



Università
Ca'Foscari
Venezia

Corso di Dottorato di
ricerca in
Diritto, mercato e persona
ciclo XXX

Tesi di Ricerca

**Ingerenze nella sfera
giuridica altrui: *nihil de
me sine me?*
SSD: IUS/01**

Coordinatore del Dottorato

ch.ma prof.ssa Carmela Camardi

Supervisore

ch. prof. Gianluca Sicchiero

Dottorando

Andrea Cecchetto

Matricola 956180

INGERENZE NELLA SFERA GIURIDICA ALTRUI: *NIHIL DE ME SINE ME?*

Key words: Principio di intangibilità della sfera giuridica altrui; Libertà dell'individuo; Autodeterminazione e autonomia; Signoria sulla propria sfera giuridica.

Research Question(s): In cosa consiste il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui nel diritto privato italiano? Quali sono le eccezioni più significative e quali fattori le spiegano? Esiste un fondamento comune tra queste? È possibile trarre utili riflessioni critiche dallo studio delle diverse soluzioni adottate in altri ordinamenti?

Research Hypothesis: Ipotesi fondante di questo lavoro è cercare di dare una definizione chiara al principio di intangibilità della sfera giuridica altrui e successivamente di indagare come questo venga declinato in concreto nella disciplina normativa del diritto privato italiano ed europeo. Esistono infatti istituti e fattispecie che presentano forti criticità o finanche incompatibilità col principio *de quo*.

Thesis Statement: È possibile comprimere il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui, ed effettivamente questo viene compresso, laddove l'ordinamento ritenga prevalenti altri e diversi valori cui va accordata una tutela preferenziale. Nondimeno il principio può riacquistare la sua forza se considerato quale strumento ermeneutico nelle mani dell'interprete.

Suggested Quotation: A. Cecchetto; "Ingerenze nella sfera giuridica altrui: *nihil de me sine me?*"; tesi dottorale; 2018.

INDICE

INTRODUZIONE – IL CANONE DI INTANGIBILITÀ DELLA SFERA GIURIDICA

ALTRUI (p. 8)

1. Panoramica (p. 8)
2. Metodologia della ricerca (p. 15)

CAPITOLO I – LE OBBLIGAZIONI: L'ADEMPIMENTO DEL TERZO (p. 20)

1. Panoramica (p. 20)
2. Ragioni storiche e sistematiche di una scelta (p. 26)
3. Prerogative e posizione del terzo: esposto o no ad un peggioramento? (p. 31)
4. Cenni di diritto comparato (p. 46)

CAPITOLO II – IL CONTRATTO: PROBLEMATICHE GENERALI E STIPULAZIONE A FAVORE DI TERZI (p. 55)

1. Panoramica: il principio di relatività degli effetti del contratto (p. 55)
2. Il contratto a favore di terzo (p. 60)
 - 2.1. Una breve analisi storica (p. 60)
 - 2.2. Le peculiarità nelle scelte dell'ordinamento italiano (p. 64)
 - 2.3. Brevi cenni di diritto comparato (p. 71)
 - 2.4. (segue) Privity of contract nel diritto anglosassone (p. 73)
 - 2.5. (segue) Le prospettive del diritto privato europeo (p. 87)
3. Le prerogative del terzo dal diritto alla prestazione al diritto (contrattuale) al risarcimento del danno: il contratto con effetti a protezione del terzo (p. 93)
4. Contratti 'a danno di terzi'? (p. 100)
5. Diritto concorsuale e principio maggioritario: alcuni spunti critici (p. 103)
6. Il negozio unilaterale e il contratto con obbligazioni del solo proponente (p. 116)
7. Conclusioni (p. 119)

CAPITOLO III – QUESTIONI PROBLEMATICHE INTORNO ALLA RINUNCIA (p. 124)

1. Panoramica (p. 124)

2. La rinuncia a diritti con un unico titolare: la dismissione della proprietà immobiliare (p. 127)

3. La rinuncia a diritti con più titolari: l'abbandono liberatorio (p. 137)

4. Una rinuncia peculiare: la remissione del debito (cenni) (p. 152)

CAPITOLO IV – LA GESTIONE DI AFFARI ALTRUI (p. 158)

1. Panoramica (p. 158)

2. Dai requisiti della *gestio* all'*utiliter coeptum* (p. 164)

3. Una lettura metagiuridica dell'istituto (p. 174)

4. Dall'utile gestione al soccorso privato (p. 179)

5. *Negotiorum gestio* e prospettive di comparazione tra ordinamenti (p. 190)

6. (segue) La teorica del *Good Samaritan* e il tema degli *unsolicited benefits* (p. 208)

CONCLUSIONI – QUALE RUOLO OGGI PER IL PRINCIPIO (p. 218)

1. Panoramica (p. 218)

2. Le aporie del sistema: dalla gestione d'affari alla rinuncia abdicativa (p. 224)

3. Un principio generale dell'ordinamento per dare effettività al canone (p. 227)

BIBLIOGRAFIA (p. 235)

Ai miei genitori

INTRODUZIONE

IL CANONE DI INTANGIBILITÀ DELLA SFERA GIURIDICA ALTRUI

SOMMARIO: 1. Panoramica - 2. Metodologia della ricerca

1. Panoramica

Uno dei valori fondanti del nostro ordinamento, così come di larga parte dei paesi che condividono la nostra stessa cultura giuridica, è la libertà dell'individuo rispetto a ogni forma di ingerenza altrui sulla propria sfera giuridica.

Questo concetto abbraccia tutti i campi della vita della persona: la garanzia e il rispetto della persona umana – di cui è portatore l'art. 2 della Costituzione, assieme alla CEDU e all'art. 1 della Carta di Nizza – rappresentano il confine rispetto alle ingerenze nelle nostre decisioni quotidiane, di cui poi le altre regole costituiscono applicazione di dettaglio, dalla tutela della libertà a quella del domicilio, della corrispondenza, della riservatezza e così via.

Il rigore con cui la libertà va difesa comporta anche la necessità di arretare di fronte alle scelte di altri che a noi possano sembrare irragionevoli, ma che ne costituiscono pur sempre esercizio: si potrebbe forse imporre a un testimone di Geova una trasfusione contro la sua stessa volontà, anche sapendo che è l'unico modo per salvargli la vita?

È opinione condivisa che ciò non sia ammissibile, e non già perché trattasi di rifiuto fondato sul credo religioso: la stessa

risposta dovrebbe infatti riservarsi a chi prendesse una tale decisione sulla scorta di considerazioni che non toccano la sfera delle proprie convinzioni religiose e/o filosofiche, solo a riflettere sul diritto di rifiutare cure che ci mantengano in vita a condizioni prive di dignità.

Tuttavia, non è detto che si tratti di vita o di morte.

Infatti, si può forse imporre a qualcuno di sposare questa piuttosto che un'altra persona, quand'anche quella che non desidero fosse bella, intelligente, e di ricchezza senza pari?

Ma certamente non si tratta solo di profili che attengono alla persona umana: essendo questa il valore più alto da proteggere, a maggior ragione quelli fondamentali ma di consistenza minore, per logica coerenza, devono essere difesi con la stessa intensità.

Nessuno, appunto per coerenza, può impormi un comportamento perché, a suo modo di vedere, è per me conveniente: quello è il suo modo di vedere, non il mio.

E infatti non si può imporre ad alcuno di accettare o meno un'eredità, per quanto consistente. E ancora, non si può pretendere che il proprietario non lasci andare in rovina la propria casa disinteressandosene completamente.

Fintantoché la scelta dell'individuo non tocchi anche altri soggetti, finché cioè si tratti di vivere la propria vita secondo la propria dignità e idea di libertà, la sua tutela è una scelta valoriale di fondo dell'ordinamento.

Il punto è proprio questo: occorre che si parli solo di me, non di altri.

Diversamente accadrebbe infatti, per tornare ad alcuni degli esempi di prima, qualora il testimone di Geova dovesse

invece decidere della vita del figlio; o se la rovina della casa fosse tale da mettere in pericolo la sicurezza dei luoghi o l'incolumità di passanti e vicini; e se una certa prestazione sanitaria dovesse essere imposta per tutelare la salute di tutti.

Quando si tratta del bene più importante tutelato nel nostro sistema, ossia la vita umana, il grado di protezione concesso alla sfera giuridica del singolo è massimo.

A fortiori, dovrebbe quindi desumersi che analoga tutela circonda anche il patrimonio dell'individuo; d'altronde il diritto pubblico conosce l'espropriazione per pubblico interesse proprio per indicare che, a talune condizioni, un diritto che non riguarda la persona in quanto tale può trovarsi a cedere di fronte ad esigenze della collettività.

Tuttavia, anche nel diritto privato esistono alcune fattispecie che consentono di dubitare dell'assolutezza di questa tutela a garanzia del singolo.

Questo nonostante che delle molte definizioni che sono state date del diritto privato, la più centrata e al tempo stesso probabilmente più essenziale lo qualifichi come quella parte del diritto in cui non c'è soggetto che possa esercitare un potere sugli altri senza il loro consenso.

Quando l'interesse collettivo prevale sul singolo, è in teoria l'ordinamento stesso ad ammettere il sacrificio delle prerogative individuali, e ad approntare tutta una serie di cautele e contromisure per consentire che ad un soggetto venga comunque imposto di subire una determinata ingerenza: si

pensi, per quanto attiene alla persona, al caso delle vaccinazioni o dei trattamenti sanitari obbligatori.

Più in generale, è unanimemente riconosciuto che l'autonomia dell'individuo costituisca la forma giuridica della sua libertà¹: *nil de me sine me*, come recita il brocardo².

Costruire un sistema di norme sulla base dell'assunto che assegna la signoria sulla propria sfera giuridica³ esclusivamente al titolare della stessa è quindi una scelta che si fonda su una visione prettamente liberale della società.

È, in altre parole, una posizione che cerca di dare una risposta forte alla preoccupazione di "preservare la sfera di autoregolamentazione che compete al singolo in relazione ai propri affari da ingerenze non autorizzate e, quindi, presumibilmente non desiderate di terzi"⁴.

¹ Così NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1958, 704.

² O, in altra accezione, *nihil mei sine me*, per una locuzione che si usa richiamare soprattutto nel diritto processuale riferendosi al principio del contraddittorio e all'impossibilità di subire gli effetti di un provvedimento giudiziario emanato all'esito di un giudizio cui la parte non è stata posta nelle condizioni di partecipare (art. 111 C.I.).

³ Si veda anche CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, 1, che definisce la sfera giuridica come "la totalità dei rapporti giuridici di una persona, la cerchia della sua attività giuridica, o, se si vuole, la cerchia della sovranità privata".

⁴ Così PANE, *Solidarietà sociale e gestione di affari altrui*, Napoli, 1996, 31 ss. L'autrice parla di canone di intangibilità e/o indipendenza delle sfere giuridiche individuali, ma c'è anche chi ha preferito definirlo "principio di interlimitazione delle sfere giuridiche" (FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 32 e 69 ss.). Altra definizione è di GIAMPICCOLO, in *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 58, che parlò di "principio del rispetto dell'altrui sfera" o di "indipendenza delle sfere giuridiche individuali". In termine negativo lo richiama DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 59, parlando di "divieto di intromissione nell'altrui sfera giuridica". Quest'ultimo ricollega il canone direttamente al concetto di autonomia privata (p. 68 ss.): "Espressa sinora l'autonomia privata in chiave di potere o addirittura di potestà, era inevitabile che finisse in ombra la pur ovvia circostanza che la prima, per il fatto stesso di conferire o di riconoscere a ciascun privato il potere di regolare da sé interessi propri (...) esige – per l'appunto al fine di consentirne

Tuttavia, il fatto che questo postulato di partenza sia intrinsecamente ma non esclusivamente normativo⁵ fa sì che, quasi per paradosso, nel diritto privato non vi sia alcuna traccia di una sua chiara esplicitazione.

E invero, da un lato nessuno lo ha mai messo in discussione; dall'altro, chi ne ha parlato lo ha fatto dandolo per presupposto, e limitandosi, sia pure incidentalmente, a richiamarlo o enunciarlo con una stringata assertività⁶ che

l'esplicazione, scongiurando qualsivoglia pericolo di turbamenti nel complesso settore delle relazioni interindividuali – che ognuno attui il divisato regolamento entro un ambito ben definito, in modo da non coinvolgere arbitrariamente interessi esulanti dalla propria sfera giuridica (...). È agevole (...) intendere come, in sostanza, il principio della cd. inalterabilità della sfera individuale (o, in linea più specifica, della sfera altrui) vada ricondotto entro il delineato ulteriore profilo della autonomia, costituendone, dunque, non già un limite (...) bensì un aspetto connaturale”.

⁵ Fondamentale il ruolo della filosofia nel tratteggiare il principio. Si veda in particolare l'intera impostazione di Kant, riportata nel fondamentale RIPSTEIN, *Force and freedom: Kant's legal and political philosophy*, Cambridge, 2010, in specie p. 109: “Every person owes each other person a duty to refrain from interfering with his or her person or property”, e 111: “The only ‘interest’ that matters to my rights is the interest in having no other person determine my purposes”. E ancora, p. 121: “You are the one who decides what sort of consensual interactions you will enter into and whether the terms interest you”. Per il filosofo di Königsberg infatti il quadro entro cui ci si muove è quello del diritto innato di ciascuno all'umanità, che si traduce nel “right to independence of the choice of another” (p. 134) poiché “a unilateral will is not a law for anyone else” (p. 151). Questa è la pre-condizione per qualsiasi efficace traffico giuridico alla base di ogni trasferimento di un diritto.

⁶ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino 1960, 554: “Al privato è consentito governare in casa propria, ma non in quella altrui”. Di interesse del soggetto “a non vedere modificata la propria sfera giuridica, neppure vantaggiosamente, dall'altrui atto di autonomia” ha parlato RODOTÀ, voce *Estromissione*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., 785. *Contra* tuttavia DONISI, cit., 97: “In una società come quella attuale, tesa alla ricerca di strumenti sempre più rapidi e ad un tempo meno dispendiosi, da utilizzare nel campo via via più articolato e, non di rado, convulso delle relazioni interindividuali, non sembra infondato ritenere che i singoli ben siano disposti ad una (peraltro parziale) abdicazione all'assoluta ‘intangibilità’ della propria sfera giuridica, laddove essa sia compensata dalla certezza del conseguimento di un'adeguata semplificazione dei mezzi giuridici da impiegare per la sistemazione dei loro interessi, e quindi dalla possibilità di realizzare l'obiettivo avuto di mira nel modo più agevole e meno faticoso”. Si vedano anche

tuttavia lasciava sul campo una serie di riflessioni critiche che il presente lavoro intende approfondire.

Infatti, alla apparente facilità con cui si tende a sorvolare sul principio non corrisponde una rigorosa applicazione dello stesso nel nostro quadro normativo di riferimento, tale da giustificare l'assenza di qualsiasi trattazione specifica⁷.

GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917, 17: "La sfera giuridica d'ogni persona che è sotto il dominio della sua volontà, ha questa volontà siccome suo fondamento e sua misura, non può, quindi, che dalla stessa esser modificata, non mai da quella altrui". Per CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, Padova, 1931, 224, dall'essenza del diritto soggettivo – per il quale la tutela dell'interesse è rimessa alla volontà del titolare – discende la conseguenza della necessità di una manifestazione di tale volontà affinché possa attuarsi un trasferimento del diritto. Nell'affrontare il tema dei negozi sul patrimonio altrui, Cariota Ferrara (cit., 17-18) ricorda la regola per cui tali negozi non producono effetti sulla sfera di interessi del soggetto che non è stato parte del negozio, posto che "detta regola è di ragione naturale ed è munita, altresì, di sanzione dalla legge". Di questo richiamo alla dimensione naturale che preesiste al diritto c'è traccia perfino nell'Introduzione a *I Promessi Sposi*, laddove il Manzoni scrive, a proposito del famoso manoscritto che intendeva pubblicare rifacendone l'esposizione: "Chiunque, senza essere pregato, s'intromette a rifar l'opera altrui, s'espone a rendere uno stretto conto della sua, e ne contrae in certo modo l'obbligazione: è questa una regola di fatto e di diritto alla quale non pretendiam punto di sottrarci". Ancora per Kant (RIPSTEIN, cit., 133-134): "For the transactional account of consent, consent is important against the background of a more general idea that private persons are free and equal to each other in the sense that each is entitled to pursue whatever purposes he or she might have, provided that this can be done in a way that is consistent with a like freedom for others to pursue their purposes. Within such a regime of equal freedom, people are independent, and able to do as they please (...). That is why consent serves as a defense. It enables one person to permit another to do what would otherwise be forbidden", p. 109 "Consent gets its significance against the background of the basic right to independence that private persons have against each other" e *infra* p. 164: "Nobody can rightfully be compelled to serve the purposes of another unilaterally".

⁷ In controtendenza l'opera di DONISI (cit., 101), che già nel 1972 pareva avvedersi della necessità di ridefinire il principio: "Non è quindi temerario discorrere di una vera e propria crisi del principio della cd. sovranità formale del soggetto nella sua sfera giuridica e, con esso, dell'opinione, tuttora prevalente, che continua a ravvisare in via indiscriminata una violazione della regola in esame ogniqualvolta si sia di fronte ad un'ingerenza nell'altrui sfera, in difetto dell'assenso del titolare della stessa.

Alcune disposizioni puntuali di diritto positivo appaiono infatti porsi in forte contrasto con esso: basti pensare al caso dell'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.), che sia pure in presenza di una colpevole inerzia da parte del debitore legittima il creditore ad esercitare un diritto altrui, in palese contrasto col concetto di assoluta signoria di ciascuno sulla propria sfera giuridica⁸.

Altre fattispecie sono invece apparentemente incompatibili col principio *de quo*.

Ciò che si cercherà di evidenziare è che il canone di intangibilità è sì ancora centrale e basilare nel nostro sistema, ma ciononostante viene in alcuni casi coniugato dal legislatore in modalità tali da imporne una rivisitazione critica, che abbandoni un approccio non sufficientemente attento alle complessità che il principio stesso porta con sé una volta calato nella realtà del diritto positivo e del traffico giuridico.

⁸ Di recente in senso analogo vedasi Cass. 27 marzo 2007, n. 7523, con nota di PEDRON, in *Rivista del Notariato*, 2008, 3, 612 ss.: "L'azione surrogatoria è lo strumento che la legge appresta al creditore per evitare gli effetti che possano derivare alle sue ragioni dall'inerzia del creditore che ometta di esercitare le opportune azioni dirette ad incrementare il suo patrimonio, riducendo così la garanzia che esso rappresenta in favore dei creditori. La detta azione, conferendo al creditore la legittimazione all'esercizio di un diritto altrui, realizza un'interferenza di natura eccezionale nella sfera giuridica del debitore onde, pur essendo nel campo patrimoniale un'azione di carattere generale, esclusa solo per i diritti che non consentono sostituzioni nel loro esercizio, può tuttavia essere proposta solo nei casi e alle condizioni previsti dalla legge". Sull'attenzione della giurisprudenza al rispetto del principio di non ingerenza nella sfera giuridica altrui, si veda anche la recente enunciazione in tema di mandato in Cass. 7 giugno 2000, n. 7724: "Il disposto dell'art. 1388 c.c. che attribuisce 'direttamente effetto nei confronti del rappresentato' al contratto concluso in suo nome dal rappresentante, ma soltanto se costui si è mantenuto nei limiti delle facoltà conferitegli, trova applicazione anche nel caso di rappresentanza organica, poiché è nell'essenza dell'uno come dell'altro istituto che un soggetto debba risentire nella propria sfera giuridica le conseguenze dell'operato altrui esclusivamente nei limiti in cui lo abbia consentito".

2. Metodologia della ricerca

L'elaborato "Ingerenze nella sfera giuridica altrui: *Nihil de me sine me?*" mira a descrivere, nell'ambito della normativa e della giurisprudenza italiane ed europee, il significato e la portata del principio di intangibilità della sfera giuridica altrui.

Scopo principale della ricerca è quindi capire la reale portata del canone di intangibilità nell'odierno diritto privato italiano⁹, al fine di comprendere al meglio la sua funzione e il modo in cui l'ordinamento cerca di garantire che questa venga soddisfatta.

Per farlo, premesso che molti sono i temi che potrebbero essere studiati per dare una risposta al nostro quesito, si è scelto di porre l'attenzione principalmente su quattro macro-istituti, che sono stati individuati cercando di coprire il più possibile i vari campi del diritto privato.

La ricerca non prende in considerazione le ipotesi in cui vi è necessità di tutelare l'incapacità del soggetto, né si addentra nell'articolato campo dell'illecito aquiliano, che pure è forse l'ingerenza più esemplare codificata nel nostro sistema e tuttavia mantiene tali e tante specificità da suggerire di studiare altre diverse fattispecie.

⁹ Senza tralasciare in alcuni frangenti una ricostruzione che tenga in debita considerazione l'evoluzione storica degli istituti, poiché per dirla con PUGLIATTI (*La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1957, 34) "la ricognizione storica di un istituto giuridico risponde ad una necessità metodica indeclinabile ai fini della sua intelligenza e ricostruzione poiché consente di identificare taluni germi nel loro momento genetico e di seguirli nelle diverse fasi della loro evoluzione, e quindi ne agevolerà la valutazione con riferimento all'ordine attuale".

Parimenti esclusa è la rappresentanza, altro fenomeno che ben conosce la problematica in esame ma che si è scelto di non affrontare in questa sede.

Andando quindi a suddividere il campo per aree del diritto privato, la ricerca affronterà:

- I. OBBLIGAZIONI: l'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.) e la remissione del debito (art. 1236 c.c.)¹⁰;
- II. CONTRATTO: il principio di relatività degli effetti del contratto (art. 1372 c.c.); il contratto a favore di terzo (artt. 1411 ss. c.c.) e il contratto con effetti protettivi dei terzi; il contratto con obbligazioni del solo proponente (art. 1333 c.c.) e la tematica del negozio unilaterale in genere; la novità dell'art. 182-*septies* L.F.;
- III. DIRITTI REALI: la rinuncia abdicativa (l'abbandono mero dell'immobile) e l'art. 827 c.c.; la rinuncia liberatoria del comproprietario alla propria quota (art. 1104 c.c.);
- IV. ALTRI FATTI FONTI DI OBBLIGAZIONE: la gestione d'affari altrui (artt. 2028 ss. c.c.)

Gli istituti prescelti presentano tutti, sia pure in diversa misura, profili di eccezionalità rispetto alla regola generale dell'intangibilità.

Ciò che li rende preferibili ad altre – sia pure rilevanti – figure è la loro idoneità a dare conto non solo dell'ampio ventaglio

¹⁰ Dati gli elementi in comune con il fenomeno della rinuncia, l'istituto sarà trattato nel capitolo a quest'ultima dedicato (III).

di ragioni che possono spingere il legislatore a derogare al principio, ma anche delle aporie che queste scelte comunque lasciano sul tavolo dell'interprete.

Se è vero infatti che quasi tutte queste fattispecie vantano una storia che risale fino alle origini del diritto romano ed europeo, va pure aggiunto che in tali ambiti restano tuttora questioni aperte che richiamano continuamente gli operatori del diritto ad un'attenta opera di contemperamento tra tradizione e istanze attuali.

Verranno quindi dapprima esaminate le ragioni di questa eccezionalità e, da ultimo, si procederà a un raffronto al fine di comprendere se vi siano elementi comuni ad esse e si possa quindi ricavare un filo conduttore o se, al contrario, le angolazioni dalle quali il principio è stato studiato nella sua concreta applicazione ci restituiscano un quadro frammentato che non è possibile ricondurre a una *ratio* unitaria.

Anche in questa seconda ipotesi, tuttavia, il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui sarà stato quantomeno approfondito, e sarà quindi possibile coglierne alcuni limiti che lo caratterizzano e lo comprimono quando messo in relazione con altri valori che parimenti il legislatore ha inteso affermare e tutelare nell'ordinamento.

Nell'ambito di questo percorso, particolare rilievo verrà dato allo studio comparatistico delle diverse posizioni e soluzioni adottate in ordinamenti diversi dal nostro: principalmente quelli europei, ma verrà dato ampio spazio anche alle fonti di *soft law* di diritto privato europeo che hanno cercato di armonizzare questi diversi ordinamenti.

Solo nella parte sulla rinuncia non vi sarà cenno di comparazione con altri sistemi normativi, stante la riscontrata diversità strutturale che in quest'ambito non consente di poter ricavare un'efficace contributo per il presente lavoro.

Di tutti gli ordinamenti presi in considerazione, ruolo preminente avrà quello britannico e più in generale il sistema di common law: vista la già citata interrelazione tra il principio in esame e le visioni di fondo di una società, ci si soffermerà sulle differenti soluzioni cui hanno portato le concezioni liberali ortodosse proprie del mondo anglosassone.

L'analisi e lo studio delle questioni oggetto della tesi "Ingerenze nella sfera giuridica altrui: *Nihil de me sine me?*" sono basati principalmente – ma non esclusivamente – su dati secondari qualitativi. Nel capitolo conclusivo saranno presenti anche dati primari¹¹.

Nella ricerca prevarrà un approccio concettuale-empirico, basato sul binomio analisi-interazione dei testi normativi, delle monografie, dei manuali, degli articoli e dei *papers*. In alcuni passaggi si è preferito far dialogare solamente due prospettive, altre parti del capitolo prevedono invece l'interazione di molteplici voci della dottrina.

Questa tesi ha, senza dubbio, un approccio descrittivo, al fine di declinare il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui nella normativa italiana, comunitaria ed internazionale, nonché nella giurisprudenza italiana ed europea.

¹¹ Come riferimento metodologico, cfr. SCHMIDT, *Writing in Political Science a Practical Guide*, Pearson, 2010.

Tuttavia, presenta anche una forte vocazione analitico-empirica, soprattutto nei passaggi in cui applica la dottrina al tema oggetto del lavoro¹².

¹² Vedasi NEUMAN, *Understanding Research*, Pearson New International Edition, 2014.

CAPITOLO I

LE OBBLIGAZIONI: L'ADEMPIMENTO DEL TERZO

Art. 1180 Codice Civile – Adempimento del terzo

L'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione.

Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione.

SOMMARIO: 1. Panoramica - 2. Ragioni storiche e sistematiche di una scelta – 3. Prerogative e posizione del terzo: esposto o no ad un peggioramento? – 4. Cenni di diritto comparato

1. Panoramica

Nella sua configurazione tipica, come noto, il rapporto obbligatorio prevede che al diritto di credito vantato dal creditore corrisponda una situazione di obbligo in capo al debitore, che è quindi tenuto ad eseguire la prestazione dovuta.

È tuttavia prevista la possibilità che sia invece un terzo ad adempiere l'obbligazione, come stabilito all'art. 1180 dal Codice Civile¹³: un terzo, s'intende, che non sia stato a ciò incaricato dal

¹³ Nello specifico, sul tema si vedano TURCO, *L'adempimento del terzo*, Milano, 2002, 198 ss., BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1998; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991; NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, 565; ZACCARIA, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2011, Art. 1233, III; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936; CHESSA, *L'adempimento*, Milano, 1996; CANNATA, *L'adempimento in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 9, Torino, 1984; SENIGAGLIA, *La struttura e l'adempimento*, in *Trattato delle obbligazioni Garofalo Talamanca*, volume V, Padova, 2010, 72 ss. In particolare, così NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 11: "L'intervento del terzo in un rapporto obbligatorio cui era originariamente

debitore, né adempia credendo di esservi obbligato, poiché altrimenti si rientrerebbe nelle diverse ipotesi della delegazione e dell'indebito soggettivo¹⁴.

Deve trattarsi quindi di un terzo che è tale in quanto soggetto inizialmente estraneo e che interviene solo successivamente sul rapporto obbligatorio e sulle contrapposte ragioni di debitore e creditore.

estraneo (...) è un fenomeno (...) interessante, sia (...) per il complicato giuoco di relazioni giuridiche cui normalmente dà luogo, sia per la luce che la sua ricostruzione sistematica può gettare sul tormentatissimo concetto di obbligazione”.

¹⁴ L'intervento del terzo può anche essere dovuto, in ragione di un obbligo assunto verso il debitore: ma occorre che questo obbligo non assuma rilevanza all'esterno e non abbia diretta efficacia per il creditore: cfr. CANNATA, cit., 93 ss. e ZACCARIA, ult. cit.

Come è stato efficacemente affermato, il debitore ha quindi l'obbligo ma non il diritto di adempiere¹⁵: per dirla con i romani, *solvere pro ignorante et invito, cuique licet*¹⁶.

È evidente che il comportamento del terzo che adempie un obbligo altrui integri un'ingerenza nella sfera giuridica del debitore: l'adempimento del terzo non è un atto dovuto, a differenza dell'adempimento del debitore¹⁷, e per effetto

¹⁵ CHECCHINI-AMADIO, *Lezioni di diritto privato*, Torino, 2007, 361-362. Se questo è vero in linea teorica, cionondimeno il nostro ordinamento tutela il diritto di adempiere in particolari situazioni: si pensi al caso del demansionamento. Cfr. in tal senso Trib. Roma, 24 febbraio 2011, in *Foro It.*, 2011, I, 1221: "Va confermato il provvedimento urgente di reintegra nelle precedenti mansioni adottato nei confronti di una giornalista Rai che sia stata privata delle mansioni di conduttrice dell'edizione principale del telegiornale e sia stata lasciata inattiva, con l'unica eccezione di una sostituzione del corrispondente da New York per la durata di quindici giorni, al cospetto, tra l'altro, di elementi indiziari i quali inducano a ritenere che il demansionamento sia stato determinato dalla volontà ritorsiva dei vertici aziendali volta a sanzionare il dissenso manifestato dalla giornalista con riguardo alla linea editoriale impressa dal direttore al telegiornale" e Cass. 26 novembre 2008 n. 28274: "In materia di pubblico impiego privatizzato, ove sia stato accertato il demansionamento professionale del lavoratore, il giudice del merito, con apprezzamento di fatto incensurabile in Cassazione se adeguatamente motivato, può desumere l'esistenza del relativo danno, determinandone anche l'entità in via equitativa, con processo logico-giuridico attinente alla formazione della prova, anche presuntiva, in base agli elementi di fatto relativi alla qualità e quantità della esperienza lavorativa pregressa, alla natura della professionalità coinvolta, alla durata del demansionamento, all'esito finale della dequalificazione e alle altre circostanze del caso concreto (nella specie, relativa alla posizione di un dirigente lasciato in condizioni di forzata inattività dal 1999 al 2001, la suprema corte, nel rigettare il motivo del ricorso, ha rilevato che il giudice del merito aveva, con motivazione adeguata, liquidato equitativamente il danno avuto riguardo sia alla perdita dei compensi collegati all'espletamento degli incarichi che sarebbero stati assunti, sia all'impossibilità di acquisire, per un congruo periodo di tempo, un'esperienza professionale nella qualifica dirigenziale)".

¹⁶ *Infra*, nota 23.

¹⁷ Ciò è sufficiente a intendere l'adempimento del terzo come atto di autonomia privata. Cfr. BRECCIA, cit., 438 ss., e Cass. 17 luglio 1974 n. 2139: "Deve trattarsi di un intervento spontaneo ed unilaterale del terzo, non legato, cioè, a precedenti accordi o convenzioni, e tuttavia tale da costituire un sostanziale e formale adempimento dell'obbligazione, sì che si possa escludere qualsiasi interesse del creditore a pretendere l'adempimento personale del debitore". Contrario al concetto di *animus solvendi debiti alieni* è DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, in *Obbligazioni e contratti*, Bologna, 1993, 74,

dell'adempimento tuttavia il creditore vede ugualmente soddisfatto il proprio interesse e l'obbligazione si estingue.

O, quantomeno, si estingue *ex latere creditoris*: una volta 'uscito di scena' il creditore, infatti, si apre la nuova e diversa problematica del rapporto che si instaura tra debitore e terzo adempiente¹⁸, e dell'eventuale azione di rivalsa di questi¹⁹.

La liberazione del debitore infatti non implica automaticamente un diritto alla restituzione di quanto prestato per il terzo adempiente: il ventaglio delle soluzioni possibili è ampio, e comunque prefigura scenari in cui la situazione soggettiva del debitore può risultare sensibilmente modificata rispetto a prima.

Preliminarmente, va ricordato che per paralizzare l'atto solutorio del terzo vi sono unicamente due strade, ed entrambe presuppongono una presa di posizione da parte del creditore: questi può rifiutare l'adempimento qualora abbia un interesse giuridicamente rilevante a che sia solo il debitore ad eseguire la

secondo il quale "quel che conta, ai fini della caratterizzazione dell'intervento del terzo, è la veste che esso assume nei riguardi del creditore".

¹⁸ Da notare che un rapporto tra debitore e terzo ben potrebbe già essersi instaurato prima dell'atto solutorio. Si pensi all'ipotesi dell'accollo interno: cfr. BIANCA, cit., 283 e Cass. 17 dicembre 1984 n. 6612 riportata in nota.

¹⁹ Cfr. BRECCIA, cit., 436, che chiarisce come il debitore "potrebbe non gradire l'intervento del terzo, tanto più che il debitore sarebbe bensì liberato nei confronti del creditore ma potrebbe ancora essere obbligato ad altro titolo nei confronti del terzo". Si veda anche DI MAJO, voce *Pagamento*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1958, 553: "Il pagamento del terzo ha effetti con riguardo alla posizione creditoria e a quella debitoria. Ma, mentre per la prima l'effetto costante è quello della realizzazione e conseguente estinzione del credito in capo al creditore, per quanto riguarda la posizione debitoria bisognerà fare riferimento al rapporto interno tra terzo e debitore e, in mancanza di esso, ai principi sulla *negotiorum gestio* o sull'arricchimento ingiustificato. Ove intervenga la volontà del creditore, vi può essere surrogazione del terzo nella posizione creditoria (art. 1203), nel qual caso il debito non si estingue, provvedendo la legge a ricostituire in capo al terzo la stessa posizione attiva di cui prima era titolare il creditore soddisfatto".

prestazione²⁰, e parimenti può rifiutarlo quando sia stato il debitore stesso ad essersi opposto all'adempimento da parte del terzo.

Emerge chiara fin da subito la posizione di assoluta preminenza accordata dalla legge al creditore: questi ha infatti sempre la facoltà di accettare la prestazione rivoltagli, anche qualora si tratti di prestazione oggettivamente o soggettivamente inesatta²¹.

La soddisfazione del suo interesse è quindi prevalente rispetto all'interesse che il debitore può avere ad adempiere personalmente l'obbligazione: in concreto, l'opposizione di questi ha il solo effetto di legittimare il creditore a rifiutare l'adempimento del terzo, da cui correttamente si ricorda che il creditore potrà ben accettare la prestazione *etiam invito debitore*.

Vi è di più.

La stessa locuzione del primo comma dell'art. 1180 "anche contro la volontà del creditore" chiarisce che questi non solo può, bensì deve accettare l'adempimento offertogli dal terzo qualora non ricorrano le due ipotesi richiamate *supra*, pena la

²⁰ Va da sé che l'infungibilità della prestazione che il terzo pretende di adempiere sia un limite logico - ancor prima che giuridico - all'applicabilità della dinamica dell'art. 1180 c.c. Esempi di interesse del creditore all'adempimento da parte del debitore sono, tra gli altri, quelli in cui vi è stato un acquisto di beni fungibili ma può ricorrere il legittimo sospetto che il terzo – il quale offra tali bene in vece del creditore – li abbia conseguiti per mezzo di una condotta illecita. Sul punto anche la (tramontata) proposta CESL pareva essersi allineata, posto che la esplicita previsione dell'adempimento di un terzo riguardava solo l'obbligazione del compratore al pagamento del prezzo ma non le obbligazioni del venditore (art. 127).

²¹ Così BIANCA, cit., 285.

possibilità di essere costituito in *mora credendi* i cui effetti andranno a beneficio del debitore²².

Questa ulteriore precisazione rende ancora più evidente la posizione di inferiorità nella quale viene relegato il debitore: non solo il creditore sarà di regola tenuto ad accettare l'adempimento del terzo, ma sarà legittimato a farlo anche in presenza di una volontà contraria del debitore, che rende lecito ma non obbligato il rifiuto della prestazione offerta dal terzo da parte del creditore.

In realtà, il principio non appare dissimile da quello che esclude la necessità del consenso del debitore ceduto nella cessione del credito (art. 1260 c.c.), posto che si usa ricordare come il debitore sia tenuto ugualmente alla prestazione e poco

²² Si vedano ZACCARIA, ult. cit., II.5 e BRECCIA, cit., 437. Sulla soddisfazione del creditore per tramite dell'*id* dedotto in obbligazione, vd. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935. Sempre per BRECCIA, cit., 438, il termine 'adempimento' sarebbe tuttavia improprio atteso che di adempimento in senso tecnico si può parlare solo nell'ipotesi in cui il creditore consegue quel che gli spetta per il tramite del comportamento del debitore, cui lo stesso è tenuto. In altre parole il 'vero' adempimento non coincide col soddisfacimento dell'interesse del creditore ma si identifica strutturalmente con il comportamento dovuto dal debitore. Nel diritto romano, un frammento di Marcello (D. 46.3.72.2: *Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? Hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet nomine eius servum offerente stipulator accipere noluisse*) pare suggerire il principio che anche allora il creditore fosse tenuto ad accettare l'adempimento offertogli dal terzo. Di abuso del proprio diritto da parte del creditore ha invece parlato Windscheid (WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, 1906, § 342 no. 4). Più in generale, sembra apprezzabile il rigore della dottrina inglese che critica l'eccessiva vaghezza del concetto di interesse del creditore qualora non venga ancorato ad uno specifico accordo contemplato dalle parti di un contratto: cfr. MEIER, *Performance of an obligation by a third party*, in *Judge and Jurist*, a cura di Burrows, Johnston e Zimmermann, Oxford, 2013, 632: "This formulation is, to say the least, misleading, as the creditor's interest in personal performance by the debtor is material only insofar as it is made the object of the parties' agreement". Peculiare la scelta di non soffermarsi sul punto nelle fonti di *soft law* del diritto privato europeo (PECL, DCFR, CESL).

debba importargli del soggetto cui quella prestazione andrà rivolta.

In quel caso tuttavia, ad un mutamento soggettivo del rapporto obbligatorio si accompagna la permanenza in vita dell'obbligazione stessa, mentre ciò non accade nell'ipotesi prevista dall'art. 1180 c.c. che è a tutti gli effetti fattispecie estintiva: l'eventuale obbligo di restituire al terzo quanto era oggetto dell'obbligazione avrà infatti titolo in una fonte diversa dall'obbligazione originaria.

2. *Ragioni storiche e sistematiche di una scelta*

Dell'istituto vi è traccia fin dal diritto romano, tanto che si riporta un frammento in tema anche nel Digesto²³.

Come noto, infatti, nel diritto antico la *obligatio* identificava uno stato di vero e proprio asservimento del debitore rispetto al creditore. In quella dinamica era quindi perfettamente normale che altri rispetto all'*obligatus* provvedessero a soddisfare il creditore²⁴.

Tuttavia non vi era unanimità di vedute tra i giureconsulti romani sulla ragione per la quale fosse accettato l'adempimento da parte di un terzo anche contro la volontà dell'*obligatus*.

Mentre per Labeone ciò avrebbe costituito una violazione del diritto all'autodeterminazione del debitore²⁵, altre voci autorevoli contestarono tale assunto sottolineando che

²³ Fr. 53 D. 46, 3: "*Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere*".

²⁴ Vd. anche MEIER, cit., 622: "Third party performances played a prominent role in Roman law where originally a third party had to step in when the debtor was, physically, in the hands of the creditor".

²⁵ Lab. D. 46.3.91, D. 3.5.42.

all'obligato veniva piuttosto arrecato un beneficio²⁶: posizione che poi confluì nelle *Institutiones* di Giustiniano.

Con il trascorrere dei secoli, si avvertì sempre più il rapporto tra adempimento del debitore e adempimento del terzo come declinazione del binomio regola/eccezione: fu così che l'intervento del terzo assunse la diversa caratterizzazione propria del diritto moderno, di un atto cioè che si inserisce a modificare la fisiologia del rapporto obbligatorio con conseguenze sulla sfera giuridica anzitutto del debitore²⁷.

Non c'è invero da stupirsi che anticamente non fosse avvertita come tale la deviazione rispetto alla dinamica bilaterale dell'obbligazione: secondo un'analisi anzitutto economica della struttura dell'obbligazione, l'obbligo del debitore è lo strumento che la legge appronta onde garantire al creditore la soddisfazione di un proprio interesse.

Raggiunto quindi ugualmente il risultato, sia pure per altra via, è perfettamente comprensibile che un ordinamento ritenga di non scoraggiare l'intervento del terzo²⁸, posto anzi che l'esistenza dell'obbligazione ha comunque esaurito e soddisfatto la propria funzione.

²⁶ Così Gaio (D. 3.5.38 e D. 46.3.53), Pomponio (46.3.23) e Paolo (46.3.91). Cfr. anche MEIER, cit., 622, che ipotizza come *ratio* la particolare afflittività delle esecuzioni nel diritto romano: "An important factor may have been the harshness of the Roman law of execution. Third party performances had to be encouraged in order to avoid such executions in the interest, not only of the debtor, but also of society as a whole".

²⁷ Cfr. DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, cit., 71.

²⁸ Per Nicolò (*L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 17 ss.), l'identità economica o pratica tra adempimento del debitore e adempimento del terzo costituirebbe proprio il criterio fondamentale in base a cui è riconosciuta efficace nei confronti del creditore l'attività del terzo.

In altre parole, ammettere l'adempimento da parte di un soggetto estraneo al rapporto obbligatorio soddisfa una fondamentale esigenza pratica avvertita in tutti i sistemi, ovvero quella secondo cui se il creditore, per mezzo del terzo, consegue la stessa utilità che poteva attendersi dalla prestazione del debitore, non vi è ragione alcuna per osteggiare questa intromissione²⁹.

Questo punto è sufficientemente evidente, così come le ragioni generali di politica del diritto che ne stanno alla base.

Nulla quaestio pertanto sull'obiettivo perseguito dall'ordinamento di favorire quanto più possibile la soddisfazione del creditore: il punto è tuttavia nel corrispondente sacrificio della posizione del debitore, se di sacrificio si può parlare.

Detto altrimenti, fino a che punto la prevalenza accordata all'interesse del creditore comporta la compressione della sfera giuridica del debitore?

Restando nell'ambito del diritto italiano, una significativa modifica della disciplina si è fatta registrare nel passaggio dal codice del 1865 a quello del 1942.

Il vecchio articolo 1238 del codice postunitario garantiva la piena operatività della fattispecie solo se il pagamento fosse stato eseguito "da qualunque persona che vi ha interesse, come da un coobbligato o da un fideiussore". Ancor più significativamente diverso era il comma secondo, per cui "le obbligazioni possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non vi ha interesse", purché "questo terzo"

²⁹ NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 17. Analogamente, sempre NICOLÒ, in *Enc. Dir.*, cit., 565.

agisca “in nome e per la liberazione del debitore” (vale a dire come rappresentante); ovvero, nel caso in cui il terzo agisca “in nome proprio”, a patto che non venga surrogato “nei diritti del creditore” verso il debitore in conseguenza dell’adempimento³⁰.

Tralasciando la qualificazione del terzo interessato, che è interessante proprio in quanto rimandava ad un concetto di terzo non estraneo al rapporto obbligatorio, va sottolineata la premura del codice del 1865 nei confronti del debitore laddove ammetteva il pagamento di un terzo non interessato³¹ solo a patto che questi non si surrogasse nei diritti del creditore: emerge l’intento di fondo di perseguire la soddisfazione del creditore in uno con la

³⁰ L’articolo 1239 stabiliva invece che “l’obbligazione di fare non può adempiersi da un terzo contro la volontà del creditore, ove questi abbia interesse che sia adempiuta dal debitore medesimo”.

³¹ È stata poi abbandonata la distinzione tra terzo interessato e terzo non interessato, e con riferimento a quest’ultimo tra terzo adempiente *nomine proprio* e terzo adempiente *nomine alieno*. Queste categorie erano riprese dall’elaborazione dottrinale maturata sull’articolo 1236 del Code Civil francese. Ciò non toglie che in alcuni casi il terzo possa essere effettivamente portatore di un interesse ad adempiere: ad esempio quando, pur non essendo obbligato (circostanza che esclude sempre l’applicabilità dell’art. 1180 c.c.), sia nondimeno esposto all’azione esecutiva da parte del creditore. È questo il caso del terzo proprietario di bene gravato da ipoteca a favore del creditore, oppure del terzo avente causa del debitore ma il cui acquisto è inopponibile al creditore che ha fruttuosamente esperito l’azione revocatoria. Cfr. BIANCA, cit., 288 ss. In casi del genere, alcuni hanno parlato di peculiare ‘diritto di adempiere’ in capo al terzo, tuttavia non correlato ad un rispettivo obbligo del creditore di accettare l’adempimento: si è parlato quindi di un diritto potestativo, un potere di modificare la posizione del creditore estinguendo il suo diritto. Si vedano in proposito BIANCA, cit., 289, BRECCIA, cit., 442 e DI MAJO, *L’adempimento dell’obbligazione*, cit., 52 ss.: secondo quest’ultimo l’utilità dell’attribuzione al terzo di un diritto di adempiere il debito altrui andrebbe ravvisata nell’intento di impedire l’opposizione del debitore o del creditore che intendesse addurre un proprio interesse contrario. Il BGB riconosce espressamente il diritto di adempiere al terzo che abbia un diritto sui beni sui quali il creditore procede esecutivamente (§ 268). Analogamente, sempre il § 268 protegge l’interesse del terzo escludendo che il creditore possa rifiutare di ricevere la prestazione pur quando vi sia stata opposizione da parte del debitore.

liberazione definitiva del debitore, in modo che al vantaggio del primo seguisse analogo effetto favorevole per il secondo.

I paletti entro cui era ammessa l'ipotesi erano quindi ben più limitanti.

Curioso semmai che non fosse esplicitamente menzionato il caso dell'opposizione del debitore, evidentemente ritenuto già e più tutelato da una disciplina più rigorosa nell'escludere ingerenze esterne nel rapporto obbligatorio.

Il dibattito che precedette il nuovo codice del 1942 aveva già fatto emergere autorevoli posizioni che auspicavano un intervento del legislatore in tal senso.

E, va da sé, una volta assegnato rilievo all'opposizione dell'obbligato – come in effetti il legislatore si decise a fare – due sarebbero state le alternative: accordare ugualmente al creditore la facoltà di accettare oppure imporgli di rifiutare la prestazione³².

Sempre in ragione del *favor* per l'interesse del creditore, il legislatore del 1942 scelse la prima soluzione, mitigando come visto alcune restrizioni che pure il codice previgente poneva all'ingerenza del terzo.

Le distinzioni e condizioni cui il Codice Civile del 1865 subordinava l'ammissibilità dell'adempimento del terzo hanno

³² Così NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 124, opera appunto anteriore all'ultima codificazione (la pubblicazione risale all'anno 1936). Non si vedeva infatti un'altra soluzione, posto che era pur logico ammettere che l'opposizione del debitore liberasse quantomeno il creditore dall'obbligo di accettare la prestazione del terzo, come infatti fu stabilito anche dal codice del 1942. Cfr. anche BESSONE-D'ANGELO, voce *Adempimento*, in *Enc. Dir.*, 6: "Non può infatti in nessun caso prevalere la volontà del terzo sulla concorde volontà dei titolari del rapporto obbligatorio". Questo è pienamente in accordo col principio di intangibilità della sfera giuridica altrui e dei rapporti obbligatori che sono propri di quelle sfere di interessi. Per CHESSA, cit., 109 ss., l'obbligo di rifiutare la prestazione in presenza di manifestazione contraria del debitore avrebbe implicato un ingiusto assoggettamento del creditore.

lasciato quindi il posto ad un meccanismo giuridico che tende ad assicurare un più ampio margine al soddisfacimento del credito.

3. *Prerogative e posizione del terzo: esposto o no ad un peggioramento?*

Tutto ciò premesso, quindi, giova ribadire che nel nostro sistema il debitore non ha alcun diritto di adempiere personalmente l'obbligazione: *rectius*, l'ordinamento non appronta nessuna garanzia in questa direzione, preoccupandosi piuttosto di favorire l'adempimento della prestazione a prescindere dal soggetto adempiente.

E, anche nella giurisprudenza più recente, non mancano casistiche assai disparate in cui un terzo adempie l'obbligo altrui³³: dal terzo che sana la morosità di un locatario³⁴ al pagamento della quota di capitale sociale dovuta da altro socio³⁵, dal versamento dei contributi previdenziali da parte del datore di

³³ Di compensazione del terzo come possibile ipotesi applicativa dell'art. 1180 c.c. parla FOLLIERI, *La compensazione del terzo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2, 2011, 112 ss. L'inquadramento nella fattispecie dell'adempimento del terzo favorirebbe quindi l'ingresso nel nostro sistema di un'ipotesi che a tutt'oggi resta ancora piuttosto dibattuta, stanti i rigidi limiti entro cui il meccanismo estintivo della compensazione può operare.

³⁴ Cass. 15 novembre 2004 n. 21578, con la precisazione ivi contenuta che "il locatore può sempre rifiutare il pagamento da parte di persona diversa dal conduttore quando tale adempimento possa ingenerare confusione sulla titolarità del rapporto locativo".

³⁵ Cass. 22 febbraio 2005 n. 3577.

lavoro interposto o apparente³⁶ al pagamento di debiti ereditari³⁷, fino a pronunce in materia di assicurazione³⁸ e servitù prediali³⁹.

È quindi lecito chiedersi se sia corretto anche solo pensare all'obbligo di adempiere come un diritto esclusivo che fa capo a uno specifico soggetto: perché l'ordinamento dovrebbe accordare questa prerogativa al debitore?

Più corretto appare discorrere di interesse del debitore all'adempimento, in forza del quale autorevole dottrina ha ammesso l'opposizione contro l'adempimento del terzo anche nei casi in cui questo sia 'indiretto', ovvero "consistente nell'assunzione dell'obbligo altrui invece che nell'esecuzione della prestazione"⁴⁰.

Tutto si gioca però sulla rilevanza in concreto di questo interesse, e sugli effetti della sua esplicazione da parte del debitore.

³⁶ Cass. 23 settembre 2010 n. 20143, Cass. 14 luglio 2010 n. 16547, Cass. 16 febbraio 2009, n. 3707.

³⁷ Cass. 30 giugno 2005 n. 13953.

³⁸ Cass. 28 novembre 1998 n. 12117: "Il proprietario di un fondo a vantaggio del quale sia stata costituita una servitù di passaggio sul fondo vicino non può opporsi, per il principio di cui all'art. 1180 c.c., alla realizzazione da parte di un terzo delle opere necessarie per consentire l'esercizio della servitù ove non sia provato un interesse all'adempimento da parte dell'obligato".

³⁹ Cass. 5 dicembre 2011 n. 26019: "In tema di assicurazione per la responsabilità civile, il danneggiato, che è soggetto estraneo al rapporto assicurativo ed è parte di un ben diverso rapporto con il danneggiante, è obbligato ad accettare il pagamento diretto dell'assicuratore (art. 1917 c.c.), invece che dal danneggiato, in forza della norma di cui all'art. 1180 c.c."

⁴⁰ Così CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, 20 ss. Secondo l'autore, l'interesse del debitore emerge e rileva fino a prevalere sull'interesse del creditore solo quando questi decida di dismettere il proprio diritto di credito: è il caso della remissione del debito, unico in cui "l'interesse del creditore, tra gli interessi realizzabili mediante disposizione del credito, viene dall'ordinamento posposto a quello del debitore" (p. 72). Questo tuttavia è un precipitato del canone *invito beneficium non datur*, "una specie del generale interesse all'indipendenza della propria sfera giuridica, a che cioè questa non sia toccata, neppure vantaggiosamente, dall'altrui atto di autonomia" (p. 71).

Non c'è dubbio che, perlomeno col codice del 1942, sia stata attribuita una qualche efficacia alla manifestazione di volontà dell'obbligato che intenda prevenire l'adempimento da parte di un soggetto terzo rispetto al rapporto obbligatorio. Tuttavia, come già esaminato, questa produce unicamente l'effetto di fornire un necessario complemento al rifiuto del creditore di ricevere la prestazione, che altrimenti risulterebbe illegittimo.

Ma, e qui sta una importante puntualizzazione, è stato autorevolmente evidenziato che se l'opposizione del debitore fosse coeva al sorgere del vincolo obbligatorio, allora il creditore stesso sarebbe vincolato a non accettare l'adempimento del terzo senza il consenso del debitore, e andrebbe ritenuto responsabile per l'eventuale danno cui il debitore dovesse andare incontro⁴¹.

⁴¹ Così GIORGIANNI, voce *Pagamento (Diritto civile)*, in *Nov. Dig. It.*, UTET, 1989, 331: "Nel caso in cui, invece, il debitore abbia manifestato siffatta opposizione nel momento in cui il debito nasce, il creditore non può accettare l'adempimento del terzo, essendo egli tenuto ad osservare quella clausola contrattuale, peraltro perfettamente valida e lecita". L'opposizione quindi "ha la virtù di far cessare l'obbligo del creditore di accettare l'adempimento del terzo". Si veda anche FOLLIERI, *L'adempimento del terzo come 'nuova' ipotesi di obbligazione naturale?* in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 7, 628: "Ebbene, pur se l'art. 1180 c.c. non stabilisce alcunché riguardo all'eventuale consenso del debitore, è lo stesso congegno adottato dal legislatore che permette di inferire come l'adempimento del terzo possa sì avvenire *invito creditore* (qualora il creditore non abbia un interesse a che sia il debitore ad eseguire personalmente la prestazione, come nel caso di obbligazione pecuniaria), ma non sempre contro il volere del debitore, il quale può opporsi all'adempimento del terzo, impedendo che il creditore possa accettarlo, se l'opposizione sia manifestata 'coevamente' alla nascita del debito o, comunque, legittimando il rifiuto della prestazione da parte del creditore, se l'opposizione sia esternata durante il corso del rapporto obbligatorio". Inoltre, qualunque sia il momento a cui risalga l'opposizione del debitore, questa potrà ugualmente avere la sua efficacia nei rapporti interni fra terzo e debitore ed eventualmente neutralizzare ogni pretesa di quello verso questo (NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 124).

Questo strumento nelle mani del debitore in realtà non paralizza tanto il terzo quanto piuttosto il creditore: e quindi sarebbe da escludersi l'opponibilità di un simile accordo tra debitore e creditore al terzo, non diversamente da quanto accade per la generalità degli effetti contrattuali che di norma hanno efficacia *inter partes*.

Per andare al cuore della questione, è palese che il debitore non avrebbe alcun interesse o bisogno di opporsi qualora all'intervento del terzo conseguisse, *sic et simpliciter*, la propria liberazione: s'intende, anche nei riguardi delle pretese che ora potrebbe avanzare il terzo.

Pur in presenza di un vero e proprio vuoto normativo nell'art. 1180, che non disciplina infatti i rapporti tra debitore e terzo adempiente, appare esserci un certo consenso in dottrina sul punto che andrebbe esclusa la ripetizione di quanto pagato solo in presenza di *animus donandi* da parte del terzo; varie sono invece le cause dello spostamento patrimoniale su cui gli interpreti hanno basato il titolo per l'azione di rivalsa del terzo nei confronti del debitore.

In generale, si tende a ritenere che la legge non abbia disciplinato questo punto poiché trattasi di un rapporto che scaturisce in base ad un'efficacia riflessa o secondaria dell'atto solutorio⁴².

⁴² Cfr. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 195 ss.: "Poiché la funzione tipica dell'adempimento del terzo è (...) unitaria e consiste precisamente nell'attuazione del diritto del creditore, risulta evidente che gli effetti diretti e immediati del negozio (...) sono soltanto quelli che si producono in ordine al rapporto obbligatorio nel quale il *solvens* interviene (...). Invece gli effetti giuridici che (...) vengono a incidere sulla situazione giuridica fra *solvens* e debitore, non sono conseguenze dirette e immediate del negozio, ma rappresentano effetti ulteriori e mediati di esso, che si producono automaticamente". Di lacuna parla anche Cass. 8 novembre 2007 n. 23292,

Chi ha evidenziato le similitudini con l'ipotesi della remissione di debito (art. 1236 c.c.), nella quale pure il debitore può manifestare volontà contraria al fenomeno estintivo, ha conseguentemente suggerito l'inserimento della fattispecie ex art. 1180 c.c. nell'ambito dei negozi unilaterali soggetti a rifiuto, in quanto espressione del potere dell'autonomia privata (in questo caso del terzo) di produrre effetti favorevoli nell'altra sfera giuridica⁴³.

Va però ribattuto che andrà verificato in concreto se di effetto favorevole per il debitore si può parlare.

Da un lato infatti, come si approfondirà *infra*, non mancano i fondamenti per un'azione di rivalsa del terzo, mancando quindi la liberazione da ogni obbligo che invece caratterizza la remissione di debito.

Dall'altro, anche ammettendo che il debitore permanga in una situazione analoga mutando unicamente il soggetto cui dovrà rivolgere la prestazione, è evidente che non è più corretto parlare di effetto favorevole; né si vede il motivo per cui una modifica pur apparentemente ininfluenza nella sostanza non dovrebbe pur essere sottoposta al consenso del debitore stesso.

secondo cui l'art. 1180 "non disciplina affatto i rapporti tra il debitore ed il terzo solutore. Nel senso che il terzo, per avere titolo d'azione nei confronti del debitore deve far riferimento al rapporto diretto tra loro intercorrente. Diversamente, manca la causa in base alla quale il primo agisce nei confronti del secondo".

⁴³ Così FOLLIERI, ult. cit., 627: "Il congegno sembra assolvere perfettamente allo scopo, presumendo un consenso del debitore, attesi gli effetti a lui favorevoli che da entrambe le fattispecie derivano, ma consentendogli, nel caso di remissione del debito, di impedire il prodursi di tali effetti attraverso il potere di opposizione; nell'ipotesi di adempimento del terzo, di 'concedere' al creditore la facoltà di rifiutare il pagamento proveniente da altri". Per la categoria dei negozi unilaterali soggetti a rifiuto, si veda BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 197 ss.

Non può affermarsi che a seguito dell'adempimento l'obbligazione si 'trasli' e quindi continui a produrre effetti ora nei confronti di debitore e terzo: l'adempimento è infatti per definizione satisfattivo ed estintivo dell'obbligazione⁴⁴.

L'atto del terzo è tuttavia naturalmente connesso all'obbligazione originaria⁴⁵.

E va di conseguenza data una risposta coerente all'interrogativo su quale sia lo strumento giuridicamente corretto per assicurare al terzo la ripetizione di quanto prestato⁴⁶: ciò è tanto più importante nella misura in cui, specie nei casi di terzo 'interessato' sopra richiamati, non può certo farsi rimprovero al terzo d'essersi deciso a compiere un atto non dovuto, per una rozza e semplicistica posizione che pone a suo carico le conseguenze negative di un intervento non richiesto.

⁴⁴ Vd. FOLLIERI, ult. cit., 630: "Risulta difficile conciliare, da un lato, l'estinzione del debito gravante sul debitore nei confronti del suo creditore e, dall'altro, quella sorta di 'reviviscenza' dei diritti del creditore nel terzo adempiente che determinerebbe il meccanismo della surrogazione". Per BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1955, 66: "È da escludere che al terzo possa passare il credito soddisfatto: per poter passare esso dovrebbe prima di tutto continuare ad esistere; per continuare ad esistere, però, bisognerebbe che, ad onta del pagamento, non si fosse estinto". Per BRECCIA, cit., 443 ss., il debitore liberato anzi consegue un immediato vantaggio patrimoniale, quale riflesso dell'eliminazione dal suo patrimonio di una voce o posta passiva.

⁴⁵ Cfr. BRECCIA, op. cit., 440: "L'effetto dell'intervento del terzo comporta un'attribuzione patrimoniale che senza dubbio è strettamente legata all'esistenza di un rapporto obbligatorio. L'atto del terzo è privo del suo fondamento giustificativo, ove non esista l'obbligo che si pretenda di eseguire. Il rimedio a cui in tal caso si può ricorrere in via immediata è costituito dall'azione di ripetizione dell'indebito, non già da un'azione di nullità per difetto di causa dell'atto di autonomia". Nicolò (in *Enc. Dir.*, cit., 566) riconduce invece il fenomeno ai negozi astratti, perché l'adempimento si qualifica con riferimento ad un elemento esterno.

⁴⁶ Cfr. BIANCA, cit., 285: "All'adempiente non compete il diritto di rimborso se il pagamento integra un atto di liberalità. In caso contrario l'adempiente potrà far valere il diverso titolo in base al quale ha eseguito l'obbligazione (mandato senza rappresentanza, gestione di affari altrui, ecc.), e potrà giovare della surrogazione se ne ricorrono i presupposti".

Le fattispecie principali su cui fondare l'azione di ripetizione sono, sinteticamente, surrogazione, gestione di affari altrui, azione generale di arricchimento senza causa.

La prima soluzione, che pure presupporrebbe l'adempimento del terzo quale fenomeno che consente la vicenda traslativa della posizione creditoria⁴⁷, difetta probabilmente di un chiaro appiglio normativo, posto che paiono senza dubbio da escludersi le ipotesi previste dagli artt. 1201-1202 c.c. per l'applicabilità della disciplina, né la casistica della surrogazione legale (art. 1203 c.c.) soccorre se non nella suggestiva considerazione che tutti i soggetti cui è attribuito dalla legge il diritto di surroga sono terzi rispetto al debito adempiuto⁴⁸.

Affinché possa parlarsi di utile gestione⁴⁹, occorre necessariamente qualificare l'atto solutorio del terzo come fonte

⁴⁷ Follieri parla di estinzione 'relativa' del rapporto obbligatorio (cit., 631).

⁴⁸ Cfr. FOLLIERI, cit., 632 e TURCO, cit., 205 ss.

⁴⁹ Sul punto, SIRENA, *La gestione di affari altrui – Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, 323. Contrario era NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 229: "Non si può contestare che di fatto tali requisiti [*animus aliena negotia gerendi* e *utiliter coeptum, nda*] possano riscontrarsi nell'adempimento del terzo, ma dovrebbe pure essere chiaro che essi sono requisiti dal punto di vista giuridico superflui e irrilevanti. Se si potesse parlare, a proposito dell'adempimento del terzo, di una utile gestione, quei requisiti dovrebbero esser richiesti anche per la produzione dell'efficacia diretta, almeno per quella parte che incide sulla sfera giuridica del debitore, ossia per l'estinzione dell'obbligo. Invece l'efficacia diretta non è subordinata ad alcuna condizione di quella specie: l'estinzione dell'obbligo è una conseguenza ulteriore e rigorosamente oggettiva della realizzazione del diritto del creditore. E allora se l'estinzione dell'obbligo (...) non è la conseguenza di una utile gestione, non si comprende come di utile gestione si possa parlare allo scopo di far valere nei confronti del debitore l'efficacia riflessa di quella estinzione che in sé non è un *utiliter gestum* o per lo meno è indifferente che lo sia". Caso di tradizione romana in cui si ravvisava *negotiorum gestio* era l'*actio funeraria* (cfr. SIRENA, cit., 259 e COPPOLA, *Studi sulla pro erede gestio*, II, *La valutazione dell'animus nel "gerere pro erede"*, Milano, 1999, 138 ss.). Per Sirena l'ambito di maggior applicazione della fattispecie gestoria è nell'adempimento di un'obbligazione legale agli alimenti ovvero al mantenimento, anche perché in questa ipotesi il divieto preventivo di ingerenza

di un'utilità per il debitore. Invero, dei requisiti legalmente prescritti per applicare gli artt. 2028 ss. c.c. anche l'*absentia domini* non sembra facilmente rintracciabile nella dinamica che caratterizza l'adempimento del terzo, se non stressando notevolmente il concetto fino a ricomprendervi la mancata opposizione del terzo⁵⁰: per tacere quindi del problema che si porrebbe in caso questa vi fosse, poiché come abbiamo visto ciò non escluderebbe la possibilità di estinguere l'obbligazione ma potrebbe a questo punto lasciare il terzo sfornito dell'azione di rivalsa in mancanza di uno dei requisiti della gestione d'affari altrui.

Su questo si tornerà tra breve.

Anche il residuale rimedio dell'arricchimento senza causa, pure apparendo come la risposta all'istanza di tutela del terzo maggiormente compatibile con l'ordinamento⁵¹, lascia aperti

nella propria sfera giuridica espresso dal debitore (capace normalmente di precludere l'attivazione dei meccanismi della *negotiorum gestio*) risulterebbe contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume secondo la lettera dell'art. 2031 c.c., quindi illegittimo. *Contra* cfr. TRABUCCHI, voce *Alimenti (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice I, Torino, 1980, 236.

⁵⁰ Si veda Cass. 13 ottobre 1951 n. 2634, ove la qualificazione dell'adempimento dell'altrui obbligazione naturale come gestione di affari altrui è fatta dipendere dall'accertamento dell'impossibilità del debitore (gravemente malato) di provvedervi.

⁵¹ Si vedano in particolare Cass. 8 novembre 2007 n. 23292 e Cass. SSUU 29 aprile 2009 n. 9946: "L'adempimento spontaneo di un'obbligazione da parte del terzo, ai sensi dell'art. 1180 c.c., determina l'estinzione dell'obbligazione, anche contro la volontà del creditore, ma non attribuisce autonomamente al terzo un titolo per agire direttamente nei confronti del debitore, non essendo in tal caso configurabili né la surrogazione per volontà del creditore, né quella per volontà del debitore, né quella legale (artt. 1201-1203 c.c.) (...); la consapevolezza da parte del terzo di adempiere un debito altrui esclude inoltre la surrogazione legale di cui agli artt. 1203 n. 5 e 2036 comma 3 c.c. (...); pertanto, il terzo che abbia pagato sapendo di non essere debitore può agire unicamente per ottenere l'indennizzo per l'ingiustificato arricchimento, stante l'indubbio vantaggio economico ricevuto dal debitore". Cfr. BIANCA, cit., 285 e TURCO, cit., 216 ss., in specie per quest'ultimo accordare l'azione di ingiustificato arricchimento risponde sia all'esigenza di una concreta valutazione dell'effettivo

degli interrogativi principalmente a causa dell'ostacolo – sottolineato in alcune pronunce - della diversità tra soggetto arricchito (in questo caso, il debitore) e soggetto destinatario dello spostamento patrimoniale (il creditore)⁵².

Il problema appare sempre quello di conciliare il rigore che il tecnicismo giuridico impone con l'esigenza che pure si avverte di accordare al terzo un mezzo per ottenere dal debitore quanto prestato, poiché è evidente che con l'estinzione dell'obbligazione questi profitta senz'altro dell'intervento.

E tale istanza si pone non solo per il terzo 'interessato', ma anche per il terzo che abbia adempiuto altruisticamente. Si pensi al caso dell'amico che, pur senza l'intento di arricchire il debitore, paghi il suo debito proprio per ragione d'amicizia⁵³.

Pertanto, anche in prospettiva solidaristica la cura dell'obbligo altrui resta pienamente compatibile con la

vantaggio per il debitore connesso all'impoverimento dell'adempiente, sia alla natura stessa dell'azione come meccanismo di recupero di qualsiasi spostamento patrimoniale *sine causa* in assenza di altri rimedi tipici. Vedasi anche AZZALINI-MAZZARIOL, *Casi e pareri di diritto civile*, Padova, 2008, 140, specie nella sentenza citata in n. 45: "La disposizione dettata dall'art. 1180 ha la funzione di attribuire al pagamento effettuato dal terzo, che non abbia interesse ad una prestazione personale, effetto solutorio dell'obbligazione, anche contro la volontà del creditore, ma non conferisce titolo al terzo adempiente per agire nei confronti del debitore al fine di ripetere la somma versata in adempimento, essendo necessario, a tal fine, che sia allegato e dimostrato il rapporto sottostante tra terzo e debitore".

⁵² Così FOLLIERI, cit., 634, ove ampia bibliografia: "L'attribuzione patrimoniale ridonda a vantaggio di un soggetto diverso dal destinatario della medesima, venendosi a realizzare una sorta di spostamento patrimoniale indiretto, che, tuttavia, non sarebbe ammesso, in quanto non ricorrerebbe quel necessario nesso di correlazione diretta tra impoverimento ed arricchimento, nonché tra le rispettive sfere patrimoniali dell'impoverito e dell'arricchito". È interessante la lettura che l'autore prospetta dell'art. 1180 c.c. quale norma in realtà già autosufficiente anche per quanto riguarda le esigenze di tutela del terzo: si vedano pp. 636 ss.

⁵³ L'esempio, classico, è di FOLLIERI, cit., 637 ss. È chiaro che in questi casi è corretto parlare di cooperazione tra individui e di solidarietà sociale, concetti che rimandano ancora alla gestione d'affari altrui.

sacrosanta aspettativa di non accollarsi una perdita patrimoniale, visto che la rivalsa non arricchisce o remunera mai il terzo ma mira semmai a riequilibrare l'avvenuto spostamento patrimoniale.

Lo stesso dicasi per il già analizzato caso del terzo interessato: anzi forse qui il più evidente contrasto tra l'interesse di questi e quello del debitore rende naturale pensare ad una via per non allocare la perdita in capo a chi ha agito per soddisfare anche un proprio interesse: l'aver agito 'per l'altro' è qui in realtà via mediata per l'agire 'per sé stessi'.

Tuttavia, quello tra debitore e terzo resta pur sempre un antagonismo il cui bilanciamento si risolverà nella allocazione del rischio della perdita patrimoniale che consegue all'atto solutorio.

Verrebbe da dire a questo punto che il debitore era già esposto alla perdita patrimoniale costituita dalla prestazione originariamente dovuta, quindi individuare un ulteriore obbligo di rifondere al terzo quanto prestato non sembra far entrare in gioco alcun rischio ulteriore ma semmai una nuova declinazione della stessa posta passiva che già era propria della sua sfera giuridica.

Diverso è invece il caso in cui, per tornare al concetto di utilità cui si è accennato parlando di gestione d'affari altrui, l'intervento del terzo si rivela tutt'altro che utile per il debitore.

Anzitutto sarebbe scorretto considerare ogni caso di mancata opposizione come implicita affermazione dell'utilità dell'intervento: non c'è infatti alcun obbligo per il terzo di comunicare al debitore le proprie intenzioni, quindi non può

escludersi che dell'adempimento il debitore possa essere del tutto ignaro⁵⁴.

Ma passando dal piano delle intenzioni a quello dei fatti, vi sono ipotesi nelle quali difetta concretamente una qualche utilità per il debitore nel comportamento del terzo che adempie il suo obbligo: si pensi all'adempimento di un'obbligazione naturale, oppure di un debito prescritto, o di un'obbligazione la cui fonte è un contratto annullabile (e che il debitore era ancora in tempo per impugnare, anche se pur dopo i termini di legge residuerebbe comunque l'eccezione di annullabilità).

In tutte queste ipotesi manca un effettivo miglioramento della sfera giuridico-patrimoniale del debitore: ha ragione quindi Zaccaria quando afferma che "l'adempimento dell'obbligo altrui non può corrispondere all'interesse dell'obbligato, e dunque neppure può corrispondere alla sua presunta volontà, quando, a seguito dell'adempimento, egli verrebbe a trovarsi in una situazione peggiore di quella in cui già si trovava"⁵⁵.

In particolare, per quanto riguarda l'adempimento di obbligazione naturale altrui va premesso che è ormai generalmente ammesso che la prestazione del terzo si possa inserire nel quadro dell'obbligazione naturale: d'altro canto, l'art. 2034 c.c. chiarisce che l'adempimento non produce altri effetti all'infuori della *soluti retentio*, tuttavia non soffermandosi (tantomeno in via di esclusione) sul profilo soggettivo dell'atto

⁵⁴ Così anche SIRENA, cit., 324 ss.

⁵⁵ ZACCARIA, *L'adempimento di un debito prescritto da parte di un terzo*, edizione digitale da *Rivista di Diritto Civile*, 1998, 1, 753. Cfr. anche per la dottrina tedesca WITTMANN, *Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag*, Monaco di Baviera, 1981.

solutorio, con ciò ammettendosi che la prestazione possa riguardare un'obbligazione naturale⁵⁶.

In casi consimili, così come in ipotesi di debito prescritto, è assai difficile vedere l'utilità che il debitore potrebbe ricavare dall'ingerenza del terzo: a parte qualche ipotesi di scuola⁵⁷, infatti, il preteso effetto favorevole che l'adempimento del terzo ha sulla sfera del debitore viene a mancare se si ammette anche in questo caso la possibilità per il terzo di avere azione per recuperare quanto prestato.

Il debitore avrà cioè una pretesa direttamente azionabile nei suoi riguardi da parte del terzo, mentre nella situazione precedente nessuna azione era data nei suoi confronti al creditore che in seguito riceveva dal terzo la prestazione oggetto dell'obbligazione naturale⁵⁸.

⁵⁶ Così ZACCARIA, ult. cit., 11: "La disciplina dell'art. 1180 c.c. non sembra presupporre l'esistenza di una pretesa di esigere una prestazione e di un obbligo di eseguirla, quanto, piuttosto, la facoltà di ricevere una prestazione e il potere di compierla". Cfr. anche TURCO, cit., 207 ss. Sul profilo dell'ammissibilità, a favore anche SIRENA, cit., 331: "Secondo un diverso orientamento dottrinale, tale soluzione si porrebbe in contrasto con l'art. 2034 comma 2 c.c., il quale statuisce che i doveri morali o sociali 'non producono altri effetti' che l'irripetibilità della prestazione spontaneamente eseguita, prevista dall'art. 2034 comma 1 c.c. L'obiezione, tuttavia, non è sembrata decisiva, in quanto l'art. 2034 comma 2 c.c. disciplina espressamente gli effetti giuridici relativi all'obbligazione naturale, ma non la legittimazione al suo adempimento".

⁵⁷ Zaccaria prospetta il caso dell'adempimento dell'obbligazione naturale quale comportamento dedotto come oggetto di una condizione sospensiva apposta ad un lascito testamentario in favore del debitore.

⁵⁸ Così ZACCARIA, ult. cit., 15: "L'adempimento dell'obbligo altrui non corrisponde all'interesse dell'obbligato, e dunque, secondo il sistema tedesco non può costituire oggetto di gestione d'affari, quando, a seguito dell'adempimento medesimo, il debitore verrebbe a trovarsi in una situazione peggiore di quella in cui già si trovava: ciò che in linea di principio invece accadrebbe, com'è facile constatare, proprio nel caso di adempimento, da parte di un terzo, di un'obbligazione naturale, dato che, a seguito di tale adempimento, il *dominus* si troverebbe esposto alla pretesa del gestore di essere indennizzato, mentre in precedenza nessuna pretesa poteva essere azionata nei suoi confronti". Sulla posizione significativa assunta

Un peggioramento evidente.

Nondimeno, il requisito della spontaneità richiesto per l'adempimento di obbligazioni naturali imporrebbe una fattiva analisi dell'interesse e della volontà concreta del debitore nel caso di specie, essendo ragionevole in questi casi assegnare all'opposizione quella funzione che non pare così facilmente accoglibile in altri: quella cioè di paralizzare preventivamente la successiva richiesta restitutoria del terzo⁵⁹.

Se si analizza infatti la struttura dell'obbligazione naturale, la posizione del debitore necessita di un accurato esame al fine di poter ricavare con certezza le sue determinazioni riguardo all'intervento del terzo: cosa che però, stante il più delle volte la ricorrenza di casi in cui il terzo adempie all'insaputa del debitore, non sempre risulterebbe possibile se non in via meramente presuntiva, e senza che ciò possa intaccare il rilievo per cui la spontaneità dell'adempimento dell'obbligazione naturale va pur sempre ravvisata in capo al debitore e non al terzo⁶⁰.

dall'ordinamento tedesco, vedasi sempre ZACCARIA, ult. cit., 13 ss., in particolare per la connessione con l'istituto della gestione d'affari: "Anche nell'ordinamento tedesco si parte dall'idea che l'adempimento dell'obbligazione naturale da parte di un terzo, e, in particolare, da parte di un gestore d'affari sia possibile, ma si precisa che deve essere lasciata al *dominus* la facoltà di opporsi all'intervento del terzo medesimo". Il tema, qualora inquadrato nella *negotiorum gestio*, pone sempre il problema dell'individuazione della volontà del *dominus*.

⁵⁹ ZACCARIA, ult. cit., 17: "L'opposizione del debitore non legittima semplicemente il creditore a rifiutare l'adempimento, bensì ha, come conseguenza, che quanto ricevuto non può essere conservato. L'opposizione del debitore, infatti, esclude che possa intendersi integrato il requisito della 'spontaneità' dell'adempimento, e determina perciò, come conseguenza, la ripetibilità dello stesso da parte del terzo che lo ha eseguito".

⁶⁰ Sempre ZACCARIA, ult. cit., 16: "L'adempimento dell'obbligazione deve costituire il frutto di una libera scelta del debitore dell'obbligazione naturale (...). Queste considerazioni inducono a concludere che il requisito della spontaneità deve comunque essere inteso riferirsi alla posizione del debitore, anche quando si voglia ipotizzare l'adempimento di un terzo".

Questo effetto preclusivo dell'opposizione del debitore ha una sua valenza in tale ambito proprio perché dichiarazione d'intento inscindibilmente connessa al requisito della spontaneità dell'adempimento di un'obbligazione naturale/debito prescritto.

Viene tuttavia lecito domandarsi perché il legislatore abbia preferito tacere sul rapporto tra terzo e debitore, a maggior ragione vista l'esplicita previsione dell'ipotesi dell'opposizione del debitore: invero, non è stato stabilito che questa opposizione impedisca al terzo di conseguire dal debitore quanto adempiuto al creditore, né ciò appare – come già anticipato – possibile desumerlo in via d'interpretazione posto che, sia pure con notevoli complicazioni sistematiche, dall'insieme delle norme e principi del diritto privato è generalmente ammessa (ancorché variamente fondata) la pretesa restitutoria del terzo.

Probabilmente, avesse optato per questa soluzione il legislatore avrebbe accordato al debitore una sorta di 'esclusiva' sull'adempimento che in realtà non è prevista, posto che si dà maggior importanza alla soddisfazione dell'interesse del creditore e, di conseguenza, si ammette che possa essere anche un terzo a permettere quel risultato.

Una certa coerenza quindi emerge, tuttavia permane il dubbio che le poche righe in cui si sviluppa l'art. 1180 non rendano adeguatamente conto dei complessi interrogativi che rimangono aperti.

Lo stesso debitore potrebbe avere un concreto interesse ad adempiere in prima persona: si pensi al caso del creditore che abbia già iniziato ad eseguire la propria prestazione.

Se il terzo ha azione nei confronti del debitore per recuperare quanto oggetto della prestazione adempiuta al

creditore – e su questo, si ripete, non paiono più esserci dubbi -, è evidente che il debitore vede accentuato lo stato di soggezione in cui già si trovava in forza della pretesa creditoria della controparte: il debitore non è liberato, ma anzi sarà tenuto alla prestazione nei confronti di un diverso soggetto e in base a un titolo che non sarà più quello della prestazione originariamente dovuta, col risultato che è perlomeno dubbio se possa parlarsi di effetto favorevole.

Ancor più significativamente, a prescindere dal fatto che della sua obbligazione ‘decide qualcun altro’, l’ordinamento non ha chiaramente ed esplicitamente escluso che nei casi appena esaminati il debitore possa trovarsi perfino in una situazione deteriore rispetto a quella precedente.

In altre parole, è lecito approfondire i modi in cui accordare tutela al terzo, e in specie al terzo ‘interessato’⁶¹: ma va sottolineato che anche per il debitore possono in concreto subentrare esigenze e/o situazioni che impongono all’interprete di contemperare più equamente le prerogative dei due soggetti che vengono a trovarsi connessi una volta uscito di scena il creditore soddisfatto.

Questa apparente aporia non deve tuttavia sorprendere, posto che l’art. 1180 comma 2 è solo a prima vista una norma che, disciplinando gli effetti dell’opposizione del debitore, tutela il suo interesse: in realtà, nella sostanza essa lo limita, non solo nella declinazione di interesse ad adempiere ma anzi soprattutto

⁶¹ Per Meier (cit., 625 nota 43) può anche dirsi che il terzo interessato stia quasi adempiendo una propria obbligazione e, in quanto coinvolto nell’assetto di interessi fissato dalla dinamica trilatera, non possa dirsi pienamente ‘terzo’.

nella sua accezione di interesse al rispetto della propria sfera giuridica⁶².

4. Cenni di diritto comparato

È utile a questo punto spendere alcuni brevi cenni sulle soluzioni offerte dal panorama degli ordinamenti europei in proposito, soffermandosi in particolare sulle scelte opposte adottate dai sistemi di common law e sulle prospettive di diritto privato europeo.

Per quanto riguarda gli ordinamenti del diritto continentale, va subito detto che sussiste una certa unanimità nell'ammettere la possibilità che sia un terzo ad adempiere l'obbligazione altrui⁶³.

Mentre il diritto francese mantiene una forte assonanza con quello italiano, differenziandosi solo per la distinzione esplicita tra terzo interessato e non interessato⁶⁴, il diritto tedesco come già anticipato aggiunge ulteriori elementi di chiarezza nella propria disciplina del *leistung durch dritte* (§ 267-268 BGB).

⁶² Così CICALA, cit., 197: "Probabilmente, se mancasse l'art. 1180, l'adempimento del terzo di regola non potrebbe perfezionarsi o meglio non potrebbe essere definitivamente efficace senza il consenso del debitore: non certo perché lede l'interesse del debitore ad adempiere (...), bensì perché lede l'interesse tutelato dal principio generale dell'indipendenza delle sfere individuali". Per l'autore è quindi indiscutibile che l'art. 1180 consenta al creditore di realizzare un suo interesse "con la cooperazione di un terzo, invadendo con l'effetto estintivo la sfera del debitore" (p. 213).

⁶³ Sul consenso invece in merito all'esistenza di obbligazioni che possono essere adempiute solo dal debitore, vedasi *ex multis* WHITTAKER, *Performance of another's obligation: French and English Law Contrasted* in Johnston-Zimmermann, *Unjustified Enrichment: Key issues in comparative perspective*, Cambridge, 2002, 433 ss.

⁶⁴ Come riportato da DI MAJO (*L'adempimento dell'obbligazione*, cit., 71), lo stesso Pothier aveva avallato la soluzione prescelta dal diritto romano e sposato il principio per cui "il pagamento a favore del debitore può farsi da qualsiasi persona".

Infatti, da un lato sorvola su un puntuale chiarimento in ordine alla possibilità che il creditore sia tenuto ad accettare comunque l'adempimento offertogli dal terzo, dall'altro attribuisce esplicito diritto al terzo di adempiere (*besonderes Ablosungsrecht*) qualora ricorrano le ipotesi già esaminate *supra* di interesse dello stesso ad ingerirsi nel rapporto obbligatorio di cui pure non è parte⁶⁵.

Nel diritto inglese, invece, la questione viene risolta in modo affatto diverso.

In particolare, mentre nei casi di terzo interessato e di consenso del debitore si riconoscono sia l'effetto liberatorio, sia il diritto del terzo (*stranger*) ad esigere dal debitore quanto prestato⁶⁶, sorgono problemi laddove il terzo abbia agito senza l'assenso del debitore.

Si assume quindi che il terzo non ha una pretesa azionabile se il debitore non abbia preventivamente accettato o perlomeno successivamente ratificato l'adempimento⁶⁷.

⁶⁵ In Belgio, il debitore può opporsi ma il terzo non si surrogherà nei diritti del creditore a meno che non vi consenta il debitore stesso o abbia un proprio interesse personale ad adempiere (art. 1236 codice civile belga). In Spagna, si ritiene applicabile la normativa sull'ingiustificato arricchimento alla pretesa restitutoria del terzo (cfr. artt. 1158-1159 codice civile spagnolo).

⁶⁶ Si veda FRIEDMANN, *Payment of another's debt*, in *The Law Quarterly Review*, 1983, 536 ss. La dottrina parla di *legal compulsion* come fondamento della pretesa restitutoria. Si veda BURROWS, *The law of restitution*, Oxford, 2011, 436 ss. Cfr. anche MEIER, cit., 626: "It is generally assumed that the liability of the debtor is discharged in these circumstances. The debtor has therefore received a benefit. Modern restitution lawyers explain the restitutionary claim against the debtor as being for 'legal compulsion'". È più dibattuto se il creditore debba accettare l'adempimento, mentre invece il diritto scozzese (p. 630 ss.) è più vicino alle soluzioni continentali che ammettono il rifiuto in caso di opposizione del debitore.

⁶⁷ Si veda anche il caso *Read v Goldring* del 1813, citato da MEIER, cit., 629: "The case seems to establish that a tender by a third party on the debtor's behalf is valid if it is either previously authorized or subsequently ratified by the debtor".

Due sono le tesi che spiegano questo assunto.

In primis, e in un certo senso molto assertivamente, non può esserci pretesa perché non può esserci effetto liberatorio ed estintivo dell'obbligazione senza il consenso (preventivo o successivo) del debitore: non c'è pretesa azionabile in quanto non c'è stato beneficio alcuno per il debitore⁶⁸.

Per quanti invece negano una sorta di esclusiva del debitore sull'estinzione dell'obbligazione, la liberazione da ogni vincolo rimarrebbe tuttavia un *unsolicited benefit*, in quanto tale inidoneo a fondare qualsiasi pretesa restitutoria: inoltre, accordando azione al terzo si dimostrerebbe *ex post* che il debitore non ha nemmeno ricavato un beneficio dall'ingerenza, quindi non può interpretarsi la vicenda come *stricto sensu* favorevole e tale perciò da non richiedere necessariamente il suo consenso⁶⁹.

⁶⁸ Cfr. MEIER, cit., 626 e nota 49.

⁶⁹ MEIER, cit., 626: "A debt can be discharged even without the debtor's consent. The third party therefore discharged the debtor, but is denied recovery on account of the rule that unsolicited benefits do not give rise to an action in restitution". Peraltro resta ferma nel diritto continentale la funzione ostativa della concorde volontà di debitore e creditore (p. 634): "A third party should not be allowed to interfere in an obligation against the will of both the debtor and the creditor. Therefore, the creditor is under no duty to accept the performance if the debtor has objected to it". È comunque indicativo che per dottrina e giurisprudenza d'Oltremarica l'adempimento del terzo rientri in quei casi in cui è ragionevole desumere che il debitore possa desiderare che il proprio debito venga pagato: cfr. in tal senso BICKENBACH, *Unsolicited benefits*, in *University of Western Ontario Law Review*, 1981, 19, 2, 210: "Since it is reasonable to suppose that a debtor would want his debt paid, money payments will typically constitute a benefit, unless the plaintiff knew or ought to have known that the defendant did not want his debt paid". Interessante la distinzione per quanto riguarda l'intervento del terzo 'interessato': secondo i canoni di common law – e diversamente da quanto qui espresso – per Bickenbach questa posizione è meno meritevole di tutela del terzo non interessato, ancorché le corti non sposino rigidamente questa posizione. Cfr. p. 217: "The self-seeker expects to pay his own way, and it is *prima facie* unfair to allow him to be reimbursed for any benefits which he has incidentally conferred on others".

Forse questa posizione, per quanto rigida, sembra essere più rispondente alle riflessioni critiche svolte nel presente capitolo a salvaguardia delle ragioni del debitore: che poi le corti inglesi abbiano assunto posizioni variegate, è un fatto che vale a render sufficientemente conto dell'intenso dibattito che sul punto resta nondimeno aperto⁷⁰.

Una sia pur minima adesione del debitore all'operato del terzo resta quindi necessaria affinché questi possa successivamente ripetere quanto prestato: e, peraltro, è stato affermato che il terzo non ha alcun diritto di farsi creditore del debitore estinguendo l'altrui obbligazione ("a man cannot make himself the creditor of another without his knowledge or consent"⁷¹).

È quindi corretto scorgere nella disciplina quella maggiore enfasi sul concetto di "sovranità di ciascuno sulla propria sfera

⁷⁰ Alcune pronunce hanno infatti parlato di intento di liberare il debitore da parte del terzo, distinguendo così tra intento di adempiere e intento di liberare il soggetto obbligato da ogni vincolo (che quindi non darebbe diritto ad alcuna restituzione). Per una breve disamina delle pronunce più interessanti, si rimanda a MEIER, cit., 627 ss. Particolare è la soluzione in materia di legge cambiaria del pagamento di un titolo cambiario da parte di un terzo, che viene inquadrato nelle ipotesi di gestione d'affari altrui (*agency of necessity*). Il richiamo alla gestione d'affari vale a ricordare che in alcuni casi si tende ad accordare tutela al terzo se il pagamento del debito altrui si traduce in un 'utile servizio' per il debitore (DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1994, 45 e nota 11).

⁷¹ BEATSON, *The use and abuse of unjust enrichment*, Oxford, 1991, 202. Come evidenzia Meier (cit., 628), si possono anche tenere distinti i due piani degli effetti dell'adempimento sull'obbligazione e dell'eventuale successivo diritto del terzo alla restituzione: "A denial of the discharge is not needed to protect the debtor against a hostile intervener: one might equally say that the debt is discharged, but recovery against the debtor is excluded; generally, the discharge question should be separated from the restitution question". Altra via potrebbe essere quella di poter sempre accordare al terzo la pretesa restitutoria nei confronti del creditore qualora non si potesse intendere estinta l'obbligazione per effetto del suo intervento (*ibid.*).

giuridica”⁷² tipico del sistema inglese, invero imperniato su valori liberali di politica del diritto ben più pregnanti rispetto alla nostra pur secolare tradizione giuridica.

Le differenze nelle visioni valoriali di fondo hanno avuto di riflesso i propri effetti anche sulle fonti di diritto privato europeo: ad esempio, nei *Principles of European Contract Law* viene deliberatamente omessa qualsiasi menzione dei diritti che potrebbero spettare al terzo a seguito del suo adempimento⁷³, per tacere del fatto che si è inteso inquadrare nella fattispecie anche casi in cui non si può parlare di terzo (per esempio in materia di rappresentanza).

Cionondimeno, l’art. 7:106 esplicita l’obbligo del creditore di accettare la prestazione fatta eccezione per alcune ipotesi, nelle quali è inclusa quella dell’assenso del debitore: è perlomeno importante sottolineare come qui la volontà del debitore torni a vincolare il creditore, dando quindi all’obligato

⁷² DI MAJO, *Dell’adempimento in generale*, cit., 46.

⁷³ Art. 7:106: Performance by a Third Person

- (1) Except where the contract requires personal performance the creditor cannot refuse performance by a third person if:
 - a) The third person acts with the assent of the debtor; or
 - b) The third person has a legitimate interest in performance and the debtor has failed to perform or it is clear that it will not perform at the time performance is due.
- (2) Performance by the third person in accordance with paragraph (1) discharges the debtor.

L’articolo peraltro supera i dubbi sull’effetto liberatorio per il debitore. Lo stesso commento ufficiale chiarisce che l’articolo “does not address the question whether a third person who has made a performance acquires the rights of the creditor vis-à-vis the debtor by way of assignment or subrogation” (*Principles of European Contract Law – Combined and Revised*, a cura di LANDO-BEALE, L’Aia, 2000, II, 338).

uno strumento idoneo a garantirgli ancora un certo controllo sul cosiddetto ‘governo dell’obbligazione’⁷⁴.

Lo stesso Draft (DCFR), pur facendo qualche timido passo in avanti, adottò una soluzione di compromesso tra sistemi garantendo per il debitore dissenziente il diritto a pretendere dal creditore il risarcimento del danno eventualmente subito⁷⁵: ma

⁷⁴ Così anche DONINI, in (a cura di) Antonioli-Veneziano, *Principles of European Contract Law and Italian Law*, L’Aia, 2005, 335: “According to the PECL the debtor’s assent obliges the creditor to accept performance by a third person, while in the Italian civil code the debtor’s assent is not required: the debtor however is entitled to notify his/her opposition to the performance by a third party, but the creditor may decide to accept performance in spite of the debtor’s opposition”. Sottolinea la diversità dei PECL rispetto al diritto italiano Follieri (*L’adempimento del terzo come ‘nuova’ ipotesi di obbligazione naturale*, cit., 629), con speciale riferimento alla diversa importanza assegnata nei primi al consenso preventivo del debitore, oltre al peso che l’opposizione ha nel rapporto debitore-creditore: “Quanto al consenso preventivo, esso sostituisce, per così dire, la possibilità attribuita dal legislatore italiano al debitore di opporsi al pagamento del terzo; in relazione, invece, all’interesse (legittimo) del terzo ad adempiere, questo viene a limitare il potere del creditore di rifiutare l’adempimento altrui, diversamente dal nostro ordinamento, laddove l’esercizio della facoltà di rifiuto del creditore, nel disposto di cui all’art. 1180 c.c., non soffre limitazioni in rapporto all’interesse del terzo adempiente”.

⁷⁵ Così l’art. III. – 2:107: Performance by a third person

- (1) Where personal performance by the debtor is not required by the terms regulating the obligation, the creditor cannot refuse performance by a third person if:
 - a) The third person acts with the assent of the debtor; or
 - b) The third person has a legitimate interest in performing and the debtor has failed to perform or it is clear that the debtor will not perform at the time performance is due.
- (2) Performance by a third person in accordance with paragraph (1) discharges the debtor except to the extent that the third person takes over the creditor’s right by assignment or subrogation.
- (3) Where personal performance by the debtor is not required and the creditor accepts performance of the debtor’s obligation by a third party in circumstances not covered by paragraph (1) the debtor is discharged but the creditor is liable to the debtor for any loss caused by that acceptance.

In specie i terzi interessati sono apparsi meritevoli di tutela al *board* che redasse il DCFR, tanto da giudicare ammissibili i loro interventi pur contrastando tale assunto con il diritto di alcuni stati membri (quelli di common law). Cfr. il comment ufficiale al DCFR, che riporta anche esempi di terzo interessato ad adempiere l’obbligo altrui: AA.VV., *Principles, definitions and model rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference Full Edition*,

non è ben chiaro a quali ipotesi questa norma possa in concreto applicarsi⁷⁶.

Se non altro, il Draft ha il pregio di chiarire che la liberazione del debitore non si estende fino a produrre l'effetto "that the third person takes over the creditor's right by assignment or subrogation": il commento ufficiale si premura infatti di chiarire che la possibilità per il terzo di recuperare quanto oggetto della prestazione potrà in concreto ricorrere, ma sulla base di diversi percorsi giuridico-argomentativi, fermo restando il *favor* per l'applicazione residuale delle norme sull'arricchimento ingiustificato⁷⁷.

È significativo però che anche i commentatori ufficiali ricordino che "a person who voluntarily, and without error, confers a benefit on another cannot normally recover"⁷⁸: riemerge (probabilmente anche per rassicurare i giuristi

Monaco di Baviera, 2009, 740 ss.: "The third person may have a legitimate interest in doing so. A security provider pays a debt in order to avoid costly proceedings against the debtor which eventually the security provider will have to pay. A tenant pays the mortgage in order to avoid a forced sale of the property. In the interests of the family, a wife pays the debt of her husband for which she is not liable. A parent company pays the debt of its subsidiary to save the latter's credit rating. In these cases it seems sensible to permit payment by the third person even though this is not allowed under the laws of all Member States".

⁷⁶ Così anche MEIER, cit., 634: "It is not clear what kind of cases are supposed to fall under this provision (no example is given in the comment) and whether there is a need for such a provision in a contractual relationship".

⁷⁷ E permane la confusione tra terzo in senso proprio e rappresentante/*adiectus solutionis causa*: AA.VV., *Full edition*, cit., 742: "If the third party is the debtor's agent then their internal relationship will regulate recourse. In other cases where the third party pays with the debtor's assent the matter may be regulated by a contract between the third party and the debtor. In certain other cases special subrogation rules applicable to particular relationships may apply. In yet others the rules on benevolent intervention may come into operation. Finally, there may be cases where the law on unjustified enrichment will apply".

⁷⁸ *Ibid.*

d'oltremarina) la tematica degli *unsolicited benefits*, anche se in realtà occorrerebbe tenere ben distinti due piani in materia.

Non sempre infatti all'oggettivo conferimento di un beneficio (l'adempimento) corrisponde l'elemento soggettivo dell'*animus donandi*: non pare quindi argomentazione persuasiva.

Vero è quindi che, pur essendo prevista in tutti gli ordinamenti europei, la fattispecie dell'adempimento del terzo in molti casi presenta una (deliberata) lacuna legislativa in merito all'eventuale diritto del terzo a recuperare l'oggetto della prestazione dal debitore liberato: né tale lacuna viene colmata negli strumenti di *soft law* del diritto privato europeo, ancora troppo limitati da logiche attente più al temperamento delle diversità presenti tra gli ordinamenti che alla predisposizione di risposte concrete per gli interpreti.

Quel che interessa qui lasciare sul tavolo come riflessione conclusiva, prima di esaminare altri istituti, è la visione più restrittiva adottata dal diritto inglese, e la correlazione tra questa scelta di politica legislativa e una lettura molto più rigorosa del canone di intangibilità: il riflesso di una impostazione liberale assai maggiormente ortodossa e una costante che ritroveremo anche affrontando la materia del diritto contrattuale.

CAPITOLO II

IL CONTRATTO: PROBLEMATICHE GENERALI E STIPULAZIONE A FAVORE DI TERZI

Art. 1372 Codice Civile – Efficacia del contratto

Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.

Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.

SOMMARIO: 1. Panoramica: il principio di relatività degli effetti del contratto - 2. Il contratto a favore di terzo – 2.1. Una breve analisi storica – 2.2 Le peculiarità nelle scelte dell'ordinamento italiano – 2.3. Brevi cenni di diritto comparato – 2.4. (segue) *Privity of contract* nel diritto anglosassone – 2.5. (segue) Le prospettive del diritto privato europeo – 3. Le prerogative del terzo dal diritto alla prestazione al diritto (contrattuale) al risarcimento del danno: il contratto con effetti a protezione del terzo – 4. Contratti 'a danno di terzi'? – 5. Diritto concorsuale e principio maggioritario: alcuni spunti critici – 6. Il negozio unilaterale e il contratto con obbligazioni del solo proponente – 7. Conclusioni

1. Panoramica: il principio di relatività degli effetti del contratto

Se il contratto è per eccellenza la regolamentazione di privati interessi, cioè lo strumento attraverso il quale due o più soggetti dispongono della propria sfera personale e

patrimoniale⁷⁹, proprio ciò su cui i privati incidono - cioè le loro sfere giuridiche - è al tempo stesso limite di tale autonomia.

In base a un logico corollario, il principio per il quale il contratto non produce effetto rispetto ai terzi salvi i casi previsti dalla legge, risponde all'idea del contratto come espressione di questa autonomia privata, e quindi di libertà in contrapposizione all'idea di autorità⁸⁰.

⁷⁹ BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 565. Per una bibliografia sul contratto a favore di terzo, si vedano ZACCARIA, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2014, Art. 1372, I, 1450 ss.; MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Commentario Schlesinger*, Artt. 1411-1413, 1997; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Bologna, 2015, 953 ss.; CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit. e *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 688; MESSINEO, voce *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. Dir.*, 196; GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, cit.; FERRANTI, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Giuffrè, Milano, 2005; SCOZZAFAVA, voce *Contratto a favore di terzi*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX, 1991; RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1959, 1515; MAJELLO, voce *Contratto a favore del terzo*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, UTET, 1998, 237 ss.

⁸⁰ Sempre BIANCA, ult. cit., 566. Cfr. anche Cfr. NAPOLILLO, *L'efficacia transitiva delle promesse unilaterali e la categoria generale dell'art. 1333 c.c.*, in *Contratti*, 2003, 7, 721: "L'art. 1322 (...), che fonda la libertà di autoregolamento, anche atipico, attribuisce il potere ai privati di disciplinare liberamente i propri interessi con schemi espressivi del peculiare atteggiarsi dell'intento volto al perseguimento di qualsivoglia finalità meritevole di tutela". Si veda anche, in senso analogo, RIPSTEIN, cit., 107 e 112: "Contracts are the legal means through which persons are entitled to make arrangements for themselves, and so to change their respective rights and duties (...) Arrangements between private persons are expressions of their respective freedom, and so, Kant argues, their enforcement is consistent with that freedom". Di parallelismo tra morale e diritto parla BAGCHI, *Contract in a liberal state*, in *CSECL 2016 Summer School Materials*, Amsterdam, 2016, 8: "It is obvious that a contract should not be enforced where it is designed with the express purpose of harming third parties (...). We might be tempted to say that they (the parts, *nda*) have no moral right to harm the interests of others". Contigua alla contrapposizione libertà/autorità in materia contrattuale è la ben nota tematica del cd. 'contratto giusto', che tuttavia per ragioni di spazio e stretta attinenza non è possibile trattare nel presente lavoro: si rinvia pertanto, *ex multis*, a VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rivista di Diritto Privato*, 2000 e VOLPE, *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

Il principio di cui *supra* trova puntuale e specifico riferimento normativo nell'art. 1372 c.c., che codifica la cosiddetta regola della "relatività degli effetti del contratto".

Di chiara origine romanistica (*res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*), tale regola è confluita nelle codificazioni europee del XIX secolo, in una coniugazione più o meno uniforme in base alla quale il contratto ha effetto unicamente per le parti contraenti (nonché per i rispettivi eredi e aventi causa)⁸¹.

La *ratio* del principio è essenzialmente la tutela della sfera di libertà dei soggetti⁸²: dapprima di quella dei contraenti, e in secondo luogo (ma ben più importante) di quella dei terzi che non hanno preso parte all'accordo.

La tutela della personalità dell'individuo è infatti alla base della nozione stessa di autonomia privata.

Fissato come baricentro di partenza il fondamentale assunto dell'intangibilità dell'altrui sfera giuridica, la relatività degli effetti del contratto non può che essere uno dei corollari necessari di questa premessa logica⁸³: al contrario, sarebbe

⁸¹ Per un chiaro riepilogo dei frammenti che fungono da riferimento in materia, cfr. MATTIOLI, *Il contratto a favore di terzo. Spunti per una comparazione diacronica dal diritto romano al "Draft Common Frame of Reference"*, edizione digitale da *Rivista di Diritto Romano*, X, 2010, 1 ss.

⁸² Così MAJELLO, cit., 237 ss.: "Il principio (...) ha fondamento nell'esigenza, la cui rilevanza sociale è facilmente percepibile, di rispettare la sfera giuridica di ciascuno". Sempre BAGCHI, tuttavia (ult. cit.) chiarisce che sottrarre alle parti la possibilità di produrre qualsiasi effetto sui terzi comporterebbe un'eccessiva compressione dell'autonomia privata. In dottrina è nota la tripartizione degli effetti la cui produzione è preclusa all'autonomia dei contraenti: il contratto non può imporre obblighi a terzi, non può loro sottrarre diritti né impedirne l'acquisto.

⁸³ Cfr. anche OSTI, voce *Contratto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959, 525: "L'efficacia vincolante del contratto, essendo espressione dell'autonomia individuale dei soggetti che ad esso hanno dato vita, non può naturalmente verificarsi, almeno in generale, se non nell'ambito soggettivo di tale autonomia, vale a dire se non rispetto agli stessi contraenti, e rispetto ad altri soggetti solo

gravissimo se l'ampliamento del raggio d'azione dell'autonomia privata potesse legittimare la più arbitraria ingerenza nell'altrui ambito d'interessi⁸⁴.

In un sistema che assicura e tutela la libertà degli individui, il consenso di questi è quindi la base per ogni declinazione normativa dei valori stessi: è lo strumento stesso per mezzo del quale ciascuno può dirsi padrone di sé e dei propri affari⁸⁵.

Ancora meglio: le volontà delle parti contraenti non debbono semplicemente essere compatibili, bensì fondersi in un atto negoziale che è di per sé stesso garanzia della tutela di ciascuno, nella misura in cui i soggetti ammettono la modifica della propria condizione giuridica riconducendola al loro stesso volere.

in quanto alla situazione giuridica di quelli abbiano collegata la propria, quali sono in particolare gli eredi e, per singoli rapporti, gli aventi causa". Va precisato che, nella distinzione degli effetti contrattuali tra diretti e riflessi, i terzi soggiacciono comunque a questi ultimi: questo è il nodo più delicato della relatività del contratto. Ancora Osti (segue): "Altra cosa, naturalmente, è la possibilità che dal contratto derivino effetti 'riflessi', o di fatto, anche ai terzi: più che dal contratto in sé e per sé, questa possibilità deriva, o dalla natura del diritto che in virtù del contratto è costituito o trasferito, oppure dalle conseguenze dell'esercizio di tale diritto o dall'adempimento delle obbligazioni che dal contratto hanno causa". Si pensi, come tipico esempio, al fenomeno dei sub-contratti, che risultano fortemente soggetti all'influsso degli effetti riflessi prodotti dalle vicende del contratto principale.

⁸⁴ Per MAJELLO, ult. cit., una tale possibilità per i privati sarebbe semplicemente "lesiva della personalità dell'uomo".

⁸⁵ Cfr. RIPSTEIN, cit., 107 ss.: "Consent is fundamental to a system of equal freedom (...). Kant's discussion of acquisition by contract shows how this idea of consent is an expression of each person's entitlement to be his or her own master (...). Consent provides a complete defense to most torts and crimes against persons and property (...) Interactions between persons are fundamentally changed by consent, because they create a new juridical relationship between the parties of them". Sulle tematiche attinenti di politica del diritto, si veda anche BAGCHI, cit., 9: "A liberal state has to promote the material stability and independence that individuals require in pursuit of their various life plans, and this entails regulating contracts for future and third party effects".

La relatività degli effetti del contratto è attribuzione così intrinsecamente connessa a questa concezione dell'autonomia privata del singolo, e dei conseguenti limiti che scaturiscono dalla realtà dei traffici privati ancor prima che dal diritto, da sembrare di poter rigorosamente precludere l'ammissibilità di contratti che incidano sui terzi, sia pure con effetti favorevoli.

Così si spiega il pervicace ostracismo che ha accompagnato per lungo tempo questa opzione, anche ben oltre i tempi in cui il dogmatismo del diritto romano è stato valore dominante in sé nella cultura giuridica occidentale.

Vero è che oggi è la stessa lettera dell'art. 1372 c.c. a chiarire – al secondo comma – che “il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge”: una chiara enunciazione del concetto *supra* espresso, che tuttavia lascia un significativo spiraglio alla possibilità che nell'ordinamento vengano introdotte delle eccezioni, sia pure per mezzo di autonoma previsione legislativa.

Non solo.

Anche gli ordinamenti di common law, probabilmente quelli che hanno da sempre avvertito meno la necessità di giustificare un discostamento dalla tradizione giuridica romanistica, hanno consolidato nei secoli una granitica avversione alla stipulazione in favore di terzi.

Il rigore con cui veniva applicata la regola della cosiddetta *privity of contract* ha subito un parziale ammorbidimento solo sul finire del secolo scorso, e dopo un dibattito invero assai acceso come si avrà modo di specificare *infra*.

Ad oggi, ammettere (come il nostro ordinamento fa) la possibilità di attribuire il diritto ad esigere la prestazione

direttamente ad un soggetto rimasto terzo rispetto al contratto costituisce senza dubbio un'evoluzione centrale nel nostro sistema, a maggior ragione se la si esamina nella sua struttura e nelle prerogative che caratterizzano la posizione del terzo.

L'istituto disciplinato dagli artt. 1411-1413 c.c. sarà tuttavia solo il punto di partenza di un'analisi che cercherà di spaziare in ambito contrattuale fino a esaminare diverse fattispecie che rivestono grande importanza nel presente lavoro.

2. Il contratto a favore di terzo

2.1. Una breve analisi storica

La stessa ammissibilità dell'istituto, come anticipato, è questione che già si poneva nel diritto romano: la scelta infine adottata fu per l'opzione negativa, da cui il famoso brocardo *alteri stipulari nemo potest*⁸⁶.

Nessuno poteva quindi stipulare per conto di un altro, e veniva in concreto comminata la nullità per quei contratti in cui i contraenti non avevano alcun interesse riconosciuto valido dalla legge per attribuire a un soggetto terzo la prestazione oggetto del contratto (*ceterum ut alii detur nihil interest mea*)⁸⁷.

Da ciò si evince che era perlomeno ammesso stipulare a favore di terzo in tutti quei casi in cui ricorreva un interesse giuridicamente rilevante delle parti, *rectius* (come è oggi) dello stipulante.

⁸⁶ Si vedano per i riferimenti L. 38, § 17, D, *de verb. oblig.*, 45, 1; l. 11, D, *de obl. et act.*, 44, 7 e l. 126, D, *de verb. oblig.*, 45, 1. Noto il brocardo del giureconsulto Paolo, L. 83 pr. Dig., *De verb. oblig.*, 45, 1: «*Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur*».

⁸⁷ Cfr. DONADIO, voce *Contratto a favore di terzi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 657 e FERRANTI, cit., 10 ss. Cfr. anche Cost. 26, C, *de jur dot.*, 5, 12: «*nec sibi cessante voluntate, nec tibi, prohibente iure*».

I giureconsulti romani tipizzarono quindi le ipotesi di interesse 'legittimante' la stipulazione, ricorrente in due ipotesi: quando lo stipulante si faceva promettere a favore del terzo una prestazione cui era egli stesso obbligato a vantaggio di questi; e quando lo stipulante pattuiva una penale a proprio favore ed a carico del promittente per l'eventualità che questi non avesse adempiuto a favore del terzo⁸⁸.

Un quadro così compiuto però fu raggiunto solo in età tardoantica, né venne mai meno il comune sentire che attribuiva una dimensione del tutto eccezionale alle (tassative) ipotesi in cui si ammetteva la stipulazione in favore di terzi, ovvero quelle in cui ricorreva l'interesse dello stipulante⁸⁹.

⁸⁸ Con ciò inserendo nel regolamento contrattuale un chiaro e immediato elemento di interesse diretto per lo stipulante. Cfr. FERRANTI, cit., 32-33: "Si cominciò, dapprima, a introdurre la cessione delle azioni e in forza di questo speciale istituto la persona per il cui incarico e nel cui interesse (ma non in suo nome) si era stipulato o contrattato aveva facoltà di agire contro il promissario per farsi cedere le azioni da lui acquistate contro il promittente". È questo un caso classico che oggi andrebbe ricondotto nel fenomeno dell'interposizione gestoria, piuttosto che nell'ambito del contratto a favore di terzi. Cfr. anche MATTIOLI, cit., 2, quanto a esempi concreti di interesse dello stipulante che legittimava la stipulazione a favore di terzo: "È il caso, per limitarci qui ad un paio di esempi, del tutore che avesse ceduto la gestione tutelare al cotutore, concludendo contestualmente la *cautio rem pupilli salvam fore* al fine di essere tenuto indenne dalla responsabilità per cattiva gestione nei confronti del pupillo (cfr. D. 45.1.38.20) o di colui che si fosse piuttosto obbligato a costruire un'*insula* o a donare un fondo e che avesse successivamente impegnato altri mediante stipulazione ad analoga prestazione a beneficio del promissario originario (cfr. 45.1.38.21)".

⁸⁹ Vd. FERRANTI, cit., 37: "Nel diritto postclassico e giustiniano il rigore del divieto, ancora operante, venne mitigato fino al riconoscimento, in taluni casi, del diritto del terzo di agire in giudizio per il conseguimento della prestazione da altri stipulata in suo favore". Dell'esistenza di meccanismi utili ad aggirare ugualmente il divieto riferisce MATTIOLI, cit., 2-3.

Nemmeno nell'epoca dei glossatori fu avvertita la necessità di un mutamento di prospettiva, fatta eccezione per l'isolata posizione di Martino⁹⁰.

Anche Ugo Grozio⁹¹ anticipò la necessità di dare piena cittadinanza negli ordinamenti alla stipulazione a favore di terzi, in un contesto nel quale la scienza giusnaturalistica olandese si affermava di pari passo con la crescente egemonia mercantile del paese nel panorama europeo.

Solo la dottrina tedesca dell'Ottocento riuscì a far prevalere le ragioni di chi predicava un pieno diritto di cittadinanza nell'ordinamento per il contratto a favore di terzo⁹².

⁹⁰ Si rimanda in merito a DONADIO, cit., 658. Per MATTIOLI, cit., 3, Martino “tendeva a distinguere (...) tra stipulazioni a favore del terzo e semplici patti, tra azioni dirette e azioni utili, ammettendo come conseguenza, essenzialmente sulla scorta dell'*aequitas*, che il riconoscimento al terzo di far ricorso in via generale ad azioni utili non fosse comunque impedito dalla regola secondo cui *alteri stipulari nemo potest*”. Il più antico caso di contratto a favore di terzo ‘istituzionalizzato’ risale al 1071, anno del Cartulario della Berardenga dei Longobardi.

⁹¹ Cfr. MATTIOLI, cit., 5. Per Grozio, vedasi il suo *De jure belli ac pacis libri tres*, Amstelodami, 1701, 360 (lib. II, cap. 11, § 18, n. 1): “*Si mihi facta est promissio, ommissa inspectione an mea privatim intersit, quam introduxit jus Romanum, naturaliter videtur mihi acceptanti jus dari efficiendi, ut ad alterum jus perveniat, si et acceptet: ita ut medio tempore a promissore promissio revocari non possit; sed ego, cui facta est promissio, eam passim remittere. Nam is sensus juri naturae non repugnat, et verbis talis promissoris maxime congruit; neque nihil mea interest si per me alter beneficium acquirat*”.

⁹² Sul ruolo della canonistica nell'ammettere la stipulazione a favore di terzo, cfr. MATTIOLI, cit., 4 e in specie alla nota 18. Anche il codice italiano postunitario del 1865 era ancora rigorosamente fedele alla tradizione romanistica, come si evince dagli artt. 1128 (“Nessuno può stipulare in suo proprio nome, fuorché per sé medesimo. Tuttavia può ciascuno stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che fa per sé stesso o di una donazione che fa ad altri. Chi ha fatto questa stipulazione non può più revocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne profittare”) e 1130 (“I contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti: essi non pregiudicano né giovano ai terzi, fuorché nei casi stabiliti dalla legge”). Sul ruolo svolto dalla dottrina tedesca, cfr. FERRANTI, cit., 70 ss., che ricorda l'isolata seppur autorevole eccezione di Savigny. Da notare che l'ordinamento francese, con Domat e Pothier, mantenne ferma la fedeltà alla scelta del diritto romano,

In precedenza si è detto del fondamento essenzialmente liberale del principio di relatività degli effetti del contratto: non stupisce quindi che alla base di scelte così caratterizzanti dell'ordinamento vi fossero ragioni politiche e sociologiche.

Da un lato, quindi, sono stati evidenziati i fattori storici che avevano fatto propendere per l'esclusione della *fattispecie*⁹³.

Dall'altro, sono state avanzate chiavi di lettura maggiormente improntate ad una prospettiva propria delle scienze sociali, tra cui senz'altro va richiamata la posizione del tedesco Unger e la tesi che ricollega la scelta all'indole nazionale fortemente individualista del popolo romano⁹⁴.

Da questa angolatura, è normale valorizzare il contributo che il pensiero cristiano ebbe nell'evoluzione del diritto europeo⁹⁵.

posizione che avrebbe avuto riflessi anche sugli altri ordinamenti europei nel periodo della codificazione.

⁹³ Tra questi, le rigide formalità della *stipulatio*, che non poteva concludersi tra assenti, e la relativa semplicità dei rapporti giuridici che contraddistinguevano una vita sociale ristretta e primitiva. Cfr. FERRANTI, cit., 10 ss. e TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, Verona, 1889, 10 ss.

⁹⁴ Si veda UNGER, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutige Röm. und deutsch. Privatrechts.*, Vol. X, 1869, 1-16. Per l'autore la società romana arcaica si distingueva per l'imperare di un gretto egoismo: l'individuo era principio e fine del proprio agire, centro di gravità unico del traffico giuridico. Non era quindi nemmeno concepibile, prima che attuabile, un agire che non fosse per il proprio vantaggio. Tartufari tuttavia dissentì da questa ricostruzione (cit., 14). Si veda però PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi. Studio di diritto romano civile e commerciale*, Padova, 1933, 17-18: "La teoria romana pose come limite che il contratto privato dovesse produrre i suoi effetti solo fra le parti che l'avevano concluso dando, in certo modo, battesimo giuridico ad un principio di etica sociale non solo antica e nazionale romana, ma anche moderna ed universale; al principio cioè che ogni individuo è il vero e solo rappresentante naturale dei propri interessi. La sola differenza che in questo riguardo intercede tra la società romana e il sistema giuridico moderno, consiste in ciò che quello si attenne più rigorosamente al principio medesimo".

⁹⁵ Sempre PACCHIONI, cit., 18: "Che un maggior sviluppo dato nell'epoca nostra alle idee altruistiche abbia favorito questo movimento non si può forse negare. Ma per dare un giudizio comparativo equo e fondato fra ciò che è

Nondimeno, è evidente che siano state anzitutto ragioni di praticità e convenienza nei traffici commerciali a imporre la linea della svolta, suffragata dall'affermazione della tendenziale predominanza della volontà negoziale delle parti come mistica forza in grado di porre la realtà giuridica al servizio degli interessi dei singoli, nelle varie declinazioni in cui le parti intendevano soddisfarli.

Ivi compresa, s'intende, la possibilità di stipulare in favore di un terzo⁹⁶.

2.2. *Le peculiarità nelle scelte dell'ordinamento italiano*

Venendo alla disciplina attualmente vigente nel quadro del diritto italiano, occorre anzitutto chiarire che è prevista una serie di norme (artt. 1411-1412-1413 c.c.) che prescrivono regole di carattere generale atte ad applicarsi a qualsiasi contratto tipico previsto dall'ordinamento e che le parti intendano conformare come stipulazione in favore di terzo⁹⁷.

Accanto a questa disciplina generale, il codice stesso contempla alcune ipotesi di contratti che sono tipizzate dalla stessa strutturazione diretta ad attribuire un diritto a un terzo: è il

odierno e ciò che è antico, bisogna tener ben presente che il sistema giuridico di una data società non va considerato isolatamente, ma in rapporto a tutti gli altri sistemi di norme, d'ordine diverso, che reggono e disciplinano la società medesima”.

⁹⁶ Cfr. MAJELLO, cit., 250: “La disciplina di cui all'art. 1411 c.c. non è prevista in funzione del superamento del tradizionale principio di relatività del contratto (...), ma piuttosto in ragione dell'esigenza di prefigurare uno strumento di autonomia mediante il quale sia possibile a taluno dei contraenti di realizzare, in riferimento al terzo, un interesse differenziato (ancorché dipendente) rispetto all'affare che le parti realizzano tra di loro”.

⁹⁷ MESSINEO, cit., 207 riporta alcune utili esemplificazioni, escludendo per ragioni sistematiche il mandato di credito (artt. 1958-1959 c.c.).

caso dell'assicurazione sulla vita a favore del terzo⁹⁸, del deposito nell'interesse di un terzo (1773 c.c.), della rendita vitalizia a favore di terzo (art. 1875 c.c.), del contratto di trasporto di cose a favore di terzo (art. 1689 c.c.)⁹⁹.

Ciò che connota la stipulazione in favore di terzo non è tanto (o perlomeno non solo) l'efficacia esterna del contratto, ma le modalità in cui i ruoli delle parti contraenti si intersecano al fine

⁹⁸ In questa fattispecie, come noto, le parti del contratto di assicurazione pattuiscono che alla morte dell'assicurato l'indennità sarà attribuita ad un terzo, detto beneficiario, designato da chi stipula il contratto con la compagnia assicurativa (cfr. GASPERONI, voce *Contratto di Assicurazione (in generale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 590 e BUTTARO, voce *Assicurazione (Diritto Privato)*, in *Enc. Dir.*, 648). È vero che la stipulazione in favore di un terzo sia connaturata all'essenza stessa dell'assicurazione sulla vita, poiché (nell'assicurazione per il caso morte) l'obbligazione dell'assicuratore diventa esigibile solo quando il titolare dell'interesse assicurato decede. Imperante l'ostracismo verso la contrattazione a favore di terzi, la struttura così palesemente affine a quella dell'art. 1411 c.c. aveva indotto la dottrina a inquadrare la fattispecie nella disciplina della successione, intendendo l'indennità come parte dell'asse ereditario e attribuendola al terzo a titolo di legato (o come quota di eredità). Diverso è il caso (art. 1919 c.c.) in cui l'assicurazione venga stipulata sulla vita di un terzo, e non a suo vantaggio. In questa differente ipotesi, il terzo anziché titolare del diritto all'indennità rimane solo un portatore del rischio che influenza l'esecuzione del contratto di assicurazione; tuttavia, la legge richiede (comma secondo) il consenso di questi come requisito di validità del contratto (nella assicurazione per il caso morte, s'intende), preservando in tal senso fortemente il soggetto in ragione della carica emotiva che una siffatta stipulazione può arrecare. È corretto dire che più della sfera giuridica (invero, intatta), ciò che l'ordinamento mira qui a preservare è proprio la sfera di interessi del terzo e la sua dimensione, in un certo senso, esistenziale-psicologica.

⁹⁹ Come tuttavia sottolinea MAJELLO (cit., 247-248), si è a più riprese dubitato che il contratto di trasporto di cose con destinatario diverso dal mittente fosse contratto a favore di terzo in senso proprio. Particolare è invece il ruolo dell'accollo, considerato da autorevole dottrina come figura tipica di contratto a favore di terzo, sia perché l'accollante resta obbligato direttamente verso il creditore sia per la similarità degli effetti dell'adesione del creditore (art. 1273 comma 1 c.c.) con quelli dell'accettazione del terzo. Sul punto vedasi in particolare FERRANTI, cit. e in specie nel rinvio alla Relazione ministeriale al Codice Civile (p. 315). L'autrice ricomprende l'accollo nella categoria dei negozi di assunzione di debito altrui.

di strutturare il loro rapporto nei termini riportati dalla disciplina normativa vigente¹⁰⁰.

Come noto, nel meccanismo trilatero in questione le parti del contratto (stipulante e promittente) attribuiscono direttamente al terzo un diritto¹⁰¹ nei confronti del promittente: elemento necessario e sufficiente per l'integrazione della fattispecie è l'interesse dello stipulante all'attribuzione del diritto al terzo¹⁰².

Come chiarisce lo stesso codice, questo viene acquistato dal terzo per effetto della stipulazione stessa, e pertanto ne risulta che l'efficacia del contratto nei suoi riguardi è immediata e diretta; solo, l'attribuzione del diritto diverrà definitiva solo quando il terzo "non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare".

In altre parole, non occorre l'accettazione del terzo per il perfezionamento dell'acquisto del diritto: al più, concretamente la dichiarazione di adesione potrà incidere solo sul potere di

¹⁰⁰ Cfr. MAJELLO, cit., 239, secondo il quale non si applicheranno gli artt. 1411 ss. c.c. ogniqualvolta dovesse ravvisarsi che i contraenti non assumono i rispettivi ruoli di promittente e stipulante.

¹⁰¹ Vedasi anche Cass. 27 marzo 1985 in *Riv. soc.*, 1985, 957 ss. che ha chiarito come il beneficio per il terzo debba consistere in un diritto anziché in una mera situazione di vantaggio.

¹⁰² Si tende a dividere le tipologie di contratto a favore di terzo in due gruppi: attuare con un solo contratto l'intento dello stipulante di arrecare un beneficio al terzo cui può essere già tenuto in forza di altra obbligazione con questo, oppure attribuire con spirito di liberalità al terzo il beneficio ricercato col contratto (cfr. MESSINEO, cit., 208). L'interesse dello stipulante ben può essere anche solo morale o affettivo (cfr. Cass. 12 luglio 1976 n. 2663), e va più in generale considerato come corrispondente all'interesse meritevole di tutela che è – ex art. 1322 c.c. – limite generale dell'autonomia privata. GAZZONI (cit., 963) ha sottolineato che anche il terzo deve pur avere un interesse all'attribuzione in proprio favore, coincidente sul piano funzionale con l'interesse dello stipulante.

revoca e modifica del diritto, che pure lo stipulante conserva fino alla manifestazione di volontà adesiva del terzo¹⁰³.

Di conseguenza, per evitarlo al terzo non resta che la prerogativa di rifiutarlo¹⁰⁴.

Va da sé che, per potersi avere tutela piena ed effettiva della sfera giuridica del terzo, a questo andrà comunicata l'avvenuta stipulazione al fine di metterlo nell'effettiva condizione di poter rifiutare l'acquisto del diritto.

Il rifiuto stesso dovrà avere efficacia *ex tunc* a prescindere dal momento in cui sopravvenga¹⁰⁵, dovendosi altrimenti

¹⁰³ Per modifica si intende la revoca della precedente designazione ma non del diritto attribuito, con una nuova indicazione del terzo beneficiario. La revoca *tout court*, invece, comporta l'espunzione della clausola a favore del terzo e pertanto l'eliminazione dell'intera vicenda attributiva *extra partes*.

¹⁰⁴ Cfr. MAJELLO, cit., 238, laddove l'autore constata che la tutela della sfera giuridica del terzo è chiaramente attenuata rispetto alle ipotesi in cui è pur sempre richiesto un comportamento del beneficiario per il perfezionamento dell'atto, e MESSINEO, cit., 203: "La potestà di rifiuto è giustificata: ragioni anche di ordine morale possono consigliare al terzo il rifiuto". Sempre per Majello, anche ragioni economiche possono spingere il terzo a rifiutare, sol che si pensi alla possibilità di oneri patrimoniali connessi alla titolarità del diritto attribuito. Il rifiuto, in quanto atto dispositivo, ha carattere negoziale differentemente dall'eventuale adesione che, pure restando dichiarazione di natura recettizia, incide su un effetto già prodottosi né è, come visto, necessaria a tal fine. Col rifiuto del terzo, la prestazione andrà rivolta a vantaggio della stipulante ma "se la prestazione non resta a beneficio dello stipulante, per accordo delle parti o per la natura particolare del contratto, il contratto si scioglie per impossibilità sopravvenuta dell'adempimento" (GAZZONI, cit., 960). Sul concetto di rifiuto impeditivo e rifiuto eliminativo, e sulla nozione di rinuncia, cfr. GAZZONI, cit., 871 e *amplius* nella nota 388 del presente lavoro.

¹⁰⁵ È dibattuto se il diritto di rifiutare il beneficio sia soggetto a prescrizione: a favore MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, cit., 66 che indica nell'ordinario termine decennale quello corretto; *contra* invece MAJELLO, cit., 245. GAZZONI (cit., 959) sottolinea la differenza con l'art. 1333 c.c. che invece detta un termine per il rifiuto: "Là dove la necessità del termine discende dal fatto che vi è un negozio unilaterale, come tale irrevocabile, ovvero, secondo altra impostazione, una proposta comunque irrevocabile *ex lege*".

ammettere che la sovranità del terzo sulla propria sfera giuridica sarebbe limitata¹⁰⁶.

Qui tuttavia si può ravvisare una prima contraddizione interna al sistema.

Appare cioè difficile conciliare l'automatismo nell'acquisto per effetto della stipulazione con la retroattività del rifiuto, quantomeno senza parlare di rifiuto come ipotesi di rinuncia ad un diritto già acquistato¹⁰⁷: né appare completamente persuasivo parlare di pendenza degli effetti riferendosi al lasso di tempo intercorrente tra la stipulazione del contratto e la manifestazione di volontà da parte del terzo¹⁰⁸.

In realtà, il secondo comma dell'art. 1411 fa salva la possibilità di apposito patto contrario che deroghi all'acquisto del diritto nel momento stesso della stipulazione: ma, va da sé, anche questa caratterizzazione dell'accordo tra stipulante e promittente resta puramente interna alle parti né il terzo può determinarla, pena il suo ingresso nel rapporto contrattuale che invece ne presuppone l'estraneità.

Pertanto, in concreto non è questa previsione che può fornire al terzo uno strumento per rafforzare adeguatamente la tutela della propria sfera giuridica.

¹⁰⁶ Così soprattutto MAJELLO, *ibid.*, a detta del quale occorre "evitare che *medio tempore* il terzo risulti titolare di un diritto non gradito, che egli non ha mai inteso conseguire".

¹⁰⁷ Cfr. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, UTET, Torino, 1980, 347.

¹⁰⁸ Così anche BELVEDERE, in *Il fantasma della esposizione debitoria ed il contratto 'a danno di terzi'*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1995, I, edizione digitale, 13 ss. Meritevole di essere menzionata la posizione di certa giurisprudenza che ha parlato di adesione del terzo come '*condicio juris* sospensiva dell'acquisto' (cfr. Cass. 24 dicembre 1992 n. 13661).

Altra apparente aporia si riscontra affrontando il tema della tipologia di diritto acquistabile dal terzo.

È sorto infatti ampio dibattito in dottrina sulla possibilità che oggetto dell'attribuzione sia un diritto reale¹⁰⁹: la lettera del codice non pare né avallare né escludere chiaramente questa evenienza, ma è evidente che il problema si pone con riferimento agli oneri (fiscali, di gestione, di custodia) che ineriscono alla titolarità del diritto reale.

Tanto che una prima fondamentale pronuncia della Cassazione ha preso una chiara posizione per quanto riguarda l'ambito delle servitù prediali, lasciando tuttavia aperto il novero delle soluzioni astrattamente possibili¹¹⁰.

Pronunce successive¹¹¹ hanno invece più chiaramente preferito la tesi dell'ammissibilità, in base all'argomento per cui una limitazione sarebbe arbitraria stante la possibilità per il terzo di rifiutare *ex tunc* l'attribuzione del diritto: tutela però sulla cui sufficienza ed effettività si è già prospettato più di un dubbio *supra*.

¹⁰⁹ Cfr. MOSCARINI, cit., 119 ss. e BIANCA, cit., 571: "La prestazione contrattuale dev'essere di contenuto prudente per evitare ingerenze dannose nella sfera giuridica del creditore". Per MAJELLO, cit., 246 ss., il contratto con efficacia obbligatoria nei confronti del terzo (anziché reale) appare maggiormente aderente alle esigenze economiche per la cui soddisfazione la fattispecie si è affermata nel tempo. A favore dell'efficacia reale si è invece espresso MESSINEO, cit., 202.

¹¹⁰ Il riferimento è a Cass. 25 febbraio 1980 n. 1317, secondo la quale "nel contratto a favore di terzi non esistono limiti riguardanti le qualità e il contenuto dell'attribuzione, e questa può ben consistere nella costituzione di un diritto reale e quindi anche di una servitù prediale a favore di terzo".

¹¹¹ Vd. Cass. 17 maggio 1982 n. 3050 e Cass. 13 febbraio 1993 n. 1842.

Né prospettare una soluzione positiva solo con riguardo all'acquisto del diritto di proprietà su un bene mobile, come pure è stato fatto, sembra essere risolutivo¹¹².

A ben vedere, è possibile supporre che non sia stata avvertita la necessità di dare una risposta chiara a queste due problematiche (effetti diretti dell'attribuzione/incidenza del rifiuto; tipologia di diritto attribuibile) in ragione della natura essenzialmente favorevole dell'effetto che il contratto ex art. 1411 c.c. produce nella sfera giuridica del terzo.

Detto altrimenti, non è sembrata necessaria la chiarezza che invece contraddistingue la fattispecie diametralmente opposta della promessa del fatto del terzo (art. 1381 c.c.), quella cioè nella quale il terzo sarebbe tenuto ad assumere un'obbligazione o un dato comportamento anziché acquisire un vantaggio¹¹³.

¹¹² Come fa BIANCA, ult. cit., 568, richiamando gli oneri e i costi che derivano dalle formalità prescritte per gli atti di rinuncia della proprietà di beni immobili. Anche GAZZONI (cit., 961) lascia aperta la questione: "Pur volendo escludere l'attribuzione di diritti che traggono con sé obblighi, potrebbero forse nascere problemi in caso di attribuzione di usufrutto, essendo il diritto dell'usufruttuario intrinsecamente limitato (art. 1015), anche se dall'art. 796 potrebbe argomentarsi la non necessità dell'accettazione del terzo usufruttuario (...), ma non, ad esempio, di una servitù di passaggio, caso questo ricorrente in giurisprudenza, che si configura quando lo stipulante aliena un fondo al promittente con contestuale costituzione su di esso della servitù, a favore del fondo dominante di un terzo".

¹¹³ Cfr. LO SCHIAVO-MARRESE, *Il contratto a favore di terzi*, Milano, 2003, 24 ss.: "L'unico dato comune ai due istituti (promessa del fatto del terzo e contratto a favore di terzo, *nda*) è costituito dalla assoluta estraneità del terzo al negozio costitutivo del rapporto obbligatorio". L'ipotesi rientra nella più ampia categoria dei cd. 'contratti sul patrimonio del terzo', nei quali si usa ricomprendere la vendita di cosa altrui e la concessione di ipoteca su beni altrui. Cfr. GAZZONI, cit., 965: "È allora evidente che il terzo non è vincolato dalla promessa, del tutto irrilevante nei suoi confronti in quanto *res inter alios acta* (...), e non deve di conseguenza adempiere ad un onere di reazione".

Ipotesi che potenzialmente è ben più pregiudizievole per il terzo e che ha quindi indotto il legislatore a soddisfare esigenze di maggiore chiarezza e specificità.

Comunque si vogliano approfondire i problemi che la scelta comporta, resta centrale e significativo che sia stato previsto un automatismo per l'acquisto del diritto in capo al soggetto terzo, un meccanismo che è idoneo ad attivarsi fin dal momento in cui nella dinamica sono ancora presenti solo promittente e stipulante, ovvero prima della comunicazione al terzo dell'avvenuta stipulazione.

Ciò lascia già intendere il generale *favor* dell'ordinamento per le ingerenze *in melius* nell'altrui sfera giuridica, come si avrà modo di considerare *infra* anche nell'ipotesi del contratto con obbligazioni del solo proponente: è già questa una tendenza che contribuisce a ridisegnare sensibilmente i contorni del principio di intangibilità della sfera giuridica altrui.

2.3. *Brevi cenni di diritto comparato*

È interessante esaminare il panorama offerto dagli ordinamenti giuridici europei in materia, poiché le soluzioni adottate differiscono spesso da quanto si è potuto verificare nel diritto italiano.

Visto il ruolo svolto in materia dalla dottrina tedesca, non stupisce che il dibattito sul contratto a favore di terzo sia tuttora fecondo e foriero di più spunti di interesse.

Ferma restando la centralità del pensiero di Pothier, in Francia ruolo preminente sembra vada piuttosto riconosciuto alle pronunce giurisprudenziali: le corti hanno infatti

progressivamente superato le restrizioni all'ingresso nel sistema del contratto a favore di terzi¹¹⁴, operando su due piani.

Dapprima è stato concesso alle parti il diritto di prevedere esplicitamente nel contratto l'attribuzione di un beneficio ad un terzo (cd. *stipulation pour autrui*), e in seguito è stata elaborata la figura della stipulazione implicita (le cd. *stipulations pour autrui implicites*)¹¹⁵.

Altri paesi hanno piuttosto scelto di adottare posizioni sostanzialmente equiparabili a quelle del diritto italiano¹¹⁶: in particolar modo, la Spagna contempla il contratto a favore di terzo come schema generale applicabile a tutti i tipi contrattuali legalmente previsti (art. 1257 *Código Civil*), pur lasciando all'*aceptación del tercero* la funzione di requisito legale per l'acquisizione del relativo diritto alla prestazione.

Ben più complesso è il quadro offerto dal diritto britannico, che merita un approfondimento a parte così come l'analisi delle soluzioni adottate dal diritto privato europeo.

¹¹⁴ Peraltro, la soluzione adottata in Francia prevede che gli obblighi eventualmente connessi al beneficio attribuito dalle parti siano ammessi qualora il terzo vi consenta, con ciò ritornando allo schema classico in base al quale solo il consenso dell'interessato può rendere vincolanti obblighi in origine non contratti direttamente dallo stesso. Si veda anche MAJELLO, cit., 238: "Sarebbe dunque la possibilità di rifiuto – o altra situazione idonea a salvaguardare l'intangibilità della sfera del beneficiario e della sua autonomia – a rendere compatibile il principio di relatività del negozio con la generale ammissibilità di negozi patrimoniali a favore di terzi".

¹¹⁵ Cfr. FERRANTI, cit., 442-446. Nel diritto francese, peraltro, il problema degli obblighi connessi al beneficio viene risolto in maniera meno drastica che nel diritto italiano: sarà il consenso del terzo a renderli ammissibili, qualora previsti nel contratto.

¹¹⁶ Da notare che l'art. 112 del *Code des obligations* ammette la stipulazione in nome proprio a favore di un terzo, anche se il *Tribunal fédéral* ha costantemente interpretato la norma nel senso di escludere che il contratto possa avere per oggetto una disposizione di natura reale.

2.4. (segue) *Privity of contract* nel diritto anglosassone

I sistemi di common law hanno sempre visto con sfavore la possibilità per un terzo di trarre direttamente beneficio da un contratto, beninteso in termini di diritti direttamente azionabili nei confronti delle parti e non di meri benefici “riflessi”.

Partendo dalla nozione stessa di contratto come accordo tra due o più persone teso a creare un vincolo giuridico che sia azionabile giudizialmente¹¹⁷, è stato sempre unanimemente riconosciuto il principio per cui un soggetto non può avvalersi di un diritto attribuitogli da un contratto se di quell'accordo non è stato parte, e nemmeno qualora sia lo stesso testo contrattuale ad accordargli tale prerogativa.

Va da sé che il concetto resta *a fortiori* il medesimo anche nell'ipotesi sfavorevole di contratto teso a vincolare un terzo o imporgli una determinata prestazione senza il suo consenso¹¹⁸.

¹¹⁷ Cfr. ZACH, *Knowledge and Strategy*, Routledge, 1999, 185: “A contract is an agreement between two or more persons intended to create a legal obligation between them to be legally enforceable”. Diversa la posizione della dottrina scozzese, che preferisce sottolineare come rientri nell'esercizio della propria autonomia privata la scelta di assegnare un diritto a un soggetto altro rispetto alla contrattazione. Cfr. GLOAG, *The law of contract: a treatise on the principles of contract in the law of Scotland*, Edinburgh, 1929, 218, e STAIR, *The institutions of the law of Scotland*, Edinburgh, 1759, 1.10.1, che parla di contratto in termini di limitazione della libertà dei singoli: “That freedom we have of disposal of ourselves, our actions and things, which naturally is in us, is by our engagement placed in another, and so engagement is a diminution of freedom, constituting that power in another, whereby he may restrain or constrain us to the doing or performing of that whereof we have given him power of exaction”.

¹¹⁸ Così ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1995, 355: “A person cannot enforce a right arising under a contract if he was no party to it, even where it was intended that he should have a right. Likewise, a person cannot have any obligation enforced against him/her where the obligation arises under a contract to which he was no party”, e richiamando poi la posizione di Treitel secondo il quale “the common law doctrine of privity means that a person can't acquire rights or subject to liabilities arising under a contract to which he is not a party”. Cfr. anche SUFF, *Essential contract law*, Londra, 1994, 167 e SMITH, *Contracts for the benefit of third parties: in defence of the third party*

Sulla stabilità di un simile assunto, la cosiddetta *privity rule*, ha notevolmente influito l'intera teoria generale del contratto nel diritto inglese¹¹⁹, non ultimo il valore del concetto di *consideration*.

L'evoluzione storica della nozione di contratto nel diritto inglese ha contribuito a intendere l'accordo più come una struttura complessa di obbligazioni considerate singolarmente, anziché un rapporto sinallagmatico in cui emerga immediatamente la funzione di scambio che le avvince.

rule, digital edition da *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997, 17, 4, 643 ss. Il caso più famoso in cui si affermò la *privity rule* è il celebre *Tweddle v. Atkinson [1861] EWHC QB J57*: due soggetti, in vista delle nozze tra i rispettivi figli, si erano accordati per rifondere al futuro sposo parte delle somme da questi sostenute in vista del matrimonio. Nel contratto si era stabilita espressamente la possibilità per il nubendo di agire in giudizio qualora l'accordo fosse rimasto inadempito: quando però il padre della sposa non versò quanto promesso e le parti finirono in causa, allo sposo non venne riconosciuto il diritto di agire in forza di un contratto che non lo aveva visto come parte. Questa decisione fu la base per la successiva *Dunlop Pneumatic Tyre case (Dunlop pneumatic tyre co. v. Selfridge & co., 1915 A.C. 847, 853)*, in cui il giudice Haldane chiarì che le parti di un contratto potevano sì accordare un beneficio ad un terzo, ma non fino al punto di rendere questo beneficio da lui direttamente azionabile in giudizio, stante che "in the law of England certain principles are fundamental. One is that only a person who is a party to a contract can sue upon it" (p. 45). Curioso notare come negli Stati Uniti, due anni prima del caso *Tweddle v. Atkinson*, nello stato di New York si fosse avviato il contrario orientamento teso ad accordare tutela alle prerogative dei terzi (caso *Lawrence v Fox*). Si trattava del nucleo della cosiddetta *American third party beneficiary doctrine*, uno dei temi in cui diritto inglese e statunitense si sono trovati (almeno in passato) su fronti contrapposti.

¹¹⁹ Diversamente dai Romani, che disciplinavano i contratti per tipi, il diritto inglese ha enucleato una *general law of contract*, un insieme di principi comuni tendenzialmente applicabili ad ogni tipologia contrattuale salvo deroghe o adattamenti alle specificità del caso. Questa *general law of contract* trova origine non già – naturalmente – in un codice, bensì nelle decisioni giurisprudenziali prese in determinate fattispecie sia nell'ambito di common law (ovvero corti ordinarie) che in quello di *equity* (giurisdizione del Cancelliere). Vero è quindi che le regole che disciplinano la materia hanno "nel tempo quella portata che risulta segnata dalla loro storia" (CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, p. 9).

Questa visione è alla base della nozione stessa di *consideration*, con la quale si definisce un diritto, interesse, beneficio o vantaggio ricevuto da una parte, ovvero un sacrificio, svantaggio tollerato o perdita concessa che siano subito o sopportati dall'altra parte¹²⁰.

¹²⁰ Così in una sentenza del 1875 il giudice Lush: "A valuable consideration in the sense of the law may consist either in some right, interest, profit, or benefit, accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered or undertaken by the other". Per Atiyah lo stesso concetto di *detriment* (sempre ricorrente in ambo le parti, mentre a volte può non corrispondere ad un vantaggio per la controparte) deve essere inteso in senso ampio, pur con attenzione al valore soggettivo del sacrificio nel caso concreto. In fondo questa definizione mette in luce l'economicità (cioè la valutazione su un piano economico sempre possibile) e la reciprocità di questo impegno contrattuale, tanto che l'ordinamento garantisce tutela perché ritiene meritevole l'interesse di garantire adeguata contropartita (cioè la possibilità di attuare giudizialmente l'utilità perseguita col proprio *detriment*) ad un soggetto che subisce un sacrificio: in ciò si capisce che la *consideration* si ravvisa da ogni lato delle parti del contratto, essendoci due *considerations* correlate alla posizione passiva di ciascun contraente. Sul rapporto tra *consideration* e *privity rule*, è chiaro SMITH, cit., 644 (paper edition): "The third party rule is the rule that only the persons between whom a contractual offer and acceptance is made – hereafter the parties to the contract – can enforce the resulting contract. Stated differently, the third party rule holds that only a promisee can enforce a promise. The consideration rule is the rule that only promises that have been paid for, and paid for by the promisee, are legally enforceable". In altre parole, se la *privity rule* si traduce nella possibilità che sia solo la controparte cui è stato rivolto l'obbligo contrattuale a poter agire per la tutela del proprio diritto (aspetto soggettivo: chi può azionare una pretesa), la *consideration* dà per azionabili solo quelle obbligazioni per cui sia stato previsto un corrispettivo, a carico del soggetto che si avvantaggia della prestazione (aspetto oggettivo: quali pretese sono azionabili). Quanto ai problemi della stipulazione a favore di terzo, Smith (p. 14-15) riporta l'esempio in cui Tizio si obbliga nei confronti di Caio a tagliare l'erba del prato di Sempronia, sua vicina, a fronte del pagamento di una somma da parte di Caio. Tizio però si obbliga anche nei confronti di Sempronia. Secondo Smith, sarebbe difficile per Sempronia agire nei confronti di Tizio, pur essendoci una promessa rivolta direttamente anche a lei (quando nella dinamica del contratto a favore di terzi questo elemento non ricorre) proprio per l'assenza di *consideration* da parte di questa: "Unless for some reason it is appropriate to regard B and C as joint parties to the contract, that is, as one party albeit composed of more than one person, then C is barred by the consideration rule from enforcing the contract. No consideration was provided for A's promise to C and thus C cannot sue A in contract. C is barred by the consideration rule even if one believes that the function of consideration is

Stante questo elemento essenziale dello scambio contrattuale, si capisce che è il concetto di “sacrificio” sul piano soggettivo ad ostacolare l’apertura del sistema ad un diritto attribuito dall’accordo di due o più parti ad un soggetto che rispetto a quel patto è terzo, e quindi tendenzialmente non sopporta alcun sacrificio¹²¹.

Ciononostante, mentre c’è sempre stata unanimità di vedute sull’opportunità di impedire che un terzo risulti vincolato da un contratto¹²², lo stesso non si può dire per quanto riguarda la possibilità di attribuire un effetto positivo *extra partes*: con l’ulteriore problematica, peraltro, di capire se e in quale misura a questo beneficio sostanziale corrisponda un vero e proprio diritto azionabile in giudizio¹²³.

merely to identify *which* promises are legally valid, the function of the third party rule being to identify *who* can enforce a legally valid promise”.

¹²¹ Cfr. STONE, *Principles of Contract Law*, Londra, 2000, 93: “The essence of the doctrine of privity is the idea that only those who are parties to the contract can have the rights or liabilities under it. It is closely linked to the rule that consideration must move from promisee, but can be shown to be distinct from it”.

¹²² Vedi TREITEL, *Some landmarks of Twentieth Century Contract Law*, Oxford, 2002, 48: “The doctrine of privity was also invoked to support the converse proposition that a third party was not bound by a contract. In one sense, this point is so obvious that it scarcely needs stating. A contract by which A promises B that C will pay £10 to B clearly cannot impose any obligation on C. But it is not nearly so obvious that a promise by A to B may not restrict C’s freedom of action in some other way: eg by limiting his right to deal with the subject matter of the promise”.

¹²³ Cfr. MIN, *When do third party rights arise under the contracts (rights of third parties) Act 1999?*, in *Singapore Academy of Law Journal*, 2001, 34: “The first, that a contract cannot impose liabilities on a third party, is not very controversial. The second, that in general a contract can only confer rights on parties to the contract even if it is clearly the intention of the contracting parties to benefit a third party, is highly controversial, and has been the subject of much judicial criticism”.

In generale, nelle corti c'è sempre stata una certa cautela ad ammettere eccezioni al principio¹²⁴, pur dovendosi ammettere che nel dialogo tra diversi giudici più volte sono state elaborate soluzioni di compromesso.

A seguito dei casi più spinosi, sono stati addirittura formulati appelli al Parlamento affinché intervenisse direttamente per via legislativa a disciplinare la figura del contratto a favore di terzi.

Cosa che si è peraltro verificata, dopo lungo dibattito, con l'emanazione nel 1999 del *Contracts (Rights of third parties) Act*, una legge entrata in vigore l'11 novembre 1999 per tutti i paesi del Regno Unito eccezion fatta per la Scozia e destinata ad applicarsi a tutti i contratti disciplinati dalla legge inglese conclusi a partire dall'11 maggio 2000¹²⁵.

¹²⁴ Sempre Min cita, come casi eccezionali, i due *leading cases* rispettivamente in Australia e Canada *Trident General Insurance co. Ltd v. McNiece Bros Pty Ltd* del 1988 e *London Drugs Ltd v Kuehne Nagel International Ltd.* del 1992.

¹²⁵ Da notare che per i contratti stipulati nel periodo transitorio, le parti avrebbero potuto dare applicabilità immediata all'Act accordandosi in tal senso con apposita clausola. L'Act fu il risultato di un lungo dibattito dapprima giurisprudenziale, e in seguito politico-legislativo, che portò ad interessare la Law Commission for England and Wales. Va detto che già negli anni Trenta del Novecento la questione era stata posta all'attenzione della commissione, che pubblicò nel 1937 un primo report (*Statute of Frauds and the Doctrine of Consideration*) con il suggerimento di vagliare attentamente l'ammissibilità nell'ordinamento della contrattazione a favore di terzi. Anche a seguito di successivi casi giudiziari molto discussi, la commissione pubblicò il 31 luglio 1996 un secondo report intitolato *Privity of contract: contracts for the benefit of third parties*, le cui conclusioni furono in buona sostanza recepite nel testo dell'Act. Questo intervento legislativo in realtà non mira a superare la *privity rule*, bensì ad adattarla alle mutate condizioni sociali: cfr. MIN, cit., 53: "The English legislative reform is not an abrogation of the common law privity rule. It is a broad exception to the rule based on the intention of the contracting parties to benefit ascertainable third parties. (...) The Act is not a comprehensive reform of the law of privity. It leaves the common law devices intact". L'impatto della normativa non va considerato limitato al sistema di common law, stante la frequente possibilità nel traffico giuridico di sottoporre un contratto internazionale alla regolamentazione della legge inglese, in cui rientra a pieno

Occorre comunque sottolineare che in precedenza, nell'ottica di rafforzamento dell'autonomia privata delle parti, era ritenuto ammissibile perlomeno accordare al terzo un beneficio ancorché non un diritto direttamente azionabile in giudizio (*enforceable right*): non è così sbagliato quindi affermare che i veri problemi si ponevano solo con il passaggio della fattispecie nell'ambito del contenzioso.

La portata innovativa del Contracts (Rights of third parties) Act sta appunto nel consentire al terzo beneficiario del contratto di poter agire per soddisfare la propria pretesa¹²⁶.

Questo però al ricorrere di due presupposti:

- a) Determinatezza/determinabilità del soggetto beneficiario¹²⁷
- b) Volontà delle parti di attribuire al terzo un diritto direttamente azionabile¹²⁸

titolo anche la riforma del 1999. Per una rapida elencazione degli altri Stati di common law che hanno deciso di intervenire a livello legislativo per regolamentare la questione, cfr. MIN, cit., p. 35 nota 15.

¹²⁶ Così l'art. 1 denominato "Diritto di un terzo di avvalersi di una clausola contrattuale" (Right of third party to enforce contractual term): (1) Subject to the provisions of this Act, a person who is not party to a contract (a "third party") may in his own right enforce a term of the contract if: a) the contract expressly provides that he may or b) subject to subsection, the term purports to confer a benefit on him. (2) Subsection does not apply if on a proper construction of the contract it appears that the parties did not intend the term to be enforceable by the third party. (3) The third party must be expressly identified in the contract by name, as a member of a class or as answering a particular description but need not to be in existence when the contract is entered into".

¹²⁷ Si intende indicandone il nome, la specifica appartenenza a una classe oppure in quanto soggetto che corrisponde ad una ben precisa qualificazione o descrizione.

¹²⁸ Volontà che può essere esplicita o implicita, ovvero ricavabile dal testo dell'accordo. In questa seconda ipotesi peraltro sono evidenti le difficoltà cui va incontro l'interprete nell'accertare se le parti – pur non essendo esplicitate sul punto – abbiano voluto cionondimeno attribuire al terzo un diritto azionabile in giudizio (il cosiddetto *purport to confer a benefit*). Il criterio orientativo di massima sta nel ritenere implicito, qualora venga attribuito un diritto senza specificazioni sulla sua azionabilità in giudizio, che le parti abbiano voluto

Si arrivava così all'esito (forse precario) di quella che uno dei massimi studiosi del diritto contrattuale inglese, Lord Treitel, non ha esitato a definire la disputa per eccellenza del XX secolo fino a chiamarla "*battle of privity*"¹²⁹.

Già molti altri casi e fattispecie, prima del 1999, avevano fatto invero dubitare dell'intoccabilità della *privity rule*, non da ultimo lo stesso istituto del *trust*¹³⁰.

accordare al terzo tale prerogativa: si adotta così una sorta di presunzione relativa, che fa gravare sulle parti l'onere di provare una diversa volontà negoziale. In concreto, tale prova contraria andrà necessariamente fondata sul modo in cui le parti hanno costruito il loro schema negoziale: si pensi ancora all'esempio in cui Tizio si obblighi nei confronti di Caio a tagliare la siepe che divide la tenuta di questi da quella di Sempronio. Sempronio sarà indubbiamente avvantaggiato da un simile contratto, ma così come strutturato l'effetto vantaggioso nei suoi confronti non è ciò che le parti vanno cercando di soddisfare. Diversamente, se Tizio compra una collezione di libri dal rivenditore Caio dicendo espressamente che si tratta di un regalo per Sempronio, da consegnarsi alla dimora di questi, è già più chiaro l'intento di coinvolgere il terzo Sempronio nell'intero meccanismo contrattuale. Negli Stati Uniti, pur con la diversità nella scelta dell'orientamento da preferire, emblematico fu il caso *Freer v Putnam Funeral Home* (1937), 111 SW 2d 463: si trattava di un contratto tra un dottore ed il suo paziente che conteneva la promessa da parte del dottore di pagare le spese funerarie di questi in caso di decesso; a seguito della morte del paziente, l'impresario funebre intentò causa contro il medico stante il mancato pagamento da parte dei parenti del defunto, e riuscì a prevalere venendo qualificato come terzo beneficiario del contratto. Va da sé che un contratto che impone un'obbligazione da adempiersi in caso di morte di una delle parti non può che finire con l'avvantaggiare un soggetto terzo, anche se nel caso di specie sarebbe interessante discutere della possibilità di azionare il contratto da parte dei successori del *de cuius* tanto *iure proprio* quanto *iure hereditatis*.

¹²⁹ TREITEL, cit., 47.

¹³⁰ Il trust, e nello specifico i diritti spettanti al beneficiario dello stesso, fu oggetto di analisi del celebre avvocato americano Corbin, che in uno scritto del 1930 nella *Law Quarterly Review* intitolato *Contracts for the benefit of third parties* giunse a prospettare un'incompatibilità di sistema tra *equity* (ambito in cui si ammetteva il conferimento di diritti a terzi per tramite appunto del cosiddetto *trust of promise*) e *common law*, dato che la giurisdizione ordinaria non contemplava come detto il diritto di un terzo di azionare una clausola di un contratto di cui non fosse stato parte. Pur non sposando tale argomento, capofila dell'orientamento favorevole a intaccare la *privity rule* nell'ottica di avvantaggiare i terzi era il giudice Denning: in due casi giunti in Corte d'Appello nel secondo dopoguerra (*Smith and Snipes Hall Farm v River Douglas*

Ciononostante, fino all'emanazione dell'Act certa dottrina continuava a ritenere coerente e funzionale la *privity rule* così come modellata nel corso degli anni, senza che fosse necessario ricorrere a riforme più o meno innovative.

Questo sulla base di una lettura davvero rigorosa del concetto di autonomia privata: l'obbligazione che origina da un contratto trova la sua fonte nella volontà delle parti, *rectius* solo di quei soggetti che hanno stipulato l'accordo, stante la natura strettamente personale dei diritti contrattuali¹³¹, come se fosse l'unico vero modo per i privati di mantenere il controllo delle rispettive obbligazioni senza che possano esservi ingerenze¹³².

Catchment Board, del 1949, e *Drive Yourself Hire Co. (London) Ltd. v Strutt* del 1954), fu tra i più risoluti fautori della necessità di superare certa rigidità e aprire ad una lettura più ampia dell'autonomia privata. Questo un estratto significativo dalla sentenza del primo dei casi citati: "A man who makes a deliberate promise which is intended to be binding, that is to say, under seal, or for good consideration, must keep his promise; and the court will hold him to it, not only at the suit of the party who gave the consideration but also at the suit of one who was not a party to the contract, provided that it was made for his benefit and that he has a sufficient interest to entitle him to enforce it, subject always, of course, to any defences that may be open on the merits" (p. 514).

¹³¹ Cfr. SMITH, cit., 5: "The promisee alone is the person to whom the promissory duty is owed. Thus only the promisee can complain of the promise qua promise being broken. This is what it means to be a promisee; and it is why contractual rights have always been understood, correctly, as personal rights".

¹³² Sempre SMITH, cit., 6: "It may be worth mentioning that the explanation undoubtedly lies in the importance of individuals being able to control, and to control in a particular way, the scope of such obligations. Promissory obligations are obligations to benefit others, rather than merely obligations not to harm others, and as such are particularly important – and onerous – obligations. It is crucial that individuals be able to control the scope of such obligations" e ancora, con l'aggiunta di considerazioni di carattere sociologico: "Moreover, because the value of promising lies largely in the way that it helps individuals to forge deeper relationships with one another, the prima facie proper way of achieving such control is by holding that promissory obligations are owed only to those to whom they are addressed". Per Smith, peraltro, l'obiezione per la quale nei sistemi di civil law si è giunti pressoché ovunque ad ammettere la contrattazione a favore di terzi superando l'antico ostracismo proprio del diritto romano non può essere decisiva: quel che dimostrano queste soluzioni è che è possibile conciliare relatività degli effetti del contratto e tutela dei diritti conferiti

E non può assumere valore alcuno un qualsiasi affidamento da parte dei terzi, che non può prevalere sulla struttura e le problematiche proprie del rapporto contrattuale¹³³.

Non ultima, si evidenziava la difficoltà (nell'ottica del concetto di *restitution*) di quantificare il danno patito dal contraente stipulante in caso di inadempimento ad opera del promittente: infatti, la vera e propria perdita ricade nella sfera giuridica del terzo beneficiario del contratto¹³⁴.

a terzi, ma ciò non significa che oggetto di riforma nel sistema britannico debba essere proprio la *privity rule* (o perlomeno solo quella: cfr. SMITH, cit., nota 13).
¹³³ SMITH, cit., 19: "The point rather is that the problem of third parties not being compensated for harm suffered through relying on contractual promises is not a problem caused by the third party rule. The limits placed on recovery for induced detrimental reliance, including detrimental reliance on promises, is a general problem in the law of obligations". Va semmai valutato se possano ricorrere gli estremi per un'azione extracontrattuale da parte del terzo, a maggior ragione se – come sostiene Smith – lo stesso diritto che la Law Commission avrebbe voluto accordare al terzo non è un diritto di natura contrattuale (cfr. p. 25). Ancora (p. 22): "The reason the results in privity cases are so often unsatisfactory is that in respect of each of the basic private law interests – expectation, reliance, restitution – the present law [lo scritto è antecedente alla riforma del 1999, *nda*] appears to provide inadequate protection. In respect of none of these interests, however, is the third party rule the reason the protection is inadequate. The inadequacies stem from general problems in the law of obligations, problems that can and do arise in all manner of contract cases. What makes privity cases special is that these general problems all can arise in a single fact pattern".

¹³⁴ Della questione si occupa ancora SMITH, cit., 10 ss.: "It should be evident that the traditional rule is unsatisfactory. The rule assumes that if B [lo stipulante, *nda*] has not suffered a tangible, pecuniary loss then B has not suffered a loss. But not all losses are pecuniary (...). The courts' traditional reluctance to award significant damages in such cases undoubtedly stems from the evidential difficulties involved in placing monetary figures on hard-to-quantify losses". Può soccorrere allora il corrispettivo versato per l'adempimento al terzo di quella prestazione: (p. 11) "In many cases the price paid for the promise will give a good idea of the value placed by the promisee on performance (although this sum must be discounted by the value of any part performance (...)). The recent willingness of English courts to recognize non-pecuniary harm in two-party cases and to allow promisees to recover for losses borne by third parties in some privity cases suggests that future courts may increasingly be willing to award more than nominal damages to promisees in privity cases".

Va chiarito che, pur con una mole notevole di scritti sull'argomento, la disputa intorno al valore della *privity rule* non è mai rimasta circoscritta agli ambienti dottrinali, che anzi sono stati spinti a interrogarsi sulle prospettive del principio proprio dai casi concreti affrontati dalle corti.

Tra questi, precipua importanza riveste l'ambito del commercio marittimo.

I contratti di trasporto e/o commissione che presupponevano la copertura di grandi distanze via mare (*contracts for the carriage of goods by sea*) erano di per sé soggetti all'insorgenza di problematiche tra le varie parti dell'operazione commerciale: non ultimi, gli affari conclusi da agenti a condizioni diverse da quelle concordate col *principal* o i casi di inadempimento/fallimento dei soggetti intermediari.

Fin dal *leading case* del 1924 *Elder Dempster & co. v Paterson Zochonis & co.*, si accettò ad esempio che, qualora nel contratto tra proprietario di un carico di merce e vettore fosse pattuita una clausola di esenzione di responsabilità per scorretto stivaggio del carico non solo a vantaggio del vettore, ma anche del proprietario della nave che questi aveva preso a nolo, il proprietario avrebbe potuto avvalersi di tale disposizione favorevole anche in giudizio¹³⁵.

¹³⁵ Non riuscendo a conciliare questa previsione con la *privity rule*, la si inquadrò come eccezione, denominata "principle of vicarious immunity". Cfr. TREITEL, cit., 54: "In the Court of Appeal, Scrutton LJ had approached this problem by creating a new exception to that doctrine, an exception which came later to be called the principle of vicarious immunity. This was that a servant or agent of a contracting party is entitled to the same exceptions and limitations, in performing the contract, as are available under it to his employer or principal. This reasoning received considerable support in the House of Lords". È interessante notare invece che, in un celebre caso del 1955 (*Adler v Dickson*), il principio venne invocato ma non fu applicato: la signora Adler, durante la fase di imbarco

Come si intuisce, consentire in queste dinamiche trilaterale che un terzo possa trarre un determinato vantaggio finisce con l'addossare le conseguenze negative di un evento dannoso in capo ad una delle parti del contratto.

Principalmente alla luce di questo problema, in una situazione simile (il caso *Scruttons Ltd. v Midland Silicones Ltd.* del 1962) si prese una decisione differente.

Si trattava di un caso in cui un vettore, la *United States Lines*, si era obbligato a consegnare al soggetto richiedente una partita di silicone, pattuendo (e inserendo nel documento di trasporto) che avrebbero avuto efficacia tra le parti le regole dello *United States Carriage of Goods by Sea Act*. Tale accordo internazionale, per mezzo delle *Hague Rules*, includeva una limitazione di responsabilità per il vettore ad un massimo di 500 \$ per singolo imballo. Quando però i lavoratori della società addetta allo scarico merci, cui la *United States Lines* aveva affidato le operazioni di scarico, danneggiarono il silicone, nell'azione loro intentata dal proprietario questi cercarono di avvalersi di quella limitazione di responsabilità stante il contenuto del contratto tra la società di scarico e la *United States Lines*, che

sulla nave *Himalaya*, patì un serio infortunio e, non potendo agire direttamente contro la compagnia di navigazione a causa delle clausole di esenzione di responsabilità contenute nelle condizioni generali del contratto di trasporto (un intervento regolatore in materia da parte del legislatore sarebbe arrivato solo qualche anno più tardi), agì per responsabilità extracontrattuale (*tort*) contro i membri dell'equipaggio. Questi chiesero, in base al principle of vicarious immunity, di potersi avvalere delle stesse clausole limitative del contratto di trasporto, stante il fatto che erano pur sempre dipendenti di una delle parti del contratto. In quel caso però prevalse (come ammesso dagli interpreti, anche per ragioni di giustizia sostanziale) l'esigenza di tutelare il soggetto danneggiato escludendo la vicarious immunity dall'ambito della responsabilità civile, affermandosi il principio per cui "no such doctrine as a vicarious immunity from liability for torts" (cfr. TREITEL, cit., 57).

recepiva e dava effetto alle limitazioni di responsabilità eventualmente contenute nei contratti tra vettore e proprietario.

In questo caso non si ritenne applicabile il principio espresso nel caso *Elder Dempster*, poiché non c'era un rapporto di agenzia/rappresentanza o intermediazione tra *United States Lines* e società di scarico, e – cosa più importante – era mancata nel contratto tra proprietario e vettore la volontà di estendere la clausola a terze parti come invece era accaduto nel caso *Elder Dempster*¹³⁶.

Va sottolineato, piuttosto, che nel tentativo di inserire nel sistema le eccezioni gli autori ricorrevano più a generiche motivazioni quali certezza e celerità dei traffici commerciali, senza però soffermarsi sul meccanismo giuridico che rendeva possibile questo risultato: in altre parole, guardando al fine senza curarsi del mezzo non era più chiaro a quale titolo o su quali basi ci si poteva avvalere di una tutela che andava oltre (se non contro) la *privity rule*.

Il caso forse più emblematico che ha messo a dura prova la *privity rule* resta però *Beswick v Beswick* del 1968.

La controversia giudiziale prende origine da un contratto stipulato nel marzo 1962 tra il signor Beswick, piccolo imprenditore nel settore del carbone, ed il nipote, che col tempo aveva affiancato lo zio nella conduzione dell'attività. In questo contratto, redatto da un avvocato di comune fiducia, il vecchio Beswick cedeva l'attività al nipote a fronte della propria

¹³⁶ Cfr. TREITEL, cit. 59 ss. Generalmente, quindi, c'è sempre stata unanimità sulla necessità che un contratto non possa esplicitare i propri effetti negativi vincolando i terzi: si veda emblematicamente anche il caso *Leigh & Silavan Ltd. v Aliakmon Shipping Co. Ltd. (The Aliakmon)* [1986] AC 785.

assunzione come lavoratore salariato fino alla sua morte e, dopo questa, del versamento di una rendita a favore della moglie nel caso ella gli fosse sopravvissuta. Nel contratto le parti si accordarono anche per l'accollo dei debiti nei confronti di alcuni creditori dell'azienda da parte del nipote dell'imprenditore.

Quando però il vecchio Beswick morì, e dopo un primo pagamento il nipote si rifiutò di corrispondere le ulteriori annualità (da pagarsi di settimana in settimana) alla sua vedova, questa si decise a fargli causa per l'adempimento del contratto.

Il nipote si difese eccependo che la signora Beswick non era parte del contratto, e pertanto non poteva invocarlo in giudizio in forza della *privity rule*.

Ciò che è interessante è che nell'azione giudiziale la vedova Beswick agì tanto *iure proprio* quanto in qualità di erede del patrimonio del defunto marito: mentre in primo grado le sue pretese vennero respinte, in appello la sentenza venne riformata accogliendo le argomentazioni della vedova e dando – seppur senza pieno accordo tra i giudici del collegio – specifiche argomentazioni quanto all'aspetto della legittimazione ad agire e di quale diritto azionato dalla donna fosse quello meritevole di tutela in giudizio¹³⁷.

¹³⁷ Cfr. TREITEL, cit., 84: "In the Court of Appeal Lord Denning MR upheld her claims on three grounds: (1) that she could sue at common law in her personal capacity; (2) that she could sue under section 56 of the Law of Property Act 1925 in her personal capacity; and (3) that she could in her capacity as administratrix (ie as representing Peter – *Beswick, il defunto marito, nda* -) obtain specific performance of the agreement against John [*il nipote del defunto, nda*]. Danckwerts LJ reached the same conclusion but on a narrower basis, holding that Ruth could sue in her personal capacity under section 56 (...) and that she could obtain specific performance in her capacity as administratrix; and Salmon LJ decided in her favour on the last ground only, ie that, as Peter's administratrix, Ruth could get an order of specific performance. The House of Lords affirmed the decision of the Court of Appeal on the ground given by

Il giudice Denning fu il più risoluto nel ribadire il personale convincimento (come in precedenti casi affrontati) che la donna potesse azionare la clausola di un contratto che le attribuiva un diritto pur non essendone parte¹³⁸: la House of Lords, in ultima istanza, respinse questo assunto, confermando la sentenza di secondo grado e quindi accordando ugualmente tutela alla donna ma in qualità di *administratrix* (ovvero colei che rappresentava gli interessi del defunto)¹³⁹.

Così facendo, venne formalmente salvaguardata la coerenza del sistema, pur essendo palese che si trattava di un sostanziale aggiramento del problema: perché non abbandonare complesse argomentazioni e riconoscere finalmente piena cittadinanza per il contratto a favore di terzi anche nel diritto britannico¹⁴⁰?

Salmon LJ, rejected the argument based on section 56 of the Law of Property Act, and did not find it necessary to express a concluded view on the question whether Ruth had a right of action in her personal capacity at common law, though the speeches seem to assume that she had no such right". Pur con tre differenti opinioni dei giudici di secondo grado relativamente al fondamento giuridico della domanda azionata dalla vedova Beswick, la House of Lords confermò la sentenza d'appello senza addentrarsi nella problematica della tipologia di azione che la donna avrebbe avuto nella giurisdizione di common law anziché in quella di *equity*, in cui pure come abbiamo visto l'inquadramento del diritto azionato era controverso.

¹³⁸ [1968], Ch. 538, p. 557 della sentenza: "Where a contract is made for the benefit of a third person who has a legitimate interest to enforce it, it can be enforced by the third person in the name of the contracting party or jointly with him or, if he refuses to join, by adding him as a defendant. In that sense and it is a very real sense, the third person has a right arising by way of contract".

¹³⁹ Per Treitel (cit., 85 ss.), sarebbe stato meglio in fase di redazione del contratto inserire la specifica possibilità per la signora Beswick di azionare la propria pretesa in giudizio (pur sapendo che una simile previsione ha assunto piena validità solo dopo il Contracts Act del 1999), oppure raggiungere il medesimo scopo istituendola beneficiaria di un *trust*: resta dubbio se ciò nel caso di specie non sia stato fatto per volontà delle parti oppure per la fretta di chiudere l'accordo senza curarsi delle questioni più tecniche.

¹⁴⁰ Non mancarono infatti, prima del 1999, ulteriori dure prese di posizioni contro la rigidità della *privity rule*. Tra le tante, si ricordano qui quelle del giudice

Come visto, questo risultato fu raggiunto con molti compromessi solo nel 1999 e grazie all'intervento del Parlamento, senza che la giurisprudenza riuscisse a superare autonomamente con un *overruling* lo stretto dettato della *privity rule*.

Invero, è opinione diffusa che l'Act abbia – più che rimodellato la *privity rule* – riequilibrato il rapporto tra questa e la *consideration*¹⁴¹, posto che i due concetti sono estremamente legati pur nella loro intrinseca diversità.

Il terzo che fa valere un diritto attribuitogli da un contratto di cui non è parte, infatti, in via generale non sopporta alcun sacrificio a fronte di questo vantaggio, ed è qui probabilmente il portato veramente innovativo della riforma atteso che il sacrificio sopportato dallo stipulante veniva considerato come irrilevante (vista – per la natura della *consideration* – la necessità che questo provenga direttamente dalla parte che si avvantaggia della prestazione).

2.5. (segue) *Le prospettive del diritto privato europeo*

Particolare interesse riveste l'analisi di come i giusprivatisti europei abbiano tentato di armonizzare le diversità in materia

Diplock nel caso *Swain v Law Society* [1983] 1 AC 598, 611 (in cui la *doctrine of privity* venne descritta come “an anachronistic shortcoming that has for many years been regarded as a reproach to English law”) e del giudice Steyn nel caso *Darlington BC v Wiltshier Northern Ltd* [1995] 1 WLR 68, 76, che ne parlò come di una “unjust rule” per la quale non c’era alcuna “doctrinal, logical or policy reason”. Lo stesso giudice Reid, facendo apertamente riferimento al Report redatto dalla Law Revision Committee nel 1937, invocò una decisa presa di posizione da parte della House of Lords per superare il temporeggiamento del Parlamento: “If one had to contemplate a further period of Parliamentary procrastination, this House might find it necessary to deal with the matter” (cfr. [1968] AC 58, 72).

¹⁴¹ Cfr. McKENDRICK, *Contract Law*, Palgrave, 2007, 143.

insite non solo tra sistemi (diritto continentale e diritto anglosassone) ma anche tra paese e paese nella redazione dapprima dei Principi di Diritto Contrattuale Europeo (PECL), e successivamente in quell'ambizioso progetto di complessivo *restatement* del diritto privato europeo che è il Draft Common Frame of Reference (DCFR).

Venendo ad una breve analisi delle fonti, è significativo che nei PECL sia stata adottata una formulazione che richiama quella contenuta nel *Contracts (Rights of third parties) Act*, trattandosi di due fonti normative coeve (la parte dei Principi che contiene la stipulazione a favore di terzo è stata revisionata nel 1998, un anno prima dell'emanazione dell'Act).

Infatti l'art. 6:110(1)¹⁴² accorda al terzo il diritto di esigere una prestazione contrattualmente pattuita tra due soggetti quando questo diritto all'azione sia espressamente attribuitogli dalle parti, o quando tale proposito possa essere ricavato dallo scopo del contratto o dalle circostanze del caso: anche in materia di diritto privato europeo quindi si fa leva sulla possibilità di una implicita attribuzione del diritto azionabile al terzo, anche se sarà

¹⁴² Così recita l'art. 6:110 (ex art. 2.115) – Stipulation in Favour of a Third Party: (1) A third party may require performance of a contractual obligation when its right to do so has been expressly agreed upon between the promisor and the promisee, or when such agreement is to be inferred from the purpose of the contract or the circumstances of the case. The third party need not be identified at the time the agreement is concluded.

(2) If the third party renounces the right to performance the right is treated as never having accrued to it.

(3) The promisee may by notice to the promisor deprive the third party of the right to performance unless: a) the third party has received notice from the promisee that the right has been made irrevocable, or b) the promisor or the promisee has received notice from the third party that the latter accepts the right".

Come si vede il punto 3 ricalca, in buona sostanza, la soluzione adottata dal legislatore italiano.

naturalmente rimandata alla fase di interpretazione dell'accordo ogni possibile problematica sul punto.

I principi espressi nel Draft, invece, approfondiscono maggiormente la tematica anzitutto chiarendo esplicitamente che il terzo può rifiutare il diritto/beneficio attribuitogli dalle parti, purché ciò avvenga entro un termine ragionevole a seguito della notificazione delle parti e – comunque – mai dopo un'accettazione implicita o esplicita dello stesso (art. 9:303(1)¹⁴³.

¹⁴³ Questi gli articoli del DCFR in materia di contratto a favore di terzi:

Section 3: Effect of stipulation in favour of a third party

II. – 9:301: Basic rules

- (1) The parties to a contract may, by the contract, confer a right or other benefit on a third party. The third party need not be in existence or identified at the time the contract is concluded.
- (2) The nature and content of the third party's right or benefit are determined by the contract and are subject to any conditions or other imitations under the contract.
- (3) The benefit conferred may take the form of an exclusion or limitation of the third party's liability to one of the contracting parties.

II. – 9:302: Rights, remedies and defences

Where one of the contracting parties is bound to render a performance to the third party under the contract, then, in the absence of provision to the contrary in the contract:

- (a) The third party has the same rights to performance and remedies for non-performance as if the contracting party was bound to render the performance under a binding unilateral undertaking in favour of the third party; and
- (b) The contracting party may assert against the third party all defences which the contracting party could assert against the other party to the contract.

II. – 9:303: Rejection or revocation of benefit

- (1) The third party may reject the right or benefit by notice to either of the contracting parties, if that is done without undue delay after being notified of the right or benefit and before it has been expressly or impliedly accepted. On such rejection, the right or benefit is treated as never having accrued to the third party.
- (2) The contracting parties may remove or modify the contractual term conferring the right or benefit if this is done before either of them has given the third party notice that the right or benefit has been conferred. The contract determines whether and by whom and in what circumstances the right or benefit can be revoked or modified after that time.

Mentre i PECL, all'art. 6:110(2), ponevano attenzione più alle conseguenze del rifiuto che erano tali da far ritenere il diritto come mai acquisito, nel Draft lo Study Group si è premurato di ribadire il diritto del terzo a rifiutare il beneficio, prima di chiarire quali siano gli effetti giuridici di questo rifiuto (che sono poi i medesimi, riprendendo anche nella dizione la stessa terminologia dei PECL).

Ciò probabilmente si spiega non solo con la pretesa di tendenziale completezza (anche concettuale) del Draft, ma soprattutto alla luce dei dichiarati valori di fondo che informano l'intero progetto, ovvero *freedom, security, justice ed efficiency*.

Attribuendo valore preminente in tutta l'opera all'autonomia privata, certe specificazioni nella parte dedicata agli effetti dei contratti per i terzi possono essere lette come un tentativo di circoscrivere quanto più possibile i confini del principio¹⁴⁴.

È però strano che nel testo finale non sia stato recepito uno dei principi affermati nel volume che raccoglie i lavori preparatori del Draft¹⁴⁵, in cui si dichiarava chiaramente la non

-
- (3) Even if the right or benefit conferred is by virtue of the contract revocable or subject to modification, the right to revoke or modify is lost if the parties have, or the party having the right to revoke or modify has, led the third party to believe that it is not revocable or subject to modification and if the third party has reasonably acted in reliance on it.

¹⁴⁴ Vd. AA.VV., *DCFR Full Edition*, cit., 624: "This is necessary because nobody has to accept an unwanted benefit". Da notare che ai sensi dell'art. II. – 9:303 (1) resta sempre possibile il rifiuto del diritto da parte del terzo, purché tuttavia questa manifestazione di volontà intervenga senza indebito ritardo. Ciò si ricollega all'esigenza di rendere edotto il terzo della stipulazione, incombente che necessariamente graverà sulle parti contraenti. Cionondimeno, si riafferma anche in questa sede la dinamica del rifiuto temporalmente delimitato, quindi inidoneo a produrre i suoi effetti (impeditivi) qualora intervenuto oltre un ragionevole lasso di tempo.

¹⁴⁵ Precisamente nei *Principes directeurs*, che costituiscono la prima parte del testo FAVARQUE-COSSON/MAZEAUD, WICKER/RACINE/SAUTONIE-

intaccabilità dei diritti e delle prerogative dei soggetti rimasti estranei ad un contratto.

Ciononostante il principio, pur escluso dal testo definitivo, è naturalmente rimasto un presupposto implicito dell'intera opera¹⁴⁶, e l'approccio infine prescelto ha posto attenzione più sulle sue eccezioni specialmente in materia di rappresentanza e contratto a favore di terzo.

Nel Draft la stipulazione in favore di terzi è stata recepita, confermando la scelta confluita precedentemente nei PECL¹⁴⁷; gli articoli in materia non coprono però i casi di *agency* o *trust*.

LAGUIONIE/BUJOLI, *Principes contractuels commun. Projet de cadre commun de référence*, Parigi, 2008. Questo il testo dell'articolo 0-102 (Respect for the freedom and rights of third parties): "Parties can contract only for themselves, unless otherwise provided. A contract can produce an effect only in so far as it does not result an infringement or unlawful modification of third party rights".

¹⁴⁶ Cfr. AA.VV., *DCFR Full Edition*, cit., 39: "The DCFR does not contain explicit provisions at such a general level on the relation of contracts to third parties. It takes it as self-evident that parties can contract only for themselves, unless otherwise provided, and that contracts, as a rule, regulate only the rights and obligations between the parties who conclude them. (...) So far as the attempted invasion of third party rights is concerned the DCFR takes the view that this will often be simply impossible to achieve by a contract, because of the content of other rules". Il concetto, anche nel testo, viene così considerato come imprescindibile per costruire un qualsiasi sistema di diritto contrattuale: al punto (forse un po' paradossale) che "non c'è alcun bisogno di una regola specifica per raggiungere questo risultato": "The parties to a contract could not, for example, effectively deprive another person of his or her property by simply contracting to this effect. There is no need for a special rule to achieve this result". Il tema può semmai rientrare nella categoria degli illeciti o, al più, nell'induzione all'inadempimento trattati in parti diverse del DCFR. Di contro, è principio condiviso (si vedano i *Principes directeurs*, agli artt. 0:201-0:204) che i terzi debbano rispettare la situazione giuridica venutasi a creare col contratto, a fronte della possibilità che questi ripongano un legittimo affidamento in questa situazione. Curiosamente, anche questo principio è rimasto unicamente nei lavori preparatori senza finire nel Draft, dal momento che si è scelto di far rientrare anche la lesione dell'affidamento dei terzi nell'ambito della responsabilità extracontrattuale.

¹⁴⁷ Cfr. AA.VV., *DCFR Full edition*, cit., 615: "All but a very few of the laws of the Member States now recognize that a contract may create rights in a third party beneficiary. Even English law (for long hostile to the idea of third party rights under contracts) did so in the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999". Nel commento agli articoli si chiarisce il convincimento che sia molto più efficiente

Tuttavia, anche per conciliare il più possibile i diversi sistemi giuridici nazionali si è scelto di lasciare ampio spazio all'autonomia privata, per esempio consentendo che siano le parti a decidere se il terzo acquisterà un beneficio o diritto direttamente azionabile in giudizio, e ad ogni modo senza che l'attribuzione di questo diritto possa di per sé sola essere considerata sufficiente per presumerne la natura di *enforceable right*¹⁴⁸.

Emblematica è la possibilità che il beneficio per il terzo consista nella limitazione di responsabilità nei confronti di una delle parti (art. II. - 9:301(3), assumendo i *contracts for the carriage of goods* come campo di applicazione tipica dell'istituto

consentire questo istituto anziché forzare le parti ad operazioni e passaggi contrattuali ulteriori (616): "The purpose of the stipulation in favour of the third party is often to avoid an additional transaction. If such stipulations were not legally possible, the contracting party who wishes to confer a benefit on the third party would have first to receive performance from the other and then perform to the third party; or would have to assign the right to performance to the third party". E ancora, non solo sull'efficienza ma anche sull'approccio liberale che anima questa scelta (p. 60): "The absence of any need for consideration or *causa* for the conclusion of an effective contract, the recognition that there can be binding unilateral undertakings and the recognition that contracts can confer rights on third parties all promote efficiency (and freedom) by making it easier for parties to achieve the legal results they want in the way they want without the need to resort to legal devices or distortions".

¹⁴⁸ Cfr. AA.VV., *DCFR Full edition*, cit., 617-618: "The nature and content of the third party's right or benefit are determined by the contract. In particular, it is the intention of the contracting parties as expressed or implied in the contract which determines whether the third party acquires a right which can be enforced by the third party against a contracting party. In some cases, the contract may make it clear that it is only the other contracting party, and not the third party, who has direct rights against the other contracting party. In other cases, this result may follow from the nature of the contract and the absence of any clear intention to give the third party direct rights (...). The governing principle is the autonomy of the contracting parties: it is up to them to shape the nature and content of the third party's benefit".

ed evocando l'oggetto del contendere del caso *Elder Dempster*¹⁴⁹.

3. *Le prerogative del terzo dal diritto alla prestazione al diritto (contrattuale) al risarcimento del danno: il contratto con effetti a protezione del terzo*

Rimane tuttora problematica la questione di quei contratti che producono invece come effetto l'obbligo di protezione nei confronti del terzo rispetto alla possibilità di subire un determinato danno.

In altre parole, c'è un'ampia area di confine tra contratto con effetti *inter partes* e contratto a favore di terzo nella quale rientrano tutta una serie di fenomeni in cui un terzo viene ricompreso in un'area di protezione del negozio (cosiddetta *Schutzbereich*) a cui pure è rimasto estraneo.

È il caso dei cosiddetti contratti con effetti protettivi verso i terzi, categoria elaborata dalla dottrina tedesca e in seguito introdotta anche in Italia¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Sul punto cfr. anche i principi UNIDROIT, precisamente all'art. 5.2.3: "The conferment of rights in the beneficiary includes the right to invoke a clause in the contract which excludes or limits the liability of the beneficiary".

¹⁵⁰ Cfr. anzitutto App. Roma, 30 marzo 1971, in *Foro padano*, 1972, I, 552 ss. e in seguito Cass. 22 novembre 1993 n. 11503, che ha inquadrato nella fattispecie l'ipotesi del contratto tra la partoriente e l'ente ospedaliero. La casistica si è ulteriormente ampliata nei decenni seguenti, e tutt'oggi le corti (anche di merito) tendono a far rientrare nello schema realtà fattuali via via più diversificate tra loro: cfr. da ultimo Trib. Avezzano, 2 gennaio 2017 (Est. Lupia), che ha ritenuto responsabile per inadempimento contrattuale verso il compratore l'ingegnere che rilasci al venditore un certificato energetico relativo ad un immobile che successivamente si riveli erroneo. Riporta il testo della sentenza: "Trova applicazione all'interno del nostro ordinamento giuridico la figura dei contratti con effetti protettivi nei confronti dei terzi, al cui interno vanno annoverate le fattispecie di cd. responsabilità da *status*. Ed infatti in esse si può rinvenire quell'interesse particolare del terzo, non equiparabile a quello dei restanti consociati, ma in vario modo correlato con quello del soggetto

Ad un primo sguardo, ciò che sembra distinguere questa ipotesi dal vero e proprio contratto a favore di terzo va ricercato nella volontà delle parti, che stipulano un determinato contratto senza l'intento di attribuire ad un terzo un diritto.

Ciò che si realizza è a ben vedere un risultato delle peculiarità dell'accordo, che ha come effetto (non necessariamente prioritario nell'assetto di interessi delle parti) di obbligare una parte a preservare la sfera giuridica di un soggetto che non è tuttavia parte del contratto stesso¹⁵¹.

Tuttavia, le criticità emergono e i confini si sfumano laddove l'inadempimento dell'obbligo di protezione costituisca la base giuridica di una pretesa direttamente azionabile dal terzo.

Terzo che quindi non acquista più il diritto alla prestazione principale come nel caso dell'art. 1411 c.c., bensì il diritto alla sua esecuzione in modalità tali da evitare danni a sé medesimo: o, per essere ancor più precisi, il solo diritto al risarcimento del danno subito a causa dell'inadempimento¹⁵².

professionista e con quello del terzo che con questi ha raggiunto l'accordo e che ha diritto alla prestazione”.

¹⁵¹ Cfr. MAGGIOLLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, I, 53: “Dalla prospettiva della volontà contrattuale espressamente o implicitamente manifestata dalle parti ci si allontana là dove si rilevi che queste, nella grande maggioranza dei casi, non prendono affatto in considerazione la posizione del terzo per accordargli una tutela risarcitoria assoggettata alle regole della responsabilità contrattuale. In particolare, la scelta di far leva sull'interpretazione del contratto si risolverebbe in una finzione: non esistendo alcuna lacuna del regolamento contrattuale, la volontà imputata alle parti sarebbe meramente ipotetica”.

¹⁵² Così BIANCA, cit., 571 ss. in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2014, Art. 1411, riporta l'esempio degli invitati ad una gita, soggetti protetti nei confronti dell'incaricato del trasporto a sua volta obbligato contrattualmente verso l'organizzatore della gita. Sul confine tra contratto a favore di terzo e contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, vedasi anche SACCO, *Il contratto a favore di terzo*, in *Obbligazioni e contratti, II*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, Torino 1997, 493: “La corrispondenza biunivoca fra ‘stipulazione a favore del terzo’ e ‘acquisto del

Che l'esecuzione di un'obbligazione comporti un generico pericolo di danno, anzitutto nella sfera giuridica del creditore, è fatto pacifico: la dottrina tedesca è tuttavia andata oltre, e ha concepito un fascio di obblighi di protezione che si affianca all'obbligazione (principale) di adempiere la prestazione correttamente¹⁵³.

Se si pensa che i soggetti mettono in gioco la propria sfera giuridica per mezzo dell'esercizio dell'autonomia privata che consente loro di stipulare un contratto, è più che naturale che sul piano degli effetti accresca la propria importanza anche la tutela della parte stessa.

Diverso però è affermare che a questo pericolo di danno possa essere esposto un terzo, e non nella semplice misura della soggezione agli effetti riflessi del contratto concluso *inter alios*: e, passo immediatamente successivo, che questo non solo sia possibile, ma che l'ordinamento preveda anche che il terzo sia

diritto da parte del terzo' è messa in crisi dalla figura, che ora prende piede nelle concezioni dei nostri interpreti, del contratto con effetti protettivi a favore del terzo (italianizzazione del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*), che implica, in caso di inadempimento del promittente, una ragione di danni concessa al terzo. Ma la presenza di questo contratto nel nostro sistema nulla toglie alla regola secondo cui il contratto a favore di terzi fa nascere un diritto soggettivo perfetto presso il favorito". Si veda anche MAGGIOLLO, cit., 40 ss.: "In quell'ambiente (quello tedesco, *nda*) si distingue infatti tra l'ipotesi tipica del contratto in cui il terzo è titolare del diritto alla prestazione (*Vertrag zugunsten Dritter*, § 328 BGB), e il contratto con effetto di protezione per il terzo (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*). Nel *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* il terzo è titolare non di una propria pretesa alla prestazione, ma del solo diritto di credito avente a oggetto il risarcimento dei danni subiti in occasione dell'esecuzione di un contratto di cui non è parte".

¹⁵³ Cfr. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, Monaco di Baviera, 1929, 5 ss. e in seguito ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht. I. – Allgemeiner Teil*⁸, I, Heidelberg, 1995, 107. In Italia, vedasi principalmente CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990. In ambito di common law, la maggioranza dei casi di obbligo di protezione violato nei confronti del terzo viene risolta in termini di *tort of negligence* (cfr. MAGGIOLLO, cit., 45, nota 29).

titolare di un'autonoma pretesa al risarcimento del danno subito¹⁵⁴.

Ciò, si badi, va ben oltre la tutela per il risarcimento del danno extracontrattuale cui eventualmente avrebbe diritto il terzo: la pretesa *de quo* è infatti di natura contrattuale, tale quindi da avvantaggiare il terzo sia per quanto riguarda l'onere della prova sia per il diverso e più lungo termine prescrizione.

È pur vero, come è stato efficacemente evidenziato¹⁵⁵, che la figura nata nel diritto tedesco si proponeva di rispondere ad esigenze di tutela del terzo che risultavano diverse dal nostro ordinamento: ovvero, qualificando come ausiliario il terzo che sia in particolare collegamento col creditore, il diritto tedesco consente una prova liberatoria piuttosto ampia per il debitore in ambito extracontrattuale (§ 831 BGB: l'assenza di colpa da parte del preponente) diversamente da quanto accade in ambito contrattuale, laddove non è contemplata alcuna prova liberatoria (§ 278 BGB).

Ciò detto, anche considerando che tali ragioni non giustificerebbero l'ingresso nel nostro ordinamento stante la sua diversità di disciplina, è tuttavia innegabile che l'istituto è entrato nel diritto vivente delle corti italiane garantendo al terzo quantomeno i due vantaggi già menzionati *supra*.

A ben vedere, nel bilanciamento degli interessi contrapposti la sfera giuridica che risulta maggiormente intaccata è certamente quella del debitore, il quale si ritrova vincolato al

¹⁵⁴ Generalmente si vede nel principio di buona fede (§ 242 BGB) il fondamento normativo per l'estensione di obblighi di protezione dalla sfera del debitore a quella dei terzi: così MAGGIOLLO, cit., 55.

¹⁵⁵ MAGGIOLLO, cit., 44.

dovere di comportarsi con cautela anche nei confronti di terzi, restando esposto alle pretese risarcitorie di questi che saranno azionabili secondo i ben più gravosi (per il debitore, s'intende) parametri delle azioni contrattuali.

Va chiarito che non di tutti i terzi si sta parlando, bensì di quel terzo che si trovi in una posizione "in qualche modo connessa a quella del creditore", quindi "coinvolto dal contatto sociale generato dall'obbligazione"¹⁵⁶.

Il beneficio che il terzo ricava è un diritto di natura eventuale, che sorgerà infatti al verificarsi del danno che l'inadempimento del debitore avrà causato: ben diverso quindi dal diritto alla prestazione ex art. 1411 c.c., che matura fin dal momento della stipulazione tra promittente e stipulante.

Qui il terzo nemmeno avrà bisogno di accettare un simile beneficio, potendo in seguito semplicemente rinunciare ad avvalersi di questa ulteriore tutela giudiziale della propria pretesa risarcitoria, e restando peraltro impregiudicata la possibilità di tutelarsi ex art. 2043 c.c.

Il terzo quindi non è tanto toccato dal contratto concluso *inter alios*, bensì da questo tutelato una volta preso atto della realtà fattuale in cui questo terzo è calato, quella che è connotata dall'anzidetto contatto sociale: è la situazione di fatto a coinvolgere il terzo, il contratto si limita ad accordargli

¹⁵⁶ MAGGILOLO, cit., 40. La delimitazione dei terzi protetti dal contratto concluso *inter alios* è un'esigenza che è stata via via sempre più avvertita onde caratterizzare la fattispecie e al tempo stesso circoscriverla entro confini certi. Per una casistica dei casi ritenuti all'interno del campo di applicazione dell'istituto, cfr. anche p. 42 ss. con particolare riguardo al contratto di trasporto, nel quale il novero dei soggetti protetti si amplia sensibilmente.

indirettamente una tutela aggiuntiva e migliore rispetto a quelle ordinariamente previste.

Quindi, mentre il diritto all'esecuzione di una prestazione può senz'altro arrecare vantaggi potenzialmente molto superiori rispetto ad un mero diritto al ripristino dello *status quo ante* al verificarsi di un danno¹⁵⁷, e proprio per questo un ruolo cruciale riveste l'accettazione del terzo, nel caso di contratto con effetti protettivi è sostanzialmente incongruente parlare di ingerenza *in melius*¹⁵⁸.

La pretesa azionabile è meramente risarcitoria, volta ad annullare gli effetti del danno subito¹⁵⁹, questo sì inquadrabile come ingerenza.

In altre parole, questo tipo di contratto pare sublimare lo stesso principio di relatività degli effetti del contratto, secondo una prospettiva che guarda alla tutela del terzo e che infatti spesso lascia la tematica al confine tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana, priva di una coerenza e

¹⁵⁷ E questo ricalca la distinzione tra prestazione "primaria" (il comportamento cui è tenuto il debitore nei riguardi del terzo nel caso dell'art. 1411 c.c.) e prestazione "secondaria" (avente ad oggetto il risarcimento dei danni): vd. MAGGIOLLO, cit., 52, nota 59.

¹⁵⁸ Sempre nella dottrina tedesca, Caemmerer ha considerato la figura come "un'ammissibile versione" del contratto a favore di terzo, ma appare preferibile l'obiezione (riportata da MAGGIOLLO, cit., 51) per cui mentre il contratto a favore di terzo altera la direzione soggettiva della prestazione dovuta, il contratto con effetti protettivi del terzo modifica la sfera di responsabilità del debitore, con ciò risultando ben segnata la delimitazione tra le due fattispecie.

¹⁵⁹ E anche in ambito di danno risarcibile (vedasi nota precedente) la dottrina ha nel tempo mutato il quadro delle categorie di danno passibili di risarcimento, aggiungendo anche la pura perdita patrimoniale al danno per la persona o la proprietà già contemplato fin dall'origine. Pure su questo, e sull'onere di provare i presupposti del diritto al risarcimento, il contratto con effetti protettivi dei terzi è stato costruito per adeguarsi a specifici parametri del diritto tedesco (vd. MAGGIOLLO, cit., 46).

unitarietà che pure la dottrina tedesca ha nel tempo vanamente cercato di ricostruire.

A maggior ragione si può parlare di gravosità nei riguardi del debitore se si arriva a concepire che il novero dei soggetti terzi che devono essere tutelati, lungi dal dover essere quantomeno ipotizzabile *ex ante* dal debitore stesso¹⁶⁰, possa anche arrivare a ricomprendere soggetti che sono in conflitto di interessi col creditore: è chiaro, spingendosi fino a questo punto, che il risultato paradossale è l'impossibilità per il debitore di rendersi diligentemente conto delle implicazioni concrete che il dovere di cautelare il creditore ed eventuali terzi comporta.

Considerando il fatto che, nel giudizio intentato dal terzo danneggiato, il debitore non potrà giovare del termine di prescrizione breve quinquennale e avrà anche l'onere di provare di aver adempiuto correttamente, l'ingresso ('postumo') del terzo nel rapporto contrattuale porta a un forte squilibrio a danno del debitore¹⁶¹.

¹⁶⁰ Il principio risponde a evidenti ragioni di tutela del debitore. È stato quindi coniugato in varie declinazioni, una delle più importanti resta quella che richiede un determinato interesse nel creditore alla protezione del terzo. Conoscibilità da parte del debitore ed eventuale assicurazione del rischio correlato sono aspetti trattati in specie da CAEMMERER, *Verträge zugunsten Dritter*, in *Festschrift für F. Wieacker*, Göttingen, 1978, 317 e GOTTWALD, *Münchener Kommentar zum BGB*, 2, *Schuldrecht I* (§ 241-432), *Anhang zu § 328. Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, Stuttgart-Berlin-Köln, 1990, 918.

¹⁶¹ Cfr. MAGGIOLLO, cit., 46: "Il contratto con effetto di protezione per il terzo, nei termini che emergono da quanto sinora detto, pone a carico del debitore uno specifico rischio, corrispondente alla possibilità di dover rispondere in via contrattuale per i danni verificatisi in capo non solo al creditore, ma anche a certi terzi". Anche CASTRONOVO, cit., 156 ss., ammette questa evenienza in ragione del principio costituzionale di solidarietà ma solo per i danni alla propria persona e ai propri beni, non per il mero danno patrimoniale. Il dovere di solidarietà è quindi ancora una volta motore dello scatto dal divieto di intangibilità al dovere di protezione (dal comando negativo *neminem laedere* al 'proattivo' obbligo di protezione). Sembrerebbe qui tuttavia ammissibile una clausola di limitazione della responsabilità verso il terzo, trattandosi di dinamica

Che questa sia una scelta dell'ordinamento anziché il frutto di un atto di autonomia delle parti è tanto più evidente nei casi in cui il terzo è in conflitto d'interessi col creditore¹⁶².

Va quindi definitivamente abbandonata ogni finzione che tenti di ricondurre alla volontà (anche implicita) delle parti l'effetto protettivo, prendendo atto che per ora è l'ordinamento a giudicare soddisfacente questo bilanciamento di interessi e questa ripartizione del rischio tra debitore e terzo¹⁶³.

4. *Contratti 'a danno di terzi'?*

Partendo dal principio di relatività degli effetti del contratto, si sono esaminate due tra le principali ipotesi in cui il terzo può trarre un beneficio da un regolamento contrattuale stipulato tra e da altre parti.

Quid iuris nei casi in cui invece il terzo subisca a causa di un contratto un'intromissione *in peius* nella propria sfera giuridica?

Avendo ben presente la definizione di effetto giuridico come modificazione della realtà giuridica che dipende dall'atto di

che rientra nel limite di quanto consentito alle parti e alla loro autonomia (e si noti la differente dinamica rispetto al *supra* citato caso *Scruttons Ltd. v Midland Silicones Ltd.*): cfr. MAGGIOLLO, cit., 56.

¹⁶² Il *leading case* in materia nella giurisprudenza tedesca è quello del terzo che intenda acquistare un immobile e concordi il prezzo sulla base di una stima che il venditore ha commissionato a un perito: è chiaro che in questa ipotesi il compratore è danneggiato da una compravendita conclusa ad un prezzo più elevato di quanto sarebbe il valore di mercato del bene, mentre il venditore (parte del contratto col perito) ha tutto l'interesse a che venga spuntato il prezzo della perizia piuttosto che quello reale. Il caso è quello deciso da BGH, 10 novembre 1994, in MAGGIOLLO, cit., 61-62.

¹⁶³ Del problema si avvede lo stesso Maggiolo (cit., 68): "Il discorso non vuole, evidentemente, rovesciare a favore del danneggiante il punto di equilibrio tra gli interessi in gioco. Esso ha la più limitata funzione di liberare la costruzione teorica dal preconcetto per cui il soggetto danneggiato deve comunque ricevere una tutela preferenziale".

autonomia privata¹⁶⁴, è corretto dire che tutti i terzi si trovano ad operare in una realtà giuridica diversa a seguito della stipulazione di un contratto, o tecnicamente soggiacciono agli effetti riflessi del negozio: questi effetti non originano direttamente dal contratto, ma più precisamente dagli effetti principali (*rectius* diretti) di questo, e restano indifferenti rispetto al programma negoziale perseguito dalle parti.

L'effetto diretto è invece quello voluto dalle parti, quello che racchiude la funzione stessa del contratto realizzata per il tramite dell'ordinamento¹⁶⁵.

Contratto a favore di terzi e contratto con effetti protettivi dei terzi consentono di tradurre in concreto parte di questo ragionamento, e di chiarire che certamente non di assoluta immodificabilità della propria sfera giuridica si può parlare nel nostro sistema.

Piuttosto, è più corretto delineare il canone di intangibilità diversamente: c'è un generale divieto di intromettersi nelle vicende altrui per mezzo di contratti che producano effetti *diretti* e *sfavorevoli*, da un lato; dall'altro, è ammesso che per i terzi si

¹⁶⁴ FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 12 ss.

¹⁶⁵ Cfr. ASTONE, *Contratto negozio regolamento – Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008, 242. Va ricordato che invece l'opponibilità è sempre e solo diretta nei confronti dei terzi. Sulla distinzione tra effetti diretti e riflessi, vedasi anche DONISI, cit., 86: "V'è modificazione diretta allorché questa sia imputabile direttamente ed immediatamente al negozio, riscontrando nello stesso la sua fattispecie; sì che la relazione causale (o condizionale) che con quest'ultima si instaura non potrà non atteggiarsi a relazione immediata. Si sarà in presenza di una modificazione riflessa, invece, nell'ipotesi in cui la medesima presenti con il negozio un legame causale (o condizionale) mediato, in quanto l'immediatezza fra i due termini (negozio – modificazione) è esclusa dalla presenza di un termine intermedio (modificazione diretta), al quale la prima direttamente si riallaccia, rinvenendo in questo la propria fattispecie".

producano effetti favorevoli, fatto salvo però il potere per i terzi stessi di rifiutare il beneficio¹⁶⁶.

Ne emerge un quadro in base al quale la relatività degli effetti del contratto va necessariamente interpretata non già come dogma, ma quale principio normativo che tende a vietare l'imposizione di effetti a carico di soggetti che sono rimasti estranei all'atto negoziale senza escludere tuttavia che certi effetti (*in primis* diretti) possano prodursi¹⁶⁷.

Generalmente, però, quale necessaria conseguenza dell'impronta liberale che connota il nostro sistema, al privato è dato di opporsi e reagire alla produzione di effetti sfavorevoli nella propria sfera giuridica, o impedendone la produzione o eliminando quanto già prodottosi¹⁶⁸.

Ciò premesso, da alcuni tipi normativi si possono trarre spunti per una riflessione che vada oltre questa asserzione, pur fondata, e si interroghi sulle ipotesi in cui le scelte dell'ordinamento vanno concretamente a discapito del volere del singolo¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Questa declinazione del principio si ritrova in ASTONE, cit., 247. Cfr. anche DONISI, cit., 86 ss. Si veda in tal senso anche GAZZONI, cit., 953: "Questa regola (la relatività degli effetti del contratto, *nda*) è la logica conseguenza del principio di libertà su cui poggia l'autonomia privata almeno in materia patrimoniale, ma va anche sottolineato come in realtà questo principio vada temperato (proprio perché vigente con riguardo ai patrimoni) con quello che fa divieto di intromettersi nell'altrui sfera giuridico-economica ove l'attività sia produttiva di effetti non incrementativi. Di qui la possibilità, teorizzata dalla dottrina moderna, di affermare la generale idoneità del negozio unilaterale a produrre effetti favorevoli nella sfera giuridica dell'oblato, salvo rifiuto".

¹⁶⁷ Si veda anche BARBA, *La rinuncia all'eredità*, Milano, 2008, 240.

¹⁶⁸ Cfr. BENEDETTI, cit., 218.

¹⁶⁹ Peculiare è il caso del patto di famiglia. L'introduzione della fattispecie, sia pure nell'ottica di dare solidità alla conduzione dell'azienda nel passaggio generazionale, lascia aperti numerosi interrogativi sulla relatività degli effetti del contratto. In specie, sono stati posti sotto la lente di ingrandimento gli effetti per i legittimari che non hanno partecipato al patto e il diritto alla *pars bonorum* in

È corretto parlare in alcune ipotesi di contratto 'a danno di terzi'¹⁷⁰?

5. Diritto concorsuale e principio maggioritario: alcuni spunti critici

In ambito di diritto della crisi d'impresa, tanto il concordato quanto l'accordo di ristrutturazione presentano delle caratteristiche comuni che vanno necessariamente poste in

natura degli stessi legittimari terzi, legalmente sostituito da un diritto di credito quantificato in base alla stima coeva al patto e non secondo la regola generale che guarda invece al tempo in cui si apre la successione. Sul punto, vedasi ampiamente CHECCHINI, *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2007, 297 ss.

¹⁷⁰ In questi termini si è espresso BELVEDERE, cit., che annota C. Appello Torino 14 giugno 1994. Il caso di specie vedeva alcuni istituti di credito opporsi avverso la sentenza che ammetteva alla amministrazione straordinaria (secondo i requisiti della l. 3 aprile 1979, n. 95: cd. "legge Prodi") una società che in realtà era riuscita a rientrare nella soglia dell'esposizione debitoria minima richiesta per l'accesso alla procedura grazie ad un accordo di delegazione tra questa e altra società del medesimo gruppo. Tale accordo era stato erroneamente inquadrato non già come delegazione, e in quanto tale con effetti che si producono solo tra le due società stipulanti, bensì (sia pure all'esito di un complesso e discutibile *iter* argomentativo) come contratto a favore di terzo, nel quale terze erano le banche che si sarebbero giovate di un debitore ulteriore rispetto a quello originario. L'autore si interroga sul significato del termine beneficio, posto che il contratto tra le società aveva portato (e anzi aveva come unico scopo, imponendo quindi delle riflessioni sulla sua liceità) all'ammissione all'amministrazione straordinaria in danno delle pretese creditorie delle banche: con ciò raggiungendo il paradosso di configurare un contratto a favore di terzo che – nei fatti – finiva col danneggiarlo (p. 3): "Andrebbe forse rivolto un pensiero a che cosa siamo disposti ad accettare come un 'favore', un 'vantaggio', un 'beneficio' del terzo. Si dice comunemente che per l'applicazione dell'art. 1411 non sia sufficiente un beneficio economico del terzo, richiedendosi invece un vantaggio sul piano giuridico, cioè l'acquisto di un diritto da parte sua. Si tratta però di vedere se il problema si esaurisca in questa prospettiva giuridico-formale, vale a dire se, una volta constatato l'acquisto di un diritto, sia irrilevante il contesto in cui questa vicenda si svolge, e la connessa eventualità che all'acquisto si accompagnino per il terzo conseguenze dannose sul piano economico (od anche sullo stesso piano giuridico, qualora la titolarità del diritto così acquisito determini la soggezione del terzo a norme sfavorevoli)".

relazione con la regola dell'efficacia di un contratto nei confronti dei terzi.

Partendo infatti da una condizione in cui vi è un credito nei confronti dell'impresa che ricorre ad una di queste due procedure straordinarie, la posizione del singolo creditore può risultare notevolmente intaccata dalla conclusione di un accordo tra debitore e altri creditori che, a volte anche in base al rispetto di una specifica soglia maggioritaria, sarà idoneo ad incidere sui rapporti tra debitore e creditori dissenzienti¹⁷¹.

Con particolare riguardo all'accordo di ristrutturazione, figura che più interessa in questa sede, si ricorda che l'omologazione dell'accordo comporta una moratoria nel pagamento dei creditori estranei, e dalla data di pubblicazione dell'accordo stesso scatta il divieto di agire esecutivamente sul patrimonio del debitore; questo ovviamente senza tacere della mancata esperibilità della revocatoria fallimentare quanto ai pagamenti effettuati in ossequio agli obblighi confluiti nell'accordo.

¹⁷¹ Cfr. in proposito i due preziosi contributi di FERRI JR. *L'attività di liquidazione tra negozio e procedimento*, in *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, a cura di Parente-Ruggeri, Napoli, 2014, 33 ss., e *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, IV, 2/2015, 371 ss. Sull'idoneità degli accordi di ristrutturazione ad incidere sulla sfera giuridica dei terzi si vedano FOLLIERI, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel 'prisma' del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2015, 4-5 1099 ss., SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, l. fall.)*, in *Contratto e impresa*, 2011, 9 ss., e GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2006, 433 ss., in specie con spirito critico p. 445, laddove si esclude che l'efficacia dell'accordo ex art. 182 bis L.F. possa "estendersi al di là della cerchia delle parti che l'hanno sottoscritto, così che qualsiasi effetto da esso derivante che avesse come risultato quello di reprimere o svilire, sia l'entità, sia il tempo di adempimento del credito dei non aderenti, non potrebbe che qualificarsi come atto in danno del creditore estraneo e come tale essere giuridicamente trattato".

Posto che le procedure concorsuali in questione possono configurarsi a seconda dei casi come fattispecie negoziali oppure strettamente procedimentali, è forse corretto dire che nessuna di quelle in parola è definibile *tout court* come atto di autonomia negoziale, piuttosto che atto che scaturisce da una determinata serie di passaggi consequenzialmente legati dal rispetto di una specifica normativa che risponde anche ad interessi di carattere pubblicistico¹⁷².

Ed è importante ribadirlo nella misura in cui si è prospettato di risolvere le contraddizioni tra disciplina generale del contratto e figure *de quo* richiamandosi alla natura non contrattuale (o perlomeno non esclusivamente tale) di queste ultime¹⁷³.

¹⁷² Cfr. FERRI JR., *L'attività di liquidazione tra negozio e procedimento*, cit., 36: "Il procedimento assume il valore, tecnicamente definibile come organizzativo, di strumento di etero-regolamentazione di interessi collettivi, siano essi pubblici, e dunque riferibili alla generalità dei consociati, e quindi indisponibili, o privati, relativi cioè ad una specifica collettività, e come tali anch'essi bensì indisponibili, ma solo da parte dei singoli individui che ne fanno parte, non anche dalla loro collettività".

¹⁷³ Per un'analisi della distinzione tra effetti dell'accordo puro e semplice ed effetti che si producono a seguito del procedimento giudiziale che porta all'omologazione, cfr. FOLLIERI, ult. cit., 1124 ss. Tuttavia, per quanto suggestivo appaia distinguere tra effetti, non pare potersi dubitare che parte essenziale del procedimento che porta all'effetto sfavorevole per il terzo resti pur sempre un accordo, un contratto che è condizione necessaria – insieme all'omologazione, certo – per disporre anche della sfera giuridica del terzo. E peraltro questa distinzione sfuma nella nuova ipotesi dell'art. 182 *septies* L.F., su cui *infra* nel presente lavoro: cfr. FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, in *Contratti*, 2015, 12, 1170: "Nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari diventa così difficilmente predicabile l'insussistenza di un problema di efficacia del vincolo contrattuale verso i terzi, giacché, a rigore, è improprio ritenere che gli effetti prodotti dall'accordo nei confronti dei non aderenti derivino direttamente dalla previsione di legge, che attribuisce alla fattispecie procedimentale, composta dal negozio di ristrutturazione cui si aggiunge l'omologazione, il ruolo di 'fonte di produzione' di quegli effetti".

Non c'è dubbio che determinate soluzioni prescelte dal legislatore vadano perciò nella direzione di soddisfare perlomeno alcuni interessi privati, in una situazione in cui la crisi dell'impresa è potenzialmente in grado di lasciare insoddisfatti tutti i creditori della stessa.

In questo, non diversa è la nuova possibilità in materia di accordi di ristrutturazione prevista dal legislatore italiano con il D.L. n. 83/2015 (convertito con L. n. 132/2015) che ha introdotto l'art. 182 *septies* nella legge fallimentare: la nuova normativa consente di rendere vincolanti gli accordi di ristrutturazione tra debitore e banche/intermediari finanziari anche per quegli istituti che non abbiano aderito all'accordo, sempre che siano stati tempestivamente notiziati dell'avvio della procedura e messi nella condizione di prendervi parte fattivamente¹⁷⁴.

Si tratta invero di una fattispecie particolare, delimitata principalmente nell'ambito di applicazione soggettivo e rivolta quindi a crediti vantati solo da una determinata categoria di creditori (gli istituti bancari e gli intermediari finanziari, appunto).

È altresì prevista una serie di soglie al ricorrere delle quali è possibile accedere alla procedura (principalmente, incidenza del debito verso tali creditori sul debito complessivo, soglia

¹⁷⁴ Così recita l'art. 182 *septies* L.F.: "Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'articolo 182-*bis*, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari". L'istituto ricalca con sostanziose similitudini lo *Scheme of Arrangement* del diritto inglese previsto dal *Companies Act* del 2006 (Part 26, sections 895-901 CA). Per un'analisi critica della novella legislativa, vedasi FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, cit., 1164 ss.

minima di valore del debito da raggiungere all'interno della categoria per vincolare i non aderenti etc.)¹⁷⁵.

È pur vero che l'omologazione giudiziale rende in questa sede possibile un vaglio del giudice sulla possibilità di una diversa e migliore soddisfazione dei creditori non aderenti qualora fossero adottate procedure alternative, ed è anche possibile l'opposizione dei terzi entro 30 giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata (art. 182 *septies* comma 6).

Ma a prescindere da questo duplice ordine di tutele per i creditori terzi, è comunque significativo che sia stata esplicitata nella normativa che la fattispecie deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c., rendendola quindi eccezionale rispetto alle regole generali che disciplinano l'efficacia del contratto nel nostro ordinamento.

Non va infatti dimenticato che è lo stesso art. 1372, comma 2, c.c. ad ammettere che “nei casi previsti dalla legge” il contratto può produrre effetto rispetto ai terzi: disposizione cui idealmente si ricollega l'art. 182 *septies* L.F.¹⁷⁶

È chiaro che laddove non sia possibile accordare piena tutela a interessi individuali e collettivi contemporaneamente, l'incisione della sfera giuridica di terzi può essere consentita solo

¹⁷⁵ È il debitore stesso a suddividere i creditori intermediari finanziari/istituti di credito in categorie con posizione giuridica e interessi economici che siano omogenei. La suddivisione è quindi prodromica ad estendere l'efficacia dell'accordo, sempre che il debitore ne faccia apposita istanza nel ricorso.

¹⁷⁶ Quanto all'effetto della moratoria nel pagamento dei creditori rimasti estranei all'accordo, chiarisce FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, cit., 1167, che “in questo senso, il legislatore, con la deroga introdotta al principio generale di intangibilità del terzo, ha ritenuto nella specie meritevole di maggiore tutela l'interesse ad agevolare ulteriormente la soluzione alternativa alla crisi d'impresa rispetto al tempestivo adempimento al creditore non aderente”.

da un particolare potere che viene accordato dal procedimento alle parti tutte in causa: e anche in ciò sta la ragione della tendenziale indisponibilità della relativa disciplina¹⁷⁷.

In questa prospettiva, data anche la volontà dell'ordinamento di porre regole ben precise per l'eventualità di una crisi nel mercato, è sempre difficile separare nettamente il singolo diritto soggettivo di un debitore dal generale fascio di obbligazioni che gravano sull'impresa debitrice¹⁷⁸.

Il patrimonio dell'impresa costituisce infatti la garanzia generica comune delle pretese di tutti i creditori, ed è quindi in un certo senso naturale una fitta interrelazione tra tutte le pretese e le posizioni dei diversi soggetti che vantino un credito verso l'impresa stessa: a maggior ragione se, come accade in sede di concordato, la valutazione del patrimonio dell'impresa operata dai creditori porta ad attribuire a quest'ultimo un valore soggettivo, diverso dal reale valore di mercato dei beni che lo compongono.

¹⁷⁷ Così FERRI JR, ult. cit., 37. Cfr. anche FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, cit., 1171: "Il legislatore (...) delega ai privati anche il perseguimento di interessi generali quali, nella specie, il salvataggio e la conservazione dell'impresa che versi in uno stato di crisi determinato da una rilevante esposizione debitoria verso il ceto bancario. È pertanto chiara la *ratio legis*: favorire la soluzione della crisi consentendo l'estensione soggettiva *ultra vires* degli effetti derivanti da un negozio (...) il cui contenuto è stato determinato dal debitore e da alcuni soltanto degli intermediari finanziari". L'autore suggerisce (nota 33) che questa imposizione a terzi di regole eterodeterminate possa essere spiegata alla luce del fatto che spesso "è proprio l'indebitamento verso gli istituti di credito a costituire ragione ostativa ad una positiva riuscita del salvataggio di un'impresa perseguito con strumenti convenzionali".

¹⁷⁸ Sempre FERRI JR., ult. cit., 39: "L'adozione di una prospettiva collettiva risulta invece necessaria tutte le volte in cui si intenda regolare la destinazione del valore complessivo del patrimonio, dando attuazione a regole dirette a prevedere un determinato ordine di distribuzione di tale valore tra soggetti, o, meglio, tra classi di soggetti tra loro diversi".

Lo strumento attraverso cui l'ordinamento accorda tali poteri, che travalicano i limiti ordinariamente posti all'autonomia privata, è appunto il principio maggioritario che per definizione è incompatibile con l'interesse prettamente individuale, e anzi idoneo a superarlo e con esso a escludere la stessa regola dell'efficacia relativa degli effetti del negozio¹⁷⁹.

Infatti, poiché le procedure concorsuali nascono per agevolare il più possibile il raggiungimento di un accordo che soddisfi la maggior parte dei creditori dell'impresa, non è più possibile per il sistema riconoscere un veto a ciascun creditore in relazione alla propria pretesa¹⁸⁰.

¹⁷⁹ FERRI JR., ult. cit., 41 ss., parla del concordato come 'accordo procedimentale' o 'procedimentalizzato', e nell'altro contributo citato come 'meccanismo di negoziazione collettiva' (p. 381). Da notare che in molti casi l'interesse individuale risulta valorizzato solo qualora il creditore *de quo* appartenga, indipendentemente dal valore del credito, ad una classe dissenziente nelle procedure in cui è prevista la suddivisione in classi delle varie categorie di creditori. Cfr. FERRI JR., *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, cit., 374 e *infra*: "Si tratta, insomma, di un interesse che non assume mai la forma di un vero e proprio diritto individuale, come tale intangibile dalla maggioranza, configurandosi, al contrario, in termini di una prerogativa tipicamente collettiva, soggetta cioè al principio maggioritario, e della quale dunque la maggioranza dei creditori può disporre, anche se in termini a seconda dei casi tra loro diversi (...) dal momento che nell'ambito della singola classe di appartenenza si tratta della maggioranza semplice, mentre, per quanto in particolare riguarda il concordato preventivo, a venire a tal fine in considerazione è una maggioranza (sensibilmente) rafforzata, pari cioè a più dell'ottanta per cento dell'intero complesso dei creditori ammessi al voto". E anzi molto spesso l'appartenenza ad una classe accorda un interesse a conseguire il valore assicurato dal rango del credito, tale per cui chi può disporre non è il titolare bensì la maggioranza dei crediti della medesima categoria. Va pure ricordato che il principio maggioritario trova comunque un limite (individuale) nella misura in cui il titolare di un credito assistito da una causa di prelazione non può vedersi riconosciuta una somma inferiore al valore del bene vincolato. Ciò che invece la maggioranza può fare (*ibid.*) è "prevedere, almeno tra i creditori chirografari e, più in generale, tra quelli sottoposti alla medesima regola di distribuzione dell'attivo (...) trattamenti tra loro differenziati: tali cioè da condurre ad una suddivisione non proporzionale del complessivo valore che, in sede di liquidazione, sarebbe loro spettato".

¹⁸⁰ Così sempre FERRI JR. in *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, cit., 381 ss., che aggiunge: "Anzi

Pertanto, da un lato si rafforza il potere collettivo (ma pur sempre privato) della maggioranza dei creditori, dall'altro si pone come generale contrappeso il potere/dovere del tribunale di vigilare sul rispetto della normativa specie per tramite dell'omologazione dell'accordo raggiunto dai creditori maggioritari.

Ma vi è di più.

Il controllo dell'organo giurisdizionale non va pressoché mai nella direzione di realizzare un interesse pubblico e generale (tale non è la mera verifica del rispetto dei requisiti prescritti dalla legge), bensì interviene per assicurare il rispetto di regole che tutelano interessi collettivi ma pur sempre privati.

Quindi, ciò che giustifica il sacrificio dell'interesse individuale quando prevale il meccanismo maggioritario è la partecipazione stessa (effettiva o perlomeno possibile¹⁸¹) del soggetto al procedimento di voto, non già una legittimazione in tal senso da parte della legge o della fantomatica 'volontà della maggioranza'.

si finirebbe per riconoscere a ciascun creditore non privilegiato una sorta di anacronistico, per certi versi logicamente contraddittorio, pegno 'irregolare' (non già collettivo, ma addirittura) individuale su una porzione del patrimonio del debitore".

¹⁸¹ E invero, il silenzio in ambito negoziale è quasi sempre inidoneo a rappresentare una manifestazione di consenso, mentre in queste procedure (così come in altre informate dal principio maggioritario) ciò che conta è che il soggetto sia stato posto nella condizione giuridica e di fatto di poter esprimere il proprio voto, non rilevando la sua scelta di non avvalersi di questo suo diritto ai fini del prodursi degli effetti previsti dall'accordo concluso dalla maggioranza dei creditori. Sul silenzio in ambito negoziale, interessante soprattutto TAFARO, *Forniture non richieste: valore negoziale del silenzio e procedimenti formativi del contratto*, in *Rivista del notariato*, 2008, 6, 619 ss.

Non dissimile è la dinamica che ricorre nella situazione di contitolarità nei diritti reali, e precipuamente nella comunione e nel condominio negli edifici¹⁸².

Le deliberazioni¹⁸³ prese in questo ambito da un numero di volontà individuali sufficienti a raggiungere e oltrepassare la soglia maggioritaria divengono – se rispettose delle procedure legalmente e/o contrattualmente poste – automaticamente espressione della volontà di una collettività, tale quindi da imporsi anche sul soggetto dissenziente: ma, chiaramente, la volontà collettiva assume la sua forza giuridica solo perché (e anzi proprio perché) della sua formazione costituiscono parte integrante le manifestazioni contrarie alla posizione in seguito affermatasi come prevalente¹⁸⁴.

¹⁸² Per GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007, 56 ss. nel diritto romano la comproprietà di un bene doveva pur sempre garantire che il diritto di ciascuno potesse coesistere con quello degli altri. A questa esigenza provvedevano da un lato il principio dell'unanimità nelle decisioni (per dirla con Papiniano, D. 10, 3, 28: *in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse*) e dall'altro l'obbligo per ogni condomino che volesse assumere un'iniziativa di darne previo avviso agli altri condomini. Si badi che "nulla contava che la *prohibitio* del singolo fosse capricciosa o nociva alla cosa comune: il *dominium* era, per definizione, *ius abutendi*, oltre che *ius utendi*". In altre parole, l'individuo restava "signore incontrastato della propria posizione giuridica, intangibile senza il suo consenso" (cit., 59).

¹⁸³ Sottolinea sempre Galgano (cit., 190) il ricorrere del termine 'deliberazione' nel codice civile tanto in materia di comunione (art. 1105 comma 2) quanto di diritto della crisi d'impresa (artt. 127 L.F. e 177 ss. L.F., in tema di concordato fallimentare e concordato preventivo).

¹⁸⁴ Così GALGANO (cit., 191 ss.): "Al modo di formazione della deliberazione, il metodo collegiale o di assemblea, si attribuisce la virtù di trasformare una pluralità di dichiarazioni individuali (...) in una nuova unitaria volontà (...). Al metodo collegiale si attribuisce così la funzione di attuare un'integrazione e un'influenza reciproca delle volontà individuali, di privare di rilevanza autonoma le dichiarazioni individuali, e perciò, di eliminare 'l'eterogeneità di contenuto di alcune di esse': inserendo la stessa minoranza nel processo formativo della deliberazione, fa sì che la volontà della maggioranza diventi 'volontà del collegio', riferibile anche ai dissenzienti". In questa concezione carica di suggestione per il mito che crea della volontà collettiva, è lecito ricordare le

Basta però che non si cada nella tentazione di voler in ogni caso ricondurre alla volontà del singolo dissenziente anche la decisione adottata dalla maggioranza sol perché il soggetto ha comunque – col suo voto – contribuito a formare la volontà dell'assemblea¹⁸⁵.

È invero non dimostrato che l'adozione del meccanismo maggioritario sia l'unico e solo sistema che un ordinamento potrebbe concepire al fine di contemperare e comporre interessi privati confliggenti in una situazione che impone pur sempre di arrivare ad una soluzione, per garantire l'amministrazione del bene comune e paralizzare il potenziale veto di ciascuno degli interessati.

Il principio maggioritario resta quindi di per sé in aperto contrasto col sistema del diritto privato¹⁸⁶.

parole di Hayek: "Il solo fatto che la maggioranza voglia qualcosa non basta per considerare buono ciò che essa vuole" (HAYEK, *La società libera*, Firenze, 1969, 127 ss.). Si richiama peraltro la ben nota distinzione tra voto del singolo e deliberazione dell'assemblea, con la specificazione che "si parla della deliberazione come di una dichiarazione di volontà ulteriore rispetto ai voti che sono concorsi a formarla, ossia come della 'volontà della società'" (GALGANO, *ibid.*).

¹⁸⁵ Cfr. GALGANO, cit., 192: "La deliberazione è quantitativamente, e non qualitativamente, diversa dai voti che concorrono a formarla". Non bisogna lasciarsi sedurre da suggestioni filosofiche o linguistiche: il metodo assembleare tutela sì le minoranze, ma solo nella misura in cui garantisce che ciascuno abbia diritto di far valere nella votazione la propria volontà, non perché omologa le loro opinioni a quella prevalente per mezzo del voto.

¹⁸⁶ Chiarisce icasticamente ancora Galgano l'esigenza di giustificare il principio di maggioranza: "La teoria dell'atto collegiale assolve la funzione di ricondurre questo principio (quello di maggioranza, *nda*), siccome contrastante con il sistema del diritto privato, retto dall'autonomia del singolo, al principio di unanimità, assunto come coesenziale a questo sistema; assolve, anche oltre l'ambito del diritto privato, la funzione di neutralizzare, sotto la formula della 'volontà collettiva' o 'unitaria' del collegio, l'esistenza di voti di dissenso" (cit. 191). Per BARASSI, *Il principio maggioritario nel diritto privato*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, 94, il principio confligge con la nozione di autonomia privata in quanto impone "la subordinazione dei singoli ai più".

Tuttavia, è pur vero che il principio di maggioranza trova per necessità una larga applicazione nelle assemblee e collettività di ogni tipo, da quelle condominiali a quelle societarie: la legge interviene solo nel tracciare i limiti e i confini all'interno del quale il meccanismo maggioritario dovrà operare (per esempio, si pensi *ex multis* agli artt. 1120, 1121 e 1136 c.c.).

In questa sede si è ritenuto di affrontare unicamente le ipotesi offerte dal diritto della crisi d'impresa, poiché sono le uniche in cui non è davvero possibile leggere una sottomissione volontaria del soggetto (il creditore) al principio stesso, che invece interviene solo in seguito per regolamentare i rapporti all'interno di una categoria – quella appunto dei creditori – che viene artificiosamente creata unicamente in base al rapporto che lega ciascuno al debitore, e non in forza di un elemento che accomuna tra loro i creditori.

Diverso, almeno in linea di principio, il caso delle altre collettività di soggetti, per le quali è dato di rinvenire un minimo elemento volontaristico nella decisione di appartenenza o almeno nella possibilità di sottrarsi alla collettività stessa.

Ciò ben tenendo a mente un avvertimento di carattere metodologico: non sempre si può ritenere che il soggetto scelga di trovarsi in una situazione in cui il principio maggioritario è l'unico che può essere concretamente adottato, poiché non sempre si sceglie direttamente di essere condomini, non sempre – si pensi alle comunioni ereditarie che pur insistono su singoli

beni dopo la divisione dell'eredità – si sceglie di essere contitolari di un diritto¹⁸⁷.

E probabilmente è proprio nelle collettività per così dire 'forzose' (di cui è esempio il ceto creditorio nella crisi dell'impresa) che il principio perde il fondamento nella libera determinazione dei singoli, per diventare nuovamente strumento necessitato al fine di garantire certezza al traffico giuridico: ma non per questo si può cancellare un'ingerenza a tutti gli effetti, che porta il singolo a dover sopportare conseguenze che questi non ha accettato nemmeno indirettamente, non avendo potuto esprimere una propria volontà di divenire o restare parte di quella collettività.

Si accetti quindi che, pur con tutte le discrasie del sistema, questa soluzione resta attualmente la migliore (*rectius* il male minore) che gli ordinamenti hanno sviluppato nel tempo per accettare il sacrificio della libertà individuale e della piena signoria di ciascuno sulla propria sfera giuridica: un

¹⁸⁷ Così anche GALGANO, cit., 203, che enuncia contestandolo l'argomento della subordinazione dei singoli alla loro stessa autonomia, precedentemente esercitata in un atto giuridicamente vincolante: "Una simile giustificazione (...) se può valere per società, associazioni, consorzi, e se può altresì valere per la comunione volontaria, non vale per la comunione incidentale, della quale si entra a far parte in quanto coeredi, indipendentemente da un proprio atto di volontà; né vale, per la medesima ragione, riguardo alla comunione forzata del condominio negli edifici (...). Solo con molto sforzo si potrebbe ravvisare anche in queste ultime fattispecie un atto di preventiva sottomissione del singolo alla volontà della maggioranza, implicita nell'accettazione di una eredità devoluta a una pluralità di eredi, oppure nel fatto stesso dell'aver acquistato un appartamento situato in un condominio". L'autore chiarisce tuttavia che nessuna finzione può ricondurre entro questi parametri concettuali anche il caso del concordato fallimentare e del concordato preventivo: infatti "qui si è in presenza di un contratto, che interviene tra il fallito o il debitore insolvente da un lato e i suoi creditori dall'altro; ma costoro non lo concludono con volontà unanime (...) bensì a maggioranza, sicché al contratto restano vincolati anche i creditori che non lo hanno voluto, se rimasti in minoranza".

bilanciamento, che legittima e anzi presuppone l'accantonamento dell'interlimitazione tra le sfere patrimoniali in ragione dell'efficienza dei traffici.

E ciò che giustifica l'adozione del principio maggioritario in deroga al valore dell'autonomia privata è, come è stato autorevolmente sostenuto, il dato oggettivo della "comunanza di interessi in cui più persone versano"¹⁸⁸, voluta o meno.

In altre parole, questa è la via tuttora migliore e preferibile per garantire la pace sociale, autorizzando vere e proprie procedure di 'contrattualizzazione' della volontà comune nei gruppi sociali uniti dalla comunanza della titolarità di un diritto o di una situazione giuridica soggettiva.

Unico strumento logico per temperare questo sistema con la tutela rafforzata di determinate posizioni soggettive resta solo la normativizzazione di un'eccezione, così come accade nel caso dei creditori privilegiati nelle procedure concorsuali, i quali non restano vincolati al principio maggioritario (né quindi agli accordi che pregiudichino le loro ragioni) e si pongono anzi al di fuori degli stessi meccanismi di voto, conservando pertanto il diritto alla piena soddisfazione del proprio credito.

Ma ciò è pur sempre, lo si ripete, la traduzione di una gerarchia tra prerogative dei privati che l'ordinamento ha stabilito di adottare.

¹⁸⁸ GALGANO, cit., 204. E ancora: "Questo è il presupposto di applicazione del principio di maggioranza nel diritto privato; ma è, al tempo stesso, il limite della sua applicazione: dove manca quella obiettiva convergenza di interessi l'autonomia dei singoli resta inviolabile, e nessuno può subire alterazioni della propria sfera giuridica indipendentemente dal concorso della propria volontà".

6. *Il negozio unilaterale e il contratto con obbligazioni del solo proponente*

Come noto, le norme che regolano i contratti si osservano in quanto compatibili anche per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale (art. 1324 c.c.).

Tra le norme richiamate, si ritiene vi sia anche l'art. 1322 c.c. che lascia ai soggetti la libertà di esplicitare o meno un'attività negoziale, e – qualora la esercitino – la libertà di determinarne il contenuto sia pure entro i limiti fissati dall'ordinamento.

Va da sé che l'atto giuridico unilaterale sia di per sé stesso destinato a produrre effetti (se arriverà a poterli produrre) nella sfera giuridica di un soggetto che non avrà partecipato alla formazione dell'atto stesso¹⁸⁹.

In altre parole, un negozio unilaterale tocca per definizione le sfere giuridiche altrui.

Tuttavia, il fatto stesso che l'ordinamento lo preveda e disciplini è un'ulteriore dimostrazione del fatto che non si può parlare di assoluta indipendenza o immodificabilità tra sfere giuridiche¹⁹⁰.

A testimonianza della diffidenza che circonda il negozio unilaterale, autorevole dottrina ha elaborato la tesi per cui la tipicità di questi negozi è il limite giuridicamente posto dall'ordinamento a tutela della sfera giuridica altrui¹⁹¹.

¹⁸⁹ Anche per questo, il rifiuto del terzo va inteso come onere: vedasi BENEDETTI, cit., 165: "Operandosi l'acquisto senza l'accettazione, la possibilità di rifiutare riconosciuta al destinatario, con la quale si garantisce la sua libertà di scelta, è da configurarsi come onere".

¹⁹⁰ Anche qui è stato efficacemente sottolineato che la disciplina dei negozi unilaterali consente di pensare alle esigenze non già di intangibilità della sfera giuridica altrui, bensì di protezione della sfera stessa (cfr. DONISI, cit., 133 ss.).

¹⁹¹ Così vedasi *ex multis* GAZZONI, cit., 870. Cfr. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli atti unilaterali*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1957, I, 275: "L'atto

L'art. 1333 c.c.¹⁹² è probabilmente la fattispecie più interessante da esaminare: come noto, pur essendo gratuiti in quanto prevedono sacrificio economico di una sola parte (il proponente), questi contratti implicano notevoli criticità vista la peculiare formula descritta dal legislatore per la loro conclusione.

Infatti, seppur trattandosi di contratti che non comportano alcun onere per il soggetto cui si rivolge la proposta dell'oblato¹⁹³, nondimeno l'accordo è raggiunto e il contratto produce i suoi effetti qualora la controparte non rifiuti la proposta entro un determinato lasso di tempo.

Prescindendo dalle doverose considerazioni critiche sul valore del silenzio nella dinamica formativa del negozio¹⁹⁴, la

unilaterale è arbitraria intromissione nella sfera altrui". Si veda anche RIPSTEIN, cit., 114: "Our respective entitlements to freedom as against each other limit us to unilateral acts, because one person cannot unilaterally determine what purposes the other will pursue".

¹⁹² Art. 1333 c.c. (Contratto con obbligazioni del solo proponente): "[1] La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. [2] Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso".

¹⁹³ E ciò è vero specialmente per i contratti con effetti traslativi, analogamente a quanto anticipato in tema di contratto a favore di terzi, posto che la fattispecie ex art. 1333 c.c. potrebbe applicarsi unicamente quando si tratti di trasferimento di un diritto reale che non comporti alcun obbligo od onere a carico del beneficiario, poiché anche solo un pregiudizio potenziale imporrebbe la necessaria accettazione del destinatario: cfr. BIANCA, ult. cit., 258 e 568, e ZACCARIA, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, cit., 1271-II, nonché SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, I, 44 ss. In particolare quest'ultimo ha sempre avvertito l'ammissibilità della produzione di effetti reali, richiamando la stessa scelta di strutturare la donazione come fattispecie necessariamente bilaterale proprio perché idonea a produrre effetti reali. È pur vero tuttavia, come sottolineato da MARICONDA, *Articolo 1333 codice civile e trasferimenti immobiliari – Nota a Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, Zanna c. Zanna*, in *Corr. Giur.*, 1988, 151, che esiste pur sempre nel nostro ordinamento un istituto che ammette la produzione di un effetto reale senza alcuna accettazione da parte del beneficiario, ovvero il legato.

¹⁹⁴ Cfr. NAPOLILLO, cit., 716.

strutturazione della fattispecie è stata interpretata come negozio unilaterale da parte della dottrina e come contratto da altri con autorevoli esponenti su ambo i fronti¹⁹⁵, in base al discrimine del ruolo da riconoscersi alla condotta dell'interessato per poter configurare o meno un qualche elemento di bilateralità nella fattispecie.

Ciò che è particolare, in questo caso, è che la libertà del soggetto cui si rivolge la proposta è pur sempre tutelata, ma imponendogli un atteggiamento attivo (una dichiarazione o un comportamento¹⁹⁶ che esplichino il suo rifiuto) in assenza del quale l'inerzia da sola non basterà a evitare l'ingerenza nella propria sfera giuridica, quale appunto è l'essere parte di un contratto che pure non impone alcuna obbligazione¹⁹⁷.

Chi ha parlato della fattispecie quale 'negozio unilaterale recettizio, ad effetto transitivo favorevole, eliminabile con rifiuto'¹⁹⁸, ha senz'altro colto il fulcro dello schema adottato dal

¹⁹⁵ Nel primo filone, cfr. *ex multis* BIANCA, ult. cit., 259 ss., BENEDETTI, cit., 238. Per il secondo, vedasi GALGANO, *Il negozio giuridico*, Giuffrè, 2002, 78 ss. e SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1981, 165.

¹⁹⁶ Cfr. *ex multis* Cass. 4 marzo 2005 n. 4797: "Pur sottraendosi la fattispecie del cosiddetto contratto unilaterale allo schema generale di formazione contrattuale, derivante dall'incontro delle volontà delle parti, per il fatto di perfezionarsi in virtù del mancato rifiuto della proposta, il fine, cui sovrintende la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 1333 c.c., di evitare che la sfera giuridica del soggetto possa essere interessata da una manifestazione di volontà altrui, consente che l'inefficacia della proposta possa desumersi, oltre che da un rifiuto espresso, anche da un comportamento del destinatario della proposta, inequivocabilmente apprezzabile come dettato dalla volontà di non avvalersene". Nella fattispecie era stato ritenuto come tale l'avvio della procedura espropriativa da parte del comune, cui pure era stata rivolta dal proprietario del bene una proposta di cessione a prezzo poco più che simbolico.

¹⁹⁷ Vd. NAPOLILLO, cit., 717: "Nella norma relativa al contratto con obbligazioni del solo proponente il rifiuto, e non l'accettazione, in quanto atto necessitato, permette l'esplicazione del libero apprezzamento di convenienza del soggetto e, configurandosi come onere, garantisce la libertà di scelta".

¹⁹⁸ *Ibid.*, che riprende BENEDETTI, cit., 165, 171, 181 e 190.

legislatore: è quindi giustificato e ancor meglio ragionevole, per il sistema, imporre un onere all'interessato per preservare la propria sfera giuridica, nella misura in cui la stessa può risultare unicamente beneficiata dalla proposta contrattuale *de quo*.

7. Conclusioni

Si conferma quindi, non diversamente da quanto anticipato per la non necessità dell'accettazione nel contratto a favore di terzo, la tendenza di fondo dell'ordinamento che ammette la produzione di effetti nella sfera dei terzi anche in presenza di un comportamento meramente passivo.

È certamente vero che l'inerzia è pur sempre un comportamento idoneo ad integrare una valida manifestazione di volontà negoziale; ma è al tempo stesso certo che non sempre ciò avviene e, cionondimeno, spirato il "termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi" il contratto con obbligazioni del solo proponente è ugualmente concluso (e peraltro siffatta strutturazione pare orientata anche a tutelare l'affidamento del proponente).

Ciò che emerge, quindi, è la ricorrenza del meccanismo che impone al soggetto l'onere di attivarsi in presenza di ingerenze positive nella sfera giuridica altrui: al destinatario degli effetti residua sempre uno spazio di reazione regolato dal suo libero apprezzamento, che tuttavia impone una condotta attiva e non già meramente passiva qualora l'atto non sia produttivo di un effetto negativo¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Si veda in particolare MARICONDA, cit., 151: "Principio (quello di relatività del negozio, *nda*) che un tempo veniva collegato all'esigenza di salvaguardia della autonomia della sfera giuridica di ciascun soggetto (con la conseguenza

E, a tutela di questa prerogativa, il rifiuto in tanto può dirsi effettivo in quanto si ammetta che i suoi effetti devono retroagire al momento dell'attribuzione del beneficio, garantendo di poter così eliminare alla radice la possibilità che si produca un qualsiasi effetto non voluto sia pure *medio tempore*.

Di questo si è già discusso in tema di contratto a favore di terzo.

Va sempre ricordato, tuttavia (e sul punto si tornerà in sede di esame della gestione d'affari), che quando l'ordinamento considera favorevole un determinato effetto lo fa sempre sulla base di un canone di interpretazione generale dell'*id quod plerumque accidit*.

Se è infatti vero che l'acquisto di un diritto o l'estinzione di un'obbligazione sono effetti generalmente considerati favorevoli, in quanto migliorano la propria situazione patrimoniale, è altrettanto corretto dire che non sempre la mutata condizione corrisponde al reale volere del soggetto interessato²⁰⁰.

che egli non avrebbe potuto subire, senza il suo consenso, né effetti sfavorevoli, né effetti favorevoli). Principio che attualmente viene posto in relazione non più con la menzionata esigenza formale, ma con la esigenza sostanziale di evitare che un soggetto possa subire effetti sfavorevoli senza il suo consenso. Dagli artt. 649, 1236, 1333, 1411, c.c. si ricava che il nostro codice propone una struttura degli atti produttivi di effetti esclusivamente di favore (acquisto di diritti o estinzione di obbligazioni) rispetto alla quale la volontà del beneficiario (non importa se estraneo all'atto o parte dello stesso) non rileva direttamente ai fini della fattispecie acquisitiva, ma rileva indirettamente quale volontà negativa di non conseguire l'acquisto". Così anche NAPOLILLO, cit., 723: "È certamente vero che, superate le giusnaturalistiche impostazioni, il dogma della intangibilità della sfera giuridica altrui rispetto ad un atto negoziale di cui il destinatario non è parte è stato scalfito; ma non può negarsi che tale risultato possa valere, in via di principio, *in primis*, solo quando, garantita la facoltà di 'schermare' la propria sfera giuridica attraverso un potere, espressamente attribuito, di rifiuto, vi sia la natura essenzialmente favorevole dell'effetto prodotto nella sfera giuridica altrui".

²⁰⁰ Così anche per Kant, vd. RIPSTEIN, cit., 121 ss.: "There are cases in which granting someone permission to do something might be thought to require no

In altre parole, è in astratto ragionevole presumere l'adesione di questi sulla base di una considerazione oggettivamente favorevole dell'effetto incrementativo della sfera giuridica altrui, non potendo (*rectius* volendo) la legge lasciare campo ad una valutazione caso per caso dell'effettivo volere di chi ha subito l'ingerenza.

Ciononostante, la 'presunzione' (in senso atecnico, s'intende)²⁰¹ è tanto forte da suggerire al legislatore un meccanismo che impone l'attivazione del soggetto per evitare il prodursi dell'effetto, non già per accettarlo: in modo tale, quindi, che la mera inerzia non garantirà la preservazione nello *status quo* della propria sfera giuridica²⁰².

In questo aspetto, pertanto, resta la forza preponderante della volontà privata quale fonte degli effetti di un contratto, poiché in genere l'ordinamento impone al terzo di attivarsi onde

acceptance, since the permission seems to be an unqualified advantage to that person, something that he or she could have no grounds for refusing. This appearance is misleading, because concepts of right never deal in advantage".

²⁰¹ Da sottolineare invece come per Kant, in accordo con la sua "strong reading of private rights to independence", "making arrangements about another person (...) is presumptively wrongful, unless consensual" (cfr. RIPSTEIN, cit., 110). La presunzione quindi andrebbe radicalmente capovolta partendo da una concezione ben più rigida dei concetti di libertà e autodeterminazione.

²⁰² Per NAPOLILLO, cit., 723, si tratta anche di un bilanciamento tra autodeterminazione e solidarietà: "Lo stesso canone della solidarietà incrina il principio individualistico dell'intangibilità della sfera del terzo e si pone, anch'esso, come argomento decisivo per demistificare il 'dogma' della tipicità dei negozi unilaterali". L'autore quindi afferma la generale idoneità dell'atto di autodeterminazione (p. 724) "a produrre effetti giuridici diretti nella sfera giuridico-patrimoniale di soggetti diversi dallo o dagli autori del negozio senza necessità di una partecipazione positiva del beneficiario, con il limite della salvaguardia del suo potere di rifiuto". In senso analogo anche VENTURELLI, *Struttura e funzioni della remissione del debito*, in *Obbligazioni e contratti*, 7, 2012, 534: "Il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui, in altri termini, non si risolve in un divieto, per l'autonomia privata, di determinare effetti favorevoli diretti verso coloro che non hanno partecipato alla formazione dei relativi negozi attributivi, bensì consente solo di farlo senza, ma non contro la loro volontà".

scongiurare il conseguimento di un beneficio, lasciando invece 'schermata' la sua sfera giuridica in caso di ingerenza *in peius*.

Tuttavia, come visto per esempio in materia di diritto concorsuale e principio maggioritario, ciò non sempre avviene, in specie qualora subentrino interessi maggiormente meritevoli di tutela e l'ordinamento scelga, conseguentemente, di derogare alla intangibilità *in peius*.

Tutto ciò considerato, è chiara la natura tutt'altro che dogmatica del principio della relatività degli effetti del contratto.

Come si è visto, infatti, in limitate e particolari circostanze il legislatore ha ammesso, nella normativa *extra codicem*, la possibilità di vincolare i terzi con contratti che incidono negativamente sulla loro sfera giuridica derogando esplicitamente all'art. 1372 c.c.

Ma la stessa ammissibilità dell'attribuzione incrementativa per il terzo, che pure attenua il concetto di relatività, appare in concreto invasiva per come disciplinata, e doppiamente: nella misura in cui onera pur sempre l'interessato di opporvisi se intende sottrarsi alla produzione dell'effetto favorevole nei suoi confronti; e poiché assume come favorevole un effetto che tale è solo adottando un metro di misura astratto e generale, che quindi non tiene conto della concreta situazione in cui l'effetto stesso potrà risultare invece sfavorevole dal punto di vista del terzo.

Cosa è davvero favorevole per un soggetto, infatti, spetta coerentemente sempre e solo alla valutazione di quest'ultimo.

CAPITOLO III

QUESTIONI PROBLEMATICHE INTORNO ALLA RINUNCIA

Art. 827 Codice Civile – Beni immobili vacanti

I beni immobili che non sono in proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato.

SOMMARIO: 1. Panoramica - 2. La rinuncia a diritti con un unico titolare: la dismissione della proprietà immobiliare – 3. La rinuncia a diritti con più titolari: l'abbandono liberatorio – 4. Una rinuncia peculiare: la remissione del debito (cenni)

1. Panoramica

Mentre nelle ipotesi fin qui esaminate le riflessioni critiche venivano in un certo modo suggerite da una dinamica necessariamente plurisoggettiva, giova ora soffermarsi sull'istituto della rinuncia: fenomeno giuridico invero assai ampio che invece – fin da un primo aspetto “semantico” – appare di per sé necessariamente monosoggettivo, e quindi tendenzialmente idoneo ad incidere unicamente sulla sfera giuridica del soggetto rinunciante.

Nondimeno, la rinuncia è una fattispecie di grande interesse e su cui non sono mancati dibattiti e divergenze significativi: questo a partire fin dall'aspetto meramente definitorio²⁰³.

²⁰³ In tema di rinuncia si vedano: ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952; BOZZI, “*Rinunzia (diritto pubblico e privato)*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968, 1140; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit.; COSTANTINI, *La rinuncia alla prescrizione*, in MONATERI-COSTANTINI, *La prescrizione*, nel *Trattato Sacco*

Infatti, pur essendo una fattispecie nota tanto al diritto sostanziale quanto a quello processuale, è difficile riassumerne i tratti salienti unanimemente condivisi: una certa comunanza di vedute sarebbe stata raggiunta nel qualificare come rinuncia l'atto essenzialmente unilaterale con cui il titolare di una posizione di potere se ne spoglia volontariamente²⁰⁴.

Scendendo nel dettaglio, studiando cioè quale sia l'effetto qualificante della fattispecie²⁰⁵, la rinuncia si ascrive alla categoria delle fattispecie estintive: infatti, anche per come definita *supra*, la rinuncia ha come effetto suo proprio e immediato l'estinzione di un rapporto giuridico, e tipicamente fisico di relazione con un bene oggetto di diritto senza che consegua un trasferimento di diritti ad altro soggetto²⁰⁶.

dir. civ., Torino, 2009; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit.; LA TORRE, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milano, 1993; MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992; MOSCARINI, voce *Rinuncia*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991; PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968; PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940; PUGLIATTI-FALZEA, *I fatti giuridici*, Milano, 1996; SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento 2015*, UTET, 604 ss.

²⁰⁴ Cfr. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, a cura di Gabrielli-Gazzoni, Torino, 2013, I, 245. Ogni acquisto di un diritto privato è perciò disponibile e fa sorgere nell'acquirente la facoltà di rinunciare: cfr. Cass. SSUU 29 marzo 2011 n. 7098. Non va mai tuttavia tralasciato il fatto che la proprietà è anzitutto conflitto, o meglio il corrispondente diritto esiste proprio per governare il conflitto: cfr. DAGAN-HELLER, *Property*, Oxford University Press, 2011, 229: "Property is conflict. More precisely, property exists to govern conflicts. Property conflicts come in two forms: conflicts of individuals and conflicts of interest".

²⁰⁵ Cfr. MACIOCE, cit., 81: "Dal punto di vista di produzione dell'effetto la dottrina distingue essenzialmente fattispecie ad efficacia attributiva, costitutiva, modificativa ed estintiva". Vedi anche MAIORCA, voce *Fatto giuridico, Fattispecie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1968, 128 e ALLARA, cit., 28.

²⁰⁶ Vedi MACIOCE, cit., 81-82. Cfr. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1950, 320 ss.; BETTI, cit., 299 ss.; CARIOTA FERRARA, cit. 278 ss.; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 51 ss. Peraltro, secondo PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. not.*, 1968, 348, l'estinzione del diritto costituirebbe un mero effetto secondario,

Nell'ambito della libertà di ciascuno di disporre della propria sfera giuridica e dei diritti e rapporti che ne fanno parte, la decisione di dismettere una posizione giuridica soggettiva rientra senza dubbio in uno dei modi possibili di esercitare tale libertà²⁰⁷.

E a prescindere dalle distinzioni tra perdita del diritto e sua (eventuale) estinzione, risulta difficile immaginare una qualche compressione di tale libertà senza dover ridiscutere il concetto stesso di signoria di ciascuno sulla propria sfera giuridica.

Tuttavia l'esigenza di studiare – ancor prima di limitare – tale libertà nasce da un duplice ordine di considerazioni: non solo infatti è possibile che alla rinuncia conseguano effetti giuridici che modificano la sfera giuridica di determinati terzi, ma vi sono anche ipotesi in cui, stante la natura plurisoggettiva del diritto rinunciato, tali effetti (tanto positivi quanto negativi) sono, anziché eventuali, automatici.

Questo, si badi, andando oltre le valutazioni dottrinali sulla natura diretta o riflessa di tali effetti, su cui pure ci si soffermerà

dovendosi individuare quello principale ed essenziale nella perdita del diritto da parte del titolare: "Rinunciare non vuol dire estinguere il diritto (...) vuol dire solo dismettere il diritto, escluderlo dal proprio patrimonio". Si veda anche, dello stesso Autore, la definizione dell'estinzione del diritto quale semplice effetto "riflesso, eventuale e secondario" in *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., 71-81.

²⁰⁷ Anzi è essa stessa un modo di esercizio del diritto. Cfr. CARIOTA FERRARA, cit., 128-129; MOSCARINI, cit., 6. Va da sé che è l'ordinamento stesso, in alcuni casi e secondo specifiche esigenze, a vietare la dismissione di situazioni giuridiche qualificate: cfr. SICCHIERO, cit., 605: "La rinuncia non sarà invece prospettabile quando si tratti di situazioni soggettive qualificate, in quanto tali nemmeno concettualmente rinunciabili, come per le ipotesi di status o per la qualità di erede, che non consente rinuncia dopo l'accettazione, oppure quando si tratti di fattispecie indisponibili, come per i diritti della personalità, gli obblighi e le funzioni, cui vanno per lo più ricondotti i diritti inerenti ai rapporti di famiglia e matrimoniali, in cui la rinuncia ad uno dei diritti nascenti dal matrimonio deve ritenersi invalida".

brevemente: la distinzione infatti ha un senso e dà un apporto concreto alla riflessione se lo scopo è tentare di qualificare giuridicamente la fattispecie della rinuncia, ma non risolve il problema che i terzi tali effetti li debbano subire.

Questo l'aspetto problematico che preme qui analizzare: parlare di effetti diretti piuttosto che di effetti riflessi è pur sempre frutto di un'attività definitoria dell'interprete, poiché nella realtà fattuale e giuridica ci si rapporta pur sempre con la produzione di un certo effetto giuridico.

Al punto che, mettendo in discussione l'unilateralità della rinuncia, dovrà chiedersi se effettivamente, qualora essa intacchi la sfera giuridica altrui, si possa pensare ad una bilateralità della fattispecie al fine di tutelare la posizione del soggetto terzo.

2. La rinuncia a diritti con un unico titolare: la dismissione della proprietà immobiliare

Se quindi è corretto affermare, quantomeno in prima battuta, che “rinunziare vuol dire solo dismettere il diritto, escluderlo dal proprio patrimonio”²⁰⁸, l'estinzione del legame di titolarità del soggetto rispetto al diritto ha come primo effetto il venir meno di un soggetto cui esso sia riferibile.

Questo è l'effetto diretto della fattispecie rinunciativa.

Quanto poi agli effetti successivi, ma riflessi e diversi a seconda delle differenti situazioni giuridiche²⁰⁹, potranno aversi

²⁰⁸ PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., 75.

²⁰⁹ Spiega questa accezione di effetti riflessi MACIOCE, cit., 88: “Gli ulteriori effetti, estintivi o modificativi del rapporto, non possono essere considerati come effetti essenziali qualificanti la fattispecie rinunciativa: questi sono sì effetti immancabili della rinuncia, ma sono effetti propri della vicenda di qualsiasi rapporto ed appaiono, pertanto, come conseguenze riflesse del negozio rinunciativo, non direttamente ricollegabili all'intento negoziale e non correlate

un effetto modificativo soggettivo (un mutamento nella titolarità) o l'estinzione del diritto stesso.

Prendiamo il caso dell'abbandono di cosa, fenomeno che assume connotazioni differenti a seconda della tipologia di bene che viene dismesso. Si parla in particolare di²¹⁰:

- 1) *Derelizione*, per riferirsi all'ipotesi in cui un soggetto faccia cessare volontariamente il rapporto che lo legava ad un bene mobile, abbandonandolo (e la rinuncia si determina proprio in forza dell'*animus derelinquendi*);
- 2) *Abbandono (o 'abbandono mero') di bene immobile*, per qualificare l'ipotesi di abbandono della titolarità del rapporto di proprietà su un immobile;
- 3) *Abbandono liberatorio*, ipotesi in cui in realtà non è discriminante la tipologia di bene alla cui titolarità si rinuncia bensì acquista particolare rilievo la causa della rinuncia: questa infatti viene posta in essere per ottenere la liberazione da un'obbligazione nei confronti

al contenuto causale dell'atto (...). Quando la rinuncia dà luogo infatti ad un fenomeno di modificazione soggettiva del rapporto, l'acquisto del diritto da parte del terzo trova una giustificazione autonoma, non affatto ricollegabile al contenuto causale e all'effetto essenziale della rinuncia". Cfr. anche la definizione di BETTI (cit., 212 ss.) in base al quale "sotto l'aspetto oggettivo effetti essenziali sono quelli che corrispondono alla destinazione tipica del negozio e costituiscono gli effetti più idonei a realizzare il normale intento perseguito dalle parti; da questi vanno distinti ulteriori effetti che il negozio produce, non richiesti dalla destinazione tipica ed estranei all'orbita di previsione delle parti". Si veda anche SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 90: "Con l'estinzione del rapporto il soggetto attivo perde il diritto (...) perdita cui non corrisponde l'acquisto di altro soggetto".

²¹⁰ MACIOCE, cit., 91.

di altri soggetti che consegue proprio alla titolarità da dismettere.

Lasciando per il momento in secondo piano l'abbandono liberatorio, che importa tipicamente l'estinzione di un'obbligazione oltre che di un diritto, occorre soffermarsi sulle prime due ipotesi.

Nel caso di derelizione, è unanimemente condiviso che occorra la materiale e fisica dismissione del possesso del bene, in quanto tale comportamento assume valore negoziale ed è, per così dire, la modalità tipica con cui si conseguono gli effetti voluti dal rinunciante; diversamente, nell'ipotesi di rinuncia alla proprietà immobiliare occorre la forma scritta (art. 1350 c.c.) nonché la relativa trascrizione (art. 2643 c.c.) dell'atto di rinuncia, trattandosi di negozio 'formale'²¹¹.

Ritornando al concetto di effetto riflesso, la differenza tra le due ipotesi emerge dalla disciplina del codice: mentre per i beni mobili è ammessa dall'ordinamento la vacanza del diritto di proprietà (diventando il bene mobile derelitto una *res nullius*, su cui potrà eventualmente in seguito inerire un nuovo diritto dominicale a seguito di occupazione: art. 923 c.c.), ciò non è

²¹¹ MACIOCE, cit., 94. Sulla natura negoziale della rinuncia, cfr. PIRAS, cit., 40 ss.; DONISI, cit., 355 e 402 ss.; CARIOTA FERRARA, cit., 128; MESSINEO, cit., 161; BOZZI, cit., 1145; LA TORRE, cit., 52 e 77 ss. Si veda anche COMPORTI, voce *Abbandono*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 2, a conferma del fatto che per la perdita della proprietà è sufficiente l'atto formale di rinuncia senza che sia necessaria la dismissione del possesso dell'immobile. Sull'impatto pratico di qualificare o meno la rinuncia come negozio, cfr. MACIOCE, cit., 93: "Stabilire se la derelizione [ma il concetto può essere esteso alla rinuncia *tout court, nda*] sia o meno un negozio giuridico ha conseguenze importanti, che vanno dalla rilevanza dei vizi della volontà alla capacità richiesta per la derelizione, alla ammissibilità di una derelizione mediante rappresentante".

previsto per gli immobili poiché è lo stesso art. 827 c.c. a statuire che i beni immobili che non sono in proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato²¹².

Sembrerebbe pertanto che, pur nell'ottica senz'altro meritoria di assicurare una continuità nella titolarità di beni particolarmente rilevanti nel traffico giuridico (giacché maggiori sarebbero i problemi in caso di vacanza della titolarità), allo Stato venga assegnata una posizione di tendenziale soggezione alle scelte del privato che decida di dismettere la proprietà immobiliare.

Questo effetto, che già di per sé evidenzia come nel caso di specie un atto unilaterale (del rinunciante) incida inevitabilmente sulla sfera giuridica di un terzo (sia pure qualificato come lo Stato)²¹³, risulta ancor più problematico nell'ipotesi in cui l'immobile dismesso comporti a carico dello Stato notevoli oneri economici: ad esempio, per la messa a norma o in sicurezza dello stabile o anche, si pensi, per ridurre la pericolosità in ipotesi di immobile che immetta nell'ambiente sostanze nocive.

²¹² Peraltro, nel codice postunitario non esisteva alcuna norma che disciplinasse la sorte dei beni immobili vacanti. Il legislatore del 1942 ha così inteso fare chiarezza sul punto, con una *ratio* non dissimile da quella che sorregge e giustifica la previsione dell'art. 586 c.c. per cui l'eredità è devoluta allo Stato qualora non vi siano successibili. Sull'evoluzione storica della disciplina sull'abbandono dell'immobile, vedasi BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Napoli, 2017, 15 ss.

²¹³ Va ricordato che lo Stato acquista a titolo originario (diversamente dalla *supra* ricordata ipotesi dell'art. 586 c.c. in cui l'acquisto opera *iure hereditatis*) la proprietà dei beni immobili vacanti per il solo fatto della loro vacanza, e non per occupazione (cfr. BIONDI, *I beni*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1953, 227). Si anticipa, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, che in base all'autonomia statutaria concessa a livello costituzionale a Sicilia, Sardegna e Trentino Alto Adige, tali regioni si sono avvalse con legge regionale della possibilità di far acquisire al loro patrimonio (e non a quello dello Stato) i beni immobili vacanti.

Si pensi al caso limite della morte di una persona in conseguenza della rovina dell'edificio così 'provvidenzialmente' abbandonato in precedenza dal proprietario: sarebbe questa la ben comoda predisposizione di una via di fuga dalla responsabilità per il soggetto rinunciante!

È in altre parole concepibile che lo Stato debba sopportare tale ingerenza finanche nei casi di '*damnosa successio*'? O è forse questo un caso in cui è tanto opportuno quanto compatibile con i principi dell'ordinamento consentirgli di opporsi ad un acquisto indesiderato?

Argomentando dalla *ratio* dell'art. 827 c.c., pare infatti ragionevole ritenere che in questi casi l'esigenza di assicurare continuità nella titolarità del diritto risulti sproporzionata nel bilanciamento con lo stesso principio di buon andamento dell'amministrazione pubblica.

Da un caso pratico (ancorché privo di elementi di dannosità nell'acquisto dell'immobile) prende le mosse una recente pronuncia del Tribunale di Trento²¹⁴.

Nel caso di specie, veniva richiesta con domanda tavolare l'intavolazione del diritto di proprietà a favore della regione autonoma Trentino-Alto Adige in base ad atto di abbandono di proprietà: come esplicitato nel *lustrum* del conservatore, gli aspetti essenziali della vicenda sono due.

Il primo essenzialmente sostanziale, ovvero se sia possibile stipulare un atto di "abbandono mero".

²¹⁴ Trib. Trento, decreto, 23-12-2013, in *Foro Italiano*, con nota di BONA, 2014, I, 1975.

Il secondo formale, ossia se la semplice domanda firmata dai soggetti intenzionati a disfarsi dei beni – e correlata notifica al soggetto divenuto proprietario – siano elementi sufficienti per l'intavolazione.

Fermo restando che nel sistema tavolare la trascrizione assume come noto valore costitutivo del diritto dominicale, *nulla quaestio* secondo il conservatore sull'ammissibilità di un atto di abbandono mero di immobile alla luce dei principi generali già sopra citati²¹⁵.

I profili problematici emergerebbero passando all'aspetto formale: nel sistema tavolare, all'estavolazione del soggetto proprietario deve sempre conseguire l'intavolazione a favore di altro soggetto.

Quindi, posto che non è possibile chiedere la mera estavolazione senza dunque il corrispondente subentro di un altro soggetto nella titolarità, è dubbio se la semplice notifica alla regione Trentino-Alto Adige sia sufficiente per l'intavolazione in suo favore²¹⁶.

Tralasciando i riferimenti all'art. 76 della Legge Tavolare e all'interesse che deve avere il soggetto firmatario ad intavolare

²¹⁵ Si vedano Cass. 22 giugno 1963 n. 1681, Cass. 25 marzo 2004 n. 5974, e Cass. 30 marzo 2006 n. 7518. Si richiamano tali pronunce come casi analoghi da cui dedurre l'ammissibilità dell'abbandono mero (specificamente, ricavabile ex art. 1070 c.c. e 1104 c.c., su cui *infra*).

²¹⁶ Come anticipato, e come chiarito nello stesso provvedimento del conservatore (*lustrum*), "l'art. 67 dello statuto Trentino-Alto Adige (d.p.r. 670/72) stabilendo che 'i beni immobili situati nella regione, che non sono di proprietà di alcuno, spettano al patrimonio della regione' ha apportato deroga proprio all'art. 827 c.c. (...) (cfr. Cass. 11 marzo 1995 n. 2862, *id.*, Rep. 1995, voce *Trentino-Alto Adige*, n. 20)". Cfr. anche Cass., 2 marzo 2007 n. 4975 nel senso che l'art. 827 c.c. "non pone una presunzione di appartenenza allo Stato di tutti gli immobili di cui non si provi l'appartenenza ad altri, ma si limita a prevedere un effetto giuridico conseguente ad una determinata situazione di fatto (vacanza del bene)".

in favore della regione autonoma, nel *lustrum* si chiarisce esplicitamente che “permane pur sempre un minimo di discrezionalità della pubblica amministrazione nell’acquisto” e ancora che “permettere l’intavolazione del diritto di proprietà senza l’intervento del soggetto che ‘profitta’ dell’intavolazione stessa significa responsabilizzare detto soggetto senza alcuna partecipazione dello stesso al momento traslativo della responsabilità”.

Forse dubbia rimane – premesse queste considerazioni esplicitate dal conservatore - la conclusione cui perviene il giudice, che autorizza l’intavolazione prevedendo che su domanda del derelinquente vengano intavolate tanto l’estinzione del diritto di proprietà quanto il suo acquisto da parte della regione.

Questo nonostante la chiara conclusione nel *lustrum* secondo la quale “l’atto è stipulabile ma non pubblicizzabile *sic et simpliciter* senza un qualche atto di accettazione della regione autonoma”²¹⁷, a maggior ragione se si considera il diverso valore delle operazioni di trascrizione nel sistema tavolare.

²¹⁷ Per il conservatore, in sintesi, ostano alla trascrivibilità sia la mancanza di interesse degli istanti derelinquenti ex art. 26 Legge Tavolare ad intavolare contro la regione, sia l’assenza di qualsiasi rilievo della volontà della PA la quale “si vedrebbe per tale via ‘costretta’ a subire un acquisto anche senza volerlo e anche contro il suo interesse e volere”. Sugli aspetti di pubblicità della rinuncia cfr. SICCHIERO, cit., 617: “In letteratura si è detto che la trascrizione della rinuncia sarebbe una cosiddetta trascrizione unilaterale, siccome da effettuarsi contro il solo rinunciante”. Va ricordato che in diritto romano, quantomeno a partire dal diritto giustiniano, si riteneva che l’immobile abbandonato diventasse *res nullius*: solo nel diritto intermedio si afferma l’idea che spetti invece al sovrano l’acquisto della proprietà (*Code Napoleon*, artt. 539 e 713). Cfr. sul punto BONA-PARDOLESI, *Espropriazione fallita, trasformazione dell’immobile e rinuncia abdicativa del privato: un intreccio problematico*, in *Foro it.*, 2017, III, 60.

Ciò che qui però preme evidenziare è che il conservatore si sia posto le problematiche sopra esaminate, *iter* logico che sembra finalmente escludere quel meccanismo di automatico passaggio della proprietà di un bene immobile abbandonato in capo allo Stato (o in questo caso ad una regione a statuto speciale).

Tanto più che, in sede di reclamo contro il decreto del giudice trentino, il giudice di seconde cure accoglie le doglianze della regione Trentino-Alto Adige: principalmente, la reclamante contestava la decisione del giudice tavolare il quale aveva ordinato, come detto, l'intavolazione nonostante il parere contrario del conservatore, e senza esporre adeguatamente le ragioni alla base di questa diversa decisione.

Soprattutto, la regione riteneva "inammissibile un atto abdicativo unilaterale della proprietà immobiliare, atteso che per tale via sarebbe possibile al proprietario di un immobile, che per qualsiasi ragione gli sia scomodo e/o gravoso, liberarsene, spostarne la relativa scomodità/gravosità sull'ente pubblico (e dunque sulla collettività) e ciò senza che l'ente di riferimento (...) possa esprimere la propria adesione all'atto in questione"²¹⁸.

Peraltro, anche se con motivo non altrettanto convincente, la regione non manca di sottolineare che l'art. 67 del proprio Statuto si occupa di beni immobili vacanti, categoria nella quale

²¹⁸ Vedi Trib. Rovereto, decreto, 02-05-2014, in *Foro Italiano*, con nota di BONA, 2014, I, col. 2245. Cfr. SICCHIERO, cit., 617: "Nessuno può imporre l'acquisto di un bene in capo ad altri; si pensi ad un terreno altamente inquinato: forse che il titolare può liberarsi dal peso di una tale proprietà semplicemente rinunciando al diritto a favore dello Stato? In tale ipotesi la rinuncia non produrrà allora alcun effetto traslativo e non potrà quindi essere trascritta". Di recente una forte voce critica è anche quella di QUARTA, *Cose derelitte*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 798.

non potrebbe rientrare l'immobile abbandonato che pure un titolare lo aveva.

Il giudice, fondando la propria decisione principalmente su criteri formali (l'intera vicenda, tanto in prime quanto in seconde cure, risulta un intreccio di questioni sostanziali e formali, stanti le peculiarità del sistema tavolare)²¹⁹ accoglie il reclamo, pur sorvolando sulle ragioni di ordine più generale che pure la regione Trentino-Alto Adige aveva prospettato nelle proprie difese e che assumono rilievo centrale nel presente lavoro.

D'altro canto, nella situazione simile seppur diversa dell'art. 586 c.c., lo Stato cui sia devoluta l'eredità ha quantomeno il vantaggio di non rispondere dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni acquistati: il miglior bilanciamento possibile per un acquisto che avviene senza bisogno di accettazione e senza che sia possibile una rinuncia.

Viene quindi da chiedersi perché, nel caso dei beni immobili vacanti, analoghe tutele non possano essere ricercate e applicate perlomeno in via di interpretazione.

E questo senza comunque tralasciare che fu proprio il nuovo codice del 1942 a superare l'impostazione antecedente,

²¹⁹ Cfr. il decreto *de quo*: "Tale atto di rinuncia, in quanto atto abdicativo unilaterale non recettizio, non risulta previsto tra i titoli in forza dei quali può eseguirsi l'intavolazione ex art. 31 legge tavolare (...); ritenuto, in analogia e in correlazione con la fattispecie di cui all'art. 5 legge tavolare (acquisto della proprietà per usucapione o altro modo di acquisto originario) – ipotesi in cui ha luogo un acquisto della proprietà a titolo originario quale effetto automatico di meri fatti giuridici (possesso e tempo), purché di tale diritto vi sia stato riconoscimento per mezzo di una sentenza passata in giudicato -, che potrebbe ragionevolmente sostenersi che ogni intavolazione della proprietà a titolo originario – quale sarebbe anche quella per cui è causa, derivante da un atto unilaterale di abbandono del bene immobile che ne determina lo stato di 'vacanza' e dunque l'acquisizione automatica al patrimonio dell'ente pubblico (...) – richieda la pronuncia di una sentenza passata in giudicato".

la quale – non prevedendo alcun automatismo e lasciando che la rinuncia alla proprietà dei beni immobili fosse idonea a renderli *res nullius* – aveva adottato una soluzione affatto diversa da quella attuale²²⁰.

Le complessità che la tematica sottende non sono sfuggite allo sguardo attento dei notai, posto che al di fuori del sistema tavolare non è più possibile confidare sulla funzione di filtro alla produzione dell'effetto traslativo da parte delle conservatorie immobiliari (e chi intende abbandonare l'immobile, deve lì rivolgersi al giudice tavolare²²¹).

Oggi è dato registrare infatti una forte diversità di vedute nella categoria notarile tra quanti accettano o meno di redigere un atto di rinuncia senza una contestuale documentazione che attesti l'accettazione dell'amministrazione pubblica.

Tende a prevalere l'opinione favorevole²²², anche vista una recente risoluzione dell'Agenzia delle Entrate che chiarisce come l'atto di abbandono sia soggetto all'imposta di registro in misura proporzionale²²³.

²²⁰ Per un riferimento dottrinale relativo alla disciplina del codice del 1865, vedasi BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1923, 397.

²²¹ Cfr. BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, cit., 44.

²²² Cfr. Studio n. 216-2014/C, *La rinuncia alla proprietà ed ai diritti reali di godimento*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, redatto da BELLINVIA, consultabile online sul sito www.notariato.it e BONA, ult. cit., 58. Quest'ultimo mantiene certe perplessità sulla soluzione adottata dal legislatore italiano, pur ammettendo che il dato normativo attuale lascia ben poco margine di alternativa per l'interprete: cfr. ult. cit., 161.

²²³ Cfr. Risoluzione n. 435/E, riportata in BONA, *ibid.*

3. *La rinuncia a diritti con più titolari: l'abbandono liberatorio*

Mentre nell'ipotesi sopra esaminata la particolare qualifica di un bene (immobile) impone una norma che assicuri il necessario passaggio di titolarità per evitarne la vacanza (e in questi casi soggetto "ingerito" può dirsi lo Stato, e per suo tramite la collettività intera), è utile ora esaminare fenomeni in cui il soggetto rinuncia alla titolarità di un bene ma il diritto di proprietà è condiviso con ulteriori soggetti, così che non si pone il problema della successiva vacanza di titolarità.

Piuttosto, anche se alla modificazione soggettiva non potrà seguire un'assenza di titolarità si avrà comunque un effetto, che consiste nella rideterminazione della misura del diritto di ciascun contitolare.

Se da un lato è senz'altro possibile, dato il diritto di ciascun comunista di disporre della propria quota, rinunciare *sic et simpliciter* alla stessa, particolare importanza assume il caso di una rinuncia qualificata, il cosiddetto "abbandono liberatorio".

Con questa locuzione si individuano invero più ipotesi normativamente previste²²⁴:

- La rinuncia del partecipante alla comunione alla propria quota, per liberarsi dall'obbligo di contribuire alle spese necessarie per il godimento e la conservazione della

²²⁴ MACIOCE, cit., 95. Fattispecie analoga è quella prevista dall'art. 285 cod. nav., relativo all'abbandono della quota di contitolarità della nave per sottrarsi all'obbligo di partecipazione alle perdite.

- cosa comune (nonché alle altre spese: art. 1104 c.c.)²²⁵;
- La rinuncia alla comunione del muro per liberarsi dall'obbligo di contribuire alle spese di riparazione e ricostruzione dello stesso (art. 882 c.c.);
 - La rinuncia alla proprietà del fondo servente a favore del proprietario del fondo dominante, per liberarsi dall'obbligo a corrispondere le spese necessarie per l'uso o la conservazione della servitù (art. 1070 c.c.)

In questa sede ci occuperemo delle prime due vicende, che sollevano alcune riflessioni critiche non diverse da quelle già viste nel caso di abbandono della proprietà immobiliare.

Appare fin da subito evidente che nei due casi citati un primo effetto è l'accollo di costi ad altri soggetti (i comproprietari): è giusto il caso di accennare che il criterio che porta a ripartire i costi/spese della comunione tra i comunisti restanti non pregiudica il creditore comune, atteggiandosi a mero principio con valenza interna²²⁶.

²²⁵ Si veda di recente il contributo di VITERBO, *La rinuncia del comproprietario al suo diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 387.

²²⁶ Cfr., con esemplificativo paradosso, SICCHIERO, cit., 605-606: "Tale opzione (l'ammissibilità della rinuncia anche quando comporti l'accollo di costi ad altri soggetti, *nda*) impone ulteriori approfondimenti: ad esempio nel caso in cui tutti i comunisti rinunciassero alla comproprietà del bene comune, posto che il creditore non potrebbe veder estinto il proprio diritto solo perché i condebitori decidano di comune accordo di rinunciare tutti alla comproprietà del bene. Chi pagherebbe, ad esempio, le spese di riparazione dell'auto dovute al meccanico, se i due proprietari decidessero di rinunciare alla comproprietà dell'auto e lasciarla a mani di questo? (...) La disposizione ha dunque un mero valore interno, accollando ai comproprietari superstiti ed agli effetti del regresso il pagamento delle spese deliberate, non potendo invece impedire al creditore comune di avvalersi nei loro confronti della solidarietà disposta dall'art. 1294 c.c.". Trattasi in ogni caso di obbligazioni *cd. propter rem*, essendo inerenti alla titolarità del diritto di comunione (cfr. BIANCA, *La proprietà*, Milano, 1999, 469,

Ulteriore doverosa precisazione è che le spese ed i costi cui il rinunciante può legittimamente sottrarsi non riguardano quelli già precedentemente assunti prima dell'atto di rinuncia: in altre parole ha valenza unicamente *pro futuro*²²⁷.

Autorevole dottrina ha osservato che la rinuncia non ha causa nella liberazione dall'obbligo di contributo, bensì ha per effetto questa liberazione²²⁸: peraltro sarebbe esclusa, oltre che nel caso sopra indicato, anche qualora il rinunciante fosse proprio colui che sia stato causa della spesa, ovvero qualora il rinunciante avesse preventivamente convenuto di non avvalersi dell'abbandono liberatorio e qualora il rinunciante stesso avesse approvato, anche tacitamente, la spesa (art. 1104 comma 2 c.c.).

Venendo al piano che qui interessa, ovvero quello degli effetti dell'abbandono liberatorio, come anticipato *supra* con la dismissione del diritto reale il comproprietario si libera dalle obbligazioni derivanti da quel diritto e queste vengono traslate/ripartite a carico dei comunisti rimanenti²²⁹. È un effetto

e BRANCA, *Comunione*⁶, in Commentario Scialoja-Branca, cit., 159): più precisamente, spese necessarie ai sensi dell'art. 1104 c.c. sono quelle tali per la conservazione della cosa comune per evitarne la distruzione o il deterioramento e per il suo godimento, ossia l'ordinaria utilizzazione da parte dei comunisti (vedasi sempre BRANCA, *ibid.*).

²²⁷ Ancora SICCHIERO, cit., 606: "Se la rinuncia comporti l'accollo di costi già assunti in precedenza (...) deve ritenersi che la stessa non sia efficace verso colui sul quale il costo verrebbe a gravare, perché qui la rinuncia darebbe vita, nel contempo, ad una liberazione unilaterale del debito, non contemplata dal nostro ordinamento". Cfr. anche BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali ed obbligazioni propter rem*, in *Trattato Cicu e Messineo*, Milano, 1984, 137 ss. e 143.

²²⁸ FRAGALI, *La comunione*, in *Trattato Cicu e Messineo*, II, Milano, 1978, 458.

²²⁹ Così, *ex multis*, Cass. 23 agosto 1978 n. 3931. Cfr. anche Cass. 29 maggio 1995 n. 6036, Cass. 10 aprile 1996 n. 3294. Vedi anche Cass. 9 novembre 2009 n. 23691: "Con la rinuncia, che è negozio di natura abdicativa, si opera *ipso iure*, in forza del principio di elasticità della proprietà, l'accrescimento della quota rinunciata a favore del compartecipe che, pertanto, in caso di proporzione delle rispettive quote, diviene proprietario esclusivo del bene".

che si verifica automaticamente, *ope legis*: l'accrescimento della quota rinunciata in favore degli altri comproprietari (e rispettando la proporzione delle relative quote) è conseguenza della natura elastica del diritto di proprietà, ed opera prescindendo dalla conoscenza dell'avvenuta rinuncia da parte del comproprietario²³⁰.

Questo automatismo connesso all'elasticità tipica del diritto di proprietà opera tanto in caso di rinuncia "semplice" quanto nel caso di abbandono liberatorio.

Su quest'ultimo punto, probabilmente si può concordare quanto alla soluzione dell'accrescimento della propria quota di proprietà, che è un effetto comunque favorevole della rinuncia: diversamente dalle riflessioni già svolte sull'attenzione da porsi alla concezione oggettiva di effetto favorevole, infatti, nel caso di specie l'elemento di diversità va ricercato nel fatto che il soggetto non acquista un nuovo diritto, poiché tale diritto già faceva parte del suo patrimonio e viene unicamente incrementato quantitativamente e qualitativamente.

Qualche dubbio va però esaminato qualora l'automatismo riguardi anche la ripartizione di costi e spese: essendo questo un effetto indubbiamente negativo che va a ripercuotersi sulla sfera giuridica dei comproprietari superstiti, richiederne la conoscenza/conoscibilità da parte di questi prima ancora che interrogarsi sull'ammissibilità pare un'esigenza fondamentale.

A ben vedere, in punto di recettività dell'atto di rinuncia, è lecito domandarsi se, pur restando questo un atto unilaterale, sia più corretto sul piano degli effetti non solo applicare l'art. 1334

²³⁰ Cfr. BRANCA, cit., 169.

c.c. e quindi richiedere la conoscenza o conoscibilità in capo ai terzi per la produzione dei relativi effetti, ma anche ripensare l'intera dinamica come fattispecie di carattere bilaterale²³¹.

In altre parole, in presenza di una situazione di titolarità plurisoggettiva, la rinuncia di uno dei comproprietari non può per definizione essere intesa come rivolta *in incertam personam*, con la conseguenza che avendo un soggetto "passivo" predeterminato appare più che ragionevole²³² oltre che logico ritenere la rinuncia un atto recettizio.

Questo probabilmente non influisce sulla fattispecie fino a modificarne la struttura: infatti, sarebbe probabilmente scorretto intendere la rinuncia come negozio bilaterale, il che peraltro ben risponderebbe alle esigenze di tutela dei comproprietari superstiti finendo però con l'aggravare eccessivamente le prerogative del soggetto rinunciante.

Ciononostante, ritenendo necessariamente recettizio l'atto che produce conseguenze nella sfera giuridica di terzi, si garantisce l'effettività della loro tutela, basata sulla facoltà di rifiutarne la modificazione anche quando non occorra una loro espressa volontà positiva: infatti, per poter rifiutare un'attribuzione o una modificazione, occorre aver conosciuto la dichiarazione di volontà del soggetto rinunciante²³³.

²³¹ SICCHIERO, cit., 607-608.

²³² Sul ruolo in questo e in casi analoghi della ragionevolezza, cfr. SICCHIERO, cit., 606. Critico sull'orientamento teso a circoscrivere il connotato della recettività al settore degli atti unilaterali preordinati a dar luogo ad effetti diretti dannosi nella sfera giuridica altrui è DONISI, cit., 360 ss.

²³³ SICCHIERO, cit., 608. Sul punto anche BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 301, laddove si afferma "se oggetto di rinuncia è un diritto con soggetto passivo determinato, l'accettazione di questo è necessaria poiché si tratta di modificare, sia pure a suo favore, un suo rapporto giuridico". Si noti che simili considerazioni possono assumere rilievo anche in merito alla revoca della

In tema di rinuncia abdicativa nell'ambito della comunione, chiaramente emergono tutte le peculiarità e le problematiche dell'istituto: in particolare, come abbiamo visto, si pone il problema del conflitto tra situazione giuridica soggettiva unitaria e pluralità di soggetti titolari, posto che ogni comunista è titolare di una quota astratta dell'intero diritto e non di una singola parte del bene oggetto del diritto²³⁴.

Ogni comunista, quindi, possiede un diritto di proprietà autonomo, caratterizzato dall'elasticità propria del diritto dominicale e che investe il bene nella sua interezza²³⁵: se la divisione consente la riespansione del diritto, ciò accade anche in presenza della rinuncia di uno dei condividenti alla propria

rinuncia: stante, in base a caratteri generali, la regola della revocabilità di un atto di volontà "allorché non abbia prodotto effetti positivi nel patrimonio di altri soggetti, dato appunto che non incide sulla sfera giuridica di terzi", parrebbe potersi escludere la revoca della rinuncia nei casi di contitolarità nel diritto (diversamente invece dalla derelizione di beni mobili, non esistendo alcun interesse di estranei da tutelare): cfr. SICCHIERO, cit., 608-609.

²³⁴ Sul punto cfr. NOCERA, *Effetti della rinuncia della quota del bene in comunione ordinaria: negozio abdicativo causalmente autonomo o donazione indiretta?*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010, I, 581 ss. In particolare, sulla fondamentale teoria della "proprietà plurima parziaria", vd. 581-582: "Secondo la configurazione elaborata dal Pothier, lo *ius excludendi* spettante ai comunisti rispetto ai terzi si prospettava anche nei rapporti interni, laddove ogni compartecipe è titolare di un diritto di proprietà su una quota ideale del bene comune. Da questa teoria, detta in epoca pandettistica della "proprietà plurima parziaria" e figlia della frazionabilità del diritto di proprietà di cui i diritti reali limitati costituiscono un portato, germinarono due differenti modalità applicative: fu intesa infatti come spettanza ad ogni singolo comunista di un separato diritto di godimento della cosa comune (...) ovvero come spettanza ad ogni singolo compartecipe di un diritto di godimento su una frazione della cosa comune (...). In entrambe le ipotesi ciascun comunista è titolare di un diritto pari a quello degli altri ed eguale qualitativamente, seppur non quantitativamente, al pieno diritto di proprietà sulla cosa". Centrale in materia anche lo studio di SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Sampaolesi editore, Roma, 1928, 435, che leggeva la comunione come un insieme di più "proprietà concettualmente eguali nella loro essenza, ma limitate nel loro esercizio per la concorrenza delle altre proprietà".

²³⁵ Cfr. NOCERA, cit., 583.

quota; e invero, anche in quel caso si opera una divisione, ossia quella della sua quota tra i comproprietari superstiti.

Ciò premesso, l'effetto tipico di ogni rinuncia è quello abdicativo e solo indirettamente (ed eventualmente) attributivo: questo della comunione è uno dei casi specifici in cui rientra tra gli effetti anche quello che può pregiudicare gli interessi di un soggetto terzo.

Anche se, secondo la prevalente dottrina, ogni effetto che esuli da quello abdicativo è indiretto, ossia avviene in maniera mediata e quindi al di fuori dello schema e degli effetti tipici del negozio di rinuncia²³⁶, la possibilità che da tale negozio derivino

²³⁶ NOCERA, cit., 584. Tuttavia continua a non essere persuasivo il fatto che si intenda la rinuncia quale mera occasione del prodursi di tali effetti, che pure si producono nei fatti indipendentemente dalle qualificazioni dottrinali. Sul concetto di rinuncia "traslativa", vedi p. 585. Interessante invece la scelta in materia di condominio in vigenza del codice del 1865: "Una parte della dottrina operava una differenziazione degli effetti a seconda dello scopo della rinuncia. Infatti sosteneva il verificarsi dell'accrescimento solamente qualora la rinuncia di una quota da parte del condomino fosse posta in essere al determinato fine di liberarsi dall'obbligo di contribuire alle spese di conservazione della cosa comune, ai sensi dell'allora art. 676 corrispondente all'attuale art. 1104 c.c. In ogni diversa ipotesi, invece, gli altri condomini superstiti sarebbero diventati proprietari per espansione della propria porzione solo in seguito all'occupazione se *res mobile*, o all'usucapione, se immobile, della quota rinunciata" (NOCERA, cit., 585). L'autore invece non concorda sulla recettività della rinuncia del comproprietario (586): "L'efficacia *ipso iure* comporta quindi la non recettività della suddetta dichiarazione nei confronti dei comunisti superstiti destinatari degli effetti della rinuncia: il fenomeno accrescitivo, infatti, si realizza in loro favore per il solo fatto di appartenere all'insieme dei contitolari indipendentemente dalla loro conoscenza. Peraltro la non recettività deriverebbe in ogni caso dalla portata meramente abdicativa della rinuncia quale atto unilaterale che comporta il semplice distacco del diritto dalla sfera giuridica del titolare, per cui risulterebbe irrilevante ogni procedimento partecipativo diretto a rendere conoscibile la rinuncia ai terzi". In tema di recettività, cfr. Cass. 20 dicembre 1974 n. 4382 e Cass. 26 giugno 1961 n. 1531; in senso negativo, vd. Cass. 20 aprile 1965 n. 761, in *Rep. Giust. Civ.*, 1958, voce "Servitù", n. 72 e Cass. 18 agosto 1956 n. 3129, in *Foro Italiano*, 1957, I, 410.

effetti unicamente positivi ha portato a interrogarsi sulla causa della rinuncia.

Su questo particolare aspetto si è ampiamente dibattuto in dottrina²³⁷: senza potersi soffermare troppo sulla causa, basti qui osservare che tale profilo investe direttamente la stessa qualificazione della rinuncia (quale negozio o atto giuridico unilaterale), ma si può affermare che se essa vale come “espressione di libertà dell’individuo nell’esercizio del diritto oggetto di rinuncia”²³⁸, è altrettanto vero che il legislatore non impone alcun controllo sul profilo causale fintantoché la rinuncia abbia ad oggetto diritti disponibili e soprattutto espliciti i suoi effetti nella sola sfera giuridica dell’interessato²³⁹.

Tuttavia, risulta difficile indagare sul profilo causale di un atto che per sua natura “è dominato dall’impero sovrano della volontà: è un patto che vale anche se nudo”²⁴⁰.

Come è già stato detto, dalla natura della rinuncia si fa discendere quale effetto tipico unicamente quello estintivo, in modo che – anche qualora fossero gli effetti riflessi quelli veramente ricercati dal soggetto rinunciante – risulterebbe difficile sindacarne l’atto di autonomia²⁴¹.

È semmai curioso che la rinuncia pura e semplice del comproprietario alla propria quota non trovi riscontro a livello normativo (che prevede espressamente solo la rinuncia

²³⁷ SICCHIERO, cit., 615-616 e NOCERA, cit., 584-585.

²³⁸ MOSCARINI, cit., 6.

²³⁹ LA TORRE, cit., 55.

²⁴⁰ SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 805. Sacco peraltro è dell’opinione che non sia necessaria l’accettazione del soggetto nella cui sfera giuridica si producono gli effetti della rinuncia al diritto di altri.

²⁴¹ È pertanto corretto dire che la rinuncia non può qualificarsi né come gratuita né come onerosa, posto che non comporta alcuna attribuzione *diretta* a favore di terzi.

“liberatoria”): questo non porta, come ovvio, ad escludere l’ammissibilità dell’istituto²⁴², ma è indicativo che il legislatore abbia avvertito l’esigenza di occuparsi della rinuncia solo in ipotesi più critiche, tali per cui gli effetti riflessi su soggetti altri dal rinunciante sono di maggior rilievo.

Ma allora, partendo dal dato normativo che già all’art. 1104 pone dei limiti alla facoltà di rinuncia del comproprietario (e tali sembrano essere gli unici limiti, perlomeno di natura positiva), e posto l’automatismo in base a cui si produce il meccanismo accrescitivo in favore dei compartecipi, come coniugare quest’ultimo con la prospettata necessità di qualificare la rinuncia come atto recettizio?

E ancora: premesso che questa forma di tutela è piuttosto limitata²⁴³, si può considerare la possibilità di un rifiuto da parte dei contitolari per impedire questo accrescimento delle proprie quote?

Si badi in entrambe le ipotesi: non solo cioè quando la rinuncia comporti solo effetti favorevoli (in base al noto principio

²⁴² Cfr. MAZZARIOL, *Rinuncia abdicativa alla quota di comproprietà: tra tipicità e atipicità della fattispecie*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, I, 581: “Pur di fronte alla percepita assenza di dati normativi di riferimento, nessuno dubita che la rinuncia meramente abdicativa al diritto di comproprietà possa rivendicare una propria autonomia concettuale, vuoi in ragione dell’esistenza (di cui i citati artt. 882 e 1104 c.c. costituiscono applicazione) di una regola universale che valorizza la libertà negoziale dismissiva, vuoi in virtù di un parallelismo di disciplina rispetto alla rinuncia – pacificamente ammessa – alla proprietà piena ed esclusiva”.

²⁴³ E peraltro, come visto, non pacifica: cfr. MAZZARIOL, ult. cit., 582: “Una diversa soluzione sembrerebbe però suffragata dal peculiare meccanismo accrescitivo derivante dalla rinuncia abdicativa: (...) l’atto di rinuncia non può ritenersi recettizio poiché l’automatica *vis expansiva* delle quote aliene prescinde dalla volontà del rinunciante, ma deriva da un fenomeno indiretto che si produce *ipso iure* pur in assenza di alcuna comunicazione ai terzi beneficiari”.

nemo invitus locupletari potest), ma a maggior ragione quando vi siano gli effetti sfavorevoli sopra richiamati²⁴⁴.

Partendo dal dato testuale, anche qui l'automatismo degli effetti appare l'elemento decisivo nella risposta a un simile quesito.

Supponiamo che i comproprietari superstiti unanimemente rifiutino l'accrescimento delle rispettive quote di proprietà. A questo punto, ci troveremmo dinnanzi al paradosso per cui un bene sarebbe riconducibile *pro quota* al patrimonio di più soggetti ma, al tempo stesso, per una sua parte (*rectius* quota) sarebbe *res nullius* (in una sorta di "vacanza parziale"). La soluzione appare subito come non prospettabile, poiché incompatibile con il nostro ordinamento e con la natura stessa del diritto di proprietà.

Pertanto, deve escludersi la facoltà di rifiuto dell'accrescimento: l'ingerenza in questo caso è inevitabile, residuando al più per i contitolari rimanenti l'(estrema) possibilità di rinunciare all'intera quota di loro proprietà²⁴⁵.

²⁴⁴ Come riconosciuto anche da MAZZARIOL, ult. cit., 583: "Si tenga peraltro conto che l'effetto incrementativo potrebbe non risultare in concreto favorevole agli altri comproprietari, sui quali finirebbero per gravare in misura assai maggiore le posizioni debitorie inerenti alla cosa (si pensi agli oneri fiscali, alle spese straordinarie necessarie per la ristrutturazione o all'eventuale responsabilità per danni ex art. 2051 c.c.)".

²⁴⁵ Ancora MAZZARIOL, ult. cit., 583: "Occorre difatti considerare che le richiamate ipotesi codicistiche di rifiuto, ammesse espressamente dal legislatore, operano sempre in situazioni in cui l'arricchimento della sfera giuridica altrui consegue direttamente dall'atto di autonomia privata del terzo; viceversa, in tema di rinuncia abdicativa, la riespansione delle quote d'altri discende non già dal negozio abdicativo del compartecipe, quanto dall'intrinseco carattere di elasticità attribuito al diritto di (com)proprietà. (...) Se si segue questo approccio, dubbia appare perciò la possibilità per il compartecipe di rifiutare l'incremento proporzionale della propria posizione giuridica: allo stesso – se vorrà sottrarsi all'acquisto – non rimarrà che rinunciare, a sua volta, all'intera quota accresciuta di cui è divenuto titolare".

Brevemente, le stesse considerazioni possono farsi anche per i casi disciplinati dagli artt. 882 c.c. e 1070 c.c.

Partendo dall'ipotesi delle riparazioni del muro comune, l'obbligo di contribuzione alle riparazioni e ricostruzioni costituisce applicazione speciale del principio generale già esaminato ex art. 1104 c.c.

È interessante sottolineare che il comma secondo dell'art. 882 esplicita un caso in cui il comproprietario non può esimersi dall'obbligo di contribuire alle spese: quello del muro che sostenga un edificio di spettanza del rinunciante. Pure il comma terzo, conformandosi a basilari principi di ordine più generale, statuisce che la rinuncia non è liberatoria laddove le riparazioni

Peraltro, ricollegandosi alla causa della rinuncia e alla distinzione tra effetti diretti e riflessi, un particolare e recente fenomeno pare aver messo in crisi tale monolitica diade: si tratta dell'adozione di questa fattispecie per eludere il problema dell'elevata imposizione fiscale degli atti traslativi a titolo oneroso e ai vari profili di "instabilità" riconnessi alla donazione (cfr. MAZZARIOL, ult. cit., 585 ss.). Si pensi all'esempio (riportato sempre in MAZZARIOL, ult. cit., 586) del padre che alieni al figlio una quota infinitesima di un immobile e poi, venutasi a creare tra i due una comunione ordinaria, rinunci alla propria quota accrescendo in tal modo quella del figlio; oppure al caso di due soggetti che anziché scambiare mediante il negozio della permuta due beni si istituiscano ciascuno comproprietario del bene dell'altro e a breve distanza rinuncino alle quote sul proprio bene originario. Il tema, oltre che di rilievo per gli aspetti tributari, è stato affrontato dal Notariato (cfr. il già citato studio di Bellinvia). Altro caso esemplare in materia di multiproprietà (MAZZARIOL, ult. cit., 586): "Va segnalato che il tema della rinuncia abdicativa assume rilevanza operativa anche in relazione all'istituto della multiproprietà; discussa è, infatti, la possibilità di sottrarsi ai costi, spesso ingenti e crescenti, legati al bene attraverso un atto di rinuncia del diritto del multiproprietario. Una recente opinione, sul presupposto che tale fenomeno si configuri come una vera e propria comunione, attribuisce a ciascun multiproprietario la possibilità di liberarsi dagli obblighi di contribuzione in virtù dello strumento previsto dall'art. 1104 c.c.". Sul punto vedi anche GUIZZI, *In tema di rinuncia alla multiproprietà immobiliare*, in *Riv. not.*, 2014, 875 ss.

e/o ricostruzioni siano state causate da fatto proprio del rinunciante.

Quanto agli effetti, valga quanto già osservato parlando dell'art. 1104 c.c.²⁴⁶

Interessante quanto rilevato da autorevole autore, secondo il quale la facoltà di rinuncia può essere esercitata fino a quando gli altri condomini non abbiano accettato la proposta di eseguire le riparazioni, così essendosi determinato il contributo di ciascuno alla spesa; in tal caso si ritiene essersi manifestata la volontà di non avvalersi della rinuncia e di concorrere alla spesa²⁴⁷.

L'art. 1070 c.c. disciplina invece l'ipotesi dell'abbandono liberatorio del fondo servente.

Dal testo della norma si comprende che trattasi di una rinuncia particolare, precisamente in quanto effettuata "a favore del proprietario del fondo dominante": in prima battuta quindi è forse improprio parlare di rinuncia²⁴⁸.

²⁴⁶ Cfr. BELLONI PERESSUTTI, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2014, Art. 882, II.1: "La rinuncia (che non può essere parziale) deve essere eseguita con la forma scritta (art. 1350 n. 1) e deve essere trascritta per poter essere opposta ai terzi (art. 2643, n. 5): determina incremento delle quote degli altri condomini".

²⁴⁷ DE MARTINO, *Della proprietà*⁴, in *Commentario Scialoja-Branca*, cit., 319.

²⁴⁸ Cfr. NOCERA, cit., 585: "È infatti importante precisare che l'abbandono ai sensi dell'art. 1070 c.c. non rappresenta una vera e propria rinuncia, in quanto l'acquisto della proprietà da parte del proprietario del fondo dominante avviene per esplicita previsione legislativa, evitando l'altrimenti operante regola dell'art. 827 c.c.". Vedi anche MACIOCE, cit., 172-173: "Ciò può dirsi, ad esempio, con riguardo all'ipotesi di abbandono liberatorio di cui all'art. 1070 c.c. la cui configurabilità come negozio rinunciativo, se non è preclusa dalla natura dell'atto, che si è visto essere negoziale, lo è invece in considerazione sia del contenuto causale dell'atto e della qualificazione dei corrispondenti effetti, preordinati tanto alla liberazione dall'obbligo del rinunciante quanto alla estinzione di una posizione attiva del terzo ed al correlativo acquisto della proprietà del fondo da parte di quest'ultimo (...); sia in considerazione della necessaria partecipazione del terzo per il verificarsi dell'effetto acquisitivo della

Rectius, è corretto parlarne con riferimento alle spese, poiché nel caso di specie occorre scindere la vicenda in due parti: il proprietario del fondo servente da un lato rinuncia al proprio diritto per liberarsi dalle spese che gli sono connesse, dall'altro non abbandona *tout court* il diritto ma lo offre/rivolge ad un soggetto ben determinato²⁴⁹.

Vista la natura di rinuncia *in certam personam*, la dottrina qualifica l'atto come recettizio, con ciò che ne consegue²⁵⁰.

proprietà del fondo servente: manifestazione di volontà che, raccordandosi alla produzione dell'effetto essenziale della dichiarazione, conferirebbe struttura bilaterale alla fattispecie, in contrasto con il carattere unilaterale del negozio di rinuncia" nonché p. 152: "[l'abbandono ex art. 1070 c.c.] ha, correlativamente, per il terzo, un diretto effetto estintivo di una sua precedente situazione attiva e cioè la titolarità della servitù. La dottrina parla di rinuncia (...) qualificata dal particolare connotato causale derivante non solo dal diretto effetto estintivo dell'obbligazione del rinunciante (effetto liberatorio), ma anche dall'effetto satisfattivo della dichiarazione nei confronti del destinatario dell'atto; effetto causalmente collegato a quello liberatorio e consistente nell'acquisto del diritto di proprietà da parte del titolare del fondo dominante".

²⁴⁹ Questa bivalenza della rinuncia ex art. 1070 c.c. ha dato luogo ad un panorama assai variegato di letture da parte degli interpreti. Varie le tesi: una prima ipotesi vede nella dichiarazione del titolare del fondo servente un atto irrevocabile di rinuncia alla proprietà del fondo e una proposta di alienazione del diritto al titolare del fondo dominante (e mentre la liberazione dall'obbligazione delle spese si verifica immediatamente, il passaggio di proprietà risulterebbe subordinato all'accettazione della controparte, applicandosi in difetto l'art. 827 c.c.; per altri, invece, in difetto la proprietà verrebbe riacquistata dal soggetto rinunciante). Una seconda e più recente ipotesi, invece, mette in discussione addirittura la rinuncia *de quo* come negozio unilaterale, interpretandola quale contratto unilaterale avente ad oggetto l'alienazione del fondo che si perfeziona secondo lo schema dell'art. 1333 c.c. Per tutti i riferimenti bibliografici, cfr. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2014, Art. 1070, I.2.

²⁵⁰ SICCHIERO, cit., 606: "La dichiarazione risulta infatti rivolta a persona determinata e proprio la subordinazione dell'effetto alla ricezione della comunicazione accolla al proprietario del fondo servente l'onere della tempestività nella rinuncia medesima. Diversamente, infatti, il titolare del fondo dominante ben potrebbe da un lato chiedere giudizialmente l'esecuzione delle opere necessarie e dall'altro domandare il risarcimento del danno causato dall'inerzia dell'obbligato". Cfr. anche BIANCA, *La proprietà*, cit., 653, per cui la liberazione del proprietario del fondo servente è un effetto che si produce immediatamente, fin da quando la dichiarazione giunge a conoscenza del

Ma allora, ci si può chiedere con approccio critico perché la rinuncia contemplata dall'art. 1070 c.c. sia da intendere come recettizia (perché rivolta *in certam personam* secondo lo stesso *dictum* della legge), mentre invece quella prevista dall'art. 1104 (o anche dall'art. 882 c.c.) non debba esserlo, quando invece la natura elastica del diritto di proprietà e l'automatismo dell'accrescimento *pro quota* in capo ai comproprietari superstiti predeterminano senza alcuna possibilità di equivoco quali saranno i soggetti che succederanno al rinunciante nella titolarità del bene (*rectius* della sua quota).

Senza dimenticare che la recettizietà risponde a esigenze minime di tutela del soggetto ingerito, subordinando la produzione degli effetti alla conoscenza della dichiarazione di rinuncia²⁵¹, ma lascia irrisolta la questione della possibilità di opporsi alle conseguenze negative che questa comporta; né la rinuncia al proprio diritto può ritenersi una vera opzione ben proporzionata o bilanciata rispetto alle esigenze da contemperare.

Risulterebbe invece più coerente con lo spirito del nostro ordinamento ampliare la possibilità da parte del terzo di rifiutare il diritto da altri rinunciato, come nel caso dello Stato per immobili il cui acquisto comporterebbe oneri finanziari²⁵²: lo scoglio

proprietario del fondo dominante (senza che ne occorra l'accettazione). Sulla recettizietà cfr. anche GIAMPICCOLO, cit., 67.

²⁵¹ MACIOCE, cit., 171: "Solo la produzione di effetti diretti dell'atto nella sfera giuridica altrui può giustificare la tutela accordata al terzo che, attraverso la conoscibilità dell'atto, può regolare di conseguenza i propri interessi".

²⁵² Vedi SICCHIERO, cit., 621: "Anche a condividersi la pretesa irrilevanza in sede dogmatica dell'effetto acquisitivo in capo al terzo, non sembra peraltro potersi negare a questo la possibilità di rifiutare il diritto da altri rinunciato, giacché si avrebbe altrimenti – ma solo per i casi di rinuncia – un acquisto della proprietà che deriva dall'altrui volontà: ipotesi che non pare potersi ammettere

maggiore pare essere rappresentato allora dalla natura elastica del diritto di proprietà, nonché dall'impossibilità di una "vacanza parziale" che nelle ipotesi degli artt. 882 e 1104 c.c. non lascia spazio alcuno al rifiuto da parte dei comproprietari superstiti.

È forse opportuno a questo punto un distinguo.

Nel caso del bene gravato da un diritto reale minore, al venir meno di questo il diritto di proprietà si riespande: il proprietario acquisisce facoltà e diritti che prima gli erano negati in forza del diritto di un terzo che insisteva sul bene.

Invece, nel caso del comproprietario rinunciante, il diritto dei contitolari superstiti cambia (in aumento) più che espandersi nelle facoltà: in altre parole non viene meno una limitazione²⁵³, ma piuttosto si modifica proprio il diritto stesso (o meglio la misura della quota).

Trattandosi di beneficio, perché non applicare quindi il principio *invito beneficium non datur*? La risposta sta probabilmente nella difficoltà di risolvere il dilemma *supra* anticipato: che ne sarebbe della quota del rinunciante qualora tutti i contitolari rifiutassero l'accrescimento?

L'unica possibile soluzione, *de iure condendo*, sarebbe forse la possibilità di subordinare l'efficacia della rinuncia al consenso dei contitolari: questo, però, a scapito tanto

senza ostacoli anche solo a considerare le possibili conseguenze negative di un acquisto non voluto di un bene dannoso.. (...) Anche la considerazione della rinuncia come puro atto unilaterale non recettizio, produttivo direttamente del solo effetto dismissivo, rispetto al quale ogni altra conseguenza giuridica assumerebbe natura di mero effetto riflesso, per quanto soddisfi esigenze di simmetria e di una costruzione concettuale unitaria dell'istituto, non corrisponde tuttavia alla sostanza normativa che si coglie nelle disposizioni del codice".

²⁵³ Anche se è pur vero che ogni contitolare limita gli altri nell'esercizio del loro diritto.

dell'unilateralità della fattispecie quanto, forse, della coerenza del sistema²⁵⁴.

4. *Una rinuncia peculiare: la remissione del debito (cenni)*

Il dibattito sulla natura unilaterale o bilaterale ha toccato anche un particolare tipo di rinuncia, ossia la rinuncia al diritto di credito o remissione del debito (art. 1236 c.c.)²⁵⁵.

Quel che interessa è notare come la rinuncia, pur perfetta, possa essere "improduttiva di effetti ovvero soggetta alla loro eliminazione, in dipendenza della manifestazione di volontà di un terzo"²⁵⁶.

Si avvicina a questa ipotesi proprio la remissione del debito: trattasi di una dichiarazione unilaterale con cui il creditore rimette il debito (quindi rinunciando al proprio credito), che produce effetti (l'estinzione dell'obbligazione) nel momento in cui viene comunicata al debitore ma fa salva la possibilità, da parte di quest'ultimo, di dichiarare entro congruo termine²⁵⁷ di non volerne profittare.

Prima di addentrarsi nella tematica della struttura del negozio, merita soffermarsi brevemente sui confini tra

²⁵⁴ Non sarebbe però incompatibile con il diritto di ciascun comproprietario di alienare la propria quota a terzi senza il consenso degli altri comunisti: in quel caso, infatti, non verrebbe a mutare il loro diritto, come invece nell'ipotesi della rinuncia.

²⁵⁵ In generale, sulla unilateralità o bilateralità della rinuncia cfr. MACIOCE, cit., 157 e seguenti. In particolare, con cenni sulla dottrina francese e tedesca alle note 216 e 217 (entrambe a favore della tesi della unilateralità).

²⁵⁶ MACIOCE, cit., 159.

²⁵⁷ E per congruo si discute se debba farsi riferimento all'art. 1333 co. 2 c.c. oppure ai principi di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c., per cui parametro sarebbe costituito dalle qualità delle parti e dalle circostanze fattuali del caso specifico. Cfr. ZACCARIA, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2014, Art. 1236, II.3.

remissione del debito e rinuncia al credito: le due ipotesi, pur simili, in realtà divergono.

Ragionando in base ai punti tracciati in precedenza sull'effetto tipico ed esclusivo della rinuncia (che è effetto abdicativo), si nota come “la funzione estintiva dell'obbligazione non è funzione rinunciativa”²⁵⁸: in tal senso, quindi proprio secondo l'effetto diretto della remissione ne va esclusa la riconducibilità ai casi di rinuncia.

Diverso il caso della rinuncia al credito, che invece realizza pienamente – ed esclusivamente – l'interesse del creditore ad “abdicare al diritto fuoriuscendo dal rapporto”²⁵⁹.

²⁵⁸ MACIOCE, cit., 149. Infatti, come esplicitato dall'autore, “non può ritenersi rinuncia la remissione del debito, il cui effetto negoziale consiste proprio nella liberazione del debitore e nella estinzione dell'obbligazione”.

²⁵⁹ *Ibid.* Segue: “Ma [la rinuncia] non comporta come effetto essenziale l'estinzione del correlativo debito, effetto che invece si qualifica come eventuale e riflesso; ciò che consente l'inquadramento della rinuncia al diritto di credito fra i negozi rinunciativi. In altre parole, il vantaggio patrimoniale che consegue il debitore in conseguenza della remissione è effetto diretto della fattispecie remissiva, che è appunto riguardata dal legislatore quale mezzo di estinzione dell'obbligazione; nella rinuncia al credito che ha (...) una sua autonomia concettuale ed un suo autonomo rilievo empirico, il vantaggio conseguente all'estinzione dell'obbligo è solo un effetto mediato del negozio che produce l'abdicazione dal diritto”. E ancora (154): “Nella remissione, causa ed effetto della dichiarazione sono insieme direttamente preordinati all'estinzione dell'obbligazione, e la fuoriuscita del soggetto dal rapporto non è in funzione dell'estinzione pura e semplice del rapporto stesso ma è diretta a conseguire la cessazione del vincolo con conseguente vantaggio del debitore, spiegando direttamente effetti nella sfera del terzo”. Cfr. anche SICCHIERO, cit., 620-621: “La rinuncia non potrebbe confondersi poi con la remissione (...), giacché solo per la remissione l'effetto ‘immediato e diretto’ sarebbe la produzione del vantaggio economico a favore del terzo, donde la differenza ‘dallo schema logico della rinuncia’ di cui, come più volte rammentato, l'effetto a favore dei terzi sarebbe solo indiretto e riflesso” e ancora “La remissione, quale atto a favore del terzo, soggetto a rifiuto con effetto retroattivo, sarebbe caratterizzata dalla instabilità, laddove la rinuncia, non venendo in considerazione per l'acquisto in capo al terzo, non porrebbe le medesime problematiche”. Vedi anche NOCERA, cit., 584: “Allo stesso modo la rinuncia al credito è fattispecie diversa dalla remissione del debito laddove questa presenta un *quid novi* in quanto, pur tacendo della differente struttura necessariamente bilaterale e mai unilaterale, il creditore intende precipuamente estinguere l'obbligazione

In altre parole, la configurazione del negozio rinunciativo sarebbe compatibile unicamente con la qualificazione di effetti riflessi di quei particolari effetti altri ed ulteriori rispetto a quello meramente abdicativo²⁶⁰.

Ciò premesso, è discusso – come si anticipava – se la remissione configuri un negozio unilaterale o bilaterale²⁶¹.

La questione si intreccia con l'individuazione dell'esatto momento in cui si verifica l'effetto estintivo: in questo proprio la lettera dell'art. 1236 c.c. (superando anche i dubbi che erano insorti nella vigenza del codice del 1865) esplicita che tale effetto si verifica a partire dalla comunicazione della dichiarazione al debitore.

Non viene riconosciuto a tutela del debitore il diritto a concorrere alla formazione dell'atto estintivo: piuttosto, questi può rifiutare l'effetto con una dichiarazione che lo rimuove ancorché già prodottosi²⁶².

liberando il debitore, mentre lo stesso beneficio è nella prima *figura iuris* effetto meramente riflesso ed eventuale, ben potendo non realizzarsi in ipotesi ad esempio di rinuncia di un creditore solidale la quale lascerebbe intatta l'obbligazione del debitore rispetto agli altri condebitori in solido”.

²⁶⁰ MACIOCE, cit., 150.

²⁶¹ Cfr. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, cit., 146 ss. e 250 ss.; TILOCCA, *La remissione del debito*, Padova, 1955, 20 ss. e, dello stesso autore, la voce *Remissione del debito* in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968, 391 ss. e 402 ss.; FERRI, *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, 71, nt. 123; GENTILE, *La natura giuridica della remissione del debito*, Messina, 1965, 16 ss.; MOSCARINI, cit., 55 ss.; GIACOBBE-GIUDA, *Remissione del debito (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 773 ss.; BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1991, 463 ss.; SOLIDORO MARUOTTI, *La remissione del debito*, in *Trattato Garofalo e Talamanca*, III, *I modi di estinzione*, a cura di Burdese e Moscati, Padova, 2008, 562 ss.

²⁶² Cfr. VENTURELLI, cit., 531. Per questo la dottrina predominante è in favore della tesi che qualifica la remissione come negozio unilaterale, nello specifico risolutivamente condizionato all'opposizione del debitore (debitore che infatti non è tenuto ad alcun comportamento attivo per contribuire all'estinzione dell'obbligazione). Sul punto, per una bibliografia essenziale cfr. ZACCARIA, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, cit., 1340, I.1. In

Questo per salvaguardare il ben noto principio *invito beneficium non datur*: questo beneficio ad un soggetto altro rispetto al remittente, qualificandosi come effetto precipuo della remissione, è un'attribuzione che va trattata nell'ottica dei principi che regolano le relazioni tra i soggetti, poiché non è più possibile – per i motivi di cui *supra* – rileggere la remissione come negozio meramente abdicativo²⁶³.

Ciò che appare chiaro, ad ogni modo, è l'esistenza di un potere in capo al debitore di “neutralizzare il negozio e i suoi effetti”²⁶⁴.

giurisprudenza, vd. *ex multis* Cass. 22 febbraio 1995 n. 2021: “Nell'ambito dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, mentre l'accordo remissorio, diretto ad estinguere il debito verso il pagamento, da parte del debitore, di una quota di esso, costituendo un tipico negozio a struttura bilaterale (o plurilaterale), si perfeziona con il consenso manifestato da entrambe le parti, la remissione del debito, ai sensi dell'art. 1236 c.c., è strutturata quale negozio unilaterale recettizio relativamente al quale la dichiarazione *a parte creditoris* si presume accettata dal debitore, e diventa pertanto operativa dei suoi tipici effetti estintivi dal momento in cui la comunicazione perviene a conoscenza della persona alla quale è destinata (art. 1334 c.c.), a meno che questa, avuto conoscenza della manifesta volontà remissiva, non dichiari entro un proprio termine di ricusarla e, quindi, di non volerne profittare”.

²⁶³ VENTURELLI, cit., 530: “Taluni ponevano l'accento sulla necessità che al debitore, indirettamente coinvolto dalla vicenda dismissiva, fosse assicurato il potere di opporsi alla stessa, sicché il momento estintivo del rapporto era subordinato al mancato rifiuto del debitore, in applicazione del principio secondo cui *invito beneficium non datur*, strettamente collegato a quello di relatività degli effetti giuridici, in forza del quale il negozio unilaterale, così come il contratto, non possono produrre effetti nella sfera giuridica di persone diverse dai loro autori”. In parte diversa sul punto la lettura di CICALA, cit., 184: “Invero il rispetto dell'altrui sfera (...) non significa che al negozio debba necessariamente partecipare il soggetto nella cui sfera si verifica l'effetto (...), non indica cioè l'inidoneità tecnica del negozio ad operare direttamente anche nella sfera di chi non ne è autore”. Peraltro il nostro ordinamento espressamente riconosce e tutela l'interesse del debitore a liberarsi dall'obbligo attraverso l'adempimento (cfr. GIAMPICCOLO, cit., 99): interesse che in questo caso tende a prevalere, diversamente da quanto visto invece nell'ipotesi dell'adempimento da parte di un terzo.

²⁶⁴ MACIOCE, cit., 163. Cicala (cit., 181 ss.) parla in proposito di tutela dell'interesse del debitore a non essere liberato mediante remissione, e non del mero interesse ad adempiere. E certo non è persuasiva l'obiezione di chi

E a maggior ragione quindi si coglie la differenza con la rinuncia, che pur al netto delle riflessioni critiche già esposte si caratterizza per la sufficienza della sola volontà del rinunciante per produrre l'effetto tipico abdicativo.

Correttamente quindi si è espresso Cicala quando ha affermato che "l'interesse che sta a base del potere di opporsi alla remissione non è (...) un interesse proprio del *debitore come tale* – l'interesse ad adempiere – bensì è l'interesse, *del soggetto in generale*, a che altri non operi nella sua sfera, anche se vantaggiosamente (dal punto di vista economico)"²⁶⁵.

Si sottolinea così la necessaria anteriorità logica dell'autonomia del singolo sulla propria sfera giuridica, come tale in grado di informare di sé la regolamentazione degli effetti che possono o non possono prodursi nella sfera giuridica di un soggetto contro la sua volontà²⁶⁶.

afferma che la 'riattribuzione del diritto al creditore' a seguito della dichiarazione del debitore di non voler profittare della remissione andrebbe anch'essa assoggettata al principio *invito beneficium non datur*, dovendosi impedire di "infliggere al creditore un diritto che egli non vuole" (CERCIELLO, *La remissione del debito*, Roma, 1923, 29): come osserva Cicala (*ibid.*), "il creditore è già tale per effetto del fatto o atto da cui il suo credito sorse: non è che il debitore ora voglia, con un suo atto di autonomia, infliggergli il diritto. Il creditore, rinunciando al credito, opera sulla situazione preesistente, invadendo la sfera del debitore; il rifiuto del debitore (...) ripristina la situazione preesistente, sulla quale il creditore non poteva liberamente operare, perché col solo suo atto non può interferire definitivamente sulla sfera del debitore".

²⁶⁵ CICALA, cit., 186 ss. In altre parole, logicamente preminente rispetto alla pretesa di adempiere è la pretesa ad essere esclusivi titolari della facoltà di incidere sulla propria sfera giuridica: "Il debitore può respingere il vantaggio dell'estinzione del debito non perché la liberazione leda un suo diritto, o un suo interesse comunque rilevante, ad adempiere, bensì semplicemente perché l'altrui atto di autonomia deve rispettare la sua sfera" (*ibid.*). Ciò si verifica anche nella remissione del debito: "L'art. 1236, conferendo al debitore il potere di opporsi alla remissione, esprime il principio del rispetto dell'altrui sfera" (p. 193).

²⁶⁶ Ancora CICALA, cit., 187: "Destinatario ipotetico del *beneficium non gradito* è il soggetto in genere e non il debitore in particolare; *beneficium* è anche l'acquisto di un diritto e non solo la liberazione da un debito. Il principio, proprio per questa sua genericità, tutela un interesse del soggetto in genere, debitore

o no, non un interesse specifico del debitore in quanto tale, cioè l'interesse ad adempiere: l'interesse tutelato dev'essere identificato alla luce della concreta portata positiva del principio (...) che si esaurisce nel limitare l'autonomia privata del soggetto”.

CAPITOLO IV

LA GESTIONE DI AFFARI ALTRUI

Art. 2031 Codice Civile – Obblighi dell'interessato

Qualora la gestione sia stata utilmente iniziata, l'interessato deve adempiere le obbligazioni che il gestore ha assunte in nome di lui, deve tenere indenne il gestore di quelle assunte dal medesimo in nome proprio e rimborsargli tutte le spese necessarie o utili con gli interessi dal giorno in cui le spese stesse sono state fatte.

Questa disposizione non si applica agli atti di gestione eseguiti contro il divieto dell'interessato, eccetto che tale divieto sia contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

SOMMARIO: 1. Panoramica - 2. Dai requisiti della *gestio all'utiliter coeptum* – 3. Una lettura metagiuridica dell'istituto – 4. Dall'utile gestione al soccorso privato – 5. *Negotiorum gestio* e prospettive di comparazione tra ordinamenti – 6. (segue) La teorica del *Good Samaritan* e il tema degli *unsolicited benefits*

1. Panoramica

Nell'affrontare la gestione d'affari altrui è ben più immediato cogliere la tensione presente nell'ordinamento tra due opposte esigenze: da un lato tutelare la libertà individuale, dall'altro non disincentivare azioni che, sia pure in apparenza lesive di quest'ultima, estrinsecano e traducono in realtà fattuale il valore della solidarietà enunciato anche dalla nostra carta costituzionale.

L'istituto nasce storicamente per regolamentare tutti quei casi in cui taluno assume consapevolmente la gestione di un

affare che compete ad altri senza esservi preventivamente obbligato²⁶⁷.

Un fenomeno che per sua natura mette in gioco più interessi e valori che il legislatore, sulla scorta di una millenaria elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, cerca di bilanciare e contemperare per riconoscerli adeguato peso.

La disciplina normativa è infatti un ponderato prodotto di più fattori: un atto²⁶⁸ gestorio che proviene da un soggetto che non è titolare della situazione giuridica in questione; l'intento/elemento psicologico del soggetto agente; l'ingerenza nella propria sfera giuridica subita dal soggetto titolare della situazione giuridica soggettiva *de quo*; gli effetti che la gestione produce; il risultato utile che la gestione può anche non arrivare a produrre; la necessità di scongiurare tanto un danno nella sfera del gerito quanto un suo ingiustificato arricchimento a sacrificio del patrimonio dell'agente.

Punto di partenza è proprio la deviazione rispetto alla regola tradizionalmente deputata a disciplinare l'efficacia

²⁶⁷ GALLO, voce *Gestione d'affari altrui*, in *Digesto discipline privatistiche*, 698: "L'istituto della gestione d'affari altrui trascende l'interesse personale dei singoli; è infatti conforme all'interesse della collettività che qualcuno, non importa chi, si curi della conservazione dei beni in modo tale da evitare l'inutile spreco di risorse". Sulla gestione, si vedano: FERRARI, voce *Gestione d'affari altrui (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, 645 ss.; SIRENA, *La gestione di affari altrui – Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit.; ARU, *Gestione d'affari*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981; CASELLA, voce *Gestione di affari (diritto civile)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*; DE SEMO, voce *Gestione di affari altrui (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*.

²⁶⁸ Cfr. BIANCA, ult. cit., 138: "Come fonte legale di obbligazioni e di poteri la gestione di affari altrui non è né un contratto né un negozio unilaterale bensì un fatto giuridico volontario, e precisamente un'attività (la cura dell'affare altrui) cui la legge riconnette determinati effetti. Anche se la gestione si esaurisce rispetto ai terzi in un solo negozio essa costituisce pur sempre un fare del gestore che si esplica sia nel compimento di atti giuridici sia nel compimento di atti materiali".

giuridica, per la quale possono prodursi effetti giuridici solo qualora titolare della situazione giuridica soggettiva e soggetto agente coincidano²⁶⁹.

E quindi, in linea di principio, l'intromissione non autorizzata negli affari altrui integra gli estremi di un atto illecito (*culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*²⁷⁰): tuttavia la ricorrenza di particolari requisiti che connotano l'ingerenza fa sì che l'ordinamento riconosca come lecita la condotta, secondo una prospettiva per la quale è meglio consentire gestioni utili sui beni altrui piuttosto che considerare tout court illecito qualunque tipo di intromissione²⁷¹.

I requisiti sono andati via via modellandosi alle mutate esigenze del contesto sociale nel corso dei secoli.

Nel diritto romano si usava distinguere tra due concezioni della *gestio*: la gestione cd. soggettiva, riferita alla tradizione romana preclassica, e la gestione cd. oggettiva, tipica invece del diritto giustiniano²⁷².

Nell'evoluzione dell'istituto si passò infatti progressivamente da un atteggiamento di rigida delimitazione (dettato dalla preoccupazione di preservare al massimo grado la signoria di ciascuno sulla propria sfera giuridica²⁷³) ad un sempre

²⁶⁹ Cfr. PANE, cit., 37 ss.: "La rigida regola che connota normalmente l'efficacia giuridica, in base alla quale è necessario che vi sia coincidenza tra il soggetto titolare dell'interesse e il soggetto autore della fattispecie dalla quale sono prodotti gli effetti che su quell'interesse vengono ad incidere, trova, in alcune ipotesi, dei correttivi". Va ricordato che in tema di rappresentanza la regola non risulta derogata grazie alla distinzione tra "parte in senso formale" e "parte in senso sostanziale".

²⁷⁰ L. 36, D, 17, I.

²⁷¹ Così anche GALLO, cit., 698.

²⁷² Cfr. PANE, cit., 13 ss.

²⁷³ E la rigidità riguardava soprattutto l'interpretazione dei requisiti dell'alienità dell'affare, dell'*utiliter coeptum* e dell'*absentia domini*.

minore sfavore, in considerazione anzitutto dell'espansione dei traffici commerciali nei territori dell'impero.

Se è vero che alla base di questo percorso sta anche un mutamento del quadro valoriale nella società romana, non si può tralasciare il fatto che gli interessi economici in gioco fossero grandemente più incisivi rispetto a concetti quali individualismo e solidarietà, propri semmai di una cultura giuridica successiva²⁷⁴.

Lo dimostra anche il fatto che mentre in precedenza era accordata tutela al soggetto gerito, ora veniva valorizzato anche l'interesse dell'agente a non subire una perdita patrimoniale in conseguenza del suo intervento²⁷⁵.

E quindi, la gestione divenne 'oggettiva' proprio perché si dava più importanza al semplice fatto della gestione di un affare oggettivamente di pertinenza alla sfera giuridica altrui.

Quanto più la ragione di questi aggiustamenti sta nel dare più tutela all'agente anziché al gerito, tanto più la *ratio* dell'istituto

²⁷⁴ Cfr. PANE, cit., 13-14: "Nell'ordinamento romano, ordinamento essenzialmente ispirato ad una logica di tipo individualistico, assumeva massima centralità il principio secondo il quale *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*, e quindi l'ingerenza non autorizzata nella sfera giuridico-patrimoniale di un'altra persona era sempre configurata quale atto illecito. L'intensificarsi dei traffici e degli scambi commerciali e la conseguente importanza riservata al momento economico fece sorgere nel mondo romano l'esigenza di introdurre alcune deroghe ed eccezioni all'accennato principio almeno nelle ipotesi di urgenza e di necessità al fine di raggiungere obiettivi di massima produttività dei beni". Diffusamente sul punto CENDERELLI, *La negotiorum gestio – Corso esegetico di diritto romano*, I, Torino, 1997.

²⁷⁵ Sempre PANE, cit., 16: "Finalità della compilazione giustiniana nel settore fu principalmente quella di evitare che si determinassero situazioni nelle quali alla perdita patrimoniale di un soggetto corrispondesse un correlativo arricchimento da parte di un altro senza che per tale trasferimento di ricchezza si potesse rinvenire alcuna giustificazione". D'altro canto, il divieto di arricchimento ingiustificato (*nemo ex aliena iactura lucupletari debet*) si affermò come principio in epoca posteriore a quella del diritto romano classico.

si modella e diventa quella di garantire la soluzione più equa possibile per gli interessi delle due parti in gioco, anziché accordare tutela esclusivamente al soggetto che deve subire l'intromissione.

Si passò così da una disciplina che accomunava sotto molti aspetti la *gestio* al mandato, ad una in cui invece le somiglianze e le interconnessioni più forti erano con la fattispecie dell'azione di arricchimento senza causa: di più, i confini tra le due figure risultarono a tal punto indistinti che bisogna attendere la dottrina francese della metà del XIX secolo per una ben precisa definizione dei diversi ambiti entro i quali possono operare²⁷⁶.

La ritrovata autonomia concettuale della *gestio* ha finito, paradossalmente, per limitare di molto l'ambito applicativo della fattispecie stessa, confinandola in una zona d'ombra dalla quale non sembra oggi più capace di uscire²⁷⁷: né abbondano tentativi

²⁷⁶ Cfr. AUBRY-RAU, *Cours de droit civil français*, Parigi, 1871, vol. IV, § 441, 724-726. La strada tracciata dai due giuristi fu percorsa entro breve tempo dalle corti francesi, che sancirono l'autonomia dell'azione di arricchimento senza causa (o *de in rem verso*) e ribadirono la necessità di provare l'*animus aliena negotia gerendi* per poter applicare la gestione d'affari (cfr. GALLO, op. cit., 699). Anche in Italia la giurisprudenza si adeguò prontamente a questo indirizzo: vd. Cass. Torino 19 febbraio 1897, in *Giur. Tor.*, 1898, 40 e Cass. Firenze 24 febbraio 1898, in *Foro Italiano*, 1898, I, 322. Va aggiunto che si è dovuto attendere una nota sentenza della Camera dei ricorsi della Corte di Cassazione francese per l'affermazione del principio per cui a nessuno è dato arricchirsi a danno di altri (15 giugno 1892, Boudier c. Patureau-Mirand).

²⁷⁷ Già ARU, cit., 2, riportava il dato di sole nove pronunce giurisprudenziali in materia nelle sentenze della Cassazione per il decennio 1958-1968. Cfr. BRECCIA, *La gestione di affari*, in *Trattato di Diritto privato* diretto da Rescigno, 9, Torino 1984, 738 ss.: "Nel tempo in cui viviamo si può dubitare della diffusione di una nuova sensibilità giuridica per le iniziative che, seppure dettate da intenti altruistici, comportino una ingerenza nella sfera privata di altri soggetti".

di rivitalizzare un istituto che pare oramai caduto in desuetudine²⁷⁸.

Premesso che la rapidità e l'efficienza dei mezzi di trasporto e comunicazione, nonché la notevole diminuzione di conflitti bellici che hanno spesso in passato dato luogo ai presupposti per l'applicazione dell'istituto, hanno pressoché eliminato la possibilità che taluno sia impedito a occuparsi di un proprio affare (*l'absentia domini*): ciò non significa che la gestione non possa mantenere (*rectius* riacquistare) un importante ruolo di *trait d'union* tra autodeterminazione del singolo e istanze di solidarietà sociale.

Si pensi, per fare un esempio, a tutti i casi in cui un'amministrazione pubblica sia incapace di garantire un servizio di pubblica utilità nei casi di emergenza e necessità, e a ciò provvedano privati cittadini (per tacere naturalmente dei casi in cui tale inerzia sia addirittura colpevole, e indipendente da fattori esterni o calamità naturali): detto che dottrina e giurisprudenza ammettono ormai pacificamente che di gestione d'affari si possa parlare anche nei casi in cui soggetto gerito sia la Pubblica Amministrazione²⁷⁹, oggi questo appare un terreno nel quale le

²⁷⁸ Un noto e recente caso in cui la Suprema Corte ha ritenuto di applicare la fattispecie gestoria è quello della locazione della cosa comune da parte di uno dei comproprietari (Cass. SSUU 4 luglio 2012 n. 11135). Galgano (in *Trattato di diritto civile*, Padova, 2015, 332) riporta un singolare caso di ampliamento dell'ambito applicativo della *gestio*, ossia quello dell'anticipo delle spese a carico dell'altro genitore per il mantenimento del figlio (cfr. Cass. 8 marzo 1983 n. 1687, in *Mass. Foro it.*, 1983).

²⁷⁹ La configurabilità della *negotiorum gestio* nei confronti della PA veniva tuttavia categoricamente esclusa fino a pochi decenni fa: la concezione in base alla quale la funzione di ogni ente pubblico non è delegabile (Zanobini) impediva alla radice qualsiasi sostituzione/surrogazione sia da parte di privati che da parte di altri enti di diritto pubblico. A tutt'oggi, non ostante ragioni sistematiche per escludere l'applicabilità in materia della gestione d'affari, posto che unico limite affermato dalla giurisprudenza (sia pure risalente) è il previo

norme sulla gestione d'affari possono rivestire ancora un'apprezzabile funzione nel nostro ordinamento.

2. *Dai requisiti della gestio all'utiliter coeptum*

La dottrina ha, come noto, suddiviso i presupposti della *negotiorum gestio* tra requisiti oggettivi e soggettivi²⁸⁰.

Tra quelli oggettivi rientrano:

riconoscimento dell'utilità da parte della PA stessa come presupposto per l'esercizio dell'azione (cfr. Cass. 24 luglio 1953 n. 2500 e Cass. 14 agosto 1953 n. 2747). L'ipotesi più ricorrente resta quella del cd. funzionario di fatto: sul punto, cfr. CASELLA, cit., 5-6: "Non sempre è inammissibile la gestione, in nome di un ente pubblico, da parte di un soggetto (cd. "funzionario di fatto") che compie atti amministrativi in difetto di investitura: talvolta gli atti da lui compiuti sono riconosciuti validi da espresse norme di legge o non sono invalidabili per difetto di interesse dell'amministrazione a rimuoverli". Per PANE (cit., 178 ss.) il problema dell'applicabilità della gestione d'affari alla PA "ha incontrato e, ancora di recente, incontra non poche resistenze che sostanzialmente si fondano sul concetto di discrezionalità amministrativa. Infatti, come più volte affermato, il riconoscimento dell'utilità, ovvero del vantaggio pubblico che dall'attività di gestione può derivare, in quanto apprezzamento discrezionale e tecnico, sfugge alla competenza del giudice, dovendosi farsi più concretamente rientrare tra i compiti propri della PA". Tuttavia questo resta il terreno in cui è più agevole dare alla *negotiorum gestio* nuova linfa nel diritto privato, stante la perdurante inerzia o ritardo delle amministrazioni pubbliche in situazioni critiche o di emergenza: né si vede perché il concetto di discrezionalità amministrativa valga di per sé a diversificare il caso da quello dell'ingerenza di un privato nella sfera di altro privato. *Contra*, recentemente, T.A.R. Campania sentenza n. 1138/2012: "Quando il *dominus* dell'affare non è una persona fisica, occorre aver riguardo, per valutare se sussista o meno quella paralisi di attività richiesta per la gestione, all'organo cui spetta la competenza di compiere l'atto, e nell'ipotesi in cui il *dominus* sia la PA, l'*absentia* (...) non può essere considerata ricorrente solamente a causa dei modi e dei tempi di deliberare e di operare della PA, anche se ciò può comportare ritardi e disfunzioni nello svolgimento di talune attività".

²⁸⁰ Preliminare è la definizione di atto di gestione, su cui vedasi PANE, cit., 106 ss. Si è assistito col tempo ad un progressivo ampliamento degli atti che possono essere oggetto della gestione d'affari, posto che dapprima si ritenevano inclusi solo quelli cd. di ordinaria amministrazione attesa l'esigenza di garantire una funzione dell'istituto meramente conservativa del patrimonio dell'interessato. Oggi si ritiene che vadano esclusi con certezza i soli atti cd. personalissimi, quindi tra gli altri le donazioni e il testamento, i cui effetti richiedono una manifestazione di volontà ed una condotta riferibili unicamente al titolare della situazione giuridica soggettiva.

- l'impossibilità di intervenire da parte del soggetto gerito (*absentia domini*)²⁸¹
- l'alienità dell'affare, *rectius* dell'interesse²⁸²
- l'utilità dell'inizio della gestione (*utiliter coeptum*)
- la spontaneità dell'intervento²⁸³

²⁸¹ Nel vigore del codice del 1865 questo requisito era inteso in modo rigoroso, conforme alla tradizione romana: era necessaria non solo l'*absentia*, ma anche l'*inscientia domini*, poiché grazie alla consapevolezza del *dominus* sarebbe stato possibile configurare un mandato tacito. Con l'intervento della giurisprudenza si è molto attenuata la nozione di assenza fisica (detto che il legislatore si riferisce a questa accezione semmai col termine 'lontananza') per lasciare il posto a un concetto più vicino alla semplice impossibilità a provvedere: fino a spingersi (Bianca) a identificare l'*absentia* con l'assenza di un esplicito divieto di intervento (*prohibitio domini*). Cfr. anche CASELLA, cit., 2: "Occorre che l'interessato alla gestione dell'affare 'non sia in grado di provvedervi esso stesso'. Principio fondamentale è quello della libertà di autodeterminazione degli interessi privati che l'ordinamento, anche per considerazioni di pubblica utilità, assicura a ogni soggetto capace. Se ne deduce che soltanto l'impossibilità materiale che impedisce al *dominus* la cura dei suoi interessi, legittima l'intervento del terzo, con intenti altruistici (...). Impossibilità che postula un oggettivo distacco del *dominus* dalla sua sfera giuridico-patrimoniale (...). Se è stato necessario od opportuno un intervento spontaneo di un terzo in un affare altrui, se ne deduce che il *dominus* doveva essere impedito a intervenire direttamente. E la salvaguardia dell'autonomia individuale tende a farsi meno gelosa e rigida, perché ben può il privato subire limitazioni e interferenze nell'esercizio dei suoi diritti, se ciò gli consente una vantaggiosa cura dei suoi interessi". Da queste righe emerge il concetto per cui la limitazione della libertà di un individuo è in realtà una misura che può andare a soddisfare il suo stesso interesse. Si veda anche Cass. 9 aprile 2008 n. 9269: "L'elemento caratterizzante della gestione d'affari consiste nella spontaneità dell'intervento del gestore nella sfera giuridica altrui, in assenza di qualsiasi vincolo negoziale o legale. Tale requisito si rinviene non solo quando l'interessato sia nella materiale impossibilità di provvedere alla cura dei propri affari ma anche quando lo stesso non rifiuti, espressamente o tacitamente, tale ingerenza da parte del *negotiorum gestor*".

²⁸² Col tempo, si è tuttavia ammesso che possa sussistere un concorso di interessi tra gestore e *dominus*, purché l'interesse di quest'ultimo sia preponderante. Cfr. sul punto Cass. 18 aprile 1985 n. 2577 e Cass. 13 febbraio 1978 n. 667. Tuttavia non può trattarsi di interesse in conflitto con quello dell'interessato (cfr. Cass. 22 dicembre 2004 n. 23823).

²⁸³ Ricompreso tra i caratteri oggettivi anziché tra quelli soggettivi perché per spontaneità deve intendersi l'oggettiva assenza di un obbligo di agire (*rectius*, anche pensando ad adempimenti spontanei di obbligazioni non coercibili quali quelle naturali: assenza di coazione giuridica, cfr. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., 9): se infatti in capo a colui che agisce

Unico requisito soggettivo è invece l'intenzione o consapevolezza da parte del gerente di gestire un affare altrui (*animus aliena negotia gerendi*)²⁸⁴.

Ciascuno di questi requisiti è stato modellato in modo tale da costituire un'adeguata tutela alla libertà di autodeterminazione del soggetto gerito: tuttavia, pur essendo i limiti tanto stringenti (o proprio in ragione di ciò)²⁸⁵, qualora il

sussistesse un obbligo giuridico, si ricadrebbe o nell'ambito del mandato o in uno dei vari casi di gestione *ex lege* di un patrimonio altrui (tutela e curatela). Cfr. CASELLA, cit., 3: "La determinazione volitiva del gestore è delineata dal concorso di queste due componenti: consapevolezza e spontaneità". Va sottolineato quindi che, sebbene alla spontaneità possa accompagnarsi un intento altruistico, questo è in concreto irrilevante per l'integrazione del requisito e l'applicazione della disciplina della *gestio*, poiché trattasi di un elemento psicologico che certo colora l'azione del soggetto ma non è necessario: l'elemento importante è l'assenza di qualsiasi obbligo giuridico (e peraltro, nulla vieta che ad un obbligo giuridico si adempia anche con spirito altruistico, oltretutto in quanto obbligati). Cfr. anche PANE, cit., 60, che invece sottolinea ancora una volta il legame tra azione del gestore e intento solidaristico: "La spontaneità dell'agire del gestore, nel segnare una delle diversificazioni più rilevanti sotto il profilo ricostruttivo tra le due figure, rende particolarmente apprezzabile sul piano normativo il suo intervento che si specifica in un intento di solidarietà nei confronti dell'interessato". Si veda sul punto Cass. 25 maggio 2007 n. 12280, che riprende a sua volta Cass. 30 novembre 1988 n. 6499: "L'elemento peculiare che diversifica la gestione di affari altrui da tutte le altre ipotesi in cui l'attività svolta per conto dei terzi costituisce l'adempimento di un obbligo legale o convenzionale del cooperatore, è dato dalla spontaneità dell'intervento del gestore, e quindi dalla mancanza di un qualsivoglia rapporto giuridico in forza del quale il gestore sia tenuto ad intervenire nella sfera giuridica altrui".

²⁸⁴ Questo è invece, a differenza della spontaneità dell'intervento, un punto nel quale l'elemento psicologico ha un'importanza fondamentale: in questo frangente è effettivamente premiata una condotta altruistica al punto che viene penalizzato l'errore nel compimento dell'atto di gestione. Cfr. BIANCA, ult. cit., 146: "Chi gestisce un affare di altri credendo erroneamente di gestire un affare proprio realizza un'interferenza nella sfera giuridica del terzo che è estranea alla causa della gestione di affari altrui, e che non obbliga pertanto il soggetto ad interessarsi ulteriormente di ciò che non gli spetta". Si può quindi dire che il requisito non è integrato in caso di errore oppure qualora ricorra l'intenzione di trarre un vantaggio ingiusto (*animus depredandi*).

²⁸⁵ Cfr. PANE, cit., 31: "Si avverte una diffidenza a volte inconsapevole della dottrina (...) che può essere ricondotta in via generalissima (...) ad una costante preoccupazione: quella di preservare la sfera di autoregolamentazione che

soggetto agente operi entro questo perimetro la sua condotta diventa lecita ed è possibile anzi che eventuali effetti negativi vengano posti unicamente a carico del soggetto gerito, come si chiarirà meglio *infra*.

Se certo la meritevolezza *dell'animus aliena negotia gerendi* evidenzia un chiaro favore dell'ordinamento per l'agire altruisticamente orientato, il fulcro dell'intera disciplina della gestione resta senz'altro l'utilità della stessa.

Mentre categorie morali quali altruismo e solidarietà hanno un ruolo e un significato nel primo requisito, ponendo attenzione al risultato (utile o meno) della gestione si coglie molto più forte la dimensione giuridica della vicenda gestoria, quella che deve infatti arrivare a contemperare l'interesse del gerente con quello del gerito²⁸⁶ qualora vi sia conflitto tra gli stessi all'esito della gestione.

Appare non controverso in dottrina che per utilità si fa riferimento ad un vantaggio di tipo economico-patrimoniale²⁸⁷:

competete al singolo in relazione ai propri affari da ingerenze non autorizzate e, quindi, presumibilmente non desiderate di terzi”.

²⁸⁶ Vd. CASELLA, cit., 4: “L'*utiliter coeptum* impronta di sé anche altri requisiti essenziali (*l'absentia* e *l'animus aliena negotia gerendi*), che illumina e qualifica. Ciò non può non accadere (...) in una società permeata di utilitarismo (spesso eufemisticamente definito come solidarietà e benevolenza). L'esistenza dell'utilità è richiesta all'inizio della gestione del terzo ed è quella che la motiva e la giustifica”. Cfr. anche PANE, cit., 39: “Tale efficacia giuridica è dalla legge ricollegata alla sussistenza dell'utilità iniziale della gestione che viene ad integrare la ragione giustificativa dell'ingerenza non autorizzata ed al contempo il presupposto necessario per l'operatività della gestione nei confronti dell'interessato”.

²⁸⁷ Vd. SIRENA, cit., 314-315: “Fin dalla Glossa, si è delineata la tendenza a ravvisare l'utilità della gestione di affari altrui nella vantaggiosità economica dell'affare compiuto dal soggetto agente, individuando così il fondamento dell'azione di rimborso nell'aumento di valore del patrimonio del soggetto gerito”.

ciò non toglie che, come per altri settori del diritto privato²⁸⁸, l'interesse del soggetto gerito possa essere preminentemente economico ma non esclusivamente tale. Basti pensare a casi in cui l'atto di gestione si concretizzi nella prestazione di una cura medica o nella cura dei defunti²⁸⁹.

I profili dibattuti sull'utilità della gestione sono essenzialmente due: da un lato, la contrapposizione tra utilità iniziale e utilità finale; dall'altro, una nozione di utilità oggettiva che si contrappone a quella di utilità in senso soggettivo.

Partendo da quest'ultimo punto, prima di verificare se l'utilità vada interpretata come risultato concreto o solo presumibilmente raggiungibile bisogna intendersi su quale sia il concetto stesso di utilità²⁹⁰.

L'utilità per il soggetto Tizio può infatti certamente non coincidere con un'utilità astrattamente immaginata per l'uomo medio o *bonus pater familias*: basti pensare a colui che faccia riparare con urgenza il tetto pericolante o la porta malandata dell'edificio del vicino. Chiunque potrebbe ammettere che si tratta di un comportamento che ha arrecato (o è idoneo ad arrecare) un'utilità al soggetto gerito, ma *quid iuris* se il vicino aveva in realtà deciso di abbandonare l'immobile?

²⁸⁸ Cfr. DONISI, *La "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Rassegna Diritto Civile*, 1980, 1 ss.

²⁸⁹ Corrispondente all'antica *actio funeraria* del diritto romano, concessa dal pretore per permettere il recupero delle spese sostenute da parte di chi (*funeratores*) avesse organizzato un funerale pur non incombendo a lui il relativo onere.

²⁹⁰ Cfr. anche SIRENA, cit., 318: "A partire dal secolo scorso (il diciannovesimo, *nda*), è stata teoricamente dibattuta l'alternativa fra la volontà, reale o presunta, del soggetto interessato (utilità soggettiva) e il suo interesse oggettivo, eventualmente desunto dal modello di comportamento del buon padre di famiglia (utilità oggettiva)".

La giurisprudenza ha progressivamente avvalorato la concezione oggettiva, in base alla quale si può ravvisare un'utilità ogniqualvolta sia stata esplicata un'attività che, producendo un incremento patrimoniale o comunque evitando una diminuzione patrimoniale, sarebbe stata esercitata dal *dominus* quale *bonus pater familias*²⁹¹.

Non v'è dubbio che giustifichi tale posizione anzitutto l'esigenza di garantire e incentivare la conservazione dei patrimoni: più si oggettivizza la nozione di utilità, meno remore potrà avere il soggetto agente a porre in essere la condotta anche a dispetto dell'interno volere del soggetto gerito.

Si può quindi dire che la scelta porta senz'altro maggiore certezza nei rapporti tra privati, nella misura in cui potrà prescindersi volta per volta dall'analisi dell'utilità attesa, sperata o voluta da parte del soggetto gerito.

Certo, ciò non toglie che si dovrà pure tenere in considerazione la concreta situazione in cui versa il gerito, ma senza che questi elementi fattuali e concreti facciano venire meno la preminenza dell'utilità come verrebbe intesa dall'uomo di ordinaria diligenza²⁹².

²⁹¹ Cfr. Cass. 18 marzo 1989 n. 1365 e Cass. 25 luglio 1980, GC, 1980, I, 2402. Vd. anche CASELLA, cit., 4: "L'accertamento dell'utilità va compiuto adottando criteri oggettivi. Rileva l'utilità intesa in senso economico. È tale non soltanto un lucro emergente, ma anche una evitata diminuzione del patrimonio del *dominus* che economicizza una spesa cui era obbligato". Sul punto TOMMASI, *Note in tema di gestione di affari altrui*, in *I contratti*, 12/2010, 1166: "Rispetto alle attività discrezionali, infatti, sembra opportuno valutare la sussistenza dell'utilità della gestione con riferimento all'interesse del *dominus*, perché nessuno meglio dell'interessato può conoscere ciò che per lui è utile e perché una diversa scelta rischierebbe di mortificare la sua autonomia privata".

²⁹² Sempre CASELLA, cit., 4-5: "L'ingerenza del terzo nella gestione di un affare altrui è consentita, infatti, in considerazione dell'utilità sociale dell'intervento. L'utilità, tuttavia, non va determinata applicando parametri astratti o generici (quali, ad esempio, quelli ipoteticamente attribuiti a un *homo oeconomicus* di

Chi argomentasse dicendo che ciò che è utile per i più sarà utile comunque al soggetto interessato, pare tuttavia accontentarsi di una mera finzione, o meglio ancora sembra in ogni modo alla ricerca di una *ratio pro gerito* della scelta. *Ratio* che però manca: all'ipotetico proprietario immobiliare del nostro esempio, poco interesserà di avere un immobile valorizzato se, per motivazioni che all'ordinamento non devono interessare, già aveva deciso di abbandonarlo.

Dovrà quindi comunque tenere indenne il soggetto che abbia posto in essere quell'atto di gestione.

E, va aggiunto, anche sposando la nozione soggettiva di utilità risulterebbe difficile non accordare ristoro al gerente quantomeno ex art. 2041 c.c.: l'arricchimento ingiustificato cui fa riferimento la norma prescinde da connotazioni di carattere soggettivo per soffermarsi sul binomio (oggettivo) diminuzione patrimoniale-arricchimento corrispondente. In altre parole, al soggetto agente resterebbe comunque la tutela accordata dall'azione per ingiustificato arricchimento anche non volendogli concedere la più favorevole disciplina della *negotiorum gestio* (più favorevole perché idonea a ristorare integralmente il gerente

normale diligenza): essa va determinata con riguardo alla peculiare situazione dell'amministrato e alle utilità che egli è in grado di trarre dai suoi affari, impiegando i suoi mezzi nelle attività che gli sono consentite e consuete". Vd. anche PANE, cit., 55: "La valutazione dell'utilità iniziale prescinderebbe del tutto dalla soggettiva intenzione dell'interessato, cioè da ciò che egli avrebbe fatto se non fosse stato impossibilitato ad agire, per incentrarsi su un criterio astratto di valutazione, espresso in termini di normalità e opportunità dell'intervento". È in altre parole non una valutazione prognostica dell'interesse del singolo, ma una valutazione oggettiva dell'interesse della comunità. Sul concetto di utilità si vedano anche Cass. 18 marzo 1989 n. 1365, Cass. 25 maggio 2017, n. 12280 e Cass. 13 ottobre 1961 n. 2634 in *Foro it.*, 1962, I, 200 ss.

e non nella sola misura/limite dell'arricchimento pecuniario del gerito).

Certo, la tutela mancherebbe del tutto qualora il risultato della gestione non fosse utile, ovvero nel caso in cui a fronte dell'impoverimento del gerente mancasse un corrispondente arricchimento del gerito.

È chiaro quindi che mantiene centralità il rapporto tra atto gestorio e risultato finale.

La produzione nella sfera giuridica dell'interessato degli effetti discendenti dalla gestione si giustifica solo e soltanto nella misura in cui l'interveniente ponga in essere una condotta idonea al raggiungimento di un vantaggio: e tale idoneità non può che risultare dall'esame del fine utile cui tende l'azione e delle modalità che connotano questa azione²⁹³.

È palese che, intendendo l'utilità come prospettiva ragionevolmente conseguibile al momento dell'inizio dell'azione, si tutela il gestore piuttosto che l'interessato: infatti, analogamente a quanto esposto sul binomio utilità oggettiva/utilità soggettiva, il gestore già sarebbe tutelato

²⁹³ Cfr. BIANCA, ult. cit., 147: "Un risultato finale eventualmente negativo non toglie che l'intervento del gestore fosse giustificato se al momento di assunzione della gestione questa si presentava vantaggiosa per l'interessato". Vd. anche PANE, cit., 51: "Pur se la valutazione della ricorrenza dell'*utiliter coeptum* va compiuta *ex post*, cioè quando l'attività è già stata posta in essere, tuttavia essa deve essere riferita al momento iniziale della gestione considerando l'astratta idoneità dell'atto e/o dell'attività al conseguimento dell'utile risultato". Si veda anche Cass. 25 maggio 2007 n. 12280: "Per aversi gestione di affari occorre l'utilità iniziale della gestione, la quale sussiste quando sia stata esplicita un'attività che producendo un incremento patrimoniale e risolvendosi in un'evitata diminuzione patrimoniale, sarebbe stata esercitata dallo stesso *dominus* quale buon padre di famiglia se avesse dovuto provvedere efficacemente da sé alla gestione dell'affare".

dall'azione di ingiustificato arricchimento in caso di utilità finale²⁹⁴.

Anticipare quindi il momento nel quale va accertata la bontà dell'intervento garantisce un'ulteriore tutela al gerente e consente di poter prescindere totalmente dall'utilità finale eventualmente conseguita.

Ciò beninteso non toglie che al gestore resti l'obbligo di continuare diligentemente la gestione utilmente iniziata²⁹⁵.

A questa posizione però si è giunti dopo approfondito dibattito.

L'*utiliter coeptum* ha infatti vissuto molteplici evoluzioni e interpretazioni nel corso del pensiero giuridico.

Nelle fonti del diritto romano si parlava di *utiliter coeptum* in stretta correlazione col concetto di necessità: era in altre parole utile ciò che poteva ritenersi indispensabile per la cura

²⁹⁴ D'altro canto, vi è unanimità di vedute in dottrina nel riconoscere l'azione di arricchimento senza causa qualora l'utilità sia solo finale ma non iniziale: cfr. BRECCIA, cit., 732, CASELLA, cit., 4, PANE, cit., 52, FERRARI, cit., 25 ss. e GALLO, cit., 704.

²⁹⁵ Cfr. GALGANO, *Trattato*, cit., 330: "Il gestore, per il solo fatto di avere iniziato, pur senza esservi obbligato, la gestione dell'affare altrui, è tenuto a continuarla, allo stesso modo di un mandatario e secondo le norme del mandato, fino a quando l'interessato non sia in grado di provvedervi da sé stesso: non può, in altre parole, lasciare a mezzo l'opera spontaneamente intrapresa nell'interesse altrui". Vd. anche MUCCIOLI, *Le carambole sistematiche della gestione di affari*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010, 281 ss.: "Nell'obbligo del gestore di proseguire la gestione ai sensi dell'art. 2028 c.c. si è colta un'ipotesi applicativa della teoria d'origine tedesca degli obblighi di protezione, ponendo l'accento sullo scopo restitutorio della figura". Vedasi anche PANE, cit., 67, sui margini di manovra che pure residuano al gestore nella continuazione dell'attività: "Una volta operata la scelta, pur in presenza del sorgere di un obbligo legale alla continuazione dell'attività spontaneamente intrapresa, viene lasciata alla discrezionalità del gestore, nei limiti di un comportamento diligente e secondo buona fede, la determinazione attinente ai criteri, alle modalità e ai tempi relativi all'espletamento dell'affare".

degli interessi del *dominus*²⁹⁶, al punto che in caso di affari solamente utili ma non anche necessari il gerente manteneva un diritto a essere tenuto indenne solo nel limite dell'effettivo arricchimento conseguito dal diretto interessato (anziché integralmente come nel caso di affari necessari).

La distinzione in realtà verrà in seguito recepita solo dall'ABGB austriaco (§ 1036-1037), sebbene anche l'ordinamento anglosassone parli esplicitamente di *agency of necessity*²⁹⁷.

Cionondimeno, oggi occorre constatare che la compressione della sfera giuridica del soggetto gerito arriva al punto che non solo l'utilità eventualmente conseguita non può essere rifiutata (in deroga alla strutturazione tradizionale del canone d'intangibilità e dei corollari che ne conseguono), ma addirittura l'esito non positivo della gestione rimane a suo carico in uno – ancor più importante – con l'obbligo di tenere indenne il soggetto gerente delle spese e dei danni eventualmente affrontate/patiti.

²⁹⁶ Cfr. BIONDI, voce *Gestione di affari altrui (Diritto romano)*, in *Novissimo Digesto italiano*, VII, Torino, 1961, 812 e SIRENA, cit., 311 ss. Quest'ultimo cita l'esempio di Gaio (D. 3, 5, 21) dell'acquisto di frumento e vino per il mantenimento della famiglia del soggetto gerito.

²⁹⁷ Cfr. GALLO, cit., 708: "Nei paesi di common law è stato e continua ad essere molto difficile giungere a configurare un qualche cosa di analogo al nostro istituto della gestione d'affari. Anche la gestione d'affari, ridotta ai suoi termini essenziali, consiste infatti in un comportamento dell'impoverito a vantaggio dell'arricchito". Negli Stati Uniti la giurisprudenza ammette ormai esplicitamente la possibilità di ottenere il rimborso delle spese effettuate a favore di un altro sempre che l'intervento sia dettato da una situazione "*only where the need is immediate, absolute and imperative*".

3. Una lettura metagiuridica dell'istituto

Alla luce di quanto finora esaminato, è ancora possibile considerare la gestione d'affari il punto d'incontro tra tutela dall'intromissione nei propri affari e salvaguardia dell'interesse della collettività?

Non c'è infatti dubbio che il canone dell'intangibilità della sfera giuridica altrui sia principio di ordine pubblico: tutelando il singolo, la legge tutela indirettamente l'intera collettività e la pace sociale²⁹⁸ o, detto in altri termini, se l'ordinamento mantiene come valore fondante il sistema stesso l'utilità per ciascuno, mediatamente tutelerà ed incoraggerà l'utilità per tutti.

Tuttavia, non tanto per le considerazioni etiche o sociali che riguardano l'agire del gerente (spontaneità come assenza di obbligo, ma anche altruismo come possibile moto interiore)²⁹⁹

²⁹⁸ Cfr. DE SEMO, *La gestione di affari altrui nella teoria e nella pratica*, Padova, 1958, 26: "Da un lato, invero, occorre salvaguardare da influenze altrui la sfera patrimoniale dei singoli, con i diritti reali e di obbligazione che vi confluiscono o ne promanano, in coerenza alla massima *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*, che si risolve in un solenne principio di ordine pubblico, nella prudente tutela di un interesse anche collettivo; ma, dall'altro, sul multiforme terreno della vita giuridica si manifestano di frequente situazioni tali, che lo spirito di benevolenza e di umana solidarietà suggerisce a terzi di gestire gli affari altrui, allorquando per l'assenza o per altro impedimento dell'avente diritto (...) costui ne riporterebbe un danno talora irrimediabile. Pertanto, non può dubitarsi che la severa rigidità della predetta massima debba in tali circostanze venir mitigata, flettendola ad un opportuno criterio di utilità individuale e, mediatamente, sociale".

²⁹⁹ Peraltro, spontaneità e altruismo dell'intervento sono fattori che suggeriscono una notevole vicinanza con l'elemento volontaristico proprio degli atti di autonomia privata, con ciò che ne consegue sull'inquadramento della gestione tra i fatti o gli atti giuridici (cfr. MUCCIOLI, cit., 282). Non va dimenticato che l'istituto veniva un tempo ricompreso nei quasi-contratti, ricalcando quella categoria delle *variae causarum figurae* di gaiana memoria nella quale confluivano tutti quei fatti giuridici idonei a diventare fonti di obbligazione ma al di fuori della bipartizione contratto/delitto. La finzione alla base della dizione quasi-contratto è stata abbandonata dalla prima metà dello scorso secolo, quando si è accettato che fosse incongruente discorrere di elementi volontaristici (tipici del contratto) laddove questi siano assenti.

quanto per gli effetti sulla sfera giuridica aliena che la legge espressamente disciplina, non v'è dubbio che la *negotiorum gestio* resti il campo in cui più forte il canone di intangibilità si sfuma.

Anche volendo rileggere l'utilità non già come vantaggio rivolto ad esclusivo beneficio dell'interessato, bensì come effetto positivo che si riflette sulla società³⁰⁰, si avvalora un'argomentazione che in realtà fittiziamente sostituisce all'utilità del singolo l'utilità del gruppo.

Resta sempre aperta e insoddisfatta l'istanza del singolo a non volere quella utilità: al soggetto cui viene riparata la porta o il tetto di un immobile che intende dismettere, ben poco importa che da questa intrusione derivi alla società un qualche vantaggio (comunque riflesso) per l'apprezzamento del suo bene. Importerà invece di più l'obbligo di far fronte all'esborso sostenuto dal solerte vicino e/o di onorare il compenso del fabbro o dell'impresa edile che hanno portato a termine i lavori.

Né si può esigere che ciascuno prevenga simili situazioni affiggendo cartelli di minacce o divieti a curarsi dei suoi beni: ciò sarebbe non solo impossibile e finanche grottesco, ma anche paradossale in un ordinamento come il nostro che è così imperniato della tutela delle libertà fondamentali della persona e, in specie, della proprietà.

Sull'inquadramento dogmatico della *gestio*, cfr. MUCCIOLI, cit., 286 ss. e SIRENA, *La gestione di affari altrui come fonte quasi-contrattuale dell'obbligazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1997, I, 249 ss.: in quest'ultimo contributo si colgono le affinità (per dirla con l'autore, la "comune ascendenza dogmatica") tra gestione di affari, pagamento di indebito e arricchimento senza causa, accomunate da analogie nella formulazione logica e linguistica (in specie, pp. 255 ss.).

³⁰⁰ Così PANE, cit., 44 ss.

Sembra quindi più corretto evitare corposi panegirici sulla solidarietà sociale come prevalente fondamento dell'istituto³⁰¹: o perlomeno, si ammetta che la solidarietà non va intesa nell'accezione (invero assai inflazionata) che ne dà il dettato costituzionale³⁰², bensì in quella che è volta a perseguire scopi di mera utilità economica o produttività.

³⁰¹ Peraltro anche PANE (cit., 78-79), affrontando il dibattito sulle teorie soggettivistiche od oggettivistiche nelle quali è stato riletto il requisito dell'alienità dell'affare, ammette la necessità di temperare e oggettivizzare la funzione solidaristica: "Tali affermazioni non tendono a negare il fondamento solidaristico che permea l'istituto bensì semplicemente ad ancorarlo al ricorso e, quindi, alla effettiva rilevazione di dati oggettivi. In termini più precisi la funzione solidaristica della gestione di affari che si sostanzia nell'agire per la cura di un interesse altrui non dipende dalla intenzione pur lodevole del gestore ma dalla concreta riferibilità alla sfera giuridica dell'interessato di una attività che in via potenziale è programmata al conseguimento di un utile risultato". Il fondamento solidaristico dell'istituto nasce negli ultimi decenni del XIX secolo, prima nella dottrina francese e poi in quella tedesca (cfr. KOHLER, *Die Menschenhilfe im Privatrecht*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 25, 1887). Sul punto vedasi SIRENA, *La gestione di affari altrui – Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, cit., 430 ss. Secondo TOMMASI, cit., 1168, "l'applicabilità delle norme sulla *negotiorum gestio* anche quando un soggetto agisca senza l'intenzione di perseguire l'esclusivo interesse del *dominus*, ma nella sola consapevolezza dell'altruità dell'affare, consente di mettere in discussione l'assunto dell'esclusiva funzione solidaristica dell'istituto". Per BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 107, l'obbligo di rimborsare il gestore non trova fonte nello squilibrio patrimoniale tra le sfere di interessi dei soggetti, ma nella funzione economico-sociale di solidarietà del comportamento che il diritto ritiene meritevole di tutela. Naturalmente copiosa è la bibliografia in tema di art. 2 Cost. e solidarietà: si rinvia in tema *ex multis* a CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005 e BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

³⁰² Cfr. PANE, cit., 47 ss., sull'art. 2 Cost.: "Tale norma pur se nata dalla confluenza di filoni di pensiero di varia matrice che le assegnavano una valenza ed una funzione diversa (...) rappresenta senza dubbio un'idea forte del nostro sistema. Idea che coniugando solidarismo e personalismo, l'uno in funzione dell'altro, è tesa a sostituire alla logica della indolenza quella dell'intervento, all'indifferenza la cooperazione al servizio della persona, dei suoi interessi e dei valori, disposti secondo una graduazione, gerarchicamente ordinata che si estende da quelli di natura esistenziale sino a comprendere anche quelli di natura economica". E ancora: "Il collegamento in funzione strumentale del solidarismo al personalismo (...) rende lecita anzi meritevole la ingerenza del terzo in tutte quelle situazioni nelle quali, in considerazione della accennata graduazione degli interessi presenti nel nostro ordinamento, essa tenda a realizzare, attraverso un sacrificio economico dell'interessato, quei doveri

Non va dimenticato che la solidarietà si pone nettamente al di fuori delle logiche di mercato tipiche del rapporto tra i privati³⁰³: essa è tuttavia perlomeno un dovere, sancito dalla Costituzione e dotato quindi di autonoma rilevanza giuridica nell'ordinamento, a differenza dell'altruismo che pure ricorre così frequentemente nella bibliografia sulla gestione d'affari.

Deve essere chiaro che l'altruismo fa riferimento ad una dimensione esclusivamente soggettiva e psicologica dell'interno volere del gerente, una colorazione del motivo che lo spinge a prendersi cura di un affare altrui: il concetto di altruismo è intrinsecamente impregnato di moralità ed etica, ma in tale ambito deve restare confinato³⁰⁴.

Senza dimenticare che in concreto potrebbe pur sempre mancare.

Non è infatti possibile escludere che chi interviene sia mosso piuttosto da intento egoistico o da semplice

inderogabili di solidarietà che su di lui gravavano nei confronti dei terzi determinati o della collettività”.

³⁰³ Sul punto si veda diffusamente FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, in *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, Padova, 2003. Lo stesso altruismo parrebbe avere ben flebile diritto di cittadinanza nelle logiche di mercato, come ricordava JHERING, *Lo scopo nel diritto*, a cura di Losano, edizioni Aragno, Torino, 2014, 61: “L'agire a vantaggio di altri non implica il superamento dell'egoismo” e ancora p. 67 “non esiste un agire a vantaggio altrui nel quale il soggetto non voglia, al tempo stesso, qualcosa per sé” e 95: “Benevolenza e beneficenza sono il volere e il fare il bene ad altri di per se stesso, cioè senza proprio tornaconto: essi presuppongono quindi un atteggiamento altruistico. Che il sistema dei traffici non si possa fondare su questo motivo è tanto chiaro, da non dover neppure essere discusso” e questo proprio perché (*infra*, p. 106) “i traffici sono il sistema perfetto dell'egoismo, nulla di più”.

³⁰⁴ Cfr. TOMMASI, cit., 1168: “Ai fini della configurabilità della gestione di affari altrui, non ha rilievo determinante l'elemento soggettivo e intenzionale del gestore, il suo animo solidale o interessato e neppure la circostanza che egli possa trarre un vantaggio diretto o indiretto dalla gestione. Occorre, piuttosto, fare riferimento agli aspetti oggettivi inerenti i caratteri dell'attività nella quale ci si ingerisce e agli interessi coinvolti nel suo svolgimento”.

autocompiacimento: non potrebbe forse essere che il vicino curi la riparazione dell'immobile altrui perché interessato ad un futuro acquisto, o perché semplicemente ne gradisce le fattezze³⁰⁵?

Sarebbe peraltro impossibile indagare volta per volta se il gerente è in concreto mosso ad agire per spirito altruistico.

La verità è che questo intento – sia pure ricorrente nella maggioranza dei casi – è irrilevante: né la disciplina legislativa evidenzia di prenderlo in considerazione³⁰⁶.

Quindi si accetti, in altre parole, che scopo della disciplina è essenzialmente evitare l'impoverimento del gerente³⁰⁷: tanto nel caso di gestione utilmente iniziata ma conclusasi con un risultato negativo a detrimento della posizione dell'interessato,

³⁰⁵ Sempre TOMMASI, cit., 1169: “La legge (...) dal punto di vista soggettivo non richiede che il gestore sia animato da spirito solidale, ma solo che assuma scientemente la gestione. Si aggiunga che non sempre chi agisce senza essere obbligato lo fa per scopi di umana solidarietà. Niente vieta, infatti, di pensare che il gestore intraprenda l'affare perché spera che il *dominus*, pur non essendo obbligato dalla legge, gli elargirà un compenso”.

³⁰⁶ Cfr. PANE, cit., 73: “La meritevolezza di tutela del comportamento del gestore che vale a distinguerlo rispetto all'illecita intromissione nell'ambito della sfera giuridica altrui, rendendo possibile il dispiegarsi degli effetti obbligatori, riposa non tanto sulla ricorrenza dell'intento altruistico del gestore quanto sulla funzione solidaristica in concreto svolta dalla sua attività. Tali premesse consentono di poter qualificare l'attività del gestore, almeno per quanto attiene al rapporto interno tra gestore ed interessato, quale fatto particolarmente qualificato al quale l'ordinamento giuridico ricollega la produzione degli effetti obbligatori”. In senso analogo anche CASELLA, cit., 4: “Nella spontaneità si suole ravvisare anche un intento di generosità e solidarietà. Ed è possibile che ciò avvenga, almeno in molti casi. Questa ulteriore specificazione dell'interno volere, è, però, irrilevante per qualificare la gestione d'affari e per l'applicazione della sua disciplina”.

³⁰⁷ Cfr. SIRENA, ult. cit., 317 ss.: “È richiesto che la gestione sia ‘utilmente iniziata’ (*utiliter coeptum*), non già che essa arricchisca effettivamente il soggetto interessato o, comunque, lo avvantaggi (*utiliter gestum*): contrariamente ai rimedi fondati sul divieto di ingiustificato arricchimento, quindi, il rischio dell'affare gerito grava sul soggetto interessato, non sul soggetto agente”.

quanto nell'ipotesi di utile gestione (finale) che però arreca al gerito un beneficio non voluto³⁰⁸.

In entrambe le situazioni (e sia pure con tutte le cautele approntate dai requisiti normativamente previsti per l'applicazione della disciplina), parlare di signoria del singolo sulla propria sfera giuridica è semplicemente non più pertinente, poiché vengono meno i due corollari fondamentali del principio: il diritto a non subire un danno e il diritto a rifiutare un beneficio non desiderato.

Come è stato correttamente evidenziato, parlare di utilità della gestione di un affare altrui in termini di vantaggio economico anzi "presuppone il riconoscimento di un vero e proprio potere legale di amministrazione del patrimonio altrui, sebbene subordinato, secondo l'orientamento largamente prevalente, all'assenza del titolare"³⁰⁹.

L'esatto contrario del canone di intangibilità della propria sfera giuridica.

4. Dall'utile gestione al soccorso privato

La gestione d'affari avrà pure una portata residuale e, al giorno d'oggi, certo sono assai rari i casi in cui dell'istituto si discute nelle aule di tribunale: eppure, costituisce l'esempio più chiaro per smentire la presunta indiscutibilità del principio di intangibilità.

³⁰⁸ La tutela del gestore è tanto più evidente nel DCFR, laddove l'art. [V.3:101] gli attribuisce il diritto a essere tenuto indenne in quanto abbia ragionevolmente agito per gli scopi della gestione anche qualora in concreto difetti la piena capacità in capo al gestore.

³⁰⁹ SIRENA, ult. cit., 316.

È semmai vero che anziché discutere della concezione della sfera giuridica di ciascuno come monade distinta e compartimentalizzata rispetto alle altre, si deve piuttosto ammettere l'esistenza di una realtà che lascia molto spazio al fenomeno della cooperazione giuridica³¹⁰.

Anzi, è corretto dire che proprio l'impedimento del titolare a occuparsi del proprio affare consente quell'intromissione oggetto della *negotiorum gestio* e di necessità comporta una interrelazione tra gerito e gerente³¹¹.

Ma nel concetto di impedimento o *absentia* possono senza dubbio rientrare situazioni assai diverse tra loro quali disinteresse, inerzia, necessità/urgenza e/o pericolo.

³¹⁰ Cfr. SIRENA, ult. cit., 310: "Al di là della sua ricostruzione dogmatica, in ogni caso, l'intendimento dell'utilità (iniziale) della gestione di affari altrui come presupposto degli effetti giuridici dell'istituto è stato principalmente determinato dalla tradizionale riconduzione di quest'ultimo al fenomeno giuridico della cooperazione, in cui l'attività (materiale ovvero giuridica) del soggetto agente è compiuta nell'interesse altrui". Sul particolare caso del negozio autorizzativo nell'ambito della cooperazione giuridica, cfr. PANE, cit., 62 ss. Per MUCCIOLI, cit., 288: "Si ravvisa (nella gestione, *nda*) un comportamento di cooperazione, cui, proprio in ragione di tale funzione 'che lo caratterizza tipicamente come comportamento tenuto nella vita di relazione', è possibile attribuire la qualifica di negozio giuridico". Va peraltro dato conto della posizione di Betti, che vide nell'intrapresa della gestione una prima ipotesi di contatto sociale tra la sfera di interessi del gestore e quella del soggetto gerito (cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 111). Per BIANCA, ult. cit., 138, la gestione è un "fatto giuridico volontario, e precisamente un'attività (la cura dell'affare altrui) cui la legge riconnette determinati effetti".

³¹¹ Così PANE, cit., 89: "Proprio la determinazione del contenuto tipico della c.d. *absentia domini*, la sua essenzialità o meno ai fini del perfezionamento dello schema gestorio rappresentano altrettanti punti nodali del discorso sulla ricostruzione dell'istituto, in quanto chiamati a segnare i confini entro i quali il principio di autodeterminazione in ordine alla cura dei propri interessi cede all'intervento altrui. Sì che non di illecita invasione della sfera giuridica aliena si potrà parlare ma di valido strumento di cooperazione al fatto giuridico altrui. Se infatti il concetto di *utilitas* segna le finalità del rapporto gestorio, quello di *absentia* viene a determinare il quando".

Vi è chi ha costruito su queste sfumature la possibilità di legittimare l'intervento quando questo vada a beneficio di interessi primari di terzi o della collettività, e purtuttavia il *dominus negotii* abbia espressamente proibito l'ingerenza³¹².

Invero, la *prohibitio domini* è un atto dell'interessato che è di per sé idoneo a ristabilire e riaffermare nei confronti dei terzi la piena signoria sulla propria sfera giuridica, rendendo illecito il comportamento successivo del gerente che abbia comunque optato per l'azione³¹³.

La libertà individuale, limitata da ragioni di interesse sociale che ammettono l'atto di gestione, riemerge così e prevale in caso di manifestazione di volontà contraria da parte dell'individuo.

Tuttavia, non è sempre consentito al singolo di inibire la dinamica dell'utile gestione determinando la prevalenza del proprio interesse privato su quello collettivo.

Anzitutto, occorre che il gestore sia a conoscenza del divieto, o perlomeno possa diligentemente esserne consapevole.

³¹² Così PANE, cit., 93: "In tutte queste ipotesi, nelle quali la gestione potrà realizzare i suoi effetti anche in presenza di un divieto dell'interessato, è opportuno fare ricorso ad un criterio di valutazione più sfumato, tale da ritenere l'*absentia* comprensiva di situazioni di inerzia o di tolleranza".

³¹³ Così BIANCA, ult. cit., 148: "La rilevanza del divieto si spiega in quanto mediante tale atto l'interessato provvede, sia pure negativamente, al proprio affare (...). Ne consegue che il divieto deve avere un contenuto specifico e deve inoltre essere inteso in relazione alla situazione attuale dell'interessato. Non basta, quindi, che l'interessato proibisca genericamente l'intromissione altrui, e non basta neppure una proibizione specifica se in un tempo successivo risulta un'imprevista necessità di intervento e l'interessato non è in grado di provvedere". Per FERRARI, cit., 654 ss., la *prohibitio* va classificata come elemento accidentale negativo della fattispecie gestoria. Sul punto cfr. anche GALLO, cit., 704.

Ma, soprattutto, in taluni casi è lo stesso art. 2031 c.c. a chiarire che il divieto dell'interessato non trova applicazione qualora "sia contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume"³¹⁴.

Tipico ambito di esclusione dell'efficacia della *prohibitio domini* è quello dei diritti della personalità³¹⁵, tra cui a titolo di esempio l'ipotesi del soggetto che presti ugualmente gli alimenti in vece del gerito e anzi contro il suo stesso divieto³¹⁶.

³¹⁴ Cfr. Cass. 17 luglio 1969 n. 2636: "La *negotiorum gestio prohibente domino* (...) è configurata normalmente come intervento di un terzo, che, stante l'inadempimento di un obbligo, avente contenuto di un dovere giuridico di ordine pubblico, da parte del soggetto obbligato, si sostituisce spontaneamente a questo nell'adempimento di tale obbligo, nonostante l'opposizione dello stesso obbligato. Ne consegue che in tale figura di gestione la *utilitas* è insita nel fatto stesso dell'intervento del terzo, e non è richiesta l'*absentia* dell'obbligato quale causa dell'inadempimento. Sono quindi requisiti necessari di detta figura esclusivamente l'inadempimento di un obbligo, avente il contenuto sopra specificato, da parte del soggetto obbligato, e l'intervento del terzo con l'intento di adempiere l'obbligo altrui, ossia di gestire l'affare altrui".

³¹⁵ Cfr. PANE, cit., 101: "Valori che in via prioritaria possono individuarsi nel rispetto della persona umana, della sua libertà anche dal bisogno e che rappresentano altrettante posizioni fondamentali, primarie e inalienabili alla luce delle quali valutare e regolare i rapporti tra privati".

³¹⁶ Cfr. anche GALLO, cit., 704 e ancora BIANCA, ult. cit., 149: "Devono considerarsi in particolare senza effetto i divieti che pregiudicano diritti della personalità (es. divieto di prestare gli alimenti) o che compromettono l'utilità sociale della proprietà". Per PANE, cit., 98, "a conclusioni del tutto diverse si può giungere (...) in quelle situazioni nelle quali si fuoriesce dalla sfera di disponibilità dell'affare o meglio dell'interesse a questo sotteso, per addentrarsi in quello della doverosità del comportamento, cioè in quell'area nella quale non è più dato al titolare la possibilità di valutare se agire o meno in quanto la sua attività è rivolta a realizzare interessi primari e fondamentali di terzi determinare o a soddisfare esigenze sociali alle quali è riconosciuta una tutela preminente". Vedi anche TOMMASI, cit., 1164: "Emerge l'opportunità di graduare la rigidità dei suoi elementi costitutivi (della *gestio, nda*) che si riducono sensibilmente quando si tratta di attività alle quali il *dominus* è tenuto in base alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume e, ancora di più, quando vengano in rilievo obblighi che coinvolgono interessi indisponibili". Per l'autrice è il requisito dell'*absentia domini* a dover essere differentemente graduato in caso di attività discrezionale o doverosa del *dominus*, come espresso anche dalla suprema corte nella pronuncia n. 2636/1969 sopra citata: "Nel caso di attività discrezionali, il non essere in grado di provvedere da parte dell'interessato va interpretato in senso rigido. Si deve ritenere, cioè, che l'*absentia domini* si

I valori fondanti del *commune vivere* restano quindi prevalenti nel giudizio di bilanciamento con la libertà di autodeterminazione del singolo, che in essi (in questo come in altre ipotesi) trova i suoi limiti³¹⁷.

Altro problema è allora capire cosa succeda nel caso in cui l'atto di gestione – sebbene legittimamente proibito – sortisca un risultato utile per l'interessato. Al gerente residuerà o meno una qualche azione a tutela delle sue pretese restitutorie?

Secondo un primo orientamento, sarebbe sempre possibile esperire l'azione generale di arricchimento senza causa.

configuri solo quando il *dominus* non abbia provveduto a causa di una situazione di impossibilità, dato che, soltanto in tale circostanza può ritenersi superato il rischio di ledere la sua autonomia (...). Con riguardo alle attività doverose, il non essere in grado di provvedere può essere inteso in senso tutt'altro che rigido e, quindi, tale da includere non solo i casi in cui è impossibile che il *dominus* adempia ai suoi obblighi, ma anche tutti quelli nei quali ha mancato, o si è rifiutato di adempiere o semplicemente è stato inerte”.

³¹⁷ Questo perché la gestione d'affari è già un istituto che deroga al principio di autodeterminazione ma necessita di una meritevolezza dell'intervento in sé, che naturalmente rimane e prevale anche sul divieto del *dominus negotii* quando siano in gioco i diritti della persona. Così anche PANE, cit., 97: “L'istituto della gestione di affari altrui si pone quale deroga al principio di autodeterminazione che compete al singolo in ordine alla cura dei propri affari. Deroga che per operare deve rinvenire una giustificazione che renda l'intervento del terzo meritevole di tutela ed al contempo socialmente apprezzabile”. Per TOMMASI, ult. cit., “Quanto meno discrezionale è l'attività del *dominus*, tanto più diminuisce la necessità di configurare rigidamente i requisiti richiesti perché possa delinarsi una gestione di affari altrui. In questo modo, lungi dal limitare la garanzia giuridica della libertà di autodeterminazione del *negotiorum gestus*, si stabilisce l'ambito operativo della gestione di affari proprio in correlazione con le esigenze di tutela della sua autonomia”. L'autrice sottolinea che anzi, in questa particolare fattispecie, il divieto dell'interessato ha un peso specifico ben superiore a quanto non abbia in altre ipotesi, su tutte l'adempimento del terzo già esaminato, in cui l'opposizione del debitore non è di per sé sola idonea a impedire l'atto solutorio del terzo. Anche per FERRARI, cit., 647 ss., la gestione di affari altrui va intesa quale integrazione dell'autonomia privata in quanto essa non possa operare.

Tuttavia altra autorevole dottrina³¹⁸, sulla scorta di una tradizione consolidata (che inizia con Giustiniano passando per l'elaborazione dell'età intermedia, fino ad arrivare ad alcuni codici moderni: rif. § 1010 ABGB e § 249-250-253 del codice prussiano), nega la titolarità di qualsiasi azione al gestore.

Uno spostamento patrimoniale in altre parole ben può esserci, tuttavia la decisione di agire contro l'espresso divieto dell'interessato (divieto naturalmente che non si ponga in contrasto con l'art. 2031 c.c. ultimo comma) resta frutto di una libera scelta del gerente che lo lascia altrettanto liberamente esposto alle possibili conseguenze negative dell'azione: in caso di gestione dannosa, quindi, ricorrerebbero tutti gli estremi dell'illecito extracontrattuale.

Riconoscere un diritto a essere tenuto indenne al gestore in questo caso potrebbe costituire una grave lesione della libertà individuale, ovvero della libertà che ciascuno di noi ha di disporre come meglio crede dei propri affari³¹⁹.

³¹⁸ Così FERRARI, cit., 655 e DE SEMO, cit., 820 ss. Cfr. anche Cass. 24 luglio 1954, n. 2648: "Gli atti di gestione compiuti contro il preventivo e lecito divieto del *dominus*, mentre non importano assunzione di obblighi da parte dell'interessato verso i terzi e privano il gestore di azione verso il *dominus*, possono generare responsabilità per i danni arrecati al *dominus*, pur con la possibilità della compensazione con l'utilità derivata al medesimo dalla gestione".

³¹⁹ Così anche GALLO, cit., 704. Non è dello stesso avviso ARU, cit., 48 ss., ripreso da PANE, cit., 96-97 in nota: "È possibile che dall'attività del gestore nel suo complesso o da singoli atti compiuti malgrado il divieto derivino perdite o incrementi al patrimonio del *dominus*. Qualora a causa dell'intromissione non desiderata l'interessato abbia a subire dei danni, pacificamente si ammette l'esperibilità dell'azione ex art. 2043. (...) Si è propensi in ragione della grave lesione del principio della libertà individuale, a negare la praticabilità di qualsiasi tipo di azione a colui che ha agito in presenza del divieto (...). Tuttavia a prescindere dalle possibili critiche che si potrebbero avanzare nei confronti di tale orientamento che ritiene improponibile il ricorso a pretese di carattere restitutorio da parte di colui che ha compiuto attività vietate dall'interessato ma comunque produttive di un incremento del patrimonio di quest'ultimo, sembra

Tuttavia anche il terreno della doverosità dell'agire dell'interessato, che rimanga inerte o finanche vieti ad altri di agire per lui, ripropone il problema del necessario intreccio delle vicende giuridiche dei singoli: appunto il tema della cooperazione giuridica.

Già Pugliatti³²⁰ distingueva tra cooperazione giuridica e cooperazione materiale: la prima prevede una dinamica volta a instaurare rapporti giuridici con soggetti terzi, mentre la seconda mantiene un rapporto solo bilaterale tra *dominus* e cooperatore.

Se si considera che nella gestione d'affari l'individuazione dell'interesse e il modo in cui soddisfarlo non possono che essere frutto di una valutazione del soggetto gerente, viene lecito interrogarsi sui confini con la cooperazione in senso ampio.

Questa infatti prevede un 'agire insieme', una vera e propria partecipazione delle due parti ad un risultato che pure sarà a beneficio esclusivo di uno dei soggetti: tuttavia nella gestione è piuttosto il caso di parlare non di un agire insieme, bensì di un agire per l'altro e nel suo interesse³²¹.

A maggior ragione quando, nella gestione *prohibente domino* ma volta a soddisfare interessi che prevalgono sulla

preferibile seguire la tesi che ritiene esperibile l'azione di arricchimento senza causa anche in considerazione dell'ingiustificata disparità di trattamento che si verrebbe in concreto a determinare tra chi agisce malgrado il divieto ed il possessore in mala fede”.

³²⁰ PUGLIATTI, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 167 ss.

³²¹ Cfr. PANE, cit., 114 ss. Tuttavia per SIRENA, ult. cit., 398, la gestione d'affari non può rientrare nel concetto di cooperazione: “Non sembra che la gestione di affari altrui possa essere ricondotta al concetto di cooperazione: la disciplina giuridica dettata dagli artt. 2028 ss. c.c., a differenza di quella del mandato, non prevede infatti l'obbligazione del soggetto agente di agire nell'interesse altrui, la quale costituisce appunto l'elemento caratterizzante della cooperazione”.

libertà del *dominus*, questo agire del soggetto gerente consiste in una vera e propria sostituzione nell'attività altrui.

Tematica contigua è quella del cosiddetto soccorso privato o spontaneo³²², caratterizzato per sua natura dalla spontaneità così come la *negotiorum gestio*.

È paradossale che l'ordinamento imponga in svariati campi l'obbligo di prestare soccorso (diritto penale, diritto della navigazione, legislazione speciale) ma taccia quando l'intervento – non più o non ancora doveroso – sia invece dettato da una spontanea iniziativa.

Questo vuoto è tanto più evidente nell'ambito della tutela del patrimonio: è pur vero che non è possibile estendere la previsione dell'art. 593 c.p. fino a ricomprendervi anche l'obbligo di intervento in questo particolare frangente, ma l'avvertita esigenza di disciplinare questa ipotesi resta.

A fortiori, non può restare senza tutela il soccorso spontaneo se l'ordinamento ne impone addirittura la doverosità così da rendere di conseguenza irrilevante l'elemento psicologico in capo al soccorritore, sia pure in contesti di maggiore importanza o gravità degli interessi coinvolti.

Il presupposto del soccorso spontaneo in diritto privato viene comunemente individuato in una situazione di pericolo dalla quale possano derivare danni di notevole entità, sia con riferimento al tipo di bene esposto al pericolo, sia per le particolari

³²² Cfr. D'AMICO, *Il soccorso privato*, Roma-Napoli, 1981, e *Profili privatistici del soccorso*, in *Responsabilità Civile e previdenza*, 1979, 613 ss. Sull'applicabilità degli artt. 2028 ss. c.c. al soccorso privato cfr. anche BRECCIA, cit., 865 ss.

circostanze del caso concreto: l'attività dell'interveniente sarà quindi tesa a sottrarre persone o cose al pericolo di danno³²³.

È la gestione d'affari l'istituto adatto ad applicarsi in simili circostanze?

Il punto più rilevante appare l'esigenza di garantire al soccorritore il risarcimento dei danni e/o il rimborso delle spese sostenute, naturalmente anche quando l'attività di soccorso (per definizione utilmente iniziata) non sia stata condotta a termine in modo utile per il soggetto interessato. Questo naturalmente senza che venga meno l'eventuale risarcibilità dei danni subiti dalla persona soccorsa in caso di inadempimento da parte del gestore dei propri obblighi³²⁴.

L'art. 2031 c.c., laddove disciplina gli obblighi dell'interessato, statuisce espressamente che questi deve "tenere indenne il gestore delle obbligazioni assunte dal medesimo in nome proprio e rimborsargli tutte le spese necessarie o utili con gli interessi dal giorno in cui le spese stesse sono state fatte".

Particolare attenzione va posta alla locuzione 'necessarie o utili': è stato acutamente osservato che l'espressione

³²³ Così PANE, cit., 122: "Di soccorso spontaneo potrà discorrersi in presenza di situazioni nelle quali un privato realizza un'attività tendente a sottrarre persone o cose al pericolo di danno. Situazione di pericolo che può essere chiaramente delineata attraverso il ricorso a un preciso indice normativo rappresentato dall'art. 2045 c.c. che, se pure formulato per fini diversi, prospetta non poche affinità con il tema oggetto di riflessione quando il fatto produttivo di danno è stato compiuto per sottrarre un terzo da una situazione di pericolo, il cd. soccorso di necessità".

³²⁴ Cfr. sempre PANE, cit., 126: "L'obbligo di continuare la gestione utilmente iniziata e di condurre a termine l'attività fino a che venga meno la situazione di impossibilità nella quale versa l'interessato, non tende a scoraggiare le ingerenze velleitarie ed arbitrarie del terzo, ma a tutelare l'interessato – e indirettamente a rendere possibile il conseguimento di quel vantaggio al quale la gestione è nel suo complesso finalizzata".

rappresenta la duplice finalità che la gestione può in concreto realizzare, ossia evitare uno svantaggio e arrecare un vantaggio³²⁵.

Se vanno quindi rimborsate le spese necessarie, è possibile farvi rientrare – sempre che le circostanze del caso concreto lo consentano – anche il risarcimento dei danni eventualmente subiti dal soccorritore³²⁶.

Quanto invece ai danni subiti dall'interessato, la soluzione che hanno deciso di scegliere i compilatori del DCFR è la più bilanciata nel contemperare il diritto dell'interessato con la chiara

³²⁵ Vd. PANE, cit., 124 ss.: “È da precisare che la doppia aggettivazione utilizzata dal legislatore che distingue le spese in necessarie e utili non sembra avere valore di una endiadi, ma sta a rappresentare la duplice finalità che la gestione può in concreto realizzare ora come attività volta ad evitare il possibile verificarsi di uno svantaggio ora come attività tendente a conseguire una utilità, finalità che in chiave economica si traduce nell'evitare un decremento ovvero nel conseguire un incremento patrimoniale”. Per i romani (cfr. DE SEMO, cit., 828) la tripartizione era tra spese necessarie (fatte per conservare l'esistenza materiale del bene), utili (atte a migliorarlo o accrescerne il valore) e voluttuarie (tali da abbellirne l'aspetto e/o il godimento ma senza che da ciò ne derivi un aumento del valore di scambio). Per TOMMASI, cit., 1166, anche il requisito dell'utilità si deve modellare diversamente a seconda che l'atto di gestione riguardi attività discrezionali piuttosto che doverose del *dominus*: “Rispetto alle attività discrezionali, infatti, sembra opportuno valutare la sussistenza dell'utilità della gestione con riferimento all'interesse del *dominus*, perché nessuno meglio dell'interessato può conoscere ciò che per lui è utile e perché una diversa scelta rischierebbe di mortificare la sua autonomia privata. Nel caso di attività doverose, invece, l'utilità iniziale può essere intesa come utilità nell'interesse di quel soggetto o di quei soggetti i cui diritti sarebbero pregiudicati da un comportamento del *dominus* contrario alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume”. Anche qui tuttavia non sfugge la forzatura di piegare il concetto di utilità dell'interessato a questa generale utilità di soggetti terzi, che si risolve pur sempre in una interpretazione limitativa dell'autodeterminazione del singolo.

³²⁶ PANE, cit., cfr. p. 125: “Tale soluzione sembra essere quella più corrispondente alle finalità dell'istituto ed al contempo al contemperamento delle situazioni considerate al fine di evitare che l'intervento del terzo si traduca da atto di solidarietà in una ingerenza interessata negli affari altrui”. Altro sarebbe attribuire al soccorritore il diritto ad un compenso o corrispettivo, che snaturerebbe il fondamento solidaristico del soccorso privandolo del suo valore sociale. Ciò non esclude ovviamente che l'interessato possa sentirsi moralmente tenuto a gratificare il soccorritore (sul punto, cfr. D'AMICO, cit., 78 ss.).

iniquità che deriverebbe dall'addossare i danni sulla sfera giuridica di un soggetto che interviene *ad adiuvandum* senza esservi obbligato³²⁷.

Le considerazioni fin qui esposte, tuttavia, non devono distogliere dalle conclusioni precedentemente ribadite: la funzione precipua dell'utile gestione resta quella di garantire all'interessato il conseguimento del risultato di una gestione altrui e tutelare il diritto dell'agente ad essere tenuto indenne dalle obbligazioni e spese assunte/sostenute nel compimento dell'atto di gestione³²⁸.

L'ordinamento sostituisce al volontarismo soggettivo dell'interessato una valutazione astratta di utilità per giustificare la liceità dell'ingerenza: con la rilevante peculiarità che,

³²⁷ Cfr. *infra* nella parte comparatistica, § 5. Sempre PANE, 128-129: "Se è vero che il codice tace in relazione al grado di diligenza richiesto al gestore nell'adempimento dei suoi obblighi, rendendo operante il rinvio alle norme sul mandato, è altrettanto vero che il comma 2 dell'art. 2030 dispone che l'entità del risarcimento dei danni dovuto all'interessato può essere moderata secondo il prudente apprezzamento del giudice in considerazione delle circostanze che hanno indotto il gestore ad intervenire (...). E tali circostanze sicuramente possono configurarsi nell'ipotesi di soccorso spontaneo, sia in ragione della stessa situazione di pericolo che lo connota, sia in considerazione della particolare meritevolezza dell'intento del gestore".

³²⁸ Cfr. SIRENA, *ult. cit.*, 398: "La funzione della gestione di affari altrui, in realtà, consiste esclusivamente nella restituzione del profitto netto lucrato dal soggetto agente nell'altrui sfera giuridica" e *infra* (433): "La funzione restitutoria della gestione di affari altrui realizza l'attribuzione al soggetto gerito del risultato utile che, a suo rischio ed eventualmente con l'impiego dei suoi messi, è stato creato dall'attività del soggetto agente (...). Il fondamento della gestione di affari altrui si può perciò individuare nella tutela della libertà di autodeterminazione del soggetto gerito, la cui sfera giuridica sia esposta, indipendentemente dalla sua volontà, all'esercizio di un potere di fatto da parte del soggetto agente". Quindi (segue, 463) "l'istituto (...) non formalizza una fattispecie tipica di comportamento della vita di relazione (segnatamente di tipo altruistico o solidaristico), bensì un insieme di rimedi mediante i quali l'ordinamento funzionalizza l'ingerenza nell'altrui sfera giuridica alla tutela della libertà di autodeterminazione". Sul rapporto tra *gestio* e scienze sociali, cfr. CASELLA, *cit.* 9.

trattandosi di utilità solo iniziale, all'interessato può addossarsi il risultato negativo della gestione in uno con l'obbligo di tenere indenne chi ha violato (*ex post* lecitamente) la sua libertà di autodeterminazione.

In altre parole, la legge non garantisce lo svolgimento di un'attività o il conseguimento di un dato risultato, ma si limita a indirizzare quanto più possibile quell'azione nell'interesse del soggetto gerito; accettando, tuttavia, che all'esito dell'interferenza tra sfere giuridiche l'interessato subisca un danno e che tale danno resti a suo esclusivo carico qualora il gestore abbia utilmente iniziato la gestione e l'abbia diligentemente proseguita.

5. Negotiorum gestio e prospettive di comparazione tra ordinamenti

In materia di gestione di affari altrui spunti di riflessione interessanti vengono offerti in particolare dalle fonti di diritto privato europeo.

Punto di partenza è ancora il Draft, che nelle definizioni chiarisce cosa si intenda per *benevolent intervention in another's affairs*, ovvero "the process whereby a person, the intervener, acts with the predominant intention of benefiting another, the principal, but without being authorised or bound to do so"³²⁹.

³²⁹ AA.VV., *DCFR Full edition*, cit., 66. La dicitura "benevolent intervention in another's affairs" fu adottata dallo Study Group partendo dalla considerazione che, mentre per i sistemi continentali il concetto di *negotiorum gestio* è unanimemente accettato, la terminologia latina non è adatta per indicare la corrispondente figura nel diritto di common law. Cfr. sul punto VON BAR, *The principles of European Law (PEL) on benevolent intervention in another's affairs and on Unjustified Enrichment*, in *Journal of the Academy of European Law*, 2006, 205-206: "Although the concept in its contemporary form is in many regards distinguishable from its historical origin, the Latin nomenclature has

Nell'introduzione al Draft lo Study Group dedica alcune considerazioni alle ragioni che impongono di disciplinare l'intervento di un soggetto nella sfera giuridica di un altro per procurargli un beneficio o scongiurare un danno: premesso che nella redazione del Draft si è scelto di ampliare considerevolmente oltre il solo contratto le fattispecie giusprivatistiche oggetto di disciplina, è significativo che il comitato di redazione abbia scelto di soffermarsi sulla scelta di includere nel progetto anche la gestione d'affari.

Naturalmente emergono le esigenze di solidarietà sociale alla base dell'istituto³³⁰, ma il passo probabilmente più

nonetheless remained current in legal usage for many lawyers in continental Europe (and Scotland). It has been necessary, however, to give thought – on a purely linguistic level as well as a substantive one – to the fact that the English and Irish common law does not recognise an independent relationship of legal obligations derived from a (beneficial) voluntary and benevolent intervention in another's affairs". Va detto che lo Study Group ha più volte dato preferenza ai sistemi continentali nella formulazione dei principi, dato che in common law si ricorre anche in questa materia a concetti propri unicamente di quel sistema. Quanto ai soggetti della gestione, si parla di *principal* con riferimento all'interessato/gerito e di *intervener* quanto al soggetto gerente. Solo due ordinamenti definiscono espressamente il concetto di *negotiorum gestio*: quello portoghese (art. 464 c.c.: "There is a *gestao de negocios* when, without being authorised to do so, a person assumes the direction of another's business in the interest and for the account of the principal concerned") e quello olandese (art. 6:198 c.c.: "*Zaakwaarneming* is the intervention in the furtherance of another's interest, willfully and knowingly and with reasonable ground, without deriving the authority to do so from a legal transaction or a legal relationship subsisting elsewhere in the law"). Sulle diverse collocazioni sistematiche della disciplina nelle diverse codificazioni nazionali, cfr. VON BAR (a cura di), *Benevolent Intervention in Another's Affairs – Principles of European Law*, Monaco di Baviera, 2006, 56-57.

³³⁰ Vedi AA.VV., *Principles, definitions and model rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference Outline Edition*, Monaco di Baviera, 2009, cit., 15, con interessante paragone del concetto di solidarietà con quelli di lealtà e sicurezza: "The promotion of solidarity and social responsibility is generally regarded as primarily the function of public law (using, for example, criminal law, tax law and social welfare law) rather than private law. However, the promotion of solidarity and social responsibility is not absent from the private law rules in the DCFR. In the contractual context the word "solidarity" is often used to mean loyalty or security". E ancora (p. 80): "The protection and promotion of security

importante è quello in cui si afferma che una figura come la *negotiorum gestio* cerca di “ridurre i disincentivi ad agire animati dalla solidarietà nei confronti del prossimo”³³¹.

Quasi che questa predisposizione di tutta una serie di tutele affinché un soggetto possa avere meno remore possibili (anche sul piano prettamente giuridico oltreché etico) ad ingerirsi in un affare non suo per arrecare un beneficio ad un altro soggetto possa fungere da leva sociale per conseguire un effetto positivo per l'intera collettività.

Di contro, lo Study Group afferma con chiarezza che, in questa parte del diritto privato comprendente anche arricchimento ingiustificato e atti illeciti, non si muove tanto dall'intento di promuovere la libertà quanto da quello di restringerla, imponendo obblighi a tutti i soggetti che intacchino la sfera giuridica altrui³³².

Ciò consente di spingere la tutela della libertà e autodeterminazione di ciascuno fino al punto massimo, non abbastanza però da poter validamente contrastare quelle

is a core aim and value in the law on non-contractual obligations. (...) The security which would normally be provided for both parties by the conclusion of a contract for necessary services has to be provided by the rules on benevolent intervention in another's affairs”.

³³¹ *Ibid.*, 80: “The principle of solidarity and social responsibility is also strongly reflected, for example, in the rules on benevolent intervention in another's affairs, which try to minimise disincentives to acting out of neighbourly solidarity”.

³³² AA.VV., *DCFR Full edition*, cit., 43: “The purpose of the law on benevolent intervention in another's affairs, on non-contractual liability for damage caused to another and on unjustified enrichment is not to promote freedom but rather to limit it by imposing obligations. Here we see the principle of freedom being counteracted by the competing principles of security and justice. (...). A benevolent intervener has right as such only if there was a reasonable opportunity to discover the principal's wishes but failed to do so or if the intervener knew or could be expected to know that the intervention was against the principal's wishes”.

ingerenze che abbiano precise caratteristiche enucleate nel Draft³³³.

Si occupa della gestione d'affari il Libro Quinto, con un intento di fondo che è analogo a quello degli ordinamenti nazionali³³⁴: evitare che chi beneficia di un intervento non dovuto possa avvantaggiarsene a spese dell'altro soggetto³³⁵.

³³³ *Ibid.*: "To the maximum extent possible the principal's freedom of action and control is respected". I sistemi europei si dividono in due gruppi: quelli che ricomprendono nella nozione di *gestio* anche gli interventi non giustificati e quelli che invece lasciano tali ipotesi alla disciplina del fatto illecito o dell'arricchimento ingiustificato. L'ordinamento italiano (come quello belga, francese, olandese e spagnolo, tra gli altri) rientra nel secondo di questi gruppi.

³³⁴ Il diritto inglese ha molte particolarità: in common law (eccezion fatta per la Scozia) non si è mai sviluppato un concetto autonomo di *negotiorum gestio*. Anzi punto di partenza è semmai l'idea opposta, per cui normalmente le spese affrontate nell'interesse di un altro soggetto (senza esservi obbligato) non fanno sorgere alcun diritto alla ripetizione. Per dirla con le parole di Lord Hoffmann, ciò si accorda pienamente con gli "individualist values of the common law"; vd. anche DAWSON, *Rewards for the rescue of human life?*, in *XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, 1961, 142: "The great majority of common-law jurisdictions appear to have done their best to discourage good Samaritans". Sono tuttavia ammesse delle eccezioni tali per cui la distinzione coi sistemi continentali è più nella forma anziché nella sostanza. Gli istituti di riferimento sono: *gratuitous agency*, *law of bailment* e *law of restitution*. Mantiene tuttavia centralità l'istituto dell'*agency of necessity*, in cui il significato di *necessity* è quello che più si avvicina ai presupposti per la gestione d'affari (cfr. VON BAR, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, cit., 80 ss.): come indica la parola, la fattispecie nasce dai casi in cui un soggetto – solitamente munito del potere rappresentativo (*agent*), specialmente nei casi di commerci per mare; ma anche, in ipotesi particolari, un soggetto che non era *agent*, ad esempio un vettore - prendeva una decisione in ragione di particolari motivi di urgenza e necessità che normalmente gli sarebbe stata preclusa, e a condizione che fosse impossibile contattare direttamente il *principal* per conoscerne gli intenti (e in questo, il legame con l'*agency* e i concetti alla base del fenomeno rappresentativo risulta chiarissimo). Anche qui ciò che rende meritevole di tutela l'intervento del gestore è che mira a soddisfare l'interesse del *principal*. Cfr. anche AA.VV., *DCFR Full edition*, cit., 2916: "For agency of necessity the common law requires that the agent acts in the interest of his principal. Of necessity this excludes acts which are a collusion with or otherwise manifestly intended to benefit third parties, rather than the principal". È però emblematico che in tutti questi casi si sia parlato di consenso implicito da parte del *principal*, quasi che la creazione di questa *fictio* riconduca l'episodio di intromissione all'interno della coerenza del sistema.

³³⁵ Cfr. AA.VV., *DCFR Outline edition*, cit., 90: "The rules on benevolent intervention reflect the idea that it would be unfair to allow a person who has

Affinché si abbia gestione d'affari occorrono due requisiti in positivo (un atto posto in essere con l'intento prevalente di avvantaggiare un altro soggetto³³⁶; una situazione di fatto che renda ragionevole un simile intervento) e tre in negativo (chi agisce non deve farlo in forza di un obbligo, né in forza di esplicita autorizzazione preventiva del soggetto gerito, né per adempiere un'obbligazione nei confronti di un terzo soggetto)³³⁷.

been assisted in an emergency by the kindness of a stranger to take advantage of that kindness. The assisted person is therefore obliged to pay at least the necessary expenses incurred". Cfr. anche VON BAR, *The principles of European Law (PEL) on benevolent intervention in another's affairs and on Unjustified Enrichment*, cit., 209: "The main challenge of the law of benevolent intervention is to find a reasonable balance between the interests of the principal and those of the gestor. The rules on benevolent intervention ought not to lead to a restriction of the freedom of the principal. As a matter of principle, he should not be burdened by duties he has not accepted from the outset".

³³⁶ Anche nel Draft quindi un intervento dettato dalla convinzione erronea di gestire un affare proprio di chi agisce rientrerà nell'ambito dell'arricchimento ingiustificato.

³³⁷ Vedi art. V. – 1:101: Intervention to benefit another:

- (1) This Book applies where a person, the intervener, acts with the predominant intention of benefiting another, the principal, and:
 - (a) The intervener has a reasonable ground for acting: or
 - (b) The principal approves the act without such undue delay as would adversely affect the intervener.
- (2) The intervener does not have a reasonable ground for acting if the intervener:
 - (a) Has a reasonable opportunity to discover the principal's wishes but does not do so; or
 - (b) Knows or can reasonably be expected to know that the intervention is against the principal's wishes.

Quanto ai requisiti in negativo, cfr. il *paper* del giudice tedesco SPRAU, *Benevolent intervention in another's affairs: some remarks on the Draft Report presented by the Study Group on a European Civil Code*, in *Journal of the Academy of European Law*, 2006, 223: "Roughly speaking, this third element draws the borderline with other special regimes of law, which should have priority". Questo interessante scritto, frutto delle considerazioni indotte dalla pratica giudiziaria quotidiana, non manca di avanzare perplessità sulla concreta verifica della sussistenza o meno dell'elemento soggettivo: infatti (p. 224) "The subjective criterion, acting with the predominant intention to benefit another person, is much more difficult to handle (...). What is benefiting another person? This notion is subject to quite a lot of personal preferences (...). Intentions may have, according to the circumstances, quite different sources, usually they develop out of a mixture of selfish and non-selfish considerations (...). Only the

Quanto alla casistica di gestione d'affari, vi possono rientrare tendenzialmente i casi più svariati³³⁸.

Punto centrale è che l'elemento soggettivo proprio della gestione (*intention to benefit*) è talmente meritevole di tutela – anche quando sia solo prevalente anziché esclusivo³³⁹ – da ottenerla anche qualora il risultato della gestione non sia positivo: analogamente al concetto dell'*utiliter coeptum* nella *negotiorum gestio* dell'ordinamento italiano, è sufficiente che l'utilità fosse

intervener himself may know the real motive for his action". Il problema, come si vede, avrà ricadute anche sull'onere della prova del ricorrere di tutti gli elementi richiesti al fine dell'applicabilità della normativa, senza tuttavia tralasciare che il gestore, in una prospettiva critica, sarà parte del giudizio: quindi come potrà essere garantita la veridicità delle intenzioni asseritamente alla base del suo agire? Ancora Sprau (224-226): "He is usually a party in the litigation. How may I, as a judge, find out the intention that was guiding the intervener? So in most cases I will have to fall back on objective evidentiary facts (...). I feel the prerequisite of benefiting a person is a concept which leaves the judge very much alone with his problems". L'autore suggerisce anche quale sia la delimitazione preferibile del criterio soggettivo (p. 227): "The rules of benevolent intervention should, in general, apply where a person (the intervener) acts in the sphere of another person with the intention to further (safeguard) the interests of this person".

³³⁸ Vedi AA.VV., *DCFR Full edition*, cit., 2880: "This wide scope of application embraces acts having legal effects as well as acts merely changing the physical state of affairs. A benevolent intervention may consist in the conclusion of a contract or giving notice to terminate a legal relationship just as much as it may consist in effecting repairs, making a telephone call, keeping property safe, giving a warning, removing a vehicle, cutting back trees overhanging the public thoroughfare, feeding (or, in a case of emergency, killing) animals, and so forth. All of these are 'acts' within the meaning of that term in the present article". Vi rientrano anche i casi in cui si tutela la persona, anziché solamente il suo patrimonio: "It is clear that the concept of benevolent intervention in another's affairs as understood in these rules is in no way limited to acts for the protection of another's patrimonial interests. Instead it includes within its compass acts for the protection of another's person and hence such acts as bandaging the wounded, bringing the injured to hospital and saving someone from a dangerous situation".

³³⁹ Si intende il caso in cui vi sia commistione di interesse del soggetto gerente con quello del soggetto gerito: si noti che in nessuno degli ordinamenti europei si richiede che una persona agisca esclusivamente per fini altruistici. Su questo punto anche SPRAU (cit., 226-227) sottolinea l'enorme difficoltà di saper distinguere in sede giudiziale l'interesse egoistico da quello altruistico nei casi in cui questi coesistano.

ragionevolmente perseguibile e ottenibile³⁴⁰, e che la gestione sia comunque stata diligente (il Draft parla in proposito di “*reasonable care*”³⁴¹).

Inoltre, qualora manchi da parte del *principal* la successiva approvazione (o a seconda dei casi, tecnicamente la ratifica)³⁴²,

³⁴⁰ Sul concetto di utilità iniziale, cfr. AA.VV., *DCFR Full edition*, cit., 2883: “It is the *intention* of benefiting another that matters, not an actual benefit as such. This intention turns only on the *prospective* utility which, at the time of acting, might be anticipated and not the *resultant* usefulness which may or may not have emerged after the act has been completed or stopped. (...) Whether or not the act was ultimately successful (the resultant benefit) is not a criterion and is immaterial”. Nel testo si riporta l’esempio di chi, a seguito di incidente stradale, cerchi di recuperare nell’interesse del soggetto che ha subito l’incidente la sua auto, finita in un argine: nelle operazioni di recupero, il cavo di acciaio che traina la vettura si rompe accidentalmente causando ulteriori danni alla macchina. In questo caso, l’utilità perseguita era evidente (recuperare l’auto per conto del proprietario impossibilitato a farlo), e data la casualità dell’esito negativo il proprietario della vettura non potrà agire contro l’altro soggetto per il risarcimento dei danni seguiti alle fallite operazioni di recupero. L’adozione della diligenza ordinaria serve per salvaguardare il soggetto gerito, imponendo al gerente un livello minimo (ma non minimale) di cura nella gestione posto che l’affare non attiene direttamente alla sua sfera giuridica. Altra tutela per il soggetto gerito è anche l’obbligo in capo al gerente di informarlo dell’inizio della gestione e della sua prosecuzione (nel sistema italiano peraltro la sussistenza di tale obbligo è alquanto discussa): l’adempimento di questo dovere, peraltro, è comunemente ritenuto un valido elemento per ritenere integrata la consapevolezza nel gerente di occuparsi di un affare altrui. Da notare ovviamente che l’utilità finale della gestione non influisce neppure sul diritto del gerente a ottenere il rimborso delle spese sostenute, come chiarito *infra* (p. 3034): “The main purpose of the law of benevolent intervention in another’s affairs is the protection of the intervener’s performance. The intervener’s rights are therefore not dependent on an “enrichment” of the principal and thus also not on whether the intervention is in the end successful. It suffices that there was a reasonable ground to attempt the venture. It may be assumed that the principal would likewise have chanced an attempt, if in a position to make a decision personally”. A questo diritto in certi sistemi si affianca anche un diritto di ritenzione su quanto il gestore detiene in ragione dell’attività svolta in favore del gerito (cfr. ARU, *Gestione d'affari*, cit., 54).

³⁴¹ Una gestione diligente (in Francia si richiede la cura in accordo coi canoni del *bon père de famille*) è in sé stessa una sorta di obbligo di protezione della sfera giuridica dell’interessato, una volta che si è scelto di ingerirvisi.

³⁴² Approvazione che non porta mai all’integrazione di una fattispecie contrattuale, ferma restando la possibilità per i soggetti di disciplinare con specifico accordo diritti e obblighi reciproci a seguito dell’intervento (cfr. AA.VV.,

cionondimeno il soggetto gerente potrà ottenere la rifusione di quanto speso in favore del gerito purché in quella particolare situazione fosse ragionevole il suo intervento, e questo secondo parametri improntati principalmente a criteri oggettivi che non guardano più quindi a una sia pure ipotetica volontà dell'interessato³⁴³.

La volontà del gerito ritrova invece pieno valore e impedisce l'applicazione della fattispecie qualora vi sia un espresso divieto di intervento, rivolto direttamente al gerente o da questi ricavabile con l'ordinaria diligenza; questo però non rende illecita l'ingerenza qualora il divieto sia in contrasto con l'ordine pubblico o una norma imperativa, oppure quando la volontà del gerito non possa ritenersi validamente formata (per esempio, in caso di incapacità legale o naturale)³⁴⁴.

Vicina a questa casistica è l'ipotesi peculiare dell'art. 1:102, in cui il gerente adempie un dovere del gerito che era dettato da ragioni di interesse pubblico, purché l'attività prestata fosse

DCFR Full edition, cit., 2899: "It is clear that in many cases an approval could not create a valid contract").

³⁴³ *Ibid.*, 2891: "Whether a party intervening in the affairs of another acts with reasonable grounds must be assessed objectively – from the point of view of a reasonable intervener (...). What is decisive is whether a reasonable person in the actual situation of the intervener would consider that there was cause for intervening by means of a measure of the type undertaken". Chiaramente occorre anche considerare che il convincimento del gerente non deve essere del tutto irrazionale, né facilmente controvertibile con la diligenza minima, che impone laddove possibile di sondare la reale volontà del soggetto gerito. Sul concetto di ragionevolezza, che come clausola generale in realtà potrebbe anche comportare qualche problema, lo Study Group tende però a sorvolare (p. 2892): "What is 'reasonable' is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices".

³⁴⁴ Cfr. SPRAU, cit., 226: "Acting in the sphere of another person, even if the action is intended to benefit this person, may be justified on grounds that do not depend on the consent of the person concerned".

urgente e necessaria³⁴⁵: in questo caso non ha rilevanza la volontà del gerito, assumendo valore preminente l'interesse pubblico.

Ancora, la posizione del gerente nel Draft è considerevolmente tutelata dall'ipotesi (art. 2:102(2)) in cui si verifichi un danno da *mala gestio* per il gerito: la responsabilità del gerente, in questi casi, può essere considerevolmente ridotta o finanche esclusa avendo riguardo – tra gli altri fattori – alle ragioni che hanno spinto il soggetto ad agire³⁴⁶. Questa ipotesi pare riguardare specialmente quei casi di intervento in particolari situazioni di emergenza, in cui la meritevolezza del motivo dell'intervento può essere valorizzata fino a sacrificare il corrispettivo interesse del soggetto gerito ad ottenere il risarcimento di un danno subito³⁴⁷.

³⁴⁵ Questo il testo dell'articolo: "Where an intervener acts to perform another person's duty, the performance of which is due and urgently required as a matter of overriding public interest, and the intervener acts with the predominant intention of benefiting the recipient of the performance, the person whose duty the intervener acts to perform is a principal to whom this book applies". L'esempio è la rimozione di una vettura parcheggiata in violazione delle norme sulla circolazione stradale e tale da intralciare operazioni di soccorso d'emergenza (es. un soccorso antincendio).

³⁴⁶ Art. V. – 2:102: Reparation for damage caused by breach of duty

- (1) The intervener is liable to make reparation to the principal for damage caused by breach of a duty set out in this Chapter if the damage resulted from a risk which the intervener created, increased or intentionally perpetuated.
- (2) The intervener's liability is reduced or excluded in so far as this is fair and reasonable, having regard to, among other things, the intervener's reasons for acting.
- (3) An intervener who at the time of intervening lacks full legal capacity is liable to make reparation only in so far as that intervener is also liable to make reparation under Book VI (Non-contractual liability arising out of damage caused to another).

³⁴⁷ Cfr. AA.VV., *DCFR Full edition*, cit., 3008-3009: "The provision (...) is a mean of protecting persons who take care of others or their interests for especially commendable reasons. Paragraph (2) will typically (but not necessarily) operate in favour of emergency rescuers. The policy consideration behind paragraph (2)

Non sorprende che in un testo di così ampio respiro, e frutto di un tanto accurato lavoro di armonizzazione delle varie tradizioni giuridiche nazionali, emergano con tale forza ed evidenza ragioni di politica legislativa: in particolare, il forte incentivo ad agire con fine solidaristico, chiaramente affermato con una forza ben maggiore rispetto a taluni ordinamenti europei³⁴⁸.

È semmai dubbio se sia compatibile con questo agire in favore del prossimo l'art. 3:102³⁴⁹, che oltre al diritto comunemente riconosciuto ad ottenere il rimborso delle spese sostenute attribuisce al gestore anche un interessante diritto alla remunerazione per l'intervento svolto, qualora questo sia

is therefore tied to one very specific aspect of benevolent intervention: the existence and extent of the (required) element of intention to benefit another". Nel testo si esamina poi il modo con cui si può giungere a ridurre (fino ad escludere) la responsabilità del gerente, il cosiddetto *fairness test* che si baserà sulle specifiche circostanze del caso e in particolare sulle motivazioni altruistiche di colui che ha agito. Vedasi anche, sulla funzione di leva attribuibile alla limitazione di responsabilità, ZIMMERMANN, *The laws of obligations roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, 1996, 446: "The law should not normally condone or encourage indifference towards the property of others. (...) A limitation of liability may be used to encourage altruism, an extension of liability can serve to prevent undesirable intrusions into private autonomy".

³⁴⁸ Sul punto lo stesso ordinamento italiano non si spinge a tanto, evitando qualsiasi esplicitazione di un simile concetto nel codice e lasciando alla discrezionalità dei giudici una valutazione complessiva del fatto il più possibile orientata a tener conto delle motivazioni che hanno spinto un soggetto ad agire. Gli ordinamenti più vicini a questa affermazione normativa del Draft sono quelli estone, polacco e greco.

³⁴⁹ Art. V. – 3:102: Right to remuneration

- (1) The intervener has a right to remuneration in so far as the intervention is reasonable and undertaken in the course of the intervener's profession or trade.
- (2) The remuneration due is the amount, so far as reasonable, which is ordinarily paid at the time and place of intervention in order to obtain a performance of the kind undertaken. If there is no such amount a reasonable remuneration is due.

avvenuto in costanza dello svolgimento dei propri affari professionali.

Secondo lo Study Group, lo spirito della *negotiorum gestio* non verrebbe tuttavia tradito da questa disposizione, poiché un diritto che sorge successivamente alla gestione non può contribuire in alcun modo a modificare le precedenti intenzioni del soggetto³⁵⁰. Tanto più che si introduce un trattamento differenziato tra soggetti privati non qualificati e soggetti che intervengono nel corso o in occasione della propria professione o commercio³⁵¹.

³⁵⁰ Cfr. AA.VV., *DCFR Full edition*, cit., 3044: “A doctor helping someone who lies unconscious or a breakdown recovery service salvaging a car which has been involved in an accident and whose owner has already been admitted to hospital are capable of acting predominantly with the intention of helping the person concerned. That they ultimately submit a bill for their service does not change their state of mind at the time of acting”. L'affermazione può essere discutibile, specie visto che nel testo si prosegue indicando come problematica l'ipotesi di chi agisca fin da subito con l'intento di conseguire anche un guadagno per sé: in simili casi sarebbero applicabili le norme sull'arricchimento ingiustificato. Il discrimine resta soggettivo, rientrando nell'ipotesi di gestione con diritto alla remunerazione tutte quelle in cui non si è intrapresa l'azione con l'obiettivo di una controprestazione: trattandosi anche in questo caso di un'indagine psicologica sulle intenzioni, è davvero difficile non ridurre la questione al rango di riflessione alquanto astratta, sia pure condivisibile.

³⁵¹ In realtà il concetto di concomitanza con lo svolgimento della propria professione sembra qui doversi intendere in senso ampio, quasi che sia proprio l'esercizio generico della professione a qualificare l'intervento, specie con i livelli di diligenza più elevati che questa comporta: l'esempio è quello del medico che, in una casa di villeggiatura, cura un altro ospite. In questa ipotesi è chiaro che il medico non è stato 'distolto' dal proprio lavoro, ma questo semmai è stato occasione del suo intervento qualificato e quindi tale da far sorgere il diritto ad una equa retribuzione: cfr. AA.VV., *DCFR Full edition*, cit., 3045: “It must always be examined whether assistance is actually rendered ‘in the course of the intervener’s profession or trade’. Falling under that rubric, for example, would be a doctor who while on holiday gives aid at the hotel to a fellow guest who has fallen unconscious beside the swimming pool, but it would not cover someone who at the time of undertaking the relevant activity no longer practises the profession or has ceased to pursue the trade”. La situazione resta poco chiara: da un lato sembra essere la professionalità l'elemento qualificante, dall'altro simili considerazioni spostano l'attenzione più sul periodo in cui la professione viene esercitata.

La ragione principale per questa distinzione risiede, per lo Study Group, nel valore della remunerazione per un intervento caratterizzato dall'impiego di una certa professionalità: la differenziazione quindi è più che fondata, non potendosi trattare sullo stesso piano un privato ed un professionista³⁵².

Le norme sulla *gestio* mirano ad incentivare l'azione umana, restando sempre doveroso trattare in modo differenziato differenti tipologie di azione, e anzi porre incentivi più forti nei riguardi di chi svolga determinate professioni o attività economiche³⁵³.

³⁵² Si fa l'ipotesi di un privato che intervenga affidando a un terzo professionista l'attività in favore del soggetto gerito: anche in questo caso, per le stesse ragioni si può ben parlare di un diritto alla remunerazione (*rectius*, rifusione) a favore dell'interveniente che ha commissionato ad altri più capaci di lui l'attività necessaria. Cfr. AA.VV., *DCFR Full edition*, cit., 3045: "One can of course muster against the rule the fact that it may make no difference to the aspect of the intention to benefit another, which is at the same time constitutive of benevolent intervention, whether the action falls within the intervener's professional or commercial field of activity. The argument would then run that an intervener always acts "privately". (...) This objection too is not convincing: an intervener who, from lack of time, expertise or ability, is not confident of being able to do what is required may naturally commission a professional to undertake it and can then pass the bill to the principal. Assuming this starting position it makes no sense to cut off an intervener who happens to be a professional from the possibility of billing for services rendered. That is probably the strongest policy consideration in favour of the rule". In termini simili si esprime anche VON BAR (*The principles of European Law (PEL) on benevolent intervention in another's affairs and on Unjustified Enrichment*, cit., 211): "It does not seem convincing to deny a professional intervener a right to reimbursement for services rendered for the mere reason that he has not instructed a third party to act, but instead has acted of his own accord".

³⁵³ AA.VV., *DCFR Full edition*, cit., 3045: "Remuneration is justified for provision of a professional level of performance as a correlative of the higher (professional) standard of care to which an intervener who acts as a professional will be implicitly subject (...). Additionally the law of benevolent intervention in another's affairs aims to establish incentives for humane action. For professional providers of services the incentives to act must be more pronounced than for private individuals". Negli ordinamenti europei una simile regola non registra una gran condivisione, fatta eccezione per alcuni sistemi (ad esempio, quello greco, portoghese e belga): laddove, pur non esplicitamente, si ammette una simile possibilità il tramite è una serie di disposizioni eccezionali (es. Germania, Paesi Bassi) o interpretazioni giurisprudenziali. In altri sistemi

È davvero significativo che, nell'armonizzare le diverse soluzioni prescelte dagli ordinamenti nazionali, sia stata presa la decisione di adottare due forti incentivi quali il diritto ad una remunerazione e le ipotesi di limitazione/esclusione della responsabilità non così unanimemente riconosciuti (o non fino a questo punto): certo il Draft è rimasto solo un progetto di Codice Civile europeo, ciononostante questo sembra essere un chiaro segnale dell'intento di incentivare (o forse rivitalizzare) la *negotiorum gestio*.

Anche nei PEL (Principles of European Law)³⁵⁴ erano espressi i concetti di fondo appena esaminati con riferimento al Draft: all'interno dello Study Group, la materia delle fonti delle obbligazioni diverse dal contratto è stata seguita direttamente da un gruppo di lavoro di scuola prevalentemente tedesca, l'Osnabruck Working Team guidato dal professor von Bar.

(Spagna, Scozia) la posizione negativa è invece più decisa; in Italia non è contemplato un diritto alla remunerazione, anche se in un isolato e risalente caso il Tribunale di Firenze riconobbe tale diritto (BRECCIA, *Gestione*, cit., 899, fn. 12 – Trib. Firenze 31 maggio 1948). Così anche VON BAR, *The principles of European Law (PEL) on benevolent intervention in another's affairs and on Unjustified Enrichment*, cit., 211: "This right to remuneration is still disputed as a matter of policy within some of national jurisdictions, but from the perspective of this draft it is *indispensable*". Resta sempre ferma l'esclusione di qualsiasi remunerazione ma anche di qualsivoglia rimborso qualora il gestore abbia agito spinto da *animus donandi* (art. 3:104(1)) oppure (3:104(2)) quando ciò sia equo e ragionevole anche avendo riguardo ad una situazione di comune pericolo, quando ciò sarebbe eccessivo per l'interessato oppure ancora quando il gestore possa agevolmente ottenere da altri quanto economicamente sostenuto. Nel diritto spagnolo peraltro l'assenza di *animus donandi* è un prerequisito indispensabile per l'applicazione stessa delle norme sulla gestione d'affari.

³⁵⁴ Lo Study Group, nell'ambito della redazione del DCFR, ha incaricato varie sottocommissioni di riscrivere alcune parti dei PECL, predisporre quelle che ancora non ne erano oggetto (tra cui fatti illeciti, arricchimento ingiustificato e *negotiorum gestio*) ed aggiungere una disciplina dei singoli contratti più importanti. Il risultato di questo lavoro sono appunto i PEL.

In ultima analisi, ciò che giustifica la formulazione di principi comuni sulla gestione d'affari tanto nei PEL quanto nel Draft è la necessità di coprire quell'area grigia tra contratto, fatti illeciti e arricchimento ingiustificato caratterizzata dall'intenzione di arrecare beneficio ad un altro soggetto³⁵⁵

Da un lato si riconosce che nel traffico giuridico condotte siffatte siano una costante, imponendosi pertanto una normativa per disciplinarne gli effetti giuridici; dall'altro, anche lo Study Group avverte forte l'opportunità di considerare questa materia, sebbene forse di applicazione un po' meno frequente nella prassi contemporanea, il terreno migliore per incentivare la solidarietà tra individui in un modo molto più concreto di quanto lo consentano le astratte carte costituzionali nazionali.

In tal senso ecco un'ottima ragione per continuare a non ritenere necessaria l'utilità finale della gestione per accordare

³⁵⁵ Cfr. VON BAR, *The principles of European Law (PEL) on benevolent intervention in another's affairs and on Unjustified Enrichment*, cit., 207-208: "It is for precisely this reason that an independent area of the law "in between" contract, tort and unjustified enrichment law is needed. (...) The law on benevolent intervention in another's affairs as provided for in these Principles is understood as a means of compensation within the law of obligations but subsidiary to contract law. Accordingly, it only comes into play when the regime of contract law does not provide for a solution". Il Gruppo ha sempre avvertito la necessità di distinguere chiaramente le figure del contratto e della gestione d'affari, specie considerando figure in qualche modo di confine come il mandato, il *contrat d'assistance* nel diritto francese e le varie figure di agency del diritto britannico. Per una opinione critica sull'impatto della disciplina in materia di contratto, cfr. SPRAU, cit., 220 ss., che tuttavia sottolinea i meriti del progetto (221): "It protects the interests of the principal by imposing special duties on the intervener, for example the duty to act with reasonable care, or the duty to hand over everything obtained as a result of his action. On the other hand, it protects the interests of the intervener by legalising his action and by giving him special rights, for example the right to indemnification and remuneration".

tutela all'interveniente, sacrificando così giustificatamente le prerogative del gerito³⁵⁶.

È quindi corretto osservare che il moderno diritto privato europeo non è – né potrebbe più essere – fondato su un principio individualistico o di isolamento sociale³⁵⁷.

³⁵⁶ Vd. VON BAR, *The principles of European Law (PEL) on benevolent intervention in another's affairs and on Unjustified Enrichment*, cit., 207: "The main and decisive difference between the law governing unjustified enrichment and the law governing benevolent interventions is the fact that for the latter to be applied the principal need not be actually enriched or benefited (...). It suffices for there to be a right to reimbursement of expenditure and, in some cases, for remuneration of services rendered, that the intervener acted with the predominant intention to help someone and that he (the intervener) did that for a good and valuable reason. In such a situation the principal must pay even if in economic terms he did not benefit from the intervention. (...) It is not the accruing benefit that matters, it is the intention to benefit". Anche per Sprau il concetto è pienamente condivisibile e un giusto bilanciamento viene raggiunto anche consentendo la riduzione del rimborso dovuto al gestore (cit., 229): "The intervention may prove to be of little or no use to the principal. (...) The Draft (...) opens up the possibility of reducing the amount of compensation to the intervener. This is sufficient to come to solutions adapted to the situation in question".

³⁵⁷ Così anche VON BAR, *The principles of European Law (PEL) on benevolent intervention in another's affairs and on Unjustified Enrichment*, cit., 209-210: "A modern private law cannot be erected on a principle of social isolation. It should therefore promote interventions in favor of helpless or absent persons if such intervention would be considered reasonable according to the judgement of an objective observer at the material time (...). The *gestor* must have a reasonable ground for intervening and must exhaust all possible means available to assure himself that he does not interfere with the principal's affairs against the principal's wishes. It is only under such conditions that these Principles aspire to provide an incentive to action". Vedi anche, sempre di VON BAR, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, cit., 90: "A society which is built upon notions of solidarity and shared responsibility for common welfare cannot reward an attitude of 'looking the other way'; quite the opposite, so far as justifiable and to an extent which respects the principal's freedom such a society ought to provide an incentive to act. The instrument of private law to achieve this goal is the law of benevolent intervention in another's affairs". Chiaramente ciò va bilanciato con la libertà e l'autodeterminazione dell'interessato: la gestione d'affari resta un campo di delicato equilibrio tra solidarietà e libertà, che ogni ordinamento cerca di bilanciare secondo criteri anche diversi. Cfr. SPRAU, cit., 229: "The intervener interferes with the position of the principal and his freedom to decide what is good for him and what is not. Even if the intervention is "benevolent" and might seem "necessary" from the point of view of an average citizen, the principal might be cross because he has his own notions of what action is 'good'".

In fondo lo stesso diritto romano, certo pervaso come già visto da una buona dose di individualismo (chiaro il frammento di Pomponio "*culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*"), per primo aveva intuito l'importanza di un simile fenomeno: tuttavia, si ricorda che l'azione del gestore nei confronti dell'interessato fu concessa solo successivamente, dato che la prima preoccupazione dei giureconsulti romani fu di garantire anzitutto l'azione al gerito per il risarcimento dei danni eventualmente patiti a seguito dell'ingerenza³⁵⁸.

Resta da capire se, nell'ottica di avvantaggiare un soggetto (anche evitando il verificarsi di un danno) e per suo tramite la collettività, la scelta di non imporre un dovere in positivo di agire sia l'opzione che salvaguarda al meglio libertà individuale e istanze solidaristiche.

L'interrogativo è il 'convitato di pietra' alla base di tutte le riflessioni sul concetto di soccorso privato, che pure è oggetto di

or 'bad'. Therefore, the respect for the freedom of the principal to decide and the respect for his wishes (...) is of utmost importance".

³⁵⁸ Cfr. KORTMANN, *Altruism in private law*, Oxford, 2005, 44 ss. Vedi anche ZIMMERMANN, cit., 435-436: "For the Romans (...) liberty was one of the basic principles inspiring the Roman jurists, and thus their private law showed many essentially individualistic traits. But just as in the Roman conception of liberty certain limitations were inherent, so individualism never reigned supreme. (...) Individualism was not his social ideal; on the contrary: he felt obliged to help his friends by lending them money, standing surety or simply giving advice". Emblematico anche questo passaggio da SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 624: "The underlying idea was that a man should help his fellow men in case of emergency. The Romans carried through this idea with their usual common sense without confusing morality and law (...). The law should favor and facilitate such altruistic action by granting the gestor the right to claim reimbursement of his expenses (...). The institution of negotiorum gestio was a happy invention, quite in the bold and original style of the republican jurisprudence".

studio in diversi ordinamenti giuridici³⁵⁹ e su cui si spenderanno alcune brevi riflessioni *infra*.

Pur considerando le positive ricadute sulla società che un simile dovere potrebbe avere, aspirando a raggiungere una gestione molto più efficiente dei beni, imporlo avrebbe delle ricadute sostanziali sul concetto di libertà e sulla stessa autonomia di ciascuno sulla propria sfera giuridica.

Si esporrebbe infatti ciascuno a possibili turbative ingiustificate.

Lasciare la libertà di scelta, come si è scelto da ultimo nell'impostazione del Draft e dei PEL, limitandosi ad incentivarla il più possibile probabilmente porterà ad un numero inferiore di interventi, sia pure giustificati; d'altro canto, imporre un corrispondente dovere avrebbe l'effetto di aumentare i casi di gestione di affari altrui ma – al tempo stesso – i casi in cui questa si risolve in un'intromissione illecita e/o dannosa nell'altrui sfera giuridica³⁶⁰.

³⁵⁹ Cfr. anche SMITS, *The Good Samaritan in European Private Law – On the perils of principles without a programme and a programme for the future*, Deventer, 2000, 7 ss.

³⁶⁰ Kortmann (cit., 10), cita le parole di Lord Hoffmann: "It is less of an invasion of an individual's freedom for the law to require him to consider the safety of others in his actions, than to impose upon him a duty to rescue or protect". Una soluzione simile sembra indicarla anche KANT, *The Metaphysics of Morals*, Cambridge, 2017, 25, che distingue tra ciò che impone la virtù (o morale) e ciò che è imposto (*rectius* può essere imposto dal diritto): "Duties of benevolence, even though they are external duties (obligations to external actions), are still assigned to ethics because their lawgiving can be only internal". Per usare le parole di Kortmann (cit., 11): "Because the doctrine of right only deals with external actions, Kant is said to have been of the view that the law should not require any particular affirmative actions. An individual's choice whether or not to act was an internal affair, which was governed by the doctrine of virtue, rather than of right". Chi invece è a favore di un dovere di agire riprende le riflessioni di altri filosofi come Bentham e Mill (per riferimenti bibliografici specifici, vedi KORTMANN, cit., 12).

Anche in materia di analisi economica del diritto queste riflessioni sono confluite in un approfondimento del problema maggiormente attento alle implicazioni statistiche e sociologiche che l'imposizione di un dovere comporterebbe.

È stato infatti sottolineato che imporre un obbligo di intervento potrebbe causare numerose conseguenze negative, nonostante la bontà dell'obiettivo perseguito:

- a) Potenziali “soccorritori” potrebbero evitare preventivamente situazioni in cui si troverebbero costretti ad intervenire
- b) Non è da escludere un aumento dell'incuria di sé e del proprio patrimonio, potendo confidare sul dovere di intervento che grava sulla collettività
- c) In caso di ingerenza che porta ad effetti negativi, il gestore mai potrebbe giovare – nell'ottica di una riduzione della propria responsabilità – della meritevolezza del motivo (altruistico) che l'ha spinto ad agire: dato che l'azione era dovuta, sarebbe impossibile (ammesso che ciò possa avere ancora rilievo) dimostrare un simile elemento di natura psicologica

Anche in un sistema che non adottasse una visione liberale di fondo, ecco quindi che il criterio di efficienza potrebbe ugualmente suggerire l'opzione prescelta da tutti gli ordinamenti europei e, da ultimo, dallo Study Group.

È, anche in questo caso, una questione di politica legislativa, nonché di analisi dei costi economici per la società dell'una o dell'altra scelta³⁶¹.

6. (segue) *La teorica del Good Samaritan e il tema degli unsolicited benefits: cenni*

Il soccorso privato aiuta ad interrogarsi sulla funzione ultima del diritto privato e sull'importanza che le sue norme rivestono se lette come incentivi all'azione del singolo in determinate situazioni di fatto.

Premesso che è lecito distinguere il pericolo di vita del soggetto gerito dal pericolo di danno che andrebbe a toccare il suo patrimonio, in materia di gestione d'affari altrui la dottrina dei sistemi di common law ha a lungo dibattuto sul punto dell'obbligo di intervento da parte di un terzo in situazioni consimili.

³⁶¹ Sul punto, vedi KORTMANN, cit., 21 ss. e cfr. anche LANDES-POSNER, *Salvors, Finders, Good Samaritans, and other rescuers: an economic study of law and altruism*, in *Journal of Legal Studies*, 1978 e POSNER, *Economic Analysis of Law*, IV ed., Toronto, 1992. Non si può tralasciare nemmeno un'analisi sulla ricorrenza di casi giudiziari in materia: in realtà nei paesi latini (eccezion fatta per la Francia) si registra un basso numero di contenziosi, come riportato da VON BAR, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, cit., 73: "The concept is widely employed by Austrian, German, and, albeit apparently with greater reluctance, Dutch and French courts. By contrast the number of decisions in this area of the law is strikingly low in Greece, Italy, Portugal, Scotland and Spain. The same holds true for the Scandinavian jurisdictions". Vero è che il numero di contenziosi non può bastare da solo a tracciare un quadro esaustivo, anche perché "the acts that fall within the scope of the law of benevolent intervention more often than not will be acts which can be described as manifestations of neighbourly solidarity. The participants therefore may regard their respective rights and obligations as self-evident – so much so that they have no cause for quarrelling, let alone contesting the point in court". Per Zimmermann (cit., 447-448), nel diritto tedesco la gestione d'affari altrui "has retained its importance as one of the tools ensuring a fair and reasonable allocation of risks", facendo uso non a caso del concetto economico di allocazione del rischio.

Ciò anche grazie a quella che viene comunemente riconosciuta come ‘teorica del buon samaritano’, dato per presupposto che il personaggio di ispirazione biblica fornisce un iconico esempio delle fattispecie per le quali appare doveroso ragionare dei limiti e del ruolo del diritto privato nei nostri giorni³⁶².

Di recente proprio in Inghilterra è stato ribadito che va esclusa la responsabilità del soggetto in caso di omesso intervento³⁶³: non è quindi infondato supporre che la dottrina più sensibile continui a studiare il tema proprio per porvi rimedio e imporre un cambio di rotta nel quadro di ordinamenti in cui

³⁶² Si veda in proposito SMITS, cit., che peraltro ha formulato alcuni personalissimi principi nell’ottica di armonizzare compiutamente il quadro degli ordinamenti europei (p. 21): “1. The fact that someone (the rescuer) realizes or should realize that action on his part is necessary for another’s aid or protection imposes upon him a duty to take such action in case of special circumstances. Those circumstances exist in particular in case of the violation of a penal law provision which obliges the rescuer to act in case of a pre-existing special relationship between the person to be helped or protected and the potential rescuer. There is no liability of the rescuer if he is not able to aid or protect the victim without endangering himself. 2. The rescuer is entitled to reimbursement of his expenses if he on good grounds helped someone in peril, provided the latter intentionally or negligently created the situation of danger or a special relationship as meant in section 1 could be established. 3. If the rescuer worsened the position of the person in peril, he is not liable in damages unless he caused these intentionally or grossly recklessly”. Resta tuttavia difficile capire come la genericità del paragrafo 1, che lascia ancora troppa discrezionalità al soggetto nella valutazione sulla necessità dell’intervento e soprattutto pospone le problematiche al momento della prova nel processo, potrebbe aiutare nel fornire una risposta generalmente accettabile da tutti gli ordinamenti.

³⁶³ Cfr. *Stovin v. Wise (Norfolk County Council, third party)*, [1996], 3 *All ER* 801, 807 e la posizione di Lord Nicholls: “The recognized legal position is that the bystander does not owe the drowning child or the heedless pedestrian a duty to take steps to save him. Something more is required than being a bystander. There must be some additional reason why it is fair and reasonable that one person should be regarded as his brother’s keeper and have legal obligations in that regard”.

continua a evidenziarsi un tendenziale atteggiamento di chiusura.

In questo, la posizione pare porsi in ideale correlazione con il concetto (ben presente nei sistemi continentali) per cui un dovere di intervento o è imposto dalla legge³⁶⁴ oppure è *tamquam non esset*: in altre parole, il richiamo ad un dovere di natura morale non appare sufficiente per far sorgere un obbligo di agire nei riguardi dei soggetti³⁶⁵.

Tra dovere di intervento e diritto al risarcimento (in capo al gestore) svolge il suo ruolo la teorica del Good Samaritan.

Non sfugge infatti al sistema anglosassone l'inscindibilità tra afflato precettivo e riconoscimento di una pretesa azionabile per l'interveniente qualora questi dovesse subire egli stesso un danno nel tentativo di impedire quello dell'interessato: il pregio della teorica del Good Samaritan sta proprio nel cogliere questo nesso e prospettare quindi una revisione del sistema capace di adottare soluzioni globali che considerino entrambi gli aspetti, privilegiando tuttavia all'introduzione del dovere una più forte e salda assicurazione di poter ottenere dalla gestione il ristoro delle spese e danni patiti.

Nella pratica le due tematiche viaggiano su binari indipendenti, tanto che un ordinamento può fornire risposte che al tempo stesso escludano un obbligo di intervento e invece

³⁶⁴ Nei paesi di common law si usa parlare anche di 'proximity' tra soggetto gerito e interveniente quale requisito necessario per fondare un obbligo di intervento. Cfr. SMITS, cit., 9.

³⁶⁵ Cfr. anche *Dorset Yacht Company v. Home Office*, [1970] AC 100, e le parole di Lord Reid: "There may be a moral duty to do so, but it is not practicable to make it a legal duty". Per quanto concerne l'obbligo di intervenire al fine di scongiurare il verificarsi di un danno grave alla persona, va sottolineato che nell'ultimo decennio del secolo scorso tre stati americani lo hanno espressamente introdotto (si tratta di Vermont, Minnesota e Rhode Island).

accordino un diritto al risarcimento del danno al soggetto interveniente.

Generalmente, gli strumenti in cui si concreta tale diritto possono essere un'azione di natura extracontrattuale oppure una pretesa direttamente riconducibile alla normativa sulla gestione d'affari: e questo sulla base del fatto che quest'ultima resta pur sempre, per dirla con Stoljar, "the great legal paradigm of human help"³⁶⁶, e che pertanto sembra equo accordare la prerogativa di essere tenuto indenne da ogni danno al soggetto che meritoriamente si attiva in favore di altri³⁶⁷.

Uno dei più autorevoli esponenti della teorica del buon samaritano è Hanoch Dagan³⁶⁸.

Secondo questo filone dottrinale, è chiaro che si dovrebbe prevedere un forte sistema di garanzie per l'interveniente (solo eventualmente accompagnato da un dovere di intervento)

³⁶⁶ STOLJAR, *Negotiorum Gestio*, IECL vol. X, 1984, no. 18.

³⁶⁷ Cfr. SMITS, cit., 14, che parla di 'socializzazione del rischio di salvataggio': "It is sometimes better to have a socialization of the risk of rescue. The costs involved with only individuals trying to be recompensed may be too high (...). The community should compensate damages of an individual who on one occasion serves as a collaborator of the public service". Il problema però è che non è la generalità dei consociati a compensare della perdita l'interveniente, bensì il soggetto interessato su cui ricadono in concreto le conseguenze economiche negative dell'evento.

³⁶⁸ Vedi DAGAN, *In defense of the Good Samaritan*, in *Michigan Law Review*, Vol. 97, No. 5 (March 1999), 1152 ss. Si vedano anche HEYMAN, *Foundations of the duty to rescue*, in *Vanderbilt Law Review*, 1994, 673, LIPKIN, *Beyond Good Samaritans and Moral Monsters: an Individualistic Justification of the general duty to rescue*, 31 *UCLA*, 1983, 252 e ADLER, *Relying upon the reasonableness of strangers: some observations about the current state of common law affirmative duties to aid or protect others*, 72 *Wisconsin Law Review*, 1991, 867. In particolar modo Dagan si spende contro i due ostacoli al riconoscimento dei diritti dell'interveniente: il dogma della tutela della libertà personale e la pretesa di non dover in alcun modo svilire lo spirito altruistico per mezzo di un ritorno materiale. Per l'autore (p. 1155) "personal liberty justifies (...) such an offsetting whenever it is evident (at the time when the potential benefactor must decide whether it is evident (...) that the beneficiary's expected gain from intervention exceeds the expected costs of the intervention".

superando così la concezione *libertarian* estremamente orientata a custodire la libertà del singolo rispetto alla collettività (da cui il motto “*mind your own business*”).

Questo in base a un duplice ordine di ragioni.

In primis, vi sarebbe un incentivo a salvare vite quale primo effetto immediato.

Riecheggia in questa asserzione il convincimento che da una tale azione individuale ricaverebbe un grande beneficio il benessere della comunità stessa³⁶⁹, atteso che un'importante funzione della legge è di orientare il comportamento degli individui.

È tuttavia ben noto che le teorie economiche hanno contestato l'assunto, chiarendo che potrebbe essere finanche più efficiente escludere la responsabilità per omesso intervento³⁷⁰.

Inoltre, anche se si tratta più di un'aspirazione o valore, è perfettamente naturale per i fautori della teorica auspicare una conformazione della legge che sia più vicina possibile ai doveri imposti dalla morale³⁷¹, sebbene si ometta di approfondire che il

³⁶⁹ SMITS, cit., 27: “This argument is usually related to the economic idea that thus the welfare of society as a whole would increase: if a person can be rescued at low cost, it is efficient to do so”. Cfr. anche DAGAN, ult. cit., 1173: “Encouraging good samaritanism by securing restitution of the costs of benevolent interventions is precisely the moderate legal device needed to inculcate altruism”.

³⁷⁰ L'argomento è quello per cui spesso chi interviene è spinto da altruismo la cui prova tuttavia non sarebbe di alcun giovamento in caso di previsione di responsabilità a suo carico in caso di salvataggio non riuscito. Cfr. LANDES-POSNER, cit., 94 e 124. Questi ultimi si dimostrarono peraltro scettici sull'introduzione di norme che incentivassero l'intervento altruistico, sulla base del già citato argomento (lo definiremmo oggi pessimista!) per cui alcuni soggetti avrebbero potuto essere spinti alla creazione di autonome situazioni di pericolo proprio per favorire i presupposti di un intervento salvifico.

³⁷¹ Cfr. HEYMAN, cit., 738 ss.: “Every citizen has a fundamental right to protection by the community. In return, the individual has an obligation to assist

relativismo ben conosciuto nell'ambito di questa scienza sociale mal si abbina con le esigenze di certezze ricercate e perseguite dal diritto.

Non mancano posizioni che hanno invece evidenziato come il valore di fondo del diritto privato sia l'individualismo, e quindi non possa avere cittadinanza in questo ambito un dovere che così palesemente contrasta con i valori di fondo del sistema³⁷².

Più in generale, la vicenda appare come una vera e propria medaglia dalle due facce, laddove corrispondono ai diritti e doveri eventualmente spettanti al terzo gestore i benefici non richiesti che ricadono nella sfera giuridica dell'interessato: proprio ragionando di effetti favorevoli indesiderati, la cultura giuridica anglosassone ha parlato di *unsolicited benefits*, su cui ci già si erano spesi brevi cenni nel capitolo I.

Pertanto, è dato concludere che chi arreca un vantaggio non richiesto ad altro soggetto continua in quel contesto ad incontrare notevoli difficoltà nel recuperare quanto prestato o speso in ragione della propria attività³⁷³.

in performing this function by acting when necessary to rescue a fellow citizen in danger. This duty is owed not only to the community at large but also to the other members of the community, especially the endangered person".

³⁷² Cfr. EPSTEIN, *A theory of strict liability*, in *Journal of Legal Studies*, 1973, 203 ss. L'autore richiama la stessa filosofia kantiana come fondamento dell'assunto, chiarendo che "the liberty of one person ends when he causes harm to another. Until that point he is free to act as he chooses, and need not take into account the welfare of others". Cfr. anche RECKSEEN, *The Duty to Rescue*, 47 *Indiana Law Journal*, 1972, 321 ss. e YEAGER, *A radical community of aid: a rejoinder to opponents of affirmative duties to help strangers*, 71 *Washington University Law Quarterly*, 1993, 1 ss.

³⁷³ Il riferimento è alla pronuncia di Lord Bowen nel caso *Falcke v. Scottish Imperial Insurance Co.* del 1886: "The general principle is, beyond all question, that work and labour done or money expended by one man to preserve or benefit the property of another do not accord to English law create any lien upon the property saved or benefited, nor, even if standing alone, create any

Il tema, unitariamente considerato, vede la necessità di bilanciare il conflitto tra libertà di scelta di ciascuno in merito alla propria sfera giuridica e ingiustificato arricchimento³⁷⁴: è tuttavia di opinione comune che nei sistemi di common law vi sia infine una preferenza di fondo per accordare maggiore tutela alla libertà del singolo³⁷⁵, legando di conseguenza il diritto dell'interveniente a tutta una serie di requisiti che finiscono col limitare fortemente le ipotesi di prevalenza sull'autonomia del gerito³⁷⁶.

Il risultato, anzi, è proprio quello di scoraggiare ogni ingerenza a fronte di una così forte incertezza di poter essere in seguito tenuti indenni: occorrerà infatti non solo dimostrare che vi sia stato un beneficio per l'interessato³⁷⁷, ma anche che vi

obligation to reap the expenditure. Liabilities are not to be forced upon people behind their backs any more than you can confer a benefit upon a man against his will", e icasticamente a *Glenn v. Savage* (1887): "No man's private business (...) would be under his control, or free from the interference of strangers, perhaps idlers, drunkards, and perhaps enemies, under such pretences, drawing him from business into litigation. (...) If the law were otherwise, it would do 'violence to some of the kindest and best effusions of the heart to suffer them afterwards to be perverted by sordid avarice'. Hence the law will never permit a friendly act (...) to be afterwards converted into a pecuniary demand". La citazione nella sentenza richiama un precedente caso giudicato dalla Corte Suprema del New Jersey.

³⁷⁴ Così BICKENBACH, cit., 204.

³⁷⁵ BICKENBACH, cit., 204 ss.: "It is safe to say that the traditional common law attitude towards unsolicited benefits shows a bias in favour of freedom of choice (...). In early judgements especially, courts felt that it was better to allow unjust enrichment to go unremedied than to violate the defendant's freedom of choice by imposing on him an unrequested and unbargained-for obligation".

³⁷⁶ Si ammette che i diritti dell'interveniente prevalgano principalmente nei casi di soccorso in situazioni di emergenza, tutela della vita, salute o patrimonio di un individuo, difesa dei diritti di soggetti svantaggiati e intervento laddove un interesse pubblico venga pregiudicato dall'inerzia dell'interessato: cfr. BICKENBACH, cit., 203 nota 2.

³⁷⁷ E per beneficio s'intende uno tra "money, goods and services" (BICKENBACH, cit., 209): mentre il conferimento di denaro è quasi sempre interpretato dalle corti come un inequivoco beneficio, maggiori sono le problematiche relative a beni e prestazioni di altro tipo. Anche qui, si ripropone

corrisponda un ingiustificato arricchimento del soggetto interveniente³⁷⁸.

Proprio nell'interpretazione del concetto di beneficio subentra la ragionevolezza a mediare tra canoni ermeneutici oggettivi e canoni soggettivi: sarà pertanto lecito tutelare l'interveniente ogniqualvolta fosse ragionevole attendersi che l'interessato avrebbe voluto quel preciso beneficio e sempre che, naturalmente, non ricorresse il caso di consapevolezza (o ignoranza colpevole) che nel caso di specie il gerito non desiderava quel determinato comportamento e il conseguente risultato³⁷⁹.

In altre parole, per questa via si giunge comunque a temperare l'opzione individualistica per la quale "the beneficiary cannot always expect to defend himself simply by saying 'I never asked for it'"³⁸⁰.

Un occhio ben allenato può ravvisare nella contrapposizione tra queste due teorie una questione che è propria della politica del diritto, anziché del diritto privato in senso stretto: in altre parole, è lecito adottare una soluzione piuttosto

il problema di mediare tra approccio oggettivo e soggettivo per valutare il concetto di utilità: "The objective standard measures benefits in terms of their cost to the plaintiff, or alternatively, their market value. The subjective standard measures benefits relative to the defendant's wants, desires, and interests (...). The objective standard would flagrantly disregard the defendant's freedom to choose his benefits and to bargain for their price. The subjective standard would undercut the principle of unjust enrichment".

³⁷⁸ Va specificato che per Bickenbach (cit., 215) ci sono quattro possibili motivazioni per un intervento di tal genere: "purely altruistic, limited altruistic (that is, a desire to benefit the defendant, but not by way of a gift), self-serving, and officious".

³⁷⁹ Cfr. sempre BICKENBACH, cit., 210. Nell'accertare questi elementi, le corti tendono a valutare il comportamento successivo dell'interessato.

³⁸⁰ *Ibid.*, 224.

l'altra a seconda dei valori comuni che caratterizzano una società³⁸¹.

Esaminare le teorie che reclamano l'introduzione di un vero e proprio dovere di intervento consente di sottolineare che, nonostante tale esigenza nasca primariamente a tutela di ogni possibile interessato esposto al pericolo di un danno, essa si accompagna sempre ad alcuni doveri a carico di questi che andrebbero a compensare il gestore nell'ipotesi di danni o spese patiti.

Altrimenti detto, questo teorico obbligo di ingerenza si bilancerebbe con la garanzia di una pretesa al ripristino dello *status quo ante*, i cui effetti tuttavia graverebbero pur sempre sul soggetto interessato.

Anche all'esito di una argomentazione prettamente teorica, quindi, la tutela della sfera giuridica altrui per mezzo dell'imposizione di un obbligo di agire in caso di pericolo di danno si accompagna al riconoscimento di determinate prerogative del gestore, la cui soddisfazione graverà pur sempre sulla sfera giuridica dell'interessato: né potrebbe essere diversamente in una dinamica bilaterale.

Ciò con cui il giurista deve necessariamente confrontarsi resta il dato normativo attuale: all'esito di questo *excursus* in tema di gestione d'affari, alcuni elementi di rilievo e – su tutti – la nozione oggettiva del requisito dell'*utiliter coeptum* paiono

³⁸¹ Cfr. SMITS, cit., 31.

suggerire che, più che interrogarsi fino a spingersi alla configurabilità di un dovere di intervento in capo ai privati, il sistema (o i sistemi) si limiti ad adottare una soluzione pragmatica che in caso di ingerenza tende a privilegiare la posizione del gestore rispetto a quella dell'interessato.

Principio di solidarietà e massimizzazione dell'utile gestione dei beni si stagliano sullo sfondo quali valori di riferimento di questa soluzione.

Ma emerge anche qui, come già in altri contesti esaminati nel presente lavoro, quella nozione di 'beneficio ammesso' in senso oggettivo che tuttavia qui, massimamente e diversamente che altrove, acquisisce una connotazione sensibilmente diversa: al ricorrere di date circostanze non lascia infatti al soggetto 'presunto beneficiario' alcuna possibilità di rifiutare o rigettare il risultato dell'utile gestione³⁸², aggiungendovi anzi l'obbligo di tenere indenne il gestore delle spese e dei danni subiti.

³⁸² Così anche CENDERELLI, cit., 27 ss.: "L'intervento gestorio spontaneo è di per sé sempre fonte di obbligazione: se ad esso si accompagna un utile avvio della gestione l'obbligazione sorge in termini bilaterali, nel senso che a quella (sempre e comunque presente) del gestore si giustappone quella dell'interessato, che ha per oggetto (sintetizzando ciò che si dovrà poi analizzare nei particolari) la sostanziale necessaria accettazione dei risultati della gestione (dove, peraltro, il termine accettazione è usato in maniera del tutto impropria, dal momento che tale parola implica una manifestazione di volontà adesiva, espressa o tacita, mentre nel caso di specie è la legge stessa che vincola l'interessato agli effetti della gestione, a prescindere totalmente dalla di lui volontà)".

CONCLUSIONI

QUALE RUOLO OGGI PER IL PRINCIPIO

SOMMARIO: 1. Panoramica - 2. Le aporie del sistema: dalla gestione d'affari alla rinuncia abdicativa – 3. Un principio generale dell'ordinamento per dare effettività al canone

1. Panoramica

Questo lavoro abbraccia un campo ancora piuttosto ristretto del diritto privato: altre e importanti fattispecie ancora vi sarebbero foriere di spunti per il tema oggetto del presente lavoro.

Cionondimeno, è già possibile tracciare alcune linee guida generali che consentono di muoversi con maggiore chiarezza nel tratteggiare i contorni del principio di intangibilità della propria sfera giuridica.

Si è detto di come questo valore non venga esplicitamente affermato dall'ordinamento, e manchi di conseguenza una norma di diritto positivo cui fare riferimento ogniqualvolta si possano porre problemi di conflitto tra questo e altri interessi che l'ordinamento reputa meritevoli di tutela.

Il fatto che si tratti di principio meta-giuridico, che affonda le sue radici anzitutto nella filosofia e nelle scelte di politica legislativa che fondano un sistema giuridico, gioca senz'altro il suo ruolo in questa scelta di non calarlo nel tessuto normativo: esso quindi resta al tempo stesso presupposto implicito del

sistema e valore che emerge dalla disciplina positiva di numerose fattispecie.

Tuttavia, come è emerso in questo lavoro si può senz'altro affermare che non è corretto parlare di assoluta immodificabilità della sfera giuridica altrui: piuttosto, è dato ravvisare nel sistema una diversità di atteggiamento che trova il suo discrimine nella distinzione tra effetti negativi-sfavorevoli ed effetti positivi-favorevoli.

L'ordinamento esclude anzitutto che operando nel traffico giuridico un soggetto possa produrre effetti sfavorevoli nella sfera giuridica di altri senza che questi vi consentano; e di norma non sarà richiesta alcuna azione in positivo di questi soggetti volta a paralizzare la produzione degli effetti sfavorevoli, che in quanto tali non si produrranno affatto.

Sotto questo punto di vista, sembra che vi sia una certa coerenza nel sistema che lascia pochi spazi a eccezioni, le quali tuttavia – a garanzia dell'interessato stesso – vengono esplicitamente previste a livello legislativo: si pensi all'esaminata fattispecie del nuovo art. 182 *septies* L.F., o più in generale alla normativa che disciplina l'espropriazione per pubblica utilità.

L'esame degli istituti e la linearità in cui si atteggia il binomio tra regola ed eccezione quanto alla produzione di effetti *in peius* lascia a mio giudizio maggiori spunti di interesse, semmai, per l'ipotesi della produzione di effetti favorevoli.

Quanto a questi, diversamente, l'ordinamento ammette che possano prodursi demandando solo a un secondo momento l'(eventuale) manifestazione di volontà contraria dell'interessato,

in assenza della quale gli effetti si consolideranno nella sua sfera giuridica³⁸³.

In altre parole, al soggetto è fatto onere di porre in essere una determinata reazione o condotta qualora non giudichi quell'effetto (favorevole) confacente al suo assetto di valori o interessi: pertanto, la sua sfera giuridica non è garantita *tout court*, quasi fosse una sorta di compartimento stagno all'interno del traffico giuridico³⁸⁴.

³⁸³ Cfr. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., 104: "Mentre nell'ipotesi di effetti diretti giuridicamente non (o non solo) favorevoli, la natura di questi ultimi esige che al terzo venga riconosciuta una più immediata e rigorosa tutela, sì che non è consentita, naturalmente ove manchi un assenso preventivo, l'operatività del negozio entro la sua sfera giuridica, all'inverso nelle ipotesi per prime delineate (quelle favorevoli, *nda*), parimenti l'indole degli effetti non è di ostacolo all'incidenza dei medesimi nella sfera altrui, pure in mancanza del preventivo assenso (autorizzativo) dell'interessato".

³⁸⁴ Cfr. BENEDETTI, cit., 226, secondo il quale si afferma nel sistema "l'individuazione, nell'autonomia privata, del potere, tendenzialmente generale, a produrre effetti favorevoli nell'altrui sfera, con il limite del rifiuto". L'autore (p. 169) richiama anche la diversa scelta del legislatore in materia di acquisto dell'eredità e del legato: la prima, in quanto potenzialmente dannosa, necessita di un atto in positivo di accettazione del soggetto, mentre il secondo si acquista automaticamente (salvo rifiuto) proprio perché tendenzialmente sempre vantaggioso. Si veda anche CICALA, cit., 193: "L'ordinamento consente che il negozio (...) produca direttamente effetto per altri; e ciò perché si tratta di effetto normalmente ritenuto vantaggioso. Tuttavia sancisce, accogliendo il principio dell'indipendenza delle sfere individuali, il correttivo di un potere di reazione del destinatario" e 184: "Il principio dell'indipendenza delle sfere individuali non importa, cioè, che il negozio non possa produrre effetti per il terzo, bensì che il negozio, almeno di regola, non può produrre o non può produrre definitivamente effetti per il terzo indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo; il negozio non può, cioè, incidere sulla sfera del terzo o non può incidervi definitivamente, senza che il terzo con la sua volontà non concorra o quantomeno non sia posto in condizioni di concorrere". In tal modo, il principio "esprime solo un criterio fondamentale di competenza dell'autonomia privata in ordine agli interessi che si tratta di regolare, secondo un'esigenza di rispetto dell'altrui sfera" (BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1298). Tuttavia anche Benedetti (*Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 210) resta fortemente influenzato dalla distinzione tra effetti diretti e riflessi, mentre si è cercato di sottolineare in questo lavoro che la tutela del terzo deve necessariamente superare questa distinzione se intende essere realmente effettiva: "Solo in quanto la sfera giuridica sia direttamente colpita è dato reagire contro gli effetti che, appunto, la colpiscono.

Questo meccanismo muove da due presunzioni cui aderisce il legislatore.

La prima è quella in base a cui si può presumere come favorevole quell'effetto che si traduca nell'acquisto di un diritto o nell'estinzione di un obbligo³⁸⁵: sulla (astratta) qualificazione di favorevole/sfavorevole già sono state anticipate alcune osservazioni critiche nel corso della trattazione, che qui ora si riprenderanno e riassumeranno sulla base di un principio molto semplice.

AmMESSO e non concesso che possa essere favorevole l'acquisto di un diritto o l'estinzione di un obbligo – beninteso senza alcun onere o contropartita di sorta³⁸⁶ - ciò che è utile è in realtà tale per definizione solo in base al giudizio dell'interessato: o perlomeno così dovrebbe essere in un sistema – quale è il nostro – che riconosca all'individuo l'autonomia decisionale sui propri interessi e sul proprio patrimonio.

Da questa prima presunzione ne deriva logicamente una seconda: ovvero è presumibile che, dato un effetto favorevole, il soggetto nella cui sfera questo si produce tenderà ad accettarlo, ed è di conseguenza più economico imporre una manifestazione

L'estraneo non ha interesse a reagire. L'incidenza diretta è il criterio formale che individua e legittima la reazione". Per Kant resta ad ogni modo categorico che "everyone is entitled to reject an offer, and so to decline the benefit" (RIPSTEIN, cit., 122).

³⁸⁵ Così ne parla DONISI (ult. cit., 102), parlando di effetti favorevoli "in senso giuridico" quando discute di effetti "puramente favorevoli in quanto risolvendosi nel conferimento al medesimo (il terzo, *nda*) di una posizione giuridica attiva o nell'eliminazione di una posizione giuridica passiva, ovvero, quanto meno, nel miglioramento o nell'attenuazione, rispettivamente, di una posizione attiva o passiva già acquisita".

³⁸⁶ Si pensi alla problematica della ammissibilità di rendere oggetto della stipulazione in favore di un terzo un diritto reale, con gli oneri (anche economici) che a ciò conseguono: vd. *amplius supra*, cap. II.

di volontà contraria per evitarlo piuttosto che una di accettazione per confermarlo.

Ad esempio, si ritiene ragionevole non imporre al debitore il cui debito è stato rimesso una esplicita dichiarazione di volerne profittare, poiché è nella realtà delle cose che ciò si verifichi pressoché sempre³⁸⁷: stesso dicasi per il contratto con obbligazioni del solo proponente, o (sia pure con diverse sfumature, dianzi esaminate) per il contratto a favore di terzi.

L'ordinamento sembra quindi adeguarsi all'*id quod plerumque accidit*: imporre una condotta al soggetto per evitare o eliminare³⁸⁸ l'effetto favorevole è pertanto una scelta di ragionevolezza, e infatti nella casistica concreta non si discute mai di chi intendesse rifiutare ma lo abbia fatto tardivamente, o esprimendosi non chiaramente: a ulteriore conferma e riprova che l'opzione prescelta dal legislatore si è rivelata lungimirante una volta messa alla prova dalla prassi³⁸⁹.

³⁸⁷ Questa valutazione pragmatica del legislatore vale a superare le obiezioni che sottolineano come limitare il diritto di reazione del soggetto equivalga ad affievolirlo: così vale per la limitazione temporale del diritto del debitore di rifiutare la remissione del debito. Cfr. CICALA, cit., 195: "Già nello stesso art. 1236, dunque, il principio del rispetto della sfera altrui (del debitore) non trova piena applicazione, come risulta dalla decadenza stabilita per il potere di reazione attribuito al debitore".

³⁸⁸ Vedasi BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 165 ss. e in specie 174, che distingue tra rifiuto impeditivo e rifiuto eliminativo: il primo evita la produzione degli effetti propri della fattispecie considerata, il secondo recide effetti già prodottisi. DONISI (ult. cit., 118 ss.) ricorda che mentre la rinuncia ha ad oggetto un diritto, il rifiuto riguarda un effetto (vantaggioso).

³⁸⁹ Così anche BENEDETTI, cit., 212 ss.: "L'onere di reazione (...) potrebbe apparire già irrispettoso della libertà del singolo e dell'autonomia della sua sfera giuridica: e tal è in una visione decisamente individualistica dei rapporti sociali. In realtà, tale onere costituisce il prezzo inevitabile di una soluzione positiva che voglia tener conto dell'interesse che, almeno secondo una regola di esperienza, alla stregua di un criterio di normalità, è da ritenere prevalente. La tecnica fondata sul rifiuto costituisce una soluzione veramente felice, adeguata al giusto equilibrio dei diversi interessi che si tratta di regolare. L'interesse alla realizzazione dell'effetto diretto e immediato nella sfera altrui incontra un limite

Il potere di reazione dell'individuo rimane quindi, a prima vista, un argine efficace e sufficiente contro la sopportazione di questi effetti giuridici favorevoli ma indesiderati nella propria sfera giuridica: tale potere, in concreto, bilancia meccanismi di produzione degli effetti giuridici che possono prescindere dalla volontà di chi li subisce, pur giustificate in base a una concezione fortemente oggettiva di effetto favorevole (ovvero decontestualizzata dal concreto volere del soggetto).

Tuttavia nessuno, neanche l'ordinamento, può imporre un comportamento perché a suo modo di vedere è conveniente per il soggetto interessato: è infatti il modo di vedere le cose di costui che rileva, ed è al tempo stesso l'unico metro di libertà delle scelte del singolo.

Nulla quaestio quindi, quando il soggetto possa almeno reagire e paralizzare questo effetto: ma non sempre ciò è possibile, e il problema si pone laddove gli spazi di reazione appaiono più ristretti o addirittura preclusi³⁹⁰.

invalicabile nell'interesse, seppure eventuale, alla tutela dell'autonomia della propria sfera giuridica". Vedasi anche DONISI, ult. cit., 105, che riconosce come la vicenda sia "consentita dalla legge sulla base della considerazione che, atteso il carattere favorevole dell'avvenuta interferenza, il destinatario, secondo *l'id quod plerumque accidit*, non avrebbe di regola motivo per impedirne il verificarsi".

³⁹⁰ Nel suo tentativo di delimitare il principio di intangibilità della sfera giuridica altrui, DONISI (ult. cit., 134) chiarisce in quali casi dal suo punto di vista debba ricorrere una deroga al canone, ovvero in presenza di un'alterazione particolarmente qualificata: "È legittimo discorrere soltanto laddove ricorrano le seguenti specifiche condizioni: si disponga di un'alterazione della sfera del terzo, identificabile negli effetti diretti del negozio; si tratti di un'alterazione non (o non puramente) favorevole (in senso giuridico) al terzo; non sussista alcun assenso legittimante da parte di quest'ultimo". Da ciò deriva una ridefinizione del principio in termini di "intangibilità in via diretta della sfera giuridica del terzo (o del singolo), in difetto del suo assenso, salvo che si tratti di un'alterazione (giuridicamente) del tutto favorevole al medesimo", quindi di "principio della protezione, della difesa delle sfere individuali".

2. *Le aporie del sistema: dalla gestione d'affari alla rinuncia abdicativa*

Come si è avuto modo di vedere, infatti, gestione di affari altrui e rinuncia abdicativa pongono seri dubbi sulla possibilità del soggetto interessato di opporsi alla produzione degli effetti propri delle due fattispecie.

L'esempio della gestione è senza dubbio un caso classico e teorico di prevalenza di differenti valori sulla tutela della signoria del singolo sulla propria sfera giuridica.

Come si è osservato, in presenza di tutti i requisiti prescritti dalla legge il gerito sarà tenuto non solo a subire gli effetti della gestione sul proprio assetto di interessi, ma dovrà anche tenere indenne il gestore di tutte le spese e i danni che dovesse aver patito a causa dell'attività gestoria.

Questo senza tuttavia tralasciare il non trascurabile fatto che, poiché la legge parla di utilità iniziale della gestione e quindi guarda al momento in cui questa ha avuto inizio per valutarne la (potenziale) utilità per il *dominus* (cd. *utiliter coeptum*), il medesimo obbligo si produrrà anche senza doversi necessariamente accompagnare alla parziale contropartita della produzione di un effetto favorevole: è infatti ben possibile che una gestione (s'intende, diligentemente portata a termine dal gestore) sia all'esito *damnosa*, e purtuttavia lecita secondo l'ordinamento.

Nel bilanciamento delle posizioni di gestore e gerito, che in questa ipotesi sono massimamente in contrapposizione, l'ordinamento fa una precisa scelta di campo: la rilevanza del momento iniziale della gestione è quindi il mezzo attraverso cui si forniscono garanzie al gestore sul diritto di essere tenuto

indenne dal gerito, e questo essenzialmente perché la sua azione viene ritenuta maggiormente meritevole di tutela rispetto alle prerogative pur legittime dell'interessato.

Questa, come detto, è una presa di posizione del legislatore che, supportata da una lunga tradizione storica, denota la prevalenza di fondo di valori quali l'incentivazione dell'altruismo e la necessità di premiare atti di matrice solidaristica, che ispirano quindi la politica legislativa.

Ma è la scelta del nostro ordinamento: nel nostro sistema infatti ciò è accettato sulla base di una comune e prevalente adesione ai valori *supra* citati, che tuttavia un diverso sistema potrebbe ben decidere di non premiare qualora la visione di fondo fosse diversa.

È il caso dei sistemi anglosassoni, dove abbiamo visto prevalere una tendenziale diffidenza rispetto alle ingerenze nella sfera giuridica altrui, probabilmente ricollegata anche alla matrice più strettamente liberal-individualistica propria della cultura che li ispira³⁹¹.

Che poi la dottrina si spenda per invertire questa tendenza (basti pensare a tutta la citata teorica del *Good Samaritan* e dell'obbligo di intervento a tutela dell'altrui interesse, che cerca di contrapporsi alle posizioni più rigide in tema di *unsolicited benefits*) è ulteriore segnale che la scelta finale è pur sempre il risultato di un conflitto tra valori, che tuttavia nel tempo può far registrare un cambio nel relativo bilanciamento: così, ad

³⁹¹ Così BICKENBACH, cit., 205: "The common law's reaction to unsolicited benefits may have been the result of nineteenth-century England's stern individualism (...). The freedom to choose one's own benefits is a contractual value, and a value well worth preserving".

esempio, nell'evoluzione della cd. *privity rule* sul finire degli anni novanta del secolo scorso.

In quest'ottica, sarebbe particolarmente interessante ampliare in futuro l'oggetto della ricerca focalizzandosi anche sulla rappresentanza: il fenomeno rappresentativo, infatti, somma le interessanti peculiarità proprie del nostro ordinamento – che pure prevede numerose norme in deroga al principio di intangibilità della sfera giuridica altrui – alle ancor più significative differenze che si colgono nella disciplina del corrispondente istituto di common law. È ben noto l'interesse che tuttora suscitano la cosiddetta *undisclosed principal doctrine* e le motivazioni storiche alla base di una disciplina che si pone in aperta deviazione rispetto alle rigidità proprie del sistema anglosassone.

Se è vero che una soluzione può essere più o meno coerente col sistema di norme dell'ordinamento, cionondimeno a prevalere sono quindi le scelte valoriali di fondo di una comunità.

Diverso è invece il caso della rinuncia, fattispecie molto meno teorica (e desueta) della gestione d'affari.

L'ipotesi dell'abbandono mero dell'immobile, come già visto al centro di un vivace dibattito anche e soprattutto nella prassi notarile, rischia di tradursi in una provvidenziale via di fuga dalla responsabilità per il soggetto rinunciante, qualora si accetti quell'automatismo che prevede la produzione dell'effetto traslativo in capo allo Stato (o alla Regione autonoma).

Invero lo Stato è un 'terzo' affatto peculiare: il paradosso del caso *de quo* è proprio quello di far sopportare un'ingerenza al soggetto che per antonomasia ha più possibilità di far

prevalere le proprie ragioni su quelle dei singoli contro la loro volontà.

Ciononostante, non si vede perché debba essere trattato in modo peggiore rispetto a quanto non si farebbe con un qualsiasi privato, posto che quando si opera nel campo privatistico lo Stato è un soggetto in tutto e per tutto allo stesso livello dei privati; per tacere del fatto che gli oneri economici che un acquisto dannoso possono comportare finirebbero col ricadere, da ultimo, sulla collettività.

Soprattutto in questo caso un soggetto (lo Stato appunto) pare tendenzialmente succube delle scelte del privato che rinunci al proprio diritto di proprietà, con l'effetto di allocare su altri i rischi e gli oneri intrinsecamente connessi al bene abbandonato.

L'art. 827 c.c. resta senza dubbio una norma di chiusura dell'ordinamento, ma in questi casi sembra piuttosto un capestro per chi debba subire la produzione di effetti indesiderati o sui quali, perlomeno, dovrebbe essere lasciato un minimo di margine di discrezionalità.

Quali i modi per evitare soluzioni che appaiono così in contrasto con i valori liberali del sistema? Quali margini tecnico-giuridici di operatività restano per il nostro principio di intangibilità della sfera giuridica altrui?

3. Un principio generale dell'ordinamento per dare effettività al canone

Alcuni casi tipici e altri che è corretto definire casi-limite (come appunto quello della rinuncia) inducono a interrogarsi più

approfonditamente sulle ragioni di certe scelte prese dal nostro legislatore.

Non c'è dubbio che, annodando i vari fili, difetti una ragione comune che sia connessione inequivoca tra le fattispecie eccezionali critiche: resta il fatto che è senz'altro più interessante l'atteggiamento di favore rispetto alle ingerenze *in melius* più dei (rari) casi in cui si ammette esplicitamente l'intromissione *in peius*.

Questi ultimi infatti risultano complessivamente coerenti con il sistema in quanto è il sistema stesso a porli 'fuori di sé' qualificandoli come eccezioni.

Ma nell'ambito delle prime, come visto esistono casi in cui è l'ordinamento a scegliere cosa astrattamente sia favorevole per il singolo, in alcune ipotesi addirittura privandolo della possibilità di riappropriarsi della propria autonomia di giudizio e decisione su quanto concerne i propri affari.

Quindi a essere incisa è non solo e non tanto la sfera patrimoniale del soggetto, quanto piuttosto e soprattutto il margine di valutazione e discrezionalità che attiene al momento decisionale.

Pertanto nei casi in cui, essendoci una situazione di conflitto, è necessario scegliere quale valore sacrificare, appare ragionevole adottare soluzioni che sono pragmatiche ma al tempo stesso giustificate dal fatto che – sia pure in astratto, lo si ripete – al soggetto spetta comunque un beneficio a fronte della lesione della sua autodeterminazione: un criterio quindi sufficientemente garantista, e fortemente orientato, se così si può dire, al buon senso.

Ogniqualevolta al singolo non residui spazio alcuno per paralizzare questo meccanismo, è lecito parlare di atteggiamento paternalista dell'ordinamento, laddove per paternalismo si può comunemente intendere "l'accettazione di un'interferenza (dello stato o di altro individuo) nella sfera giuridica di un soggetto contrariamente all'altrui volere, difesa o giustificata sulla base dell'assunto per cui l'interessato verrà a trovarsi in una situazione migliore o sarà scongiurato il prodursi di un evento a lui dannoso"³⁹².

In questa sede, rileva non tanto quell'accezione di paternalismo che muove dalla convinzione per cui non vi siano motivi sufficienti per confidare nell'autonomia decisionale del soggetto e della bontà delle scelte che possano derivarne, ma piuttosto quella che prescinde affatto da questa funzione 'suppletiva' dell'azione di un altro soggetto rispetto a questa situazione di potenziale 'pericolo', imponendo un risultato utile *sic et simpliciter*³⁹³.

³⁹² Il riferimento in materia è senz'altro DWORKIN, *Paternalism*, in *Cambridge Dictionary of Philosophy*, edited by Robert Audi, 2nd ed., Cambridge University Press, 1999, pp. 649-650: "Interference with the liberty or autonomy of another person, with justifications referring to the promotion of the person's good or the prevention of harm to the person". E ancora alla voce *Paternalism*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Zalta, 2017: "The interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm". È curioso che proprio nel concetto di *paternalism* rientri l'esempio dei provvedimenti giudiziari che impongano la trasfusione al testimone di Geova contro la propria volontà.

³⁹³ Cfr. BEGON, *Paternalism*, in *Analysis Reviews*, No. 3/76, 2016, pp. 355: "The normative core of paternalism is not that we mistrust individuals' abilities (which may be justified) but that we fail to see their autonomy as grounding an exclusionary reason against using this distrust as a basis for our actions". Questo sarebbe per l'autrice il *background* comune di tutte le forme di paternalismo: non la sfiducia nei confronti delle decisioni altrui (elemento soggettivo), quanto piuttosto la prevaricazione (oggettiva) dell'altrui autonomia. Il paternalismo certo si declina in due diverse modalità e intensità: quella che

In altre parole muoversi entro una prospettiva paternalista significa non tenere in considerazione la libertà e la volontà altrui come ragione necessaria e sufficiente per evitare qualsiasi tipo di imposizione³⁹⁴: l'autonomia morale e decisionale di ciascuno dovrebbe quindi restare sempre preminente laddove non si ponesse il caso di tutelare esigenze collettive o altrui che siano realmente maggiormente meritevoli di tutela³⁹⁵.

Il punto è quindi la centralità del rispetto dell'individuo, in uno col rispetto della sua libertà: è questa una scelta di fondo che, per non snaturare il sistema, andrebbe difesa e applicata quanto più possibile³⁹⁶, il che non significa naturalmente

tende ad aiutare il soggetto nell'adottare la scelta più favorevole (*soft* o *weak paternalism*) e quella che invece la impone dietro la giustificazione di protezione del soggetto, sulla base del presupposto che l'autonomia di giudizio del terzo sia migliore di quella dell'interessato (*hard* o *strong paternalism*).

³⁹⁴ Il richiamo alle teorie politiche di matrice *libertarian* ha in questo senso il suo valore. Si veda in particolare TSAI, *Rational persuasion as paternalism*, in *Philosophy and Public Affairs*, 2014, 42:78-112 e ancora BEGON, cit., 362: "An act may be paternalist not because it opposes someone's autonomy but because it prevents them from exercising it". Anche per SHIFFRIN, *Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation*, in *Philosophy and Public Affairs*, 2000, 250, va rimarcato il carattere paternalistico di una condotta nell'invasione dell'autonomia decisionale del soggetto, prima ancora che della sua sfera di interessi ("not the interference with another actor's interests but rather the interference in another actor's proper sphere of autonomy and judgment"). L'errore sta quindi non nel credere che l'altro possa prendere decisioni sbagliate, bensì nel cercare di porre rimedio a questa eventualità per mezzo dell'imposizione di un determinato effetto (cfr. ENOCH, *What's wrong with Paternalism: Autonomy, belief and action*, in *Proceedings of the Aristotelian Society CXVI, Draft*, 2016).

³⁹⁵ Cfr. JOHNSON, *Moral legislation*, Cambridge, 1991, 13 ss. e SHIFFRIN, *Moral Autonomy and Agent-centred options*, in *Analysis*, 51/4, Oxford, 1991, 246: "This idea of moral autonomy connotes having 'sovereign moral authority' over oneself, or at least over a substantial degree or sphere of one's own life".

³⁹⁶ E questo, per ritornare a SHIFFRIN, ult. cit., 248, "because the ultimate and overall evaluation of a person's character and life operates primarily and most importantly on a moral metric, it is imperative that individuals have the right of self-determination over that sphere of their activity". E quindi "that aspect of their lives must be fully their own". Se la prospettiva entro cui ci si muove è quella liberale, non si può che fare riferimento al ben noto *harm principle* di MILL, *On liberty*, Penguin, 1859, 68 ss.: "The only purpose for which power can be

considerare gli individui come atomi o monadi perfettamente impermeabili al contesto giuridico e di interessi entro il quale operano³⁹⁷.

Per quanto è emerso dal presente lavoro, non è certo corretto ravvedere motivazioni paternaliste in tutti i casi in cui la signoria del singolo sulla propria sfera giuridica viene sacrificata: nondimeno, ragiona senz'altro in quest'ottica e con argomento di comodo chi può accontentarsi della considerazione per cui perlomeno quel soggetto ne ricaverà in cambio un qualche risultato favorevole.

Ma favorevole per chi?

Se infatti questa 'consolazione' diventa un modo per non far prevalere l'autonomia individuale nei casi limite, la logica paternalista diventa a tutti gli effetti un connotato del sistema, con

rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinion of others, to do so would be wise or event right. (...) The only part of the conduct of anyone for which he is amenable to society is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign”.

³⁹⁷ In questo, è fondamentale ancora una volta l'opera di DAGAN, in specie *The challenges of private law: towards a research agenda for an autonomy-based private law*, in *Private Law in the 21st century*, Bloomsbury, 2015, 2 ss.: “Much of private law theory seems to be dominated by deadlock between apologies of its traditional, normatively disappointing conception as the ‘law for persons regarded as (...) morally self-sufficient atoms’”. Per l'autore, il valore dell'autonomia va infatti declinato non come assoluta non interferenza con gli altri, bensì come rispetto del volere altrui e del principio di autodeterminazione, sia pure nella presa d'atto che il diritto (e in specie il diritto privato) nasce proprio per comporre il conflitto tra interessi contrapposti: l'interdipendenza reciproca rende pertanto il diritto privato un fattore fondamentale della nostra vita sociale, ma pur sempre considerando che (p. 6) “people are equal in their interpersonal relationships if none is the superior or subordinate of another; and each person is free as against all of the others, because entitled to set and pursue his or her own conception of the good, rather than depending upon the conceptions of others”.

la tendenza a prevalere sempre e comunque sulle istanze di libertà dell'individuo.

A parere di chi scrive, nel rispetto dei canoni ermeneutici che l'interprete può in concreto adottare è ancora possibile tenere l'intangibilità della sfera giuridica altrui quale valore guida in tutti quei casi in cui il dettato normativo non opti esplicitamente per la sua attenuazione.

La perfetta coerenza del sistema è senz'altro un mito, poiché il diritto non nasce per descrivere la realtà né risponde ai meccanismi delle scienze esatte.

Quel che può soccorrere, almeno per tornare al caso della *gestio*, è anzitutto una interpretazione dei fatti e delle norme improntata alla ragionevolezza: se, ad esempio, si può presumere la *prohibitio domini* dalla situazione di fatto (ad esempio, se la casa è circondata da un cancello chiuso non si può entrare nemmeno per raccogliere i frutti che stanno cadendo dall'albero, perché si viola il domicilio) allora i margini di interferenza con l'altrui libertà si riducono forse alla sola teoria.

Ma la regola *nihil de me sine me* può e deve considerarsi a tutti gli effetti un principio generale dell'ordinamento anche ai sensi dell'articolo 12 delle Preleggi.

E bene quindi ragionò nel caso citato in tema di rinuncia il conservatore trentino dei registri immobiliari, che ha ben colto l'esigenza di interpretare il sistema normativo basandosi su un principio di tutela rispetto alla produzione di effetti giuridici non desiderati nella propria sfera giuridica.

Nel silenzio o nell'estrema laconicità di certe disposizioni normative, appare quanto mai opportuno procedere affidandosi a clausole generali capaci di bilanciare contrapposte esigenze o

interessi secondo criteri di ragionevolezza: questo per evitare di accollare a soggetti terzi effetti pregiudizievoli solo in forza dell'applicazione di automatismi astratti e incapaci di considerare l'impatto di tali negozi unilaterali³⁹⁸.

Così declinato, il principio è capace quindi di trovare applicazione anche a livello ermeneutico e di orientare conseguentemente l'interpretazione delle norme, per relegare le eccezioni (se di eccezione in senso proprio sarà corretto parlare) a fattispecie per le quali non è ammissibile l'interpretazione analogica.

³⁹⁸ Così SICCHIERO, "Rinuncia", in *Digesto delle discipline privatistiche*, cit., 606.

BIBLIOGRAFIA³⁹⁹

AA.VV., *Principles, definitions and model rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference Full Edition*, Monaco di Baviera, 2009.

AA.VV., *Principles, definitions and model rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference Outline Edition*, Monaco di Baviera, 2009.

ADLER, *Relying upon the reasonableness of strangers: some observations about the current state of common law affirmative duties to aid or protect others*, 72 *Wisconsin Law Review*, 1991.

ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952.

ARU, *Gestione d'affari*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981.

ASTONE, *Contratto negozio regolamento – Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008.

ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Oxford, 1995.

AUBRY-RAU, *Cours de droit civil francais*, Parigi, 1871.

AZZALINI-MAZZARIOL, *Casi e pareri di diritto civile*, Padova, 2008.

BAGCHI, *Contract in a liberal state*, in *CSECL 2016 Summer School Materials*, Amsterdam, 2016.

BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

BARASSI, *Il principio maggioritario nel diritto privato*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931.

BARBA, *La rinuncia all'eredità*, Milano, 2008.

BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1950.

BEATSON, *The use and abuse of unjust enrichment*, Oxford, 1991.

³⁹⁹ Alcune citazioni sono state riportate in forma abbreviata nello svolgimento del testo.

BEGON, *Paternalism*, in *Analysis Reviews*, No. 3/76, 2016.

BELLINIA, *La rinuncia alla proprietà ed ai diritti reali di godimento*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, consultabile online su www.notariato.it.

BELLONI PERESSUTTI, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2014, Art. 882, I.1.

BELVEDERE, *Il fantasma della esposizione debitoria ed il contratto 'a danno di terzi'*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1995, I, edizione digitale.

BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.

BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1962.

BESSONE-D'ANGELO, voce *Adempimento*. in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958.

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1960.

BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1955.

BIANCA, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2014, Art. 1411.

BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000.

BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1998.

BIANCA, *La proprietà*, Milano, 1999.

BICKENBACH, *Unsolicited benefits*, in *University of Western Ontario Law Review*, 1981.

BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali ed obbligazioni propter rem*, in *Trattato Cicu e Messineo*, Milano, 1984.

BIONDI, voce *Gestione di affari altrui (Diritto romano)*, in *Novissimo Digesto italiano*, VII, Torino, 1961.

BIONDI, *I beni*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1953.

BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Napoli, 2017.

BONA-PARDOLESI, *Espropriazione fallita, trasformazione dell'immobile e rinuncia abdicativa del privato: un intreccio problematico*, in *Foro italiano*, 2017, III.

BOZZI, voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968.

BRANCA, *Comunione*⁶, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981.

BRECCIA, *La gestione di affari*, in *Trattato di Diritto privato* diretto da Rescigno, 9, Torino, 1984.

BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991.

BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1923.

BURROWS, *The law of restitution*, Oxford, 2011.

BUTTARO, voce *Assicurazione (Diritto Privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958.

CAEMMERER, *Verträge zugunsten Dritter*, in *Festschrift für F. Wieacker*, Göttingen, 1978.

CANNATA, *L'adempimento in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 9, Torino, 1984.

CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005.

CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936.

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948.

CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, Padova, 1931.

CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli atti unilaterali*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1957, I.

CASELLA, voce *Gestione di affari (diritto civile)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988.

CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990.

CENDERELLI, *La negotiorum gestio – Corso esegetico di diritto romano*, I, Torino, 1997.

CERCIELLO, *La remissione del debito*, Roma, 1923.

CHECCHINI, *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2007, 3.

CHECCHINI-AMADIO, *Lezioni di diritto privato*, Torino, 2007.

CHESSA, *L'adempimento*, Milano, 1996.

CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968.

COMPORZI, voce *Abbandono*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, I, Roma, 1988.

COPPOLA, *Studi sulla pro erede gestio*, II, *La valutazione dell'animus nel "gerere pro erede"*, Milano, 1999.

COSTANTINI, *La rinuncia alla prescrizione*, in MONATERI-COSTANTINI, *La prescrizione*, nel *Trattato Sacco dir. civ.*, Torino, 2009.

CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001.

D'AMICO, *Il soccorso privato*, Roma-Napoli, 1981.

D'AMICO, *Profili privatistici del soccorso*, in *Responsabilità Civile e previdenza*, 1979.

DAGAN, *In defense of the Good Samaritan*, in *Michigan Law Review*, Vol. 97, 1999, 5.

DAGAN, *The challenges of private law: towards a research agenda for an autonomy-based private law*, in *Private Law in the 21st century*, Bloomsbury, 2015.

DAGAN-HELLER, *Property*, Oxford University Press, 2011.

DAWSON, *Rewards for the rescue of human life?*, in *XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, 1961.

DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2014, Art. 1070, I.2.

DE MARTINO, *Della proprietà*⁴, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981.

DE SEMO, voce *Gestione di affari altrui (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1989.

DE SEMO, *La gestione di affari altrui nella teoria e nella pratica*, Padova, 1958.

DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994.

DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, in *Obbligazioni e contratti*, Bologna, 1993.

DI MAJO, voce *Pagamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958.

DONADIO, voce *Contratto a favore di terzi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1989.

DONINI, in (a cura di) Antonioli-Veneziano, *Principles of European Contract Law and Italian Law*, L'Aia, 2005.

DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.

DONISI, *La "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1980.

DWORKIN, *Paternalism*, in *Cambridge Dictionary of Philosophy*, edited by Robert Audi, 2nd ed., Cambridge University Press, 1999.

DWORKIN, *Paternalism*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Zalta, 2017.

ENOCH, *What's wrong with Paternalism: Autonomy, belief and action*, in *Proceedings of the Aristotelian Society CXVI, Draft*, 2016.

EPSTEIN, *A theory of strict liability*, in *Journal of Legal Studies*, 1973.

ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht. I. – Allgemeiner Teil*⁸, I, Heidelberg, 1995.

FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947.

FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997.

FAVARQUE-COSSON/MAZEAUD, WICKER/RACINE/SAUTONIE-LAGUIONIE/BUJOLI, *Principes contractuels commun. Projet de cadre commun de référence*, Parigi, 2008.

FERRANTI, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano, 2005.

FERRARI, voce *Gestione d'affari altrui (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958,

FERRI, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, in *Dall'economia della bontà all'economia del dolore*, Padova, 2003.

FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960.

FERRI JR. *Il trattamento dei creditori nel concordato tra competenze collettive e interessi individuali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, IV, 2/2015.

FERRI JR. *L'attività di liquidazione tra negozio e procedimento*, in *Attività di liquidazione e tutela dei creditori*, a cura di Parente-Ruggeri, Napoli, 2014.

FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, in *Contratti*, 2015, 12.

FOLLIERI, *L'adempimento del terzo come 'nuova' ipotesi di obbligazione naturale?* in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 7.

FOLLIERI, *La compensazione del terzo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 2.

FOLLIERI, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel 'prisma' del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2015, 4-5.

FRAGALI, *La comunione*, in *Trattato Cicu e Messineo*, II, Milano, 1978.

FRIEDMANN, *Payment of another's debt*, in *The Law Quarterly Review*, 1983.

GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2006.

GALGANO, *Il negozio giuridico*, Giuffrè, 2002.

GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, Bologna, 2007.

GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2015.

GALLO, voce *Gestione d'affari altrui*, in *Digesto discipline privatistiche*, UTET, 1998.

GASPERONI, voce *Contratto di Assicurazione (in generale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1989.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Bologna, 2015.

GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, a cura di Gabrielli-Gazzoni, Torino, 2013, I.

GENTILE, *La natura giuridica della remissione del debito*, Messina, 1965.

GIACOBBE-GIUDA, voce *Remissione del debito (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Milano, 1988.

GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.

GIORGIANNI, voce *Pagamento (Diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1989.

GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917.

GLOAG, *The law of contract: a treatise on the principles of contract in the law of Scotland*, Edinburgh, 1929.

GOTTWALD, *Münchener Kommentar zum BGB, 2, Schuldrecht I (§ 241-432), Anhang zu § 328. Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, Stuttgart-Berlin-Köln, 1990.

GUIZZI, *In tema di rinuncia alla multiproprietà immobiliare*, in *Rivista del notariato*, 2014.

HAYEK, *La società libera*, Firenze, 1969.

HEYMAN, *Foundations of the duty to rescue*, in *Vanderbilt Law Review*, 1994.

JHERING, *Lo scopo nel diritto*, a cura di Losano, edizioni Aragno, Torino, 2014.

JOHNSON, *Moral legislation*, Cambridge, 1991.

KANT, *The Metaphysics of Morals*, Cambridge, 2017.

KOHLER, *Die Menschenhilfe im Privatrecht*, in *Jherings Jahrb.*, Bd. 25, 1887.

KORTMANN, *Altruism in private law*, Oxford, 2005.

KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, Monaco di Baviera, 1929.

LA TORRE, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milano, 1993.

LANDES-POSNER, *Salvors, Finders, Good Samaritans, and other rescuers: an economic study of law and altruism*, in *Journal of Legal Studies*, 1978.

LIPKIN, *Beyond Good Samaritans and Moral Monsters: an Individualistic Justification of the general duty to rescue*, 31 *UCLA*, 1983.

Principles of European Contract Law – Combined and Revised, a cura di LANDO-BEALE, L’Aia, 2000, II.

LO SCHIAVO-MARRESE, *Il contratto a favore di terzi*, Milano, 2003.

MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992.

MAGGIOLIO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, I.

MAIORCA, voce *Fatto giuridico, Fattispecie*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1968.

MAJELLO, voce *Contratto a favore del terzo*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, UTET, 1998.

MATTIOLI, *Il contratto a favore di terzo. Spunti per una comparazione diacronica dal diritto romano al "Draft Common Frame of Reference"*, edizione digitale da *Rivista di Diritto Romano*, 2010, X.

MAZZARIOL, *Rinuncia abdicativa alla quota di comproprietà: tra tipicità e atipicità della fattispecie*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, I.

McKENDRICK, *Contract Law*, Palgrave, 2007.

MEIER, *Performance of an obligation by a third party*, in *Judge and Jurist*, a cura di Burrows, Johnston e Zimmermann, Oxford, 2013.

MESSINEO, voce *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958.

MILL, *On liberty*, Penguin, 1859.

MIN, *When do third party rights arise under the contracts (rights of third parties) Act 1999?*, in *Singapore Academy of Law Journal*, 2001.

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, UTET, Torino, 1980.

MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, in *Commentario Schlesinger, Artt. 1411-1413*, 1997.

MOSCARINI, voce *Rinunzia*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma, 1991.

MUCCIOLI, *Le carambole sistematiche della gestione di affari*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010.

NAPOLILLO, *L'efficacia transitiva delle promesse unilaterali e la categoria generale dell'art. 1333 c.c.*, in *Contratti*, 2003, 7.

NEUMAN, *Understanding Research*, Pearson New International Edition, 2014.

NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958.

NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958.

NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936.

NOCERA, *Effetti della rinuncia della quota del bene in comunione ordinaria: negozio abdicativo causalmente autonomo o donazione indiretta?*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010, I.

OSTI, voce *Contratto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1959.

PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi. Studio di diritto romano civile e commerciale*, Padova, 1933.

PANE, *Solidarietà sociale e gestione di affari altrui*, Napoli, 1996.

PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Rivista del notariato*, 1968.

PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968.

PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940.

POSNER, *Economic Analysis of Law*, IV ed., Toronto, 1992.

PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935.

PUGLIATTI, *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965.

PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1957.

PUGLIATTI-FALZEA, *I fatti giuridici*, Milano, 1996.

QUARTA, *Cose derelitte*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2016.

RECKSEEN, *The Duty to Rescue*, 47 *Indiana Law Journal*, 1972.

RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1959.

RIPSTEIN, *Force and freedom: Kant's legal and political philosophy*, Cambridge, 2010.

RODOTÀ, voce *Estromissione*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958.

SACCO, *Il contratto a favore di terzo*, in *Obbligazioni e contratti, II*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, Torino, 1997.

SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004.

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989.

SCHMIDT, *Writing in Political Science a Practical Guide*, Pearson, 2010.

SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951.

SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Sampaolesi editore, Roma, 1928.

SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Roma, 1981.

SCOZZAFAVA, voce *Contratto a favore di terzi*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX, 1991.

SENIGAGLIA, *La struttura e l'adempimento*, in *Trattato delle obbligazioni Garofalo Talamanca*, volume V, Padova, 2010.

SHIFFRIN, *Moral Autonomy and Agent-centred options*, in *Analysis*, 51/4, Oxford, 1991.

SHIFFRIN, *Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation*, in *Philosophy and Public Affairs*, 2000.

SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, l. fall.)*, in *Contratto e impresa*, 2011.

SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Aggiornamento 2015*, UTET.

SIRENA, *La gestione di affari altrui – Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999.

SIRENA, *La gestione di affari altrui come fonte quasi-contrattuale dell'obbligazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1997, I.

SMITH, *Contracts for the benefit of third parties: in defence of the third party rule*, digital edition da *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997.

SMITS, *The Good Samaritan in European Private Law – On the perils of principles without a programme and a programme for the future*, Deventer, 2000.

SOLIDORO MARUOTTI, *La remissione del debito*, in *Trattato Garofalo e Talamanca*, III, *I modi di estinzione*, a cura di Burdese e Moscati, Padova, 2008.

SPRAU, *Benevolent intervention in another's affairs: some remarks on the Draft Report presented by the Study Group on a European Civil Code*, in *Journal of the Academy of European Law*, 2006.

STAIR, *The institutions of the law of Scotland*, Edinburgh, 1759.

STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

STOLJAR, *Negotiorum Gestio*, IECL vol. X, 1984.

- STONE, *Principles of Contract Law*, Londra, 2000.
- SUFF, *Essential contract law*, Londra, 1994.
- TAFARO, *Forniture non richieste: valore negoziale del silenzio e procedimenti formativi del contratto*, in *Rivista del notariato*, 2008.
- TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, Verona, 1889.
- TILOCCA, *La remissione del debito*, Padova, 1955.
- TILOCCA, voce *Remissione del debito*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968.
- TOMMASI, *Note in tema di gestione di affari altrui*, in *I contratti*, 2010, 12.
- TRABUCCHI, voce *Alimenti (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice I, Torino, 1980.
- TREITEL, *Some landmarks of Twentieth Century Contract Law*, Oxford, 2002.
- TSAI, *Rational persuasion as paternalism*, in *Philosophy and Public Affairs*, 2014, 42:78-112.
- TURCO, *L'adempimento del terzo*, Milano, 2002.
- UNGER, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. Röm. und deutsch. Privatrechts.*, Vol. X, 1869.
- VENTURELLI, *Struttura e funzioni della remissione del debito*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 7.
- VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rivista di Diritto Privato*, 2000.
- VITERBO, *La rinunzia del comproprietario al suo diritto*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2016.
- VOLPE, *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.
- VON BAR (a cura di), *Benevolent Intervention in Another's Affairs – Principles of European Law*, Monaco di Baviera, 2006.
- VON BAR, *The principles of European Law (PEL) on benevolent intervention in another's affairs and on Unjustified Enrichment*, in *Journal of the Academy of European Law*, 2006.

WHITTAKER, *Performance of another's obligation: French and English Law Contrasted* in Johnston-Zimmermann, *Unjustified Enrichment: Key issues in comparative perspective*, Cambridge, 2002.

WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, 1906.

WITTMANN, *Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag*, Monaco di Baviera, 1981.

YEAGER, *A radical community of aid: a rejoinder to opponents of affirmative duties to help strangers*, in *71 Washington University Law Quarterly*, 1993.

ZACCARIA, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2011, Art. 1233, III.

ZACCARIA, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2014, Art. 1236, II.3.

ZACCARIA, in *Commentario breve al codice civile* a cura di Cian e Trabucchi, Padova, 2014, Art. 1372, I.

ZACCARIA, *L'adempimento di un debito prescritto da parte di un terzo*, edizione digitale da *Rivista di Diritto Civile*, 1998, 1.

ZACH, *Knowledge and Strategy*, Routledge, 1999.

ZIMMERMANN, *The laws of obligations roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, 1996.

NOTE A SENTENZA

Trib. Trento, decreto, 23-12-2013, in *Foro Italiano*, con nota di BONA, 2014, I.

Trib. Rovereto, decreto, 02-05-2014, in *Foro Italiano*, con nota di BONA, 2014, I.

MARICONDA, *Articolo 1333 codice civile e trasferimenti immobiliari – Nota a Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, Zanna c. Zanna*, in *Corriere Giuridico*, 1988.

Cass. 27 marzo 2007, n. 7523, con nota di PEDRON, in *Rivista del Notariato*, 2008, 3.

Estratto per riassunto della tesi di dottorato

Studente: ANDREA CECCHETTO matricola: 956180

Dottorato: DIRITTO, MERCATO E PERSONA

Ciclo: XXX

Titolo della tesi: INGERENZE NELLA SFERA GIURIDICA ALTRUI: *NIHIL DE ME SINE ME?*

Abstract: L'elaborato "*Ingerenze nella sfera giuridica altrui: Nihil de me sine me?*" ha come tema centrale uno dei valori fondanti del nostro ordinamento: la libertà dell'individuo rispetto a ogni forma di ingerenza altrui sulla propria sfera giuridica. Questa tesi, di natura privatistica, si concentra tra gli altri sull'analisi dei seguenti istituti: adempimento del terzo, contratto a favore di terzo, contratto con obbligazioni del solo proponente, accordi di ristrutturazione ex art. 182 *septies* L.F., rinuncia abdicativa e gestione d'affari altrui. Scopo del lavoro è dimostrare come la regola *nihil de me sine me* possa rappresentare un principio generale, che trova applicazione a livello ermeneutico relegando le eccezioni a ipotesi per le quali non è ammessa l'interpretazione analogica. Lo studio, anche in chiave comparata, delle questioni oggetto della tesi è basato principalmente su dati secondari-qualitativi.

The doctoral thesis "Ingerenze nella sfera giuridica altrui: Nihil de me sine me?" main subject is the principle of the freedom of the individual from the interference of others in his legal sphere. This private law thesis focuses on the analysis of the following institutes: performance by a third, contract for the benefit of third parties, contracts with obligations of the sole proponent, debt restructuring (art. 182 septies L.F.), renunciation of property and negotiorum gestio. Purpose of this work is to demonstrate that the rule nihil de me sine me can become a general principle to be applied hermeneutically. The thesis, mainly based on secondary-qualitative data, is the result of the study of the most relevant doctrine and jurisprudence at national level and through a comparative analysis.

Firma dello studente
