

IL CONTRATTO A FAVORE DEL TERZO

a cura di Giuseppe A.M. Trimarchi

BREVI CENNI ALLA NOZIONE DI «CONTRATTAZIONE A FAVORE DEL TERZO». L'EVOLUZIONE STORICA DEL PRINCIPIO DI «RELATIVITÀ DEI CONTRATTI» E PROSPETTIVAZIONE DI UNA CONCISA RASSEGNA COMPARATIVISTICA.

Il Codice Civile disciplina agli artt. 1411–1413 il cosiddetto contratto a favore del terzo fissando il generale principio secondo cui: «È valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse».

A prescindere, per il momento, da qualsiasi altra considerazione è innegabile che la previsione normativa consenta che gli effetti immediati e diretti (favorevoli) di un contratto travalichino la stretta sfera giuridica dei suoi autori concedendosi al beneficio di una sfera giuridica soggettiva diversa da quella dalle parti.

Ciò, nella lettera della legge, in forza di una «stipulazione» a favore del terzo, e sul presupposto dell'esistenza di un interesse dello stipulante.

Non v'è dubbio che questa generale previsione vada letta in chiave di coordinamento con quella enunciativa del principio, di antichissima origine, noto come « di relatività del contratto « espresso nel brocardo» *nemo alteri stipulari potest* «o forse meglio» *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* «di cui, pure, il Codificatore del 1942 s'è fatto latore esprimendolo, con decisa forza, nel testo dell'articolo 1372 comma secondo del Codice Civile, per il quale, appunto, il contratto «..... ha forza di Legge, tra le parti...».

La *ratio* del cosiddetto principio di relatività fonda il presupposto della propria esistenza nel rispetto della sfera giuridica di ciascuno, e dunque nella necessità di evitare arbitrarie ingerenze in essa, in modo da «preservare la personalità...e lo sviluppo della medesima.... nei rapporti tra privati...» (1).

Di tale impostazione v'è marcata traccia nel diritto romano e medievale (2), rigidamente conservata nell'evoluzione degli ordinamenti italiani preunitari fino alla codificazione napoleonica, durante la quale si maturò il convincimento per cui, in via eccezionale, potesse ammettersi l'attribuzione di un diritto ad un terzo beneficiario per effetto di una condizione o di un *modus* accessorio di un effetto patrimoniale assunto, *inter partes*, come effetto principale (3).

Il temperamento del rigore con cui, storicamente, si era affermata la relatività dei contratti fondava la sua primigenie forza dirompente sulla necessità di ammettere, a fini sociali, di solidarietà e/o previdenziali, che potessero attribuirsi gli effetti favorevoli di un contratto a soggetti estranei alla fattispecie.

L'approfondimento delle ragioni di questa esigenza è indispensabile ad un corretto approccio alla tematica della stipulazione a favore di terzo.

L'apertura alla «contrattazione a favore di terzo» trova una spiegazione parziale nel mutato clima di politica del diritto. Quest'ultimo ne spiega il fondamento economico–sociale basato su di una prospettiva funzionale del diritto, teleologicamente volta alla (parziale) realizzazione di scopi ritenuti meritevoli (almeno nei tempi più recenti) (4), anche se, comunque, non dà conto dei numerosi ostacoli e dei limiti che il cammino della stipulazione a favore del terzo ha trovato (e trova) sul proprio percorso tecnico.

In questa prospettiva, nemmeno è esaustivo, l'esame del rapporto tra il dogma della volontà e la struttura del negozio, in forza del quale, almeno in una visione pandettistica, il concetto di «parte» restava saldamente ancorato alla partecipazione strutturale (5). L'iperfetazione, infatti, del dogma volontaristico, che si sarebbe espressa, nella problematica in questione, in una tendenziale e rigida identificazione tra autore dell'atto volontaristico e partecipe alla struttura dell'atto medesimo, non trova esatta corrispondenza con le tecniche che ammettevano (come ammettono) entro certi limiti lo «scollamento» delle due figure: dalla classica rappresentanza su procura, al mandato senza rappresentanza, al contratto per persona da nominare, alla *negotiorum gestio*, e così via.

Per queste ragioni la spiegazione principale degli «ostacoli» all'affermazione della figura della «stipulazione a favore di terzo» va ravvisata (anche e soprattutto) nella circostanza del difetto di «...una loro prestazione corrispettiva del beneficio ad essi attribuito...» (6). In altri termini le difficoltà derivavano e derivano (principalmente)

Note:

(1) Majello, *Contratto a favore di terzo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche* sez. civ. vol. IV, 1989 237 e 238

(2) Si vedano gli approfonditi riferimenti storici in Moscarini, *I negozi a favore dei terzi*, 1970 13 e ss.

(3) Moscarini, *Il Contratto a favore di terzi*, in *Il Codice Civile Commentario* diretto da P. Schlesinger artt. 1411–1413, 1997, 2.

(4) Si consideri, infatti, che i più noti esempi di stipulazione a favore del terzo sia storicamente, che dal punto di vista comparatistico sono quelli maturatisi nell'ambito della assicurazione (a favore di terzo, per conto di chi spetta etc.) della rendita vitalizia (a favore del terzo) e delle prestazioni a favore degli associati stipulate dalle grandi associazioni (sindacati, patronati di assistenza etc.) Non è un caso, infatti che il Codice Civile abbia codificato accanto alla generale figura del contratto a favore del terzo (nelle norme citate) proprio la rendita vitalizia a favore del terzo (artt. 1875 e ss.) e l'assicurazione sulla vita (art. 1920).

(5) Pacchioni, *I Contratti a favore dei terzi*, Padova, 1933, 14 e ss.; cfr. pure Majello, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore del terzo*, Napoli, 1962, 21 e ss.

(6) Moscarini, *op. ult. cit.*, 3.

dalla complessità causale della fattispecie, che determina una autentica eccezione al principio secondo cui ogni attribuzione patrimoniale trova il suo fondamento causale o in un'altra prestazione (la controprestazione dei contratti a causa onerosa) o in una liberalità.

Il complesso congegno causale della stipulazione a favore del terzo mostra, quindi, una significativa debolezza di fronte all'eventuale astrattezza dell'attribuzione al soggetto beneficiario non partecipe alla struttura. Tale debolezza il nostro legislatore ha inteso correggere attribuendo rilievo all'«interesse dello stipulante» il cui richiamo (a presupposto evidente della «validità della stipulazione a favore del terzo») implica che la giustificazione causale dell'attribuzione sia esterna alla fattispecie contrattuale (7).

Una disamina, sia pure sintetica, della stipulazione a favore dei terzi negli altri ordinamenti consente una migliore comprensione del fenomeno, e, in uno a quanto sopra esposto, si ritiene possa risultare di grande utilità per l'operatore pratico conformemente allo spirito proprio di questo lavoro (8).

I paesi di *common law* – per quanto qui rileva – risultano fortemente ancorati a due distinti principi: quello della corrispondenza tra autori della fattispecie e destinatari degli effetti (*privity of contract*); e l'altro per cui «*juxta causa*» di una prestazione è quella fondata sulla corrispettività (*consideration*).

Dunque il rigore della necessità della partecipazione strutturale e la difficoltà del congegno causale hanno rappresentato seri ostacoli alla diffusione di questo strumento giuridico in specie in Inghilterra, ove l'unico mezzo tecnico attualmente assimilabile pare essere il *trust con causa solvendi*, mentre negli Stati Uniti, la Giurisprudenza ha avuto modo di esprimere favore di cittadinanza al contratto a favore del terzo anche *donandi causa* (9).

Più aperti alla figura in esame gli ordinamenti continentali di derivazione romanistica: Svizzera, Francia e Germania ammettono tutte in modo espresso lo strumento del contratto a favore del terzo (10).

Singolare è il minimo comune denominatore: tutti i citati legislatori stabiliscono che per aversi contratto a favore di terzo la statuizione «a favore» deve essere espressa e gli effetti devono essere favorevoli (11).

In tutti i prefati ordinamenti, nel caso di contratto a favore del terzo, quest'ultimo acquista diritti ed azioni direttamente in forza del contratto (12).

Tutti richiedono un interesse dello stipulante, precisandosi al riguardo, che nessuno dubita sulla validità dell'interesse patrimoniale, mentre, sia pure con progressiva attenuazione s'è guardato con sospetto alla sufficienza di un interesse morale (13).

I REQUISITI DEL CONTRATTO A FAVORE DEL TERZO: LA STIPULAZIONE A FAVORE DI TERZO E L'INTERESSE DELLO STIPULANTE

Il Codice riconosce validità alla «stipulazione a favore di terzo» purchè lo stipulante vi abbia interesse.

È singolare rilevare che la terminologia adoperata, ossia «stipulazione», faccia seguito alla rubrica della norma che letteralmente si riferisce (invece) al «contratto», e che entrambe le qualificazioni siano imputate al «favore del terzo».

Un senso da ascrivere alla diversità lessicale potrebbe individuarsi nella (dichiarata) esigenza del legislatore per cui la deviazione degli effetti a beneficio del terzo sia espressa, ed espressa in modo non equivoco. Ciò a maggior ragione quando il contratto che contiene una stipulazione a favore del terzo sia redatto (14) da Notaio (15).

La stipulazione è valida qualora lo stipulante vi abbia «interesse».

Già all'esordio del presente lavoro s'è messa in evidenza la rilevanza, nella tematica contrattuale in parola, dell'interesse dello stipulante come elemento del congegno causale giustificativo dell'attribuzione al terzo.

Non è certo questa la sede per approfondire una così importante questione, cionondimeno non possono tacersi al riguardo quegli aspetti che finiscono per condizionare, e non poco, talune scelte anche di carattere eminentemente pratico.

La legge non distingue tra interesse patrimoniale e non patrimoniale (16) e la dottrina, correttamente non dubita che l'interesse possa essere patrimoniale, e, di seguito a non pochi ripensamenti, anche di natura morale (17). La sua funzione, dunque, è quella di consentire l'emersione del rapporto di provvista tra stipulante e terzo beneficiario, giustificando così l'attribuzione patrimoniale per quest'ultimo. Tale rapporto potrebbe consistere anche

Note:

(7) Moscarini, *op. ult. cit.* 7. Sul punto si veda più ampiamente infra.

(8) Si fa rinvio per tutte le informazioni comparatistiche alla voce Enciclopedia di Gallo, *Contratto a favore di terzo in diritto comparato*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche* sez. civ. vol. IV, 1989.

(9) Cfr. Gallo, *ibidem*, 255 e ss.

(10) Articolo 1121 del *Code Civil* (Francia); Paragrafi da 328 a 335 del *BGB* (Germania); Art. 112 del Codice delle Obligazioni (Svizzera).

(11) Il difetto dell'espressa previsione del «*favor tertii*» non esclude, in linea di principio, di poter rintracciare in sede interpretativa il contratto a favore del terzo, in Francia. Mentre a causa del detto difetto si esclude la configurazione dello strumento contrattuale in parola in Germania; lo si ammette in Svizzera ma solo se v'è conformità agli usi. Ancora Gallo, *op. loc. ult. cit.*

(12) Differisce il momento dell'acquisto cfr. Gallo, *op. loc. ult. cit.*

(13) Sul punto più ampiamente Gallo, *op. loc. ult. cit.*

(14) O autenticato

(15) Si segnala, infatti, che non mancano ipotesi in cui la Giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare l'importanza della chiarezza della deviazione degli effetti contrattuali, ossia la rilevanza della inequivoca trasparenza della «stipulazione» a favore del terzo: cfr. Cass. Civ. 14 agosto 1998 n. 8045, in *Giur. Ed.* 1998, 1, 1322; indirettamente si esprime nel medesimo senso Cass. Civ. 11 ottobre 1997 n. 9880 in *Mass.* 1997, 312. Anche la disciplina comparatistica sopra sinteticamente richiamata depone nel senso prospettato.

(16) Non sono mancate ricostruzioni volte ad inquadrare l'interesse nella stretta sfera dell'«interesse del creditore alla prestazione» (art. 1174 c.c.) ovvero dell'«interesse meritevole di tutela» (art. 1322 c.c.) le quali, tuttavia, paiono, alla maggiore dottrina accomunate dallo spirito di formulare un ridondante richiamo all'interprete distratto e dunque volte a svuotare la funzione propria dell'interesse de quo (De Nova, *Il Contratto in Tratt. Dir. Civ. Diretto da R. Sacco*, Tomo II, 1993, 208)

(17) De Nova, *ibidem*; Franzoni, *Il Contratto ed i terzi*, in *Trattato dei Contratti* a cura di P. Rescigno, *I Contratti in generale*, Vol. II, 1999, 1084–1085.

ART..... (Prezzo e modalità di pagamento)

Il prezzo convenuto e fissato nella somma di complessive lire..... (£.) è stato interamente versato dallo stipulante (24), anteriormente alla stipula del presente atto, al promittente il quale ne rilascia ampia e liberatoria quietanza.

ART..... (Possesso ed effetti)

Il possesso ed i suoi effetti legali, utili e/o onerosi decorrono a beneficio e carico di... (terzo) a far data da..... (25)

(SEGUE) INTERESSE DELLO STIPULANTE ED EFFETTI REALI NEL CONTRATTO A FAVORE DEL TERZO.

Riprendendo quanto sopra accennato, deve darsi atto che tra le problematiche più discusse in ordine alla materia che interessa v'è quella che concerne l'ammissibilità di un contratto a favore di terzo con effetti reali.

Pur non essendo questa la sede idonea per approfondire uno dei dibattiti più interessanti concernenti la tematica in esame, si segnala che parte della dottrina ha espresso parere negativo (26). Le ragioni di tale opinione ora si fondano sul tenore letterale della norma che fa espresso riferimento a locuzioni del tipo di «promittente» e «prestazione», che chiaramente alludono tecnicamente più al rapporto obbligatorio che a quello reale, ora sulla circostanza secondo cui» ... l'effetto reale mal si concilia, nella pratica, con la possibilità di revoca.....o rifiuto.....» (27), ora sulla ricognizione degli oneri, *rectius* del contenuto per così dire «negativo» che inevitabilmente si accompagna ad ogni diritto reale, il quale, si pretenderebbe incompatibile con la possibilità di un contratto che dovrebbe, nel disegno legislativo, produrre solo effetti favorevoli (28).

Deve condividersi l'orientamento fatto proprio dalla più diffusa opinione secondo cui il contratto a favore del terzo è schema contrattuale idoneo alla produzione di qualsivoglia effetto, sia pure con il solo limite funzionale dell'interesse dello stipulante (29). Il regime contrattuale, infatti, è compatibile con la produzione dell'effetto reale: non osta la lettera della Legge, giacché l'effetto reale lungi dal trovare il fondamento della propria giustificazione attributiva nell'articolo 1411, rintraccia la propria ratio genetica nella norma dell'articolo 1376 del Codice, secondo cui l'effetto reale deve ricollegarsi al «consenso delle parti» legittimamente manifestato, consenso che esiste nello schema in questione, e la cui legittimità è espressamente tipizzata dal legislatore. Com'è, parimenti, tipizzata «la deviazione» dell'effetto dalla sfera giuridica del soggetto in cui «di norma» si produce, alla sfera giuridica di colui a beneficio del quale si consente che esso si realizzi. Nemmeno ragioni pratiche (30) giustificano l'esclusione dell'idoneità del contratto a favore del terzo a produrre effetti reali: revoca e/o rifiuto infatti hanno una disciplina compatibile con detti effetti (31). Nemmeno, infine, appare determinante il richiamo al contenuto «negativo» del diritto reale, cioè a quel complesso di obblighi ed oneri che accompagnano la titolarità del diritto, in quanto si è messo in evidenza che detto contenuto è interno al diritto stesso e rappresenta un effetto meramente indiretto dell'attribuzione reale la quale aggiungendo al patrimonio del terzo una titolarità giuridica prima mancante determina, per ciò stesso, un effetto assolutamente favorevole (32).

Una nota a parte merita, al riguardo, la Giurisprudenza che sul punto si è pronunziata favorevolmente alla produzione degli effetti reali ma solo con specifico riferimento alle servitù (33).

Note:

(segue nota 23)

dell'intero contratto il quale resta valido tra promittente e stipulante. Per completezza d'informazione si segnala che contrariamente a quanto indicato dai citati Autori, la Giurisprudenza ha avuto occasione, recentemente, di pronunziarsi sul problema in esame, stabilendo che la mancanza di interesse determina (invece) «invalidità del contratto...» Cass. Civ. 20 agosto 1997 n. 7769 in *Mass.* 1997. Conclusione che al di là di ogni valutazione in termini di discutibilità, comunque rafforza il convincimento di chi scrive in ordine alla necessità di evidenziare con scrupolosa precisione detto requisito in atto.

(24) Atteso quanto sopra a proposito della causa gestoria, non può aprioristicamente escludersi che il prezzo sia stato versato dal terzo prima della sottoscrizione dell'atto pubblico, e nulla impedisce che di ciò si dia conto nel pubblico atto. Al riguardo si precisa, anche, che nulla osta alla circostanza per cui l'attribuzione sia fatta a favore di più terzi nel medesimo atto, e che ad essa corrisponda unicità di prezzo, in quanto deve ritenersi che il prezzo sia la controprestazione della o delle attribuzioni indipendentemente dal numero, per così dire, di «deviazioni» contrattuali.

(25) Deve ritenersi che il terzo, oltre che acquistare il diritto al momento del contratto possa acquistarlo in momento successivo ossia che l'acquisto sia subordinato ad un termine iniziale o ad una condizione sospensiva (art. 1411 comma 2). Si discute se l'espressione «salvo patto contrario» di cui al citato alinea possa intendersi anche nel senso di subordinare l'acquisto alla adesione del terzo. In senso positivo Majello, *op. cit.* 241, in senso negativo quanti ritengono che detta ultima espressione possa essere riferita al momento dell'acquisto ma mai alle modalità dello stesso. Diversamente, infatti, verrebbe svuotato di ogni contenuto il congegno dell'attribuzione ad un terzo (non parte) quale effetto di una stipulazione tra altri intercorsa e dunque proprio il profilo funzionale dello schema contrattuale in questione (Mirabelli, *Dei Contratti in Generale*, in *Comm. Cod. Civ.*, 1980, 1771 e ss.). Giova ricordare inoltre che trattandosi di contratto che produce effetti favorevoli per il terzo, l'attribuzione del diritto può essere subordinata all'adempimento del terzo di obbligazioni, da questi in precedenza contratte, mai all'assunzione di nuove obbligazioni o all'adempimento di oneri (cfr. Carresi, *Il Contratto*, 1, in *Tratt. a cura di Cicu e Messineo*, 1987 305)

(26) Majello, *op. cit.* 246 e rassegna bibliografica ivi proposta.

(27) Majello, *ibidem*, sostiene tale opinione, parimenti Carresi, *op. cit.* 306.

(28) Majello, *op. cit.* ed autori ivi richiamati.

(29) Franzoni, *op. cit.* 1094, Sesta, *Contrattazione a favore di terzo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civile*, 1993, 958 e ss.; Moscarini, *op. cit.* 108; Martini, *op. cit.* 172 e 173.

(30) Sovente fondate su particolari questioni afferenti il regime di pubblicità immobiliare sulle quali, comunque, più ampiamente *infra*.

(31) Cfr. *infra* paragrafo successivo.

(32) Moscarini, *op. loc. ult. cit.*

(33) Di recente Cass. 1 settembre 1994, n. 7622 in *Mass. Foro It.*, 1994. Si ricorda, comunque, al riguardo che la S.C. nella sentenza n. 3050 del 17 maggio 1982 in *Vita Not.* 1982 1225 aveva espresso che: «...nel contratto a favore del terzo non sussistono limiti in ordine alla qualità ed al contenuto della prestazione da farsi al terzo: questa può consistere in un *facere*, in un *non facere*,...o anche nella costituzione di un diritto reale».

Giova segnalare, nell'ambito di questo dibattito, che esiste una traccia normativa dell'idoneità della stipulazione a favore del terzo alla produzione di effetti reali. Traccia di cui qualificata prassi contrattuale s'è appropriata estendendone significativamente l'efficacia: la legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. F all'articolo 229 (34).

Da tale congegno normativo s'è ricavato che nell'esecuzione di opere ferroviarie per il caso di cessione volontaria in luogo di esproprio, dal combinato disposto delle leggi 20 marzo 1865 2248 allegato F, art. 229, e 22 ottobre 1971 865 art. 12, il cedente d'intesa con l'«Ente» debba trasferire gli immobili (o loro porzioni) interessati ai fini di deviazioni di strade, canali o pubblici esercizi, non già a favore dell'Ente stesso, ma a favore dei Comuni o Province proprietari delle opere deviate.

Normativa, quella citata, da cui emerge che il Legislatore ha ritenuto compatibile con la struttura della «contrattazione a favore di terzo» un effetto reale, come pure che la struttura della medesima realizza un interesse dello stipulante che non coincide strettamente con una *causa vendendi, donandi o solvendi*, ma si realizza nell'evitare duplicazione di passaggi e/o trasferimenti garantendo il principio di economia degli atti giuridici a beneficio della pubblica amministrazione (in senso lato).

Quest'ultimo, interessante, congegno normativo consente, per il caso che occupa la seguente formulazione:

..... **PREMETTONO**

A) che Tizio (stipulante) ha concordato amichevolmente con.... (ad es. Comune di....) sopra costituitosi la misura dell'indennità di espropriazione ai sensi dell'articolo 12 L. 22/10/71 n.ro 865 e successive modificazioni e la cessione del proprio immobile a favore di.... (terzo, ad es. Provincia di.....) ente/i proprietari delle opere deviate ai sensi e per gli effetti della Legge 20/3/1865 n.ro 2248 All.to F come, al riguardo successivamente integrata e modificata.

Tutto ciò premesso e dichiarato quale parte integrante e sostanziale del presente atto tra le costituite parti, anche ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1411 del Codice Civile, si conviene e stipula quanto segue:

ART. 1 (Consenso ed oggetto)

La ditta proprietaria (promittente) avvalendosi di quanto disposto dall'articolo 12 L. 22 ottobre 1971 n. 865 integrata dall'articolo 1 L. 385/1980 dichiara di volere addivenire con.... (Ente stipulante) che accetta alla cessione volontaria ed alla vendita dei diritti reali immobiliari più avanti descritti, espressamente convenendosi tra esse dette parti che il trasferimento di quanto infra avvenga a beneficio di (terzo) (35).

Segue descrizione dei diritti immobiliari:.....

RIFIUTO E ADESIONE DEL TERZO, REVOCA (E MODIFICA) DELLO STIPULANTE: CENNI

Attività negoziali di rilevante interesse notarile sono le fattispecie di cui in rubrica, in ordine alle quali la Dottrina si è non poco interrogata, non sempre raggiungendo omogeneità di risposte.

Evidenti ragioni costringono chi scrive ad una sintetica rassegna delle conclusioni più significative concernenti gli istituti di cui trattasi.

L'atto di adesione del terzo, si ritiene, abbia un duplice effetto: a) quello di estinguere la facoltà di rifiuto del medesimo terzo, b) quello di inibire definitivamente la facoltà di revoca dello stipulante. Tale duplice effetto estintivo si ricollega ad una vicenda negoziale, l'adesione per l'appunto, strutturalmente unilaterale a carattere recettizio (36). L'atto di adesione si sostiene, prevalentemente, possa essere espresso o tacito (per facta concludentia) (37). Particolarmente interessante è la problematica attinente la sua forma: si è, dai più, sostenuta l'applicabilità del principio di libertà della forma quand'anche l'atto di adesione faccia riferimento ad un negozio formale (38); anche se non è mancato chi ha ritenuto che detta dichiarazione dovrebbe soggiacere al medesimo rigore formale del negozio di riferimento in omaggio al principio del collegamento negoziale dei due atti (39). Il rifiuto del terzo presiede alla tutela dell'autonomia della sua sfera giuridico-individuale ed incide su una situazione che ha già prodotto i suoi effetti. Si ritiene che esso sia atto negoziale unilaterale idoneo a produrre un effetto «eliminativo» e quindi che dispieghi la propria efficacia *ex tunc* e non *ex nunc* (40). La dottrina, invero, non dubita del suo carattere recettizio, e, contrariamente a quanto affermato per l'atto di adesione, proprio perchè destinato ad incidere su una fattispecie acquisitiva già perfezionata, sia pure reversibile, soggiaccia al medesimo rigore formale della fattispecie su cui è destinato a conferire il suo imprimatur (41).

La revoca (o la modifica) è l'espressione dello «ius poenitendi» dello stipulante, anch'essa è negozio unilaterale. Nonostante qualche voce contraria (42) deve ritenersi condivisibile l'opinione di quanti hanno ritenuto che

Note:

(34) Statuisce la citata norma che: «....Per le comunicazioni private, gravate di servitù pubblica, chi costruisce la strada ferata ha unicamente l'obbligo di acquistare, a favore degli utenti la servitù attiva di passaggio sul terreno necessario pel loro ristabilimento. Non potrà quindi costringere il proprietario a cederne la proprietà, quando egli non vi consenta...»

(35) Si ritiene, prevalentemente, che la nomina del terzo non sia a carattere recettizio, di tal che il medesimo acquista il diritto indipendentemente dalla conoscenza che egli ne abbia. Per tutti Moscarini, *op. cit.* 171.

(36) Majello, *op. cit.* 245; Moscarini, *op. cit.* 61 e ss.

(37) Cfr Franzoni, *op. cit.* 1089, contra Majello, *op. loc. ult. cit.*

(38) Moscarini, *op. cit.* 66-67 ed ampia bibliografia ivi citata nota 12.

(39) Per l'ampia problematica in questione si rinvia a Santoro-Passarelli, *Dottrine Generali*, 1980, 215 e ss.

(40) Moscarini, *op. cit.* 72-73

(41) Moscarini, *op. cit.* 74; contra Ferri, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, 1982 90.

(42) Majello, *op. cit.* 243

il potere di revoca sia preventivamente rinunciabile (43). L'opinione secondo cui la revoca non sarebbe soggetta ad alcun onere formale (44) dovrebbe rimeditarsi alla luce del cosiddetto principio di simmetria per la forma dei negozi di secondo grado (45), giacchè sembra oramai pacifica l'opinione secondo cui la revoca dello stipulante produce l'effetto di privare l'acquisto del diritto da parte del terzo fin dall'origine attribuendolo allo stipulante (46). Deve ritenersi peraltro ammissibile, nel titolo originario, un patto che consenta, per tal caso, allo stipulante la nomina di un «nuovo» terzo (47).

La maggiore Dottrina non dubita del carattere recettizio della revoca (48).

PARTICOLARI IPOTESI DI TERZO: IL TERZO INCAPACE, IL TERZO NON DETERMINATO, IL TERZO NON ESISTENTE AL MOMENTO DELLA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO A SUO FAVORE, IL TERZO IN COMUNIONE LEGALE DEI BENI.

Di non poco conto sono per l'operatore, ed in particolare per il Notaio, le ipotesi di cui in rubrica in ordine alle quali si evidenzia:

a) Il terzo incapace

Che possa stipularsi un contratto a favore di un soggetto non dotato di capacità d'agire è pacifico. Non sempre chiare sono le condizioni, per così dire, d'eseguitività legale dell'operazione.

L'ipotesi più diffusa è sicuramente l'acquisto di beni da genitori a figli minori, ipotesi per la quale si pone il problema della necessità di autorizzazione e del conflitto d'interessi.

La Giurisprudenza (49), correttamente ha stabilito che nel caso di acquisto d'immobile da genitore a favore di figlio minore, non sia necessaria alcuna autorizzazione (50). Il figlio minore acquisterà il diritto immediatamente al momento del contratto e resterà soltanto soggetto all'eventuale revoca dello stipulante (genitore) (51). Il genitore, infatti, non agendo quale rappresentante legale del minore non deve soggiacere alle regole proprie della legale rappresentanza.

Per la medesima ragione non sembra convincente l'opinione di chi ha sostenuto che, comunque in tal caso il genitore è in conflitto d'interesse (52), di tal che si renderebbe necessaria la nomina di un curatore speciale. Il conflitto, attuale o anche potenziale è ipotizzabile solo nella rappresentanza laddove, cioè, è configurabile *in abstracto* che il medesimo soggetto, in ragione di una sua particolare funzione non possa curare, secondo diritto, un certo interesse giacchè quest'ultimo può confliggere con uno proprio o comunque riconducibile alla sua sfera.

Dunque la configurazione del conflitto dovrebbe escludersi anche per il caso di *animus liberale* (53). Resta inteso che per il caso in cui il genitore, in contratto, evidenzierà particolari ipotesi di rapporti di provvista (nella previsione espressa del proprio «interesse» giusta quanto sopra) il Notaio indagherà in ordine alla legittimità formale e sostanziale dei medesimi secondo i principi propri dello svolgimento della sua attività professionale. I genitori, inoltre, potranno rendere successivamente anche la dichiarazione di volerne profittare, ossia l'atto di adesione, (per conto dell'incapace) rendendo, così irrevocabile e definitivo l'acquisto - come sopra - effettuato (art. 1411 comma 3). Tale atto, producendo gli effetti estintivi cui *supra* s'è fatto cenno, inibendo l'acquisto dei genitori (stipulanti) non esclude la configurabilità di un conflitto d'interessi (54) e quindi necessaria la nomina di un curatore speciale il quale dovrà, per di più, essere munito dell'autorizzazione necessaria allo specifico rapporto di provvista i cui effetti sono consolidati definitivamente nel patrimonio del terzo incapace in conseguenza dell'atto de quo (55). Si sottolinea, dunque, che per il caso d'incapaci, deve escludersi l'ammissibilità di un atto di adesione tacita.

I genitori, potrebbero anche porre in essere il rifiuto (del terzo incapace) ai sensi del citato art. 1411 comma 3 provocando così la caducazione (retroattiva) dell'acquisto. La prevalente opinione ritiene che in tal caso si applichino i principi propri del rifiuto al conseguimento del legato: trattandosi di un negozio risolutivo occorre l'autorizzazione del Giudice ex art. 320 c.c. (56).

I genitori, nel caso siano stati stipulanti, potranno sempre revocare, salvo naturalmente il compimento dell'atto

Note:

(43) Franzoni, *op. cit.* 1098

(44) Che pure è condivisa dalla Suprema Corte: Cass. 24 dicembre 1992, n. 13661 in *Vita Not.* 1993, 769.

(45) Lucidamente affermato dalla sentenza della S.C. del 29 gennaio 1994, n. 928 in *Foro It.*, 1994, I, 709 e ss.

(46) Salvo che il titolo non disponga diversamente, o la prestazione non avesse carattere personale

(47) Cfr. Franzoni, *op. cit.* 1099.

(48) Cfr. Franzoni, *op. cit.* 1097 e bibliografia ivi citata.

(49) Cass. 5 gennaio 1985 n. 11 in *Mass. Foro It.* 1985, 131 .

(50) Per completezza d'informazione è opportuno ricordare che da taluni s'è sostenuta la necessità dell'autorizzazione cfr. De Rosa, *La Tutela degli incapaci*, 1962, 111.

(51) Così De Nova, *op. cit.* 211.

(52) Santarcangelo, *Manuale di Volontaria Giurisdizione*, 1996, Vol. I 675.

(53) Nel senso auspicato Mazzacane, *La Giurisdizione Volontaria nell'attività Notarile*, 1980 166. De Rosa, *La Tutela degli incapaci*, 1962, 113

(54) Contra Mazzacane, *op.loc. ult. cit.*

(55) Così Santarcangelo, *op. cit.* 581 secondo il quale se l'attribuzione fatta all'incapace è liberale si applicheranno i principi propri del cosiddetto consolidamento» del legato, e dunque sarà necessaria l'autorizzazione ex art. 320 c.c., se fatta solvendi causa sarà necessaria l'autorizzazione all'acquisto oneroso, se, invece, il terzo incapace deve obbligarci si rende necessaria l'autorizzazione all'assunzione di obbligazioni .

(56) Santarcangelo, *op. cit.* 506.



di adesione, o la preventiva rinuncia alla facoltà di revoca, e deve ritenersi che a tale atto non necessitino di alcuna autorizzazione.

b) La determinazione del terzo, il terzo non esistente al momento della stipulazione

Dottrina e Giurisprudenza hanno, in più di una occasione, ribadito che per la validità della stipulazione a favore di terzo è necessario o che il terzo sia determinato in contratto, o che almeno sia, determinabile. Si ammette, del pari, una designazione successiva, ovviamente in tal caso, quando vi sia stata una esplicita riserva nel titolo (57). Si precisa, nella prima ipotesi, che per «determinabile» s'intende la circostanza per cui in atto devono essere indicati i criteri per una oggettiva e sicura determinazione del terzo beneficiario (ad es. gli iscritti ad una organizzazione sindacale, o gli associati di una associazione).

Il fondamento, invece, dell'ammissibilità della clausola cd. «di riserva di designazione del terzo beneficiario» è ricondotto da taluni scrittori all'articolo 1920 del Codice Civile, il quale, sotto questo profilo dunque, assurge al rango di norma esprimente un principio di carattere generale (58).

Si suggerisce, per tale ultimo caso una clausola siffatta (sempre ipotizzando un contratto a favore di terzi ad effetti reali):

«.....

Tutto ciò premesso e dichiarato quale parte integrante e sostanziale del presente atto tra le costituite parti, anche ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1411 del Codice Civile, si conviene e stipula quanto segue:

ART. 1 (Consenso ed oggetto)

..... (promittente) vende a..... (stipulante) che accetta i diritti reali immobiliari più avanti descritti, espressamente convenendosi tra esse dette parti che il trasferimento di quanto infra avvenga a beneficio del soggetto che esso detto stipulante espressamente si riserva di designare con atto successivo a questo, e comunque entro e non oltre il termine di.....

All'uopo espressamente le parti convengono che

- fino alla designazione il presente atto non produca i suoi effetti*
- alla designazione si pervenga con pubblico atto che sarà ricevuto da notaio scelto dallo stipulante e che la relativa registrazione e trascrizione sarà eseguita a cura del medesimo ed a spese di esso detto stipulante;*
- la designazione sia notificata al promittente a mezzo di Ufficiale Giudiziario;*
- per il caso di mancata designazione il presente contratto produca effetti nei confronti dello stipulante ovvero*
- per il caso di mancata designazione il presente contratto non produca effetti di tal che si consideri come mai stipulato*

Segue descrizione dei diritti immobiliari:.....

Di sicuro interesse notarile è, pure, l'ipotesi di terzo non esistente al momento del contratto.

La dottrina e la prevalente Giurisprudenza (59) ammettono che possa stipularsi a beneficio di «un soggetto non ancora giuridicamente esistente...» (60) concentrando la propria attenzione in ordine all'ammissibilità di contratto a favore di società da costituirsi (61).

La complessa tematica è tangente il diffuso dibattito in ordine all'ambito di estensione dell'articolo 2331 c.c. (62), ma non s'identifica con quella questione: lì, infatti, un soggetto contrae per un ente non costituito, in altri termini l'ente è (o tenderebbe a divenire) in qualche modo parte del negozio; qui, invece, l'ente, al più, sarebbe il terzo destinatario degli effetti.

Si è sottolineato che, una volta ammessa la possibilità di rinviare nel tempo l'effetto del contratto a beneficio del terzo, non può disconoscersi cittadinanza alla circostanza per cui tale «rinvio» è destinato a verificarsi quale conseguenza dell'attuale inesistenza del terzo. Sicchè la venuta ad esistenza del terzo opererebbe sotto un duplice e distinto profilo: quale momento in cui si dispiegherebbero gli effetti del negozio (evento condizionante l'efficacia dell'atto) ed, inoltre, quale circostanza individuativa del soggetto destinatario degli effetti del medesimo (63). Sotto questo profilo dovrebbe ritenersi inammissibile, o quanto meno fortemente discutibile, un contratto a favore di società da costituirsi che nelle more produca effetti a carico dello stipulante, in quanto il prodursi degli effetti nella sfera dello stipulante è, nella previsione normativa, conseguenza che si ricollega alla revoca

Note:

(57) Martini, *Designazione del terzo*, in *Giur. Sist. di Diritto Civile e Commerciale* fondata da W. Bigiavi, 1991, 169–170, Cass. 6 giugno 1983 n. 4562 in *Giust. Civ.*, 1983, I, 2, 2589.

(58) Moscarini, *op. cit.* 151.

(59) Martini, *op. cit.* 171, De Nova, *op. cit.*, 211; Cass. 17 dicembre 1976 n. 4143, in *Foro It.* 1976, I, 2201, e Cass. 30 marzo 1982 n. 1990 in *Mass.*, 1982.

(60) Sentenza ultima citata

(61) Non si ravvisano indagini relative alla problematica, quindi da approfondire, del contratto a beneficio di nascituro concepito o non concepito cui, in questa sede per le ragioni più volte esposte si limita a fare cenno.

(62) Per il quale, anche in considerazione dello spirito del presente lavoro, si fa rinvio allo *Studio* del Consiglio Nazionale del Notariato approvato dalla Commissione Studi il 15 novembre 1994, n. 647 a cura di Baralis e Mariconda.

(63) Per una sintetica delineazione del problema cfr. De Nova, *op. loc. ult. cit.*

e/o al rifiuto del terzo (64), non già all'inefficienza della fattispecie al dispiegamento dell'effetto a cagione dell'inesistenza proprio di quel soggetto per cui l'intera vicenda è dogmaticamente costruita.

c) il terzo in comunione legale dei beni

Di sicuro interesse è, anche, l'ipotesi di cui in rubrica che può dare luogo alla significativa circostanza per cui l'acquisto in comune si verifichi senza il consenso di nessuno dei coniugi in deroga al principio per cui detti acquisti devono essere compiuti almeno da uno di loro (art. 177 lettera a) c.c.).

La sorte dell'acquisto del terzo in regime di comunione legale dei beni dipende, in larga misura, quindi, dal rapporto di provvista evidenziato dallo stipulante nell'enunciazione in atto del proprio interesse (65). Se l'interesse è alla liberalità si è sostenuto che l'acquisto si sottragga al regime della comunione dei beni e che sia, segnatamente personale ai sensi e per gli effetti dell'articolo 179 lettera b) (66) estendendosi, perciò, alla liberalità non donativa una norma sostanziale prescritta dal Legislatore per le donazioni. In tal caso l'eventuale atto di adesione come pure quello di rifiuto dovrà essere compiuto dal solo coniuge destinatario dell'atto di arricchimento. Se l'interesse *de quo* esprime, invece, una *causa solvendi*, o afferisce ad un diverso rapporto di provvista, l'acquisto cadrà in comunione dei beni e l'eventuale atto di adesione incidendo sulla risoluzione del beneficio dovrà essere esercitato – quale atto di straordinaria amministrazione – da entrambi i coniugi (art. 180 comma 2 c.c.). Giova ricordare che, per entrambe le ipotesi, il difetto del consenso del coniuge determina annullabilità degli atti di adesione e/o rifiuto (quando trattasi di atti di straordinaria amministrazione).

Quanto all'ultimo citato effetto si ritiene di dover sottolineare che ove si segua l'opinione secondo cui, nel nostro ordinamento, avrebbe cittadinanza il cd. «rifiuto del coacquisto» (67) potrebbe riceversi, nel contratto a favore del terzo in cui intervenga il terzo (in comunione legale dei beni) per rendere la dichiarazione di adesione, quella dichiarazione del coniuge (non acquirente) (68) mercè la quale, per l'appunto, il medesimo consenta la sottrazione al regime di comunione legale dell'acquisto in questione.

Si suggerisce la seguente formula:

Tutto ciò premesso e dichiarato quale parte integrante e sostanziale del presente atto tra le costituite parti, anche ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1411 del Codice Civile, si conviene e stipula quanto segue:

ART. 1 (Consenso ed oggetto)

.....(promittente) vende a..... (stipulante) che accetta i diritti reali immobiliari più avanti descritti, espressamente convenendosi tra esse dette parti che il trasferimento di quanto infra avvenga a beneficio di... (terzo)

Segue descrizione dei diritti immobiliari:.....

ART..... (Rifiuto del coacquisto in comunione legale dei beni)

Il sig.... (coniuge non acquirente) interviene nel presente atto allo scopo di prestare come presta il proprio consenso a che i diritti immobiliari di cui supra vengano acquistati in via esclusiva dal coniuge rifiutando la contitolarità a sè spettante in forza del regime legale di comunione dei beni, di tal che l'attribuzione resta definitivamente ed esclusivamente a beneficio del sig... per effetto del retroesteso e preventivo rifiuto di coacquisto (69).

I PRINCIPALI PROBLEMI CONCERNENTI LA TRASCRIZIONE DELLA «SEQUENZA» DEL «CONTRATTO A FAVORE DEL TERZO».

Condivisa la tesi che ammette l'esistenza del contratto a favore del terzo ad effetti reali deve verificarsi come ultroneo problema d'immediata rilevanza pratica la compatibilità dell'ipotesi de qua con il regime di pubblicità immobiliare. È noto quanto alla funzione della pubblicità immobiliare che la dottrina specialistica e la Giurisprudenza della Suprema Corte hanno superato l'impasse della tassatività degli atti soggetti a trascrizione optando, più correttamente, per la tassatività degli effetti degli atti da trascrivere sulla scorta del disposto dell'art. 2645 c.c. (70). Alla trascrizione, in sintesi si riconosce, una funzione (definita principale) individuabile nella sua idoneità a dirimere il conflitto tra più aventi causa dal medesimo autore sulla base del principio «*prior in tempore potior in iure*» (art. 2644 c.c.). Funzione, questa con effetti sostanziali. Si riconosce quale altra funzione generale (anche se comunemente definita secondaria) quella sussunta nel cosiddetto «principio della continuità» contenuto nell'articolo 2650 c.c. (71).

Note:

(64) Dopo quindi la produzione di detti effetti nella di lui sfera giuridica.

(65) Cfr. *supra*.

(66) Santarcangelo, op. cit. Vol. II 407.

(67) In ordine alla quale problematica cfr. diffusamente in Labriola, *Compravendita e Mutuo: modalità di quietanza del prezzo*, in questa *Rivista*, n. 2, 2000 182.

(68) Il quale, dunque, va costituito nel pubblico atto

(69) Potrebbe immaginarsi una dichiarazione di adesione del coniuge a beneficio esclusivo del quale si «consolida» l'acquisto.

(70) Bianco, *La trascrizione immobiliare*, in *Collana degli studi notarili* diretta da Gallo-Orsi, 1987, 72 e ss.; Sicchiero, *La trascrizione e l'intavolazione*, in *Giur. Sist. di diritto civile e commerciale* fondata da Bigiavi 104 e 105 ed amplissima bibliografia ivi citata. Cassazione 22 luglio 1969 n. 2764.

(71) È a questa funzione che la Giurisprudenza e la Dottrina ascrivono, tra gli altri, il contenuto di cui all'articolo 2648 c.c.: Cass. n. 2754/1953 in Cian-Trabucchi, *Comm. cit.* 1982 ed ampia bibliografia ivi citata.

Si attribuisce, talvolta alla trascrizione una particolare funzione dichiarativa (art. 2646 c.c.) o di cd. pubblicità-notizia (art. 2647 c.c., parte, e art. 2651), talaltra una funzione (sostanziale) di prenotazione e conservazione come pare essere il caso della recente formulazione dell'articolo 2645-bis c.c., e di alcune ipotesi di trascrizione delle domande giudiziali.

Producendo uno degli effetti di cui all'articolo 2643 non può dubitarsi che il contratto a favore di terzo debba (e possa) trascriversi.

La clausola concernente la deviazione degli effetti (quella tipizzante la fattispecie *de qua*) crea non pochi imbarazzi classificatori in ordine alle modalità della trascrizione e segnatamente alla sua funzione ed effetti.

Giova ricordare, al riguardo, che l'art. 2659 nel precisare il contenuto della nota di trascrizione al n.ro 1) stabilisce che sono necessari gli estremi delle «parti».

Poichè il terzo, per quanto sopra detto, parte non è, la dottrina si è interrogata sulla compatibilità della norma in esame e la fattispecie in commento optando per la trascrivibilità del contratto a favore del terzo non in forza dell'articolo 2659 citato (il quale riconduce la propria genesi alla funzione di cui all'articolo 2644) bensì in virtù dell'art. 2648 ultimo comma (applicato per analogia) (72). La norma ultima detta consente, com'è noto, la trascrizione dell'acquisto del legato in forza di un estratto autentico del testamento: in altri termini il terzo (al pari del legatario) essendo estraneo al titolo che è fonte del suo diritto potrebbe trascrivere presentando copia autentica dell'atto intercorso tra stipulante e promittente. La conseguenza dell'opinione in commento è quella di attribuire, dunque, a codesta trascrizione, la funzione di soddisfare solo il principio della continuità.

Non può non riconoscersi all'opinione citata un innegabile fondamento letterale, tuttavia al tempo stesso, non possono trascurarsi due rilevanti aspetti della questione:

a) che la funzione della trascrizione del legato, pacificamente, non ha la funzione sopra indicata come principale ossia quella di cui all'articolo 2644 c.c. (73);

b) che la prevalente dottrina specialistica come anticipato oramai opta per il principio della tassatività degli effetti.

Questi profili potrebbero indurre a rimeditare la questione: infatti non può ragionevolmente escludersi l'ipotesi di un conflitto tra terzo, ed altri aventi causa del promittente, ed in tal caso l'aprioristica inibizione della funzione di cui all'articolo 2644 appare non condivisibile (74).

D'altro canto nessuno dubita che il contratto a favore del terzo produca gli effetti reali che gli sono propri, tipizzandosi solo per la sua (rilevante) funzione di esprimerli non tra le parti ma a beneficio di un estraneo. Dunque nel rispetto del principio della tassatività degli effetti, ossia in presenza di atti che producono, di norma, quegli effetti in relazione ai quali la pubblicità immobiliare svolge il ruolo sostanziale di criterio di soluzione tra più aventi causa dal medesimo dante causa, ed in presenza, infine, dell'astratta ipotizzabilità del detto conflitto, ascrivere alla lettera della Legge (alla parola «parti» di cui al citato n. 1 dell'articolo 2659) un ruolo così forte appare, quanto meno discutibile, proprio per le conseguenze che sono da ricollegare alla «*reductio*» della trascrivibilità del contratto a favore del terzo nell'ambito degli scopi che comunemente si attribuiscono all'art. 2648 C.C. Nè d'ostacolo a quanto sopra esposto potrebbe essere il disposto dell'articolo 2665 del Codice, a mente del quale l'omissione o l'inesattezza delle note nuoce alla validità della trascrizione quando induce incertezza sulle persone, sul bene o sul rapporto giuridico oggetto della pubblicità immobiliare: l'indicazione in nota, infatti, della produzione degli effetti direttamente in capo al terzo lungi dal creare confusioni o incertezze, chiarisce per il vero ed in modo trasparente il rapporto giuridico destinato ad essere conservato nei Pubblici Registri (anche) per la sua opponibilità ai terzi. Chi scrive dunque ritiene che la nota possa essere redatta secondo i criteri dell'articolo 2659 c.c. (direttamente in capo al terzo) e che la funzione di questa trascrizione possa e debba essere anche quella di cui all'articolo 2644 del Codice (75).

Si discute se l'atto di adesione del terzo sia soggetto a trascrizione. In assenza di una disposizione normativa ad hoc, ed in omaggio al citato principio della tassatività degli effetti degli atti soggetti a trascrizione occorre verificare, da un lato, quali siano gli effetti dell'atto de quo e, dall'altro, quale o quali funzioni la sua trascrizione sarebbe destinata a soddisfare.

Invero per quanto esposto nei precedenti paragrafi l'atto di adesione non produce alcuno degli effetti di cui all'articolo 2643, ma solo quello di estinguere la facoltà dello stipulante di revocare il beneficio attribuito al terzo, come pure, naturalmente d'inibire l'analogo potere del terzo di risolvere l'acquisto a suo vantaggio mercè l'esercizio del diritto di rifiuto.

Pure concedendo per un momento che detti effetti siano assimilabili analogicamente a taluno di quelli previsti nell'articolo 2643 (in quanto, per così dire consolidativi, di un effetto reale verificatosi) deve condividersi l'opinione di quanti negano comunque la trascrivibilità dell'atto di adesione. Difetterebbe una necessità funzionale di codesta, paventata, trascrizione: essa, infatti, non sarebbe idonea a risolvere conflitti tra più aventi causa dal medesimo dante causa, nè, la stessa, gioverebbe al principio della continuità (76).

Quanto *al rifiuto ed alla revoca* non può esservi dubbio, per quanto sopra esposto, che producano effetti assimilabili a quelli degli atti soggetti a trascrizione di cui all'articolo 2643 c.c. Tuttavia si è, correttamente, sottolineato che la loro efficacia non producendo riasferimento del diritto reale, bensì dispiegando forza risolutoria, sotto il profilo della formalità pubblicitaria, non può essere regolata dalle norme di cui agli articoli 2643 n.ri 1, 2 o 4 c.c., piuttosto attuata nelle forme dell'annotazione a margine di cui all'art. 2655 c.c.

In altri termini revoca o rifiuto fungono da condizioni risolutive (naturalmente sotto l'aspetto strettamente pubblicitario) ed il loro verificarsi può assimilarsi, per il rifiuto, ad una ipotesi di dichiarazione unilaterale di colui in danno del quale

Note:

(72) Moscarini, *op. cit.* 132; Sesta, *op. cit.*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* 1993, 996 e ss.; Franzoni, *op. cit.* 1095.

(73) Cfr. Sicchiero, *op. cit.* 116

(74) nello stesso senso del testo Gazzoni, *La Trascrizione Immobiliare*, 1998, 359.

(75) Praticamente si suggerisce la compilazione della relativa nota con l'indicazione dell'esistenza di condizione: giacchè si possono verificare revoca e/o rifiuto che - come più ampiamente *infra* - sotto il profilo pubblicitario si ritengono assimilabili a condizioni risolutive.

(76) Moscarini, *op. cit.* 136. È opportuno comunque segnalare che la trascrizione dell'atto di adesione potrebbe giovare alla sicurezza del traffico: essa, infatti, garantirebbe i terzi in ordine all'impossibilità del verificarsi di eventi risolutivi dell'acquisto, ossia sarebbe equivalente al mancato verificarsi della condizione risolutiva, anche se occorre riconoscere che un evento di tal fatta non rientra tra quelli assoggettabili al regime pubblicitario proprio del nostro ordinamento.

la condizione stessa si è verificata, con conseguente annotazione a margine della trascrizione cosiddetta principale (77). Per la revoca dovrà annotarsi o la dichiarazione unilaterale del terzo, o una dichiarazione bilaterale.

Una parte della dottrina, in particolare, distingue due ipotesi: 1) che revoca o rifiuto determinino l'estinzione dell'effetto traslativo, 2) che i medesimi determinino l'acquisizione di quell'effetto al patrimonio dello stipulante. Nel primo caso l'annotazione appare tecnica, non solo corretta, ma idonea a realizzare il principio della continuità delle trascrizioni, nella seconda ipotesi, la stessa, appare, invero, inadeguata. Infatti essa non consente, nei Pubblici Registri, d'individuare lo stipulante come soggetto a favore del quale s'è realizzata la vicenda del (definitivo) trasferimento. Per questa ragione s'è ipotizzata una trascrizione a favore dello stipulante (dopo l'annotazione) (78).

Resta da esaminare quale sia la funzione di questa pubblicità.

Sicuramente la medesima assolve al principio della continuità delle trascrizioni (che è poi la funzione normalmente ricondotta dalla prevalente dottrina all'annotazione ex art. 2655) ciò che, peraltro, con palese chiarezza si enuclea dal letterale tenore del penultimo alinea della disposizione in commento. Ci si chiede se essa possa anche assolvere alla funzione di cui all'articolo 2644 c.c.: la risoluzione di conflitto tra più aventi causa dal medesimo dante causa.

La prevalente Dottrina, correttamente, affida, piuttosto che alla trascrizione, al meccanismo sostanziale della recettività della revoca, del rifiuto e/o dell'adesione, e quindi alla conoscenza che i soggetti interessati ne abbiano, il compito di risolvere i conflitti ipotizzabili (79). In altri termini il corretto svolgimento della sequenza dichiarazione di adesione, revoca e/o rifiuto e la loro conoscenza che i destinatari di legge ne abbiano (rispettivamente stipulante, terzo, stipulante) determina la rilevante circostanza che i terzi (a prescindere dal momento in cui abbiano o meno trascritto) perdano il loro diritto.

Accettando, con la prevalente Giurisprudenza, che possa stipularsi contratto per soggetto non ancora esistente (società non iscritta) ad effetti reali, e chiarito che, ad avviso di chi scrive nelle more detto atto non dispiega effetti nel patrimonio di alcuno, parimenti a quanto accade per il caso di terzo la cui designazione è rinviata ad un successivo atto di «*electio*», non sembra possibile procedersi a trascrizione finché i soggetti nella sfera dei quali gli effetti si dispiegheranno non siano venuti ad esistenza, o indicati nell'atto di scioglimento della «riserva».

LE PROBLEMATICHE FISCALI AFFERENTI AL CONTRATTO A FAVORE DEL TERZO. CENNI ALLE DICHIARAZIONI URBANISTICHE DA RENDERSI NEL CONTRATTO A FAVORE DEL TERZO.

Il contratto a favore del terzo va assoggettato al regime d'imposizione indiretta che è proprio degli effetti del tipo contrattuale adoperato. In altri termini la clausola di deviazione degli effetti in capo a soggetto diverso dalla parte non altera il regime tributario del negozio: se trattasi di trasferimento immobiliare aliquote e base imponibile saranno quelle proprie del bene trasferito (suolo agricolo, edificabile, abitazione etc.) (80).

Va, al riguardo, segnalata la questione afferente la tassazione degli atti liberali non donativi (81) di cui all'articolo 1 D.Lgs. 346/90 in merito alla quale si evidenzia che, come sopra anticipato, la causa del contratto a favore del terzo, ossia quella che determina gli effetti dell'atto e quindi il suo assoggettamento ad un certo trattamento tributario piuttosto che ad un altro è senz'altro quella che concerne il rapporto promittente-stipulante, evidenziandosi il rapporto stipulante-terzo come causa giustificatrice della deviazione degli effetti contrattuali.

L'auspicata emersione del rapporto di «provvista» ossia del rapporto stipulante-terzo potrebbe far sorgere il dubbio in ordine all'assoggettamento ad imposta (di registro o di donazione ex art. 1 citato) del medesimo.

Al riguardo sarebbe opportuno distinguere: se il rapporto di provvista integra una causa onerosa, ovvero una causa gratuita.

Nella prima ipotesi rileverebbe il combinato disposto degli articoli 20 e 21 del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131: ossia occorrerebbe individuare l'effetto giuridico dell'atto (*l'id quod plerumque accidit* in termini fiscali), ed il legame delle disposizioni stesse. Sembra a chi scrive che le disposizioni in commento inducano a ritenere a favore dell'unicità dell'effetto fiscalmente rilevante e dunque che nel caso in esame vada assoggettato all'imposta propria dei trasferimenti il solo trasferimento (a favore del terzo), mentre non si deve assoggettare ad alcuna imposta il rapporto di provvista che emerge dal contratto giacché il medesimo è in funzione dell'attribuzione al terzo di guisa che senza il medesimo esso non sussisterebbe nemmeno.

Alle stesse conclusioni si può pervenire anche per l'ipotesi in cui l'attribuzione al terzo ha carattere liberale. Ciò non tanto in virtù delle succitate norme che, invero, alle attribuzioni liberali non dovrebbero applicarsi essendo concepite per quelle onerose, quanto per la rilevante circostanza per cui il medesimo trasferimento non può essere oggetto di una...doppia imposta !!, ossia di quella propria del negozio oneroso derivante dal rapporto promittente-stipulante e quella del negozio liberale derivante dal rapporto stipulante-terzo.

Va, infatti, opportunamente ricordato al riguardo che taluni autori a proposito del negozio indiretto (cui la fattispecie per quanto in questa specialissima sede rileva può assimilarsi) hanno ribadito che la tassazione dell'atto è quella che emerge dalla natura dell'atto, rispetto alla quale lo «sforzo» dell'Ufficio d'individuare ogni effetto giuridico tassabile deve apprezzarsi positivamente solo se e nella misura in cui il negozio indiretto sia utilizzato come strumento di elusione (82).

Note:

(77) Invero la norma in questione (2655 ultimo comma) fa riferimento al contraente in danno del quale la condizione si è verificata, ma per quanto esposto non v'è ragione di dubitare che il principio possa estendersi anche al terzo (ancorché il medesimo non sia contraente).

(78) Gazzoni, *op. cit.* 361. Il quale chiarisce che comunque la detta ultima trascrizione avverrebbe sempre e solo in funzione del rispetto del principio della continuità, sul quale più ampiamente *infra*.

(79) In tal senso Moscarini, *op. cit.* 134 e 135 e nel medesimo senso con una ampia disamina anche casistica Gazzoni, *op. cit.* 363-364 e 365.

(80) Magurno-Lanzillotti, *Il Notaio e Le imposte indirette*, 1998 289-290.

(81) In relazione alla quale si fa rinvio allo *Studio* approvato dalla Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato 1/2 giugno 2000 n. 960, estensore Giunchi

(82) Nasti, *Imposta di Registro e relative agevolazioni*, 1993, 103 e ss.

La dichiarazione del terzo di volerne profittare (l'atto di adesione) producendo l'effetto di rendere definitivo l'acquisto del terzo e quindi di estinguere i poteri di revoca e rifiuto soggiace ad imposta di registro nella misura fissa (83).

Qualche problema potrebbe darlo la revoca ed il rifiuto.

Questi negozi infatti producono un effetto risolutorio volto a vanificare l'acquisto del terzo, ripristinando la titolarità del promittente o attribuendo detta titolarità allo stipulante.

L'efficacia di entrambe le fattispecie – come sopra si è avuto occasione di sottolineare – è *ex tunc* al pari di una condizione risolutiva.

La vicenda risolutoria, quanto all'imposta di registro trova specifica disciplina nell'articolo 28 del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 il quale stabilisce che «*la risoluzione del contratto è soggetto ad imposta in misura fissa se dipende da clausola o da condizione risolutiva espressa nel contratto ovvero mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata entro il secondo giorno non festivo successivo a quello in cui è stato concluso il contratto...*» Pacificamente si riconosce che la ratio della norma riposi nella circostanza per cui il legislatore fiscale ha voluto tassare come trasferimento le vicende risolutorie che potessero paventare (magari a scopi elusivi) veri trasferimenti, riconoscendosi viceversa all'autentico effetto risolutivo, un trattamento fiscale leggero (la cosiddetta tassa fissa) (84).

Invero non può disconoscersi a revoca e/o rifiuto la funzione di autentica estinzione *ex tunc* degli effetti del contratto dalla sfera del terzo con una operatività analoga, sotto al profilo fiscale, forse più alla clausola risolutiva espressa che alla condizione, tosto che la loro efficacia è subordinata ad una autentica dichiarazione, piuttosto che non al verificarsi di un evento futuro ed incerto.

Che l'art. 28 citato non vada inteso in senso restrittivo come riferibile alle sole ipotesi di condizione o clausola risolutiva è pacifico, dal momento che l'amministrazione finanziaria, già dal 1975 la applica al meccanismo della risoluzione cagionata dall'esercizio del diritto di riscatto nella vendita con patto di riscatto (85).

Chi scrive, allo scopo di soddisfare il rispetto del letterale tenore della norma, suggerisce, comunque di prevedere nell'atto la possibilità dell'esercizio della revoca e/o rifiuto come ipotesi di caducazione degli effetti. Si suggerisce una clausola siffatta:

ART..... (Risoluzione degli effetti)

Le parti si danno reciprocamente atto che l'attribuzione degli effetti del presente contratto come sopra previsti a favore del sig.... si risolvano e si considerino i diritti quivi, al medesimo attribuiti, come mai riconosciutigli, per l'ipotesi di revoca da parte del sig... (stipulante) e/o rifiuto da parte di esso detto beneficiario.

Il sig... (stipulante) si riserva di esercitare la facoltà di revoca entro e non oltre il giorno..... intendendosi che la revoca esercitata in data successiva dovrà considerarsi per «inutiliter data» e priva di ogni effetto (86).

Se l'acquisto del terzo può godere di particolari agevolazioni non può dubitarsi che le medesime possano e debbano essere riconosciute dall'Ufficio. Può porsi il problema delle dichiarazioni da rendere in atto, ove necessarie, dal momento che dette dichiarazioni, di norma dovrebbero essere rese da chi è parte, mentre il terzo non lo è. Possono estendersi a tale ipotesi le comuni conclusioni, oramai, raggiunte in materia di agevolazioni da riconoscersi a minori, per le quali, più non si dubita che le dichiarazioni possano essere rese dal rappresentante anche se afferiscono a condizioni specifiche della parte (sostanziale) senza che tale circostanza sia da considerarsi inidonea al conseguimento del trattamento agevolativo.

Resta infine da ricordare che le dichiarazioni urbanistiche (Legge 47/85) devono essere rese in atto dal promittente –dante causa.

Nel caso di revoca o di rifiuto essendo l'effetto proprio di questi negozi risolutorio ma non di (ri)trasferimento può discutersi se dette dichiarazioni debbano essere ripetute, e ripetute rispettivamente dallo stipulante o dal terzo. Per quanto possa discutersi in difetto di sicuri precedenti ed attese le gravi conseguenze riconosciute al difetto delle dichiarazioni de quo in questa sede si suggerisce l'inserimento delle dichiarazioni in oggetto da parte degli autori del negozio unilaterale di revoca e/o rifiuto *in abstracto* «dante causa» ai fini perseguiti dalla normativa concernente la non commerciabilità dei manufatti abusivi.

Note:

(83) Magurno–Lanzillotti, *op. cit.* 290.

(84) Nastri, *Imposta di Registro e relative agevolazioni*, 1993, 149.

(85) Risoluzione Ministero delle Finanze n. 301906 del 14 gennaio 1975.

(86) Pervengono alle conclusioni di cui *supra* ma senza una adeguata valutazione del citato art. 28 Magurno–Lanzillotti, *op. cit.*, 291.