

Laura Vagni

**IL CONTRATTO A FAVORE DI TERZI
NELLA COMPARAZIONE
«COMMON LAW-CIVIL LAW»:
DALLO «IUS COMMUNE» AL DIRITTO
PRIVATO EUROPEO**

Estratto



Laura Vagni
Dottoranda di ricerca dell'Università di Macerata

Il contratto a favore di terzi nella comparazione « common law-civil law »: dallo « ius commune » al diritto privato europeo

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le origini della *privity of contract* nella ricostruzione della *Law Commission*. — 3. La tutela del terzo beneficiario nei secoli XVI-XVIII. — 4. Sulle tracce della *privity of contract*. — 5. *Segue*: il contributo della *civil law* alla genesi della *privity of contract*. — 6. Alle origini del modello continentale del contratto a favore di terzi. — 7. Le codificazioni del XIX secolo. — 8. *Segue*: l'esperienza francese. — 9. *Segue*: il codice italiano del 1865. — 10. *Segue*: l'esperienza tedesca. — 11. Il contratto a favore di terzi nella prospettiva del diritto privato europeo.

1. — Il tema della stipulazione a favore di terzi è sempre apparso uno dei profili di maggiore distanza tra le tradizioni di *common law* e di *civil law*, in materia contrattuale. Come è noto, la regola della *privity of contract*⁽¹⁾, secondo cui il contratto produce effetti solo tra le parti, non consentiva al diritto inglese di riconoscere validità al contratto a favore di terzi, che invece, nei paesi c.d. di *civil law*, è generalmente riconosciuto.

(1) Amplessima è la produzione dottrinale sulla regola della *privity of contract*; ci si limita, pertanto, a segnalare solo alcuni dei principali contributi sull'argomento: ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1995, 3^a ed., spec. p. 265 ss.; ADAMS-BROWNSWORD, *Key issues in contract*, London, 1995, p. 132 ss.; ADAMS-BROWNSWORD, *Understanding Contract Law*, London, 2000, p. 87 ss.; TREITEL, *The Law of Contract*, London, 1983, 6^a ed., p. 454 ss.; TORIELLO, *Gli effetti del contratto nei confronti di terzi nell'esperienza inglese*, in *Contratto e impresa europea*, 2000, I, p. 80 ss.; TREITEL, *Third Parties*, in *Chitty on Contracts*, London, 1999, 28^a ed., I, p. 959 ss.; CHESHIRE-FI-FOOT, *The Law of Contract*, London, 1960, 5^a ed., p. 364 ss.; COLLINS, *The Law of Contract*, London, 1993, 2^a ed., p. 283 ss.; MERKIN, *Privity of contract, The impact of the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, London-Hong Kong, 2000, *passim*; PALMER, *The Paths to Privity, The History of Third Party Beneficiary Contracts at English Law*, San Francisco, 1992, *passim*.

È stata salutata, quindi, con favore la riforma del 1999 (*Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*)⁽²⁾, con la quale il legislatore inglese ha attribuito al terzo il diritto di agire in giudizio per l'adempimento di una clausola contrattuale stipulata a suo beneficio dai contraenti. La legge del 1999 — è stato osservato — introduce nel sistema inglese una disciplina del contratto a favore di terzi simile a quella presente nella maggior parte dei paesi dell'Europa continentale e costituisce, pertanto, un importante progresso nel processo di armonizzazione del diritto privato europeo⁽³⁾.

Il *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* ricalca quasi fedelmente il progetto di riforma raccomandato dalla *Law Commission*⁽⁴⁾ nel *Report* del 1996, dal titolo *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*⁽⁵⁾. Il *Report* raccoglie gli esiti di uno studio ultravennale della *Law Commission*, che, fin dalla sua costituzione, si è occupata del principio di relatività contrattuale, sottolineando l'esigenza di riformare la *privity* attraverso un intervento legislativo⁽⁶⁾. Esso costituisce, pertanto, il punto necessario di partenza per un'indagine sul tema.

Ebbene, proprio leggendo il *Report*, balza subito agli occhi che in esso viene affermato che la *privity* non costituisce un principio inveterato⁽⁷⁾

(2) Per un breve commento alla riforma v. KINCAID, *Privity Reform in England*, in *Law Quarterly Review*, 2000, p. 43; TREITEL, *Contract: General Rules*, in *English Private Law*, a cura di Birks, II, Oxford, 2000, p. 104; DEAN, *Removing a Blot on the Landscape - The Reform of Doctrine of Privity*, in *Journal of Business Law*, 2000, p. 143; MACMILLAN, *A Birthday Present for Lord Denning: The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Modern Law Review*, 2000, p. 733.

(3) MONFELI, *La riforma della Privity of Contract nella Common Law inglese: Il Contract (Rights of Third Parties) Act del 1999*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 1103: «La legge in esame costituisce un evento fondamentale nel processo di modernizzazione del diritto inglese e della sua armonizzazione con le soluzioni riconosciute negli ordinamenti stranieri e negli strumenti di diritto internazionale uniforme». MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 365; *Contra* STEVENS, *The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Law Quarterly Review*, 2004, pp. 315-317; DELFINO, *Il «Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999» nel diritto Inglese*, in questa rivista, 2001, p. 480: «[...] benché la riforma della *privity rule* sia stata salutata da parte della dottrina come una riforma epocale a favore della tutela delle aspettative dalla *third party* e come una vittoria sulla regola classica della *common law* secondo cui il contratto è "affare privato tra le parti", occorre da subito fugare facili impressioni e sottolineare come il principio fondamentale della *freedom of contract* delle parti non sia stato invece minimamente intaccato dalla nuova legge» e p. 481 e ss. dove l'a. evidenzia alcuni limiti della riforma.

(4) Come è noto, la *Law Commission* è un organismo a carattere permanente e con competenza generale in materia di riforma del diritto, istituito dal *Law Commission Act 1965*; cfr. per alcuni primi riferimenti MOCCIA, *Glossario per uno studio della Common Law*, Milano, 1983, 1^a ed., p. 41 ss.

(5) *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties* (Law Com. n. 242, Cm 3329 July 1996).

(6) *Law Commission, Report n. 242*, n. 5.1 ss.

(7) Nel caso *Dunlop v. Selfridge* ([1915] A. C. 847), *Viscount Haldane LC* affermava: «My Lords, in the law of England certain principles are fundamental. One is that

della *common law*, ma al contrario la sua genesi è rintracciabile intorno alla metà del secolo XIX⁽⁸⁾. Secondo la *Law Commission*, infatti, la prima autorevole affermazione della regola risale al caso *Tweddle v. Atkinson*⁽⁹⁾ del 1861.

Se la *privity* si è consolidata solo in epoca moderna, è allora doveroso chiedersi quale fosse la posizione del terzo beneficiario nei secoli precedenti al XIX⁽¹⁰⁾. Quanto sostenuto dalla *Law Commission* sembrerebbe, infatti, smentire la comune opinione, secondo cui proprio la regola della *privity of contract* costituirebbe uno dei profili di maggiore distanza tra le tradizioni di *civil law* e *common law*.

Per addentrarsi in un tema tanto complesso, è allora opportuno prendere le mosse, in primo luogo, dal caso *Tweddle*, onde accertare la reale portata innovativa della sentenza rispetto alle decisioni antecedenti in casi simili. L'indagine sarà poi dedicata alla giurisprudenza precedente al 1861, per verificare se le corti di *common law*, in quell'epoca, riconoscessero un principio di *privity of contract* e quali fossero gli spazi di tutela per il terzo beneficiario di un contratto stipulato *inter alios*.

2. — Secondo la *Law Commission* la regola della *privity of contract* è stata costantemente applicata dalle corti di *common law* a partire dal caso *Tweddle v. Atkinson*, del 1861.

Il fatto riguardava l'accordo tra i padri dei futuri nubendi di pagare una somma di denaro allo sposo, una volta che i due giovani fossero convolati a nozze. Di fronte al rifiuto del padre della sposa di mantenere fede alla promessa, il genero aveva agito giudizialmente. La corte aveva respinto la domanda in quanto non sussisteva in capo allo sposo il requisito della *consideration*, quindi quest'ultimo non poteva esigere l'adempimento della promessa; da qui la celebre massima secondo cui *consideration must move from the promisee*⁽¹¹⁾.

A ben vedere la motivazione della sentenza non contiene un diretto riferimento al principio della relatività contrattuale, che costituisce l'esito di una successiva interpretazione sintetizzabile nel modo seguente:

only a person who is a party to a contract can sue on it. Our law knows nothing of a jus quaesitum tertium arising by way of a contract».

(8) *Law Commission, Report n. 242*, cit., nn. 2.4, 2.5; v. *infra*, nota 25.

(9) [1861] 1 B. & S. 393; [1861-73] *All E.R.*, 369.

(10) L'analisi verrà condotta con limitato riferimento alla giurisprudenza delle corti di *common law*. Una completa ricostruzione dei mezzi di tutela del terzo beneficiario, in Inghilterra, non può tralasciare, tuttavia, l'importante contributo in tal senso apportato dalla giurisprudenza della corte di *Equity* e dall'utilizzo del *trust* e dell'*agency*, per una tutela alternativa del terzo beneficiario; sull'evoluzione di questi rimedi v. PALMER, *op. cit.*, p. 84 ss.; sull'utilizzo da parte dei giudici inglesi delle «finzioni» del *trust* e dell'*agency* per accordare tutela al terzo beneficiario, superando la regola della *privity of contract*, v. in particolare M. LUPOT, *Il contratto a favore di terzo nel diritto inglese*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 171 ss.

(11) V. Crompton J. [1861-73] *All. E.R.* 371.

1. la promessa vincola il promittente solo in presenza del requisito della *consideration*;

2. la *consideration* deve essere fornita dal promissario;

3. chi non è promissario (quindi chi non è parte dell'accordo) è carente di *consideration*.

Da queste premesse parte della dottrina ha desunto che solo il promissario, quindi solo chi è parte dell'accordo, può agire in giudizio per l'adempimento della promessa, mentre chi è estraneo all'accordo non può essere tutelato giuridicamente, non avendo fornito la *consideration* ⁽¹²⁾. La *privity of contract*, secondo questa tesi, costituisce una logica conseguenza della regola secondo cui *consideration must move from the promisee*. Al contrario i giudici di *common law*, nel caso *Tweddle*, prescindono totalmente da un'indagine del rapporto *privity-consideration* ⁽¹³⁾.

Da un'attenta analisi del *thema decidendum* si evince che la corte era chiamata a pronunciarsi su un diverso problema, concernente la vincolatività delle promesse in *common law*. Dovendo giudicare quali promesse meritassero tutela, in caso d'inadempimento, la corte individuava nella *consideration* il requisito necessario affinché s'instaurasse un vincolo giuridico.

Nella sentenza *Tweddle v. Atkinson*, i giudici erano investiti del compito di stabilire se il genero, che agiva in giudizio, poteva dimostrare la presenza di una valida *consideration* per l'adempimento della promessa.

⁽¹²⁾ Il rapporto tra la *privity of contract* e la *consideration* è ancora controverso in dottrina, v. TREITEL, *Third Parties*, cit., p. 966: « It is disputed whether the rule that consideration must move from the promisee is the same as or different from the common law rule that only a party to the agreement can sue ». Parte della dottrina, accogliendo la teoria monista, ritiene la *privity of contract* inscindibilmente legata alla regola della *consideration*. Secondo questi aa. la *privity* discende come corollario dalla regola *consideration must move from the promisee*; v. FURMSTON, *Return to Dunlop v. Selfridge?*, in *Modern Law Review*, 1960, p. 383: « there is no difference between the doctrine of consideration and the rule that consideration must move from the promisee ». Altra tesi, recentemente più accreditata, sostiene che la *privity of contract* è una regola autonoma rispetto alla *consideration*; COLLINS, *op. cit.*, p. 288; FLENNIGAN, *Privity-the End of an Era (Error)*, in *Law Quarterly Review*, 1987, p. 568 s.; la decisione del *Privy Council, Kepong Prospecting Ltd v. Schmidt* [1968, A.C. 817], rappresenta un argomento a favore di questo secondo orientamento: in questo caso il terzo beneficiario richiedeva l'adempimento di un contratto regolato dal diritto della Malesia. Benché secondo il diritto della Malesia la *consideration* non deve necessariamente provenire dal promissario, la corte negava ugualmente al terzo beneficiario il diritto di richiedere l'adempimento del contratto. Il terzo non poteva agire con successo in giudizio non per la carenza di *consideration*, ma perché non era parte contrattuale. Per una illustrazione delle due teorie PALMER, *op. cit.*, p. 20 ss.; La *Law Commission* appare favorevole alla seconda tesi, sulla quale si è basata per sostenere la possibilità di abrogare la *privity of contract* senza compromettere la regola della *consideration*, *Law Commission, Report n. 242*, cit., nn. 6.1-6.8.

⁽¹³⁾ PALMER, *op. cit.*, p. 165 ss., l'a. rivisita l'interpretazione tradizionale, secondo cui la sentenza *Tweddle* costituisce la prima autorevole affermazione, in Inghilterra, del principio della relatività contrattuale, sostenendo che la motivazione della sentenza è basata solamente sul *test* della *consideration* ed escludendo l'applicazione, nel caso di specie, della *privity of contract*.

Secondo la difesa dell'attore, il requisito della *consideration* era soddisfatto, poiché il genero (terzo), beneficiario della promessa fatta dal padre della sposa, partecipava, in ragione del legame affettivo con il promissario, suo padre, alla *consideration* fornita da quest'ultimo. Questa tesi era sostenuta richiamando una serie di precedenti in cui un rapporto di parentela o di affetto tra il promissario e il terzo consentiva a quest'ultimo di invocare tutela in giudizio, realizzando una sorta di trasferimento della *consideration* fornita dal promissario al terzo. Un'ipotesi di tal genere si verificava, ad esempio, quando il promittente si impegnava col promissario ad adempiere una prestazione a favore del figlio di quest'ultimo. In tal caso l'amore e l'affetto che avevano spinto il genitore a vincolarsi legittimavano il figlio, destinatario della controprestazione, ad agire per l'adempimento.

Una consolidata giurisprudenza si esprimeva in tal senso: *Dutton v. Poole* ⁽¹⁴⁾ del 1677, ma anche *Sprat v. Agar* ⁽¹⁵⁾ del 1658, *Thomas v. Thomas* del 1842 ⁽¹⁶⁾.

La corte, tuttavia, respingeva la domanda dell'attore con la seguente motivazione:

« Alcune vecchie decisioni sembrano confermare che un estraneo alla *consideration* fornita per un contratto può agire in giudizio per il suo adempimento se dimostra di avere uno stretto rapporto di parentela con la parte che ha fornito la *consideration*, così da poter essere considerato partecipe della *consideration* [...] Ma non ci sono decisioni moderne a conferma di questa tesi. Al contrario, è ora stabilito che un estraneo alla *consideration* non può trarre vantaggio da un contratto, anche se concluso a suo beneficio » ⁽¹⁷⁾. « Al tempo in cui i casi citati dalla difesa dell'attore furono decisi l'azione di *assumpsit* era ancora legata al *trespass upon the case*, con la conseguente natura delittuale; e il diritto non aveva ancora stabilito, come oggi, che amore e affetto non sono una *sufficient consideration* per rendere una promessa vincolante. Né era stabilito che il promissario può agire con successo in giudizio solo se ha fornito la *consideration*. Le moderne decisioni non consentono più di seguire i vecchi precedenti » ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ [1677] 2 lev 610.

⁽¹⁵⁾ [1658] Cremer MS 380.

⁽¹⁶⁾ [1842] 2 Q.B. 851.

⁽¹⁷⁾ Wightman J., 1 B & S, 397: « Some of the old decisions appear to support the proposition that a stranger to the consideration of a contract may maintain an action upon it, if stands in such a near relationship to the party from whom the consideration proceeds, that he may be considered a party to the consideration [...] But there is no modern case in which the proposition has been supported. On the contrary, it is now established that no stranger to the consideration can take advantage of a contract, although made for his benefit ».

⁽¹⁸⁾ Crompton J., 1 B & S, 398: « At the time when the cases which have been cited where decided the action of *assumpsit* was treated as an action of *trespass upon the case*, and therefore in the nature of a tort; and the law was not settled as it now is, that natural love and affection is not a sufficient consideration for a promise upon which an action may be maintained; nor was it settled that the promise cannot bring

I giudici affermavano che il legame parentale non costituiva più una valida *consideration*. Il genero, pertanto, era carente di una giustificazione idonea a sostenere l'azione in giudizio.

Si può dunque affermare che la motivazione del caso *Tweddle v. Atkinson* è totalmente imperniata sulla *consideration* e non sulla *privity*. La corte non fa alcun riferimento alla posizione sostanziale dell'attore, quale terzo estraneo alla stipulazione, esulando da un esplicito richiamo alla regola della relatività contrattuale. La decisione, da quanto può desumersi dalla lettura della sentenza, si concentra sul requisito della *consideration*, della quale è accolta una definizione più restrittiva rispetto al passato.

La *privity of contract* si afferma probabilmente per opera di una successiva interpretazione, come un'implicazione della regola *consideration must move from the promisee*, e acquisisce una propria autonomia solo in un secondo momento.

Riservandoci di verificare in seguito l'ipotesi da ultimo formulata, è doveroso ora dedicarsi ad una breve indagine sulla possibile tutela del terzo beneficiario nella giurisprudenza di *common law* precedente al caso *Tweddle*.

3. — Come si è visto, la sentenza *Tweddle* costituisce il punto d'arrivo di un mutamento giurisprudenziale in tema di tutela del terzo beneficiario e lascia supporre che, in precedenza, le corti di *common law* seguissero un diverso orientamento in casi simili, che riconosceva validità ai contratti a favore di terzi⁽¹⁹⁾. È lecito dunque ipotizzare l'assenza di un rapporto tra la *consideration* e la *privity*, nei secoli precedenti al caso *Tweddle*. L'approfondimento dell'argomento richiede necessariamente qualche cenno allo sviluppo dell'*action of assumpsit*⁽²⁰⁾, come rimedio generale di *common law* per l'inadempimento delle semplici promesse.

In origine il *writ of assumpsit* non era limitato dalla regola della *consideration*, né da quella della *privity of contract*. Come è noto, l'azione era legata inizialmente al *writ of trespass* e alla sua successiva evoluzione

an action unless the consideration for the promise moved from him [promissario]. The modern cases have, in effect, overruled the old decisions.»

(19) V. *Dutton v. Poole*, cit. *supra*, nota 14; *Sprat v. Agar*, cit. *supra*, nota 15; *Thomas v. Thomas*, cit. *supra*, nota 16.

(20) L'azione di *assumpsit* ha origine nel *writ of trespass*, come in seguito sviluppatosi nel *trespass on the case*. Il rimedio aveva natura delittuale. Il *writ of assumpsit* compariva nel panorama giuridico inglese tra la fine del XIV sec. e gli inizi del XV sec., come rimedio apprestato dalle corti regie per tutelare le semplici promesse. In un primo periodo l'azione era concessa contro chi aveva promesso di eseguire una determinata prestazione, ma poi aveva agito negligenemente o senza perizia (*malfeasance*). Più difficile fu l'estensione del rimedio anche ad ipotesi di vero e proprio inadempimento. Il *writ of trespass* presupponeva un comportamento attivo del convenuto, per cui era difficile svincolarsi da tale presupposto e tutelare il soggetto anche di fronte ad un comportamento omissivo della controparte, quale l'inadempimento; sul punto v. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, p. 338; MOCCIA, voce *Contract*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, nn. 4.2, 4.4, pp. 10-12; SIMPSON, *A History of the Common law, The Rise of The Action of Assumpsit*, Oxford, 1987, *passim*.

nell'*action on the case*. Quest'ultima tutelava l'attore nei confronti di varie ipotesi d'illecito realizzate dal convenuto: il rimedio era concesso ogniqualvolta, sulla base dei fatti esposti dall'attore che invocava giustizia, risultava che il convenuto si era reso autore di un delitto meritevole di sanzione. Tra le applicazioni del *trespass on the case*, intorno alla fine del secolo XIV e gli inizi del secolo successivo, compare anche il caso in cui l'attore era stato leso dal convenuto, il quale si era impegnato ad eseguire una prestazione e poi aveva agito negligenemente. Queste ipotesi erano definite in *assumpsit*, proprio in riferimento al fatto che il convenuto si era assunto un impegno nei confronti dell'attore e non aveva poi mantenuto fede alla promessa.

La sentenza *Slade*⁽²¹⁾, del 1602, segnava una tappa fondamentale dell'evoluzione dell'*assumpsit*, sancendo la generale esperibilità dell'azione a tutela delle semplici promesse. L'evoluzione e l'espansione del rimedio ampliarono la necessità di individuare i limiti entro cui circoscriverne l'ambito d'applicazione. Le corti di *common law*, intorno alla seconda metà del XVI secolo, stabilirono che si poteva agire con successo in giudizio quando la promessa era sorretta da una *good consideration*⁽²²⁾. La *consideration*, intesa in termini di beneficio⁽²³⁾ conferito al promittente o, alternativamente, come sacrificio⁽²⁴⁾ a carico del promissa-

(21) 4 *Coke's Reports*, 94a [E. R. vol. 761077]. *Slade* si era accordato con un certo *Morley* per vendergli il proprio raccolto ad un prezzo prefissato. L'attore agiva in giudizio nei confronti di *Morley*, che si rifiutava di eseguire la sua prestazione. Tra le parti c'era stato solamente un accordo. Né attore, né convenuto avevano eseguito la loro prestazione al momento della conclusione dell'affare; v. GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato dir. comp.*, diretto da Sacco, Torino, II, 2002, p. 93; il caso diede origine ad un conflitto di competenza tra la *Common Pleas*, cui era riservata la competenza in materia di *debt* e la *Queen's Bench*, competente in materia di *assumpsit*. La prima sosteneva che non potesse concedersi azione di *assumpsit* a *Slade*, in sostituzione del *debt*. Se si consentiva all'attore di agire in *assumpsit* in tutti i casi in cui mancavano i presupposti per l'esperibilità del *debt*, la corte di *Queen's Bench* avrebbe indebitamente invaso la competenza della *Common Pleas*, sostituendo l'*assumpsit* al *debt*. Per poter agire in *assumpsit* non bastava la presenza di un semplice accordo tra le parti. Occorreva che il convenuto avesse espressamente promesso di pagare il debito. *Morley*, al contrario, aveva solo concluso un accordo, senza effettuare una promessa unilaterale di pagare il prezzo del raccolto a *Slade*. I giudici di tutte le corti di *Westminster*, riuniti in assemblea plenaria, risolsero invece il conflitto di competenza a favore della corte di *Queen's Bench*, stabilendo che «Quando qualcuno consente di pagare una somma di denaro o di consegnare qualcosa, egli di conseguenza assume o promette di pagarla o di consegnarla». Sul punto v. MOCCIA, voce *Contract*, cit., n. 4.4, p. 12.

(22) GORLA, voce *Consideration*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 176 ss.

(23) Il *benefit* è concepito come vantaggio in genere, conferito o da conferire al promittente in ragione della promessa assunta da quest'ultimo. Parte della dottrina sostiene che il *benefit* conosca un suo antenato nel *quid pro quo*, presupposto dell'azione di *debt*. Secondo questa tesi l'*assumpsit*, avendo occupato il posto del vecchio ed obsoleto rimedio in *debt*, ne avrebbe ereditato il fondamento, rappresentato dal *quid pro quo*. A sostegno di questo orientamento v. HOLMES, *The Common law*, Boston, 1932, 32th ed., p. 253 ss.; contra SIMPSON, *op. cit.*, p. 424.

(24) L'elemento del *detriment* suggerisce un diverso criterio di attribuzione della

rio, costituiva la ragione che motivava l'impegno assunto ed assurgeva a requisito necessario e sufficiente per la vincolatività delle semplici promesse.

Dalle sintetiche osservazioni che precedono può concludersi che nei secoli XVI-XVIII le corti di *common law* non conoscevano la *privity of contract* (25). La regola *consideration must move from the promisee* non

responsabilità al promittente, basato sul concetto di *induced detriment*: la promessa è sanzionata perché con essa il promittente ha indotto il promissario, che faceva affidamento nella esecuzione, a tenere un determinato comportamento, a subire un sacrificio in ragione di essa. L'elemento del *detriment* sembra fare la sua prima apparizione in connessione alle promesse di carità. Questo genere di promesse non ricevevano tutela presso le corti medievali. L'azione di *debt* in tali casi era negata, ostandovi l'assenza di una ricompensa, o più in generale di un beneficio per il promittente. Il *Doctor and Student* [*St. Germain*, 1523], facendo leva sul concetto di *charge*, di peso imposto al promissario in ragione della promessa, formulava una teoria in base alla quale erano rilevanti agli occhi del diritto promesse di tal genere.

Se il destinatario della promessa aveva subito un sacrificio in ragione di questa, aveva azione per ottenere quanto era stato promesso, anche se il promittente non aveva tratto dalla promessa alcun beneficio. Il concetto di *charge*, nel *Doctor and Student*, non era individuato in termini di causa o di *consideration*. Al contrario si voleva in tal modo suggerire un criterio di responsabilità del promittente alternativo, rispetto quello basato sulla *consideration*. Il *detriment*, tuttavia, individuato come presupposto dell'*action of assumpsit*, fu interpretato come elemento della *consideration*: se nel *Doctor and Student* la sanzionabilità della promessa era connessa al fatto che il promittente aveva indotto la controparte ad un sacrificio, ora invece si individuava il sacrificio come ragione della promessa. Questa differenza di prospettiva non è irrilevante: se il sacrificio del promissario è la ragione della promessa, allora si spiega la regola *consideration must move from the promisee*. Un simile prospettiva condurrebbe a negare l'importanza della *consideration* come *benefit*. Di fatto questo non avvenne e i giuristi del XVI sec. (come quelli contemporanei) continuarono a concepire la *consideration* nel suo duplice aspetto, sia di sacrificio subito dal promissario, che di beneficio concesso al promittente. Sull'elemento del *detriment* v. MOCCIA, voce *Contract*, cit., n. 4.6.2, p. 14; SIMPSON, *op. cit.*, p. 431 s.; GORLA, *Il contratto*, cit., p. 341 ss.

(25) Tra i principali sostenitori di questa tesi Lord Denning, il quale nel caso *Drive Yourself Hire Co. (London) Ltd. v. Strutt* ([1954] 1 Q. B. 250) affermava: «It is often said to be a fundamental principle of our law that only a person who is a party to a contract can sue on it. I wish to assert, as distinctly as I can, that the common law in its original setting knew no such principle. Indeed it said quite the contrary. For the 200 years before 1861 it was settled law that, if a promise in a simple contract was made expressly for the benefit of a third person in such circumstances that it was intended to be enforceable by him, then the Common law would enforce the promise at his instance, although he was not a party to the contract». Anche la *Law Commission* prende atto dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale dei secoli XVI-XVIII, che riconosceva tutela al terzo beneficiario di un contratto stipulato *inter alios*, tuttavia sottolinea che «[...] it is not accurate to say that the third party rule was entirely a nineteenth century innovation», *Report n. 242*, *op. cit.*, n. 2.4. Certamente nelle fonti giurisprudenziali dei secoli precedenti alla sentenza *Tweddle* si rinvengono casi in cui le corti negarono tutela al terzo beneficiario e casi anche in cui compare il termine *privity*. Quest'ultimo era utilizzato anche in precedenza dalle corti, anzi alcuni aa. sottolineano la sua origine antica (BRACON, f. 18b, ed. Thorne, 2.69): «An agreement made between certain persons does not bind

stabiliva un principio di efficacia soggettiva del contratto, ma prevedeva solamente che il promittente fosse vincolato ad adempiere, se il promissario aveva sopportato un sacrificio, a séguito della promessa ricevuta. Il ruolo che attore e convenuto avevano sul piano sostanziale, come parti dell'accordo, non era direttamente rilevante, ma sempre risolto delle regole processuali che governavano l'*assumpsit* (26). Ai giudici di *common law* non interessava se il beneficiario della promessa, che richiedeva l'adempimento, fosse il promissario o un terzo. Il beneficiario era comunque tutelato se provava l'esistenza di una valida *consideration* per la promessa. Nel secoli XVI-XVIII il riconoscimento di tutela al terzo beneficiario incontrava il solo limite della *consideration* (27).

Quanto affermato consente una diversa lettura della giurisprudenza di *common law*, precedente alla sentenza *Tweddle*. Il terzo beneficiario era tutelato in alcuni casi e non in altri, ma da ciò non si può desumere l'esistenza di due diversi orientamenti giurisprudenziali: uno favorevole all'accoglimento della regola della *privity of contract* e destinato a prevalere con il caso *Tweddle*; l'altro a sostegno della validità dei contratti a favore di terzi. Al contrario le decisioni dei secoli XVI-XVIII mostrano l'applicazione del medesimo principio, secondo cui la promessa vincola in presenza di una valida *consideration* (28).

La lettura dei casi *Bourne v. Mason* (29) e *Dutton v. Poole* (30), solitamente indicati come espressione di opposti orientamenti in materia di *privity*, consente di verificare quanto da ultimo affermato.

Nel primo caso, sia *Bourne* che i convenuti *Mason* vantavano un credito nei confronti di *Parry*. Quest'ultimo era creditore nei confronti di un terzo. *Parry* cedeva il suo credito ai convenuti *Mason*, che si impegnavano, a loro volta, ad accollarsi il debito di *Parry* nei confronti di *Bourne*. Di fronte al rifiuto dei *Mason* di rispettare l'accordo, *Bourne* agiva in giudizio per l'adempimento della promessa. La corte respingeva la richiesta, argomentando che l'attore era estraneo alla *consideration*. *Bourne*, infatti, non aveva sofferto alcun sacrificio che lo legittimasse a richiedere il pagamento, né aveva conferito ai convenuti alcun beneficio che li po-

others, only those between whom it was made», sul punto v. IBBETSON, *An Historical Introduction to The Law of Obligations*, Oxford, 1999, pp. 76-80), ma con un diverso significato, strettamente legato al formalismo delle *forms of action*, secondo cui solo chi poteva ottenere il rilascio di un *writ* aveva tutela in giudizio. Questo concetto di *privity* è lontano da quella regola «sostanziale» e non processuale di relatività contrattuale che la dottrina contemporanea indica con il nome di *privity of contract*.

(26) MOCCIA, voce *Action (forms of)*, *Dig., disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1989, I, p. 82.

(27) SIMPSON, *op. cit.*, p. 477 ss.; le controversie connesse alla tutela della terza parte beneficiaria concernevano principalmente gli accordi matrimoniali, dove il padre di uno dei nubendi (in genere la sposa) prometteva di pagare una somma di denaro al futuro genero, in ragione del matrimonio.

(28) SIMPSON, *op. loc. ultt. citt.*; PALMER, *op. cit.*, p. 73 ss.

(29) *Bourne v. Mason*, [1670] 1 Vent. 6.

(30) *Dutton v. Poole*, cit. *supra*, nota 14.

tesse obbligare nei suoi confronti⁽³¹⁾. La ragione che giustificava l'accordo tra *Parry* e *Mason* non consentiva, pertanto, a *Bourne* di vantare un diritto all'adempimento.

Altre decisioni dimostrano che quando la giustificazione della promessa consisteva nel voler beneficiare un terzo, costui era legittimato ad agire per l'adempimento, benché fosse estraneo al contratto. Nel caso *Dutton v. Poole*, *Sir Edward Poole* intendeva abbattere e vendere degli alberi, che si trovavano su un terreno di sua proprietà, per beneficiare i figli *Nevil* e *Grizil* del ricavato della vendita. *Nevil* prometteva al padre di pagare mille sterline a sua sorella (*Grizil*), purché gli alberi non fossero tagliati e *Edward* rinunciava all'abbattimento. Ciò nonostante *Nevil* non manteneva fede alla sua promessa. *Grizil* citava in giudizio *Nevil* per ottenere l'adempimento della promessa, vincendo la causa. La corte riconduceva il successo di *Grizil* all'esistenza di un'evidente *consideration* di affetto, fornita dal padre (promissario), che poteva estendersi alla figlia (beneficiario della promessa)⁽³²⁾.

L'argomentazione utilizzata dai giudici, in tal caso, è simile a quella che si può leggere nella sentenza *Bourne v. Mason*, anche se conduce ad esiti differenti⁽³³⁾. Il convenuto *Nevil* si opponeva alla domanda adducendo la carenza di *consideration*. La corte, tuttavia, riteneva che *Grizil* avesse un interesse nella promessa fatta da *Nevil* al padre: la *consideration* fornita dal padre per la promessa risiedeva nell'affetto di quest'ultimo nei confronti della figlia che, pertanto, poteva pretendere l'adempimento del contratto, come se lei stessa fosse il promissario.

In conclusione, si può osservare che le corti di *common law* negavano tutela al terzo beneficiario quando mancava una valida ragione per obbligare il promittente ad adempiere la promessa. Diversamente, quest'ultima era vincolante se il promissario aveva sopportato un sacrificio in cambio della promessa di beneficiare il terzo. In tali casi la promessa soddisfaceva un interesse del promissario, che si era sacrificato proprio allo scopo di attribuire un vantaggio al terzo. Quest'ultimo, quindi, ben poteva pretendere l'adempimento perché la *consideration* fornita dal promissario poteva essere a lui estesa. I giudici di *common law* consideravano il rapporto parentale o di affetto tra il promittente e il terzo una valida *consideration*,

⁽³¹⁾ « Here the plaintiff did nothing of trouble to himself or benefit to the defendant, but is a mere stranger to the consideration », *Bourne v. Mason*, cit. *supra* nota 29, p. 6 s.

⁽³²⁾ MERKIN, *Privity of Contract*, cit., p. 13, analizza il caso nel modo seguente: a) *Sir Edward* aveva l'obbligazione morale di provvedere ai suoi figli; b) *Nevil*, mediante l'accordo di pagare una somma di denaro a *Grizil*, non faceva altro che assumere su di sé la responsabilità per quella obbligazione morale; c) *Nevil*, in questo modo, aveva una *good consideration* per adempiere alla sua promessa: il beneficio ricevuto dal padre nella forma dell'astensione dall'abbattimento degli alberi; d) di conseguenza *Grizil* poteva richiedere l'adempimento della promessa fatta al padre.

⁽³³⁾ Sul punto v. in particolare SIMPSON, *op. loc. ultt. citt.*, l'a. evidenzia che il *thema decidendum* della sentenza *Bourne v. Mason* è la *consideration*, non la *privity*. Il caso *Bourne v. Mason*, secondo l'a., costituisce un precedente in linea con il successivo *Dutton v. Poole*.

consentendo, quindi, al secondo di pretendere l'adempimento della stipulazione effettuata a suo beneficio. Con la sentenza *Tweddle*, come notato in precedenza, la giurisprudenza muta orientamento: la corte accoglie un'interpretazione più restrittiva del concetto di *consideration*, non ritenendo più i semplici rapporti di affetto sufficienti a giustificare spostamenti patrimoniali.

4. — La breve indagine effettuata nei paragrafi precedenti consente di formulare alcune prime considerazioni sull'origine e lo sviluppo della *privity of contract*, che riteniamo utile sintetizzare, al fine di agevolare la prosecuzione del discorso.

Nei secoli precedenti alla sentenza *Tweddle*, la *common law* non conosce un principio di relatività contrattuale, secondo cui dal contratto discendono diritti ed obblighi solo per le parti contraenti. Le corti prescindono da un'indagine sul rapporto sostanziale tra attore e convenuto, che è delineato come semplice risvolto dell'applicazione di regole processuali. In questi secoli la tutela delle semplici promesse è subordinata alla presenza della *consideration*, che costituisce requisito necessario e sufficiente per il sorgere del vincolo giuridico.

Quest'orientamento, accolto dalle corti di *common law* fino a tutto il XVIII secolo, è rintracciabile anche in alcune decisioni del secolo successivo⁽³⁴⁾, a conferma che la regola della *privity of contract* si afferma definitivamente non prima della metà del XIX secolo, come sostenuto dalla *Law Commission*⁽³⁵⁾.

5. — I fattori storici che hanno contribuito allo sviluppo, in Inghilterra, della regola della relatività contrattuale rimangono per molti versi oscuri. La definitiva affermazione della *privity of contract* costituisce l'esito di un lungo processo, non alimentato solamente da fattori endogeni. Un ruolo determinante è stato svolto dalla diffusione in Inghilterra, intorno agli inizi del XIX secolo, della teoria continentale della libertà del volere⁽³⁶⁾. La traduzione delle opere di Pothier⁽³⁷⁾ costituì il veicolo principale di diffusione di questa teoria, che individuava nell'accordo tra le parti il momento culminante della vicenda contrattuale. In ossequio al principio *solus consensus obligat*, le parti erano libere di realizzare, mediante l'accordo risultante dall'incontro tra proposta e accettazione, l'assetto d'interessi più rispondente alla loro volontà.

La teoria continentale presentava ai giuristi di *common law* una diversa concezione del contratto rispetto a quella nazionale, tradizionalmente basata sugli elementi della *consideration*, della promessa e della

⁽³⁴⁾ V. ad es. *Marchington v. Vernon*, [1787], 1, *Bos & Pul*, p. 101; *Canergie v. Waugh*, [1823], 2, *Dow & Ry KB*, p. 277.

⁽³⁵⁾ V. *supra* n. 1.

⁽³⁶⁾ PALMER, *op. cit.*, p. 175 ss.

⁽³⁷⁾ La prima traduzione in Inghilterra del trattato delle obbligazioni di Pothier è del 1806 a cura di Sir Williams David Evans.

violazione della promessa. Il principio consensuale, valorizzando l'accordo tra le parti, conduceva ad una definizione di contratto concepito non come « scambio » di promesse, ma come *agreement* ⁽³⁸⁾.

In Inghilterra la teoria della volontà ricevette un'accoglienza ostile, soprattutto da parte di quei giuristi che ritenevano le nuove idee, provenienti dal continente, incompatibili con la concezione tradizionale del *contract*. L'opposizione più ferma alla teoria continentale proveniva soprattutto dagli utilitaristi ⁽³⁹⁾. Questi ultimi temevano che l'accoglimento della teoria della volontà avrebbe ridotto la *consideration*, e con essa il concetto di *bargain*, a requisiti marginali del *contract*, per dare una maggiore rilevanza alla proposta e accettazione dei contraenti. Ben si comprende, quindi, la resistenza di questi giuristi di fronte ad una teoria, che rischiava di minare l'intero impianto contrattuale fino allora accolto dalle corti di *common law*.

Secondo gli utilitaristi, l'ordinamento vincolava il promittente alla sua promessa per soddisfare l'affidamento che il promissario aveva posto nell'adempimento. Questi giuristi, quindi, proponevano l'accoglimento della teoria dell'affidamento, anziché del principio *solus consensus obligat*: in primo luogo perché più rispondente alla realtà dei fatti, ma soprattutto perché maggiormente compatibile con la *consideration* ⁽⁴⁰⁾.

Il riconoscimento della regola della *privity of contract*, da parte dei giudici di *common law*, deve analizzarsi in riferimento a questo contesto.

La teoria della volontà risultava astrattamente compatibile con la validità del contratto a favore di terzi. I contraenti ben potevano stipulare un contratto a favore di un terzo, se la loro volontà si era espressa in tal senso. Sulla base delle considerazioni sopra svolte, tuttavia, si può ipotizzare che i giuristi inglesi fossero restii a riconoscere così ampio spazio alla libertà dei contraenti, temendo l'eliminazione della *consideration* come presupposto per la validità del contratto. Se il contratto a favore del terzo era valido ed efficace sulla base del solo consenso delle parti, allora il terzo, per ricevere tutela presso le corti di *common law*, non doveva più dimostrare l'esistenza di una valida *consideration* alla base del contratto, ma solo che le parti avevano manifestato la volontà di beneficiarlo ⁽⁴¹⁾.

Le difficoltà dei giuristi d'oltre Manica all'accoglimento di una teoria che mal si conciliava col loro modo di pensare trovarono, probabilmente, una soluzione nella lettura della trattato delle obbligazioni di Pothier ⁽⁴²⁾.

L'a. francese, pur accogliendo il principio *solus consensus obligat*, negava validità al contratto a favore di terzi, sostenendo che da un con-

⁽³⁸⁾ MOCCIA, voce *Contract*, cit., nn. 4.9, 5.1, p. 20 s.

⁽³⁹⁾ ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, Oxford, 1981, p. 33 ss.

⁽⁴⁰⁾ PALMER, *op. loc. ult. cit.*, p. 184.

⁽⁴¹⁾ V. PALMER, *op. cit.*, p. 185, l'a., inoltre, evidenzia che i giuristi inglesi temevano che la tutela del terzo beneficiario, implementando la responsabilità delle parti, finisce col risolversi in una restrizione della loro libertà. La tutela del terzo beneficiario avrebbe limitato la libertà della parti di costituire e modificare i loro rapporti.

⁽⁴²⁾ POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, in *I trattati del diritto privato francese*, a cura di Dupin Seniore, 1^a ed. italiana, I, 1, art. V, p. 73 ss.

tratto discendono effetti solo tra le parti. Il terzo non poteva esigere l'adempimento della prestazione, perché il promissario non aveva alcun interesse, valutabile patrimonialmente, a beneficiarlo ⁽⁴³⁾. I giuristi inglesi del XIX secolo colsero in questa tesi un'affinità con la regola della *consideration*, in base alla quale il terzo beneficiario, se intendeva agire per l'adempimento del contratto, doveva dimostrare che il sacrificio subito dal promissario aveva il solo scopo di beneficiarlo.

Non si vuole, in tal modo, sostenere che la *privity of contract* sia stata mutuata dalla *civil law*, per il tramite del pensiero di Pothier, ma più semplicemente che, se da un lato le regole processuali inglesi costituivano un terreno fertile per la nascita di un rigido principio di relatività contrattuale ⁽⁴⁴⁾, dall'altro fu probabilmente un innesto di *civil law* quello che permise l'individuazione di una regola di *privity of contract* a rafforzamento della *consideration*.

L'opinione secondo cui il diritto inglese, con secoli di ritardo rispetto alla *civil law*, ha riconosciuto solo nel 1999 la validità dei contratti a favore di terzi, appare, a questo punto, da rimettere in discussione sotto due principali aspetti: a) la *privity of contract* si è affermata in Inghilterra solo intorno alla metà del XIX secolo, mentre in epoca precedente le corti di *common law* riconoscevano tutela al terzo beneficiario, col solo limite della *consideration*; b) la validità delle stipulazioni a favore di terzi non è stata sempre indiscussa in *civil law*, dato che Pothier individuava nell'invalidità di simili pattuizioni una regola antichissima, che risaliva al principio di diritto romano *alteri stipulare nemo potest*.

Ci chiediamo, allora, quale processo evolutivo abbia caratterizzato l'istituto del contratto a favore di terzi nel continente e se il principio *alteri stipulari nemo potest* abbia conosciuto deroghe solo in epoca moderna.

6. — Come è noto, in ossequio al principio di diritto romano *alteri stipulari nemo potest* ⁽⁴⁵⁾, in epoca classica le stipulazioni a favore di terzi ⁽⁴⁶⁾ erano invalide e non producevano effetti, né tra le parti, né per

⁽⁴³⁾ POTHIER, *op. cit.*, p. 74: « Parimenti in forza di questa convenzione voi non ne contraete nessuna obbligazione verso di me; perché non avendo io alcun interesse che possa calcolarsi in denaro su ciò che ho stipulato in favore del terzo; dall'inseguimento della promessa non ne posso soffrire alcun danno che mi dia il diritto di domandare l'indennizzazione [...] Questo ciò che ha inteso dire il giureconsulto Ulpiano nella L. 38, § 17, ff. de Verb. Obl. »; v. *infra*, n. 8.

⁽⁴⁴⁾ PALMER, *op. cit.*, p. 189 ss., l'a. spiega che l'azione di *covenant*, che originariamente presupponeva la presenza di un *deed*, venne concessa durante il XIX sec. anche in casi in cui l'accordo non rispettava le formalità dell'atto sigillato. L'incremento dell'utilizzo dell'analogia e l'attenzione rivolta alla fattispecie sostanziale furono tra le cause di tale risultato; PALMER, *op. ult. cit.*, p. 190: « Blakstone meant that covenants, once stripped of their formal robes, were in substance the same as informal promises. This suggested that the "parties only" principle should apply to the action of *assumpsit* ».

⁽⁴⁵⁾ PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, Padova, 1933, p. 11.

⁽⁴⁶⁾ Il diritto romano non conosceva l'istituto del contratto a favore di terzi, come inteso dalla moderna dottrina civilistica, v. PACCHIONI, *op. cit.*, p. 4. Gli istituti della rappresentanza e del contratto a favore di terzi mantengono confini incerti nel diritto ro-

il terzo beneficiario. La natura formale della *stipulatio* ⁽⁴⁷⁾ può annoverarsi tra le cause del divieto. Non potendosi deviare dalla pronuncia della formula solenne «Spondeo mihi dari centum? Spondeo», il destinatario della promessa poteva essere il solo beneficiario della prestazione.

La rigidità dello schema formale non costituiva l'unico ostacolo al riconoscimento di simili patti. La letteratura romanistica individuava la ragione principale dell'invalidità della *stipulatio alteri* nell'assenza di un interesse dello stipulante, meritevole di tutela giuridica, all'adempimento della promessa a favore del terzo. L'ordinamento non poteva vincolare il promittente ad una promessa che non soddisfaceva nessun interesse del promissario: *ceterum ut alii mihi detur nihil interest mea* ⁽⁴⁸⁾.

In tali casi lo stipulante non acquistava per sé, perché nulla voleva acquistare, tuttavia, neppure acquistava per il terzo, perché l'interesse sotteso a tale manifestazione di volontà non era protetto giuridicamente.

L'assenza di un interesse dello stipulante, se da un lato costituiva il limite principale alla possibilità di *stipulare alteri*, dall'altro suggeriva il criterio per ammettere le prime deroghe al principio *alteri stipulari nemo potest*. La validità della stipulazione era riconosciuta nel caso in cui si rinveniva un interesse, meritevole di tutela, in base al quale il promittente si impegnavano ad adempiere al terzo.

L'interesse dello stipulante, tuttavia, non costituì la base di un principio generale di validità dei contratti a favore di terzi, né nel diritto romano classico, né in quello giustiniano.

Le prime eccezioni al divieto romano risalgono al periodo classico e riguardano casi in cui l'efficacia del contratto era limitata ai contraenti ⁽⁴⁹⁾.

mano così come in epoca medievale. Nell'analisi dell'evoluzione storica di questi istituti ogni riferimento a categorie moderne risulterebbe, pertanto, improprio. Al fine di agevolare la lettura del presente contributo si farà genericamente riferimento al contratto a favore di terzi, con l'avvertenza di cui sopra.

⁽⁴⁷⁾ La *stipulatio* era un'*obligatio verbis contracta*. L'obbligazione sorgeva con la pronuncia di *certa et solemnia verba*. Si trattava di un negozio bilaterale imperfetto, con obbligazione a carico del solo *sponsor* o *reus promittendi*. Lo stipulante rivolgeva a quest'ultimo la sacramentale domanda: «Spondeo mihi dari centum?» e il *reus promittendi* rispondeva «Spondeo». La *sponsio* poteva avere ad oggetto un *dare* o un *facere*. Il negozio si caratterizzava per la assoluta astrattezza: si prescindeva dalla causa dell'atto e dalla volontà dei contraenti; v. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino, 1994, p. 365 ss.

⁽⁴⁸⁾ D. (XLV, 1, 38, 17) *Ulpianus ad sabinum*, in *Digesto*, a cura di Vignale, VI, Mazzamuto (trad. cur.), Napoli, 1859, p. 139: «Nessuno può stipulare per un altro salvo se il servo stipuli per il padrone, o il figlio per il padre; perché tali obbligazioni furono inventate nello scopo, che ciascuno acquisti per sé ciò, che gli interessa; Del resto non evvi mio interesse, che ad un altro si dia. Ben vero se voglio ciò fare, converrà stipulare una penale; in modo tale che se così non si farà, come si intese, si incorrerà nella penale ancora per colui al quale nulla importa; perché quando uno stipula una penale, non si guarda all'interesse che vi si abbia, ma qualsiasi la quantità, e quale la condizione della stipulazione»; v. DONADIO, voce *Contratti a favore di terzi*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1938, p. 2.

⁽⁴⁹⁾ Si attribuiva validità al contratto e conseguentemente azione allo stipulante

Solo in epoca giustiniana sono rintracciabili fattispecie in cui il terzo beneficiario ha il diritto di agire in giudizio per l'adempimento, tuttavia è assente la teorizzazione di un loro comune fondamento ⁽⁵⁰⁾. Queste ipotesi contengono il germe per il successivo sviluppo di una nuova regola in tema di stipulazioni a favore di terzi, ma rimangono ancora eccezioni isolate al divieto di *stipulare alteri* e non costituiscono applicazione di un'unica regola generale.

Il primo decisivo passo verso il superamento del principio *alteri stipulari nemo potest* fu compiuto, probabilmente, dai giuristi medievali che, per primi, risistemarono le eccezioni al divieto romano in una regola generale ⁽⁵¹⁾. Quest'evoluzione si inseriva nel più ampio contesto di adeguamento del sistema rigidamente tipico del diritto romano alla società medievale.

I glossatori, interpretando la compilazione giustiniana, non si limitarono a riorganizzare le diversissime forme contrattuali ivi presenti, ma ampliarono, oltre gli schemi tipici del *Corpus iuris*, le fattispecie negoziali giuridicamente rilevanti ⁽⁵²⁾. L'*interpretatio* medievale, in tal modo, veniva a

nei confronti del promittente inadempiente principalmente in due casi: 1) quando il promittente di impegnava ad eseguire, a favore di un terzo, una prestazione a cui il promissario stesso era tenuto; 2) quando era stata apposta una clausola penale alla stipulazione, per il caso in cui la promessa a favore del terzo non fosse adempiuta. Sul punto v. TARTUFERI, *Dei Contratti a Favore di Terzi*, Verona, 1889, p. 25 ss., l'a. ritiene che già in epoca classica la presenza di un interesse dello stipulante rendesse valida la *stipulatio alteri*, permettendo di derogare al divieto *alteri stipulari nemo potest*; v. in particolare TARTUFERI, *op. cit.*, p. 45 s.; *contra* PACCHIONI, *op. cit.*, p. 18 ss., sostiene che molti dei riferimenti contenuti nei documenti classici ad un generico interesse dello stipulante, come presupposto di validità delle stipulazioni a favore di terzo, sono frutto di interpolazioni e modificazioni successive avvenute ad opera dei compilatori giustiniani.

⁽⁵⁰⁾ PACCHIONI, *op. cit.*, p. 25 ss.

⁽⁵¹⁾ GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, 2000, p. 253; BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937-XV, p. 88; secondo parte della dottrina i canonisti furono i primi a riconoscere rilevanza a questi patti, in ossequio al principio cristiano secondo cui bisogna mantenere la parola data. Questi giuristi, intravedendo l'implicazione etica di quelle promesse con cui taluno si obbligava a beneficiare il terzo, sostenevano che il promittente era vincolato all'adempimento nei confronti del terzo. Secondo il diritto canonico in questi casi sorgeva un'obbligazione naturale, rilevante sul piano civile mediante giuramento o atto stipulato dinanzi a notaio, v. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, Roma, 1929, p. 72; sul punto v. in dettaglio FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in *Annali della R. Università di Macerata*, XV, Padova, 1937, p. 115 ss., l'a. sottolinea, tuttavia, che l'obbligatorietà dei nudi patti in diritto canonico non è il « frutto dell'efficacia creatrice del consenso », cioè il risultato dell'incontro delle volontà delle parti. La Chiesa si preoccupava essenzialmente del peccato, in cui versava colui che aveva inadempito alla promessa: la *denunciatio evangelica* era finalizzata alla repressione del peccato e al bene dell'anima, non alla soddisfazione dell'interesse del creditore, del quale l'ordinamento canonico non si curava.

⁽⁵²⁾ I glossatori non studiarono il diritto romano con mero intento ricognitivo, ma si servirono dell'eredità del diritto romano per andare oltre e comprendere la realtà loro contemporanea. Il mezzo utilizzato fu la *interpretatio*, elaborata dalla *Scientia iuris*. L'in-

spezzare il rapporto tra la validità del patto realizzato dai privati e lo schema tipico del testo romano. Le parti, infatti, ben potevano porre in essere un patto non espressamente previsto nella compilazione giustiniana e tuttavia valido ed efficace, in presenza di determinati requisiti. Un ruolo centrale, in tal senso, era ricoperto dalla teorizzazione dei *vestimenta* (53).

Senza alcuna pretesa di affrontare un tema così complesso come quello della teoria medievale dei *vestimenta*, ci si limita a richiamare l'attenzione su alcuni fondamentali concetti, di stretta rilevanza ai fini del discorso intrapreso.

I giuristi medievali distinguevano i patti provvisti di *vestmentum* (54) dai nudi patti: i primi erano riconosciuti dall'ordinamento e sanzionati giuridicamente in caso d'inadempimento; i nudi patti, al contrario, non obbligavano il promittente a prestare quanto promesso, ma, se adempiuti, producevano solamente la *soluti retentio*, cioè l'effetto tipico della *naturalis obligatio* romana (55).

Se la fattispecie concreta, posta in essere dalle parti, corrispondeva ad uno schema tipico previsto, il patto era riconosciuto dal diritto perché nominato: il *nomen* costituiva il *vestmentum* stesso del patto. Diversamente, se i privati realizzavano un assetto di interessi atipico, la rilevanza giuridica dell'operazione dipendeva, in tal caso, dalla presenza di un *vestmentum*. Il patto era vestito, ad esempio, se il promissario aveva eseguito una prestazione di *dare* o *facere*, in ragione della promessa ricevuta (56).

Questo modo di ragionare investì anche la *stipulatio*. Il *Corpus iuris* disciplinava la *stipulatio*, la cui validità era subordinata al rispetto della formula *sponsoris*. La figura era certamente classificabile tra i patti nominati, cioè tra gli schemi tipici previsti e tutelati dal diritto. I giuristi medievali, tuttavia, escludevano che la semplice attribuzione del *nomen stipulatio*, ad un accordo intercorso tra privati, fosse sufficiente per riconoscergli tutela giuridica (57).

terpretatio rispecchiava la vivacità di quei giuristi che, pur ossequiosi del *Corpus iuris*, ben si guardavano dal rimanere ingabbiati nei rigidi schemi del testo. Punto di partenza dell'analisi del giurista era il dato normativo, la *lex*, ma poi l'attenzione era concentrata sulla *ratio legis* della norma, che veniva utilizzata per impostare un procedimento analogico e liberarsi, in tal modo, dalle strettoie dello schema tipico previsto dalla legge; v. GROSSI, *op. cit.*, p. 164, sostiene che l'*interpretatio* medievale non è riconducibile ad un processo conoscitivo della norma, ma è soprattutto un «atto di volontà e di libertà dell'interprete». GROSSI, *op. cit.*, p. 169: «L'interprete aveva così la possibilità di rinviare dall'esterno il diritto legale, di porsi mediatore tra il regno della formalità e quello dei fatti, e disegnare così nuove figure giuridiche senza costringere il nuovo nelle trame del vecchio ma adattando il nuovo — e, magari, sacrificandoli — gli schemi tradizionali».

(53) VOLANTE, *Alteri stipulari*, Firenze, 1993, p. 34 ss.; CARLINI, voce *Contratto e patto nel diritto medievale e moderno*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 77 ss.

(54) AZONE, *Summa Codicis*, II, 3, *De pactis*, n. 5 «non valet conventio sine causa, id est, sine vestimento». Sul punto v. CARLINI, *op. cit.*, p. 79.

(55) VOLANTE, *op. cit.*, p. 36.

(56) GORLA, *Il contratto*, cit., p. 27 ss.; CARLINI, *op. cit.*, p. 84.

(57) VOLANTE, *op. cit.*, p. 42 ss.

La *stipulatio* ereditata dai glossatori non rispondeva più allo schema del diritto romano classico. Nel tempo l'istituto aveva perso la rigidità della formula a favore dell'estensione del suo ambito d'applicazione, cosicché la struttura originaria della *stipulatio* era completamente degenerata (58). Privata della solennità, la *stipulatio* si riduceva ad un accordo intercorrente tra due parti presenti.

I glossatori avvertivano che, al di là del *nomen*, si era in presenza di uno schema idoneo ad essere adattato ai più vari assetti di interessi; da questo punto di vista la *stipulatio* risultava una figura affine al *nudum pactum*. I giuristi medievali affermavano che la differenza tra le due fattispecie andava ricercata nei *verba*, che costituivano il *vestmentum* della *stipulatio*: la pronuncia della formula, di per sé, non era sufficiente a distinguere la *stipulatio* dal nudo patto, occorreva altresì che la formula pronunciata fosse rispondente ai concreti interessi che le parti volevano realizzare (59). Solo in tal caso la *stipulatio* era un accordo vestito «*verbis*» e di conseguenza tutelato dal diritto.

Sulla base di quanto sopra esposto, se una parte prometteva all'altra di beneficiare un terzo con una prestazione, l'invalidità del patto discendeva da un duplice ordine di motivazioni.

Una prima difficoltà concerneva l'impossibilità di distaccarsi dal rispetto dello schema tipico previsto dal *Corpus iuris*, che richiedeva la pronuncia della formula in presenza delle parti. Il terzo beneficiario della prestazione era invece estraneo all'accordo.

La *stipulatio alteri* si presentava, inoltre, del tutto incongruente con l'assetto di interessi che le parti volevano realizzare: questa, infatti, non era in grado di assicurare l'adempimento della promessa al promissario, che non voleva la prestazione per sé, né al terzo, stante il divieto *alteri stipulari nemo potest* (60).

I giuristi medievali superarono entrambe le eccezioni.

I glossatori evidenziarono che nella *stipulatio* potevano riconoscersi due patti: uno concerneva l'assunzione dell'obbligo da parte del promittente nei confronti del promissario, l'altro riguardava l'esecuzione della promessa e determinava il destinatario dell'adempimento nella persona del terzo. Il rispetto della formula esigeva che fosse predicata nella persona del promissario, ma nulla impediva che il patto esecutivo fosse rivolto ad un terzo beneficiario. La promessa poteva essere eseguita *in absentem*, senza che ne derivasse l'invalidità della *stipulatio* (61).

(58) NEGRI, *L'espressione unilaterale dell'impegno*, I, Padova, 1998, p. 86 ss.; l'a. spiega che questa evoluzione della *stipulatio*, caratterizzata dall'abbandono degli elementi formalistici che la costituivano, si è realizzata nel corso di poco più di due secoli, dalla costituzione di Massimino del 236, alla costituzione di Leone, nel 472. Quest'ultima prevedeva come unico requisito di validità della *stipulatio* che la promessa avvenisse in presenza di entrambe le parti (promittente e promissario).

(59) VOLANTE, *op. cit.*, p. 56 ss.

(60) VOLANTE, *op. cit.*, p. 59.

(61) VOLANTE, *op. cit.*, p. 60 ss.; TARTUFERI, *op. cit.*, p. 51 s.

La *stipulatio alteri*, inoltre, era idonea a realizzare l'assetto di interessi voluto dalle parti in presenza di un interesse del promissario⁽⁶²⁾. La congruenza sostanziale tra la formula *sponsionis* e lo scopo, che il promissario intendeva realizzare con la *stipulatio alteri*, era garantita dall'elemento dell'interesse, che costituiva il *vestmentum* del patto.

Con la pronuncia della formula «Promittis mihi quod dabis Tito?», il promittente si impegnava nei confronti del promissario ad un *facere*, consistente nell'effettuare la prestazione al terzo⁽⁶³⁾. L'inadempimento della prestazione di fare, pertanto, esponeva il promittente a rifondere il pregiudizio che il promissario aveva subito. Tale pregiudizio consisteva nella lesione dell'interesse di quest'ultimo alla esecuzione della prestazione⁽⁶⁴⁾. Il

(62) La glossa Magna, commentava il brano D. LXV, 1, 38, 17, v. *supra*, nota 48, nel seguente modo «[...] et si quando intersit, tunc valet» (Glossa in l. *Stipulatio ista alter*, gl. «nihil interest», siglata con la lett. o).

(63) Senza alcuna pretesa di affrontare, in tale sede, una tematica così complessa come quella della teorica dell'interesse, sviluppata dai glossatori, ci si limita a fare qualche cenno essenziale per una più agevole lettura del testo, avvertendo, tuttavia, che le brevi precisazioni che seguono costituiscono solo una sommaria esemplificazione di un argomento molto più articolato, per il quale si rinvia a BETTI, «*Id quod interest*», in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1938, p. 133, e bibliografia cit. *ivi*. Nel *Corpus iuris* più volte si parla di *interesse* e di *agere ad interesse*. I termini assumono nel testo diversi significati, che la *Summa Trecentis* comprende sotto il titolo *De interesse*. I glossatori operarono diverse distinzioni tra le varie specie di interesse rinvenibili nella compilazione giustiniana. Una delle distinzioni più tarde ripartiva l'interesse in *certum* e *incertum*. L'interesse si poteva dire certo quando l'oggetto della prestazione aveva un valore oggettivo o comunque facilmente determinabile. Ciò avveniva nelle prestazioni di dare o quando le parti avevano stabilito una penale per l'inadempimento. In tali casi l'interesse del promissario era rappresentato dalla *res* o dalla penale. In caso di inadempimento, il giudice non doveva accertare la lesione dell'interesse del promissario (che era in *re ipsa*), ma solo determinare il *quantum* della prestazione risarcitoria, in riferimento al valore del bene oggetto della prestazione o all'ammontare della penale.

Nelle prestazioni di fare o non fare, al contrario, l'interesse era *incertum*, quindi non facilmente determinabile. In tali casi il promissario poteva agire in giudizio solo se l'inadempimento del promittente aveva violato un suo interesse, tutelato dal diritto. Questa indagine doveva essere condotta dal giudice caso per caso. Il giudice, quindi, doveva valutare in primo luogo se c'era stata la lesione di un interesse del promissario e secondariamente l'ammontare del danno subito da quest'ultimo. Sulla distinzione dell'interesse in *certum* e *incertum* v. VOLANTE, *op. cit.*, p. 65 ss.

(64) BETTI, voce «*Id quod interest*», cit., p. 133: «Il quod interest ravvisato nel suo significato originario, allude ad una aspettativa protetta dal diritto ed esprime — mediante un raffronto tra due situazioni, l'una di carenza, l'altra di appagamento — l'interesse di una persona al verificarsi dell'evento o dello stato di fatto cui si rivolge la sua aspettativa»; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Fadda-Bensa (trad. cur.), II, Torino, 1930, n. 257, p. 36: «Essere obbligato alla prestazione dell'interesse vuol dire: essere obbligato alla rifusione del pregiudizio, che s'è verificato nella posizione patrimoniale di una persona a seguito di un fatto positivo o negativo. Deve venire appianata la differenza che ha luogo tra la situazione patrimoniale attuale di una persona e quella situazione patrimoniale nella quale questa persona si troverebbe, se ciò che è avvenuto non fosse avvenuto, o se fosse avvenuto ciò che non è avvenuto»; WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 46 nota 19, dove l'a. in riferimento al passo D. XLV, I, 38, 17, cit. *supra*, nota 48, commenta: «Ma se

diritto tutelava l'affidamento del promissario all'adempimento della promessa: quando il promittente prometteva di beneficiare il terzo e poi non adempiva alla prestazione era esposto all'azione del promissario perché l'inadempimento frustrava l'interesse personale di quest'ultimo a che il terzo fosse beneficiario.

I giuristi sottolineavano la natura incerta di questo interesse⁽⁶⁵⁾: esso non era immediatamente stimabile, ma doveva essere oggetto di indagine da parte del giudice, chiamato a decidere il caso concreto e poteva consistere anche in un interesse morale o d'affezione del promissario nei confronti del terzo.

L'interesse del promissario diveniva in tal modo criterio per ordinare le eccezioni al divieto *alteri stipulari nemo potest*, introdotte dal diritto giustiniano, consentendo la formulazione di una regola generale in tema di stipulazioni a favore di terzi.

Ammessa la validità delle stipulazioni a favore di terzi, è doveroso interrogarsi su chi fosse legittimato ad agire in giudizio, in caso di inadempimento del promittente. I primi glossatori facevano derivare dall'inadempimento della promessa un diritto di azione solo per il promissario, ma in epoche successive anche il terzo beneficiario venne legittimato ad agire per l'adempimento⁽⁶⁶⁾. Gli statuti di Bologna (1454, c. 118), di Trento (1527, I, 17), di Ferrara (1566, II, 92) evidenziavano che, perché il terzo acquistasse il diritto nascente dal contratto *inter alios*, non era necessaria la sua accettazione. Il diritto del beneficiario sorgeva per effetto della stipulazione. «Sicché non v'è dubbio: lo stipulante [promissario] il quale avesse contratto in favore del terzo, acquistava un diritto in base al contratto; il diritto cioè, che venisse fatta la prestazione al terzo, potendo anche chiederne l'adempimento; e lo stesso diritto ne derivava anche al terzo, il quale parimenti avrebbe potuto esigere che si adempisse⁽⁶⁷⁾».

il creditore si è fatto creditore nell'interesse di un altro, allora ciò che forma il contenuto del suo credito d'interesse è il pregiudizio sofferto da quest'altro». Lo stesso a., *op. cit.*, n. 316, p. 225, richiamando il medesimo passo del *Digesto* commenta: «La prestazione da farsi al terzo è effettivamente una prestazione nell'interesse dello stipulante [promissario]; il suo interesse tiene appunto a ciò, che si faccia la prestazione non a lui ma al terzo; nella prestazione del terzo vien fatta la prestazione a lui stesso. Di quale specie sia l'interesse, è indifferente, giusta il diritto odierno; specialmente non è chiesto, che questo interesse sia di natura egoistica, esso può avere la sua base anche nella pura benevolenza verso il terzo. Ma se colui al quale è fatta la promessa, non ha un interesse qualsiasi a che venga prestato al terzo...allora non si ha tanto un contratto, quanto un discorso giuridicamente indifferente».

(65) V. *supra* nota 63.

(66) Così ad es. V. STAIR, *Institutiones*, nn. 10.4, 10.5, rifacendosi agli insegnamenti della scolastica del XVI sec. e citando Molina afferma: «It is likewise the opinion of Molina, and it quadrates with our customs, that when parties contract [...] if there be article in favor of third party, at any time, est *ius quaesitum tertio* [...] So a promise, though gratuitous, made in favor of third party, that party albeit not present not accepting, was found to have right thereby [...]».

(67) SCHUPFER, *op. cit.*, p. 76.

7. — In ossequio al principio del nudo consenso, i legislatori del XIX secolo individuano nel contratto il luogo di esaltazione della volontà delle parti. La libera manifestazione di volontà dei contraenti è sufficiente alla costituzione di un vincolo giuridico tra gli stessi⁽⁶⁸⁾.

Non sempre la teoria della volontà si rivela compatibile con la validità del contratto a favore di terzi. Difatti, il codice napoleonico, così come il codice italiano del 1865⁽⁶⁹⁾, riducono la stipulazione a favore di terzi a regola eccezionale. Il principio di relatività contrattuale, che costituisce un'applicazione della teoria della volontà, non consente di riconoscere simili pattuizioni. Il *BGB*, al contrario, nel completo rispetto della libertà contrattuale delle parti, riconosce all'istituto validità generale⁽⁷⁰⁾. Queste codificazioni, dunque, pur concordando nella proclamazione della libertà del volere, come requisito di validità del vincolo, presentano una singolare divergenza in tema di tutela del terzo beneficiario.

Della teorica elaborata dai giuristi dei secoli precedenti sull'interesse del promissario, come criterio di validazione della stipulazione a favore dei terzi, non rimane traccia nei codici del XIX secolo.

Questo il dato codicistico. Come insegna la comparazione, occorre però compiere lo sforzo di vedere al di là delle definizioni codicistiche e verificare quale esigenza un sistema intenda soddisfare disciplinando un determinato istituto. Dall'analisi del contratto a favore di terzi, condotta secondo questa diversa prospettiva, sembrerebbe emergere che la tradizione dello *ius commune*, seppur non rinvenibile nei codici ottocenteschi, non è scomparsa dal panorama giuridico, ma riaffiora in più occasioni mostrando un'inattesa attualità⁽⁷¹⁾.

8. — Il codice napoleonico prevede espressamente che i contratti hanno efficacia solo tra le parti contraenti, senza poter beneficiare terzi estranei all'accordo⁽⁷²⁾. Il divieto è assoluto e contempla un'unica eccezione, prevista nell'ipotesi in cui la prestazione a favore del terzo beneficiario costituisca oggetto di una condizione o di un *modus* apposti al contratto. Questa disciplina ricalca fedelmente la teorica sviluppata dal Pothier sul tema⁽⁷³⁾. L'autore, infatti, recuperando la soluzione del diritto romano, sosteneva che solo ciò che riguardava il personale interesse dello stipulante (promissario) poteva essere oggetto del contratto. La prestazione a favore di terzo, dunque, era eccezionalmente valida quando costituiva un *modus* o una condizione apposta alla stipulazione⁽⁷⁴⁾: in tali ipo-

(68) GORLA, *Il contratto, Il contratto*, cit., p. 77.

(69) *Code civil* artt. 1165, 1119, 1121; codice civile 1865 (abr.), artt. 1128, 1130.

(70) *BGB* § 328 ss.

(71) GORLA, *Unificazione « legislativa » e unificazione « giurisprudenziale »*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 702 ss.

(72) DASSIO, *L'esperienza Francese*, in *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, a cura di Alpa e Fusaro, Milano, 2000, p. 95.

(73) Confr. artt. 1119, 1121, 1165 *code civil* e POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, cit., I, 1, art. V, p. 73 ss.

(74) POTHIER, *op. cit.*, p. 79: « Dare ad un terzo, far qualche cosa per un terzo, e

tesi l'inadempimento del promittente comportava un pregiudizio per il promissario. Nel primo caso, il sacrificio subito da quest'ultimo, in ragione della promessa, era quantificabile nella somma di denaro (o altro bene) prestata alla controparte per beneficiare il terzo. Altrettanto accadeva se l'inadempimento della prestazione nei confronti del terzo costituiva la condizione, al verificarsi della quale, il promittente si era obbligato a prestare denaro o altra utilità al promissario. In tal caso il promittente era vincolato alla sua promessa perché con l'inadempimento avrebbe frustrato una personale aspettativa, quantificabile in denaro, del promissario.

Le disposizioni del *code civil* sul contratto a favore di terzi sono rimaste nel tempo invariate, ma il sistema attuale riconosce validità generale all'istituto. Il superamento del principio *alteri stipulari nemo potest* è avvenuto per via giurisprudenziale.

Intorno alla metà del XIX secolo, le corti francesi iniziarono a sottolineare che il divieto romano era superato se sussisteva un interesse, anche non patrimoniale, dello stipulante (promissario) ad avvantaggiare il terzo. L'*arrêt de principe* pronunciato dalla *Cour de cassation* il 16 gennaio del 1888, in tema di contratto di assicurazione, confermava definitivamente il nuovo orientamento giurisprudenziale: « da un lato il profitto dell'assicurazione può, a determinate condizioni, essere destinato allo stipulante, e dall'altro, il profitto morale, risultante dai benefici destinati a favore di persone designate, è sufficiente per costituire un interesse personale nel contratto; dall'altro lato, lo stipulante si impegna a versare alla compagnia di assicurazione i premi annuali, per cui, dal suo punto di vista, non è possibile sostenere che lo stipulante non stipula per se stesso e quindi, l'art. 1121 non è applicabile »⁽⁷⁵⁾.

L'interesse del promissario era assunto come criterio discriminante le stipulazioni valide da quelle invalide; all'antica regola *alteri stipulari nemo potest* succedeva il contrario principio della validità delle *stipulations pur autrui*.

9. — Il codice civile italiano del 1865 presentava, in tema di contratti a favore di terzi, una disciplina analoga a quella del *code Napoléon*. Il generale divieto di *stipulare alteri*, in applicazione del principio della relatività contrattuale, era derogato nelle stesse ipotesi contemplate dal codice francese e in alcuni casi espressamente previsti dal legislatore⁽⁷⁶⁾.

generalmente tutto ciò che non concerne il personale interesse dello stipulante, non può in verità essere l'oggetto di un contratto; ma ciò può benissimo essere in *conditione, aut in modo* ».

(75) DASSIO, *op. cit.*, p. 97: « Que d'une part, le profit de l'assurance peut, dans certains éventualités, revenir au stipulant, et que, d'ailleurs, le profit moral résultant des avantages fait aux personnes désignées, suffit pour constituer un intérêt personnel dans le contrat; que d'autre part, le stipulant s'engage a verser à la Compagnie d'assurance des primes annuelles, de telle sorte qu'à quelque point de vue qu'o se place il est impossible de soutenir que le stipulant ne stipule pas pur lui-même, et que par suite, l'article 1121 n'est pas applicable ».

(76) Art. 1128 cod. abr. « Nessuno può stipulare in suo proprio nome, fuorché per

Tra le eccezioni alla nullità del contratto a favore di terzi non era espressamente inclusa l'ipotesi in cui il promissario avesse un proprio interesse a beneficiare il terzo. Parte della dottrina, tuttavia, riteneva che il divieto di contrarre a favore di terzi poteva sempre essere derogato, in presenza di un interesse del promissario a che la prestazione fosse adempiuta al terzo e che le eccezioni al divieto, previste dal codice, non costituivano altro che applicazioni di questa regola generale⁽⁷⁷⁾. Quest'ultima interpretazione era accolta anche dalla giurisprudenza che, in tema di contratto a favore di terzi, seguiva un percorso simile alla coeva giurisprudenza francese. Negli ultimi anni dell'ottocento le corti comunemente riconoscevano tutela al beneficiario di un contratto stipulato *inter alios*, in presenza di un interesse, in alcuni casi anche solo morale o affettivo, del promissario⁽⁷⁸⁾. La convergenza tra le due esperienze consentiva di approdare all'art. 45 del progetto italo-francese di codice delle obbligazioni che prevedeva: «Ciascuno può stipulare in nome proprio a favore di un terzo quando abbia un interesse personale, sia materiale, sia morale all'adempimento dell'obbligazione»⁽⁷⁹⁾. La disposizione si inseriva, si ritiene non occasionalmente, in un contesto volto a promuovere il rispetto del principio della parola data. L'art. 60 del progetto, che riconosceva validità alla promessa unilaterale, costituiva una più esplicita conferma di questa linea di tendenza⁽⁸⁰⁾.

se 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 per altri. Chi ha fatto questa stipulazione non può più revocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne profittare». Art. 1130 cod. abr. «I contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti: essi non pregiudicano né giovano ai terzi, fuorché nei casi stabiliti dalla legge». Sul punto v. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917, p. 106 ss., dove l'a. evidenzia la somiglianza tra i casi individuati dal Pothier come eccezioni alla nullità del contratto a favore di terzi e i casi in cui il codice civile francese e quello italiano riconoscono eccezionalmente valido il contratto a favore di terzi; DONADIO, voce *Contratti a favore di terzi*, cit., n. 4 ss.; CARBONI, *Della obbligazione nel diritto odierno*, Torino, 1912, p. 88 ss.

⁽⁷⁷⁾ Sul punto v. GIOVENE, *op. cit.*, p. 117; BARASSI, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, Milano, 1934, pp. 333-334.

⁽⁷⁸⁾ Ad es., sempre in tema di contratto di assicurazione v. Cass. Torino, 8 settembre 1882, in *Foro it.*, 1882, I, p. 1127, con nota di MARANGONI; ALPA-FUSARO, *L'esperienza italiana, in Effetti del contratto nei confronti di terzi*, cit., pp. 11-13.

⁽⁷⁹⁾ V. in particolare la *Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti, comune all'Italia e alla Francia*, in *Riv. dir. civ.*, 1928, p. 124, dove si legge: «La sostanza non è però mutata di fronte alla legge vigente, poiché anche per essa, in virtù delle molte eccezioni pacificamente riconosciute, si può dir che il principio vero era quello della liceità del contratto a favore di terzo»; GUTTERIDGE, *Il diritto dei contratti e il Progetto Italo-francese di un codice delle obbligazioni*, in *Ann. dir. comp.*, VI, 1, 1931-IX, Roma, p. 157, dove l'a., confrontando il progetto con l'esperienza inglese sostiene che: «[...] il diritto inglese, a causa del requisito della *consideration* in un contratto al quale non sia stato apposto il sigillo, si rifiuta di riconoscere l'acquisto dei diritti da parte di terzi in forza del contratto».

⁽⁸⁰⁾ *Relazione sul progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 126: «Corretta nella sua forma e generalizzata a tutto il campo del diritto privato,

10. — Quasi un secolo dopo il codice napoleonico, il *BGB* riconosceva validità al contratto con a favore di terzi⁽⁸¹⁾. Per effetto del contratto il terzo acquisiva direttamente il diritto di esigere l'adempimento dal promittente. La produzione degli effetti nei confronti del terzo era rimessa alla volontà dei contraenti, in aderenza al pensiero che intendeva il rapporto contrattuale interamente governato dal volontarismo⁽⁸²⁾. La volontà dei privati, che costituiva fonte di efficacia vincolante dell'atto di autonomia, ben poteva esprimersi in senso favorevole per il terzo.

Il contratto a favore di terzi trovava una simile giustificazione anche nel precedente progetto di codice civile per l'impero tedesco del 1888, che al § 412 recitava: «Se in un contratto venga da uno dei contraenti promessa una prestazione a favore di un terzo, il terzo acquista da ciò immediatamente il diritto di esigere dal promittente la prestazione, sempre che dal contenuto del contratto risulti che tale acquisto sia stato voluto». Il progetto riconosceva il *pactum in favorem tertii* come un istituto giuridico generale, con l'effetto dell'acquisto immediato del diritto in capo al terzo. La validità e l'efficacia del contratto a favore di terzi era indipendente dalla presenza di un interesse del promissario all'adempimento della prestazione al terzo⁽⁸³⁾.

Il diritto tedesco sovvertiva così completamente la regola *alteri stipulari nemo potest*, ma deviava dal percorso tracciato dai glossatori, che avevano operato sul requisito dell'interesse del promissario per derogare al divieto romano.

L'analisi della dottrina tedesca del XIX secolo, tuttavia, permette una lettura più critica del § 328 ss. del *BGB*. Le stipulazioni a favore di terzi sono state al centro di accese dispute tra i giuristi tedeschi. La divergenza di orientamenti sul tema non si è totalmente sopita neanche successivamente all'emanazione del codice. Tra i diversi itinerari percorsi dalla dottrina, per giustificare la validità delle stipulazioni a favore di terzi, riappare la tematica dell'interesse del promissario come requisito essenziale alla validità di questi patti⁽⁸⁴⁾.

Questo orientamento, tuttavia, non è ampiamente condiviso: alcuni aa. attribuiscono rilevanza solo all'interesse patrimoniale del promissario, altri smentiscono completamente una qualche importanza del requi-

quella disposizione è anzi assai opportuna, perché taglia corto con le vecchie dispute... sulla natura contrattuale o unilaterale di certe dichiarazioni di volontà... e apre opportunamente adito ad un più largo campo di applicazione del principio del rispetto della parola data, soddisfacendo così alle esigenze della buona fede».

⁽⁸¹⁾ SOMMA, *L'esperienza tedesca, in Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, cit., p. 107 ss.

⁽⁸²⁾ ZIMMERMANN, *The law of obligations*, Cape Town, 1990, p. 43.

⁽⁸³⁾ TARTUFERI, *op. cit.*, p. 269.

⁽⁸⁴⁾ Si ritiene d'interesse rammentare quanto affermato dal Windscheid sul tema, v. *supra* nota 64, soprattutto in ragione del fatto che, come noto, il giurista partecipò alla commissione per la redazione del *BGB*.

sito⁽⁸⁵⁾. Il sistema tedesco sembra optare per quest'ultimo orientamento, anche se non mancano in dottrina opinioni contrarie⁽⁸⁶⁾.

11. — L'interesse del promissario, come requisito per la validità del contratto a favore di terzi, è espressamente menzionato in alcune codificazioni del XX secolo. Prima tra tutte va ricordata la codificazione italiana del 1942, che all'art. 1411, comma 1°, c.c. recita: «È valida la stipulazione a favore di un terzo qualora lo stipulante vi abbia interesse». La disposizione deve essere coordinata con quanto stabilito dall'art. 1372 c.c., secondo cui «Il contratto ha forza di legge tra le parti [...] Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge».

Il nostro ordinamento non tutela, di per sé, l'interesse del terzo beneficiario all'adempimento di un contratto stipulato *inter alios*. Diversamente, se sussiste uno specifico interesse dello stipulante (promissario) a contrarre a favore del terzo, il contratto è valido e il terzo ha diritto all'adempimento della prestazione stipulata in suo favore. Si realizza in tal modo un duplice interesse: quello del terzo alla prestazione e quello dello stipulante a beneficiare il terzo⁽⁸⁷⁾.

Il contratto a favore di terzi soddisfa in primo luogo l'interesse dello stipulante a che la prestazione sia attribuita al terzo; l'interesse del terzo, invece, non è determinante ai fini della conclusione e della validità del contratto, al quale il terzo rimane estraneo, ma assume rilievo nella fase di esecuzione del regolamento realizzato dai contraenti, come interesse ad ottenere l'adempimento della prestazione⁽⁸⁸⁾.

(85) V. in dettaglio TARTUFERI, *op. cit.*, p. 185 ss.

(86) V. ad es. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 100, secondo il quale: «Il silenzio [del § 328 riguardo all'interesse dello stipulante] si spiega egualmente con la considerazione che l'introduzione della figura generale del contratto a favore di terzi proprio, con efficacia diretta esterna, avviene, nel BGB, nella stessa unica norma (§328) nella quale sono parimenti contemplate, sia pure in scorcio e in modo almeno in parte implicito, altre figure e cioè quella del contratto a favore di terzi ad efficacia soltanto interna [...] e quella del contratto a favore di terzi "con adesione". Ora posto che rispetto a tali due diverse figure il problema specifico dell'interesse non aveva ragione di essere posto, è proprio la concomitante previsione di tali due figure, accanto a quella del contratto a favore di terzi in senso proprio, che vietava l'espressa previsione dell'interesse dello stipulante; senza naturalmente che ciò impedisca all'interprete la possibilità di ricavare dal sistema la necessità dello stesso elemento di giustificazione causale». Interessante, inoltre, quanto sostenuto dal PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1985, § 328, 1, b): «War der VertrSchl ein Akt der Fürsorge für den Dr od ist aus sonst Grden ausschließl im Interesse des Dr. Kontrahiert worden, kann idR ein Rerwerb bejaht w. Eine entspr Vermutung besteht aber nicht».

(87) V. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, p. 97 s.

(88) Sotto questo aspetto, assumono rilievo gli istituti del rifiuto da parte del terzo della prestazione stipulata in suo favore e della dichiarazione del terzo di voler profittare della prestazione. Nel primo caso, l'ordinamento tutela l'interesse del terzo a rifiutare una prestazione non voluta, nel secondo caso è tutelato l'interesse del terzo a non essere privato, attraverso la revoca della stipulazione, dell'adempimento della prestazione su cui

La dottrina nazionale si è a lungo interrogata sul significato da attribuire all'art. 1411, comma 1°, c.c. e l'interesse dello stipulante è divenuto un *punctum dolens* dei giuristi per la sua difficile collocazione sistematica.

Come è noto, e comunque senza alcuna pretesa di completezza, sull'interpretazione dell'interesse dello stipulante si sono contrapposte due principali teorie. Un primo orientamento individuava nell'art. 1411 c.c. un richiamo all'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione deve corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore. Altri autori interpretavano la locuzione «qualora lo stipulante vi abbia interesse» come espressione del principio dell'atipicità causale, stabilito dall'art. 1322 c.c.⁽⁸⁹⁾. A loro volta queste tesi sono state soggette a critiche⁽⁹⁰⁾. A fronte delle difficoltà di inquadramento, in giurisprudenza non si è assistito ad un utilizzo frequente dell'interesse dello stipulante, per limitare l'ambito di applicazione del contratto a favore di terzi. Peraltro, poiché l'interesse dello stipulante può avere anche natura morale o affettiva, risulta in concreto difficile in sede processuale fornire la prova della carenza di tale elemento⁽⁹¹⁾.

Alla luce delle considerazioni svolte è opportuno chiedersi se l'interesse dello stipulante non costituisca un mero residuo storico, una traccia dello *ius commune* su un istituto pienamente aderente al principio consensualistico.

La breve indagine svolta nei precedenti paragrafi, tuttavia, evidenzia l'importanza del requisito dell'interesse del promissario (stipulante) per l'evoluzione del contratto a favore di terzi, sia in *civil law* che in *common law*. L'analisi dell'istituto, condotta secondo una prospettiva storico-comparatistica, sembra, in effetti, dimostrare una certa convergenza delle due tradizioni sul punto⁽⁹²⁾: sia nei sistemi continentali, sia oltre Manica, la

aveva riposto affidamento. Sul punto v. per tutti MOSCARINI, *op. cit.*, p. 65 ss.; SCOZZAFAVA, voce *Contratto a favore di terzi*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, nn. 2.1, 2.3, pp. 4-6.

(89) Con riferimento alla prima tesi v. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1966, p. 202; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1958, p. 344; *contra* GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951, p. 63 ss.; riguardo alla seconda tesi v. MAJELLO, *op. cit.*, p. 10 ss.

(90) Per una critica delle tesi precedenti GORLA, *Contratto a favore di terzi e nudo patto*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 593; MOSCARINI, *op. cit.*, p. 102; SCOZZAFAVA, *op. cit.*, n. 2.4, p. 6. Secondo la tesi recentemente più accreditata, con la fattispecie in esame si ottiene lo scopo di deviare gli effetti patrimoniali del contratto dallo stipulante al promittente. Sussistono quindi due piani del rapporto: l'interesse dello stipulante giustifica lo spostamento patrimoniale a favore del terzo, che si realizza nel contesto di un contratto già valido tra le parti; v. in particolare GORLA, *op. cit.*, p. 594: «Quel requisito dell'interesse dello stipulante rappresenta una limitazione alla validità del contratto a favore di terzi, non la ragione della sua validità come figura in sé, distinta dagli altri contratti e non soggetta ai requisiti generali di questi».

(91) FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, Torino, 1999, p. 1082; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, II, Torino, 2004, p. 213.

(92) GORLA-MOCCIA, *A «Revisiting» of the comparison between «Continental*

tutela del terzo beneficiario si è realizzata attraverso un graduale ampliamento della tutela dell'affidamento del promissario all'adempimento della promessa, effettuata dal promittente. L'estensione dell'ambito di applicazione del contratto a favore di terzi si è verificata, dunque, parallelamente ad una progressiva moralizzazione del diritto e alla conseguente accresciuta esigenza di garantire un qualsiasi interesse del promissario, anche solo morale o affettivo, all'adempimento della promessa. La *common law* e la *civil law* sembrano aver condiviso questo percorso fino al XVIII secolo. Analizzata in questo diverso contesto la *privity of contract* si presenta come una interruzione, nell'evoluzione giuridica dell'istituto, della durata di poco più di un secolo, verificatasi contestualmente all'abbandono, anche sul continente, delle teoriche sviluppate durante lo *ius commune*.

Alla luce delle considerazioni svolte, è doveroso chiedersi se l'attuale dibattito esistente al livello europeo⁽⁹³⁾, in vista di una disciplina comune del contratto a favore di terzi, possa ricevere un contributo dall'analisi di quell'esperienza giuridica che, fino al XVIII secolo, ha accomunato le due principali tradizioni europee. Non si vuole in tal modo suggerire un recupero di antichi schemi, ma più semplicemente si sottolinea l'utilità di assumere un metodo storico-comparativo per affrontare le problematiche attuali.

L'analisi del requisito dell'interesse del promissario, secondo il punto di vista sopra suggerito, consente di ridimensionare la divergenza presupposta tra i sistemi che subordinano la validità del contratto a favore di terzi alla presenza di un interesse dello stipulante e i sistemi che richiedono il semplice consenso delle parti per la nascita del diritto in capo al terzo. A ben vedere, affermare che il diritto del terzo sorge per effetto del consenso manifestato dalle parti non significa che l'adempimento della prestazione a favore del beneficiario soddisfi un interesse di entrambi i contraenti. Certamente il promittente, concludendo il contratto, vuole obbligarsi giuridicamente ad adempiere la prestazione nei confronti del terzo. Si tratta, tuttavia, di valutare perché il diritto sanzioni il promittente inadempiente, vincolandolo a quanto promesso nei confronti del promissario⁽⁹⁴⁾. In altri termini ciò significa indagare quando una promessa è vincolante per il diritto⁽⁹⁵⁾.

law» and «English law»: 16th-19th century, in *Journal of Legal History*, 1981, p. 147 ss.

⁽⁹³⁾ GANDOLFI, *Il contratto a favore di terzi nel «codice europeo dei contratti»*, in questa rivista, 2003, p. 993.

⁽⁹⁴⁾ GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 27, (ora in *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*, cit., p. 175 ss.): «Certo, affinché sorga il vincolo giuridico il promittente vuole... obbligarsi giuridicamente. Ma si tratta di vedere perché il diritto faccia sorgere quel vincolo, cioè leghi, in certi modi, il promittente a quel suo "voluto", anche quando egli muti la sua volontà o il suo apprezzamento di interessi o, addirittura, non possa adempiere, pur volendo».

⁽⁹⁵⁾ MOCCIA, *Promessa e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 821 ss.

La tutela del terzo beneficiario si è sviluppata nei secoli in risposta a tale quesito.

Il diritto vincola il promittente ad eseguire la prestazione promessa non per realizzare una sua volontà o interesse, ma perché l'inadempimento frustrerebbe un interesse proprio del promissario a beneficiare il terzo⁽⁹⁶⁾. Oggetto della tutela giuridica è l'affidamento del promissario a veder realizzato il suo personale interesse a che il terzo riceva un beneficio⁽⁹⁷⁾.

L'interesse del promissario, anche se non menzionato espressamente, costituisce, pur sempre, la ragione giustificativa e nello stesso tempo il limite dell'obbligatorietà del vincolo⁽⁹⁸⁾.

In conclusione, una riflessione ci sembra doverosa: in una ipotetica disciplina europea del contratto a favore di terzi il richiamo o meno del-

⁽⁹⁶⁾ GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, cit., p. 28: «...si tratta di vedere se questi diritti positivi sanzionino la promessa allo scopo di fornire al promittente il vincolo giuridico come mezzo idoneo ad allargare la sua capacità di perseguire certi suoi fini... Oppure se quei diritti positivi pongano la sanzione allo scopo di proteggere il promissario e l'affidamento da lui fatto sulla promessa...».

Ora, posta la questione in questi termini, sembra chiaro essere questo secondo scopo quello che ispira, in vario modo, i diritti positivi che ci interessano»; v. anche STEVENS, *The Contract (Rights of Third Parties) Act 1999*, cit., p. 293.

⁽⁹⁷⁾ In tal senso si comprende l'art 6:110 n. 3 dei Principi della Commissione Lando, che attribuisce il potere di revoca del diritto al solo promissario (stipulante) e non anche al promittente; *contra*, l'art. 72, comma 4°, del progetto preliminare di Codice europeo dei contratti (coordinato da Galdolfi), secondo cui le parti consensualmente possono modificare o revocare il contratto finché il terzo non abbia dichiarato di avvalersi del diritto nascente dal contratto; v. sul punto PALMER, *Contracts in Favor of Third Persons in Europe: First Steps Toward Tomorrow's Harmonization*, in *Eur. rev. priv. law*, 2003, p. 25, il quale sottolinea il legame intercorrente tra la disciplina dell'istituto della revoca e l'inquadramento del contratto a favore di terzi come un'operazione volta a soddisfare primariamente un interesse del promissario: «Indeed it is characteristic on the Continent to view revocation as a unilateral power of the stipulator, not a power shared with the promisor. This probably reflects the assessment that stipulator typically have a real and preponderate interest that justifies giving them control over the revocatory power».

⁽⁹⁸⁾ Sembra significativa, in tal senso, l'esperienza scozzese. Parte della dottrina individua nella soluzione scozzese, in tema di stipulazione a favore di terzi, un modello di ispirazione per la codificazione europea, v. MACQUEEN, *Scots Law and The Road to The New Ius Commune*, in *EJCL*, (December 2000), n. 4.4, in <http://www.ejcl.org/ejcl/44/art44-1.html>; in Scozia il terzo acquisisce un diritto derivante da un contratto *inter alios* se dal contratto emerge l'intenzione delle parti contraenti di beneficiarlo. La regola sembrerebbe non conferire rilevanza, ai fini della validità ed efficacia del contratto, alla presenza di un interesse dello stipulante all'adempimento della promessa. Non sono mancati tuttavia in dottrina aa. che, interrogandosi sulla natura dell'istituto, tornassero a riflettere sull'interesse dello stipulante, v. ad es. ASHTON CROSS, *Bare promise in Scots Law*, in *Juridical Review*, 1957, p. 146: «[...] the present writer suggests that the reason for the special rule which have been evolved over the centuries and by which we now determine whether C has a right to sue B on a promise made by B to A is not that the contract itself is special but that it is essential fully to protect the interests of A, the party promisee».

l'interesse dello stipulante, quale presupposto di validità del contratto potrebbe risultare, alla luce delle considerazioni svolte, un problema nominalistico. Il dibattito sul tema nasconde una diversa e più importante problematica di carattere sostanziale, che da sempre si presenta all'attenzione dei giuristi, consistente nel valutare quali promesse sono vincolanti per il diritto. Indipendentemente dall'esplicita menzione dell'interesse dello stipulante i giuristi impegnati nell'elaborazione di una disciplina comune del contratto a favore di terzi sono chiamati a confrontarsi con questo quesito; ciò, in ultimo, equivale a chiedersi fino a che punto il diritto debba tutelare l'affidamento del promissario.