudici di legittimità abbiano accertato e riconosciuto la responsabilità contrattuale del medico non solo nei confronti della madre, ma altresì del padre, in quanto lo stesso rientra tra i soggetti protetti dal contratto. Argomentò la Corte:

Il tessuto dei diritti e dei doveri che secondo l'ordinamento si incentrano sul fatto della procreazione - quali si desumono sia dalla legge 194 del 1978, sia dalla Costituzione e dal codice civile, quanto ai rapporti tra coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli

¹⁰³ Cfr. Cass. civ., 10 maggio 2002, n. 673, in *Foro italiano*, 2002, I, col. 3115, con osservazioni di A. Palmieri e R. Simone; nota di M. Gorgoni, *Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Resp. Civ.*, 2003, p. 117 e ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici alla nota in oggetto si rimanda a quanto individuato da G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., pp. 20 – 21, nota n. 24.

¹⁰⁴ Tanto il giudizio di merito di primo grado quanto il giudizio di appello si erano conclusi in favore dei coniugi, che si videro riconosciuto in particolare dalla Corte d'Appello di Perugia il risarcimento a tutto il danno che il mancato esercizio del diritto d'interruzione della gravidanza aveva causato agli stessi, e non solo del danno biologico riconosciuto invece dal giudice di prime cure. Nessuna delle due pronunce fa alcun riferimento ad espressioni come "obblighi di protezione" ovvero "contratto con effetti protettivi", né pare essere stato affrontato il problema della natura della responsabilità in oggetto, come rileva altresì G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p. 144. Cfr. a tal proposito, rispettivamente, Trib. Perugia, 7 settembre 1998, in *Foro italiano*, 1999, I, col. 1804 con nota di A. Palmieri, *Danno da nascita indesiderata e responsabilità del medico per omessa informazione su malformazioni del feto* e Corte App. Perugia, 24 maggio 2000, in *Famiglia*, 2001, p. 812, con nota di E. Belisario, *Nascita indesiderata e vita non voluta: esperienze europee a confronto*, *ivi*, p. 824 e con nota di E. Romano, *Responsabilità medica da nascita indesiderata*, in *Rassegna giuridica umbra*, 2000, p. 640.

(artt. 29 e 30 Cost.; artt. 143 e 147, 261 e 279 cod. civ.) - è questo tessuto che vale poi a spiegare perché anche il padre rientri tra i soggetti protetti dal contratto ed in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta. Ne deriva che l'inadempimento si presenta tale anche verso il padre ed espone il medico al risarcimento dei danni, immediati e diretti, che pure al padre possono derivare dal suo comportamento¹⁰⁵.

I giudici, quindi, senza riferirsi esplicitamente alla dottrina del contratto con effetti protettivi ovvero a quella degli obblighi di protezione, né come recepite dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiana, né come sviluppatesi nell'ordinamento tedesco, riconobbero l'operare della responsabilità contrattuale anche nei confronti del padre per ragioni riconducibili al fatto della procreazione così come trova tutela, anche a livello costituzionale, nel nostro ordinamento; la teoria del contratto a favore di terzo e quella degli obblighi di protezione sono, rispetto alla pronuncia in oggetto, i presupposti concettuali, seppur non espressi chiaramente, rispetto ai quali la tutela e il risarcimento furono riconosciuti al terzo, cioè al padre¹⁰⁶.

Una simile impostazione si ritrova altresì in una pronuncia del Tribunale di Venezia del 2002, sempre in tema di nascita non desiderata¹⁰⁷; nel caso di specie i coniugi si erano rivolti al ginecologo per farsi consigliare sulle possibili soluzioni onde evitare di incorrere in nuove successive gravidanze ritenute insostenibili, per i due, da un punto di vista familiare ed economico. Il ginecologo propose ed eseguì un intervento di sterilizzazione consistente nell'incollaggio delle tube, che però non produsse il risultato sperato poiché la donna, in meno di un anno, rimase nuovamente incinta; i coniugi, quindi, agirono in via giudiziale per ottenere il risarcimento del danno derivato da tale gravidanza indesiderata. Anche in questo caso il giudice, riprendendo alla lettera i punti argomentativi della sentenza della

¹⁰⁵ Cfr. Cass. civ., 10 maggio 2002, n. 673, cit., col. 3115.

¹⁰⁶ Il terzo qui è il padre e non il figlio, la cui legittimazione ad agire era già stata esclusa dal giudice di prime cure in quanto, essendo la pretesa fonte del danno non la causazione della "malattia" (come nelle pronunce che si è avuto modo di considerare in precedenza in tema di danni subiti dal nascituro) ma il presunto mancato riconoscimento della stessa, non è possibile collegare alla nascita in sé alcuna valenza a fini risarcitori. Cfr. in questo senso Trib. Perugia, 7 settembre 1998, cit., col. 1811.

¹⁰⁷ Cfr. Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in Foro italiano, 2002, I, col. 3480, con nota di M. Gorgoni, *Il contratto tra la gestante e il ginecologo*, cit., p. 134.

Corte di Cassazione da ultimo considerata, riconobbe in capo al padre il diritto ad essere risarcito del danno causato dalla gravidanza indesiderata, che era costituito dal costo economico dato dal mantenimento del figlio. Anche in questa pronuncia il riferimento alla disciplina del contratto con effetti protettivi e a quella degli obblighi di protezione avviene in modo indiretto, sulla base della riconosciuta riconducibilità del padre alla categoria dei soggetti protetti dal contratto in relazione ai diritti e ai doveri connessi al fatto della procreazione. Pare, quindi, che ad essere posta alla base di questa pronuncia sia stata una ragione di giustizia sostanziale¹⁰⁸ più che l'individuazione di una concreta ragione in diritto; è una considerazione, questa, che rileva per entrambe le pronunce in questione, nelle quali si estende la legittimazione al marito della donna in quanto egli subisce, seppur di riflesso, le conseguenze della privazione in capo alla donna del diritto di scelta.

Riferimento, espresso, invece, alla qualificazione del rapporto che lega il padre al sanitario in termini di contratto con effetti protettivi (*rectius* contratto di prestazione di opera professionale con effetti protettivi) anche nei confronti del padre si riscontra in un caso simile di richiesta congiunta di risarcimento del danno causato da un errato accertamento ecografico che aveva portato alla nascita di un bambino affetto da peculiare patologia invalidante, avendo precluso alla madre il diritto di esercitare l'interruzione volontaria della gravidanza¹⁰⁹. In questo caso, in punto di responsabilità, la Corte rilevò che

Qui non si fa questione di un diritto del padre del nascituro ad interrompere la gravidanza della gestante, che certamente non esiste, ma solo se la mancata interruzione della gravidanza, determinata dall'inadempimento colpevole del sanitario, possa essere a sua volta causa di danno, per il padre del nascituro. La risposta al quesito è, come si è detto positiva, e, poiché si tratta di contratto di prestazione di opera professionale con

¹⁰⁸ In questi termini si esprime M. Gorgoni, *Il contratto tra la gestante e il ginecologo*, cit., p. 136 e ss.; secondo l'autore, nel caso di specie il ricorso alla qualificazione contrattuale della responsabilità del ginecologo nei confronti del padre appare come una soluzione di ripiego e di convenienza.

¹⁰⁹ Si tratta di Cass. civ., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Foro italiano*, 2006, I, col. 2097 e ss., con osservazioni di A. L. Bitetto; con nota di S. Cacace, *La scelta solo alla madre, il risarcimento anche al padre: cronache di una nascita indesiderata*, in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 513 e ss.

effetti protettivi anche nei confronti del padre del concepito, che, per effetto dell'attività professionale dell'ostetrico-ginecologo diventa o non diventa padre (o diventa padre di un bambino anormale) il danno provocato da inadempimento del sanitario, costituisce una conseguenza immediata e diretta anche nei suoi confronti e, come tale è risarcibile a norma dell'art. 1223 c. c.

Qui, rispetto alle sentenze precedenti, e pur nell'assenza di un impianto giuridico forte che si facesse tramite delle elaborazioni dottrinali italiane o tedesche relative all'istituto in oggetto, già rilevata nella prima serie di pronunce in tema di contratto con effetti protettivi in relazione alle ipotesi di danni subiti dal nascituro, viene esplicitato in termini più chiari il riferimento alla ricostruzione, nell'ipotesi di specie, di un contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi; qui, diversamente dalle altre sentenze, la teoria degli obblighi di protezione non rimane sul fondo come implicito riferimento dogmatico, né lo stesso accade per la costruzione del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, che viene individuato come paradigma per l'estensione al terzo della tutela contrattuale, pur nell'assenza di un fondamento dogmatico che non sia il rilievo del suo operare in ipotesi simili¹¹⁰.

La Corte nell'ipotesi di specie argomentò in modo un po' più completo rispetto ad altre sentenze precedenti, riferendosi non solo alla giurisprudenza già ricordata ma anche espressamente alla qualificazione del rapporto tra la donna ed il medico o la struttura sanitaria come produttivo di effetti protettivi nei confronti

¹¹⁰ Si conforma alla ricostruzione della posizione del padre come contrattualmente rilevante, con espressa adesione alla soluzione di cui alla sentenza n. 20320/2005 anche Cass. civ., 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corriere giuridico*, 2006, p. 1691 e ss., con nota di A. Liserre, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*. Argomenta la Corte brevemente sul punto: (...) occorre rilevare sul piano generale che la posizione "contrattuale" anche del padre è stata ormai condivisibilmente affermata dalla sentenza 20320/05 di questa Corte. Si veda altresì Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro italiano*, 2010, I, col. 141, con nota di A. L. Bitetto, *Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del "bebé prejudice"* e di F. Di Ciommo, *"Giurisprudenza – normativa" e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano*. Ricostruisce nuovamente il rapporto tra il ginecologo (o ostetrico) e la madre in termini di contratto di prestazione di opera professionale con effetti protettivi anche nei confronti del padre del concepito Cass. civ., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Contratti*, 2010, pp. 662 e ss, con nota di V. De Feo, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito*. Cfr. sul punto altresì Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Foro italiano*, 2013, I, pp. 204 e ss.

dei terzi, evidenziando in ordine alla responsabilità medica:

Deve premettersi, in generale, che sia il contratto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria e sia il contratto della stessa con il singolo medico risultano produttivi di effetti, oltre che nei confronti delle stesse parti, anche di ulteriori effetti, c. d. protettivi, nei confronti del concepito e del genitore, come terzi (sul punto, tra le altre, Cass. n. 14488/2004, n. 698/2006, n. 13953/2007, e n. 20320/2005); ciò in quanto, con specifico riferimento al tema in esame, l'efficacia del contratto, che si determina in base alla regola generale ex art 1372 c. c. ovviamente tra le parti, si estende a favore di terzi soggetti, più che in base alla pur rilevante disposizione di cui all'art. 1411 c. c., in virtù della lettura costituzionale dell'intera normativa codicistica in tema di efficacia e di interpretazione del contratto, per cui tale strumento negoziale non può essere considerato al di fuori della visione sociale (e non individuale) del nostro ordinamento, caratterizzato dalla centralità della persona. Se, in tale prospettiva, causa del contratto (sia tipico che atipico) è la sintesi degli interessi in concreto dei soggetti contraenti, quale fonte dei c. d. effetti essenziali che lo stesso produce, non può negarsi all'accordo negoziale che intercorre tra una paziente-gestante, una struttura sanitaria ed i medici l'idoneità a dar luogo a conseguenze giuridiche riguardo al soggetto nascituro e all'altro genitore, nella sua qualità di componente familiare; detto accordo, infatti, "si proietta" nei confronti del destinatario "finale" del negozio (il concepito che poi viene ad esistenza) come anche nei confronti di chi (genitore), insieme alla madre, ha i diritti ed i doveri nei confronti dei figli di cui all'art. 30 Cost. ed alla connessa normativa codicistica ed ordinaria.

Il riconoscimento degli effetti protettivi anche nella pronuncia in oggetto passa dunque attraverso il loro inquadramento in termini di tutela di valori costituzionalmente protetti (art. 30 Cost.), idonea quindi a oscurare il principio di relatività del contratto: un superamento, quindi, che nel caso di specie non passa attraverso lo schema di cui all'art. 1411 c. c.

Dall'analisi del gruppo di sentenze sopra ricordato si possono trarre alcune considerazioni sul recepimento di un modello di contratto con effetti protettivi a favore dei terzi; innanzitutto, tali sentenze, seppur tutto sommato esigue numericamente, sono accomunate da alcune caratteristiche generali quali la riconduzione di tali fattispecie alla responsabilità medica, la qualificazione come "terzo" rilevante ai fini della fattispecie in esame di un soggetto ben determinato, normalmente un congiunto, ed infine la circostanza per cui l'azione del danneggiato tendenzialmente avrebbe potuto trovare accoglimento anche ai sensi

della responsabilità extracontrattuale¹¹¹. Si tratta, evidentemente, di caratteristiche generali che individuano casi peculiari in cui il giudice, di sua propria iniziativa, ha ritenuto di dovere apportare una tutela peculiare e maggiormente garantista rispetto a quella che normalmente avrebbe trovato applicazione, ossia quella in via extracontrattuale, in ragione della particolare rilevanza riconosciuta al tipo di diritti coinvolti, che, come si è visto, consistono in espressioni del diritto alla vita ovvero del diritto alla salute.

Il ruolo della giurisprudenza è stato quindi fondamentale nell'individuazione di uno spazio applicativo tanto per il contratto con effetti protettivi quanto per gli obblighi di protezione verso i terzi; il dato interessante che emerge dai ragionamenti condotti sia dalla Corte di Cassazione sia dai tribunali di merito è che tale applicazione non è esplicitamente mediata dalle istanze emerse sul punto in seno alla dottrina tanto italiana quanto tedesca, concretizzandosi invece in un richiamo talora più formale che sostanziale, allo scopo di giustificare un'estensione della responsabilità contrattuale al terzo avvertita come necessaria per la miglior tutela delle ipotesi in oggetto. Si è trattato, in pratica, come è stato acutamente osservato¹¹², di una ridefinizione in termini solidaristici dei limiti operativi dell'autonomia privata, la quale non sarebbe più intesa come autoregolamento dei soli propri interessi, ma andrebbe invece intesa come regolamentazione di interessi funzionale alla protezione di terzi in quei casi in cui sia rinvenibile un peculiare legame (di natura sostanzialmente familiare) tra i contraenti ed il terzo.

In questo, molto probabilmente, risiede la ragione della scarsa fortuna, ovvero la fortuna circoscritta, che l'istituto in oggetto ha avuto nel nostro ordinamento; a ben vedere, però, un merito, indubbiamente, deve essere riconosciuto alla giurisprudenza appena analizzata, vale a dire quello di aver fatto emergere con chiarezza la necessità, diventata poi tendenza, a riconoscere dei margini di contrattualizzazione della responsabilità in ipotesi in cui ad essere coinvolto è un terzo determinato, la cui peculiare posizione risulta maggiormente tutelata in via contrattuale. Questa necessità ha trovato, negli ultimi anni, un ulteriore riconoscimento attraverso un impianto concettuale differente, ovvero sia

¹¹¹ In questo senso altresì G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., p. 140.

¹¹² Cfr. F. Caringella, *Manuale di diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2007, p. 690.

quello dell'obbligazione senza prestazione e della responsabilità da contatto sociale, che si intendono ora brevemente analizzare.

III. *L'estensione dell'area della responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi: il ruolo dell'obbligazione senza prestazione e della cosiddetta responsabilità da contatto sociale.*

Come si è avuto modo di considerare nel paragrafo precedente, l'elaborazione italiana del contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo ha goduto di fortuna tutto sommato circoscritta presso le nostre Corti tanto di merito quanto di legittimità, avendo trovato limitata applicazione in alcuni casi di responsabilità medica concernenti i delicati temi del danno da nascita indesiderata e dei danni subiti dal nascituro, rispetto ai quali al coniuge ed al bambino era riconosciuto un risarcimento del danno in via contrattuale nella loro qualità di terzi tutelati dall'estensione nei loro confronti degli effetti cosiddetti protettivi, così come nascenti dal contratto concluso dalla madre con il professionista sanitario ovvero con l'ente sanitario.

Un tanto trova ragion d'essere, tra l'altro, nella scarsa dimestichezza delle nostre Corti con il concetto, da un lato, di contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi e con quello, dall'altro, di obblighi di protezione, che, per quanto richiamati dalla gran parte delle sentenze sopra considerate ovvero anche solo implicitamente riflessi come presupposto della rilevanza di certi terzi determinati, non hanno trovato nelle decisioni di merito e di legittimità considerate una *ratio* giuridica precisa e normativamente fondata. A questa carenza non è riuscita a sopperire la seppur autorevole dottrina che si è occupata della questione, e in parte già richiamata¹¹³, la quale si è trovata in sostanziale minoranza nel riconoscere valore a quegli obblighi di protezione nascenti dal contratto ed integranti lo stesso, così come conati in un primo momento dalla dottrina tedesca, e altresì nel riconoscere ad essi la produzione di effetti, con la

¹¹³ Cfr. a tal proposito, tra gli altri, C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., pp. 123 e ss.; A. Di Majo, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e diritto privato*, 2000, nello specifico pp. 15 e ss.; M. Maggioli, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, pp. 41 e ss.; la monografia di G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit.; L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., pp. 252 e ss.

conseguenza in questo modo di relegare ad un ruolo secondario l'analisi della protezione contrattuale del terzo rispetto alle parti del contratto.

Uno dei più rilevanti ed interessanti problemi dogmatici di fronte al quale la nostra dottrina si è trovata nel configurare gli obblighi di protezione, così come aventi efficacia nei confronti dei terzi, atteneva all'impostazione degli stessi data nell'ordinamento tedesco e basata sulla buona fede. Il problema rilevato era quello, in specie, dell'operatività della clausola generale di buona fede sotto il profilo oggettivo del contenuto del rapporto, non trovando quindi applicazione nel senso di un ampliamento dello stesso dal punto di vista soggettivo ed impedendo di conseguenza l'inserimento del terzo; secondo tale impostazione, l'inserimento del terzo nel rapporto obbligatorio attiene al momento di costituzione del rapporto obbligatorio, quindi alla fonte, e non a quello in cui il rapporto obbligatorio trova esecuzione. Per tale ragione è necessario distinguere tra le obbligazioni che trovano la propria fonte nel contratto e quelle, invece, derivanti da altre fonti, poiché solo per le prime si pone un problema di compatibilità della protezione del terzo col principio di relatività del contratto¹¹⁴; è stato proposto altresì, al fine di superare l'ostacolo rappresentato dall'incompatibilità con il principio di relatività del contratto, di rivedere il contenuto dei doveri di protezione nei confronti dei terzi alla luce del principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione¹¹⁵, secondo un atteggiamento volto al bilanciamento tra i principi di autonomia delle

¹¹⁴ Cfr. in questo senso, C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., pp. 127 e ss. In particolare, l'autore, a pp. 137 e ss., sottolinea che nell'ordinamento italiano, diversamente dall'impostazione tedesca in ordine agli obblighi di protezione a cui si è fatto riferimento nella parte seconda, capitolo terzo, pp. 351 e ss., e che non presuppone una questione di compatibilità con il principio di relatività del contratto, “ (...) non è possibile ipotizzare obblighi di protezione di origine legale pur quando ineriscano a un rapporto nato da contratto: l'art. 1337 e l'art. 1375 depongono rispettivamente nel senso che essi sono da ricollegare direttamente alla legge in fase precontrattuale, mentre li si deve considerare nati dal contratto, come effetti integrativi, una volta che il rapporto contrattuale sia instaurato. Ciò significa che per i rapporti obbligatori *ex contractu* il discorso deve essere condotto autonomamente e commisurato ai principi propri dell'autonomia privata”.

¹¹⁵ Cfr. in questo senso C. Castronovo, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, pp. 222 e ss., che individua nella solidarietà il termine costituzionale per un rinnovata impostazione del problema dell'efficacia soggettiva del contratto. In senso critico rispetto a questa impostazione L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., pp. 285 – 290.

parti nella determinazione del contratto, e di relatività degli effetti dello stesso, e quelli superiori, di natura costituzionale, già seguiti dalla giurisprudenza che ha accolto la figura del contratto con effetti protettivi per il terzo.

Anche a ritenere così fondato l'obbligo di protezione nei confronti dei terzi, il modello convenzionale che ne deriva e che abbiamo analizzato finora, ossia il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, non appare idoneo a descrivere alcuni tipi di rapporti trilaterali di un certo rilievo nella prassi, quale, ad esempio quello ricorrente tra la struttura medica, il medico dipendente e il paziente che sono stati oggetto di una serie di fondamentali pronunce della corte di Cassazione; in questi casi lo schema adottato non è stato quello riconducibile ad un *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* intervenuto tra la struttura sanitaria e il medico in favore del paziente, in quanto quest'ultimo istituto non consente di estendere in favore del terzo un obbligo di protezione che non sia comunque dovuto alla controparte, tutelando piuttosto quei terzi la cui posizione, sotto il profilo dell'interesse di protezione, è da ricondursi a quella di una delle parti del rapporto¹¹⁶. In questo senso, quindi, non gravando sul medico un obbligo di protezione nei confronti del paziente, terzo rispetto al contratto intercorrente tra la struttura sanitaria ed il medico, risulta molto più efficace piuttosto riferirsi alla cosiddetta prossimità del medico nei confronti del paziente, che si traduce in un affidamento del secondo sul primo giustificato dalla qualità professionale del medico stesso; è la stessa qualificazione professionale, quindi, a fondare nel caso di specie la responsabilità da contatto sociale (funzionale) del medico nei confronti del paziente, poiché quest'ultimo, affidandosi alla professionalità del soggetto con cui viene in contatto, si affida altresì all'esistenza di quegli obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che sottraggono l'eventuale responsabilità al regime del torto aquiliano per fondare invece quella contrattuale¹¹⁷.

Il terzo danneggiato, quindi, trova in quest'ipotesi una nuova tutela basata sull'operatività del cosiddetto rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, categoria anch'essa di origine ascrivibile alla dogmatica tedesca con il nome di *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*, avente ad oggetto non

¹¹⁶ Cfr. in questo senso C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 481 e nota n. 87.

¹¹⁷ Cfr. in questo senso C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 482 – 483.

una prestazione dovuta dal medico dipendente di una struttura sanitaria ma avente solamente contenuto ed oggetto protettivi, la cui fonte, si è visto, è costituita dall'affidamento determinato dalla professionalità riconosciuta al medico stesso; la violazione di tale vincolo si configura, quindi, secondo la dottrina che ha ricostruito anche nel nostro ordinamento tale fattispecie, come una *culpa in non faciendo* fonte di responsabilità contrattuale¹¹⁸. In questo caso, quindi, la responsabilità del danneggiante non è collegata al regolamento negoziale di cui esso è parte, ma alla violazione di un autonomo obbligo di buona fede nato in funzione dell'affidamento¹¹⁹.

¹¹⁸ Cfr. in questo senso C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 485. Più in generale sull'esegesi dell'obbligazione senza prestazione si rimanda sempre a Id., *ivi*, pp. 443 e ss. e a Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in oggetto di Luigi Mengoni*, 1, Milano, 1995, pp. 147 e ss.

¹¹⁹ Cfr. in questi termini L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., pp. 336 – 337. In una prospettiva simile, basata sul ricorso al principio dell'affidamento per fondare una responsabilità contrattuale che il ricorso alla figura del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* non soddisfa, si veda M. Maggioli, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, cit., p. 70, secondo cui, basando la protezione del terzo sul principio della responsabilità contrattuale da violazione dell'affidamento, perderebbe di senso creare nel nostro ordinamento una corrispondente figura del contratto con effetto di protezione per il terzo, anche se, sottolinea l'autore, "il ricorso ai principi di tutela dell'affidamento apre tuttavia un altro genere di problema. Si tratta infatti di capire se, ed eventualmente in base a quali presupposti, un affidamento oggetto di tutela possa costituire la fonte di un rapporto tra debitore e terzo. E ciò conduce alle teorie che, sulla base dell'affidamento come fonte dell'obbligazione, ritengono possibile costruire un rapporto obbligatorio in cui il debitore non è obbligato all'esecuzione di alcuna prestazione verso il terzo, ma è semplicemente tenuto a risarcire secondo le regole della responsabilità contrattuale i danni subiti, oltre che dal creditore, anche dal terzo". Si tratta della medesima conclusione già apprezzata nella dogmatica di Castronovo. Critico nei confronti di questa impostazione si è dimostrato M. Paradiso, *La responsabilità medica: dal contratto al torto*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 333, il quale rileva come, poiché l'affidamento del paziente nei confronti di un medico non dipende da una struttura sanitaria un affidamento di elezione ma imposto, per così dire, in quanto il paziente viene affidato dalla struttura ad un medico curante senza sceglierlo personalmente, ne consegue che non si possa ricostruire la sua tutela nei termini su esposti, ma piuttosto essa dovrebbe essere ricondotta al divieto di *neminem laedere*. Come del resto osserva C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 163, l'affidamento in questione è un affidamento obiettivo, indicando non tanto quello stato d'animo soggettivo da accertarsi in ogni paziente quanto piuttosto il rapporto che normalmente lega il medico al paziente dal quale discendono sempre obblighi specifici di tutela che qualificano il paziente nei confronti del medico dipendente come un soggetto "qualificato" rispetto al terzo generico (non sarebbe quindi

Tale costruzione dogmatica ha trovato applicazione anche da parte della giurisprudenza in una serie di pronunce tanto della Corte di legittimità quanto delle Corti di merito; particolarmente rilevante sul punto è la prima di una serie di pronunce che qualificano la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente come contrattuale sulla base, appunto, del riconoscimento di un'obbligazione senza prestazione tra i due e che trova la propria fonte nel contatto sociale e nell'affidamento del paziente nei confronti del medico, vale a dire la sentenza n. 589/1999¹²⁰.

Nel caso di specie la Corte, inserendosi in un quadro giurisprudenziale complesso e dibattuto in cui la responsabilità del medico dipendente della struttura ospedaliera veniva identificata ora come extracontrattuale, ora come

equiparabile, secondo l'espressione utilizzata dall'autore, al semplice passante). Cfr. nello stesso senso ancora Id., *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 480.

¹²⁰ Cfr. Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro italiano*, 1999, I, col. 3332 e ss., con nota di F. Di Ciommo, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di A. Lanotte, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Corriere giuridico*, 1999, p. 441 e ss., con nota di A. Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*. Le note a tale sentenza, è forse inutile anche sottolinearlo data l'importanza della stessa sotto diversi profili, sono invero molto più numerose; per un elenco esaustivo si rimanda a G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, cit., pp. 178 – 179, nota n. 70 ed a L. Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., pp. 352 – 353, nota n. 43. Il caso di specie riguardava una minore ricoverata d'urgenza a seguito di alcune lesioni ad una mano che la stessa si era procurata a seguito di una caduta su alcuni cocci di vetro; le lesioni riportate avevano reso necessario un intervento chirurgico d'urgenza dal quale però la ragazza derivò una limitazione della funzionalità dell'arto che rese necessario un nuovo intervento, sempre nella medesima struttura pubblica, ad opera di altro chirurgo, intervento che tuttavia non ebbe il risultato sperato in termini di ripristino della funzionalità dell'arto leso. Nel giudizio di responsabilità che ne seguì furono chiamati in causa l'ente ospedaliero (al quale nelle more subentro poi, dopo la legge istitutiva del S. S. N., l'ente locale) e i due medici che erano intervenuti sull'arto della minore; tanto nel giudizio di primo grado quanto in quello d'appello fu riconosciuta la responsabilità in solido dell'ente e del primo medico. Nel giudizio di legittimità instaurato da quest'ultimo, il medico lamentava tra l'altro l'illegittimità dell'affermazione della sua responsabilità in solido con l'ente (ospedaliero poi locale), in quanto l'azione di risarcimento avrebbe dovuto essere esercitata solo contro quest'ultimo, il quale poi eventualmente avrebbe potuto rivalersi contro di lui. Come si vedrà a breve, la Corte rigettò il ricorso del sanitario riconoscendo la natura contrattuale della responsabilità professionale del medico alle dipendenze dell'ente gestore del servizio sanitario.

contrattuale¹²¹, si pronunciò sulla natura contrattuale di tale responsabilità

¹²¹ I precedenti a cui la Corte di Cassazione fece riferimento nella sentenza in oggetto sono Cass. Civ., 8 marzo 1979, n. 1716, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, I, 1, col. 297; Cass. Civ., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro italiano*, 1979, I, col. 4; Cass. Civ., 26 marzo 1990, n. 2428, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 1, col. 600; Cass. Civ., 13 marzo 1998, n. 2750 in *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, p. 272 e ss.; la tesi della natura extracontrattuale della responsabilità del medico era altresì sostenuta dalla più parte della dottrina, tra cui si rimanda qui a A. M. Princigalli, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, pp. 265 e ss. Secondo tale giurisprudenza, rileva la Corte, “l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del malato l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura. Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica o terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per danno cagionato da un suo danno diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente si prescrive in cinque anni”. Veniva quindi riconosciuta la responsabilità contrattuale del solo ente, a fronte invece della responsabilità extracontrattuale del medico dipendente; contro si era espresso C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, cit., pp. 192 ss. Quanto all'identificazione del profilo di responsabilità contrattuale, la Corte in motivazione fa riferimento al precedente costituito da Cass. Civ., 1 marzo 1988, n. 2144, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988, I, col. 604, successivamente ribadito da Cass. Civ., 11 aprile 1995, n. 9152, in *Repertorio del Foro italiano*, 1995, v. *Professioni intellettuali*, col. 1740, n. 167; Cass. Civ., 27 maggio 1993, n. 5939, in *Repertorio del Foro italiano*, v. cit., col. 2495, n. 114; Cass. Civ., 1 febbraio 1991, n. 977, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 1, col. 1379. Secondo questo orientamento della giurisprudenza tanto la responsabilità dell'ente ospedaliero quanto quella del medico suo dipendente per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica, inserendosi nell'ambito del rapporto giuridico pubblico (o privato) tra l'ente gestore ed il privato che ha richiesto ed usufruito del servizio, avrebbe natura contrattuale di tipo professionale. Se la responsabilità dell'ente veniva ricostruita sulla base della configurazione di un contratto d'opera professionale, quella del medico dipendente era ricavata facendo perno sull'art. 28 Cost. in tema di responsabilità diretta dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici per gli atti compiuti con violazione dei diritti. Il richiamo all'art. 28 Cost. non è considerato esaustivo del problema relativo alla natura della responsabilità del medico dipendente, in quanto pone non una regola di responsabilità ma un semplice rinvio alle leggi penali, civili ed amministrative per determinarla. Nemmeno la questione poteva considerarsi risolta dal richiamo al fatto che sia la responsabilità del medico sia quella dell'ente gestore “hanno radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente nell'ambito dell'organizzazione sanitaria”, secondo l'orientamento espresso dalla sentenza n. 2144/1988, poiché la natura di una responsabilità deve essere determinata sulla base non della condotta in

statuendo allo stesso tempo un nuovo modello di qualificazione della fattispecie in oggetto. In particolare, nel caso generale del medico dipendente, la Corte escluse la configurabilità dei modelli tradizionali di estensione della responsabilità contrattuale nei confronti del terzo, ossia il contratto a favore di terzi e il più recente contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, in quanto, da un lato, ad essere azionato nel caso di specie non è il contratto esistente tra l'ente ed il medico rispetto al quale il paziente dovrebbe essere terzo beneficiario, ma piuttosto il contratto intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria, rispetto al quale egli non è terzo beneficiario, ma parte contrattuale; dall'altro, la figura del contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo si configurerebbe ogni volta che da un determinato contratto sia deducibile l'attribuzione al terzo di un diritto non al conseguimento della prestazione principale, come invece nel caso in questione, ma alla sua esecuzione con diligenza tale da evitare danni al terzo medesimo¹²².

Nel caso di specie la Corte, e qui se ne ripercorre il ragionamento, aderì invece all'orientamento espresso dalla dottrina a cui si è fatto riferimento poco sopra, la quale configura nei rapporti tra medico dipendente e paziente “*un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*” fondata sugli obblighi di cura imposti al medico dall'esercizio della professione e che crea un

concreto tenuta dal soggetto agente, ma della natura del precetto che quella condotta viola.

¹²² L'inquadramento del rapporto tra medico dipendente e paziente nei termini di un contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo rispetto al quale il medico si assumerebbe nei confronti dell'ospedale l'assunzione di obblighi verso soggetti terzi determinati (i pazienti, appunto) non ha riscosso molto successo in dottrina in virtù della peculiare posizione riconosciuta al paziente che, mentre è terzo rispetto al rapporto tra medico e casa di cura, è al contempo parte nel rapporto con la casa di cura; tale configurazione trova rilievo in *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., pp.123 e ss., ed in M. Paradiso, *La responsabilità medica: dal contratto al torto* cit., p. 333. In linea di principio si è ritenuto, invece, che potesse essere ammissibile l'ipotesi di un contratto a favore di terzo tra ospedale e medico in favore del paziente, atteso che la complessità dello schema dei rapporti tra medico e paziente potrebbe comprendere anche quello dell'assunzione di obblighi di assistenza sanitaria verso determinati pazienti che si siano rivolti alla struttura; in questo senso si veda G. F. Aiello, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria: danno da emotrasfusioni e violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica*, in *Responsabilità civile e previdenziale*, 2010, p. 1759 e M. Riario Sforza, *Evoluzione e prospettive della responsabilità del medico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, p. 1834.

vincolo tra lo stesso e il paziente la cui violazione, non dando adito ad un obbligo di prestazione, si configura come *culpa in non faciendo*, dando origine a responsabilità contrattuale.

La Corte proseguiva oltre nel proprio ragionamento indagando la compatibilità di tale struttura con il catalogo delle fonti dell'obbligazione di cui all'art. 1173 c. c.; in questo, richiamandosi alle ipotesi di rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale come fatti idonei a produrre obbligazioni secondo il dettato dell'art. 1173 c. c., e parimenti idonei a porre in essere un rapporto contrattuale secondo lo schema dell'obbligazione da contratto pur in sua assenza, i giudici di legittimità sottolinearono come fossero ammissibili obbligazioni contrattuali dissociate, però, dalla fonte contrattuale stessa in quanto nascenti invece da rapporti contrattuali di fatto, nell'ipotesi in cui taluni soggetti entrassero in contatto. Benché tali rapporti contrattuali di fatto non producano un obbligo di prestazione in senso stretto, ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

Tutto ciò vale maggiormente nel caso delle professioni cosiddette protette, per le quali è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, ed a maggior ragione se queste hanno ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come nel caso della professione medica, la quale incide sul bene della salute di cui all'art. 32 Cost. In queste ipotesi la prestazione richiesta al medico non può variare a seconda che esista o meno un rapporto contrattuale tradizionalmente inteso, poiché essa consiste sempre in un *facere* nel quale si manifesta tutta la perizia ricollegata all'esercizio della professione medica così come riconosciuta dall'ordinamento per mezzo dell'abilitazione. L'assenza di un contratto dal quale far discendere un obbligo primario di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente non vale da solo a neutralizzare gli obblighi connessi alla sua professionalità, che si traducono, quindi, in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui; in questo senso, se è vero che il paziente, in virtù di tale obbligazione senza prestazione che lo lega al medico dipendente della struttura sanitaria, non potrà pretendere direttamente la prestazione dallo stesso in quanto dovuta in forza del rapporto che li lega, è altresì vero che, se il medico interviene

comunque poiché a tanto è tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero,

l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico.

La Corte allora, da quanto sin qui emerso, dedusse che

la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi,

discendendo la qualificazione non dalla fonte dell'obbligazione, ma dal contenuto del rapporto¹²³.

La soluzione proposta dalla Corte nel caso di specie, ed il ragionamento dalla stessa seguito a prescindere, per così dire, dalla paternità dogmatica della stessa¹²⁴, e a prescindere altresì da una sorta di contaminazione riconosciuta

¹²³ Cfr. Cass. Civ., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., §6. 3.

¹²⁴ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 483 e ss, ritiene che la Corte abbia seguito il discorso da lui svolto in tema di obbligazione senza prestazione, e del resto è davvero difficile non riconoscere tra le righe del ragionamento della Corte quello condotto dall'eminente studioso, in un'assonanza anche di espressioni utilizzate e posizioni assunte; si veda a tal proposito anche quanto già sostenuto dall'autore in Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto* cit. pp. 192 e ss. Secondo altra parte della dottrina, come rileva altresì L. Lambo, *Obblighi di protezione* cit., p. 353 e nt. 46, con riferimento a A. Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione* cit., pp. 449 e ss., la novità della sentenza non andrebbe ricercata sul versante del sistema delle fonti, in virtù del tentativo, da parte della Corte, di sfruttare la formula di cui all'art. 1173 c. c. nella parte riferita agli altri fatti o atti idonei a produrre obbligazioni. Rileva in verità G. Varanese, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi* cit., p. 189, come il punto fondamentale della decisione della Corte sia la definizione di "contatto sociale" come fonte dell'obbligazione, seppur senza prestazione, e non negli obblighi di protezione in quanto tali. Del resto è lo stesso C. Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e diritto privato*, 2003, pp. 155 – 160, a rilevare come, nell'individuare l'obbligazione senza prestazione come veicolo per fondare la responsabilità contrattuale del medico, il suo intento non fosse quello, come poi è avvenuto in verità con la sentenza in oggetto, di ripensare al sistema delle fonti dell'obbligazione, quanto piuttosto di evitare che il paziente fosse trattato nei suoi rapporti con il medico come un terzo qualsiasi, un passante, e non invece il portatore di una posizione peculiare nei suoi rapporti con il medico stesso e, per tale ragione, da tutelare con lo strumento, appunto, della responsabilità contrattuale. Cfr. in questo senso quanto rilevato altresì a p. 440 nt. 121 del presente capitolo.

nell'argomentazione della Corte nel momento in cui accosta il rapporto contrattuale di fatto al contatto sociale nelle premesse al concetto di obbligazione senza prestazione¹²⁵, si presenta tuttavia piuttosto interessante sotto diversi punti di vista e permette di svolgere alcune considerazioni sulla figura del terzo come emerge dalla pronuncia in oggetto. Sembra abbastanza chiaro come, a monte di tale pronuncia, vi sia l'esigenza di garantire al paziente la possibilità di ricorrere alla tutela in via contrattuale nell'ipotesi di danno allo stesso occorso in casi di cosiddetta *malpractice*, tutela, come già detto, che si presenta come molto più favorevole rispetto a quella in via extracontrattuale, in considerazione dei termini di prescrizione più lunghi e della ripartizione dell'onere probatorio; in questo senso, quindi, nella relazione triangolare che lega la struttura sanitaria, il medico dipendente e il paziente stesso si è rivelato necessario trovare il fondamento per l'esercizio da parte del paziente di un'azione in via contrattuale direttamente contro il medico dipendente, contro il quale lo stesso avrebbe goduto eventualmente della tutela in via extracontrattuale.

Esclusa l'operatività delle figure tradizionali di estensione della tutela contrattuale al terzo anche in casi di responsabilità medica, la Corte, nei rapporti tra il paziente e il medico dipendente, opta per la configurazione di un rapporto obbligatorio basato sull'affidamento e sul cosiddetto contatto sociale, idoneo a produrre in capo al medico un'obbligazione dal contenuto atipico, non di prestazione ma di protezione. Il paziente, quindi, da ipotetico "terzo" rispetto ad un contratto in essere tra la struttura sanitaria e il medico, nella costruzione dell'obbligazione senza prestazione diviene parte, invece, del rapporto obbligatorio stesso ed in quanto tale può esercitare quella tutela di tipo

¹²⁵ Rileva tale contaminazione D. M. Frenda, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana*, Padova, 2013, p. 194, nt. 110; seguendo qui quanto rilevato da A. Thiene, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, I, in particolare p. 348, lo schema dei rapporti contrattuali di fatto e il modello dell'obbligazione senza prestazione non sarebbero compatibili, in quanto il primo contiene obblighi di prestazione del tutto estranei, per definizione, al secondo modello. Sul punto si veda altresì C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 487 – 488. Sui rapporti contrattuali di fatto si rimanda alla teorizzazione nella dogmatica tedesca ad opera di G. Haupt, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, del quale è possibile consultare l'edizione italiana, con saggio critico di G. Varanese, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Torino, 2012.

contrattuale che dallo stesso discende.

Pur correndo il rischio di essere tacciata, forse, di una certa ovvietà, questa considerazione riveste tuttavia un certa importanza ai fini della presente ricerca qualora si consideri il risultato finale ed il punto di vista adottato dalla Corte. Il ragionamento, infatti, si dipana a partire dalla considerazione secondo cui le fattispecie per così dire tradizionali di estensione della responsabilità contrattuale al terzo non trovano applicazione nel caso di specie, rendendo necessario trovare una giustificazione diversa per garantire al paziente l'azione in via contrattuale contro il medico: la soluzione è rinvenuta nel coinvolgimento del paziente in un rapporto obbligatorio con il medico, dalla violazione del quale costui acquista evidentemente il diritto ad una tutela diretta in via contrattuale in quanto, ed è questo il dato rilevante, parte di quel rapporto obbligatorio. Si assiste quindi, in questo senso, ad un mutamento di prospettiva nella tutela del terzo: dal modello dell'estensione al terzo della tutela in via contrattuale si passa al coinvolgimento dello stesso in un rapporto obbligatorio nella qualità di parte; il paziente, quindi, non è più parte del solo contratto con l'ente sanitario e invece terzo assoluto nei confronti del medico dipendente che se ne assume la cura, ma diviene parte di un ulteriore rapporto obbligatorio posto in essere, questa volta, direttamente con il medico. Si tratta di uno slittamento dalla "contrattualizzazione" della responsabilità prevista a tutela del terzo alla "contrattualizzazione" del terzo stesso, nel senso che, anche se percepito come "terzo" nel rapporto triangolare che lo lega all'ente sanitario e al medico dipendente, la sua riconduzione all'obbligazione senza obbligo primario di prestazione determina invece la sua configurazione come "parte" in senso tradizionale.

Per quanto il dibattito relativo alla ricostruzione della responsabilità medica in oggetto nei termini su esposti sia ancora aperto¹²⁶, l'impostazione della responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria basata sull'inquadramento del rapporto tra il medico dipendente e il paziente nell'ambito di un'obbligazione senza obbligo primario di prestazione pare tuttavia aver trovato un solido avallo giurisprudenziale¹²⁷, come dimostra la giurisprudenza

¹²⁶ Come rileva D. M. Frenza, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana*, cit., p. 199.

¹²⁷ S rimanda qui al riconoscimento della natura contrattuale del rapporto tra medico dipendente e paziente fondata sul contatto sociale come risulta da Cass. SS. UU., 10 gennaio 2008, n. 577, in

successiva sul punto; in verità, si tratta di un orientamento talmente solido che non risulta essere stato scalfito nemmeno alla luce del nuovo art. 3, I comma della l. n. 189/2012 (cosiddetta Legge Balduzzi), il quale pare ricondurre l'attività dell'esercente la professione sanitaria sotto l'egida della responsabilità extracontrattuale¹²⁸:

Art. 3, I comma, l. 8 novembre 2012, n. 189: *L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.*

Da ultimo, infatti, la Corte di Cassazione, con ordinanza del 2014¹²⁹, prendendo posizione sugli orientamenti contrastanti in merito alla portata innovatrice della norma in questione in tema di riqualificazione della responsabilità del medico dipendente come emersi in particolar modo nella giurisprudenza di merito¹³⁰, indica come il riferimento all'art. 2043 c. c. voglia solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, ma non abbia inteso prendere posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura, non inducendo quindi la norma al superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni, che in materia di responsabilità del medico dipendente pare considerarsi come il punto fermo acquisito¹³¹.

Foro italiano, 2008, I, coll. 455 e ss.

¹²⁸ Ricordiamo che la l. 8 novembre 2012, n. 189 ha convertito con modificazioni il D.L. 13 settembre 2012, n. 158.

¹²⁹ Cfr. Cass. Civ., ordinanza 17 aprile 2014, n. 8940.

¹³⁰ Il riferimento è qui in particolare ai due orientamenti contrapposti espressi dal Tribunale di Torino con sentenza del 26 febbraio 2013 e dal Tribunale di Rovereto con sentenza del 29 dicembre 2013.

¹³¹ Se veda però l'orientamento da ultimo espresso dal Tribunale di Milano nel senso di ritenere che l'art. 3 della legge Balduzzi riconduce la responsabilità del medico nel caso di specie alla responsabilità extracontrattuale, in aperto contrasto con l'ordinanza n. 8940/2014 della Corte di Cassazione sopra ricordata. Cfr. Trib. Milano, 17 luglio 2014.

Pur non essendo l'obbligazione senza obbligo primario di prestazione l'oggetto della presente ricerca, va riconosciuto che tale costruzione dogmatica, considerata ai fini del discorso sin qui condotto con riferimento alla responsabilità medica, ha trovato applicazione altresì in altre fattispecie, quali la responsabilità dell'insegnante per l'autolesione dell'allievo¹³², quella della banca per il pagamento dell'assegno non trasferibile a persona diversa dal beneficiario¹³³, quella del medico-chirurgo nei confronti del paziente¹³⁴, quella del mediatore per la violazione dei doveri di correttezza e di informazione¹³⁵ e quella dell'ex datore di lavoro per le informazioni inesatte fornite all'ex dipendente¹³⁶, a cui si aggiunge il problema della loro configurabilità nell'ambito del diritto amministrativo¹³⁷.

IV. Conclusioni

L'analisi delle peculiari fattispecie a cui si è fatto riferimento nel presente paragrafo ha rivelato alcuni elementi interessanti in ordine alla più recente tendenza in tema di tutela del terzo. Si è visto come, in generale, la necessità di tutelare particolari categorie di soggetti che, per ragioni legate alla loro soggettività, si trovino nella condizione di poter subire un danno in conseguenza dell'inadempimento di un'obbligazione di cui non sono parti contraenti, abbia portato la dottrina prima e la giurisprudenza poi ad interrogarsi sulla possibilità di esperire nei loro confronti meccanismi di tutela che risultassero più favorevoli rispetto alla possibilità tradizionalmente prevista di esperire l'azione di responsabilità civile.

In questo senso in relazione, in particolare, a casi attinenti alla responsabilità medica, ambito nel quale l'individuazione di relazioni trilaterali caratterizzate dalla presenza delle parti di un contratto principale da un lato, e di un terzo

¹³² Cass. Civ., 3 marzo 2010, n. 5067.

¹³³ Cass. SS. UU., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Danno e responsabilità*, 2008, p.160.

¹³⁴ Cass. Civ., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Massimario del foro italiano*, 2006.

¹³⁵ Cass. Civ., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Massimario del foro italiano*, 2009.

¹³⁶ Cass. Civ., 21 luglio 2011, n. 15992, in *Foro italiano*, 2011, 10, col. 2636.

¹³⁷ Per un *excursus* generale sulla casistica di riferimento si rimanda qui a S. Rossi, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, Appendice di aggiornamento V*, Torino, 2010, p. 346 e ss.

dall'altro, coinvolto dagli effetti prodotti da quel contratto ma non assimilabile ad una parte in senso formale o sostanziale, si è visto come generalmente l'approccio delle Corti di merito e di legittimità abbia trovato espressione nell'adozione di fattispecie contrattuali nuove nelle quali incardinare tali relazioni contrattuali. Si è visto, infatti, come in tal senso abbia trovato applicazione, da un lato, il cosiddetto contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo, mentre dall'altro, ragionando sul piano del rapporto obbligatorio principale, abbia invece trovato accoglimento un nuovo schema obbligatorio, vale a dire la cosiddetta obbligazione senza obbligo (primario) di prestazione. Si tratta, nello specifico, di due fattispecie differenti tanto nel meccanismo che esse pongono in essere tanto nelle risultanze (giuridiche) ad esse collegate.

Mentre, infatti, il contratto con effetti protettivi a favore di terzo si sostanzia in un rapporto contrattuale dal quale si originano, come effetto proprio di quel rapporto posto in essere tra i contraenti, obblighi che vincolano non solo le parti ma che si riflettono anche nei confronti di soggetti terzi per ragioni legate, in particolar modo, alle loro qualità personali ovvero ad una certa vicinanza con il contratto in questione, giustificando l'estensione agli stessi della tutela in via contrattuale, nell'obbligazione senza obbligo (primario) di prestazione, invece, tale estensione al terzo della tutela in via contrattuale non si realizza ma, attraverso la ricostruzione di un rapporto obbligatorio che direttamente lega tale terzo ad una delle parti e la cui fonte è quel contatto sociale che determina in capo a quest'ultimo un obbligo di tutela nei confronti di tale terzo, quest'ultimo si viene a trovare direttamente ricompreso in un rapporto obbligatorio, rendendolo in questo modo "parte" e giustificando la tutela in via contrattuale a lui concessa sulla base del fatto che essa non è più estesa al terzo ma gli spetta, appunto, in quanto parte.

Si tratta di meccanismi rispetto ai quali, a fronte di un dibattito dottrinale piuttosto sostenuto, le Corti hanno dimostrato di non avere molta dimestichezza; ciò è risultato più evidente in tema di contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, fattispecie che, quando anche ha trovato – limitata - applicazione non ha parallelamente riscontrato, nell'argomentazione dei giudici di merito e di legittimità, l'individuazione di un saldo fondamento giuridico, essendosi la ricezione in oggetto limitata ad un accoglimento di formule ma non di

presupposti.

Non tanto diverso è il discorso relativo all'obbligazione senza obbligo (primario) di prestazione, per come ha trovato applicazione nella fattispecie relativa ai rapporti tra medico dipendente e paziente; pare che, anche in questo caso, piuttosto che chiari fondamenti normativi, siano state ragioni legate maggiormente alla necessità di tutelare il paziente da possibili danni derivanti da malpratica medica, in conformità altresì alla tutela del diritto alla salute così come costituzionalmente previsto, a giustificare l'adesione ferma a tale modello nel caso specifico dei rapporti tra medico dipendente e paziente.

È un rilievo, questo, che pone interrogativi sul futuro rilievo di tali costruzioni dogmatiche, nel tentativo, in particolare, di garantirne un'applicazione più generalizzata, sul modello di quanto accade, per esempio, nell'ordinamento tedesco; se infatti è vero che nelle fattispecie considerate, seppur nei limiti già riscontrati, l'applicazione di tali costruzioni dogmatiche ai fini della legittimazione del risarcimento dei danni in favore, rispettivamente, del coniuge o del bambino e del paziente, sembra considerarsi ormai come ferma, per quanto invece riguarda fattispecie differenti il discorso si fa più complesso, al punto che non si può parlare in questi casi di figure generali ed astratte operanti nel nostro ordinamento, al pari del contratto in favore di terzo di cui agli artt. 1411 e 1413 c. c., ma piuttosto di istituti ad applicazione eccezionale a tutela di situazioni ritenute meritevoli di una tutela rafforzata rispetto a quella tradizionalmente prevista. In questo, quindi, si pensa si debba ricercare in futuro l'estensione dell'ambito applicativo tanto del contratto con effetti protettivi quanto dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione, circostanza, questa, che pare stia trovando una propria concretizzazione con riferimento in particolare a quest'ultima figura giuridica.

5. Conclusioni generali in tema di tutela del terzo nel sistema contrattuale italiano

Tutto il variegato sistema relativo alla tutela del terzo rispetto ad un contratto di cui lo stesso per definizione non è parte, così come analizzato nei limiti del presente capitolo, ha messo in luce come il problema della tutela del terzo si sia evoluto nel nostro ordinamento secondo una tendenza che potremmo

definire di contrattualizzazione progressiva della sua posizione ovvero della tutela allo stesso concessa in ipotesi di danno riconducibili ad un contratto da cui lo stesso è estraneo. Il riconoscimento a livello codicistico tanto del contratto a favore di terzo come figura generale ed astratta quanto dell'autonomia ed immediatezza dell'acquisto da parte del terzo di un diritto all'adempimento direttamente nascente dalla stipulazione in suo favore, non stupisce certo alla luce di certe tendenze emerse già prima dell'adozione del codice civile del 1942, e comunque conformi al modello di contratto a favore di terzo così come sviluppatosi in diritto tedesco, ma rappresenta tuttavia il primo passo verso quella contrattualizzazione del terzo e della sua tutela nei limiti in cui si è ritenuto di individuarla nelle pagine precedenti.

Se la dogmatica del contratto a favore di terzo, infatti, per prima si muove nell'ambito dell'analisi del principio di relatività dei contratti, subito emancipandosene in quanto mai realmente confliggente, dal momento in cui lo stesso ha trovato configurazione come forma generale ed astratta, tuttavia questa ha rappresentato il punto di partenza per il superamento dei limitati confini dello stesso in un'ottica, si è visto, di tutela del terzo quale soggetto portatore di interessi e di una posizione ritenuta di particolare rilevanza per l'ordinamento. Non a caso, il primo tentativo di estendere l'efficacia contrattuale nei confronti del terzo è stato configurato proprio in termini negoziali, essendo la dogmatica del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi *ab origine* collegata a quella del contratto in favore di terzi e quindi *de relato* al problema della relatività degli effetti del contratto.

In questi termini si può parlare quindi di estensione eccezionale dell'efficacia del contratto nei confronti di determinati terzi, alla luce di quegli obblighi di protezione che, costituendo il contenuto complesso di quel rapporto obbligatorio posto in essere dalle parti, impongono alle stesse di non procurare un danno al terzo nell'esecuzione della prestazione oggetto dell'obbligazione, nel qual caso costui ha diritto a tutelarsi direttamente nei confronti delle parti del contratto per mezzo dell'azione in via contrattuale. La tutela in via contrattuale, che rappresenta un effetto diretto nel contratto a favore di terzi in quanto connesso al diritto autonomo che il terzo acquisisce dalla stipulazione in suo favore, nel contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi è invece frutto di

un'estensione, in quanto nessun acquisto diretto in capo al terzo è previsto come effetto di tale fattispecie.

L'acquisto diretto è un'altra volta il risultato che si produce nei confronti di determinati soggetti che, materialmente, rivestono la posizione di terzi nell'ambito della cosiddetta obbligazione senza obbligo primario di prestazione, nei limiti in cui la stessa è stata qui analizzata; in questo caso, a differenza del contratto a favore di terzo, l'acquisto diretto è il frutto non di una stipulazione nei confronti del terzo in questione, ma della riconduzione dello stesso nell'ambito di un rapporto obbligatorio rispetto al quale egli non è terzo ma è parte. È quello che accade, come si è già evidenziato, in relazione al rapporto triangolare tra ente ospedaliero, medico dipendente e paziente: in questo caso, la tutela in via contrattuale riconosciuta al paziente nei confronti del medico non è il frutto di un'estensione operata partendo dal contratto che lega l'ente al medico, ma è il risultato diretto ed evidente della configurazione di un rapporto obbligatorio tra il medico e il paziente.

In questo senso, ad essere contrattualizzata, in un certo senso, non è la responsabilità, poiché il "terzo", in qualità di parte del contratto, non è più tutelato nell'ipotesi di danno in chiave extracontrattuale ma bensì direttamente contrattuale; ad essere contrattualizzata, si potrebbe dire, è piuttosto la stessa figura del terzo, che perde il proprio rilievo in termini di soggetto esterno al contratto per assumere la qualità di parte. Si tratta di una tendenza a nostro avviso piuttosto interessante, la cui portata generale non può essere completamente valutata, stante la peculiare e per certi versi ambigua posizione dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione nel nostro ordinamento; unica certezza, si ritiene qui, è che in tema di responsabilità medica tale soluzione pare essere stata assorbita in modo così pregnante che la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente, ad eccezione ancora di qualche reticenza nella giurisprudenza di merito, viene considerata di natura contrattuale.

CONCLUSIONI IN DIRITTO VIGENTE

A conclusione dell'analisi condotta nei precedenti capitoli sugli sviluppi successivi al diritto romano in relazione al problema della rilevanza del soggetto terzo rispetto al contratto, si possono ora trarre alcune considerazioni generali.

Innanzitutto, si è visto come, nel complesso delle variegata esperienze giuridiche che caratterizzano un ampio periodo che si sviluppa all'incirca dal XII secolo sino alle moderne codificazioni, il problema della rilevanza del terzo come soggetto nei cui confronti un contratto da altri concluso possa produrre effetti si pone in modi differenti. Nella dogmatica dei giuristi medievali centrale è il divieto, di ascendenza romana, secondo cui *alteri stipulari nemo potest*, inteso nel senso di vietare, parallelamente, tanto l'operatività di forme di rappresentanza tanto la configurabilità del contratto a favore di terzi come fattispecie triangolare rispetto alla quale lo stipulante e il promittente concludono un accordo a beneficio del terzo.

Le ragioni del divieto generale di *stipulari alteri* vengono ricostruite in adesione alle ragioni della nullità come fondata altresì in diritto romano, vale a dire sul quel formalismo costitutivo proprio della *stipulatio* come obbligazione *verbis contracta* e in virtù del quale il *vinculum iuris* si realizzava soltanto tra i soggetti che avevano partecipato allo scambio tra domanda e risposta, escludendo quindi la produzione di effetti in capo a soggetti che ad esso non avevano preso parte. È interessante notare, però, come all'adesione al principio generale corrispondesse anche una presa di coscienza della configurabilità di eccezioni a tale principio generale, che trovavano principalmente fondamento nel requisito dell'interesse in capo allo stipulante di obbligare il promittente alla prestazione nei confronti del terzo. Proprio partendo da tali eccezioni trova fondamento nella dogmatica della Glossa e dei commentatori un primigenio schema generale di distinzione tra l'istituto del contratto a favore di terzo e quello della rappresentanza basato sul rapporto reciproco tra i *verba* costitutivi della stipulazione e in virtù del quale, qualora i *verba formalia promissiva* ed *obligativa* fossero diretti nei confronti dello stipulante e, invece, i *verba executiva* fossero diretti nei confronti del terzo, allora sarebbe stato integrato lo schema di una *stipulatio alteri* del tipo *promittis mihi quod dabis Titio x*, valida tra le parti in

presenza dell'interesse pecuniario in capo allo stipulante. Si tratta, evidentemente, nella sua formulazione generale, dello schema tipico del contratto in favore del terzo, rispetto al quale però il terzo non acquistava un diritto autonomo e diretto nel senso, invece, modernamente inteso; la tutela della sua posizione, infatti, riconosciuta come valida sul piano dell'obbligazione naturale, passava generalmente attraverso la concessione di un'*actio utilis* in via equitativa sul modello delle eccezioni riconosciute in diritto romano.

Si tratta di uno schema, questo, che trova corrispondenza nella dogmatica successiva, seppur arricchito di alcuni elementi; al pensiero di Grozio, per esempio, è dovuto il riconoscimento della facoltà di accettazione in capo al terzo come elemento ulteriormente caratterizzante la fattispecie del contratto a favore di terzo. Con l'accettazione, infatti, il terzo esprime il proprio consenso al beneficio in suo favore e per la prima volta si vede riconosciuto un rilievo nell'operazione trilaterale attributiva di un beneficio in suo favore; anche in questo senso, dunque è stato possibile sostenere che si debba far risalire a Grozio la conformità piena del contratto a favore di terzo al diritto naturale¹. Ed è una posizione, questa, che, a discapito di una forte tendenza riscontrata soprattutto nella dogmatica francese dal XVI secolo sino a Pothier, ma nondimeno sconosciuta ai giuristi dell'*Historische Rechtsschule* tedesca, e volta al recupero del rigore della tradizione romanistica, si dimostrerà acquisire valore centrale e determinante nella concezione del contratto in favore di terzo come fattispecie contrattuale autonoma e valida che caratterizzerà, su tutte, la concezione di Windscheid ed Unger.

Questo complesso spettro di posizioni differenti trova riflesso nelle scelte adottate dai compilatori dei codici civili francese e tedesco, i quali, sul rigore del principio di relatività degli effetti del contratto e sulla configurabilità della fattispecie del contratto in favore di terzi, assumono posizioni diverse; da un lato, la codificazione francese si adagia nel solco della tradizione romanistica e del rigore esegetico di Pothier adottando all'art. 1165 c. c. una rigida formulazione del principio di relatività degli effetti del contratto e, parallelamente, una configurazione limitata del contratto a favore di terzi di cui all'art. 1121 c. c. come una stipulazione rispetto alla quale è possibile per lo stipulante pattuire un

¹ Cfr. in questo senso F. Mattioli, *Il contratto a favore di terzo*, cit., p. 5; in generale su Grozio si rimanda qui alla parte seconda, capitolo primo, pp. 240 e ss. del presente elaborato.

vantaggio a favore di un terzo quando ciò configuri una condizione (ovvero *modus*) di una stipulazione conclusa in per se stesso ovvero di una donazione conclusa per altri, esercitando altresì una profonda influenza sulla disciplina recepita all'art. 1128 del Codice civile italiano del 1865 in tema proprio di contratto a favore di terzi.

Dall'altro, invece, la codificazione tedesca del 1900, rifiutando di vincolare la volontà delle parti nelle strette maglie di un rigido principio di relatività normativamente espresso, adotta primo tra tutti una concezione del contratto in favore di terzo rispetto al quale il terzo acquista un diritto autonomo ed immediato alla prestazione stabilita nei suoi confronti, codificando ai §§ 328 e ss. BGB un modello di contratto a favore di terzo generale ed astratto che eserciterà altresì la propria influenza sulla codificazione italiana del 1942 la quale, pur prevedendo un principio generale di relatività degli effetti del contratto all'art. 1372 c. c., adotterà altresì una fattispecie generale ed astratta di contratto a favore di terzo secondo il modello di cui agli artt. 1411 e ss. c. c.

Se, quindi, seppur secondo linee storico giuridiche-differenti, gli attuali ordinamenti tedesco, italiano e anche francese, seppur in virtù, quest'ultimo, di un profondo lavoro di rimaneggiamento dei limiti dettati dal *Code civil* sulla disciplina prevista per il contratto a favore di terzo operato dalla giurisprudenza, riconoscano autonomia a tale fattispecie come produttiva di effetti convenzionalmente previsti in capo ad un soggetto terzo, si deve però notare come negli attuali ordinamenti presi in considerazione la questione della posizione del terzo nel diritto delle obbligazioni e degli effetti prodotti da un contratto tra altri corrente si sia ampliata rispetto alla sola configurazione del contratto in favore di terzi, con significative conseguenze sul piano della tutela da apprestare al terzo in caso di danni subito dallo stesso in conseguenza dell'inadempimento di un contratto tra altri corrente.

In particolare, interessanti questioni sollevano alcune soluzioni proprie dell'ordinamento tedesco; quest'ultimo infatti, si è dimostrato particolarmente attento alle istanze provenienti dalla prassi, riconoscendo l'esistenza di peculiari situazioni rispetto alle quali il soggetto terzo, subendo un danno derivante dall'inadempimento di un contratto tra altri corrente, necessitava di una specifica tutela sul piano giudiziale. Tale tutela, per ragioni legate in primo luogo

all'assenza nell'ordinamento civile tedesco di una norma generale in tema di responsabilità aquiliana, avendo optato, in sede di redazione del codice, per una struttura della stessa basata sul cosiddetto *Enumerationsprinzip* e sulla rigorosa delimitazione delle ipotesi integranti responsabilità extracontrattuale², dovette svilupparsi necessariamente sul piano parallelo della responsabilità contrattuale; in tal senso, la dottrina e la giurisprudenza, sulla base originariamente del principio di buona fede (*Treu und Glauben*) inteso prima come criterio di interpretazione del contratto a norma del § 157 BGB e, successivamente, invece, come criterio di integrazione del contratto a norma del § 242 BGB, hanno dato fondamento alla peculiare fattispecie del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, ovvero il c.d. contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi.

Per mezzo di tale costruzione giuridica, a trovare tutela a peculiari condizioni sono i soggetti terzi che, pur non avendo alcun rapporto diretto con il contratto del cui inadempimento si assumono lesi, nemmeno in quanto beneficiari di una prestazione stipulata in loro favore secondo lo schema tradizionale del *Vertrag zugunsten Dritter* di cui ai §§ 328 e ss. BGB, godono invero dell'estensione nei loro confronti della tutela in via contrattuale, in virtù della quale essi possono chiedere il risarcimento del danno subito a seguito dell'inadempimento del contratto corrente tra altri. Si tratta, evidentemente, di una figura che trova applicazione in casi eccezionali individuati secondo le coordinate emerse nell'applicazione giurisprudenziale dell'istituto; soltanto, quindi, qualora il terzo e la lesione dallo stesso subito assumano una particolare configurazione in ragione della prossimità del terzo alla prestazione dovuta o al contratto, del rapporto di stretta connessione tra il terzo e il creditore, della prevedibilità in ordine ai terzi che possono essere oggetto di tutela sulla base della riconoscibilità e della ragionevolezza e sussidiarietà del ricorso a tale fattispecie³, allora sarà possibile riconoscere l'operatività di tale fattispecie.

Invero, nuovo vigore e fondamento ha assunto il *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* a seguito della riforma del diritto delle obbligazioni del 2001, la quale, al § 241 II BGB, ha dato espresso recepimento normativo ai cosiddetti *Schutzpflichten*, ossia a quei doveri di protezione che integrano il rapporto

² Nelle quali non trova corrispondenza, si ricorda, l'inadempimento contrattuale.

³ Sui quali si rimanda qui a quanto detto nella parte seconda, capitolo terzo, pp. 369 e ss.

obbligatorio al pari dell'obbligo primario di prestazione; in questo senso, quindi, a norma del nuovo § 311 III BGB, ora i doveri di protezione vengono in rilievo come fondamento della tutela contrattuale di quei soggetti che, terzi in quanto non sono parte di un contratto, tuttavia, per ragioni legate al peculiare rapporto di affidamento che li lega alle parti contraenti, ricevono tutela rispetto alla lesione subita in violazione di tali obblighi sul piano della responsabilità contrattuale, poiché la loro violazione integra un'inadempimento al pari della violazione dell'obbligo di prestazione.

Fattispecie affine a quella del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, in virtù della sua idoneità a tutelare la posizione di peculiari tipologie di soggetti terzi rispetto al contratto, è quella della cosiddetta *Drittschadensliquidation*, ovvero il meccanismo di liquidazione del danno per conto del terzo. Si è rilevato, nel corso della disamina condotta in questa seconda parte dell'ricerca, come tale istituto abbia un'origine giurisprudenziale risalente; il precedente, infatti, è riconducibile alla sentenza della Corte d'Appello di Lübeck del 1855⁴, con la quale si legittimò un soggetto danneggiato dall'inadempimento di un contratto, rispetto al quale assumeva la posizione di terzo, a vedersi liquidato il danno per il tramite della parte contraente la quale, pur non essendo portatrice di un proprio interesse ad agire in quanto non aveva subito alcun danno, risultava altresì essere l'unica legittimata ad agire in giudizio per vedersi liquidato il danno. Il problema di tutela del terzo si presenta qui collegato, parimenti alla fattispecie del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, all'impossibilità per il terzo di ricevere un qualche tipo di tutela giudiziale poiché, da un lato, il danno subito dallo stesso non trova corrispondenza nella casistica chiusa della responsabilità extracontrattuale in diritto tedesco e, dall'altro, il danneggiato non risulta legittimato direttamente alla tutela in via contrattuale, stante la sua posizione di assoluta terzietà rispetto al contratto dal cui inadempimento è stato lesa.

Stante la similarità dei presupposti e della casistica giurisprudenziale di riferimento, non è sempre agevole comprendere la differenza tra le due fattispecie; a livello di struttura generale delle due fattispecie è però possibile individuare come a mutare sia il rapporto reciproco tra *Schaden* e *Anspruchsgrundlage*, vale a

⁴ OAG Lübeck, 20. 01. 1855.

dire tra i danni e il fondamento alla richiesta di risarcimento. Mentre nel caso del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* si è in presenza di un danno nei confronti del terzo e – contemporaneamente – del fondamento giuridico per chiederne il risarcimento, in quanto ad agire in via contrattuale è direttamente il danneggiato – terzo e soggetto leso dall’inadempimento contrattuale -, nel caso della *Drittschadensliquidation*, invece, si è ancora in presenza di un danno, ma a difettare è il fondamento giuridico per chiederne il risarcimento, nel senso che il danneggiato portatore di interesse ad agire non ha il titolo per farlo, dunque il soggetto che è portatore di tale legittimazione la esercita per suo conto, pur non avendo subito alcun danno⁵.

Si tratta di un meccanismo interessante e peculiare sotto il profilo della tutela del terzo in quanto, pur avendo l’istituto in questione poco ha a che vedere con il problema della relatività degli effetti del contratto, poiché si è in assenza tanto di una pattuizione espressa di un beneficio a favore del terzo, tanto di effetti ulteriori nascenti dal contratto nei confronti del terzo, si traduce di fatto in una forma di tutela contrattuale della posizione del terzo. La ragione della necessità dell’operatività di tale istituto, invero, andrebbe piuttosto ricondotta al cosiddetto *Dogma von Gläubigerinteresse* sotteso ai §§ 249 I e 251 BGB, in virtù del quale un danno può essere fatto valere solamente da colui che l’ha subito, dovendo la lesione e i danni potersi ricondurre ad un medesimo soggetto e legittimando il solo creditore al risarcimento del danno. Si è ritenuto opportuno dunque farne riferimento in questa sede poiché, al pari degli altri istituti precedentemente menzionati, esso concretizza una peculiare ed interessante forma di estensione della tutela contrattuale nei confronti di un soggetto terzo che, altrimenti, risulterebbe del tutto sprovvisto di tutela giudiziale.

Nell’ordinamento italiano, accanto alla tutela contrattuale di cui gode il terzo beneficiario di un contratto a favore di terzi nei termini di cui all’art. 1411 c. c., si è assistito all’introduzione e all’adattamento da parte della giurisprudenza di alcuni dei modelli di riconduzione del terzo nell’alveo degli effetti del contratto sorti nell’ordinamento tedesco. Su impulso, infatti, di una certa parte della dottrina italiana, su tutti Carlo Castronovo, maggiormente sensibile ai problemi dei

⁵ Secondo il criterio distintivo proposto da Dieter Medicus, sul quale si veda parte seconda, capitolo terzo, p. 378.

rapporti reciproci tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e ai profili di rilievo del rapporto obbligatorio oltre l'obbligo primario di prestazione, hanno trovato recepimento nel dibattito giuridico prima e nelle sentenze della Corte di Cassazione poi i cosiddetti obblighi di protezione e la fattispecie del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*.

In questo senso, a partire dagli anni '90, in alcune ipotesi peculiari quali la responsabilità del medico per il danno subito dal nascituro e per le ipotesi di cosiddetta nascita indesiderata, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha riconosciuto l'operatività del meccanismo del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* tedesco sulla base dell'individuazione, in tali peculiari ipotesi, della presenza di obblighi nascenti dal contratto ulteriori rispetto a quello della sola prestazione e che, oltre a vincolare le parti, si riflettono anche nei confronti di soggetti terzi che, per ragioni legate, in particolar modo, alle loro qualità personali, si trovano in una particolare posizione rispetto al contratto concluso da altri. Proprio in ragione della peculiarità di tali posizioni, la Corte ha giustificato l'estensione a tali soggetti terzi della tutela in via contrattuale. Il recepimento da parte della Corte di Cassazione di tale fattispecie è avvenuto, però, senza un'adeguata ricostruzione del fondamento giuridico della loro operatività nel nostro ordinamento, essendosi la stessa limitata ad un richiamo talora più formale che sostanziale alla generale operatività di obblighi di protezione nascenti da un contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, al solo scopo di giustificare un'estensione della responsabilità contrattuale al terzo avvertita come necessaria per la miglior tutela delle fattispecie concrete. In questo, molto probabilmente, risiede la ragione della scarsa applicazione, tutto sommato, che l'istituto in oggetto ha avuto nel nostro ordinamento, poiché, a prescindere da criteri valutativi in ordine alla peculiarità della fattispecie ovvero alla considerazione della maggiore tutela garantita sul piano contrattuale rispetto a quello extracontrattuale per casi in cui a venire in rilievo è un diritto assoluto costituzionalmente tutelato, non sono state poste le basi per una sua applicazione generalizzata oltre ai casi di specie che si è avuto modo di esaminare.

Medesime esigenze di tutela di ipotesi peculiari di lesione da inadempimento contrattuale di un soggetto terzo sono alla base altresì del recepimento da parte della giurisprudenza italiana della fattispecie della cosiddetta

obbligazione senza obbligo primario di prestazione e della cosiddetta responsabilità da contatto sociale. Sempre su impulso della medesima dottrina che già aveva introdotto nell'ordinamento italiano la configurabilità degli obblighi di protezione come integranti il rapporto obbligatorio, la Corte di Cassazione, in talune peculiari ipotesi di rapporti trilaterali, quale, ad esempio quello ricorrente tra la struttura medica, il medico dipendente e il paziente, rispetto alle quali non è possibile ravvisarsi un obbligo di protezione nei confronti del terzo nascente direttamente dal contratto principale, ha recepito la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione. Si tratta, anche in questo caso, di una fattispecie ascrivibile alla dogmatica tedesca, che per prima la concepì con il nome di *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*, e in base alla quale l'obbligo di protezione nei confronti del terzo non viene più ricostruito in relazione al rapporto convenzionale tra le parti ma trova la propria fonte nell'affidamento del terzo a peculiari qualità personali e professionali del soggetto con cui è entrato in contatto e dalla lesione del quale ha subito un danno. Ci si trova di fronte, in questo caso, ad una fattispecie diversa da quella del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*; in virtù, infatti, del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, il terzo non si giova dell'obbligo di protezione in quanto effetto di un contratto concluso da altri, ma egli stesso diventa titolare di un proprio rapporto obbligatorio avente ad oggetto solamente l'obbligo protettivo e la cui fonte è costituita dall'affidamento determinato dalle qualità peculiari del soggetto con cui egli entra in contatto, la cui violazione si configura come una *culpa in non faciendo* fonte di responsabilità contrattuale. È interessante notare come in relazione a quest'ultima fattispecie non si realizzi un'estensione al terzo della tutela in via contrattuale sul modello del contratto con effetti protettivi, ma piuttosto la tutela in via contrattuale discenda da un rapporto obbligatorio rispetto al quale il terzo è invece parte e come tale può agire in giudizio autonomamente con gli strumenti propri della responsabilità contrattuale.

Rispetto al problema della rilevanza del terzo e della sua tutela nell'ipotesi di danni subiti dall'inadempimento di un contratto a lui estraneo, la posizione assunta dall'ordinamento francese si discosta in parte da quella tedesca ed italiana, non tanto nei termini generali di una tendenza all'ampliamento della sfera di rilevanza contrattuale del terzo, quanto negli strumenti adottati per la sua

realizzazione. Essendo tale ordinamento caratterizzato da una rigorosa formulazione del principio di relatività degli effetti del contratto, in primo luogo si è reso necessario correggerne la portata al fine di permettere il riconoscimento della produzione da parte del contratto come “fatto” giuridico di una serie di effetti idonei a prodursi anche nei confronti di soggetti terzi; in questo senso, nell’ordinamento francese si è riconosciuta l’operatività di un generale principio di *opposabilité* del contratto, idoneo a ricomprendere nell’area di rilevanza contrattuale anche soggetti che ne sarebbero rimasti esclusi e che, in ipotesi di inadempimento dannoso nei loro confronti, non avrebbero trovato tutela. In virtù di ciò, quindi, si è potuto assistere in tale ordinamento ad una progressiva estensione degli effetti e della rilevanza contrattuali anche nei confronti di soggetti che, di regola e in virtù della loro posizione di terzietà, avrebbero goduto della sola tutela in via aquiliana nell’ipotesi di un inadempimento contrattuale lesivo nei loro confronti; su tali basi si è assistito, per esempio, ad una progressiva estensione della responsabilità contrattuale in fattispecie riconducibili alla *stipulation pour autrui tacite* ovvero al cosiddetto gruppo di contratti, per mezzo della concessione di un’azione diretta al terzo.

Per quanto riguarda, però, l’ipotesi peculiare in cui il terzo subisca una lesione sulla base del solo inadempimento contrattuale, il tipo di tutela garantita trova comunque fondamento, generalmente, solo sul piano della responsabilità extracontrattuale, rendendo necessario per il terzo dimostrare di aver subito un danno non sulla base della semplice allegazione dell’inadempimento, ma dimostrando altresì che tale inadempimento a sua volta sia stato causato con imprudenza ovvero imperizia. La *Cour de Cassation* si è lungamente divisa sulla questione di ammettere il fondamento della richiesta risarcitoria del terzo soltanto sull’allegazione dell’avvenuto inadempimento, senza ulteriore onere probatorio in capo al terzo; sul punto si è pronunciata l’Assemblea Plenaria della *Cour de Cassation* ammettendo che il terzo sia legittimato ad agire per il risarcimento del danno dallo stesso subito a causa dell’inadempimento di un contratto a lui estraneo sulla base della sola circostanza dell’inadempimento stesso; in questo senso, quindi, si è ammesso che il terzo possa giovare del contratto ed opporlo quindi al contraente inadempiente esattamente come potrebbe opporlo una parte, anzi con maggiori garanzie, poiché in verità il terzo può servirsi di un contratto a

fini risarcitori senza vedersi a sua volta opposte le restrizioni legali o convenzionali previste nel contratto stesso, tra cui, per esempio, la stessa clausola di esonero della responsabilità del debitore, ledendo in questo caso la posizione di quest'ultimo.

Proprio in ragione di questo tipo di considerazioni, l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* del 2006, non in vigore (ancora) per la parte relativa alla riforma del diritto delle obbligazioni, prevede al nuovo art. 1342 la possibilità per il terzo, alternativamente, di procedere in via contrattuale ovvero extracontrattuale per il risarcimento del danno da lui subito a causa dell'inadempimento di un contratto corrente tra altri, stabilendo però che, nell'ipotesi in cui il terzo agisca in via contrattuale, siano a lui opponibili tutti i limiti e le condizioni imposte al creditore dell'obbligazione per il risarcimento del proprio danno, in funzione, in questo caso, di tutela della posizione del debitore. Anche se tale progetto è rimasto e probabilmente rimarrà lettera morta, è interessante notare come nell'ordinamento francese, profondamente legato al rispetto del principio di relatività degli effetti del contratto, si sia invece giunti a teorizzare una quasi completa assimilazione della tutela della parte contraente a quella del terzo, concedendogli un rilievo nell'ordinamento pari a quello della parte contrattuale.

Come si è potuto comprendere dalla complessa disamina del progressivo evolversi della considerazione e della tutela del soggetto terzo negli ordinamenti considerati, si assiste ad una generalizzata tendenza all'estensione della tutela contrattuale del terzo e, parimenti, ad un'estensione della rilevanza dello stesso nel diritto delle obbligazioni, dovuta anche a fenomeni di circolazione dei modelli giuridici. Il caso emblematico in questo senso è rappresentato dalla profonda influenza che le soluzioni adottate nell'ordinamento tedesco hanno prodotto nell'ordinamento italiano, influenza che si è tradotta prima in un recepimento ed adattamento a livello dottrinale e, successivamente, ad un'applicazione a livello giurisprudenziale, di fattispecie originatesi in tale ordinamento, come appunto il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi e il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione; come è stato ampiamente dimostrato in questa ricerca, le ragioni di tale recepimento ed adattamento devono essere ricondotte alle esigenze peculiari di protezione di situazioni e posizioni ritenute,

allo stato, prive di idonea tutela con gli strumenti propri dell'ordinamento privatistico italiano. In questo senso, si è ritenuto che invece i modelli formati nel diritto tedesco in relazione a fattispecie simili soddisfacessero maggiormente le medesime esigenze di tutela in relazione alla tutela del terzo riscontrate anche nel nostro ordinamento. Ci si può chiedere, in conclusione, se si sia trattato di un'operazione riuscita oppure no; in verità, se la fattispecie del contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi di fatto ha perso via via di rilevanza ed interesse tanto a livello giurisprudenziale quanto a livello dottrinale, in virtù anche della tutto sommato limitata applicazione pratica dell'istituto, la rilevanza della questione del rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione e della responsabilità da contatto sociale è più viva che mai, in ragione non solo dei problemi relativi alla tutela del soggetto terzo e dei quali ci si è interessati nel modesto ambito di questa ricerca, ma anche e soprattutto per le numerose questioni che esso solleva in relazione ad aspetti cardine del diritto delle obbligazioni, quale il sistema delle fonti e la riqualificazione dell'oggetto dell'obbligazione oltre la sola prestazione.

CONSIDERAZIONI FINALI

A conclusione di questo percorso di analisi che ha avuto ad oggetto principale l'evoluzione della considerazione del terzo come soggetto rilevante nel diritto delle obbligazioni e gli strumenti di tutela previsti in suo favore, è utile formulare alcune considerazioni conclusive allo scopo di chiarire meglio i risultati complessivi a cui si è pervenuti.

Il concetto romano di obbligazione si configurava nei termini di un *vinculum iuris*, vale a dire un vincolo di diritto che legava i soggetti che s'impegnavano all'adempimento di una prestazione; è il *vinculum* di diritto, quindi, l'elemento in cui si sostanzia e allo stesso tempo si esaurisce il rapporto obbligatorio, nel senso che, adempiuta la prestazione, l'impegno che lega il creditore al debitore viene rispettato e contemporaneamente sciolto, poiché è l'adempimento della prestazione ad esaurire la funzione del rapporto obbligatorio, vale a dire la realizzazione dell'interesse del creditore. Parimenti, il *vinculum iuris* caratterizza anche il rapporto di responsabilità sotteso alla stessa obbligazione, in virtù del quale il debitore si assoggetta con la propria persona (un assoggettamento in origine fisico e personale, salvo poi successivamente trasformarsi in uno di natura pecuniaria), a garanzia dell'adempimento della prestazione pattuita. Dunque il momento proprio dell'*Haftung* è inscindibilmente connesso allo *Schuld* e tale relazione biunivoca non ammette eccezioni, se non nella configurazione originaria dell'obbligazione come rapporto di garanzia ove, come si è detto, le obbligazioni di garanzia erano forme di eterogaranzia rispetto alle quali il debitore era soggetto diverso da colui che si assumeva la garanzia dell'adempimento.

È questo legame a vincolare le parti a costituire il *quid minimum* che caratterizza ogni fattispecie obbligatoria, qualunque sia la forma costitutiva del rapporto; a prescindere dal tipo specifico di vincolo obbligatorio che le parti scelgono di porre in essere, il legame che si crea all'atto di costituzione è idoneo ad impegnare solo le stesse, ad esclusione dei soggetti estranei alla dinamica tra debito e responsabilità, assunzione della garanzia ed adempimento della prestazione. In questo senso, il divieto di *stipulari alteri* rappresenta l'espressione, sul piano dell'atto costitutivo, dell'inscindibilità delle parti dalla prestazione

pattuita; sono le stesse, infatti, mediante la pronuncia dei *certa verba*, a costituire l'obbligazione secondo l'assetto degli interessi dalle stesse scelto. In questa dinamica bilaterale non esiste generalmente un margine d'azione per i soggetti ad essa estranei; a dimostrazione di ciò basti considerare come, anche qualora le parti avessero deciso di costituire un rapporto obbligatorio nella forma di una *stipulatio* che includesse un soggetto terzo non presente al momento costitutivo, tale inserimento sarebbe stato radicalmente nullo e al più il rapporto tra le parti avrebbe potuto essere fatto salvo solo qualora si ravvisasse la presenza di un interesse peculiare in capo allo stipulante. La promessa, inoltre, sarebbe stata eventualmente esigibile in presenza di alcuni correttivi, come ad esempio nell'ipotesi in cui la relazione trilaterale fosse ricondotta ad un caso di *adiectus solutionis causa*, ma la corrispettiva azione sarebbe sempre spettata allo stipulante e non al terzo.

Se un riconoscimento di un ruolo peculiare e giuridicamente rilevante del terzo si sia potuto configurare in diritto romano, esso può ricondursi esclusivamente a quelle specifiche ipotesi di cosiddetto contratto a favore di terzo ammesse nella disciplina del *Codex*: si tratta di una serie limitata di casi in cui si ammise che, in presenza di determinate circostanze legate all'oggetto della prestazione e al tipo di rapporti che legava lo stipulante al terzo, sempre qualificati sulla base di relazioni personali specifiche ovvero connesse al bene oggetto della prestazione e al tipo di diritti ad esso connessi, al terzo potesse essere conferita una tutela, prevalentemente, ma non esclusivamente, in via utile. È una circostanza, questa, che ben si ricollega alla tendenza generale del diritto romano a valutare l'opportunità di riconoscere come valide soluzioni derogatorie rispetto alla regola sulla base di considerazioni di tipo materiale e funzionale, rispetto alle quali preminente era la preservazione del peculiare interesse patrimoniale espresso dalle parti nel decidere di configurare i propri interessi con un assetto che derogasse alla regola di diritto.

Nel diritto romano, dunque, alla base dell'ammissione di eccezioni al divieto di *stipulari alteri* non è possibile individuare istanze di tipo diverso, che devono comunque per la maggior parte essere ricondotte a valutazioni di quest'ordine operate dalla cancelleria giustiniana, essendo le *actiones utiles*

concesse al terzo a tutela del proprio diritto, con il limite che si è visto¹, frutto dell'intervento compilatorio; se poi è vero che nell'intervento compilatorio si può riconoscere una tendenza maggiore all'estensione dei casi in cui era ammissibile per il terzo beneficiare di un'azione concessa in via utile a tutela del suo diritto, è altresì vero che mai si giunse ad una generalizzazione della figura del terzo come soggetto autonomo di diritto e portatore di un interesse da tutelare se non in ipotesi ben delimitate.

Nessun rilievo pare avere, dunque, in questo senso, la probabile configurabilità di una forma di liquidazione del danno per conto terzi già in diritto romano classico; infatti, anche laddove questa è parsa potersi configurare, essa in verità era riconducibile alla dinamica dei rapporti sottesi agli specifici casi di specie, e non riconducibile a quel modello di liquidazione per conto terzi creato dalla giurisprudenza tedesca del XIX secolo al fine di sopperire ad una situazione di ingiustizia sostanziale dovuta all'impossibilità per il danneggiato di vedersi risarcire il danno in quanto non legittimato all'azione stante la sua posizione di terzietà rispetto al contratto dal cui inadempimento era stato leso.

Secondo questa logica, dunque, è necessario valutare separatamente l'utilizzo che delle fonti romane viene fatto successivamente al periodo della loro vigenza come diritto dell'antica Roma; analizzando le esperienze storiche successive, si può riconoscere infatti come, da un lato, formalmente fossero ben saldi il principio secondo cui *alteri stipulari nemo potest* ed il valore costitutivo della pronuncia dei *certa verba* rispetto all'obbligatorietà del rapporto giuridico posto in essere, ma dall'altro l'esigenza di trovare soluzioni pratiche a casi concreti esorbitanti l'alveo delle eccezioni espressamente previste nel *Codex*, producesse il proliferare di un'ampia e differenziata casistica che rese necessario riconfigurare i limiti della portata del principio generale e ripensare allo stesso rapporto reciproco dei *verba* della formula. È in questo senso, dunque, che comincia a prendere forma una questione generale relativa alla posizione del terzo e alla necessità di garantire allo stesso una tutela diretta del diritto dallo stesso acquisito a seguito ed in virtù di una stipulazione contratta in suo favore.

In verità, però, una vera e propria tutela al soggetto terzo in quanto tale si

¹ Cfr. parte prima, capitolo terzo, pp. 150 e ss. del presente elaborato.

concretizza in termini generali soltanto con riferimento all'esperienza codificatoria; in particolare è nell'ambito della codificazione tedesca del 1900 che, parallelamente al riconoscimento generale ed astratto del contratto a favore di terzo, si può parlare per la prima volta del terzo come vero e proprio soggetto autonomo di diritto e di una necessità di tutela della sua posizione rispetto a casi in cui lo stesso risultasse leso dall'inadempimento di un contratto da lui non concluso; si deve tenere presente, in questo senso, che proprio esigenze pratiche di soluzione a casi di palese iniquità che potevano giustificare proprio quel meccanismo di liquidazione del danno per conto terzi, a cui si fatto riferimento poco sopra, portarono i codificatori a pensare di introdurre nel BGB una norma specifica che regolamentasse il meccanismo della *Drittschadensliquidation*, salvo poi abbandonare il progetto ritenendo che tale fattispecie, i cui presupposti dogmatici e la cui operatività non avevano assunto ancora contorni chiari, potesse essere più utilmente lasciata nelle mani della giurisprudenza, a cui di fatto è stato ed è ancora oggi devoluto il compito di individuare i casi e i criteri della sua applicazione.

Con riguardo, invece, alle peculiari istanze emerse dall'analisi di alcuni istituti ovvero orientamenti giurisprudenziali tipici negli ordinamenti presi in considerazione, è emerso chiaramente come la tendenza generale sia quella volta ad un ampliamento dell'area di rilevanza del soggetto terzo come portatore di un proprio interesse a ricevere tutela in ipotesi di lesioni causate dalle vicende proprie di un contratto di cui lo stesso non sia parte o in virtù del quale egli non abbia acquistato un diritto autonomo e diretto, ma rispetto al quale sia prodotta nei suoi confronti una serie di effetti. È interessante notare come sia stato l'ordinamento tedesco, principalmente, ad offrire in questo senso modelli di riconduzione del terzo nell'ambito degli effetti contrattuali, che sono emersi come prototipi di fattispecie idonee ad essere oggetto di circolazione giuridica. Invero, l'influenza che essi hanno prodotto è stata recepita, in specie, in relazione alla disciplina del rapporto obbligatorio e dei profili di responsabilità ad esso connessi, in modo peculiare producendo risultati diversi. In questo senso, è ben vero che per un verso l'introduzione di una figura come il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi ha permesso di estendere al terzo una tutela contrattuale in ipotesi peculiari in cui l'inadempimento del contratto risultava produttivo di

danni nei suoi confronti, causati dalla violazione, oltre che dell'obbligo di prestazione, anche di ulteriori obblighi di natura convenzionale nascenti da quel contratto ed idonei a produrre i propri effetti nei confronti dei terzi; ma, per un altro verso, tale modello di estensione convenzionale della responsabilità si è dimostrato inefficace laddove, in capo ai contraenti ed in ragione del contratto tra le stesse concluso, non potesse essere ricostruito alcun obbligo protettivo ulteriore e produttivo di effetti nei confronti dei terzi.

In questi casi, allora, la tutela del terzo ha dovuto trovare fondamento su un presupposto diverso: tale fondamento è stato in questo senso delineato in termini di obblighi di protezione che si originano direttamente nei confronti dei terzi come contenuto unico di un rapporto obbligatorio intercorrente tra essi e il debitore e che trova fonte nell'affidamento e nel cosiddetto contatto sociale. In questo senso, la tutela della posizione del terzo danneggiato dall'inadempimento non è più il risultato di un'estensione convenzionale degli effetti del contratto ma diventa un diritto autonomo che egli acquisisce direttamente in virtù di quel rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione fondato sull'affidamento e fonte di responsabilità da contatto sociale. È una circostanza, quest'ultima, che impone un ripensamento complessivo in termini di tanto di efficacia relativa del contratto quanto di posizione del terzo nel sistema delle obbligazioni; esso va via via assumendo un ruolo sempre più centrale e dirimente, in virtù della concezione del rapporto obbligatorio come fonte di responsabilità contrattuale sempre più integrato da obblighi distanti e distinti dal solo obbligo di prestazione. Più le maglie del rapporto obbligatorio come fonte di responsabilità contrattuale si allargano, maggiormente il terzo trova spazio e tutela con gli strumenti propri dei contraenti stessi. In questo senso si può leggere allora la proposta, allo stato irrealizzata e forse irrealizzabile, dell'estensione generalizzata al terzo della tutela in via contrattuale in caso di inadempimento produttivo di danno nei suoi confronti di cui all'art. 1342 dell'*Avant-projet Catala*: a prescindere dalle circostanze peculiari che portarono alla sua concezione e dagli ulteriori problemi che esso cerca di dirimere, esso rappresenta il risultato di un complessivo ripensamento del ruolo del terzo nel diritto obbligatorio. Presa coscienza che le ipotesi di inadempimento dannoso nei confronti del terzo difficilmente avrebbero potuto trovare idonea tutela sul piano extracontrattuale, in ragione del fatto che è

l'inadempimento in sé ad essere dannoso e l'azione esercitata dal terzo troverebbe fondamento solo in ragione di questo, la norma si preoccupa di ancorare il tipo di responsabilità al danno subito e non alla circostanza dell'essere parte o meno di un contratto: in questo senso, se il danno trova fondamento in un inadempimento, allora la tutela dovrà essere esercitata sul piano contrattuale, in virtù del nesso di causalità che lega il danno subito dal terzo al solo fatto dell'inadempimento.

In che modo, allora, l'esperienza del diritto romano può trovare valore in un quadro dove si assiste su molteplici piani – il principio di relatività degli effetti del contratto, la riconfigurazione del concetto e delle fonti dell'obbligazione, i rapporti tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale - al ridisegnamento della posizione e della tutela del terzo? Fermo restando l'apporto in termini storico – evolutivi del diritto romano come esperienza storica, la distanza notevole tra la concezione del rapporto obbligatorio come vincolo di diritto che lega esclusivamente i soggetti che s'impegnano alla sua costituzione e che si esaurisce nella prestazione e nel suo adempimento, unitamente alla circostanza che, se di rilievo del terzo nel diritto delle obbligazioni si può parlare lo si può fare solo nei limiti e per le ragioni in cui una forma di contratto a favore di terzo proprio poteva trovare applicazione, non permettono di creare un parallelismo diretto tra l'esperienza antica e quella moderna; istanze nuove e problemi diversi rendono oggi necessario occuparsi e preoccuparsi del rilievo e della tutela del terzo nel diritto delle obbligazioni secondo prospettive completamente nuove, mentre l'apporto complessivo dell'esperienza romana pare debba valutarsi soltanto in termini storici.

BIBLIOGRAFIA

- AIELLO, G. F., *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria: danno da emotrasfusioni e violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica*, in *Responsabilità civile e previdenziale*, 2010.
- ALBANESE, B., *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, 32, 1971.
- ALBANESE, B., *Agere, gerere e contrahere in D. 50. 16. 19. Congetture su una definizione di Labeone*, in *SDHI*, 38, 1972= *Scritti giuridici*, 2, Palermo, 1991.
- ALBANESE, B., *Papiniano e la definizione di "obligatio"* in *J. 3, 13 pr*, in *SHDI*, 50, 1984.
- ALBANESE, B., *Credito e «credere»*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, 5, 1972 = *Scritti giuridici* 2, Palermo, 1991.
- ALBERTARIO, E., *I patti dotali a favore di terzo nel diritto romano*, in *Studi di diritto romano*, 1, Milano 1933.
- ALBERTARIO, E., *I contratti a favore di terzi*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, 1939 = *Studi di diritto romano*, III, 1936.
- ALEXANDRI IMOLENSIS *Super secundam ff. Novi partem*, Venetiis, 1528.
- ALLARA, M., *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955.
- ALPA, G., Chiodi, G. (curr.), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927), Un modello di armonizzazione all'epoca della ricodificazione*, Milano, 2007.
- AMELOTTI, M., *L'epigrafe di Pergamo sugli ἀστυνόμοι e il problema della ricezione romana di leggi straniere nell'ordinamento giuridico romano*, in *SDHI*, 24, 1958 = in *Scritti Giuridici*, Torino, 1996.
- ANCEL, P., *Présentation des solutions de l'Avant-projet*, in *L'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité (Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) le 12 mai 2006, RDC*, 2007, I.
- ALCIATI ANDREAE *In decretalium Gregorii IX aliquot titulos commentaria*, in *Opera Omnia*, Basel, 1621.
- ANGELI DE UBALDIS, *Super secunda Digesti Novi lectura*, Lugduni, 1548
- ANGELONI, F., *Del contratto a favore di terzi. Artt. 1411 - 1413*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca* (a cura di F. Galgano), Bologna, 2004.

ANKUM, H., *Die Verträge zugunsten Dritter in den Schriften einiger mittelalterlicher Romanisten und Kanonisten*, in *Sein und Werden im Recht, Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin, 1970.

ANKUM, H., *Une nouvelle hypothèse sur l'origine de la règle Alteri dari stipulari nemo potest*, in *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970.

ANKUM, H., *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, 4, Milano, 1983.

ARANGIO - RUIZ, V., *D. 44, 7, 25 § 1 e la classificazione gaiana delle fonti dell'obbligazione*, in *Mélanges de droit romain dédiés à George Cornil*, I, Grand – Paris, 1926.

ARANGIO - RUIZ, V., (a cura di), *I principi del diritto romano*, Firenze, 1946.

ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960.

ARCHI, G. G., v. *Condizione nel negozio giuridico (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 8, Milano, 1961.

ATKINSON, K. M. T., *Rome and the Rhodian Sea – Law*, in *IURA*, 25, 1974.

AUBERT, J.-L., *À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*, in *RTD civ.*, 1993.

AUBRY, CH., RAU, CH., *Cours de droit français d'après le methode de Zachariae*, 2, Paris, 1968.

AUSSEL, V. J.-M., *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, Th. Montpellier. 1953.

BACACHE-GIBEILI, M., *La relativité des conventions et les groupes des contrats*, Paris, 1996;

BÄHR, O., *Über die die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter*, in *Jehring's Jahrbücher*, 6, 1863.

BÄHR, O., *Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München, 1883.

BALDI DE UBALDIS, *Tractatus de tabellionibus*, s. l., s. d., s. e. (ma Romae, in domo Antonii et Raphaelis de Vulterris, ca. 1473-74), poi ristampato in *Tractatus Illustrium, In Utraque, tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Iudicijs. Tomi III, Pars I. Venetiis*, all'insegna dell'Aquila che si rinnova.

BALDI DE UBALDIS *Commentaria in Digestum vetus*, Lugduni, 1526

- BALDUS, C., *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft*, 2, Frankfurt am Main, 1998.
- BARTHOLOMAEI A SALYCETO I. C. *In vij. viij. & ix Codicis Libros Commentaria. Doctissimis quamplurimis I. C. adnotationibus illustrata. Pars quarta*, Venetiis, all'insegna dell'Aquila che si rinnova, 1586.
- BARTOLI A SAXOFERRATO, *Commentaria*, Venetiis, 1526.
- BARTOLI A SAXOFERRATO, *In quartum et quintum Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577.
- BATTIFOL, H., *La crise du contrat*, in *Archives de philosophie du droit*, n. 13, 1968.
- BAYER, W., *Der Vertrag zugunsten Dritter: neuere Dogmengeschichte – Anwendungsbereich - dogmatische Strukturen*. Tübingen, 1995.
- BEHREND, O., *Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht*, in *Studi Sanfilippo*, 5, Milano, 1984.
- BELISARIO, E., *Nascita indesiderata e vita non voluta: esperienze europee a confronto*, nota a Corte App. Perugia, 24 maggio 2000, in *Famiglia*, 2001.
- BENEDETTI, G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.
- BESELER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 2, Tübingen, 1911.
- BESELER, G., *Romanistischen Studien*, in *ZSS*, 46, 1926.
- BESTA, E., *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1936.
- BETTI, E., *Le fonti d'obbligazione e i problemi storici della loro classificazione*, in *Archivio giuridico*, 1925.
- BETTI, E., *Appunti di teoria generale del diritto romano (A. A. 1955 – 1956)*, Roma, 1956.
- BILLIAU, M., *Regards sur l'application par la Cour de Cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle*, in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, 2001
- BILLIAU, M., *Du manquement contractuel engageant la responsabilité délictuelle du contractant vis-à-vis des tiers*, note à Cour de Cassation, ass. plén., 6 oct. 2006, in *JCP*, 2006, I, II 10181.
- BIONDI, B., *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953.
- BITETTO, A. L., nota a Cass. Civ., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Foro italiano*, 2006, I.

- BITETTO, A. L., *Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del “bebé prejudice”*, nota a Cass. Civ., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro italiano*, 2010, I.
- BONAINI, F., *Statuti inediti della città di Pisa dal XII al XIV secolo*, 2, Firenze, 1854.
- BONFANTE, P., *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus*, in *RIL*, 40, 1907 = *Scritti giuridici*, 3, Torino, 1921.
- BONFANTE, P., *Un contratto a favore dei terzi nell'epoca classica*, in *Studi B. Brugi*, 1910 = *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1929.
- BONFANTE, P., *I contratti a favore di terzi*, in *Per il XIV. centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano*, Pavia, 1934.
- BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, Le obbligazioni (dalle lezioni)*, IV Ristampa corretta delle lezioni a cura di Giuliano Bonfante e Giuliano Crifò, Milano, 1979.
- BOVE, L., *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, in *Labeo*, I, 1955.
- BRINI, G., *L'obbligazione nel diritto romano*, Bologna, 1905.
- BRINZ, A. von, *Begriff der Obligation*, in *Kritisches Blätter civilistischen Inhalts*, 3, Erlangen, 1853.
- BRINZ, A. von, *Der Begriff der obligation*, in *Grünhuts Zeitschrift*, I, 1874.
- BRINZ, A., von, *Lehrbuch der Pandekten*, II.1, Erlangen, 1879.
- BRIGUGLIO, F., «Gaiο Ritrovato». *Le «pagine scomparse» nel Codice Veronese delle Institutiones*, in Atti del convegno «Gaiο Ritrovato». *Le «pagine scomparse» nel Codice Veronese delle Institutiones* (Bologna, 20 giugno 2006), in *Minima epigraphica et papyrologica*, 10, 2007.
- BRIGUGLIO, F., «*Tantum de possessione quaeritur...*». *Gai. 2, 95 e l'acquisto del possesso «per procuratorem»*. *Nuove indagini paleografiche sulla lacuna contenuta nel folium 86v del manoscritto veronese “Codex XV (13)”*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, Milano, 2007.
- BRUTTI, M., *Il diritto privato dell'antica Roma*, Torino, 2011.
- BUCHKA, H., *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, Rostock – Schwerin, 1852.
- BUSCH, F., *Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter*, Heidelberg, 1860.
- BURDESE, A. (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova

2006.

CABRILLAC, M., *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale* in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, 1978.

CACACE, S., *La scelta solo alla madre, il risarcimento anche al padre: cronache di una nascita indesiderata*, nota a Cass. Civ., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Danno e responsabilità*, 2006.

CACCIALUPI, J. B., *De pactis*, in *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii tum Cæsarei Juris Facultate Jurisconsultorum De Contractibus licitis*, Venezia, all'insegna dell'aquila che si rinnova, 1584.

CAEMMERER, E., von, *Das Problem des Drittschadensersatzes*, in *ZHR*, 127 (1965).

CAEMMERER, E., von *Verträge zugunsten Dritter*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1978.

CALASSO, F., *Medioevo del diritto. I. Le fonti* (unico pubblicato), Milano, 1954.

CALESTRANG, S., *La relativité des conventions*, Th. Toulouse, 1939;

CALORE, A., *“Per Iovem lapidem” alle origini del giuramento: sulla presenza del “sacro” nell’esperienza giuridica romana*, Milano, 2000.

CAMODECA, G., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp): edizione critica dell’archivio puteo-lano dei Sulpicii*, Roma, 1999.

CANARIS, C. W., *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in *Festschrift für K. Larenz zum 80 Geburtstag*, München, 1983.

CANARIS, C. W., *Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten*, *ZHR* 163 (2000).

CANNATA, C. A., *La distinctio re-verbis-litteris-consensu et le problèmes de la pratique (Etudes sur les obligations, I)*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow*, Berlin, 1970.

CANNATA, C. A., *Sulla “divisio obligationum” nel diritto romano repubblicano e classico*, in *IURA*, 21, 1970.

CANNATA, C. A., *‘Creditum’ e ‘obligationes’*, in *Labeo*, 20, 1974.

CANNATA, C. A., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dottrinario e pratico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 4, Bologna, 1974.

- CANNATA, C. A., *Le definizioni romane dell'«obligatio». Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, 1978.
- CANNATA, C. A., *Le disavventure del capitano J. P. Vos*, in *Labeo*, 41, 1995 = *Scritti scelti di Diritto Romano* (a cura di L. Vacca), 2, Torino, 2012.
- CANNATA, C. A., *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto. Discipline privatistiche*, 12, Torino, 1995.
- CANNATA, C. A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996.
- CANNATA, C. A., *Profili romanistici*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, (a cura di L. Vacca), Torino, 2001 = *Scritti scelti di Diritto Romano* (a cura di L. Vacca), 2, Torino, 2012.
- CAPPELLINI, P., v. *Rappresentanza (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 38, Milano, 1987.
- CARDILLI, R., *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II a. C. - II d. C.)*, Milano, 1995.
- CARIOTA – FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966.
- CARTWRIGHT, J., VOGENAUER, S., WHITTAKER, S. (sous la direction de), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription: Actes du colloque, St John's College, Oxford, mars 2007, organisé par l'Institute of European and comparative law*, Paris, 2009.
- CARTWRIGHT, J., VOGENAUER, S., WHITTAKER, S. (eds.), *Reforming the French law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (the Avant-projet Catala)*, Oxford, 2009.
- CARUSI, D., *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*, nota a Cass. Civ., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, 1.
- CASTRONOVO, C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976.
- CASTRONOVO, C., *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979.
- CASTRONOVO, C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in oggetto di Luigi Mengoni*, 1, Milano, 1995.
- CASTRONOVO, C., (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II*,

Milano, 2001.

CASTRONOVO, C., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e diritto privato*, 2003.

CASTRONOVO, C., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006.

CASTRONOVO, C. MAZZAMUTO, M., *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.

CATALA, P., *Ouverture*, in *L'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité (Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) le 12 mai 2006)*, in *RDC*, 2007, I.

CHAMPEAU, E., *La stipulation pour autrui en droit français*, Paris, 1893.

CHEVREAU, E., *La lex Rhodia de iactu: un exemple de la réception d'une institution étrangère dans le droit romain* in *TR*, 73, 2005.

CIAN, G., *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *RDC*, 2003, 5.

Codice civile: Quarto Libro: Obbligazioni e contratti: progetto e relazione. Commissione reale per la riforma dei codici, Sottocommissione per il codice civile, Roma, 1936., IV.

COING, H., *Europäisches Privatrecht, I: Älteres Gemeines Recht (1500–1800)*, München 1985.

COLLINET, P., *La nature des actiones, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Paris, 1947

CORNIL, G., *Explication historique de la règle "Alteri stipulari nemo potest"*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo, 1936, 4.

CORTESE, E., *Il rinascimento giuridico medievale*, Roma, 1996.

COSTANZA, M., *Negozio mortis causa o post mortem?*, nota a Cass. Civ., 17 agosto 1990 n. 8335 in *Giustizia Civile*, 1991, I.

COUDERT, J., *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957.

DAHM, H., *Die dogmatischen Grundlagen und tatbestandlichen Voraussetzungen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte*; Köln, 1988.

Decretum Gratiani, emendatum et notationibus illustratum. Una cum glossis, Gregorii XIII. pont. max. iussu editum, Romae, in Aedibus Populi Roamni, 1582.

- DE FEO, V., *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito*, nota a Cass. Civ., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Contratti*, 2010.
- DELLA MASSARA, T., *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, 2, Padova, 2007.
- DELLA MASSARA, T., *Sul responsum di Aristone in D.2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006.
- DELMAS SAINT-HILAIRE, PH., *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, 2000.
- DE MARTINO, F., *Lex Rhodia. Note di diritto romano marittimo*, in *Rivista di Diritto della Navigazione*, 3, Milano, 1938.
- DE MARTINO, F., *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1980.
- DE MARTINO, F., *Lex Rhodia*, in *Diritto e società nell'antica Roma*, 2, Roma, 1982.
- DE ROBERTIS, F., *Lex Rhodia. Critica e anticritica su D. 14. 2. 9*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz cit.*, III, Napoli, 1952 = *Scritti varii di diritto romano*, 1, Bari, 1987.
- DE SIMONE, M., “*Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat*”. Per una lettura di Varro, *De ling. lat.*, 6.74., in *AUPA* 53, 2009.
- DEROUSSIN, D., *La stipulation pour autrui de l'ancien droit français au XIXème siècle, ou comment se débarrasser d'une tradition gênant*, in *Ius Quaesitum Tertio* (a cura di E. J. H. Schrage), Berlin, 2008.
- DESHAYES, O., *Précisions sur la nature et les fonctions de la règle d'effet relatif des contrats* in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, 2008;
- DI CIOMMO, F., *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, nota a Cass. Civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro italiano*, 1999, I.
- DI CIOMMO, F., “*Giurisprudenza – normativa*” e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano, nota a Cass. Civ., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro italiano*, 2010, I.
- DIDACI COVARRUBIAS Y LEYVA, *Variarum ex iure pontificio, regio, et caesareo resolutionum libri III. Didaco Covarruvias a Leyva Toletano, sancti Dominici Archiepiscopo Authore. Cum Indice rerum maxime notabilium, per ordinem Alphabeticum locupletissimo. Post praefationem horum trium librorum Summa capitum ordine reperies.*

- Lugduni, Apud Sebastianum Barptolomaei Honorati, 1557.
- DIDACI COVARRUBIAS Y LEYVA, *Relectio in VI. 1. 18. 2*, in *Opera Omnia*, Antverpiae, 1638.
- DIDIER, PH., *L'effet relatif*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, 2003.
- DI MAJO, A., *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa e diritto privato*, 2000.
- DI MAJO, A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*. nota a Cass. Civ., 22 gennaio 1999, n. 589 in *Corriere giuridico*, 1999.
- DI MAJO, A., MARELLA, M. R., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *RCDP* 1983.
- DI MAURO, N., *Patti successori, donazioni mortis causa e contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante*, nota a Cass. Civ., 17 agosto 1990 n. 8335 in *Giustizia Civile*, 1991, I.
- DIONYSII GOTHOFREDI *Corpus Juris Civilis Romani*, Francofurti, 1602.
- DOLLE, H., *Aussergesetzliche Schutzpflichten*, in *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 1943.
- DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1756.
- DONADIO, N., *Vadimonium e contendere in iure. Tra «certezza di tutela» e «diritto alla difesa»*, Milano, 2011.
- DONDORP, H., *The Reception of Institutes 3. 19. 19 in France*, in *Ex iusta causa traditum; Essays in honour of Eric H. Pool (Fundamina nummer: editio specialis)*, R. van den Bergh (Ed.), Pretoria, 2005.
- DONDORP, H., *Ius Quaesitum tertio in Medieval Canon Law*, in *Ius quaesitum tertio* (a cura di E. J. H. Schrage), Berlin, 2008.
- DONDORP, H., HALLEBEEK, J., *Grotius' Doctrine on acquisitio obligationis per alterum and its Roots in the Legal Past of Europe*, in *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Roma, 2005, 2.
- DÖRNER, H., *Dynamische Relativität. Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten*, München, 1985.
- DUBISCHAR, R., *Inhalt und Schutzbereich von Bewachungsverträgen*, in *NJW*, 1989,

51.

ERNOUT, A., MAILLET, A., *Dictionnaire etymologique de la langue latine*, Paris, 1985.

ESSER, J., WEYERS, H.-L., *Schuldrecht*, II.2, Heidelberg, 2000.

FABRI ANTONII *Pars secunda de erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, Genova, 1622.

FABRI ANTONII *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractatarum*, libro IV, tit. XXXIV, Def. I, Genevae, 1659.

FACHINEI ANDREAE Iurisconsulti Foroliviensis, equitis et comitis Lateranensis, in celeberrimo Pisano Gymnasio Iuris Caesarei professoris ordinarii, *Controversiarum Iuris Libri Decem: Quibus Omnes Fere Questiones Praecipuae; ut sunt, Iudiciales, Contractuum, Ultimarum voluntatum, Feudales, Criminales, & aliae miscellaneae, mira brevitate & perspicuitate discutuntur. Editio postrema ab authore multis additionibus et emendationibus illustrata, et libro Decimo numquam ante hac edito adaucta; typorumque varietate allegationibus à textu separatis, distincta. Adiectis Indicibus Librorum & Capitum; Rerum & sententiarum locupletissimis*, Colonia Agrippinae, Sumptibus Ioan. Gymnici, & Antonij Hierat, 1614.

FALCONE, G., in “*Obligatio est iuris vinculum*”, Torino, 2003.

FELINI SANDEI *proemium nr. 22*, Lugduni, 1513 – 1514.

FERRAND, F., *Droit privé allemand*, Paris, 1997.

FERRANTI, I., *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano, 2005.

FERRI, G. B., SPADA, P. (a cura di), *L'Avant-projet Catala (progetto di riforma del diritto delle obbligazioni e della prescrizione – artt. 1101/1386 e 2234/2281 del Code Civil – redatto da una Commissione di civilisti francesi diretta da Pierre Catala). Testo, exposé des motifs e traduzione in italiano*, Milano, 2008.

FERRINI, C., *Sulle fonti delle “Istituzioni” di Giustiniano*, in *BIDR*, 13, 1900.

FINAZZI, G., *L'agire per altri nei rapporti obbligatori*, in *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*, Napoli, 2010, pp. 25-253.

FINAZZI, G., *Il contratto a favore di terzo proprio nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, 2, Milano, 2010.

FINKENAUER, T., *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen*

- römischen Recht*, Tübingen, 2010.
- FIKENTSCHER, W., *Schuldrecht*, Berlin, 1997.
- FIKENTSCHER, W., HEINEMANN, A., *Schuldrecht*, Berlin, 2006.
- FLINIAUX, A., *Le "vadimonium"*, Paris, 1908.
- FLOUR, J., AUBERT, J.- L., SAVAUX, É., *Droit Civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, Paris, 2012.
- FLOUR, J., AUBERT, J.- L., SAVAUX, É., *Droit Civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Paris, 2012.
- FLUME, W., *Die Aufhebungsabreden beim Kauf - lex Commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae - und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, in *Festschrift M. Kaser*, München, 1976.
- FORAMITI, F., *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore del sig. Pothier, corredata di note indicanti i cambiamenti fatti dal codice francese e dal codice austriaco*, Venezia, 1833.
- FRANCHINI, L., *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005.
- FRÄNKEL, R., *Die Grundsätze der Stellvertretung bei den Scholastikern*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, einschliesslich der ethnologischen Rechtsforschung*, 27, 1912.
- FRANZONI, M., *Degli effetti del contratto, I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il codice civile. Commentario* (diretto da P. Schlesinger), Milano, 1998.
- FRANZONI, M., *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale* (a cura di E. Gabrielli), Torino, 2006.
- FRENDI, D. M., *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana*, Padova, 2013.
- FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di Diritto Romano, II, Garanzie reali*, Padova, 1963.
- GALGANO, F., VISINTINI, G., *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare : art. 1372-1405 / Francesco Galgano: art. 1372-1386; Giovanna Visintini: art. 1387-1405*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca* (a cura di F. Galgano), Bologna, 1993.
- GALLO, F., *Eredità dei giuristi romani in materia contrattuale*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea (Atti Siena 1989)*, Napoli,

1991.

GALLO, P., voce *Contratto a favore del terzo nel diritto comparato*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, 4, Torino, 1989.

GARIAZZO, A., *Avis de rejet*, Cass. Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, in *JCP*, 2006, I, II 10181.

GAROFALO, L., *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 4, Milano, 2007.

GAUDEMET, J., *Naissance de la notion d'obligation*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, Napoli, 2001.

GERNHUBER, J., *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, Zur Lehre des Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte*, in *Festschrift für Arthur Nikisch*, 1958.

GERNHUBER, J., *Das Schuldverhältnis. Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*, Tübingen, 1989.

GERNHUBER, J., *Handbuch des Schuldrechts, Bd. 8: Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989.

GHESTIN, J., *Introduction (rapport français)* in M. Fontaine, J. Ghestin, *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Paris, 1992.

GHESTIN, J., *La distinction des parties et des tiers au contrat*, *JCP*, 1992, I. 3628.

GHESTIN, J., *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat* (avec le concours de M. Billiau), Paris, 1992.

GHESTIN, J., JAMIN, CH., BILLIAU, M., *La stipulation pour autrui (rapport français)*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Paris, 1992

GHESTIN, J., JAMIN, CH., BILLIAU, M., *Les effets du contrat*, Paris, 2001

GIACHI, C., *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005.

GIOMARO, A. M., *Unde quidam putant (Gai. 3. 91): non solo critica alla bipartizione, non solo traccia dell'evoluzione concettuale di contractus*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano, 2009.

GIRINO, F., *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965.

GOETZ, G., SCHOELL, F., *M. Terenti Varronis De Lingua Latina quae supersunt*, Lipsiae in aedibus B.G. Teubneri MXMX, editio stereotypa, Amsterdam 1964.

GÖMÖRY, N., *Der Vertrag zu Gunsten Dritter. Die Anwendbarkeit gemeinrechtlicher*

- Theorien nach schweizerischem Obligationenrecht. (Art. 128)*, Ulster- Zürich, 1890.
- GORGONI, M., *Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, nota a Cass. Civ., 10 maggio 2002, n. 673, in *Resp. Civ.*, 2003.
- GOUTAL, J.-L., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris., 1981.
- GRIMALDI, M., *Le contrat et le tiers in Mélange en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, 2006.
- GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963.
- GROSSO, G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino³, 1966.
- GUARINO, A., *Diritto Privato romano*, Napoli, ed. 1992.
- GUARINO, A., *Obligatio est iuris vinculum*, in SDHI, LXVI, 2000, pp. 263 e ss = *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, Napoli, 2001, pp. 343 e ss.
- HAGEN, H., *Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik*, Frankfurt am Main, 1971.
- HEIMBACH, C. G. E., *Basilicorum libri LX, Post Annibalis Fabroti curas ope codd. mss. a Gustavo Ernesto Heimbachio aliisque collatorum integriores cum scholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adiecit Carolus Guilielmus Ernestus Heimbach*, VI, *Prolegomena et manuale basilicorum continens*, Lipsiae, 1870.
- HALLEBEEK, J., *Contracts for a third-party beneficiary: a brief sketch from the Corpus Iuris to present-day civil law*, in *Fundamina*, 13 (2), 2007,
- HALLEBEEK, J., *Ius quaesitum tertio in Medieval Roman Law*, in *Ius quaesitum tertio* (a cura di E. J. H. Schrage), Berlin, 2008, pp. 61 – 108.
- HALLEBEEK, J., DONDORP, H., (Edd.), *Contracts for a third-party beneficiary. A historical and comparative account*, Leiden – Boston, 2008.
- HASSEMER, M., *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen. Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht*, Tübingen, 2007.
- HAUPT, G., *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941.
- HELLWIG, K., *Die verträge auf Leistung an Dritte*, Leipzig, 1879 (Aalen 1968).
- HENKE, H.-E., *Die sogenannte Relativität des Schuldverhältnisses*, Berlin, 1989.
- HENN, T., *Zur Daseinsberechtigung der sogenannten "Drittschadensliquidation"*, Berlin, 2011.

HOFSTETTER, J., *Direkte Wirkungen indirekter Stellvertretung*, in *Mélanges Wubbe*, Fribourg, 1993.

HOLTZENDORFF, F. von, KOHLER J. (Hrsgg.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, I, München – Leipzig, 1904.

HONSELL, H., *Quod interest im bonae fidei iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969.

HUGUENEY, P., *De la responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Thèse, Dijon, 1910.

HUET, J., *Observations sur la distinction entre la responsabilité contractuelle et delictuelle dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations*, in *L'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité (Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) le 12 mai 2006)*, RDC, 2007, I.

HUGONIS DONELLI *Commentariorum juris civilis*, in *Opera Omnia*, 3, Lucae, 1763.

HUGONIS GROTII *De iure belli ac pacis*, Parigi, 1625, (trad. tedesca Tübingen, 1995).

HUVELIN, P., *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929.

IASONIS DE MAYNO, *Excellentissimi iuris vtriusq[ue] doctoris domini Iasonis de Mayno Lectura insignis super secu[n]da parte. ff. noui*, Venetijs, Pincius Mantuanus, 1514.

IASONIS DE MAYNO *In secundam Digesti Novi partem*, Lugduni, 1581.

IORATTI, E., *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*, nota a Cass. Civ., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Corriere Giuridico*, 1994.

Iustiniani sacratissimi Principis Imperialium civiliumque Institutionum libri Quatuor ad veterum ac elimatissimorum exemplarium fidem tandem expurgati, doctissimisque Accursij caeterorumque Iurisperitorum praecipue vero Egidij Perrini Officialis a Iosayo interpretationibus, additionibusque suis locis insertis adaucti. Adiectis etiamnum ipsius Iustiniani vita amplissima singulariumque locorum Indice quae facillimo in legum studiosorum gratiam iam nunc prodeunt. Ex officina Iacobi Giuntae Bibliopolae Lugduni in vico mercuriali.

IZORCHE, M. – L., *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 L. Vacca), Torino, 2001.

JACOBI CUJACII *Commentariorum In Digesta*, in *Opera ad parisiensem Fabrotianam*

- editionem diligentissime exacta auctiora atque emendatoria in tomos 10*, Prato, 1864.
- JHERING, R. von, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 4, 1860/1861.
- JHERING, R. von, *Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in *Jherings Jahrbücher*, 10, 1871.
- JHERING, R. von, *Die active Solidarobligation*, in *Jherings Jahrbücher*, 24, 1886.
- JOHANNIS FABRI, *In Institutiones commentarii*, Lugduni, 1557.
- JÖRS, P., KUNKEL, W., *Römisches Privatrecht*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949.
- JOURDAIN, P., *Faut-il recodifier le droit de la responsabilité civile?*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, 2006.
- JOURDAIN, P., *La nature de la responsabilité civile dans le chaîne de contrats après l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juill. 1991*, D. 1992, 149.
- JOURDAIN, P., *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. La Cour de Cassation consacre en Assemblée plénière le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle*, note à Cour de Cassation, ass. plén., 6 oct. 2006, *RTDciv*, 2007, 123.
- KASER, M., *Periculum locatoris*, in *ZSS*, 74, 1957.
- KASER, M., *Das römische Privatrecht*, München, 1971.
- KASER, M., *Die Stipulationsklausel " quanti ea res erit "*, in *ZSS*, 90, 1973.
- KASER, M., *Zur Interessebestimmung bei den sog. unechten Verträgen zugunsten Dritter*, in *Festschrift für Enwin Seidl zum 70. Geburtstag*, Köln, 1975.
- KASER, M., *Studien zum römisches Pfandrecht II*, in *TR (Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis)*, 46, 1979 = Id., *Studien zum römisches Pfandrecht*, Napoli, 1982.
- KAUFMANN, H., *Rezeption und Usus modernus der actio legis Aquiliae*, Köln – Graz, 1958.
- KNAUS, M., *Die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter nach römischem Rechte*, Berlin, 1875.
- KNÜTEL, R., *Contrarius consensus*, *Studien zur Vertragsaufhebung im römisches recht*, Köln – Graz, 1968.
- KOHLER, J., *Annahme und Annahmeverzug*, in *Jherings Jahrbücher*, 17, 1879.
- KOSCHAKER, P., *Europa und das römische Recht*, München, Berlin, 1947.

- KÖTZ, H. *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, 1996.
- KÖTZ, H., “*Rights of Third Parties*”. *Third Party Beneficiaries and Assignment*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, 13, Tübingen, 1992.
- KÖTZ, H. PATTI, S. *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006.
- KRASSER, R., *Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter. Untersuchungen zum Delikt und Wettbewerbsrecht Deutschlands, Frankreichs und Belgiens*, Köln, 1971.
- KRELLER, H., *Lex Rhodia. Untersuchungen zur quellengeschichte des römischen Seerechtes*, in *ZHR (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht)*, 85, Stuttgart, 1921.
- KRELLER, H., *Kritische Digestenexegesen zur Frage des Drittschadensersatzes*, in *ZSS*, 66, 1948.
- KRELLER, H., *Römisches Recht II (Grundlehren des gemeinen Rechts)*, Wien, 1950.
- KRESS, H., *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929.
- KÜBLER, B., *Ferrini, Contardo, Sulle fonti delle 'Istituzioni' di Giustiniano* (recensione), in *ZSS*, 23, 1902.
- LACHMANN, K., *Zu Varro de Lingua Latina über pecus und über spondere*, in *Rheinisches Museum*, 6, 1839.
- LAMBERTI, F., «*Mulieres*» e vicende processuali fra repubblica e principato: ruoli attivi e ‘presenze silenziose’, in *Index*, 40, 2012.
- LAMBO, L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.
- LANDO, O. BEALE, H. (a cura di) *Principles of European Contract Law Part I and II*, The Hague, 2000.
- LANGE, H., “*Alteri stipulari nemo potest*” bei Legisten und Kanonisten, in *ZSS*, 73, 1956.
- LANOTTE, A., *L’obbligazione del medico dipendente è un’obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, nota a Cass. Civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro italiano*, 1999, I.
- LANTELLA, L., *Note semantiche sulle definizioni di «obligatio»*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971.
- LARENZ, K., *Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen*, in *NJW*, 1960, n. 77.

- LARENZ, K., CANARIS, C. W., *Lehrbuch des Schuldrechts*, II.2, München, 1994.
- LARROUMET, CH., *Les operation juridiques a trois personnes*, Th. Bordeaux, 1968.
- LEBORGNE, F., *L'action en responsabilité dans le groupes de contrats, étude de droit interne et de droit international privé*, thèse Rennes, 1995.
- LENEL, O., *Das edictum perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 3. ed., 1927.
- LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora*, Graz, 1960.
- LEONHARD, R., *Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten*, Leipzig, 1892.
- LISANTI-KALCZYNSKI, C., *L'action directe dans les chaînes de contrats? Plus de 10 ans après l'arrêt Besse*, in JCP 2003, I, 102.
- LISERRE, A., *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, nota a Cass. Civ., 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corriere giuridico*, 2006.
- LORENZ, W., *Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse*, in JZ, 1960, pp. 108 e ss.
- MAGAGNA, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici: per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra i coniugi*, Padova, 2002.
- MAGDELAIN, A., *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris, 1943.
- MAGDELAIN, A., *L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain*. In *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain. Publications de l'École Française de Rome*, 133, Roma, 1990.
- MAGGIOLI, M., *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Rivista di diritto civile*, 2001.
- MAINGUY, D., *Actualité des actions directes dans le chaînes de contrats in Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Paris, 2005.
- MAJELLO, U., v. *Contratto a favore del terzo*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, 4, Torino, 1989.
- MAJELLO, U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962.
- MALAURIE, PH., AYNES, L., STOFFEL- MUNCK, PH., *Les obligations*, Paris, 2003.
- MANTELLA, A., *Diritto privato romano. Lezioni. Vol. I e II*, Torino, 2009.

- MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999.
- MARCHI, A., *Le definizioni romane dell'obbligazione*, in *BIDR*, 19, 1916.
- MARKESINIS, B. UNBERATH, H. JOHNSTON, A. *The german Law of Contract. A Comparative Treatise*, Oxford and Portland, 2006.
- MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, ed. 1994.
- MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, ed. 2006.
- MARRONE, M., *Dominus litis*, in *AUPA*, 53, 2009.
- MATTIOLI, F., *Il contratto a favore di terzo. Spunti per una comparazione diacronica dal diritto romano al "Draft Common Frame of Reference"*, in *Rivista di diritto romano*, 10, 2010 = *Revista internacional de Derecho Romano*, 6, 2011.
- MAZEUD, D., *La politique contractuelle de la Cour de Cassation*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, 2006.
- MAZEAUD, D., *Le régime de l'indemnisation du tiers victime d'un préjudice causé par l'inexécution d'un contrat*, note à Cour de Cassation, ass. plén., 6 oct. 2006, *RDC*, 2007, I, 269.
- MAZEAUD D., *Le contrat et le tiers: nouvelle leçon et nouvelle présentation* in *Leçons de Droit Civil. Mélanges à l'honneur de François Chabas*, Bruxelles, 2011.
- MEDICUS, D., *Id quod interest: Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln, Graz, 1962.
- MEDICUS, D., *Recensione a A. Watson, The Law of Obligations in Later Roman Republic*, Oxford, 1965, in *ZSS*, 83, 1966.
- MEDICUS, D., *Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil*, 1998.
- MEDICUS, D. LORENZ, S., *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, München, 2012.
- MELILLO, G., *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano²*, Napoli, 1994.
- MEMMO, D., *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impresa*, 2004, 2.
- MESSINEO, F., v. *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enciclopedia del diritto*, 10, Milano, 1962.
- MICELI, M., *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*, I, Milano, 2008.

- MILAZZO, R. (ed), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana (Atti Copanello 1988)*, Napoli - Roma, 1990.
- MOMMSEN, Fr., *Beiträge zum Obligationenrecht, I, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853.
- MOSCARINI, L. V., *Il contratto a favore di terzi*, in *Il Codice Civile. Commentario* (a cura di D. Busnelli), Milano, 2012.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsches Reich, II. Recht des Schuldverhältnisse*, Berlin, 1888.
- MUGDAN, B., *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2: Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899 = *Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (A. Achilles, A. Gebhard, P. Spahn), *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1: Allgemeiner Theil*, Berlin, 1897.
- NERET, J., *Le sous contrat*, Paris, 1979.
- NEUNER, J., *Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen*, in *JZ* 1999.
- OESTMANN, P., *The Unification of Law via the Institution of Jurisdiction in the 19th Century: Commercial Law before the High Court of Appeal of the Four Free Cities of Germany*, in *Juridica International*, 16, 2009.
- OETKER, H., *Versendungskauf, Frachtrecht und Drittschadensliquidation*, in *JuS*, 2001.
- ORESTANO, R., *Del problema del diritto romano e della sua storicità*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 29, 1985.
- ORESTANO, R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961.
- OSUCHOWSKI, W., *Appunti sul problema del «iactus» in diritto romano*, in *IURA*, 1, 1950.
- OTTE, G., *Dialektik und Jurisprudenz, Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, in *Ius commune SH*, 1, Frankfurt am Main, 1971.
- PACCHIONI, G., *I Contratti a favore di terzo. Studio di diritto romano, civile e commerciale*, Padova, 1933.
- PACCHIONI, G., *Se l'art. 1128 al 1. del codice civile contenga una eccezione al principio della nullità dei contratti a favore di terzi*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1909, 1.

- PACIFICI – MAZZONI, E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5, Firenze, 1873.
- PALANDT, O. (sotto il nome di), *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar mit Nebengesetzen*, München, ed .2014.
- PALMIERI, A., *Danno da nascita indesiderata e responsabilità del medico per omessa informazione su malformazioni del feto*, nota a Trib. Perugia, 7 settembre 1998, in *Foro italiano*, 1999, I.
- PANORMITANI *ad proemium nr. 25*, Lugduni, 1509 – 1510.
- PANORMITANI *Secunda In Secundum Decretalium*, Lugduni, Melchior et Gaspar Trechsel, 1539.
- PARADISO, M., *La responsabilità medica: dal contratto al torto*, in *Rivista di diritto civile*, 2001.
- PARENTI, L., “*Lex Publilia de sponsu*” e “*Lex Poetelia Papiria de nexis*”: un’ipotesi di connessione, in *Labeo*, 48, 2002.
- PASTORI, F., *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna, 1994.
- PAULI CASTRENSIS, *Secundam super Digesto Novo*, Lugduni, 1527.
- PENNITZ, M., *Ius quaesitum tertio: German Legal Doctrine and Practice in the 18th and 19th Century*, in *Ius Quaesitum Tertio* (a cura di E. J. H. Schrage), Berlin, 2008.
- PERNICE, A., *Labeo. Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit*, Halle, III/1, 1892.
- PINORI, A., *Contratto con effetti protettivi a favore del terzo e diritto di nascere sano*, nota a Cass. Civ., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1.
- POTHIER, J., *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris – Orleans, 1764.
- PRINCIGALLI, A. M., *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983.
- PRINGSHEIM, F., *Id quod actum est*, in *ZSS*, 78, 1961.
- PREISNER, M., *Das gesetzliche mittreuhänderische Schuldverhältnis kraft gemeinsamer Elternschaft. Ein Beitrag zur gegenwärtigen Dogmatik des Familienrechts*, Tübingen, 2014.
- PROCCHI, F., *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005.
- PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990.

- PUHLE, W., *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation*, Frankfurt am Main, 1989.
- PURPURA, G., *Il regolamento doganale di Canno e la Lex Rhodia in D. 14. 2. 9*, in *AUPA*, 38, 1985.
- PURPURA, G., *Ius naufragi, sylai e lex Rhodia. Genesi delle consuetudini marittime mediterranee*, in *AUPA*, 47, 2002.
- RABEL, E., *Unmöglichkeit der Leistung: Eine kritische Studie zum bürgerlichen Gesetzbuch (Sonderdruck aus der E.I. Becker zum 16. August 1907 gewidmeten Festschrift: Aus römischem und bürgerlichem Recht)*, Weimar, 1907.
- RAMPENBERG, R.-M., *Brève perspective comparative sur les destinées de la règle «alteri stipulari nemo potest» in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, 2003.
- REGELSBERGER, F., *Unger, Dr. Joseph, k. k. Hofrath und Professor an der Universität Wien, die Verträge zu Gunsten Dritter, in seinen und Jhering's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. X. Abh. 1 und im Sonderabdruck, Jena 1869 (recensione)*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 11, 1869, pp. 559 – 568.
- REICHARD, I., *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln, 1993.
- RIARIO SFORZA, M., *Evoluzione e prospettive della responsabilità del medico*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006.
- RICCOBONO, S., *Lineamenti della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *AUPA*, 14, 1930.
- ROBAYE, R., *Sanction judiciaire du contrat de gage en droit romain classique*, in *RIDA*, 34, 1987.
- RODIERE, R., TALLON, D., *Les Effets du contrat dans les pays du Marché commun*, Paris, 1983.
- ROMANO, E., *Responsabilità medica da nascita indesiderata*, nota a Corte App. Perugia, 24 maggio 2000, in *Rassegna giuridica umbra*, 2000.
- ROSSETTI, G., *Le obbligazioni in solido. Modelli romani e disciplina attuale*, Napoli, 2013.
- ROSSI, S., *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Digesto delle discipline*

- privatistiche, sezione civile, Appendice di aggiornamento V*, Torino, 2010.
- RÜCKERT, J., SCHMOECKEL, M., ZIMMERMANN, R. (Hrsg.), *Historisch – kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen, 2012.
- SACCO, R., DE NOVA, G., *Il contratto a favore di terzo*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), 10, Torino, 2002.
- SACCO, R., DE NOVA, G., vol. *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), 10, Torino, 2002.
- SACCO, R., *Il contratto a favore di terzo*, in *Trattato di diritto civile* (a cura di R. Sacco, G. De Nova), 2, Torino, 2004.
- SÄCKER, F. J., RIXECKER R. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, ed. 2007.
- SÄCKER, F. J., RIXECKER R. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, ed. 2012.
- SANTORO, R., *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA* 37, 1983.
- SANTORO, R., *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale* in *IAH*, 1, 2009.
- SAVATIER, R., *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, *RTDciv*, 1934.
- SAVAUX, É., *Brèves observations sur la responsabilité contractuelle dans l'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité* in *L'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité (Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) le 12 mai 2006)*, *RDC*, 2007, I.
- SAVIGNY, F. K. von, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, 2, Berlin, 1853.
- SCHERILLO, G., *Le definizioni romane delle obbligazioni* in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, 1971.
- SCHERMAIER, M. J., *Contracts for the Benefit of a Third Party in German Law*, in *Ius quaesitum tertio*, Berlin, 2008.
- SCHLOSSMANN, S., *Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte: ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung*, Lipsia, 1881.
- SCHMIDLIN, B., *Il consensualismo contrattuale tra nomina contractus e bonae fidei iudicia*, in L. Vacca (cur.), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del*

- diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, Padova, 2008.
- SCHROETER, H. - U. von, *Die Drittschadenliquidation in europäischen Privatrechten und im deutschen Kollisionsrecht*, Frankfurt, 1995.
- SCHULZ, F., *Prinzipien des römischen Rechts*, München und Leipzig, 1934.
- SCHULZE, R. ZIMMERMANN, R. *Europäisches Privatrecht*, Baden-Baden, 2012
- SCHWARZ, F., *Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht*, in *AcP (Archiv für die civilistische Praxis)*, 152, 1952 - 1953.
- SCIALOJA, V., *Dissensiones Dominorum (Cod. Chis. E. VII, 211)*, in *Studi Giuridici*, 2, Roma, 1934.
- SCOZZAFAVA, O. T., v. *Contratto a favore di terzi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 9, Roma, 1988.
- SESTA, M., *Interesse, causa e motivi nella stipulazione a favore di terzo*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, 3, Milano, 1994.
- SIBER, H., *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung. Römisches Privatrecht*, 2, Berlin, 1928.
- SJÖGREN, H., *Über die römische Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden*, Berlin, 1896.
- SOTTY, R., *Recherches sur les "Actiones utiles". La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977.
- STAHL, M., *Zur Dritthaftung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und öffentlich bestellten Sachverständigen*, Lang, 1989.
- STAUDINGER, J. von (fondato da), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 243-254, Berlin, ed. 1983.
- STAUDINGER, J. von (fondato da), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 243-254, Berlin, ed. 2009.
- STARCK, B., *Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui*, in *JCP* 1954, I, 1180.
- STAUB, H., *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschrift*

- zum den XXVI Deutschen Juristentag, 1902.
- STOLL, H., *Abschied von der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 136, 1932.
- STOLFI, E., *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio*, 2, Milano, 2001.
- TALAMANCA, M., *Lo schema 'genus species' nelle sistematiche dei giuristi romani in Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)*, 2, Roma, 1977.
- TALAMANCA, M., *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*; in *Le droit romain et sa réception en Europe*, Varsovie, 1978.
- TALAMANCA, M., v. *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, 29, Milano, 1979.
- TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- TALAMANCA, M., *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in "Contractus" e "pactum". *Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della "littera florentina" (Copanello, 1 - 4 giugno 1988)*, Napoli - Roma, 1990.
- TALAMANCA, M., *Conventio e stipulatio*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea (Atti Siena 1989)*, Napoli, 1991.
- TALAMANCA, M., *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Torino, sez. 4, 1995.
- TALAMANCA, M., *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano (Atti Copanello 1996)*, Napoli, 1996.
- TALAMANCA, M., *L'«aequitas» nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in G. Santucci (cur.), "Aequitas". *Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Convegno, Trento 11 e 12 aprile 2002*, Padova, 2006.
- TALAMANCA, M., *Diocl. et Max. C. 8. 54. 3 = FV. 286: «donatio sub modo», «datio ob rem» e contratto a favore di terzi*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, 6, Milano, 2010.
- TAMPONI, M., *Il contratto a favore di terzo*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da M.

- Bessone), Torino, 2000.
- TARTUFARI, L., *Dei contratti a favore di terzi*, Verona, 1889.
- TEYSSIE, B., *Le groupes des contrats*, Paris, 1975.
- THIENE, A., *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, I.
- THÖL, H., *Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der vier freien städte Deutschlands*, Göttingen, 1857.
- TUHR, A., *Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen. Überarbeitung eines am 17. März 1897 in der Wiener juristischen Gesellschaft gehaltenen Vortrags*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 25, 1898.
- TURELLI, G., *“Audi Iuppiter”. Il collegio dei feziali nell’esperienza giuridica romana*, Milano, 2011.
- UGOLINO DE’ PRESBITERI, *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum*, Ed. Haenel, Lipsia, 1834.
- UNGER, J., *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, in *Jahrbücher für die Dogmatik*, 10, pp. 1-160.
- VALIÑO, E., *Actiones utiles*, Pamplona, 1974.
- VARANESE, G., *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004.
- VARANESE, G., *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Torino, 2012.
- VASSALLI, F. E., *“Dies vel condicio”*: lineamenti della dottrina romana della condizione, in *BIDR*, 27, 1914.
- VAZNY, J., *Appunti alla dottrina classica dei contratti a favore dei terzi*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo, 1936, 4.
- VECCHI, P. M., *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*, 2001, Torino.
- VETTORI, G., *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, 1995.
- VINEY, G., *La responsabilité du débiteur à l’égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle*, note à Cour de Cassation, ass. plén., 6 oct. 2006, D. 2006, III.

- VINEY, G., *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Paris, 2008.
- VIOLLET, V., *Precis de l'Histoire du Droit français*, Parigi, 1905, (3^e ed. ristampata con il titolo *Histoire du droit civil français*, Aalen, 1966).
- Vocabularium iurisprudentiae romanae iussu instituti savignani*, Berolini, 1903.
- VOCI, P., *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946.
- VOCI, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 2004.
- VOGENAUER, S., *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,
- VOGENAUER, S., *Les effets du contrat à l'égard des tiers: regards comparatistes sur l'Avant-projet* in *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription: Actes du colloque*, St John's College, Oxford, mars 2007, organisé par l'Institute of European and comparative law, sous la direction de J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker, Oxford, 2010;
- WACKE, A., *Zur Lehre vom "pactum tacitum" und zur Aushilfsfunktion der "exceptio doli"*. *Stillschweigender Versicht und Verwirkung nach klassischen Recht (I)*, in *ZSS*, 90, 1973.
- WAGNER, H., *Die Lex Rhodia de iactu*, in *RIDA*, 44, 1997.
- WALLINGA, T., *The Casus Codicis of Wilhelmus de Cabriano* [Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 182], Frankfurt am Main, 2005.
- WEILL, A., *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Th. Strasbourg, 1938;
- WESEL, U., *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, in *ZSS*, 85, 1968, pp. 94 – 172.
- WESEMBERG, G., *Der Anspruch des drittbedachten bei einer modalen Schenkung nach Fr. Vat. 286*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, I, Napoli, 1953.
- WESEMBERG, G., *Verträge Zugunsten Dritter*, Weimar, 1949.
- WESENER, G., *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Wien, Köln, Graz, 1985.
- WIEACKER, F., *Εὐδόκησις und Kauf mit fremdem Geld*, in *ZSS*, 51, 1931.

- WIEACKER, F., *Iactus in tributum nave salva venit (D. 12. 2. 4 pr). Exegesen zur lex Rhodia de iactu*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano, 1953 = Id. «*Iactus in tributum nave salva venit*» D. 12. 2. 4 pr. *Esegesi della «lex Rhodia de iactu»*, in *Nuova Riv. Dir. Comm. Dir. Dell'Econ. Dir. Soc.*, 4, 1951.
- WIELING, H., *Drittwirkungen des Mandats und ähnlicher Rechtsverhältnisse, in Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht* (a cura di D. Nörr, S. Nishimura), Berlin, 1993.
- WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Düsseldorf, ed. 1865
- WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Düsseldorf, ed. 1875
- WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Frankfurt, ed. 1887.
- WINTGEN, R., *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les contrats en droit français et en droit allemand*, Paris, 2004.
- WOLF, J. G., *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: die Streitbeilegung zwischen "L. Faenius Eumenes" und "C. Sulpicius Faustus"*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, 6.
- WOLFF, C., *Institutiones iuris naturae et gentium*, Halle, 1750.
- WUBBE, F. "Benigna Interpretatio" als Entscheidungskriterium, in *Festgabe für A. Herdlitzka*, München – Salzburg, 1972.
- ZENO ZENCOVICH, V., *Il danno al nascituro*, nota a Cass. Civ., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I.
- ZIEGLTRUM, A., *Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, Frankfurt am Main, 1992.
- ZIMMERMANN, E., *Über die Verbindlichkeit desjenigen, der mit einem Commissionär, ohne daß dabei des Commissionsverhältnisses Erwähnung geschah, contrahirt hat, zum Ersatze des aus seiner Vertragswidrigkeit dem Committenten erwachsenen Schadens*, in *Neues Archiv für Handelsrecht*, 1, 1858.
- ZIMMERMANN, R., *The law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996.
- ZIMMERMANN, R. *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, 2005.

ELENCO DELLE FONTI CITATE

I. FONTI ANTICHE	4. 184
a. FONTI GIURIDICHE	4. 185
<i>LEX XII TABULARUM</i>	4. 189
2, 2	<i>PAULI SENTENTIAE</i>
5, 9	2, 3
6, 2	2, 7, 1
8, 2	5, 2, 2
GAIO	5, 7, 2
<i>Institutiones</i>	<i>FRAGMENTA VATICANA</i>
2. 104	286
2. 95	<i>COLLATIO LEGUM MOSAICARUM</i>
3. 88	<i>ET ROMANARUM</i>
3. 89	2. 6. 1
3. 91	<i>EPITOME GAI</i>
3. 92	2, 9, 3 – 4
3. 93	2, 9, 13, 1
3. 94	<i>CORPUS IURIS CIVILIS</i>
3. 95a – 96	<i>Codex repetitae praelectionis</i>
3. 100	C. 2. 3. 26
3. 102	C. 3. 36. 6
3. 103	C. 3. 42. 8
3. 105	C. 4. 10. 5
3. 106	C. 4. 11. 1
3. 107	C. 4. 27. 1 pr – 1
3. 108	C. 4. 32. 19
3. 135	C. 4. 47. 1
3. 136	C. 4. 50. 6. 3
3. 158	C. 5. 12. 19 pr
3. 168	C. 5. 12. 26
3. 174	C. 5. 14. 4
3. 190	C. 5. 14. 7
4. 2	C. 8. 37. 3
4. 16	C. 8. 37. 10
4. 33	C. 8. 37. 11
4. 50	C. 8. 38. 1
4. 91	
4. 94	
4. 136	

C. 8. 38. 3
C. 8. 37. 15
C. 8. 39. 3 pr
C. 8. 53. 22
C. 8. 54. 3
C. 8. 55. 3

Digesta

D. 1.3.14
D. 1. 3. 1
D. 2. 5. 3
D. 9. 2. 54
D. 9. 2. 55
D. 2. 10. 1. 3
D. 2. 10. 3. 1
D. 2. 11. 14
D. 2. 14. 1. 3 - 4
D. 2. 14. 2
D. 2. 14. 6
D. 2. 14. 7 pr – 2
D. 2. 14. 7. 4
D. 2. 14. 27. 1
D. 2. 14. 40. 3
D. 2. 14. 62
D. 2. 11. 14
D. 3. 5. 27
D. 4. 3. 18. 5
D. 4. 8. 42
D. 5. 1. 57
D. 5. 3. 14
D. 8. 1. 4 pr
D. 9. 2. 22 pr
D. 11. 3. 14. 6
D. 11. 3. 14. 7
D. 12. 1. 9. 4
D. 13. 7. 13 pr – 1

D. 14. 2. 1
D. 14. 2. 2 pr
D. 14. 2. 2. 1
D. 14. 2. 2. 2
D. 14. 2. 2. 3
D. 14. 2. 2. 5
D. 14. 2. 2. 6
D. 14. 2. 4 pr – 1
D. 14. 2. 5 pr
D. 14. 2. 7
D. 14. 2. 9
D. 14. 5. 4. 2
D. 15. 1. 9. 6
D. 15. 1. 51
D. 16. 3. 1. 11
D. 16. 3. 16
D. 16. 3. 31. 1
D. 17. 1. 8. 3
D. 17. 1. 8. 10
D. 17. 1. 14
D. 17. 2. 19 – 23
D. 18. 1. 35. 4
D. 18. 4. 21
D. 18. 6. 8 pr
D. 19. 1. 13. 8
D. 19. 1. 13. 12
D. 19. 1. 13. 30
D. 19. 2. 25. 5
D. 19. 2. 25. 8
D. 19. 2. 7
D. 19. 2. 8
D. 19. 2. 60. 2
D. 19. 5. 5 pr
D. 19. 2. 43
D. 20. 5. 7 pr
D. 21. 2. 31
D. 21. 2. 38

D. 23. 3. 43. 1
D. 23. 4. 9
D. 23. 4. 23
D. 23. 4. 26. 4
D. 23. 4. 29. 2
D. 24. 3. 45
D. 26. 8. 13
D. 36. 1. 61. 1
D. 38. 1. 37 pr
D. 40. 7. 9. 2
D. 44. 7. 1 pr
D. 44. 7. 2 pr
D. 44. 7. 5 pr - 6
D. 44. 7. 3 pr
D. 44. 7. 7
D. 44. 7. 11
D. 44. 7. 14
D. 44. 7. 42. 1
D. 44. 7. 52 pr
D. 44. 7. 52. 2
D. 45. 1. 1 pr
D. 45. 1. 1. 2
D. 45. 1. 1. 6
D. 45. 1. 2 pr
D. 45. 1. 5. 1
D. 45. 1. 68
D. 45. 1. 38 pr – 2
D. 45. 1. 38. 17
D. 45, 1, 38, 20
D. 45. 1. 45. 2
D. 45. 1. 57
D. 45. 1. 74
D. 45. 1. 75 pr
D. 45. 1. 75. 8
D. 45. 1. 81 pr - 1
D. 45. 1. 83 pr
D. 45. 1. 110 pr

D. 45. 1. 118. 2
D. 45. 1. 126. 2
D. 45. 1. 134. 2
D. 45. 1. 137 pr
D. 45. 2. 1
D. 45. 2. 6. 3
D. 45. 2. 12 pr
D. 46. 1. 36
D. 46. 2. 68
D. 46. 3. 82
D. 47. 2. 14 pr
D. 47. 2. 68
D. 47. 2. 81 pr
D. 49. 14. 1 pr
D. 50. 16. 5. 1
D. 50. 16. 10
D. 50. 16. 11
D. 50. 16. 12 pr
D. 50. 16. 19
D. 50. 16. 54
D. 50. 16. 55
D. 50. 16. 71. 1
D. 50. 16. 108
D. 50. 16. 218
D. 50. 17. 31
D. 50.17.141 pr.
D. 50. 17. 73. 4
D. 50. 17. 171

Institutiones

I. 2. 9. 5
I. 3. 13 pr
I. 3. 13. 2
I. 3. 15. 4
I. 3. 15. 7
I. 3. 19. 3

I. 3. 19. 4
I. 3. 19. 5
I. 3. 19. 13
I. 3. 19. 19
I. 3. 19. 21
I. 3. 19. 25
I. 3. 27
I. 4. 6. 1

FONTI POSTGIUSTINIANEE

Theophili Institutionum Paraphrasis

2. 9. 5
4. 6. 1b.

BASILICI

15. 4. 28
25. 1. 13
28. 8. 43
29. 5. 34
53. 3. 1

Basilicorum Scholia

sch. 4 a Bas. 23.1.11
sch. 6 a Bas. 23.1.11
sch. 2 a Bas. 28.8.43
sch. 6 a Bas. 28.8.43
sch. 1 a Bas. 29.1.113
sch. 1 a Bas. 29.5.21
sch. 2 a Bas. 29.5.21
sch. 7 a Bas. 29.5.24
sch. 8 a Bas. 29.5.24
sch. 12 a Bas. 29.5.24
sch. 14 a Bas. 29.5.24
sch. 1 a Bas. 29.5.34
sch. 1 a Bas. 29.5.37
sch. 2 a Bas. 29.5.37
sch. 1 a Bas. 47.1.55

sch. 1 a Bas. 47.1.72

LEGGI, ISCRIZIONI, DOCUMENTI

Lex de Gallia Cisalpina

22. 1. 31

Tabulae Imitanae

79, 1. 50

B. FONTI LETTERARIE

LUCIO APULEIO

Apologia o Pro se de magia liber
91 – 92
102

MARCO TULLIO CICERONE

de Officiis
3.89

pro Quinctio

22
23
25
51 e ss.

pro Quinto Roscio Comoedo

38

AULO GELLIO

Noctes Atticae

11, 18, 18
16, 10, 8
20, 1, 51

SESTO POMPEO FESTO

De verborum significatu (ed. Lindsay)

Nexum, 160

Praes, 249

Reus, 336

Spondere, 440

Spondere, 441

Bene sponsis, beneque volueris, 476

Vadem, 519

TITO LIVIO

1, 24, 8

2, 23-32

6, 11, 18, 8.9;

15, 9

20, 6

27

31, 4

32, 1

36, 12

MARCO MANILIO

Astronomica

1, 245

AMMIANO MARCELLINO

30. 4. 9

TITO MACCIO PLAUTO

Aulularia

II, 4, 41

Bacchides

II, 2, 2

Curculio

1, 3, 5

Epidicus

V, 2, 21

Rudens

3, 4, 777 – 778

VALERIO PROBO

De notis iuris fragmenta

6. 63: V. F. I. *vadimonium fieri iubere*

MARCO TERENCE VARRONE

De Lingua Latina

6, 69

6, 74

7, 105

C. FONTI EPIGRAFICHE

Tabulae Pompeianae Sulpiciorum

(ed. Camodeca)

3

II. FONTI INTERMEDIE

FONTI GIURIDICHE

Glossa Magna

Gl. *Nihil agit*, I. 3.19.4

Gl. *ut supra*, I. 3.19.19

Gl. *interest*, D. 45.1.38.17

Gl. *excepta*, C. 4.27.1

Gl. *nulla*, C. 4.27.1

Glossa Palatina

Gl. *et per te* ad C. 1, q. 7, c. 9

Gl. *quotiens* a C. 1 q. 7. c. 9

Pisa, *Constitutum Usus*

XI

Statuta Populi et Communis Florentiae

Rubr. XXXIX

Ordenamiento de Alcalá

ley Pareciendo

Ordonnance du Roy concernant les Substitutions (1748)

p. I, artt. 11 – 12

Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (1756)

p. IV, Cap. I, § 13

Art. 1165

Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)

tit. V, p. I, § 75

Codice di Napoleone il Grande pel Regno d'italia (1806)

Art. 1119

Art. 1121

Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819)

Art. 1073

Art. 1075

Codice Civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla (1820)

Art. 1094

Codice Civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna (Codice Albertino) (1837)

Art. 1206

Art. 1208

Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (1865)

§§ 853 ss

§§ 778 ss

Codice Civile per il Regno d'italia (1865)

Art. 1128

Art. 1130

Art. 1629

Art. 1794

Codice di Commercio d'italia (1882)

Art. 388

Art. 449

Progetto Italo-Francese delle Obbligazioni (1927)

Art. 45

III. FONTI MODERNE

a. FRANCIA

Avant-projet de réforme du droit des

obligations et de la prescription (avant-projet Catala)

Art. 1165
Art. 1165 – 1
Art. 1165 – 2
Art. 1666
Art. 1667
Art. 1167 – 1
Art. 1167 - 2
Art. 1168
Art. 1170
Art. 1171
Art. 1171 – 1
Art. 1171 – 2
Art. 1171 – 3
Art. 1171 – 4
Art. 1172
Art. 1172 – 1
Art. 1172 – 2
Art. 1172 – 3
Art. 1342

Code Civil

Art. 869
Art. 1048
Art. 1119
Art. 1121
Art. 1122
Art. 1147
Art. 1150
Art. 1321
Art. 1328
Art. 1363
Art. 1364
Art. 1365
Art. 1366

Art. 1382
Art. 1383
Art. 1386 – 1
Art. 1386 – 7
Art. 1386 – 12
Art. 1743
Art. 2224

Code des Assurances

L. 112-1

Code de l'Aviation Civile

Art. 123

Loi n. 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes

Art. 42

Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile

Art. 1

GERMANIA

Bürgerliches Gesetzbuch

§ 133
§ 135
§ 164
§ 185
§ 241
§ 242
§ 249
§ 251
§ 280

§ 282

§ 283

§ 285

§ 286

§ 311

§ 328

§ 329

§ 330

§ 331

§ 333

§ 334

§ 335

§ 392

§ 447

§ 571

§ 823

§ 826

§ 831

§ 832

§ 824

§ 825

§ 833

§ 834

§ 839

§ 839a).

§ 929

§ 986

§ 556

§ 604

§ 419

§ 1629

Handelsgesetzbuch

§ 25

§ 329

ITALIA

Costituzione della Repubblica

Art. 2

Art. 28

Art. 30

Codice Civile (1942)

Art. 1

Art. 458

Artt. 768 bis - 768 octies

Art. 1173

Art. 1174

Art. 1188

Art. 1218

Art. 1236

Art. 1273

Art. 1333

Art. 1346

Art. 1348

Art. 1411

Art. 1412

Art. 1413

Art. 1419

Art. 1421

Art. 1428

Art. 1439

Art. 1372

Art. 1676

Art. 1689

Art. 1773

Art. 1875

Art. 1891

Art. 1920

Art. 2043

Art. 2901

Art. 2932

Codice di procedura civile

Art. 81

Art. 105

*L. 8 novembre 2012, N. 189 (Legge
Balduzzi)*

Art. 3, I comma

PORTOGALLO

Código Civil Português

Art.443

INTERNAZIONALI

Convenzione di Bruxelles

(29 agosto 1961), Trasporto marittimo
internazionale

Art. 10

ELENCO DELLA GIURISPRUDENZA CITATA

I. SECOLO XIX

GERMANIA

Oberappellationsgericht

(H. Thöl, *Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der vier freien städte Deutschlands*, 1957)

OAG Lübeck, 1828, n. 15

OAG Lübeck, 1831 n. 13

OAG Wolfenbüttel, 24.01.1837

OAG Lübeck, 20. 01. 1885

ITALIA

Cass. Firenze, 18/11/1879

Cass. Torino, 8/09/1882

II. DIRITTO MODERNO

FRANCIA

Cour De Cassation

Ass. Plén. 7 février 1986

Ass. Plén. 12 juil. 1991

Ass. Plén. 17 nov. 2000

Ass. Plén. 13 juill. 2001

Ass. Plén. 6 oct. 2006

Cass. req. 23 févr. 1897

Cass. req. 8 mars 1937

Cass. civ. 22 juill. 1931

Cass. civ. 6 déc. 1932

Cass. civ. 6 févr. 1952

Cass. civ. 17 déc. 1954

Cass. civ. 12 juill. 1956

Cass. Civ. 7 nov. 1962

Cass. Civ. 15 déc. 1965

Cass. civ. 15 oct. 1970

Cass. civ. 18 avr. 1972

Cass. civ. 23 mai 1978

Cass. civ. 9 oct. 1979

Cass. civ. 5 juin 1984

Cass. civ. 8 mars 1988

Cass. civ. 21 juin 1988

Cass. civ. 22 juin 1988

Cass. civ. 31 oct. 1989

Cass. civ. 17 janv. 1995

Cass. civ. 12 avr. 1995

Cass. civ. 7 juin 1995

Cass. civ. 14 nov. 1995

Cass. civ. 3 janv. 1996

Cass. civ. 2 juill. 1997

Cass. civ. 15 déc. 1998

Cass. civ. 5 juin 1999

Cass. civ. 14 décembre 1999

Cass. civ. 18 juill. 2000

Cass. civ. 6 fév. 2001

Cass. civ. 13 févr. 2001

Cass. civ. 28 nov. 2001

Cass. civ. 28 oct. 2003

Cass. civ. 18 mai 2004

Cass. civ. 10 mai 2005

Cass. civ. 20 oct. 2005

Cass. com. 19 juin 1951

Cass. com. 22 oct. 1991

Cass. com., 8 oct. 2002

Cass. com., 5 avr. 2005

Cass. com., 21 juin 2011

Cass. Soc. 2 mars 1972

Cour D'appel

CA Paris, 19 janv. 2005

GERMANIA

Bundesgerichtshof

BGH 10.05.1951

BGH, 23.11.1954

BGH 26.11.1968

BGH 26.11.1968

BGH 25. 11. 1971

BGH 01.10.1975

BGH 11.01.1977

BGH 28.02.1977

BGH 02.11.1983

BGH 26.11.1986

BGH 08.12.1986

BGH 20.04.1989

BGH 02.07.1996

BGH 20. 04. 2004

BGH 06.05.2008

BGH 14. 06. 2012

ITALIA

Corte Di Cassazione

Cass. SS. UU. 26 giugno 2007, n. 14712

Cass. SS. UU. 10 gennaio 2008, n. 577

Cass. Civ. 24 ottobre 1969, n. 3484

Cass. Civ. 21 dicembre 1978, n. 6141

Cass. Civ. 8 marzo 1979, n. 1716

Cass. Civ. 27 marzo 1985, n. 2155

Cass. Civ. 1 marzo 1988, n. 2144

Cass. Civ. 26 marzo 1990, n. 2428

Cass. Civ. 17 agosto 1990, n. 8335

Cass. Civ. 1 febbraio 1991, n. 977

Cass. Civ. 27 maggio 1993, n. 5939

Cass. Civ. 22 novembre 1993, n. 11503

Cass. Civ. 11 aprile 1995, n. 9152

Cass. Civ. 9 ottobre 1997, n. 9810

Cass. Civ. 13 marzo 1998, n. 2750

Cass. Civ. 22 gennaio 1999, n. 589

Cass. Civ. 10 maggio 2002, n. 673

Cass. Civ. 14 luglio 2003, n. 11001

Cass. Civ. 29 luglio 2004, n. 14488

Cass. Civ. 20 ottobre 2005, n. 20320

Cass. Civ. 19 aprile 2006, n. 9085

Cass. Civ. 14 luglio 2006, n. 16123

Cass. Civ. 18 settembre 2008, n. 23844

Cass. Civ. 11 maggio 2009, n. 10741

Cass. Civ. 14 luglio 2009, n. 16382

Cass. Civ. 4 gennaio 2010, n. 13

Cass. Civ. 3 marzo 2010, n. 5067

Cass. Civ. 21 luglio 2011, n. 15992

Cass. Civ. 2 ottobre 2012, n. 16754

Cass. Civ. ordinanza 17 aprile 2014, n. 8940

Corti d'appello

Corte App. Roma, 30 marzo 1971

Corte App. Torino, 24 febbraio 1996

Corte App. Perugia, 24 maggio 2000

Tribunali di Merito

Trib. Perugia, 7 settembre 1998

Trib. Venezia, 10 settembre 2002

Trib. Torino, 26 febbraio 2013

Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013

Trib. Milano, 17 luglio 2014