

Strumenti del diritto

Il nuovo contratto

Gaia Cipriani

IL CONTRATTO PER PERSONA DA NOMINARE

Estratto



Bologna, 2007 - Zanichelli Editore

SEZIONE II

Il contratto per persona da nominare

di GAIA CIPRIANI

Sommario

1. Il contratto per persona da nominare: nozione ed ambito di applicazione - 2. Natura giuridica della figura - 3. La dichiarazione di nomina - 4. (Segue) Riserva di nomina e contrattazione preliminare - 5. Effetti della dichiarazione di nomina - 6. Effetti della mancata o tardiva dichiarazione di nomina - 7. Distinzione dell'istituto da altre figure contrattuali

1. Il contratto per persona da nominare: nozione ed ambito di applicazione

Il Capo VII (Titolo II, Libro IV) del Codice Civile, intitolato «Del contratto per persona da nominare», è composto da cinque articoli (dal 1401 al 1405) che delineano la nozione e gli effetti di questa peculiare figura¹.

In particolare, ai sensi dell'art. 1401 c.c. («Riserva di nomina del contraente»), si ha contratto per persona da nominare quando, al momento della conclusione del contratto, una parte (lo stipulante) si riserva espressamente la facoltà di nominare successivamente (c.d. *electio amici*) la persona (*eligendus* o *amicus*) nella cui sfera giuridica si produrranno gli effetti del contratto stesso.

Quest'ultimo soggetto diverrà, in sostituzione o insieme allo stipulante², parte in senso sostanziale del contratto «con effetto dal momen-

¹ I seguenti riferimenti ai contributi dottrinali sul tema in esame vanno intesi quali indicazioni bibliografiche essenziali e non esaustive, cfr.: SAPIO, *Appunti sulla dichiarazione di nomina del contratto per persona da nominare*, in *Nuova giur. comm.*, II, 4, 2001, 355 ss.; LAZZARA, *Il contratto per persona da nominare*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2000, 159 ss.; PENNASILICO, *Il contratto per persona da nominare*, Milano, 1999; TOPI, *Il contratto per persona da nominare*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 447 ss.; CARAVAGLIO, *Il contratto per persona da nominare*, sub artt. 1401-1404, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1998; DE NOVA, *Il contratto per persona da nominare*, in *Tratt. Rescigno*, X, Torino, 1996, 449 ss.; DE MATTEIS, *Il contratto per persona da nominare*, in *Contr. e Imp.*, 1993, 534 ss.; VISINTINI, *Del contratto per persona da nominare*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1993, 341 ss.; GRAZIADEI, voce «Contratto per persona da nominare», in *Digesto/civ.*, Torino, 1989, 261 ss.; GAZZONI, voce «Contratto per persona da nominare (diritto civile)», in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, 1 ss.; CARRESI, voce «Contratto per persona da nominare», in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 129 ss.; ENRIETTI, voce «Contratto per persona da nominare», in *Novissimo Dig.*, IV, Torino, 1959, 250 ss.

² La dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto compatibile con la fattispecie esaminata la circostanza che i contraenti prevedano non solo la sostituzione di uno di essi con un'altra persona, ma anche che un terzo si aggiunga alle parti originarie. Cass., 7

to in cui questo fu stipulato» (art. 1404 c.c.). L'efficacia dell'*electio* è subordinata all'esistenza di un'antecedente procura ovvero di un'accettazione successiva da parte dell'*amicus*. Viceversa, in mancanza di una valida o tempestiva dichiarazione di nomina, «il contratto produce i suoi effetti fra i contraenti originari» (art. 1405 c.c.).

La giurisprudenza di recente ha avuto l'occasione di specificare come non sia richiesto che, all'atto della stipulazione *ex art. 1401 c.c.*, la persona da nominare sia già esistente, essendo invece necessaria tale esistenza solo nel momento della designazione disciplinata dall'art. 1402 c.c.³

La stessa sistematica del codice civile, che introduce l'istituto nell'ambito della disciplina generale dei contratti, indica che il contratto per persona da nominare non è configurabile come particolare tipologia contrattuale, munita di una propria causa, ma come una «clausola accessoria»⁴, «individuabile sia per i contratti preliminari sia per quelli definitivi»⁵, sia per quelli ad «efficacia reale, sia per quelli ad effetti meramente obbligatori»⁶.

È altresì consolidato l'orientamento giurisprudenziale che approva l'introduzione della riserva di nomina nel patto d'opzione, purché il termine di nomina sia inferiore a quello fissato per l'opzione, così da ammettersi l'accettazione della proposta irrevocabile solo e direttamente da parte della persona nominata⁷.

febbraio 1975, n. 463, inedita. Inoltre, si sostiene che lo stipulante abbia la facoltà di aggiungere sempre altri a sé, a meno che la possibilità di nomina di più soggetti sia stata espressamente esclusa dalle parti. In questo senso, Cass., 10 maggio 1976, n. 1644, in *Foro it.*, 1976, I, 1850; con nota di LENER.

³ Cass., 22 marzo 2006, n. 6405, in *Mass. Foro it.*, 2006, 730.

⁴ Cass., 14 febbraio 1987, n. 1651, in *Foro it.*, 1987, I, 1754.

⁵ Cass., 23 luglio 1994, n. 6885, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce «Contratto in genere», n. 404. Alla contrattazione preliminare sarà riservato un apposito paragrafo, v. *infra* n. 4.

⁶ In particolare, Cass., 6 giugno 1995, n. 2570, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 523: «La clausola che preveda che l'acquirente acquisti per sé o per persona da nominare è compatibile sia con lo schema del contratto preliminare, sia con quello del contratto definitivo di compravendita. Tale pluralità di configurazioni giuridiche in relazione al regolamento dell'intervento di terzi nella fattispecie contrattuale - preliminare o definitiva - va riferita necessariamente al contenuto effettivo della volontà delle parti contraenti, che l'interprete deve ricercare in concreto anche in correlazione alla funzione, invalsa nella pratica quotidiana degli affari, di impiegare proprio il contratto preliminare per la disciplina intertemporale dei rapporti contrattuali delle parti».

Ma, se è ritenuta ammissibile la riserva di nomina in un contratto di permuta ad effetti obbligatori (come la permuta di cose future), è invece esclusa in una permuta ad effetti istantanei «quale è quella che si realizza con lo scambio immediato di beni esistenti»: così Cass., 28 luglio 1980, n. 4864, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, 7.

Perplessità sull'ammissibilità della riserva di nomina per i contratti ad effetti reali sono avanzate da una dottrina minoritaria: v. per tutti, ENRIETTI, *op. cit.*, 250 ss.

⁷ Cfr. Cass., 5 giugno 1987, n. 4901, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce «Contratto in genere», n. 257.

Il contratto per persona da nominare è tutt'oggi al centro di contrasti interpretativi, alimentati da un'insufficiente e contraddittoria produzione giurisprudenziale, la quale ha spesso esaminato la figura non tanto al fine di risolverne i nodi problematici, quanto per escludere che i casi considerati rientrassero nella previsione codicistica di cui agli artt. 1401 ss. c.c.⁸.

Saranno quindi di seguito esaminate le questioni controverse, alla luce degli indirizzi forniti dalle pronunce in materia.

Se guardiamo innanzitutto all'utilizzo pratico dello schema delineato dagli artt. 1401 ss. c.c., risulta che esso è impiegato, per i più svariati motivi, in tutti quei casi in cui una persona non può o non vuole palesarsi nella trattativa contrattuale.

Esempi della moderna diffusione dell'istituto, sconosciuto al Codice Civile previgente, sono quelli in cui un soggetto acquista dei beni all'incanto senza apparire fra i partecipanti, facendo supporre di essere stato incaricato ad acquistare da una persona che non vuole per il momento svelare la propria identità, o quello del mediatore immobiliare che, pur agendo di propria iniziativa, vuole rendersi intermediario nella conclusione dell'affare senza aver preventivamente determinato la persona alla quale destinare i diritti che ricaverà dalla conclusione dell'affare, al fine di evitare il duplice pagamento dei tributi a causa del doppio trasferimento di proprietà.

In tutte queste operazioni economiche è significativo che il ricorso alla clausola della riserva di nomina non palesi l'interesse ad essa sottinteso. A questo proposito la Suprema Corte ha da tempo risalente, sottolineato come la semplice apposizione della riserva di nomina non valga in ogni caso a «qualificare il contratto come contratto per persona da nominare», sottintendendo a volte una vera e propria «rivendita» del bene dallo stipulante al terzo⁹, piegando la funzione dell'istituto al perseguimento di finalità speculative o di evasione fiscale.

La riserva di nomina può riguardare una persona fisica oppure una persona giuridica. Recentemente la giurisprudenza ha ammesso l'utilizzo di tale clausola nelle operazioni di *leasing*, allorché il futuro utilizzatore acquisti il bene dal fornitore, riservandosi di designare un terzo (la società di *leasing*), il quale, avvenuta la nomina, ritrasferisca il bene all'utilizzatore¹⁰; nonché nell'atto costitutivo delle società di capitali, quale contratto plurilaterale con comunione di scopo, purché vengano rispettate le norme specificamente dirette a disciplinare la costituzione di tale tipo di società¹¹.

⁸ Cfr. ad es.: Cass., 17 marzo 1995, n. 3115, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 2025.

⁹ Cass., 10 aprile 1970, n. 1003, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 1760.

¹⁰ Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Contratti*, 1999, 336, con nota di GRISONE.

¹¹ Trib. Roma, 19 giugno 1990, in *Riv. dir. comm.*, 1191, II, 443, con nota di FEDELLI.

La prassi offre, quindi, un uso così disinvolto di tale clausola da ingenerare in alcuni autori il dubbio che oggi sia possibile assimilarla alle c.d. clausole di stile.

Ciò non significa che gli sforzi dottrinali e giurisprudenziali non siano riusciti ad individuare precisi limiti all'operatività della riserva, essendo opinione consolidata che quest'ultima sia incompatibile con talune categorie contrattuali. In particolare con il contratto di assicurazione contro i danni, per il quale il risarcimento è dovuto solamente al titolare dell'interesse assicurato che ha risentito del pregiudizio prodotto da un sinistro, e con il contratto di compravendita ad effetti reali, redatto in forma di scrittura privata, con espressa riserva di nominare un terzo in sede di riproduzione in forma di atto pubblico, poiché in questi casi la riserva è solitamente apposta al solo fine «di sottrarre i trasferimenti intermedi agli oneri fiscali nell'ambito delle operazioni di rivendita di immobili»¹².

Infine, la Suprema Corte è costante nell'affermare l'incompatibilità della clausola di riserva di nomina con il contratto preliminare di vendita di fondi rustici, con specifico riferimento alla prelazione spettante al coltivatore insediato nel fondo, al quale «non vengono prospettati elementi sicuri ed immutabili di valutazione»¹³, imposti al contrario dalle norme vigenti in materia¹⁴, in relazione all'obbligo di comunicare, nell'ambito del contratto preliminare di compravendita, il nome del compratore, al fine di consentire una scelta ponderata dell'esercizio o meno del diritto di prelazione. Tale scelta sarebbe gravemente compromessa se il coltivatore «non fosse messo in grado di conoscere la persona che, in definitiva, risulterà la controparte del rapporto agrario nel caso egli decida di non esercitare il diritto di prelazione»¹⁵. È, invece, compatibile il modello contrattuale in discussione con il diritto di prelazione del proprietario confinante. Da ultimo la Corte di cassazione ha ribadito che l'interesse di quest'ultimo non è messo in pericolo in

¹² Trib. Verona, 25 giugno 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 446, con nota di BARBA.

¹³ Cfr. le seguenti pronunce in via meramente esemplificativa di un orientamento copioso e conforme a partire dagli anni ottanta: Cass., 8 aprile 1981, n. 1998, in *Foro it.*, 1981, I, 2217, con nota di BELLANTUONO; Cass., 10 febbraio 1985, n. 658, in *Giur. agr. it.*, 1985, II, 612, con nota di GERI; Cass., 31 gennaio 1986, n. 634, in *Giur. agr. it.*, 1986, II, 608, con nota di TRICOLA; Cass., 25 gennaio 1991, n. 751, in *Giur. agr. it.*, 1991, II, 283, con nota di TRICOLA.

In senso critico la dottrina e talune pronunce di merito, cfr. Trib. Pistoia, 13 febbraio 1979, in *Nuovo dir. agrario*, 1979, 171, con nota di RECCHI, e Trib. Parma, 23 aprile 1983, in *Riv. not.*, 1983, II, 476, con nota adesiva di SPALLANZANI, entrambe motivando sul principio di autonomia contrattuale delle parti.

¹⁴ Art. 8 della l. 26 maggio 1965, n. 590 così come novellato dalla l. 14 agosto 1971, n. 817.

¹⁵ Cass., 8 aprile 1981, n. 1998, cit., 2215 ss.; Cass., 14 febbraio 1987, n. 1651, cit., 1759.

quanto; per effetto del mancato esercizio del diritto di prelazione, egli non subentra in alcun rapporto giuridico con il nuovo proprietario del fondo, sicché «è valida la comunicazione della proposta di alienazione del fondo che venga fatta al proprietario coltivatore diretto di fondo confinante senza l'indicazione del nome del terzo acquirente»¹⁶.

Più in generale, è inapplicabile la riserva di nomina ai contratti connotati da una infungibilità soggettiva o *intuitu personae*¹⁷. Questo limite è peraltro insuperabile solo quando la persona del contraente è rilevante *ex lege*: in tale ambito rientra non solo il predetto regime in tema di prelazione agraria ma, ad esempio, anche la donazione a favore di un donatario determinato da persona diversa dal donante, in contrasto con la previsione di cui all'art. 778, 1° co., c.c.¹⁸. La riserva di nomina non è poi applicabile ai contratti a contenuto non patrimoniale (come quelli di diritto familiare); a quelli che non ammettono l'intervento del rappresentante; ai contratti traslativi di beni o diritti già appartenenti allo stipulante — in quanto «il potere di disposizione e la conseguente legittimazione negoziale spettano appunto a lui, ed a lui soltanto» — o all'*eligendus*¹⁸; ai negozi di diritto ereditario (come per l'accettazione dell'eredità); ed, infine, a quelli c.d. di secondo grado, funzionali non alla costituzione di un rapporto ma alla modificazione od estinzione di uno preesistente. Sotto quest'ultimo aspetto in giurisprudenza si tende ad escludere un atto di accertamento o una transazione per persona da nominare¹⁹.

Perplessità sono poi avanzate sulla compatibilità dello schema in esame con i contratti dai quali derivino obbligazioni per il solo proponente²⁰, riservandone l'operatività ai soli contratti a prestazioni corrispettive. Quest'ultima ricostruzione è però negata dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza, che pacificamente ammettono la riserva di nomina indipendentemente dalla sussistenza del requisito dell'onerosità della prestazione²¹. Larga parte della letteratura giuridica non rileva poi ostacoli nel configurare la clausola nell'ambito dei contratti reali. Contro chi sostiene che questa categoria contrattuale, perfezionandosi con la consegna della cosa, non ammetterebbe ipotesi di pendenza²², si ribatte la li-

¹⁶ Cass., 19 maggio 2003, n. 7768, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Agricoltura», n. 157.

¹⁷ Cass., 8 aprile 1981, n. 1998, cit., 2213; Cass., 14 febbraio 1987, n. 1651, cit., 1758. Cfr., in tale direzione, la Relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale sul libro delle obbligazioni, n. 266.

¹⁸ Cass., 13 giugno 1959, n. 1807, in *Giust. civ.*, 1959, I, 1396-ss., con nota di GIACOBBI.

¹⁹ Cass., 12 luglio 1956, n. 2617, in *Giust. civ.*, 1957, I, 89.

²⁰ Cfr. in particolare CARRESI, *op. cit.*, 134, che fonda la tesi su quanto disposto dall'art. 1406 c.c., in tema di cessione di contratto.

²¹ A partire da Cass., 28 febbraio 1947, n. 293, in *Foro it.*, 1947, I, 439, con nota adesiva di STOLFI.

²² Cfr. SCALONE, *Spunti critici in tema di contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, 345.

ceità dei contratti reali per persona da nominare, a condizione che la consegna del bene all'acquirente «non sia configurabile come rinuncia al potere di nomina» ma come «semplice elemento perfezionativo della fattispecie e non dunque attuativo del regolamento contrattuale»²³.

2. Natura giuridica della figura

Prima di passare ad esaminare la disciplina e gli effetti del contratto per persona da nominare è doveroso premettere la discrasia di opinioni circa la natura giuridica della figura. Il dibattito in materia è rilevante nella misura in cui l'adesione all'una o all'altra posizione espressa si riflette sull'applicazione pratica dell'istituto: scegliamo quindi di accennare alle argomentazioni dominanti, prese in considerazione dalla giurisprudenza, trascurando invece le questioni che assumono carattere meramente o prevalentemente teorico-sistematico²⁴.

Secondo parte della dottrina, non si sarebbe in realtà in presenza di un unico accordo ma di due distinti regolamenti contrattuali, l'uno intercorrente fra i contraenti originari, con efficacia immediata, ma sottoposto alla condizione risolutiva della *electio amici*; il secondo, *in fieri*, fra il contraente certo ed il nominato, destinato a perfezionarsi con l'*electio*²⁵.

In realtà con tale configurazione si riduce a mero elemento accidentale del contratto una clausola essenziale, dimenticando che la condizione rende dubbia la situazione effettuale, la quale è invece certa nel caso di riserva di nomina, poiché l'*electio* comporta un'incertezza, non tanto circa il rapporto, quanto sulla sua titolarità finale.

Per altri autori appare preferibile, pertanto, inquadrare il fenomeno nei termini di un'autorizzazione, volta a rendere efficace la nomina, con la quale una parte concede all'altra di mutare nel proprio interesse la titolarità del rapporto contrattuale con effetto retroattivo²⁶.

Secondo l'orientamento maggioritario il contratto per persona da nominare va invece considerato unitariamente nell'ambito dell'istitu-

²³ GAZZONI, *op. cit.*, 2.

²⁴ Le interpretazioni in materia sono copiose e svariate; possiamo ricordare le posizioni più recenti e, in particolare, quella di chi inquadra il fenomeno nell'attribuzione allo stipulante di un potere unilaterale di modificazione soggettiva del rapporto contrattuale (*ius variandi*), in questo senso cfr. DONATO, *Sulla natura giuridica della stipulazione per sé o per persona da nominare*, Napoli, 1996, 354 ss.; e quella di chi configura tale contratto come un modello procedimentale di gestione negoziale di interessi altrui, ulteriore rispetto agli schemi della rappresentanza diretta ed indiretta, ancorché affine a questi, cfr. in particolare LAZZARA, *op. cit.*, 159 ss.

²⁵ ENRIETTI, *op. cit.*, 250 ss.

²⁶ BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1998, 137.

to della rappresentanza, reputando lo stipulante quale rappresentante, con o senza procura, del nominato. Questa posizione porta a configurare il vincolo in capo allo *stipulans*, in caso di mancata nomina o di nomina inefficace, come conseguenza del suo iniziale comportamento, in cui è assente la *contemplatio domini*, e dell'omesso efficace esercizio della facoltà attribuitagli.

Si tratterebbe di una forma particolare di rappresentanza eventuale o *in incertam personam*, poiché al momento della conclusione del contratto non è sicuro che ci sarà la nomina, e, se questa non avverrà, non opererà alcun meccanismo rappresentativo.

Sotto questo profilo la situazione è comunque diversa da quella che si verificherebbe nel caso in cui uno dei contraenti dichiarasse di non contrarre per sé, ma per un soggetto di cui non vuole fare il nome (contratto ritenuto inefficace, a meno che ricorra la figura del contratto per conto di chi spetta), in quanto nel caso di contratto per persona da nominare lo stipulante non esclude di contrarre per sé.

Significativa è in proposito la diversa posizione espressa dai giudici di merito rispetto a quella della Corte di Cassazione.

I primi hanno affermato come non sia riconducibile alla fattispecie del contratto per persona da nominare, bensì alla rappresentanza *in incertam personam*, l'accordo con il quale una parte si impegna alla rivendita di un pacchetto azionario «a persona/e od ente/i da nominare», se dalla volontà espressa dei contraenti risulti comunque esclusa la possibilità dell'assunzione dell'obbligazione in capo al soggetto che si presenta formalmente come stipulante²⁷. Infatti, mentre nel contratto per persona da nominare la clausola di nomina «costituisce una facoltà riservata allo stipulante, il quale potrebbe perciò anche non avvalersene e serbare su di sé gli effetti del contratto, nell'ipotesi del rappresentante *in incertam personam* la successiva indicazione del nome del rappresentato si pone come un elemento necessario della fattispecie negoziale a formazione progressiva. In mancanza di tale indicazione il rappresentante – che mai è entrato nel contratto come parte sostanziale – non risponderà quindi certo delle obbligazioni derivanti dal contratto medesimo, ma sarà unicamente tenuto al risarcimento dei danni, alla stregua di un rappresentante senza potere, secondo la previsione dell'art. 1398 c.c.»²⁸.

La Suprema Corte ha, al contrario, configurato la medesima fattispecie come un'ipotesi di contratto per persona da nominare, anche in assenza dell'esplicito riferimento allo stipulante medesimo, ritenendo, di conseguenza, l'accordo immediatamente vincolante e produttivo di

²⁷ Trib. Milano, 18 settembre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 166, con nota di PARODI, e in *Giur. merito*, 1991, I, 568 con nota di CAPUTO (caso De Benedetti-Banco Ambrosiano).

²⁸ Trib. Milano, 18 settembre 1989, cit., 179.

effetti fra le parti originarie²⁹. Pertanto, in presenza di più contratti funzionalmente collegati fra loro, lo stipulante che contratti per ente o persona da nominare non può ritenersi estraneo alla loro rinegoziazione solo perché ha omesso di specificare di contrattare anche per sé medesimo.

Molteplici sono le pronunce che individuano il contratto per persona da nominare come negozio con soggetti alternativi e ad effetti alternativi³⁰, ma le più recenti inquadrano il fenomeno nell'ambito dell'istituto della rappresentanza, considerando il dichiarante, «per volontà della legge»³¹ o dell'eligendo, colui che «assume la funzione di rappresentante del terzo nell'arco di tempo che corre dalla conclusione del contratto alla dichiarazione di nomina»³². Si reputa in sostanza il fenomeno come un'applicazione specifica del generale istituto della rappresentanza, sia sotto il profilo sistematico sia sotto quello sostanziale.

A questa posizione è possibile obiettare che nell'ambito del contratto per persona da nominare non sono applicabili tutte le norme sulla rappresentanza volontaria, ed in particolare quelle dettate in tema di capacità. Se, infatti, l'art. 1389 c.c. («Capacità del rappresentante e del rappresentato») prevede per la validità del contratto concluso dal rappresentante che questo abbia la capacità di intendere e di volere, nel contratto per persona da nominare vale la disciplina generale in tema di capacità, e lo stipulante deve possedere la piena capacità d'agire, pena l'annullabilità del contratto³³.

In realtà la giurisprudenza distingue due ipotesi. Nel caso di mancata *electio* ritiene applicabili tutte le norme proprie dei contratti conclusi dagli incapaci, comprese quelle sulla legittimazione ad agire. Lo stipulante assume, infatti, la veste di parte non solo in senso formale ma anche in quello sostanziale e la sua incapacità o gli eventuali vizi della sua volontà rendono invalido il contratto; «correlativamente, se lo stipulante si trova in una condizione giuridica che induce la nullità del contratto, il contratto è invalido *ab origine* e perciò non può produrre i suoi effetti, neppure se la causa d'invalidità non inerisce alla persona che sia nominata ed accetti»³⁴.

²⁹ Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Notariato*, 1996, 109, con nota di DE CRISTOFARO, e in *Foro it.*, 1996, I, 2162, con nota di LA ROCCA.

³⁰ In particolare Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, cit.: «nel contratto per persona da nominare, la riserva di nomina del terzo determina una parziale indeterminazione soggettiva del contratto; ovvero una fattispecie di contratto a soggetto alternativo».

³¹ Cass., 4 ottobre 1983, n. 5777, in *Foro pad.*, 1984, I, 354.

³² Cass., 30 maggio 1995, n. 6050, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce «Contratto in genere», n. 412.

³³ Cass., 30 gennaio 1951, n. 251, in *Foro it.*, 1951, I, 563.

La dottrina è poi concordemente orientata nel richiedere la capacità giuridica dello stipulante.

³⁴ Cass., 30 gennaio 1951, n. 251, cit.

Tuttavia, se lo stipulante incapace scioglie la riserva, si ritiene che il nominato non possa invocare l'incapacità del primo per sottrarsi agli impegni assunti, essendo sufficiente la capacità naturale dello stipulante al momento della conclusione del contratto e l'assenza di divieti alla negoziazione per il rappresentato, così come saranno risolti ex artt. 1390 e 1391 c.c. i problemi concernenti i vizi del volere e gli stati soggettivi rilevanti³⁵.

Più complessa è la problematica attinente alla legittimazione. Un caso pratico che diffusamente si è presentato all'attenzione delle corti è quello dell'acquisto di una farmacia da parte di un soggetto non farmacista, che in un secondo momento aveva nominato la persona abilitata. In un primo tempo il giudice di merito³⁶ e quello di legittimità³⁷ hanno concordemente dichiarato la nullità del contratto, aderendo alla discutibile tesi dell'acquisto immediato in capo allo stipulante, condizionato risolutivamente. In seguito all'entrata in vigore della l. 2 aprile 1968, n. 475 è stata invece ammessa in via generale la trasmissibilità del diritto di esercizio della farmacia³⁸, previa autorizzazione dell'autorità sanitaria competente. Sono pertanto validi i contratti preliminari di acquisto di farmacia sia se compiuti da persona legittimata che ha poi esercitato la facoltà di nominare un farmacista momentaneamente non abilitato, in quanto impiegato statale³⁹, sia se conclusi da soggetto non legittimato, ma condizionati al conseguimento dei requisiti di legge da parte del promittente acquirente o di un terzo a favore del quale il contratto preliminare sia destinato ad operare e che lo stipulante si riserva di indicare⁴⁰.

Circa la posizione del nominato, si discute se sia sufficiente la sua capacità al momento della nomina o dell'accettazione, o se la capacità d'agire debba sussistere fin dal momento della stipulazione del contratto, data la retroattività dell'*electio*; mentre per gli stati soggettivi si dovrà guardare al momento dell'accettazione, quando cioè il terzo formula la propria volontà.

Problemi non sorgono per quanto concerne la posizione del promittente: ciascun requisito soggettivo (capacità, libertà del volere, legittimazione) dovrà valutarsi al momento della conclusione del contratto.

³⁵ Trib. Milano, 18 settembre 1989, cit.

³⁶ Trib. Perugia, 20 giugno 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 263.

³⁷ Cass., 30 gennaio 1951, n. 251, cit.

³⁸ I requisiti soggettivi dell'acquirente di farmacia sono oggi regolati, oltre che dall'art. 12 della legge richiamata nel testo, dall'art. 6, l. 22 dicembre 1984, n. 892 e dall'art. 13, l. 8 novembre 1991, n. 362 (legge significativamente modificata con interventi normativi negli anni 2000 e 2006).

³⁹ Cass., Sez. Un., 8 novembre 1983, n. 6587, in *Foro it.*, 1984, I, 465; Cass., 30 maggio 1995, n. 6050, cit.

⁴⁰ Cass., 21 giugno 1995, n. 7026, in *Guida dir.*, 1995, 37, 51, con nota di IANNIELLO.

con lo stipulante, rimanendo estraneo al meccanismo della riserva di nomina.

Alla tesi della rappresentanza *in incertam personam* fa implicito riferimento anche quella parte della giurisprudenza di merito, che esclude la possibilità di esperire l'azione revocatoria nei confronti dello stipulante, poiché egli assume più propriamente la veste di rappresentante del soggetto da designare. In particolare la massima della pronuncia del Tribunale di Salerno del 13 aprile 1993⁴¹, riguardo ad un contratto di compravendita per persona da nominare ad effetti reali, a seguito della nomina accompagnata dall'accettazione, ha sancito che il contratto concluso nell'interesse del soggetto nominato «produce i propri effetti direttamente ed esclusivamente nella sfera giuridica dello stesso; pertanto, non essendo mai entrato il bene nel patrimonio dello *stipulans*, manca un atto di positivo, a lui imputabile, contro il quale si possa agire in revocatoria».

Tale inquadramento non consente, però, l'applicabilità, dal punto di vista processuale, delle norme che disciplinano la cessazione della rappresentanza nel processo (artt. 286, 299 ss., 328 c.p.c.), le quali «si riferiscono esclusivamente ai casi di cessazione della rappresentanza legale e non anche a quelli di estinzione della rappresentanza volontaria»⁴².

La Suprema Corte, tuttavia, ha da tempo risalente precisato come non vi sia una perfetta coincidenza fra i due fenomeni, in quanto del meccanismo rappresentativo mancherebbe la designazione nominativa del rappresentato, che può sopravvenire grazie alla riserva di nomina⁴³. Infatti, se è vero che nella rappresentanza l'attività di sostituzione presuppone la *contemplatio domini*, è pur vero che quest'ultima nel caso della rappresentanza *in incertam personam* ed eventuale, è insita nello stesso negozio, «in virtù della contestuale riserva di designazione di un altro soggetto cui dovranno eventualmente imputarsi gli effetti dell'attività dell'agente (o stipulante), e si puntualizza in un momento successivo alla riserva di nomina. E di ciò offre testuale conferma il disposto dell'art. 1402, che sottolinea la esigenza che tale dichiarazione sia legittimata da una procura anteriore al contratto o, in difetto di questa, dall'accettazione della persona nominata, nonché l'art. 583 c.p.c., che contemplando una fattispecie modellata appunto sullo schema del contratto che ne occupa, parla di 'mandato': non è concepibile invero, che il legislatore abbia attribuito ai termini 'procura' e 'mandato' un significato che non sia quello tecnico-giuridico loro proprio e che precinda da uno specifico riferimento all'istituto della rappresentanza»⁴⁴.

⁴¹ Trib. Salerno, 13 aprile 1993, in *Dir. e Giur.*, 1993, 551; con nota di GIMMELLI, *ibid.*

⁴² Cass., 15 dicembre 1987, n. 9301, in *Arch. civ.*, 1988, 417.

⁴³ Cass., 27 febbraio 1963, n. 482, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, 1474.

⁴⁴ Cass., 13 giugno 1959, n. 1807, cit.

3. La dichiarazione di nomina

La dichiarazione di nomina è un atto negoziale unilaterale⁴⁵, mediante il quale lo stipulante indica il diverso soggetto che acquisterà i diritti e assumerà gli obblighi nascenti dal contratto, con effetto retroattivo.

Tale dichiarazione si configura come atto recettizio, che deve essere comunicato all'altra parte nel termine di tre giorni dalla stipulazione del contratto (termine legale). Il termine di tre giorni previsto dall'art. 1402 c.c. («Termine e modalità della dichiarazione di nomina»), è dispositivo e le parti rimangono libere di pattuirne uno più lungo (termine convenzionale), che è tuttavia irrilevante ai fini fiscali⁴⁶. È stata, ad esempio, ritenuta valida la pattuizione che aveva previsto la possibilità di esercitare la facoltà di nomina dell'acquirente del bene promesso in vendita fino al momento della stipula dell'atto pubblico di vendita di cui nel preliminare era già stata indicata la data⁴⁷. Si tratta di un termine di decadenza, non rilevabile d'ufficio dal giudice⁴⁸.

Il diverso termine previsto dalle parti deve essere «certus an et quando», e preciso, tale da non far sorgere alcun dubbio che l'adempimento prescritto dalla legge avvenga in un determinato numero di giorni a decorrere dalla stipulazione del contratto oppure a scadenza fissa o in altro modo sicuramente determinato», pena l'inidoneità della clausola a sostituire quello legale⁴⁹. La tempestività della nomina, entro il termine legale o convenzionale, è condizione della sua efficacia.

⁴⁵ Cass., 29 aprile 1993, n. 5073, in *Riv. giur. edil.*, 1994, I, 40.

⁴⁶ Il rispetto del termine di tre giorni è imprescindibile affinché, ai fini fiscali, il contratto per persona da nominare sia considerato come un'unica operazione. In particolare ai sensi dell'art. 32 («Dichiarazione di nomina»), d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 (t.u. delle disposizioni concernenti l'imposta del registro): «1. La dichiarazione di nomina della persona, per la quale un atto è stato in tutto o in parte stipulato, è soggetta all'imposta in misura fissa a condizione che la relativa facoltà derivi dalla legge ovvero derivi da espressa riserva contenuta nell'atto cui la dichiarazione si riferisce e sia esercitata, entro tre giorni dalla data dell'atto, mediante atto pubblico ovvero mediante scrittura privata autenticata o presentata per la registrazione entro il termine stesso. Se la dichiarazione di nomina viene fatta nello stesso atto o contratto che contiene la riserva non è dovuta alcuna imposta. In ogni altro caso, nonché quando la dichiarazione di nomina non è conforme alla riserva o è fatta a favore di altro partecipante alla gara, è dovuta l'imposta stabilita per l'atto cui si riferisce la dichiarazione».

⁴⁷ Trib. Firenze, 12 dicembre 2002, inedita.

⁴⁸ Cass., 5 giugno 1984, n. 3401, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce «Contratto in genere», n. 213.

⁴⁹ Cass., 26 maggio 2000, n. 6952, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce «Contratto in genere», n. 441, e in *Fall.*, 2001, 311. Tuttavia, è stato ritenuto ammissibile che le parti di un contratto preliminare per persona da nominare si limitino a prevedere che la nomina possa essere effettuata in sede di stipulazione del contratto definitivo, senza fissare, per quest'ultima, una data precisa: Cass., 12 aprile 1999, n. 3576, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Contratto in genere», n. 500.

L'efficacia della dichiarazione di nomina è subordinata alla sussistenza di altri due requisiti:

a) ai sensi dell'art. 1403 c.c. («Forme e pubblicità») essa deve rivestire la stessa forma che i contraenti hanno usata per il contratto, in quanto parte integrante dell'accordo contrattuale stesso, anche se non prescritta dalla legge;

b) deve essere accompagnata dall'accettazione della persona nominata, a meno che non esista una procura anteriore al contratto (art. 1402, 2° co., c.c.), in virtù del principio generale secondo il quale nessuna modificazione può avvenire nella sfera giuridica di un soggetto senza il suo consenso.

L'assenso del nominato potrà quindi essere espresso in una procura, in un mandato o in un altro negozio che preventivamente autorizzi alla stipulazione del contratto, oppure in un successivo negozio di approvazione. Tale «accettazione» è pacificamente ricondotta dalla dottrina alla figura della ratifica.

La sopra citata norma sancisce l'inefficacia della nomina se questa non è «accompagnata» dall'accettazione del nominato. Tuttavia, quest'ultima è reputata tempestiva se comunicata al promittente entro il termine stabilito per la dichiarazione di nomina⁵⁰. Oltre tale termine il rapporto si consolida in capo allo stipulante; appare pertanto esclusa l'equiparazione con la situazione di pendenza relativa al contratto stipulato dal *falsus procurator*.

Circa i requisiti di forma, la previsione *sub a)* secondo cui la dichiarazione di nomina, così come l'accettazione del terzo, devono rivestire la stessa forma del contratto, «non va intesa nel senso che debbano necessariamente essere consacrate in una formale dichiarazione diretta all'altro contraente, essendo sufficiente che a costui pervenga una comunicazione scritta indicante la chiara volontà di designazione del terzo, in capo al quale deve concludersi il contratto, e la sua accettazione»⁵¹.

L'invalidità della forma non comporta la nullità dell'intero contratto, ma un'«inefficacia relativa», nel senso che gli effetti del contratto si consolideranno in capo ai contraenti originari⁵².

È questione controversa se anche la comunicazione della dichiarazione di nomina (distinta, in ipotesi, dalla dichiarazione stessa), non-

⁵⁰ Cass., 23 marzo 1982, n. 1847, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce «Contratto in genere», n. 212.

⁵¹ Cass., 29 novembre 2001, n. 15164, in *Notariato*, 2002, 245, con nota di RUFFINI; e in *Contratti*, 2002, 761, con nota di ZAPPALÀ.

⁵² Un discorso a parte va fatto per le offerte all'incanto per persona da nominare, per le quali sono appositamente dettate regole formali dal codice di rito, art. 583 c.p.c.

⁵³ Cass., 14 febbraio 1992, n. 1823, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2811, con nota di GIAMMARIA.

ché la comunicazione dell'accettazione, debbano rivestire la medesima forma, eventualmente prescritta per il contratto⁵³. Il 2° co. dell'art. 1403 c.c. specifica che la dichiarazione di nomina soggiace allo stesso regime di pubblicità del contratto al quale inerisce. Se il regime è quello della trascrizione, occorrerà quindi trascrivere l'atto di nomina. La nomina trascritta dopo la scadenza del termine è inopponibile al terzo avente causa dallo stipulante che abbia trascritto anteriormente il proprio atto di acquisto.

Si discute pure se la dichiarazione di nomina possa contenere termini per l'accettazione o condizioni, destinate ad avverarsi entro il termine di nomina. Così come non è pacifico se essa possa essere parziale.

Unico soggetto legittimato ad effettuare l'*electio* è colui che si è riservato la facoltà di nomina, mentre fra l'altro contraente e l'eligendo non si instaura nessun tipo di rapporto fino al momento in cui il primo non abbia notizia della dichiarazione di nomina⁵⁴. La Corte di Cassazione ha in più occasioni ribadito che il terzo non può opporre allo stipulante, al fine di divenire *electus*, l'eventuale ulteriore patto intercorso fra sé medesimo e l'originario contraente⁵⁵.

Ove il potere di nomina sia giustificato da una precedente procura del terzo, quest'ultimo non può agire come mandante per ottenere l'esecuzione in forma specifica della nomina ex art. 2932 c.c., ma ha soltanto il diritto di ottenere il risarcimento dei danni⁵⁶.

Circa la questione della trasmissibilità o meno del potere di nomina, la riserva è trasmissibile sia *mortis causa* sia per atto *inter vivos*, in virtù di una cessione del contratto, ad esclusione del caso in cui la cessione abbia ad oggetto il solo potere di effettuare la dichiarazione di nomina, indipendentemente dal regolamento contrattuale cui inerisce.

La letteratura giuridica è divisa fra coloro i quali sostengono che, in pendenza del termine per la nomina, l'incertezza soggettiva determini l'ineidoneità del contratto a produrre effetti giuridici⁵⁷, e chi reputa la loro immediata produzione, coerentemente con i precedenti storici dell'istituto, con l'intento programmatico dei contraenti e con la funzione circolatoria del contratto⁵⁸. Non mancano poi soluzioni di compromesso.

⁵³ Secondo Cass., 14 febbraio 1992, n. 1823, cit., l'accettazione «può risultare anche dall'atto introduttivo del giudizio promosso dal terzo nei confronti dell'altro contraente». Nello stesso senso, da ultimo, Cass., 4 novembre 2004, n. 21140, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1214.

⁵⁴ Cass., 14 giugno 1985, n. 3575, in *Mass. Foro it.*, 1985.

⁵⁵ Cass., 2 febbraio 1994, n. 1023, in *Foro it.*, 1995, I, 2241; e in *Contratti*, 1994, 260, con nota di RADICE.

⁵⁶ Per Cass., 13 febbraio 1981, n. 891, in *Foro it.*, 1981, I, 1615, con nota di SFORZA, è invece possibile per il promittente chiedere l'attuazione del trasferimento del bene in favore del nominato, nel giudizio ex art. 2932 c.c.

⁵⁷ Cfr. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 283 ss.

⁵⁸ ENRIETTI, *op. cit.*, 671 ss.; VISALLI, *Contratto per persona da nominare è preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 386 ss.

La giurisprudenza offre, invece, un dato unitario nel valutare il contratto per persona da nominare valido ed efficace anche prima della dichiarazione di nomina, non essendovi incertezza giuridica circa le parti contraenti ed essendo già determinati tutti gli elementi oggettivi. Lo stesso richiamo testuale al momento della «conclusione» dell'accordo, sembra suggerire l'inquadramento della clausola nel contesto di un'operazione negoziale compiutamente esaurita. Il dubbio cade, infatti, non sull'esistenza di una delle parti, ma «sulla circostanza se alla persona del contraente originario debba sostituirsi, o meno, altra persona»⁵⁹, pertanto l'efficacia immediata dell'accordo rappresenta «un principio che non può essere derogato dalle parti, riflettendo esigenze di carattere generale che trascendono quelle, particolari, di cui esse sono portatrici»⁶⁰.

L'immediata efficacia traslativa del contratto comporta l'ingresso del bene nel patrimonio dello stipulante. I creditori possono quindi compiere atti conservativi ed esecutivi, ma il soddisfacimento del loro diritto rimane subordinato al consolidamento del contratto in capo allo stipulante. Prima dell'*electio amici* è pertanto da escludere l'esperibilità dell'azione surrogatoria, non rinvenendosi il necessario interesse dei creditori. In seguito alla nomina, lo stipulante perde poi ogni titolarità del rapporto, mentre nell'ipotesi di mancata *electio* non ricorre il necessario requisito dell'omesso esercizio di un diritto nei confronti di terzi, richiesto dall'art. 2900 c.c. In quest'ultimo caso, infatti, si realizza o un mero atto di esercizio (sia pure negativo) di un potere discrezionale, e dunque di un diritto potestativo⁶¹, oppure il mero inadempimento di un obbligo di nomina⁶², a seconda dell'adesione all'una o all'altra ipotesi ricostruttiva.

Anche il ricorso all'azione revocatoria, in presenza di una valida nomina, va negato sia perché non si è in presenza di un vero atto di disposizione, ma di una mera *omissio adquirendi*, sia perché l'effetto retroattivo della dichiarazione di nomina fa venir meno il presupposto dell'azione⁶³.

⁵⁹ Cass., 23 luglio 1994, n. 6885, cit. In senso contrario qualche pronuncia di merito (Trib. Napoli, 17 novembre 1968, in *Dir. e Giur.*, 1970, 649; Trib. Napoli, 17 febbraio 1969, in *Giur. merito*, 1969, I, 473).

⁶⁰ Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, cit., 114.

⁶¹ VISINTINI, *op. cit.*, 351.

⁶² Cass., 10 maggio 1976, n. 1644, cit., 1845.

⁶³ Trib. Salerno, 13 aprile 1993, cit. Ma in talune pronunce l'azione viene ammessa a condizione che lo stipulante abbia parzialmente eseguito la prestazione dedotta in contratto, come nell'ipotesi in cui «il prezzo è stato pagato in tutto o in parte» (App. Torino, 24 gennaio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 180).

4. (Segue): riserva di nomina e contrattazione preliminare

L'esame dell'applicazione pratica dello schema del contratto per persona da nominare mostra come esso trovi il suo terreno più fecondo in materia di compravendita immobiliare, al cui interno assume sempre maggiore rilevanza la fase preparatoria.

L'uso del preliminare per persona da nominare consente una sorta di anticipazione degli effetti obbligatori, in specie dell'obbligazione di pagamento del prezzo, rispetto al verificarsi dell'effetto traslativo, ed è conveniente soprattutto perché la circolazione del bene immobile viene sottratta ai trasferimenti intermedi e alla registrazione nonché, conseguentemente, all'imposizione fiscale (dovuta, peraltro, in misura fissa e non proporzionale ai sensi dell'art. 5 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131). Si persegue così il fine di «bloccare l'affare» ad un determinato prezzo per poi trovare il soggetto cui «girare» l'affare medesimo (eventualmente speculando sulla differenza fra il prezzo pattuito e pagato al promittente e quello che sarà concordato con la persona che verrà nominata). Inoltre, la maggior tutela conseguente alla possibilità di trascrizione del preliminare avente ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2643 c.c., concessa dall'art. 2645 bis c.c., si estende al terzo nominato, esplicando a suo vantaggio l'efficacia prenotativa, a condizione che contenga la menzione della clausola di riserva e che l'*electio* sia intervenuta entro il termine prescritto per l'esecuzione della trascrizione prenotata.

Una volta ammessa in via generale la compatibilità della riserva di nomina con la contrattazione preliminare⁶⁴, la giurisprudenza ha individuato varie combinazioni che hanno una diversa incidenza sulla regolamentazione dello schema preliminare-riserva di nomina⁶⁵.

Nel caso di fallimento dei soggetti coinvolti, al promittente e al nominato sono applicabili i principi dettati in materia dalla legge fallimentare, mentre per lo stipulante la citata pronuncia del Trib. Milano, 18 settembre 1989, ha stabilito che «non è soggetto a revoca il contratto per persona da nominare, stipulato dall'imprenditore di poi fallito (...), quando a tale stipula faccia seguito l'ingresso nel contratto del soggetto designato».

⁶⁴ Si rinvia a quanto premesso nel par. 1.

Si sono occupati in particolare del tema: PATTI, *Contratto preliminare per persona da nominare*, in *Riv. not.*, 2001, 1341 ss.; VISALLI, *op. cit.*, 386 ss.; PALAZZO, *Contratto a favore di terzo e per persona da nominare*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 177 ss.; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare per soggetto da nominare*, in *Nuova giur. comm.*, II, 1989, 427 ss.

⁶⁵ A partire da Cass., 13 febbraio 1981, n. 891; cit. Tale pluralità di configurazioni giuridiche va riferita al «contenuto effettivo della volontà dei contraenti, che l'interprete deve ricercare in concreto»: così Cass., 25 settembre 2002, n. 13923; in *Rep. Foro it.*, 2002, voce «Contratto in genere», n. 438, e in *Dir. e Giust.*, 2002, 39, 25, con nota di GENNA.

- a) un preliminare per persona da nominare;
- b) un preliminare a definitivo per persona da nominare;
- c) un preliminare con consenso preventivo alla sua cessione;
- d) un preliminare con consenso preventivo alla cessione del definitivo;
- e) un preliminare a favore di terzo da designare;
- f) un preliminare a definitivo a favore di terzo da designare.

Le ipotesi *sub c)* e *d)* sono invero riconducibili alla figura della cessione del contratto *ex art. 1406 ss. c.c.*, determinando il subentrare del terzo al posto del contraente originario (cedente) *ex nunc*, con la conseguenza che il cedente resta titolare del rapporto contrattuale nel periodo che va dalla stipula del contratto alla cessione (a differenza dell'*electio amici*, la quale produce il verificarsi degli effetti negoziali nei confronti del nominato in via immediata e diretta, con effetto *ex tunc*⁶⁶). I casi *sub e)* e *f)* sono invece ricompresi nell'ambito del contratto a favore di terzi (art. 1411 c.c.), soggettivamente ristretto ai contraenti originari. In particolare, la differenza tra una stipulazione «per sé o per persona da nominare» e una «a favore di terzo» sta nella diversa posizione assunta dal terzo: con la prima clausola il terzo designato diviene parte in senso sostanziale del rapporto, estromettendo lo stipulante; con la seconda il terzo, acquisisce soltanto il diritto alla prestazione dovuta dal promittente, pur rimanendo lo stipulante parte del negozio (c.d. efficacia soggettiva esterna del contratto a favore di terzo)⁶⁷.

Si tratta pertanto di esaminare le prime due ipotesi descritte. La distinzione è stata messa in discussione dalla dottrina, ma rilevata da tempo dalla giurisprudenza⁶⁸. Nel caso *sub a)* di preliminare stipulato direttamente per persona da nominare, l'interesse tutelato consiste nel porre l'alternativa del soggetto con il quale ci si obbliga a concludere il contratto definitivo; nella figura *sub b)* si ammette l'alternativa al fine dell'individuazione del soggetto intestatario del bene da trasferire⁶⁹.

La classificazione non è priva di rilievi pratici: nel primo caso il termine per la nomina decorrerà dalla stipula del preliminare e potrà essere ampliato dalle parti rispetto a quello previsto dal codice, facendolo ad esempio coincidere, come spesso avviene nella pratica, con la scadenza prevista per la conclusione del definitivo⁷⁰, precisandosi che la designazione è tempestiva anche se comunicata alla controparte con la notifica della domanda giudiziale proposta ai sensi dell'art. 2932

⁶⁶ Si veda in proposito il par. successivo.

⁶⁷ Cass., 7 marzo 2002, n. 3328, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce «Contratto in genere», n. 439.

⁶⁸ Cass., Sez. Un., 8 novembre 1983, n. 6587, cit., alla quale la giurisprudenza successiva si è tendenzialmente uniformata.

⁶⁹ Trib. Roma, 26 luglio 2005, inedita.

⁷⁰ Cass., 2 febbraio 1994, n. 1023, cit., 2241.

c.c.⁷¹; nel secondo, il termine per effettuare l'*electio amici* decorrerà dalla stipula del contratto definitivo, a nulla rilevando le vicende del rapporto preliminare.

Con riguardo al termine si segnala un'originale ma isolata ricostruzione, secondo la quale, nel caso di preliminare di vendita, in cui il promissario si sia riservato la facoltà di nominare un'altra persona come acquirente in sede di stipulazione di contratto definitivo, è da escludersi la qualificazione di contratto preliminare per persona da nominare, ma è invece configurabile un contratto preliminare a favore di terzo⁷². Questo in virtù della facoltà di designazione concessa al promissario, da esercitarsi solo al momento della conclusione del definitivo, e dell'attribuzione al terzo del diritto, e non anche dell'obbligo, alla stipulazione del contratto definitivo nei confronti del promittente.

Quanto ai **requisiti di forma**, la giurisprudenza di merito afferma che, nell'ipotesi di preliminare di compravendita immobiliare nel quale si preveda la facoltà del promissario acquirente di effettuare l'*electio amici* sino al giorno della stipula del definitivo, «affinché si possa ottenere in giudizio pronuncia di trasferimento *ex art. 2932 c.c.* direttamente a favore del terzo, occorre che l'*electio* e l'eventuale procura anteriore rivestano *ad substantiam* la forma scritta (art. 1350, n. 1 e 1392 in relazione all'art. 1403)», non essendo sufficiente il potere di rappresentanza di natura processuale, né risultando la nomina contenuta «nell'atto di citazione, che va ricondotto alla parte in senso sostanziale»⁷³.

Sul piano processuale la differenza si riflette sulla legittimazione ad agire per ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il definitivo⁷⁴. Nel **preliminare per persona da nominare** è il terzo, validamente nominato, il soggetto legittimato (come contraente *ab origine* del preliminare) a proporre l'azione *ex art. 2932 c.c.* nei confronti del promittente. Quest'ultimo può, a sua volta, pretendere dall'elitto il pagamento del corrispettivo dovuto per il trasferimento del bene (ove il prezzo non sia stato anticipatamente pagato dallo stipulante). Nel **preliminare diretto alla conclusione di un contratto definitivo per persona da nominare** legittimato ad agire sarà esclusivamente il contraente originario del preliminare, in quanto *eligendus* acquisterà il diritto all'adempimento del definitivo ma non del preliminare.

⁷¹ Cass., 29 novembre 2001, n. 15164, cit. Cfr. in proposito ZUCCARO, *La clausola «per sé o per persona da nominare» e contratto preliminare*, in *Giur. it.*, 2002, 7, 1403.

⁷² App. Cagliari, 6 giugno 1997, in *Riv. giur. sarda*, 1998, 46.

⁷³ Trib. Napoli, 9 marzo 1988, in *Vita notar.*, 1989, 417, con nota di CATANESE.

⁷⁴ Cass., 13 gennaio 1971, n. 41, in *Foro it.*, 1971, I, 605; App. Napoli, 27 ottobre 1975, in *Giur. merito*, 1977, 1087.

5. Effetti della dichiarazione di nomina

Secondo l'art. 1404 c.c. («Effetti della dichiarazione di nomina») in seguito alla nomina effettuata dal soggetto legittimato o altrimenti accettata dal terzo, quest'ultimo acquista la posizione di parte sostanziale del contratto «con effetto dal momento in cui questo fu stipulato». Attraverso l'esercizio del potere di nomina si determina, quindi, un'immissione retroattiva del soggetto nominato nella titolarità degli effetti del rapporto, in via definitiva.

La regola si riflette in modo significativo sul piano pratico.

In primo luogo, l'acquisto di un diritto di proprietà o altro diritto reale o personale di godimento retroagisce al momento della stipulazione. Il nominato avrà pertanto diritto alla consegna della cosa, accresciuta dai frutti e dai proventi che essa ha prodotto, e gravata dalle spese e dagli oneri che hanno interessato il bene nell'arco di tempo intercorrente fra la conclusione del contratto ed il perfezionarsi dell'*electio amici*.

L'effetto retroattivo della nomina comporta poi che l'acquisto del designato prevarrà sugli atti esecutivi dei creditori dello stipulante, se «la riserva di nomina è stata loro resa opponibile»⁷⁶.

Un'ulteriore conseguenza è che non sono fatti salvi i diritti eventualmente acquistati dai terzi dal promittente nel periodo di pendenza del periodo di nomina, a differenza di quanto avviene in materia di rappresentanza con la ratifica (secondo il disposto dell'art. 1399, 2° co., c.c.).

È inoltre pacifica l'applicabilità dell'art. 1461 c.c., che consente la sospensione della prestazione se il contraente *in bonis* ha motivo di temere il mancato conseguimento della prestazione del soggetto designato, in seguito ad un mutamento nelle sue condizioni patrimoniali.

Il problema che si è posto in proposito è quello dell'opponibilità dell'eccezione dilatoria già al momento della nomina del terzo o addirittura in un momento anteriore alla sua formalizzazione. La Corte di Cassazione ha risolto in modo affermativo la questione. Nel caso di specie si trattava di un contratto preliminare, con il quale una parte contraente si riservava di designare un terzo, la cui nomina era tuttavia subordinata alla condizione che il soggetto indicato fosse una società costituita dagli stessi promissari acquirenti. In concreto la società da nominare si era rivelata diversa, con ridotte disponibilità patrimoniali e con un limitato capitale sociale. A giudizio della Corte, «se è vero che l'ingresso del contraente nominato rappresenta una circostanza espressamente prevista nel contratto, e non un evento sopravvenuto e imprevedibile, nondimeno il contraente nominato in concreto, per le sue qualità personali, può configurarsi come circostanza tale da porre in pericolo il

⁷⁶ Trib. Napoli, 15 settembre 1972, in *Dir. fall.*, 1972, II, 856.

conseguimento della controprestazione, giustificando pertanto il ricorso alla sospensione dell'esecuzione della prestazione dovuta *ex art. 1461 c.c.*⁷⁶.

Infine, la retroattività comporta in capo al nominato la legittimazione a promuovere le azioni di impugnazione del contratto per i vizi da cui esso sia eventualmente affetto⁷⁷, anche se si discute se la relativa prescrizione decorra dal momento della stipulazione del contratto ovvero dalla dichiarazione di nomina, in osservanza a quanto stabilito dall'art. 2935 c.c.

In analogia con quanto disposto per la cessione del contratto, si ritiene comunque che lo stipulante debba garantire al terzo la validità del contratto, e non anche la solvenza del promittente.

Visto che il contratto fra il promittente e il nominato è il medesimo di quello fra promittente e stipulante⁷⁸, ne consegue che alla persona nominata potranno opporsi tutte le eccezioni da esso derivanti. Il promittente non potrà invece opporre all'eletto le eccezioni fondate sul rapporto con lo stipulante.

6. Effetti della mancata o tardiva dichiarazione di nomina

Lo stipulante può rinunciare alla facoltà di scelta, sia in modo espresso, ad esempio nominando sé stesso quale «parte definitiva del contratto»⁷⁹, sia tenendo un comportamento incompatibile con la volontà di nominare un terzo, come nel caso di alienazione del bene acquisito con il contratto originario. Può, inoltre, lasciar decorrere il termine, convenzionale o legale, senza procedere alla nomina, oppure può nominare il terzo, ma con una dichiarazione invalida.

Se la dichiarazione di nomina non è fatta validamente, *ex art. 1405 c.c.* («Effetti della mancata dichiarazione di nomina») «il contratto produce effetti fra i contraenti originari». Ai fini della regola in esame alla nomina invalida (o intempestiva) è equiparata la mancanza di nomina⁸⁰.

⁷⁶ Cass., 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Contratto in genere», n. 554.

⁷⁷ Cass., 10 ottobre 2002, n. 14460, in *Mass. Foro it.*, 2002, 1780.

⁷⁸ Cass., 8 aprile 1981, n. 1998, cit.

⁷⁹ Cass., 29 settembre 2000, n. 12965, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce «Contratto in genere», n. 532. La Corte in questa recente pronuncia ha sottolineato che la dichiarazione di nomina, prevista e disciplinata dall'art. 1402 c.c., «non richiede formule sacramentali».

⁸⁰ Trib. Napoli, 27 maggio 2005, inedita.

Se pertanto scade il termine senza che la nomina sia stata effettuata validamente, il contratto si consolida in capo allo stipulante⁸¹, e questo non solo nel caso in cui oggetto del contratto risulti una prestazione indivisibile, ma anche quando la stessa risulti frazionabile in più parti e con riferimento ad una pluralità di soggetti. Ne consegue che, prendendo in considerazione una delle ipotesi in pratica più rilevanti, «in presenza di un contratto di opzione di acquisto di quote di una S.r.l. che conferisca ad una parte la potestà di accettare anche per persona da nominare la proposta di vendita irrevocabilmente formulata dalla controparte, il momento del definitivo effetto traslativo è segnato dall'accettazione dello stipulante, mentre l'inefficacia della contestuale *electio amici* (per difetto di adesione o di pregressa valida procura dell'electo) comporta, al pari della mancanza di nomina del terzo, il definitivo consolidarsi dell'iniziale posizione negoziale dello stipulante nella sua globale consistenza»⁸².

L'atto di nomina è invalido se sussistono cause di annullamento del procedimento di nomina, quali la presenza di vizi della volontà, oppure nel caso di nomina intervenuta oltre il termine convenzionale o legale o per vizi di forma.

La dichiarazione invalida non interrompe il decorso del termine e lo stipulante può reiterare la nomina se il termine non è ancora scaduto, in quanto esso è previsto a pena di decadenza e non è pertanto interrotto né sospeso dall'esercizio della nomina (invalida); secondo il disposto dell'art. 2964 c.c. «sempre che il contratto non sia stato perfezionato».

La dichiarazione tardiva di nomina nel contratto per persona da nominare, comportando la conclusione del contratto fra le parti originarie, può dar luogo ad una cessione del contratto a favore del contraente tardivamente nominato, qualora ne ricorrano i presupposti⁸³.

Dal punto di vista formale, l'imperatività delle regole in materia implica l'invalidità dei singoli atti del procedimento (dichiarazione di nomina e/o adesione dell'*electus*), anche se l'altra parte, con un contegno omissivo, non ha contestato la mancata adozione della forma dovuta⁸⁴.

L'invalidità o la tardività della dichiarazione di nomina può essere fatta valere soltanto dai contraenti originari o dal beneficiario, ma non da un terzo estraneo, ancorché interessato. In concreto la giurisprudenza ha affrontato il problema della legittimazione a far valere l'invalidità o l'intempestività della nomina, nel caso di più preliminari di vendita stipulati dallo stesso promittente con due diversi promissari. La Suprema Corte ha ritenuto che, in tale ipotesi, l'invalidità o l'intempestività della nomina «può essere sollevata solo nell'ambito dei

⁸¹ App. Milano, 29 aprile 1983, in *Arch. civ.*, 1983, 887.

⁸² Cass., 10 novembre 1998, n. 11296, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1717, con nota di VIDALI.

⁸³ Cass., 20 dicembre 1972, n. 3644, in *Giur. it.*, 1975, I, 775, con nota di TARTAGLIANI.

⁸⁴ Cass., 18 gennaio 1984, n. 422, in *Mass. Foro it.*, 1984, 111.

rapporti che legano il promittente, il promissario ed il terzo nominato; ma non può essere in nessun caso dedotta da un terzo estraneo, il quale non potrebbe derivarne effetti a lui favorevoli, neppure quando vanti a sua volta sulla base di un autonomo rapporto intercorso con il medesimo promittente e concernente il medesimo bene, la qualità di promissario»⁸⁵.

7. Distinzione dell'istituto da altre figure contrattuali

Nel corso del presente capitolo abbiamo più volte accennato ai profili di tangenza fra il contratto per persona da nominare, il contratto a favore di terzo e la cessione del contratto.

Si tratta ora di esaminare le differenze tra queste figure contrattuali, alla luce delle principali distinzioni evidenziate dalla giurisprudenza nel corso degli anni⁸⁶.

Nel contratto per persona da nominare così come nel contratto a favore di terzo si palesa uno schema caratterizzato dalla presenza di un'apposita pattuizione (la riserva di nomina del contraente o la stipulazione in favore altrui) e nell'assenza di un duplice trasferimento di diritti, perché sia l'eletto sia il terzo acquistano in forza del contratto. Ma tali somiglianze non intaccano certo le profonde differenze, strutturali e funzionali, fra le due fattispecie.

Anzitutto nel contratto a favore di terzo il beneficiario non è parte al momento della conclusione della stipulazione e nemmeno lo diventerà dopo aver dichiarato di volere approfittare della prestazione a suo vantaggio⁸⁷. Nel contratto di cui agli artt. 1401 ss. c.c. invece, il terzo designato diviene parte sostanziale del contratto, assumendone quindi anche gli obblighi che ne derivano⁸⁸.

Inoltre il contratto per persona da nominare differisce da quello a favore di terzo perché mentre nel primo la nomina del terzo è solo eventuale, rappresentando essa, come abbiamo visto, l'esercizio di una facoltà della parte che tale nomina si è riservata e che può pertanto anche non esercitare, con la conseguenza che, in caso di nomina manca-

⁸⁵ Cass., 14 febbraio 1992, n. 1823, cit.

⁸⁶ In dottrina, tra gli altri, cfr.: GISOLFI, *Preliminare per persona da nominare: osservazioni in tema di contratto per persona da nominare, cessione del contratto e contratto a favore di terzo*, in *Riv. not.*, 2003, 5, 1241 ss.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1998, 169 e 211; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati: promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991, *passim*; PALAZZO, op. cit., 177 ss.

⁸⁷ Cass., 9 dicembre 1997, n. 12447, in *Rep. Foro it.*, 1997; voce «Contratto in genere», n. 466; Cass., 25 gennaio 1999, n. 667, in *Guida dir.*, 1999, 13, 68.

⁸⁸ A partire da Cass., 26 maggio 1954, n. 1686, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1179.

ta, invalida o intempestiva, il contratto produce i suoi effetti tra i contraenti originari; nel secondo, al contrario, la stipulazione a favore del terzo deve essere necessariamente prevista nel contratto e produrrà i suoi effetti nei confronti del terzo (salvo che non intervengano la revoca della stipulazione o il rifiuto del terzo di profittarne). Da ciò si deduce che il terzo nel contratto previsto dall'art. 1411 c.c. «deve essere sempre determinato o determinabile»⁸⁹.

In particolare, la differenza tra le due figure contrattuali permane anche nel caso in cui la prestazione del terzo sia stata prevista in via alternativa o eventuale, poiché nel contratto per persona da nominare l'alternatività incide sull'identificazione di uno dei soggetti contraenti, laddove nel contratto a favore di terzo «l'alternativa ha una portata più limitata, giacché si riferisce soltanto alla persona che può ricevere la prestazione»⁹⁰.

A tutto questo si aggiunge in dottrina che — a differenza di quanto stabilito dall'art. 1402, comma 2, c.c., circa la dichiarazione di nomina — secondo l'art. 1411, 2° co., c.c., il terzo acquista il diritto «per effetto della stipulazione», cioè a prescindere dalla sua accettazione.

Ma il più netto criterio distintivo tra le due fattispecie è certamente quello che si rileva sul piano causale: ai sensi dell'art. 1411 c.c., infatti, è richiesta per la validità del contratto a favore di terzo un requisito assente nella disciplina della figura del contratto per persona da nominare, e cioè «l'interesse dello stipulante».

Per quanto riguarda invece la distinzione con la cessione del contratto, la giurisprudenza, benché accomuni, dal punto vista del risultato economico, il contratto per persona da nominare ed il contratto con preventivo assenso alla sostituzione della controparte (art. 1407, 1° co., c.c.) nella medesima categoria delle «fattispecie contrattuali che danno luogo alla indeterminatezza subiettiva di una delle parti del rapporto»⁹¹, ne ha poi sottolineato le differenze sul piano operativo.

È opportuno prendere ad esempio la fattispecie, di cui si discute con una certa frequenza in sede contenziosa, del contratto preliminare di compravendita di un bene immobile. Qualora questo contratto contenga una clausola che preveda «che il promissario acquirente acquisti per sé o per persona da nominare», si ritiene infatti che questa possa comportare la configurabilità sia della cessione del contratto, disciplinata dagli artt. 1406 ss. c.c., con il preventivo consenso della cessione a

⁸⁹ Cass., 18 luglio 2002, n. 10403, in *Soc.*, 2002, 1513, con nota di SALAFIA. Nella specie la Corte ha qualificato come contratto per persona da nominare il preliminare di vendita di quote societarie in cui i promissari acquirenti dichiaravano di acquistare per sé o eventualmente per società da indicare nell'atto definitivo di compravendita.

⁹⁰ Cass., 13 giugno 1959, n. 1807, cit.

⁹¹ A partire da Cass., 13 gennaio 1971, n. 41, in *Foro it.*, 1971, I, 609.

norma dell'art. 1407 c.c., sia del contratto per persona da nominare di cui all'art. 1401 c.c. E ciò vale non solo in riferimento al contratto preliminare, ma anche a quello definitivo. Secondo la più recente giurisprudenza «tale pluralità di configurazioni giuridiche va pertanto riferita al contenuto effettivo della volontà delle parti contraenti, che l'interprete deve ricercare in concreto»⁹².

Naturalmente il risultato interpretativo si rifletterà sul piano della disciplina del regolamento contrattuale e sul conseguente piano effettuale. In particolare, mentre il cessionario subentra *ex nunc* nei rapporti derivanti dal contratto, dei quali resta titolare il cedente dal momento della stipulazione fino alla cessione, la persona nominata, come già precedentemente osservato, acquista *ex tunc* i diritti e gli obblighi contrattuali.

Dal punto di vista causale la diversità tra le due figure risulta ancora più marcata: infatti all'unicità della causa, propria del contratto per persona da nominare, si contrappone nella cessione del contratto, così come nella contrattazione a favore di terzo, la sua duplicità (che si riscontra nella sequenza contratto originario-cessione, retta dall'addizione, alla causa iniziale, di quella del successivo contratto, che avrà la causa che di volta in volta giustifica l'operazione economica)⁹³.

D'altra parte in caso di riserva di nomina sono altresì assenti le reciproche garanzie dovute tra cedente e ceduto e tra questi e il cessionario. Infine, sul piano ricostruttivo, il contratto di cui all'art. 1406 c.c. può essere ceduto solo se le prestazioni non sono state ancora eseguite⁹⁴.

⁹² Cass., 25 settembre 2002, n. 13923, cit.

⁹³ CARAVAGLIOS, *op. cit.*, 153.

⁹⁴ Dal punto di vista strutturale ci si limita a richiamare l'opinione più diffusa nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza, la quale attribuisce natura costitutiva al consenso del contraente ceduto e, di conseguenza, struttura trilaterale alla cessione del contratto. *Contra* la dottrina più risalente, cfr. in particolare CICALA, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 1969, 177 ss.