

NUMERO 3 - 2021

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

IVAN LIBERO NOCERA

Il contratto "a danno del terzo": identificazione come categoria unitaria e necessità di una tutela effettiva

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	440
IVAN LIBERO NOCERA	
<i>Il contratto “a danno del terzo”: identificazione come categoria unitaria e necessità di una tutela effettiva.</i>	443
MAURO PENNASILICO	
<i>Emergenza e ambiente nell’epoca pandemica. Verso un diritto dello “sviluppo umano ed ecologico”</i>	495
ROBERTO AMAGLIANI	
<i>Le procedure familiari nel sistema del codice della crisi di impresa e della insolvenza: rilievi critici</i>	531
CIRO ESPOSITO	
<i>Lo statuto delle società in crisi e l’esilio della neutralità organizzativa</i>	563
MARIO NATALE	
<i>Estinzione anticipata del credito ai consumatori, retrocedibilità dei costi e logica in apnea</i>	669

Il contratto “a danno del terzo”: identificazione come categoria unitaria e necessità di una tutela effettiva

Lo studio affronta il tema della possibile riconduzione ad unità di varie fattispecie di contratto a danno del terzo muovendo dal principio di relatività e dal confronto con il contratto in frode al terzo. Circoscritto l'ambito definitorio e applicativo della categoria, viene verificato il profilo rimediale per contemperare la certezza dei traffici giuridici e la effettiva tutela del danneggiato.

The paper addresses the possible collective consideration of various contractual cases involving damages to a third party, commencing with the principle of relativity and by comparison with contract cases of fraud against a third party. The definition and application of the category being established, the remedies provided for by law are verified in order to balance the certainty of the legal transactions with the effective protection of the damaged party.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il declino del principio di relatività del contratto. – 3. La classificazione degli effetti del contratto sul terzo. – 4. I possibili effetti giuridici sfavorevoli in capo al terzo. – 5. Figure estranee alla categoria in esame. – 6. Contratto “a danno del terzo” e contratto “in frode al terzo”. – 7. (*Segue*): fattispecie esemplificative della differenza tra contratto “a danno” e “in frode”. – 8. Quale rimedio per il contratto a danno del terzo? – 9. Un possibile approdo: la responsabilità extracontrattuale da contratto. – 10. Comporre il conflitto: la necessità di un giudizio *ex post* tra gli interessi giuridici contrapposti. – 11. Uno scenario rimediabile alternativo alla luce del sistema di responsabilità civile. – 12. Conclusioni.

1. - Premessa.

Questo contributo si propone di verificare se il contratto a danno del terzo rappresenti una categoria unificante, indagando quali rimedi possa disporre il soggetto pregiudicato dal contratto medesimo ¹.

La riflessione muoverà dal principio di relatività degli effetti, accolto generalmente nei principali ordinamenti europei (*effet relatif des conventions, Relativität des Schuldverhältnisses, privity of contract*) ², che rappresenta un limite all'autonomia privata e al contempo una garanzia per il soggetto la cui sfera giuridica non può di norma essere modificata da atti negoziali

¹ Valga rammentare G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 84, ove l'autore si sofferma sulla necessità di individuare, di volta in volta, il c.d. “giusto rimedio” a fronte dell'illiceità per contrarietà a norma imperativa.

² In proposito, si v. J. CARBONNIER, *Droit civil*, II, Parigi, 2004, n. 2124, il quale afferma che «*le contrat n'a pas d'effet absolu, n'a pas force obligatoire à l'égard de tout le monde (erga omnes), mais seulement dans les relations de chaque partie avec l'autre*». Similmente F. TERRÉ-P. SIMLER-Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Parigi, 2005, 32, sottolinea che «*La volonté des uns ne saurait entraver la liberté des autres. Si chaque homme est le meilleur juge de ses intérêts, il ne l'est pas de ceux d'autrui*». Nell'ordinamento tedesco, invece, il principio di relatività si deduce da una serie di norme del BGB, per cui il rapporto obbligatorio nasce da “un contratto fra gli interessati” («*ein Vertrag zwischen den Beteiligten*», § 311, Abs. 1, BGB) (si v. in proposito C. GRÜNEBERG, *Versprechen der Leistung an einen Dritten*, in Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch*, Monaco, 2011, 545 e A. SOMMA, *L'esperienza tedesca*, in G. ALPA-A. FUSARO (a cura di) *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000, 107. Nell'ordinamento inglese la *doctrine of privity* viene fatta risalire al caso *Tweddle v. Atkinson* ((1861), 1 B. & S. 393), in cui si è affermato che la «*consideration must move from the party entitled to sue upon the contract*». Si v., in proposito, i riferimenti giurisprudenziali contenuti in G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, Londra, 2003, 588. Anteriormente l'ordinamento anglosassone non conosceva il principio di relatività contrattuale, assegnando tutela al terzo beneficiario della promessa qualora dimostrasse l'esistenza di una valida *consideration* per la promessa. Si v. in proposito le considerazioni di L. VAGNI, *Il contratto a favore di terzi nella comparazione “common law - civil law”*: dallo “*ius commune*” al diritto privato europeo.

altrui³. Si cercherà poi di ricostruire sistematicamente le varie ipotesi di contratto a danno del terzo per individuarne i tratti comuni.

La figura del contratto a danno del terzo – abbastanza negletta dalla dottrina e ancor più dalla giurisprudenza, in ragione della sua eterogeneità e del perimetro non sempre perspicuo⁴ – assomma in sé fattispecie di diverso segno: dalla violazione della prelazione alla doppia alienazione immobiliare, al contratto “a valle” in esecuzione di un’intesa anticoncorrenziale, al contratto di finanziamento che integri, da parte della banca, l’illecito civile dell’abusiva concessione del credito, al negozio con cui l’usufruttuario concede in locazione il bene oggetto del proprio diritto.

Il tentativo di sistematizzazione non è, tuttavia, inedito. Già agli albori del secolo scorso, in relazione agli accordi di non concorrenza fra compagnie di assicurazione con cui queste si obbligavano a non assumere gli altrui ispettori senza il nulla osta della società di provenienza, Angelo Sraffa ricorreva all’espressione “contratto a danno di terzi” per esprimere il fine che i contraenti si prefiggevano. Invero, il giurista pisano ipotizzava l’esistenza di tale contratto come fonte di responsabilità extracontrattuale *ex art. 1151* dell’allora vigente codice civile, in quanto l’intesa fra le compagnie assicurative interferiva con il preesistente contratto di lavoro stipulato dai singoli ispettori con la società di appartenenza⁵.

³ In questo senso si v. le lucide riflessioni di M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in L. VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, IV Congresso Internazionale ARISTEC, Roma 13-16 settembre 1999, Torino, 2000, 150, e di V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000, 529, il quale sostiene che se il principio di relatività non valesse e se conseguentemente «il contratto fra A e B potesse produrre effetti vincolanti sul terzo X (non partecipe di quell’accordo), X si troverebbe a subire lesioni o comunque intrusioni nella propria sfera giuridica, senza avervi consentito; e per contro si darebbe ad A e B il potere d’incidere la sfera altrui, a prescindere dal consenso di chi viene inciso: esattamente ciò che il principio dell’accordo, in nome del valore dell’autonomia, vuole evitare».

⁴ Solo di recente gli si è dedicata una riflessione specifica: si fa riferimento ai contributi di G. SALITO, *Considerazioni in tema di contratto in danno di terzi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1444, e di B. TROISI, *Appunti sul contratto a danno di terzi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 727 (ora in *Id.*, *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, Napoli, 2008, 269 nonché al lavoro monografico di R. MANCO, *Negozi in danno dei terzi e circolazione dei beni*, Napoli, 2016.

⁵ Si v. A. SRAFFA, *Contratti a danno di terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, 453, al quale rispose S. PEROZZI, *Ancora sui contratti a danno di terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, 64, che, criticando la configurabilità del contratto a danno di terzi sulla base del ritenuto prevalente interesse alla tutela della libera concorrenza e della libertà contrattuale, suggeriva come esempio alternativo all’intesa tra compagnie assicurative alla base della riflessione di Sraffa, l’impegno

Lo sforzo di unificare le diverse fattispecie è funzionale – quale utile proiezione applicativa – a individuare una tutela per il soggetto terzo che, in contrasto con il richiamato principio di relatività, subisce un'intromissione *in peius* nella propria sfera giuridica.

Tali riflessioni sottendono la questione del paradigma contrattuale non più inteso come dato anaelastico, ma quale fenomeno mobile che riflette un aumento vertiginoso della complessità sociale e ordinamentale ⁶.

2. - Il declino del principio di relatività del contratto.

La possibilità giuridica che un contratto produca effetti favorevoli o sfavorevoli nei confronti dei terzi costituisce l'approdo di una lunga evoluzione che «trasforma una cittadella, arroccata sul colmo di una montagna, in una sorta di giungla estesa di fattispecie e di questioni, che quella cittadella non solo hanno assediato e conquistato, ma ormai completamente travolto senza peraltro cancellarla del tutto» ⁷.

L'antico adagio romanistico "*res inter alios acta alii nec nocet nec prodest*", dal quale si è dedotto il principio secondo il quale un contratto non possa essere fonte di diritti per chi non ne sia parte ⁸, trovava già in epoca

patriottico delle signore di Trieste di non assumere come domestiche ragazze slave senza il consenso delle altre partecipanti all'accordo, domandandosi se la domestica slava non assunta potesse chiedere il risarcimento del danno alle signore che avessero negato il nullatosta. Su tale figura contrattuale si v., altresì, A. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917, 212; L. LORDI, *Contratto a danno di terzi e danno recato da terzi ad un contraente*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, II, 481; M. FERRARA SANTAMARIA, *Introduzione allo studio dei contratti a danno dei terzi*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, 94. Dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice sulla tematica si v. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1946, 446 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto in generale*, in *Trattato Grosso e Santoro Passarelli*, IV, 2, Napoli, 1966, 200.

⁶ In proposito, osserva puntualmente V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria, manifestazione, astrazione, inefficacia*, Milano, 1998, 33, che «nella realtà pratica ed empirica, ma anche in quella giuridica, non esiste il "negozio", ma i "negozi", ossia una infinità varietà e diversità di tipi e figure, ciascuna contraddistinta da un proprio regime e da un corrispondente quadro di effetti a seconda della dimensione soggettiva e della misura oggettiva degli interessi perseguiti».

⁷ Così G. ALPA-A. FUSARO, *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, in G. Alpa-M.-U. Morello (collana diretta da), *Problemi di diritto comparato*, Milano, 2000, 6. Sull'evoluzione storica del principio di relatività degli effetti negoziali si v. L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, 5; Id., *Il contratto a favore di terzi*, artt. 1411-1413, in *Cod. Civ. Comm.*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 1997, 2.

⁸ Il principio per cui gli effetti di ogni rapporto obbligatorio contrattuale dovessero ridondare unicamente sui contraenti si giustificava alla luce del rigido formalismo connotante la

giustiniana eccezione nell'ipotesi in cui le parti contraenti avessero voluto che un terzo, in conseguenza del contratto, potesse esigere l'adempimento di una prestazione a suo favore, vale a dire allorché la «*res inter alios ad hoc acta fuerit, ut tertio prosit*»⁹. Tale isolata deroga al principio *alteri stipulari nemo potest*¹⁰, in seguito alla mitigazione del formalismo e della personalizzazione del vincolo, individuava il suo fondamento giuridico nel rispetto della volontà delle parti secondo la regola «*contractus legem ex conventionem accipiunt*»¹¹.

L'adesione al paradigma giusnaturalista di Domat¹² e di Pothier¹³ (il quale riconosceva quale eccezione al tralaticio principio romanistico solo quella della *donatio sub modo*) aveva comportato che il *Code Napoléon*, nel formulare gli artt. 1119, 1121 e 1165, avesse scolpito un principio di relatività degli effetti del contratto che vietava qualsivoglia stipulazione a favore del terzo, considerando quanto meno indifferenti eventuali effetti nocivi a

stipulatio contrattuale in epoca arcaica che prendeva vita dalla solennità delle parole e, pertanto, poteva avvenire solo alla presenza contemporanea delle parti, non concependosi che i suoi effetti potessero estendersi al di là della sfera giuridica dei contraenti medesimi: *inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur* (così il giureconsulto Paolo in l. 83 *pr. Dig. de verb. obl.* 45, 1). Il riconoscimento di contratti a favore di terzi era inoltre impedito dalla ritenuta assenza di un interesse dello stipulante, meritevole di tutela giuridica, all'adempimento della promessa a favore del terzo. Si v. sul punto *Dig. XLV, 1, 38, 17 Ulpianus ad sabinum*, in *Digesto*, a cura di G. VIGNALI, VI, Napoli, 1859, 139.

⁹ Invero, nella l. 8 *Cod. de donat. quae sub modo* espressamente si dice doversi dare al terzo un'azione *iuxta donatoris voluntatem*, mentre la l. 9 *Cod. de loc. et cond.*, nello stabilire la limitazione al principio che di regola il compratore non è tenuto a rispettare la locazione conclusa dal precedente proprietario, soggiunge *nisi ea lege emit*, e inoltre il § 13 *Inst. de inutil. stipul.* nell'ammettere la validità delle stipulazioni a favore dei propri eredi, ne adduce la ragione che *ex consensu contrahentium stipulationes valent*.

¹⁰ Si v. ancora *Dig. pit.*, XLV, 1, 38, 17. Si v. in proposito altresì G. DONADIO, *Contratti a favore di terzi*, in *Nss. D.L.*, XVI, Torino, 1938, 2.

¹¹ Si v. le considerazioni di C.A. CANNATA, *Profili romanistici*, in L. VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, IV Congresso Internazionale ARISTEC, Roma 13-16 settembre 1999, Torino, 2000, 35.

¹² In proposito, valga evidenziare le ampie riflessioni di R. CALVO, nella sua *Introduzione al Trattato delle leggi* da lui stesso tradotto: «Sovrasta in Domat la convinzione che in ogni specie di rapporto obbligatorio l'interesse particolare non debba mai ledere o sacrificare quello generale, perché ciò altrimenti mortificherebbe il bene-supremo. Siffatto bene è invece preservato quando le azioni umane sono intonate dal diapason – già *illo tempore* scosso dai *tria iuris praecepta* ulpianei – del vivere onestamente, del rendere a ciascuno il suo, del non cagionare pregiudizio ai terzi, e del rispettare la sincerità e la fedeltà nelle relazioni interpersonali».

¹³ La dottrina di Pothier, pur poggiandosi sugli approdi romanistici, tentò di mitigare il rigore del principio dell'efficacia *inter partes* del contratto sia estendendo il concetto di interesse sia ricorrendo alla gestione d'affari per giustificare l'ipotesi di stipulazioni a favore di terzi.

loro danno¹⁴. Ciò in ossequio alla concezione volontaristica del “*consentement*” per cui il terzo non poteva essere vincolato da una volontà contrattuale alla cui formazione non ha partecipato¹⁵.

Tuttavia, il rigore del principio che vietava di *stipulari alteri* – messo in discussione già dai canonisti¹⁶ e dai naturalisti olandesi¹⁷ anche se perdurante nella sua assolutezza fino all’ABGB del 1811¹⁸ – era nel *Code* temperato dall’espressa eccezione costituita dalla “*stipulation pour autrui*” di cui all’art. 1121¹⁹.

La combinazione di tradizione romanistica e pensiero giusnaturalista tra-

¹⁴ Tra i codici preunitari mentre quello albertino e quello borbonico riproducevano quasi letteralmente gli artt. 1119 e 1121 del *Code Napoléon* (il codice albertino agli artt. 1206 e 1208, il codice delle Due Sicilie agli artt. 1073 e 1075), giova evidenziare come il codice parmense prevedesse all’art. 1094, sotto la rubrica Del consenso, che «è valida la stipulazione da vantaggio di un terzo, ogniqualvolta lo stipulante vi abbia interesse. È valida egualmente quando essa costituisca il modo o la condizione sia di una stipulazione che si fa per sé stesso, sia di una donazione che si fa ad altri: colui che ha fatta questa stipulazione non può più revocarla se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare». Si v. in proposito le riflessioni di G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, Padova, 1933, *passim*.

¹⁵ In tal senso R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, I, Parigi, 1768, 70.

¹⁶ Riconoscendo un’implicazione etica cristiana al principio per cui bisogna mantenere la parola data, i canonisti reputavano che qualora un soggetto si obbligava a beneficiare un terzo, il promittente era vincolato all’adempimento nei confronti del terzo in forza di un’obbligazione naturale ovvero un nudo patto che, a differenza dei patti provvisti di *vestmentum*, se adempiuti producevano solamente la *soluti retentio*, vale a dire l’effetto tipico della *naturalis obligatio*. Si v. in proposito P. FEDELE, *Considerazioni sull’efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in *Annali della Regia Università di Macerata*, XV, Padova, 1937, 115, secondo il quale, tuttavia, l’obbligatorietà dei nudi patti in diritto canonico non era il «frutto dell’efficacia creatrice del consenso», bensì della preoccupazione della Chiesa di reprimere il peccato in cui sarebbe caduto il promissario inadempiente.

¹⁷ In particolare, Ugo Grozio aveva evidenziato la conformità al diritto naturale del contratto a favore di terzo: si v. H. GROTIJ, *De jure belli ac pacis libri tres*, Amsterdam, 1701, 360 (lib. II, cap. 11, § 18, n. 1) in cui si legge: «*Si mihi facta est promissio, ommissa inspectione an mea privatim intersit, quam introduxit jus Romanum, naturaliter videtur mihi acceptanti jus dari efficeindi, ut ad alterum jus perveniat, si et acceptet: ita ut medio tempore a promissore promissio revocari non possit; sed evo, cui facta est promissio, eam possim remittere. Nam is sensus juri naturae non repugnat, et verbis talis promissoris maxime congruit; neque nihil mea interest si per me alter beneficium acquirat*». In proposito si rinvia alle lucide riflessioni di R. VOLANTE, *Alteri stipulari*, Firenze, 1993, 34 e P. CARLINI, voce *Contratto e patto nel diritto medievale e moderno*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 77.

¹⁸ Il § 881 dell’ABGB del 1811 nella traduzione per il Lombardo-Veneto (disponibile all’indirizzo antropologiajuridica.it/abgb.pdf) prevedeva che «Eccettuati i casi determinati dalla legge, niuno può fare od accettare per altri una promessa. Se però alcuno ha promesso di adoperarsi presso un terzo, od ha persino garantito la riuscita, dovrà soddisfare all’obbligazione a misura della sua promessa». In tale codice, i «casi determinati dalla legge» erano circoscritti unicamente alla rappresentanza e all’assicurazione sulla vita.

¹⁹ Si v. sul punto M. DASSIO, *L’esperienza francese*, in G. ALPA-A. FUSARO (a cura di) *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000, 95.

sfusa nell'art. 1165 del *Code* era trasmessa, pressoché letteralmente, all'art. 1130 del codice Pisanelli del 1865. La breccia al principio di relatività degli effetti del contratto era, tuttavia, vieppiù ampliata atteso che all'enunciazione del principio dell'efficacia dei contratti *inter partes* seguiva la specificazione che “essi non pregiudicano né giovano ai terzi, fuorché nei casi stabiliti dalla legge”, rinviando ad una ampia pluralità di fattispecie costituenti eccezione al principio di relatività degli effetti negoziali. Tra questi casi era compreso quello previsto dall'art. 1128 relativo alla stipulazione a favore di terzi, intendendosi per tali tutti coloro che, non assumendo la qualità di contraenti, non hanno creato alcun vincolo, neppure avendo agito in nome di altri²⁰. Benché il codice del 1865 con l'inciso finale dell'art. 1130 (“fuorché nei casi stabiliti dalla legge”) consentisse la propalazione degli effetti sui terzi nei casi tipici espressamente contemplati, la formulazione letterale in senso negativo “il contratto non produce effetti rispetto ai terzi” riduceva a regola eccezionale la possibilità di attribuire direttamente a terzi diritti ed obblighi²¹.

Non era espressamente contemplata tra le eccezioni all'invalidità del contratto a favore di terzi l'ipotesi in cui il promissario avesse un proprio interesse a beneficiare il terzo. I formanti dottrinario e giurisprudenziale – sulla scia degli approdi cui era giunta la *Cour de Cassation* transalpina²² – ammettevano, tuttavia, la deroga al divieto di contrarre a favore di terzi in presenza di un interesse del promissario, anche solo morale, a che la prestazione fosse adempiuta al terzo, con il conseguente riconoscimento di tutela al beneficiario²³.

²⁰ Imprescindibile sul punto il riferimento a F. MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 198.

²¹ Per un'ampia panoramica si v. I. FERRANTI, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano, 2005, *passim*; G. GANDOLFI, *Il contratto a favore di terzi nel “codice europeo dei contratti”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 993.

²² L'*arrêt de principe* del 16 gennaio 1888 in materia di contratto di assicurazione sosteneva che la sussistenza di un interesse, anche non patrimoniale, del promissario ad avvantaggiare il terzo valeva a superare il divieto di *stipulare alteri*: «*Que d'une part, le profit de l'assurance peut, dans certains éventualités, revenir au stipulant, et que, d'ailleurs, le profit moral résultant des avantages fait aux personnes désignées, suffit pour constituer un intérêt personnel dans le contrat; que d'autre part, le stipulant s'engage a verser à la Compagnie d'assurance des primes annuelles, detelle sorte qu'à quelque point de vue qu'o se place il est impossible de soutenir que le stipulant ne stipule pas pur lui-même, et que par suite, l'article 1121 n'est pas applicable*».

²³ Si v. in proposito A. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, cit., 106, e L. BARASSI, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, Milano, 1934, 333. In giurisprudenza si v. Cass.

Il riferimento ai testi del *corpus iuris*, da un lato, e il carattere eminentemente consuetudinario della tradizione germanistica, dall'altro, consentiva ai giuristi tedeschi maggiore libertà nelle elaborazioni della scuola storica e della pandettistica²⁴: si spiega così l'esplicito riconoscimento del contratto a favore di terzi nel BGB al § 328²⁵, a prescindere dalla sussistenza di un interesse del promissario all'adempimento della prestazione al terzo, in forza della concezione volontaristica per cui la volontà dei privati ben poteva esprimersi nel senso di produrre effetti nei confronti del terzo, indipendentemente dalla sua accettazione²⁶.

Sotto l'influenza della dogmatica tedesca il codice civile del 1942 ribadì la valenza dell'interesse del promissario quale requisito per la validità del contratto a favore di terzi (art. 1411 c.c.), confermando come il codice fosse opera «della scuola italiana, ormai stanca del modello francese, e impaziente di tradurre il proprio metodo nel testo legislativo»²⁷.

L'art. 1372 c.c. apparentemente replicava il principio di relatività degli effetti del contratto già scolpito nell'art. 1130 del codice Pisanelli. Nondimeno, la formulazione del comma 2, superando il richiamo all'inidoneità del contratto a “giovare” o a “nuocere” ai terzi, ammetteva che il contratto possa interessare i terzi, comportando una modifica dello *status quo ante*, fermo restando che un contratto perfezionato tra determinate parti non

Torino, 8 settembre 1892, in *Foro it.*, 1882, I, 1127. Per un'ampia ricognizione si rinvia a C. FADDA-E.A. PORRO-RAIMONDI-A. VEDANI, (a cura di), *Prima raccolta completa della Giurisprudenza sul Codice Civile*, vol. V, Anni 1866-1915, Milano 1919, 288.

²⁴ Sul punto si rinvia alle lucide riflessioni di N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 2002, 163.

²⁵ Il paragrafo 328 del BGB prevede: «Per contratto si può provocare una prestazione a un terzo, con l'effetto che il terzo acquista direttamente il diritto di pretendere la prestazione. In mancanza di una disposizione specifica si deve ricavare dalle circostanze, in particolare dallo scopo del contratto, se il terzo debba acquistare il diritto, se il diritto del terzo debba sorgere subito o solo in presenza di determinati presupposti e se deve essere riservata ai contraenti la facoltà di estinguere o modificare il diritto del terzo senza il suo consenso». Questa traduzione è quella che si legge nel codice civile tedesco tradotto a cura di S. PATTI, Milano 2005. Al paragrafo 333 del BGB si stabilisce che il terzo ha, comunque, la facoltà di rifiutare l'acquisto del diritto, in modo tale da bilanciare la sua mancata partecipazione alla vicenda contrattuale che lo interessa.

²⁶ Vedasi in proposito O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Monaco, 1985, § 328, 1, b): «*War der VertrSchl ein Akt der Fürsorge für den Dr od ist aus sonst Grden ausschließl im Interesse des Dr. Kontrahiert worden, kann idR ein Nerwerb bejaht w. Eine entspr Vermutg besteht aber nicht*».

²⁷ Così, N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, cit., 95.

possa vincolarne altre, se non in forza di un consenso da queste ultime prestato.

Pertanto, il nostro codice tutela l'interesse del terzo beneficiario all'adempimento di un contratto stipulato *inter alios* solo se sussiste uno specifico interesse dello stipulante a contrarre a favore del terzo. L'interesse dello stipulante – locuzione “sibillina”²⁸ – è espressione generica che non v'è ragione di interpretare restrittivamente intendendola come limitata all'interesse di far acquisire al terzo la prestazione²⁹. Dalla lettera della norma codicistica di cui all'art. 1411 c.c., invero, l'interesse dello stipulante non rappresenta né la ragione sostanziale né la giustificazione causale dell'attribuzione del diritto al terzo, ma si dissolve nella volontà di trasferire il diritto al terzo comprovata dalla stessa stipulazione. Come osservato dalla Corte di Cassazione, l'esistenza di un interesse dello stipulante è dimostrata dal mero fatto della stipulazione, essendo superflua ogni indagine volta a rintracciare un più specifico interesse³⁰.

3. - La classificazione degli effetti del contratto sul terzo.

Si è appena descritto come nel diritto continentale il procedimento di progressiva erosione del divieto di *alteri stipulari* sia approdato dal contenuto dell'art. 1121 del *Code Napoléon* al § 328 del BGB fino all'art. 1411 del nostro codice. Di conseguenza, accanto alla regola formale, secondo cui il contratto è improduttivo di effetti nei confronti di terzi, si è sviluppata –

²⁸ Così R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto a favore di terzo*, in *Tratt. Rescigno*, X, *Obbligazioni e contratti*, 2, Torino, 1995, 456.

²⁹ L'interpretazione della disposizione è stata dibattuta in dottrina, a fronte tuttavia di un utilizzo quasi esclusivamente declamatorio della formula da parte della giurisprudenza. Come è stato opportunamente osservato da L. BOZZI, *Del contratto a favore di terzi*, in E. NAVARRETTA-A. ORISTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, artt. 1387-1424, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, 2012, 310, «non si intende negare che (la volontà del)l'attribuzione al terzo deve essere giustificata e che l'operazione negoziale nel suo complesso deve corrispondere ad un criterio di razionalità, ma solo dubitare dell'“efficienza” dell'interesse dello stipulante – che si identifica, in ultima analisi, con la volontà stessa di stipulare in favore del terzo – a costituire (unico o principale) strumento in tal senso».

³⁰ Così, Cass., 9 aprile 2014, n. 8272, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 978. Nello stesso senso vedasi le osservazioni su tale profilo di F. ANGELONI, *Contratto a favore di terzo*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2004, *sub art. 1411 c.c.*, 86; O.T. SCOZZAFAVA, voce *Contratto a favore di terzi*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 6.

come anticipato – una «giungla estesa di fattispecie e di questioni»³¹ che si pongono come eccezioni al principio di relatività contrattuale, il quale perde quindi carattere ordinante.

Invero, benché la sfera giuridica del terzo non possa essere intaccata dall'accordo negoziale, la modifica dello *status quo ante* che consegue al contratto non è sempre indifferente per il terzo, anzi la sfera giuridica di quest'ultimo è sovente permeabile rispetto a plurime interferenze derivanti dall'obbligazione negoziale che avvince le parti, la cui autonomia privata è idonea a produrre effetti sui terzi.

In proposito, la distinzione bettiana³² tra effetti diretti ed effetti riflessi è figlia dell'insegnamento di Jhering, il quale isola, rispetto alle classiche eccezioni ammesse al principio di relatività (in cui le parti intendono far sì che conseguenza immediata e diretta del contratto sia l'acquisto di un diritto da parte del terzo) l'ipotesi in cui il terzo, sebbene non incluso tra i destinatari degli effetti contrattuali, possa ricevere da questi un riverbero favorevole o sfavorevole³³. Si tratta, dunque, di effetti prodotti nella sfera di soggetti diversi dai contraenti al di fuori del perimetro del regolamento d'interessi negoziale e non deducibili direttamente dall'atto di autonomia privata, benché pur sempre ricollegabili all'atto contrattuale. Basti pensare al diritto alla provvigione che sorge dalla semplice circostanza dell'avvenuta conclusione di un affare per effetto dell'intervento del mediatore (art. 1755 c.c.) o a tutte le fattispecie di subingresso coattivo nella posizione contrattuale che si verifica in conseguenza di un diverso negozio in grado di incidere sull'assetto soggettivo del rapporto contrattuale³⁴: a mo' di esempio, l'alienazione della proprietà della cosa locata (art. 1599 c.c.) o

³¹ In tal senso, G. ALPA-A. FUSARO (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, cit., 5, e nello stesso senso, A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi*, in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., 337.

³² In proposito, si v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 258.

³³ In tal senso, R. VON JHERING, *Die Reflexwirkungen rechtlicher Thatsachen auf Dritte Personen*, in *Jahrbucher für die Dogmatik des heut. Rom und deutsch. Privatrechts*, X, 1871, 245; ed ID., *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nächstbenachteiligten*, in *Jahrbucher für die Dogmatik des heut. Rom und deutsch. Privatrechts*, 1863, 81. Nell'ambito dottrinale italiano si rinvia alle considerazioni di F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milano, 1972, 11, e di A. GIOVENE, *Dell'efficacia del negozio giuridico rispetto ai terzi*, Napoli, 1911.

³⁴ Sul punto si v. le lucide riflessioni di M. PALADINI, *Il subingresso coattivo nel rapporto contrattuale*, Pisa, 2019, *passim*.

concessa in comodato; l’alienazione della proprietà della *res* assicurata (art. 1918 c.c.); il trasferimento d’azienda (art. 2558 c.c.; art. 36 l. 27 luglio 1978, n. 392).

Ulteriori ipotesi di effetti non ricollegabili direttamente all’atto negoziale sono quelle che si realizzano allorché un contratto diventa opponibile in modo da rendere inefficace un altro contratto (ad esempio doppia cessione di un diritto personale di godimento o doppia cessione di crediti ovvero, più in generale, i casi in cui si realizza un conflitto tra titoli attributivi di diritti)³⁵.

A tal proposito, un’autorevole posizione dottrinale riduce il principio della relatività alla sola efficacia diretta del contratto, distinguendo nell’ambito dell’efficacia riflessa del negozio tra rilevanza esterna ed opponibilità del contratto nei confronti di terzi che vantano posizioni giuridiche in conflitto con una delle parti³⁶. La rilevanza esterna, in particolare, si manifesta, oltre che nella tutela *erga omnes* di diritti che scaturiscono dal contratto (quale, ad esempio, la vendita di un bene che impone a tutti di rispettare la titolarità del diritto di proprietà in capo all’acquirente), anche quando determinate posizioni giuridiche che sorgono dal contratto vengono assunte come presupposto per pretese o obblighi al di fuori del rapporto negoziale (si pensi, ad esempio, al diritto di prelazione che origina da un contratto di compravendita).

Mutata la prospettiva, volgendo dall’idea del negozio giuridico come atto volontaristico produttivo di effetti, a quella che vede il contratto come atto o come fatto giuridico idoneo a produrre effetti nei confronti di soggetti estranei indipendentemente dalla volontà dei contraenti, è possibile distinguere tra: effetti esterni dei contratti traslativi o costitutivi di diritti; effetti esterni di contratti attributivi di diritti opponibili ai terzi (come, ad

³⁵ In ordine alla qualificazione degli effetti essenziali e diretti del contratto si rinvia alle approfondite considerazioni di P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell’individuazione normativa*, in *Dir. e giur.*, 1975, 826; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 619; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, sub art. 1372, 32.

³⁶ Si rinvia alle considerazioni di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, parte III, *Il contratto*, Milano, 1984, 534; G. ALPA-A. FUSARO, (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, cit., 15; F. ALCARO-L. BANDINELLI-M. PALAZZO, *Effetti del contratto*, in P. PERLINGIERI, (a cura di), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2011, 59; M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato dei contratti*, 1999, Torino, 1246.

esempio, nella vendita con patto di riscatto); effetti esterni dei contratti associativi con efficacia esterna; effetti esterni dei contratti suscettibili di tutela extracontrattuale (ad esempio, la doppia vendita immobiliare)³⁷.

Siffatta distinzione, tra contratto come realtà obbiettiva rilevante verso la generalità dei consociati e contratto come fonte produttiva di effetti nei confronti di soggetti estranei al rapporto, troverebbe un aggancio normativo proprio nell'art. 1372 c.c., che al comma 2 parla di "effetto" del contratto – con riferimento alle modificazioni delle situazioni soggettive che discendono direttamente dal regolamento negoziale – e alla rubrica usa il termine "efficacia", dotato di maggiore valenza espansiva³⁸.

Gli effetti prodotti nei confronti dei terzi, dunque, dipendono dai «criteri che di volta in volta il sistema reputa di assumere per la soluzione dei conflitti»³⁹, di talché nelle figure su richiamate il negozio assume rilievo non come atto, ma quale mero fatto giuridico cui la legge ricollega determinati effetti per finalità del tutto indipendenti dalla volontà delle parti e non ricollegabili ad un interesse espresso nell'accordo⁴⁰. Pertanto, le fattispecie di interferenze sfavorevoli nella sfera giuridica del terzo derivanti dall'altrui contrattazione «sanciscono l'effetto dannoso che da contratti il terzo riceve e deve subire»⁴¹.

³⁷ In questo senso, N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 728; F. ALCARO-M.L. BANDINELLI-M. PALAZZO, *Effetti del contratto*, cit., 59.

³⁸ Si v. in proposito la riflessione di G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, 54; Id., *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, in *Tratt. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, 5, Torino, 2002, 73.

³⁹ Così, in termini, ancora G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, cit., 55.

⁴⁰ Sul punto, A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 1994, 131, identificando gli effetti indiretti in quelli che derivano dalla «contemplazione dell'esistenza materiale del contratto» afferma che «l'incidenza di questi effetti sulla sfera giuridica di terzi non è il portato dell'esercizio dell'autonomia privata e, perciò, non può costituire violazione dei limiti propri della stessa». In proposito M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Cod. Civ. Comm.*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2013, 11, osserva che «quando si esaminano i profili della rilevanza esterna o della opponibilità del contratto, questo non vale come atto, bensì come fatto giuridico. Qui il punto è che, nei rapporti con i terzi, la legge considera quel contratto come dato di fatto da qualificare per collegargli effetti». Diversamente F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., 32 adotta la locuzione "effetti esterni del contratto".

⁴¹ In questo senso M. FERRARA SANTAMARIA, *I contratti a danno dei terzi*, Napoli, 1939, 12.

4. - I possibili effetti giuridici sfavorevoli in capo al terzo.

L'analisi dell'evoluzione del formante dottrinario sulla questione degli effetti del contratto conduce alla necessità di rivisitare il tralaticio principio di relatività degli effetti, anche alla luce della sempre maggiore ascesa del contratto come rapporto a scapito del contratto come atto, con la conseguenza di verificare in quali termini possa trovare cittadinanza, all'interno dell'ordinamento, una figura unitaria di contratto a danno del terzo.

È pregiudiziale a tale indagine l'approfondimento della nozione di “terzo”⁴² che si emancipa dalla definizione negativa di soggetto che non ha partecipato al contratto, esigendo una diversificazione a seconda della diversa posizione soggettiva assunta rispetto al contratto.

Osservando la figura del contratto a danno del terzo tramite la lente di un'analisi funzionale e non meramente strutturale del fatto giuridico si evidenzia che «se per partecipare alla struttura occorre essere portatori di un interesse rilevante secondo il diritto, il soggetto che non è parte del negozio (e che perciò prende il nome di “terzo”) può subire sia un beneficio che un danno dal negozio stesso»⁴³.

Giova osservare come il codice riconosca validità alla produzione di effetti sui terzi individuando due presupposti essenziali: che la stipulazione sia a favore del terzo e che sussista un interesse dello stipulante alla contrattazione⁴⁴. Le previsioni contenute nei commi 2 e 3 del 1411 c.c. – rispettivamente in tema di acquisto del diritto da parte del terzo e revoca della

⁴² In proposito si v. le considerazioni di E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 361; R. MANCO, *Negoziò in danno di terzi e circolazione dei beni*, cit., 14; A. BIZZARRO, *La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale*, Napoli, 2012, 53.

⁴³ In questi termini, P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali nel diritto civile*, Napoli, 2000, 101.

⁴⁴ Come è stato opportunamente sottolineato, «la soluzione innovativa introdotta dal legislatore del 1942 è quindi molteplice: innanzitutto, essa conclude un processo evolutivo iniziato nel codice napoleonico, generalizzando la possibilità, per l'autonomia privata, di produrre, con lo strumento contrattuale, effetti favorevoli diretti nella sfera giuridica di soggetti diversi dalle parti. Nello stesso tempo la stessa norma innovativa ribadisce e conferma l'immanenza su tutto il sistema del diritto dei contratti, e quindi anche sulla nuova figura generale del contratto a favore di terzi, del c.d. principio causalistico. In terzo luogo essa ridimensiona la portata, rispetto al nuova figura, di tale principio, espressamente consentendo che la giustificazione causale della attribuzione patrimoniale a favore del terzo possa risiedere anche in una posizione individuale di interesse di una sola delle parti del contratto – lo stipulante – restando in tal guisa estranea alla struttura della fattispecie e di

stipulazione o rifiuto del terzo – sono entrambe espressamente derogabili dalle parti. Del resto, il contratto a favore di terzo rappresenta una *figura iuris* duttile in quanto non invero una fattispecie tipica, dotata di propria autonomia causale, ma una clausola accessoria ad un contratto principale volta a prevedere effetti negoziali a favore di un terzo ⁴⁵.

Assumendo detta prospettiva di analisi, oltre alla dicotomia tra terzo estraneo al contratto e terzo estraneo al rapporto costituito, modificato o estinto ad opera del contratto (ad esempio la posizione del soggetto subentrante nel contratto in ipotesi di successione a titolo universale o a titolo particolare), giova operare una ulteriore differenziazione tra terzo indifferente agli effetti del negozio ma la cui posizione giuridica è compatibile con il regolamento negoziale (si pensi al titolare della *res aliena* oggetto di vendita o donazione di cosa altrui) e terzo la cui posizione giuridica è inconciliabile con gli effetti che scaturiscono dal negozio giuridico da altri stipulato ⁴⁶. In tale ultimo caso, attesa la sussistenza di un conflitto fra il contenuto del

conseguente al rapporto fra stipulante e promittente» (così L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, cit., 7).

⁴⁵ Si v. in proposito le acute considerazioni di M. PALADINI, *Il subingresso coattivo nel rapporto contrattuale*, cit., 36. Come infatti ha affermato G. GORLA, *Contratto a favore di terzo e nudo patto*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 589, il contratto a favore del terzo ha la causa del contratto c.d. principale cui accede, in quanto «non è una figura a sé, un tipo di contratto che si giustifichi di per sé agli occhi della legge; ma non è altro che un contratto, uno dei soliti contratti, in cui la prestazione, in tutto o in parte, è stipulata a favore del terzo», dunque «affinché dal contratto a favore di terzo nasca un diritto per il terzo questo contratto deve essere anzitutto un contratto (valido) tra le parti». Sulla stessa scia, utilizzando la distinzione tra fattispecie e contratto tipico, è stata ribadita la non configurabilità del contratto a favore di terzo quale contratto tipico osservandosi che «il contratto a favore di terzo è una fattispecie tipica, proprio in quanto esso è esplicitamente regolato dal diritto; altrettanto sicuro è però che la figura in esame non può essere considerata un contratto autonomo e diverso rispetto a quello cui accede il patto tendente a deviare gli effetti contrattuali a favore del terzo. Quest'ultimo patto è, infatti, inidoneo ad alterare la funzione tipica del negozio in cui è inserito, essendo la sua finalità quella di individuare il soggetto che dovrà beneficiare della prestazione. Il contratto a favore di terzo si caratterizza quindi, in quanto nel contenuto del negozio viene dalle parti inserita una clausola accessoria, diretta a deviare gli effetti negoziali a favore di un soggetto che non è parte» (così O.T. SCOZZAFAVA, *Contratto a favore di terzi*, cit., 1). Secondo A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXII, Milano, 1956, 56, la causa del contratto a favore altrui «si esaurisce nell'attribuzione del diritto al terzo».

⁴⁶ In proposito, M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, cit., 1246; A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Er. e dir. priv.*, 2000, 3 e, più recentemente, F. LONGOBUCCO, *Profili evolutivi del principio fraus omnia corrumpit tra «contratto in frode al terzo» e «contratto in danno di terzi»*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 721. Sul tema più in generale, si v. G. TESI, *Attività contrattuale e interessi del terzo: brevi riflessioni sull'attuale valenza del principio di relatività degli effetti del contratto*, in G. CONTE-S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, Mantova, 2017, 563.

negozio e la posizione del terzo, questi ne sarebbe chiaramente pregiudicato qualora nei suoi confronti si rendesse operativo il regolamento contrattuale.

L'ordinamento muove dalla premessa che il terzo è tenuto a rispettare il regolamento di interessi realizzato tramite il contratto, anche nell'ipotesi in cui sia portatore di un interesse di mero fatto per cui egli, pur non vantando alcun diritto soggettivo, non trae vantaggio dalla situazione dei paciscenti, potendo essere eventualmente destinatario unicamente delle conseguenze favorevoli in forza dell'art. 1411 c.c.⁴⁷.

Tuttavia, tale postulato derivante dallo schema delineato dagli artt. 1411-1413 c.c. è tutt'altro che inconfutabile se solo si effettua una scomposizione delle situazioni giuridico-soggettive passive che astrattamente possono discendere da un rapporto giuridico.

Invero, fermo restando che a carico del terzo beneficiario di un diritto dedotto in un contratto *inter alios* stipulato non possa gravare alcun obbligo di controprestazione del beneficio ricevuto, si evidenzia, in primo luogo, il potere dello stipulante di revoca o modifica della prestazione a favore del terzo (espressamente contemplata dallo stesso art. 1411, comma 2 e 3, c.c.) e la speculare situazione di soggezione di quest'ultimo, benché non possa subire alcuna alterazione patrimoniale fino a che non sia intervenuta la sua adesione⁴⁸.

Ancora, è possibile ravvisare un'ulteriore situazione giuridica soggettiva passiva in capo al terzo, qualificabile in termini di obbligazione, allorché sia gravato dall'adempimento di un *modus*⁴⁹. In questo caso, tuttavia, il

⁴⁷ Del resto, il principio della prevenzione della lesione patrimoniale ingiusta ribadisce che le ingerenze nella sfera altrui sono ammesse esclusivamente se dirette ad arricchirla ed a portare un incremento patrimoniale. In argomento R. SACCO, *Accordo e formazione bilaterale del contratto*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato Rescigno*, 10, *Obbligazioni e contratti*, II, Torino, 2002, 24. Sui rapporti tra l'art. 1372 c.c. e l'art. 1411 c.c. si v. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, 1979, 207.

⁴⁸ In tal senso si v. C.A. CAPO, *Il potere di revoca dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Roma, 1964, 39 e, più recentemente, O.T. SCOZZAFAVA, voce *Contratto a favore di terzi*, cit., 6; U. MAJELLO, *Contratto a favore del terzo*, nel *Dig., disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 244. *Contra* L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, cit., 186 e F. MESSINEO, voce *Contratto nei rapporti col terzo*, cit., 204, i quali negano che allo stipulante spetti anche un potere di modifica, reputando lo *ius variandi* un potere qualitativamente diverso rispetto a quello di revoca il cui esercizio comporterebbe una modifica unilaterale della sfera giuridica del terzo.

⁴⁹ In proposito si v. le considerazioni di U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore del terzo*, Napoli, 1962, 168. È oramai pacifico in dottrina che il *modus* dia luogo ad una

contratto deve essere stato stipulato al fine di attuare una donazione indiretta in favore del terzo, comunque nel rispetto del principio generale scolpito dagli artt. 671 e 793, comma 2, c.c., in forza del quale il destinatario di un atto di liberalità è tenuto all'adempimento del *modus* entro i limiti del valore dell'arricchimento ricevuto tramite l'attribuzione patrimoniale disposta in suo favore ⁵⁰.

Inoltre, la stipulazione a favore di terzo non è incompatibile con la previsione di un onere in capo al terzo beneficiario ⁵¹, il cui diritto può essere subordinato all'ottemperamento di un obbligo, l'inadempimento del quale comporterà l'effetto di non far entrare nel suo patrimonio il beneficio contemplato dal contratto a favore di terzo o di farlo venir meno ⁵². Pertanto, nell'ambito dello schema negoziale previsto dall'art. 1411 c.c., l'incidenza degli effetti del contratto sulla trama dei rapporti esterni è idonea a coinvolgere la posizione giuridica del terzo pur non direttamente destinatario degli effetti di esso, ben potendo il regolamento di interessi posto in essere dalle parti rivelarsi potenzialmente lesivo per un soggetto che non ha creato alcun vincolo né ha agito in nome di altri.

5. - Figure estranee alla categoria in esame.

Appurata la compatibilità con l'ordinamento della produzione di effetti sfavorevoli per il terzo originati da un contratto, l'interprete non può sottrarsi allo sforzo di ricostruire in senso unitario e autonomo la figura del contratto a danno del terzo, identificandone i tratti fondamentali alla luce di una sintetica analisi della prassi dalla quale prendere le mosse per il prosieguo dello studio della categoria.

Nondimeno, si tratta di un impegno ermeneutico che esige preliminar-

vera e propria obbligazione, come osservato da M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, 1951, 22 e 69; U. CARNEVALI, *Modo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 686.

⁵⁰ Sul punto vedasi A. MANIACI, *Il contratto a favore di terzi può comportare effetti sfavorevoli per il terzo?*, in *Contratti*, 2006, 1153.

⁵¹ Con riferimento al contratto di assicurazione ciò è riconosciuto già da A. GENOVESE, *Gli obblighi del terzo beneficiario nell'assicurazione vita*, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, 902, e da N. GASPERONI, *Apposizione di oneri al beneficio nel contratto a favore del terzo*, in *Ass.*, 1955, I, 39.

⁵² Si v. sul punto L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, cit., 116, e S. MAIORCA, *Il contratto. Profili della disciplina generale*, Torino, 1996, 364.

mente una specificazione in negativo della figura rispetto ad altre similari o assimilabili, in ossequio all’adagio poetico che descrive l’uomo come in grado di sapere solo quel che non è ⁵³.

Successivamente si tenterà di ricostruire la categoria del contratto a danno del terzo per mezzo di un procedimento induttivo di generalizzazione, verificando se previsioni normative eterogenee tra loro possano essere accomunate dalla medesima conseguenza giuridica ⁵⁴.

In primo luogo, non è certamente un contratto a danno del terzo il contratto “sul patrimonio del terzo” il cui presupposto è l’alienità del bene oggetto dell’accordo (vendita, donazione o ipoteca convenzionale di cosa altrui ⁵⁵). Tale fattispecie si realizza allorché le parti deducono nel contratto un bene che viene considerato come oggetto di un diritto altrui, o perché la circostanza viene espressamente dichiarata o in quanto essa è implicitamente presupposta. In tale ipotesi il terzo non riceve alcun pregiudizio in quanto l’adempimento del contratto è subordinato al suo consenso a cedere il bene al dante causa o a trasferirlo direttamente all’avente causa del negozio rispetto al quale è terzo.

Parimenti, del tutto estranea al contratto a danno del terzo è la figura del contratto “a carico del terzo”, altrimenti detto promessa del fatto altrui ai sensi dell’art. 1381 c.c. Invero, affinché si configuri tale istituto occorre, da un lato, che il terzo sia estraneo al contratto tra promittente e promissario e, dall’altro, che il terzo non sia già tenuto, in base a un diverso rapporto giuridico, a obbligarsi o ad eseguire il fatto promesso; per effetto della promessa del fatto o dell’obbligazione altrui, il terzo, dunque, si assume il rischio di un evento che non dipende dalla propria volontà. È evidente, pertanto, la differenza con il contratto a danno del terzo, atteso che nella figura di cui all’art. 1381 c.c. il promittente assume sia un’obbligazione di

⁵³ Il riferimento è ai versi 11-12 della prima poesia (10 luglio 1923) di Eugenio Montale dalla quale deriva il titolo “*Ossi di seppia*”: «Codesto solo oggi possiamo dirti, ciò che non siamo, ciò che non vogliamo».

⁵⁴ In proposito si rinvia alle approfondite riflessioni di teoria generale del diritto di V. VELLUZZI, *Alcune considerazioni su ragionamento analogico e diritto positivo*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1998, 217.

⁵⁵ Che è valida qualora, benché la *res* non appartenga al donante, questi assume, espressamente e formalmente nell’atto, l’obbligazione di procurare l’acquisto dal terzo al donatario, pertanto l’oggetto della donazione sarà l’obbligo di procurare al donatario il diritto sul bene (si v., Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068, in *Giur. it.*, 2016, 1081, con nota di C. CICERO).

facere, consistente nell'adoperarsi affinché il terzo tenga il comportamento promesso onde soddisfare l'interesse del promissario, sia un'obbligazione di *dare*, vale a dire di corresponsione dell'indennizzo, nell'ipotesi in cui, sebbene il promittente si sia adoperato, il terzo si rifiuti di obbligarsi o tenere il fatto promesso ⁵⁶.

Contrariamente, nel contratto a danno del terzo quest'ultimo non è indotto ad obbligarsi o a compiere il fatto promesso ma è gli è inibita la possibilità di eseguire un ulteriore negozio o di compiere un determinato atto di autonomia privata.

Continuando nell'opera di selezione della categoria del contratto a danno del terzo, seguendo il precetto scolastico *distingue frequenter* ⁵⁷, si evidenzia come in una recente fattispecie al centro di una pronuncia della Corte di Appello di Napoli, l'affittuario di un fondo, volendo far accertare il proprio diritto di prelazione e dichiarare la nullità del contratto preliminare stipulato dai proprietari, ne abbia dedotto la nullità «per violazione di norme imperative e comunque in quanto stipulato in violazione dell'art. 1344 c.c., ricorrendo gli estremi del contratto a danno del terzo, non meritevole di tutela, né altrimenti tollerabile in diritto» ⁵⁸.

In precedenza, un provvedimento del Tribunale di Varese ha esplicitamente ritenuto riconducibile alla categoria del contratto a danno del terzo la fattispecie in cui le parti abbiano stipulato una cessione di azienda in luogo di una cessione del contratto per superare la necessità del consenso

⁵⁶ Circa le conseguenze dell'inadempimento si rinvia a quanto affermato dalla Cass., 21 novembre 2014, n. 24853, in *Contratti*, 2015, 789, secondo la quale «qualora l'obbligazione di *'facere'* non venga adempiuta e l'inesecuzione sia imputabile al promittente, ovvero venga eseguita in violazione dei doveri di correttezza e buona fede, il promissario avrà a disposizione gli ordinari rimedi contro l'inadempimento, quali la risoluzione del contratto, l'eccezione di inadempimento, l'azione di adempimento e, qualora sussista il nesso di causalità tra inadempimento ed evento dannoso, il risarcimento del danno; qualora, invece, il promittente abbia adempiuto a tale obbligazione di *'facere'* e, ciononostante, il promissario non ottenga il risultato sperato a causa del rifiuto del terzo, diverrà attuale l'altra obbligazione di *'dare'*, in virtù della quale il promittente sarà tenuto a corrispondere l'indennizzo». In proposito, *ex multis*, si v. V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 536, e, con particolare riferimento ai rapporti tra la promessa del fatto del terzo e le garanzie personali tipiche e atipiche, G. STELLA, *Le garanzie del credito*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010, 15, 83, 390.

⁵⁷ Ovvero se si pone mente all'ammonimento dantesco per cui «quelli è tra li stolti bene a basso, che senza distinzione afferma e nega ne l'un così come ne l'altro passo», *Paradiso*, XIII, 115 ss.

⁵⁸ Così App. Napoli, 9 maggio 2019, in www.leggidItalia.it.

del contraente ceduto che aveva rifiutato di locare all’acquirente l’immobile commerciale in cui era esercitata l’attività d’impresa: in tale pronuncia si afferma espressamente che la figura di cui si discute «sussiste anche quando i contraenti ricorrano all’uso di un legittimo tipo negoziale per un illegittimo fine privato»⁵⁹.

Tali sporadiche e non molto perspicue attestazioni del contratto a danno del terzo offrono il destro per discriminare tale categoria dal contratto in frode alla legge che ha luogo quando il negozio, pur apparentemente ossequioso alla lettera della legge, in realtà si rivela mezzo per eludere l’applicazione di una norma imperativa, producendo effetti in pratica equivalenti a quelli proibiti⁶⁰. Nel negozio in frode, la produzione di effetti sfavorevoli al terzo discende dalla sostanza economica dell’operazione, che si ricava da indici obiettivi, per cui, indipendentemente dalla volontà delle parti di eludere il contenuto di una norma imperativa, la stipula del contratto lede direttamente le ragioni di un terzo determinato. Sia sufficiente citare, a mo’ di esempio, la simulazione dell’abbandono delle trattative al fine di evitare di dover corrispondere la provvigione al mediatore, eludendo così l’art. 1744 c.c. ovvero la fidejussione assunta dal donante a garanzia di un debito contratto dal donatario contestualmente all’atto di liberalità, in chiara elusione del principio di intangibilità della quota legittima di cui all’art. 549 c.c., inducendo i legittimari lesi o pretermessi a rinunciare ad esperire l’azione di riduzione, ovvero ancora – per riferirsi al caso al centro del provvedimento su citato – la simulazione della cessione di azienda per eludere la necessità di raccogliere il consenso del contraente ceduto previsto dall’art. 1406 c.c.⁶¹.

⁵⁹ Così, in termini, Trib. Varese, 15 giugno 2010, in *www.ilcaso.it*.

⁶⁰ Sul punto si v. le riflessioni di F. DI MARZIO, *Frode alla legge*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza, I contratti in generale*, VI, Torino, 2000, 320; L.V. MOSCARINI, *Frode e simulazione in tema di prelazione*, in M.P. RAGIONIERI (a cura di), *La prelazione agraria*, Viterbo, 1996, 75; G. D’AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1992; U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969; G. GIACOBBE, *La frode alla legge*, Milano, 1968; F. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943.

⁶¹ In proposito, F. MESSINEO, *Contratto, Voci estratte dall’Enciclopedia del Diritto*, cit., 242. reputa che nelle ipotesi di pregiudizio al terzo intenzionalmente arrecato dai contraenti «il contratto, in quanto violazione di situazioni di terzi, integra già un illecito contrattuale, illecita essendone la causa; e se, ciò nonostante, il contratto sia eseguito, il terzo può instare per l’accertamento della nullità del contratto per illiceità [...] e per il risarcimento del danno subito, o per la restituzione».

Nelle fattispecie ascrivibili alla figura oggetto del presente studio – si pensi alla doppia alienazione immobiliare o alla trascrizione del contratto preliminare a danno al primo promissario acquirente ovvero ancora alla violazione del patto di prelazione – la posizione soggettiva sulla quale il contratto incide sfavorevolmente non assume rilevanza in ragione di una norma imperativa poiché il congegno negoziale non viene impiegato per un fine obliquo in contrasto con la causa contrattuale che gli è propria.

6. - Contratto “a danno del terzo” e contratto “in frode al terzo”.

Occorre ora procedere nel percorso di affinamento e di razionalizzazione della categoria del contratto a danno del terzo, onde fuggire lo stigma dell'eccesso di eterogeneità di una figura incline a confondersi con altre dai contorni parimenti limacciosi.

Nel tentativo di individuare un denominatore comune tra le fattispecie elencate al paragrafo che precede, è possibile circoscrivere due profili caratterizzanti la categoria del contratto a danno del terzo; si potrà così utilmente procedere a un confronto con l'istituto affine del contratto in frode al terzo.

Il primo profilo è rappresentato dalla circostanza che la stipula del contratto a danno del terzo configura l'inadempimento di un'obbligazione sorta da un preesistente negozio, dal quale consegue un pregiudizio alle ragioni del terzo, parte del primo contratto. Siffatto nocumento, tuttavia, si colloca al di fuori della funzione obiettiva del negozio e deriva dal fatto stesso della stipulazione, che determina, di per sé sola, una condizione oggettivamente lesiva della posizione giuridica del terzo. In altre parole, la funzione del negozio sopravvenuto non è quella di danneggiare il terzo: i contraenti non esercitano, infatti, i loro diritti per uno scopo diverso o ulteriore da quello preordinato dalla legge o dal contratto. La produzione di un danno in capo al terzo è un accidente e prescinde dalla sussistenza di un elemento psicologico ovvero dell'intenzionalità dei contraenti.

Il secondo elemento che caratterizza la categoria oggetto della presente indagine è la sussistenza di un conflitto tra la posizione giuridica di uno dei due contraenti e quella in capo al terzo. In proposito, giova rammentare che la nozione di conflitto evoca il concetto lato di *Kollision der Rechte*, il

fenomeno per cui «diritti appartenenti a soggetti diversi si trovino di fronte in modo che l'esercizio di uno renda, in tutto o in parte, impossibile quello del o degli altri»⁶².

In proposito, fondamentale è l'insegnamento della scuola pisana che ha individuato quali presupposti indefettibili della sussistenza del conflitto: «a) la contemporanea esistenza, o, più precisamente, la coesistenza di più diritti soggettivi; b) l'appartenenza di questi a soggetti diversi; c) la possibilità che vi sia interferenza tra le attività di esercizio dei singoli diritti, che, cioè, l'esercizio dell'uno porti al sacrificio più o meno completo e definitivo del o degli altri diritti»; con l'ulteriore precisazione che, per la possibilità del conflitto, è «indispensabile che i diritti coesistenti siano posti tutti sullo stesso piano e sussista, inoltre, per essi la uguale giuridica possibilità di integrale realizzazione»⁶³.

Pertanto, nel contratto a danno del terzo, oltre al nocumento scaturente dall'esecuzione di un contratto da altri concluso, vi è un *quid pluris* rappresentato dall'incompatibilità della posizione del terzo con quella rivendicata da una delle parti, senza alcuna intenzionale e diretta preordinazione dei contraenti a pregiudicare la sfera giuridica ovvero le prerogative di un terzo individualmente considerato dalla pattuizione. In tal caso è proprio la stipulazione in sé ad essere incompatibile con l'esecuzione di precedenti impegni contrattuali, atteso che dalla conclusione del negozio deriva un assetto di interessi contrastante con quello preesistente in capo ad un determinato soggetto che ne viene pregiudicato, quantunque terzo rispetto al secondo contratto.

La sussistenza di questi due profili vale a escludere dall'orbita della categoria del contratto a danno del terzo le fattispecie in cui, benché un

⁶² In questi termini, U. NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, Milano, 1950, 15 (nonché citazioni in nota 22). Si v. in proposito altresì le riflessioni di A. MAGAZZÙ, *Concorso e conflitto di diritti soggettivi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 671 e 675; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, 89.

⁶³ Così, ancora, U. NATOLI, *Conflitto di diritti*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, 448. Lo stesso in ID., *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, cit., 52 afferma che il conflitto potrebbe verificarsi «soltanto quando manchi, almeno inizialmente, una norma che regoli il modo della coesistenza dei diritti» atteso che «la mancanza di una iniziale regola di coordinazione o subordinazione [...] pone tutti i diritti sullo stesso piano e ammette, perciò, la possibilità che, se non in fatto, almeno in astratto, tutti possano trovare attuazione. L'essenza del conflitto sta appunto in questa astratta uguale possibilità di attuazione di tutti i diritti cui non corrisponde un'analoga possibilità di fatto».

determinato negozio sia produttivo di effetti pregiudizievoli alle ragioni di un terzo, la posizione giuridica di questo sia compatibile con il regolamento negoziale: è il caso, ad esempio, del contratto in forza del quale si costituisce un'intesa anticoncorrenziale i cui effetti riverberano sui negozi stipulati "a valle"⁶⁴, ovvero del contratto di finanziamento che configura in capo alla banca l'illecito civile dell'abusiva concessione del credito⁶⁵.

Nel menzionato provvedimento del Tribunale di Varese, relativo alla fattispecie della stipula di una cessione d'azienda che celava un'illecita cessione del contratto, si specifica che «La figura del contratto a danno del terzo, tipizzata da data risalente, non trova una precipua regolamentazione giuridica ma è certo che, con il medesimo, i contraenti realizzano un abuso della situazione giuridica soggettiva e, dunque, un illecito. L'intento di frode al terzo, ove – come nel caso di specie – comune ai contraenti, rende sicuramente inammissibile una azione risarcitoria "interna" per mancata realizzazione dell'evento finale (la frode al terzo), trattandosi di interesse non meritevole di tutela»⁶⁶.

Questa pronuncia evidenzia la facilità di scivolare nella commistione tra

⁶⁴ È noto che da ultimo con ordinanza di cui alla Cass., 30 aprile 2021, n. 11486, in *LeggidItalia.it* è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione relativa alla sorte del contratto di fideiussione stipulato "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale realizzatasi "a monte". Tale tema ha suscitato un intenso dibattito sull'individuazione del rimedio esperibile tra la posizione che attribuisce al terzo che ha stipulato contratti "a valle" frutto di intese antitrust del solo diritto al risarcimento del danno e l'orientamento che ammette la caducazione parziale o totale degli stessi "contratti a valle". Sia sufficiente in proposito richiamare, tra i tanti, F. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del solo risarcimento per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2020, 406; *Id.*, *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva nella disciplina dei contratti a valle di intese ed abusi*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, 1, 354; M. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 415; E. CAMILLERI, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, *ibidem*, II, 2020, 397; M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui cd. "contratti a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, *ibidem*, II, 2020, 378; A. GENTILI, *La nullità dei "contratti a valle" come pratica concordata anticoncorrenziale (Il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, 675; G. CALABRESE, *Fideiussione omnibus "a valle": illecito antitrust e nullità (parziale?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 517; R. CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei folgeverträge)*, in *Contratti*, 2005, 181. Per un più approfondito studio vedasi F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle»*, Napoli, 2009, 21.

⁶⁵ Si v. in proposito le considerazioni di A. LEPRE, *Brevi note sull'abusiva concessione del credito: tra contratto lecito ma illecito e contratto illecito ma efficace*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 491, e F. DI MARZIO, *L'abuso nella concessione del credito*, in *Contr. e impr.*, 2015, 314.

⁶⁶ Così, in termini, Trib. Varese, 15 giugno 2010, in *www.ilcaso.it*.

contratto “a danno del terzo” e contratto “in frode al terzo” che, diversamente dal contratto in frode alla legge, non è espressamente sanzionato con l’invalidità.

Il formante dottrinario ha definito il contratto in frode al terzo “in senso stretto” il negozio per mezzo del quale le parti eludono la situazione giuridica soggettiva di cui un terzo è titolare in forza di una norma imperativa o di un precedente atto di autonomia privata⁶⁷, di talché l’intento elusivo costituisce il tratto precipuo della figura⁶⁸. L’ordinamento, in tal caso, consente al terzo di chiedere l’inefficacia del contratto per mezzo dell’azione revocatoria e dell’azione di simulazione, sussistendone i relativi presupposti⁶⁹.

La categoria della frode al terzo è stata accostata all’abuso del diritto, a sua volta ancorato alla buona fede⁷⁰, sovente intesa dalla giurisprudenza come

⁶⁷ In tal senso, si rinvia alle acute considerazioni F. LONGOBUCCO, *Profili evolutivi del principio fraus omnia corrumpit tra «contratto in frode al terzo» e «contratto in danno di terzi»*, cit., 718 nonché V. VELLUZZI, *Il contratto in frode al terzo: individuazione della fattispecie e rapporti con la frode alla legge*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 201.

⁶⁸ In proposito vedasi le acute riflessioni di G. SALITO, *Considerazioni in tema di contratto in danno di terzi*, cit., 1444, e R. MANCO, *Negoziato in danno dei terzi e circolazione dei beni*, cit., 151.

⁶⁹ La Corte di Cassazione in una pronuncia a sezioni unite ha invero affermato che l’intento delle parti di recare pregiudizio ad altri, ove non sia riconducibile ad una delle fattispecie di cui agli artt. 1343, 1344 e 1345 c.c. «non è illecito, non rinvenendosi nell’ordinamento una norma che sancisca – come per il contratto in frode alla legge – l’invalidità del contratto in frode ai terzi ai quali l’ordinamento appresta, invece, in determinate ipotesi, altri rimedi a tutela dei loro diritti. In particolare, questa Corte ha più volte chiarito che non danno luogo a nullità del contratto l’intento di frodare i creditori (il cui diritto è altrimenti tutelato, come, ad es., con le azioni revocatorie), né l’intento di vanificare un’aspettativa giuridica (tutelata, ad es. ex art. 1359 c.c.), né, infine, lo scopo di impedire l’esercizio di un diritto (ad es., di prelazione nella vendita di fondo rustico, tutelato mediante il diritto di riscatto: v. sent. n. 6239 del 1983; n. 3905 del 1981; n. 4116 del 1986)» (così, in termini, Cass., sez. un., 25 ottobre 1993, n. 10603, in *Mass. Giur. it.*, 1993). Parte della dottrina, sostiene, invece, che il contratto in frode al terzo sia sanzionabile con la nullità ex art. 1345 c.c. per contrarietà al buon costume del motivo comune e determinante: L. CASTELLI, *Il contratto dell’usufruttuario in frode al nudo proprietario*, in *Corr. giur.*, 2008, 1589; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 2004, 361; F. CARRARO, *Valore attuale della massima “fraus omnia corrumpit”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 789, secondo cui «poiché la frode è caratterizzata dall’intenzionalità del comportamento sleale, e può anche consistere nell’intenzionalità del comportamento a danni di altri, essa può assumere rilievo come motivo unico e determinante del negozio giuridico, comune ai contraenti; motivo che, in quanto illecito perché contrario al buon costume, determina la nullità del contratto».

⁷⁰ Sulla tesi della buona fede oggettiva come fondamento del divieto dell’abuso del diritto si v. le lucide riflessioni di F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eu. e dir. priv.*, 2013, 155; Id., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 343; E. NAVARRETTA, *Il danno non iure e l’abuso del diritto*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto civile*, IV, 3, Milano, 2009, 264, secondo la quale l’accertamento dell’abuso del diritto avviene per il tramite della regola sul divieto degli

strumento che dietro una parvenza normativa cela un contenuto extragiuridico funzionale a determinare, di volta in volta, la validità, il contenuto e gli effetti delle pattuizioni contrattuali, facendo assurgere a ruolo di parametro normativo un indeterminato parametro di valori appartenenti alla c.d. “coscienza sociale”, in spregio al valore della certezza del diritto⁷¹. In proposito, valga rammentare come Stefano Rodotà, pur esaltando il ruolo della solidarietà costituzionale per rimeditare il sistema del diritto contrattuale e il sistema della responsabilità civile, fosse ben consapevole che la valutazione e la determinazione dell’interesse sociale sono di competenza del legislatore e non del giudice⁷².

atti emulativi e di quella in tema di correttezza. Più recentemente vedasi le acute considerazioni di C. AMATO, *Considerazioni a margine della dottrina dell’abuso del diritto*, in *Eu. e dir. priv.*, 1, 2017, 209; L. BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 541; M. GRONDONA, *Il problema dell’abuso tra tecnica e politica del diritto*, in G. VISINTINI (a cura di), *L’abuso del diritto*, Napoli, 2016, 177; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 216.

⁷¹ In proposito, sia consentito limitare la citazione – oltre che al più che celebre c.d. «caso Renault» di cui alla Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, pubblicata, tra le altre, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85, con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI - ad un recente provvedimento della Corte di Cassazione, 25 giugno 2020, n. 12714, in www.leggiditalia.it, la quale, pronunciandosi in una vicenda nella quale era stato domandato l’accertamento della illegittimità del recesso, per assenza di giusta causa, da un contratto di produzione discografica, ha stabilito in termini che «la correttezza (art. 1175 c.c.) e l’obbligo di fedeltà, lealtà e buona fede (art. 1375 c.c.) costituiscono disposizioni caratterizzate dalla presenza di elementi “normativi” e di clausole generali (*Generalklauseln*), il cui contenuto, elastico ed indeterminato, richiede, nel momento giudiziale e sullo sfondo di quella che è stata definita la “spirale ermeneutica” (tra fatto e diritto), di essere integrato, colmato, sia sul piano della *quaestio facti* che della *quaestio iuris*, attraverso il contributo dell’interprete, mediante valutazioni e giudizi di valore desumibili dalla coscienza sociale o dal costume o dall’ordinamento giuridico o da regole proprie di determinate cerchie sociali o di particolari discipline o arti o professioni, alla cui stregua poter adeguatamente individuare e delibare, altresì, le circostanze più concludenti e più pertinenti rispetto a quelle regole, a quelle valutazioni, a quei giudizi di valore, e tali non solo da contribuire, mediante la loro sussunzione, alla prospettazione e configurabilità della *totae res* (realtà fattuale e *regulae iuris*), ma da consentire inoltre al giudice di pervenire, sulla scorta di detta complessa realtà, alla soluzione più conforme al diritto, oltre che più ragionevole e consona (cfr. Cass., S.U., n. 2572/2012); [che] tali specificazioni del parametro normativo hanno natura di norma giuridica, come in più occasioni sottolineato da questa Corte, e la disapplicazione delle stesse è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge: e, dunque, come innanzi accennato, l’accertamento della ricorrenza, in concreto, nella fattispecie dedotta in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni è sindacabile, nel giudizio di legittimità, a condizione che la contestazione non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva come nella fattispecie –, ma contenga una specifica denuncia di incoerenza rispetto agli “standards” conformi ai valori dell’ordinamento esistenti nella realtà sociale (Cass. n. 25044/15; Cass. n. 8367/2014; Cass. n. 5095/11)».

⁷² In tal senso si v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, rist. 2004, 87.

Nella sua accezione di parametro per la valutazione delle condotte, la buona fede, innervata nella prassi sociale, costituisce il filtro di giudizio per discriminare nel caso concreto l'abuso, il quale infatti, muovendo dal contrasto non con le regole ma con i principi di un dato sistema giuridico, consiste in un esercizio concreto del diritto da parte del titolare, volto ad appropriarsi di «utilità diverse ed ulteriori»⁷³ rispetto a quelle che l'ordinamento pretende assegnargli in astratto, in modo da ledere un diritto altrui⁷⁴.

La formula dell'abuso del diritto⁷⁵ emerge, depurata da presunte parvenze di dogmaticità, quale mezzo per vagliare le concrete modalità di esercizio della prerogativa e le conseguenze che ne siano derivate ai terzi, alla stregua di un parametro normativo differente da quello che contempla il diritto⁷⁶; il giudizio di abusività tende dunque a tradursi in un'articolata valutazione nel caso concreto dei diritti e doveri che caratterizzano l'esercizio dei poteri delle parti, in modo da far emergere interessi e rapporti meritevoli di tutela altrimenti celati dietro condotte apparentemente conformi al diritto⁷⁷. L'indagine deve pertanto essere svolta avendo riguardo

⁷³ Sul punto si v. G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 19.

⁷⁴ In proposito si rinvia all'analisi di M. ATIENZA - J.R. MANERO, *Illecito atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, e le riflessioni critiche di F.D. BUSNELLI, «*Illeciti atipici*» e il dibattito su regole e principi, in *Eu. e dir. priv.*, 2006, 1035; C. CASTRONOVO, *Abuso del diritto come illecito atipico?*, ivi, 1051. Sulla possibile riconduzione della figura dell'abuso alla teoria dell'illecito vedasi le riflessioni di F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in G. Furguiuele (a cura di), *Diritto privato, 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 171; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1997, 11; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 68; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, Agg., Milano, 1998, 15 e 18 ove si colloca sistematicamente l'abuso nella clausola generale di ingiustizia del danno. Per una approfondita critica a tale tesi si v. F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., 164.

⁷⁵ L'abuso del diritto ha avuto tradizionalmente la funzione di un “cavallo di Troia”, la cui utilità è vista in funzione correttiva dell'ambito delle regole giuridiche permissive destinate al titolare di un determinato diritto soggettivo in quanto tale, nell'ipotesi in cui l'applicabilità delle norme si dilati fino a comprendere casi nei quali l'esito finale e concreto si riveli ingiustificato alla luce dei principi giuridici. Si v. in merito U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18.

⁷⁶ In particolare si rinvia alle acute riflessioni di F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., 203.

⁷⁷ Si v. in merito le considerazioni di U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., 82, ove si pone in luce che la figura «non appartiene al genere dei limiti formali, già valutati in astratto, ma al genere dei limiti sostanziali o materiali, da valutarsi in concreto»; e inoltre l'ampia ricostruzione di F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., 133. Pone l'accento sul concreto esercizio del diritto

non solo alla fattispecie contrattuale ma anche al profilo esterno, ovvero alle circostanze che partecipano in varia misura alla composizione dell'assetto di interessi, cogliendo l'operazione economica sottesa al contratto medesimo.

Le contraddizioni intrinseche alla ricostruzione dell'abuso del diritto accompagnerebbero anche il contratto in frode al terzo, atteso che tramite di esso le parti, pur rimanendo all'interno del perimetro tracciato dalla disciplina del negozio da loro concluso, aggirano la situazione soggettiva di cui è titolare il terzo. La condotta delle parti contraenti è, perciò, formalmente lecita sulla base del dettato legale, alla cui struttura si conforma il comportamento negoziale, ma si rivela sostanzialmente antiggiuridica essendo in concreto funzionale ad eludere una diversa norma. Da ciò deriverebbe la antinomia logica segnalata dalla tradizione positivista di matrice kelseniana per cui «o anche la funzione fa parte della fattispecie, e quindi se manca la funzione la fattispecie non ricorre; ma allora non c'è abuso del diritto ma eccesso dal diritto. O non ne fa parte, ed allora c'è uso e non abuso del diritto»⁷⁸.

7. - (*Segue*): fattispecie esemplificative della differenza tra contratto “a danno” e “in frode”.

Più analiticamente, la dicotomia tra contratto “a danno del terzo” e “in frode al terzo” emerge dalla disamina di alcune fattispecie.

La doppia vendita immobiliare – quale fattispecie paradigmatica della figura qui in esame – pur comportando la lesione delle prerogative del primo acquirente, per effetto della tempestiva trascrizione dell'alienazione ad opera del secondo dal medesimo dante causa non integra un contratto in frode in quanto manca – di norma – il comune motivo illecito elusivo di una norma di legge. Inoltre, il pregiudizio in capo al terzo si realizza quale

F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, 24; G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 255.

⁷⁸ Così, in termini, A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 297; ID., *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2013, 419.

mera conseguenza non necessariamente voluta del secondo contratto, il quale non è, di per sé, funzionale ad arrecare danno al primo acquirente⁷⁹. Invece, in materia di prelazione agraria, qualora l'alienante di un fondo rustico si riservi una striscia di terreno in modo da interrompere la contiguità fisica tra l'area alienata e quella del prelazionario con una condizione obiettiva di “non confinanza” idonea ad escludere il diritto di prelazione, non si configurerà un contratto a danno del terzo né un atto emulativo⁸⁰, salvo che la vendita sia posta in essere per tale esclusiva finalità, senza alcuna giustificazione di natura utilitaristica⁸¹. Tale fattispecie è, invece, riconducibile alla categoria del contratto in frode al terzo.

Di conseguenza, al terzo confinante, la cui situazione giuridica soggettiva gli è attribuita dalla norma imperativa che disciplina la prelazione, non potrà essere opposta la situazione di distacco tra i fondi⁸², a meno che la

⁷⁹ Alla fattispecie della doppia alienazione immobiliare è dedicata una ricca letteratura e, come osserva G. VETTORI in *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, in part. 76 ss., le variegate posizioni sono raggruppabili secondo tre grandi linee di pensiero: «Per alcuno l'acquisto non trascritto non conseguirebbe piena efficacia reale, altri spiega l'apparente contrasto fra gli artt. 1376 e 2644 c.c. scindendo il potere di disposizione del proprietario dalla legittimazione, altri ancora considera la trascrizione *condicio iuris* idonea a risolvere ogni acquisto precedente»). In senso analogo si v., A. VENTURELLI, *Circolazione giuridica e ingiustizia del danno. La doppia alienazione immobiliare tra tutela risarcitoria e restituzioni*, Brescia, 2005, 29. Sul tema sia consentito limitarsi a menzionare F. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1979, *passim*; M. COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 522; D. POLETTI, *A proposito di doppia alienazione immobiliare (e di responsabilità extracontrattuale da contratto)*, in *Contr. e impr.*, 1991, 752; *Id.*, *Doppia alienazione immobiliare e “responsabilità extracontrattuale da contratto”*, *ivi*, 1991, 737; *Id.*, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, *ivi*, 1987, 124; G. DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale*, Milano, 1994, *passim*; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, artt. 2643-2645 bis, in *Cod. Civ. Comm.*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 1998, 514.

⁸⁰ Si v. le lucide riflessioni di G. SALITO, *Considerazioni in tema di contratto in danno di terzi*, *cit.*, 1444.

⁸¹ Sul punto Cass., 6 febbraio 1982, n. 688, in *Giur. it.*, 1983, 144 che esclude la configurazione di un atto emulativo qualora il proprietario ponga in essere degli atti che, pur essendo contrari all'ordinamento e comportanti molestia o nocumento ad altri, siano soggettivamente intesi a procurargli un vantaggio.

⁸² In tal senso, Cass., 17 ottobre 1989, n. 4152, in *Foro it.*, 1990, I, 2255, secondo la quale «Qualora, in sede di vendita di fondo rustico, il venditore si riservi una striscia di terreno, e tale riserva, anche alla luce della non rispondenza ad utilità alcuna, risulti effettuata al solo fine di eludere le norme imperative sulla prelazione e riscatto agrari in favore del confinante, eliminando il requisito della contiguità fisica con l'immobile di quest'ultimo, il relativo contratto non è qualificabile come atto emulativo, né è affetto da nullità, ma è inidoneo ad incidere su detti diritti, sicché al confinante, che eserciti il retratto, non può essere opposta la situazione di distacco fra i fondi discendenti dal contratto stesso».

conservazione in capo all'alienante della porzione interposta risponda ad una qualche utilità economica, nel qual caso si integrerà un contratto di compravendita che, di per sé, non sarà fonte di alcuna riprovazione giuridica⁸³. In questo caso la frode al terzo si traduce in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c., giacché si verte in una fattispecie contrattuale *prima facie* non in contrasto con la norma imperativa ma, al contempo, neppure sorretta da interessi oggettivamente apprezzabili e dunque priva di giustificazione. Tuttavia, in ragione dell'inciso finale di cui al comma 1° dell'art. 1418 c.c. ("salvo che la legge disponga diversamente")⁸⁴, la conseguenza giuridica non sarà la nullità ma il diritto di riscatto, rimedio di natura ripristinatoria, funzionale ad assicurare al prelazionario l'acquisizione della stessa posizione di proprietario del bene che avrebbe avuto se fosse stato posto nella condizione di esercitare quel precedente diritto⁸⁵.

La stipula del negozio di vendita del fondo, riservandosi l'alienante la proprietà della striscia di terreno lungo la linea di confine, non è, tuttavia, inconciliabile con la posizione del terzo prelazionario, le cui ragioni sono pregiudicate solo in presenza di un chiaro intento elusivo da parte dell'alienante e non già dalla semplice conclusione del contratto di vendita. Al contrario, nella differente fattispecie della doppia alienazione immobiliare, in cui il primo acquirente che trascrive per ultimo patisce un pregiudizio derivante dalla mera stipula e immediata trascrizione del contratto concluso dal secondo acquirente. Questi assume una posizione incompatibile con quella del primo acquirente ed è proprio il contratto a rivelarsi strumento produttivo di un danno ingiusto al terzo. Allo stesso

⁸³ In proposito la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha fatto sostanzialmente coincidere la frode dell'alienante (quando non anche dell'acquirente) con l'assenza di «una propria autonomia strutturale e funzionale» dell'interposto apprezzamento (Cass., 25 luglio 1990, n. 7503, in *Vita Notar.*, 1990, 494); o con la inidoneità di tale striscia «a qualsiasi autonomo sfruttamento produttivo» (Cass., 27 luglio 1990, n. 7579, in *Vita Notar.*, 1990, 494); o ancora con la sua «dubbia suscettibilità» di utilizzazione o la sua non rispondenza «ad alcuna utilità» (Cass., 8 aprile 1988, n. 2781, in *Giur. Agr. it.*, 1989, 161); o infine con la generica «artificiosa condizione di distacco tra i fondi» (Cass., 9 agosto 1995, n. 8717, in *Mass. Giur. it.*, 1995).

⁸⁴ Si v. in proposito le acute considerazioni di V. VELLUZZI, *Il contratto in frode al terzo: individuazione della fattispecie e rapporti con la frode alla legge*, cit., 222, e di L.V. MOSCARINI, *Frode e simulazione in tema di prelazione*, cit., 79.

⁸⁵ In merito vedasi le approfondite riflessioni di M. PALADINI, *Il subingresso coattivo nel rapporto contrattuale*, cit., 76. In giurisprudenza giova rammentare in proposito le Sezioni Unite di cui alla Cass., 20 dicembre 1991, n. 13757, in *Foro it.*, 1992, 2106.

modo, saremo al cospetto di un contratto a danno del terzo e non di un contratto in frode al terzo in tutte le fattispecie in cui si realizza un conflitto tra titoli attributivi di diritti, come nella doppia cessione di crediti ovvero nella doppia cessione di un diritto personale di godimento, ovvero in ipotesi di contratto stipulato in violazione di un patto di prelazione.

Parimenti, rientra nella categoria del contratto a danno del terzo la classica fattispecie della locazione conclusa dall'usufruttuario, con nocumento per le ragioni del nudo proprietario, in quanto perdurante anche dopo l'estinzione dell'usufrutto, là dove la posizione del conduttore e quella del nudo proprietario, divenuto pieno proprietario, si rivelano incompatibili⁸⁶. In deroga al principio *resoluto jure dantis resolvitur et ius accipientis* che vorrebbe la locazione concessa dall'usufruttuario estinguersi quando si estingue l'usufrutto, al fine di assicurare al conduttore una certa continuità del rapporto, il legislatore permette, ai sensi dell'art. 999 c.c., l'ultrattività della locazione per la durata stabilita⁸⁷ alla duplice condizione che il contratto sia ancora in corso al momento della cessazione dell'usufrutto e che la locazione e la sua durata risultino da atto pubblico o da scrittura privata con data certa⁸⁸.

In tale ipotesi vi è chiaramente un'inconciliabilità tra l'esigenza del proprietario di avere la piena disponibilità del bene e l'interesse del conduttore al godimento del bene e dunque, qualora la condotta dell'usufruttuario che conclude una locazione, pur rispettando i requisiti menzionati dalla norma codicistica, sia comunque pregiudizievole per il proprietario (si pensi ad esempio alla previsione di un canone esiguo o di vantaggi a

⁸⁶ Sul punto si v., tra i tanti, M. FERRARIO HERCOLANI, *Locazione e affitto del bene oggetto di usufrutto*, in G. BONILINI (a cura di), *Usufrutto, uso, abitazione*, I, 2010; 1085; R. CATERINA, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in R. SACCO (diretto da), *Tratt. Dir. civ.*, 3, Torino, 2009, *passim*; G. MUSOLINO, *Poteri di disposizione dell'usufruttuario e locazione del bene concesso in usufrutto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, 53; ID., *I negozi di disposizione dell'usufruttuario fra efficacia ultrattiva e tutela della proprietà*, in *Riv. notar.*, 2004, 1395; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, 10; ID., *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VIII, Milano, 1979, 295; F. DE MARTINO, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, artt. 957-1026, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978, 265; G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. Vassalli*, IV, Torino, 1972, 640.

⁸⁷ In ogni caso per un periodo non superiore ad un quinquennio dalla cessazione dell'usufrutto ovvero sino all'anno in corso qualora l'estinzione dell'usufrutto si verifica per effetto della scadenza del termine fissato per la sua durata.

⁸⁸ Un potere di disposizione similare è previsto in capo all'enfiteuta in forza del richiamo all'art. 999 c.c. ad opera dell'art. 976 c.c. e al superficiario ai sensi dell'art. 954, comma 2, c.c.

favore del solo usufruttuario che non passerebbero al proprietario alla cessazione dell'usufrutto) il rapporto di locazione – pur opponibile al proprietario ai sensi dell'art. 999 c.c. – integrerà un contratto a danno del terzo.

La giurisprudenza ha avuto cura di precisare che tale norma si limita a stabilire le condizioni di opponibilità al nudo proprietario del contratto di locazione, in modo da evitare che il contratto stipulato dall'usufruttuario possa pregiudicare eccessivamente le ragioni del proprietario⁸⁹. Non residua spazio per dedurre in via ermeneutica dai principi generali in materia di usufrutto un'azione concorrente di impugnativa della locazione per frode, attesa l'assenza nell'ordinamento di una norma che sancisca l'invalidità dei contratti in frode al terzo, il quale è tutelato con l'azione di nullità, solo ove sussistano i requisiti della frode alla legge o di illiceità dei motivi, con l'*actio pauliana* ovvero con l'azione di simulazione⁹⁰.

Invero, l'art. 999 c.c., da un lato, pone una deroga alle regole che non consentono l'ultrattività dei rapporti conclusi dall'usufruttuario (di talché il comportamento di quest'ultimo non deve arrecare pregiudizio alle ra-

⁸⁹ In tal senso, tra le tante, App. Bologna, 30 dicembre 2000, in *Dir. giur. agr.*, 2002, 58.

⁹⁰ Sul punto si v. Cass., 20 marzo 2008, n. 7485 in *Corr. giur.*, 2008, 1589, con nota di L. CASTELLI, *Il contratto dell'usufruttuario in frode al nudo proprietario*, la cui massima recita: «Non esiste nell'ordinamento positivo un'azione di impugnativa della locazione, stipulata dall'usufruttuario, per frode in danno del nudo proprietario, l'unico strumento previsto a tutela di quest'ultimo essendo la disciplina specifica dettata dall'art. 999 c.c., che stabilisce, oltre che le condizioni di forma e di sostanza richieste per l'opponibilità al proprietario del contratto costitutivo del diritto personale di godimento, la durata massima del rapporto di locazione dopo la cessazione dell'usufrutto». In senso analogo, in relazione a un contratto di affitto agrario, si v. Cass., 25 luglio 2003, n. 11561, in *Foro it.*, 2003, 1, 2598; Cass., 24 ottobre 1983, n. 6239, in *Rep. Foro it.*, 1983, *Contratto in genere*, n. 290 (che fa salva l'esperibilità dell'azione revocatoria) e, tra le pronunce di merito, Trib. Salerno, 11 marzo 2011, in *Giur. it.*, 2011, con nota di M. RIZZUTI, *Il contratto in danno di terzi*. In senso opposto, una remota pronuncia di legittimità Cass., 31 agosto 1966, n. 2300, in *Foro it.*, 1967, 1, 52 aveva affermato che «È ammissibile l'azione di impugnativa della locazione, stipulata dall'usufruttuario, per frode in danno, del nudo proprietario, in base ai principi generali dell'usufrutto e alla disciplina positiva delle locazioni stipulate dall'usufruttuario. Invero, poiché questa norma [l'art. 999 n.d.a.] consente nei casi previsti, che derogano al principio risoluto *jure dantis resolutum jus accipientis*, la opponibilità della locazione stipulata dall'usufruttuario al proprietario dopo la cessazione dell'usufrutto, consente cioè che il proprietario sopporti la continuazione di quella locazione con quei patti, ciò non può ridondare ad eccessivo danno dello stesso proprietario e non si può ammettere, che attraverso la norma di legge, vengano a frodarsi le ragioni dello stesso proprietario». Nel vigore del codice del 1865 (art. 423) si è pronunciata a favore dell'impugnativa, Cass., 7 giugno 1929, in *Foro it.*, 1929, 1, c. 1071; *contra* Cass., 19 aprile 1928, in *Rep. Foro it.*, 1928, *Usufrutto*, n. 24 e 25. In dottrina si v. le acute considerazioni di F. CARINGELLA, *Frode ai terzi e prelazione*, in *Corr. giur.*, 1994, 184.

gioni del proprietario dopo la cessazione del diritto reale minore, incidendo le facoltà dominicali) e, dall’altro, prescrive specifici requisiti del contratto di locazione, perseguendo proprio il fine di evitare frodi ai danni del proprietario. La stipula della locazione in frode al nudo proprietario non rientra nelle ipotesi di frode alla legge né di abuso di usufrutto inteso come causa di estinzione del diritto reale ai sensi dell’art. 1015 c.c. in tema di condotte abusive dell’usufruttuario ⁹¹.

8. - Quale rimedio per il contratto a danno del terzo?

Nella prospettiva accolta, una volta circoscritto l’ambito definitorio e applicativo della categoria del contratto a danno del terzo, la valorizzazione dell’autonomia concettuale della figura è funzionale ad affrontare l’analisi del profilo rimediabile, la quale contribuirà a conferire un senso eminentemente operativo alle riflessioni sin qui svolte, benché le problematiche che essa evoca vadano molto al di là dei limiti del presente lavoro.

Mutuando un principio pacificamente affermato dalla giurisprudenza con riferimento al contratto lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori, si può affermare che l’atto negoziale a danno del terzo, con il quale non si ha alcun rapporto obbligatorio, non è di per sé illecito, e dunque non è sanzionabile con la nullità per illiceità della causa né per frode alla legge né per motivo illecito determinante comune ⁹². Ciò sia perché nessuna norma

⁹¹ Sostiene invece F. LONGOBUCCO, *Profili evolutivi del principio fraus omnia corrumpit tra «contratto in frode al terzo» e «contratto in danno di terzi»*, cit., 731, che l’art. 999 c.c. «assume infatti la ratio di contemperare gli interessi del proprietario del bene e quelli del conduttore, sì che la locazione a prezzo vile, prima ancora che in frode al terzo, risulta (anche) in frode alla legge, *rectius*, ad una norma imperativa».

⁹² In proposito è ricorrente in giurisprudenza l’affermazione per cui: «La nozione di illiceità cui fa riferimento l’art. 1345 cod. civ. è quella stessa delineata dagli artt. 1343 e 1344 ai fini dell’illiceità della causa, per cui il motivo è illecito, e – se comune alle parti e decisivo per la stipulazione – determina la nullità del contratto, quando consiste in una finalità vietata dall’ordinamento, perché contraria a norma imperativa o ai principi dell’ordine pubblico o del buon costume, ovvero perché diretta ad eludere, mediante la stipulazione del contratto (di per sé lecito), una norma imperativa. L’intento delle parti di recare pregiudizio ad altri, quindi, ove non sia riconducibile ad una di dette fattispecie, non è illecito, non rinvenendosi nell’ordinamento una norma che sancisca – come per il contratto in frode alla legge – l’invalidità del contratto in frode ai terzi ai quali l’ordinamento appresta, invece, in determinate ipotesi, altri rimedi a tutela dei loro diritti» (così, in termini, Cass., 17 marzo 2015, n. 5201, in *Dejure*, 2015). In senso analogo si v. Cass., 31 ottobre 2014, n. 23158, in *Vita Notar.*, 2015, 1, 320, e Cass., sez. un., 25 ottobre 1993, n. 10603, in *Mass. Giur. it.*, 1993). Sulla

– di per sé sola considerata – vieta alle parti di compiere attività negoziali che possano provocare un nocumento alle ragioni dei terzi, sia perché l’ordinamento positivo accorda rimedi specifici (azione revocatoria e azione di simulazione), correlati alle varie ipotesi di pregiudizio prevenendo l’inefficacia dell’atto al ricorrere di determinati presupposti.

Mantenendo ferma – come stabilito dalle Sezioni Unite in materia di responsabilità precontrattuale dell’intermediario finanziario – la dicotomia tra regole di condotta e regole di validità⁹³, si deve escludere recisamente il ricorso alla nullità, per imboccare la via del rimedio risarcitorio, invocabile ogni qualvolta si sia realizzato un pregiudizio in conseguenza della violazione di uno dei doveri di comportamento, qualora il danneggiato dimostri il contenuto fraudolento dell’intesa⁹⁴.

Costituisce oramai *jus receptum* il riconoscimento della sussistenza di un illecito aquiliano nell’ipotesi in cui un terzo provochi una lesione o un pregiudizio al credito, interferendo dolosamente nelle altrui posizioni contrattuali attraverso la stipulazione di un contratto incompatibile con il preesistente assetto negoziale⁹⁵, ritenendosi tuttavia impregiudicata la

distinzione di piano tra illiceità e invalidità si v., per tutti, le riflessioni di N. IRTI, *Concetto giuridico di “comportamento” e invalidità dell’atto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1053; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, 1993, 8.

⁹³ Si fa riferimento alle note pronunciate delle sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 (che confermano la precedente Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giur. comm.*, 2006, II, 626) commentate *ex pluribus* da A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 393; V. SANGIOVANNI, *Commento a Cass. S.U. 19 dicembre 2007 nn. 26724 e 26725*, ivi, 2008, 231; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell’intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, 445; E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it.*, 2008, I, 784.

⁹⁴ Negli ultimi decenni è stato abbandonato l’atteggiamento di «scarsa considerazione goduta fino agli anni cinquanta dall’istituto della responsabilità civile considerata nel suo complesso» (così, in termini, G. PONZANELLI, *Il “tort of interference” nei rapporti contrattuali: le esperienze nordamericana e italiana a confronto*, in *Quadrimestre*, 1989, 95).

⁹⁵ In tema non si può prescindere dal rinviare a F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964, 53, laddove osserva che «una volta appurato che il profilo statico (interesse) è comune ai diritti di credito e ai diritti assoluti, non si vede in base a quale criterio chi ammetta, in ipotesi, l’esistenza e l’operatività giuridica di un generico dovere di *neminem laedere* (che troverebbe codificazione nell’art. 2043) possa, poi, restringere l’ambito di applicazione fino a farlo coincidere con un principio di tutela dei soli diritti assoluti». Successivamente la giurisprudenza ha recepito le indicazioni del formante dottrinario nel noto caso Meroni, in Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, 342, con note di A.C. JEMOLO e F.D. BUSNELLI. Si v. in merito inoltre F.D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito:*

posizione acquisita dal terzo in mala fede. È evidente il carattere paradossale di quest'esito atteso che il contratto a danno di terzo, pur essendo espressione di una manifestazione di autonomia contrattuale reputata lecita dall'ordinamento, è esposto a un giudizio di responsabilità a carico di uno dei contraenti per i danni cagionati da un soggetto terzo rispetto all'atto negoziale preesistente e incompatibile. In altri termini, il fatto lesivo dell'altrui posizione giuridica non è costituito dalla condotta delle parti ma dalla stipula del contratto, intesa quale fatto materiale.

La qualificazione dell'inadempimento come fatto illecito extracontrattuale consente di valorizzare il ruolo delle cd. esternalità del contratto individuando nella tutela per equivalente il rimedio più adeguato e coerente da un punto di vista sistematico per comporre i conflitti tra contraenti e soggetti esterni all'atto negoziale e riequilibrare il rapporto tra le parti e i terzi⁹⁶. Pertanto, il contratto assurge ad elemento costitutivo di una responsabilità extracontrattuale, in quanto considerato non come atto ma come attività in violazione di regole di condotta che avrebbero imposto di non stipulare quel negozio o di stipularlo a condizioni differenti. È tuttavia evidente come l'applicazione del rimedio di cui all'art. 2043 c.c. sconti la non sempre facilità di prova dell'elemento soggettivo in capo al danneggiante, da cui la necessità di ricercare prospettive rimediali alternative, come si vedrà nel seguito del presente lavoro.

Il pregiudizio ricevuto dal terzo in forza del contratto quantunque questo sia valido e lecito⁹⁷ – non ammettendosi di sanzionare con la nullità gli atti negoziali il cui contenuto risulti in contrasto col principio di buona fede – gli impedisce di superare il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti. In altri termini, il difetto di meritevolezza del comportamento nego-

evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 273; D. POLETTI, *A proposito di doppia alienazione immobiliare (e di responsabilità extracontrattuale da contratto)*, cit., 752; ID., *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, ivi, 1987, 124; G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Milano, 1999, 490; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 601, e, più recentemente, A. VENTURELLI, *Circolazione giuridica e ingiustizia del danno. La doppia alienazione immobiliare tra tutela risarcitoria e restituzioni*, cit., 169; B. TROISI, *Appunti sul contratto a danno di terzi*, cit., 727.

⁹⁶ In proposito, si v. le acute osservazioni di U. BRECCIA, *I terzi. Le proiezioni del contratto sul piano degli interessi particolari e generali (“esternalità”)*, in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, nel *Commentario Gabrielli*, Milano, 2011, 91.

⁹⁷ Sul punto valga rammentare F.D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2013, 875.

ziale delle parti o di una di esse o del diritto posto in essere a danno del terzo giustifica le pretese risarcitorie avanzate dai terzi pregiudicati da quel contratto, ancorché la stipulazione non si traduce in illiceità o in violazione di una regola imperativa e malgrado l'ordinamento non impedisca all'atto di autonomia privata di produrre i suoi effetti e così di raggiungere il proprio scopo ⁹⁸.

9. - Un possibile approdo: la responsabilità extracontrattuale da contratto.

Dopo aver chiarito che il rimedio esperibile ha natura risarcitoria e non invalidatoria, è ora possibile circoscrivere meglio il mezzo di reazione effettivamente attivabile dal terzo danneggiato.

In proposito si evidenzia un "concorso improprio" di azioni ⁹⁹: il contratto a danno del terzo è fonte di responsabilità contrattuale per la parte con cui il danneggiato era avvinto da un vincolo negoziale, mentre è fonte di responsabilità extracontrattuale verso l'altra parte. In quest'ultimo caso viene integrata un'ipotesi di c.d. "responsabilità extracontrattuale da contratto", formula coniata per designare tutte le fattispecie nelle quali un soggetto cagioni un danno a terzi attraverso la stipulazione di un contratto incompatibile con un preesistente accordo negoziale ¹⁰⁰.

⁹⁸ Si rinvia in merito alle acute osservazioni di G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, 69, e di F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Napoli, 2004, 139, che osserva: «è possibile qualificare (lecito ma) immeritevole il contratto con cui si consuma quella che viene definita una lesione del credito, e poi quella che viene definita una lesione della libertà contrattuale. Si tratta di casi in cui la libertà spesa dalle parti nella instaurazione del rapporto si riversa in lesione del terzo, danneggiato nella sua posizione di creditore (lesione del credito), oppure nei poteri dispositivi del credito (lesione della libertà contrattuale in senso ampio, insita nel libero e consapevole esercizio dei poteri gestori del credito), o ancora nella libertà di decidere consapevolmente se addivenire o meno alla conclusione di un contratto (lesione della libertà contrattuale in senso stretto)».

⁹⁹ Sul punto si v. le considerazioni di C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1996, 659, e, più recentemente, G. ANZANI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 278.

¹⁰⁰ Si v. in proposito la lucida analisi di F.D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 287; D. POLETTI, *Dalla "lesione del credito" alla "responsabilità extracontrattuale" da contratto*, in *Contr. e impr.*, 1987, 137. Tra le trattazioni sulla responsabilità civile si v. su questo tema in particolare M.

Volgendo lo sguardo oltralpe, con una sentenza del 2006, l'Assemblea Plenaria della Corte di Cassazione francese ha rimesso in discussione il principio di relatività degli effetti del contratto sancendo che questo non impedisce di riconoscere al terzo la tutela risarcitoria extracontrattuale. Benché non siano mancati arresti giunti ad ipotizzare in caso di doppia alienazione immobiliare l'invalidità del secondo negozio lesivo in caso di *concert frauduleux* ai danni del primo acquirente¹⁰¹, il Supremo Consesso transalpino ha stabilito che *«l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties, dès lors que cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle, encore faut-il, dans ce cas, que le tiers établisse l'existence d'une faute délictuelle envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel»*¹⁰².

Nel nostro ordinamento sono ricondotte alla “responsabilità extracontrattuale da contratto” le fattispecie in cui il fatto del terzo interessa tanto la persona del debitore quanto la cosa dedotta in obbligazione¹⁰³. Giova richiamare l'alienazione dell'immobile adibito a casa familiare da parte del coniuge esclusivo proprietario che subisce l'assegnazione in favore dell'affidatario dei figli. Invero, la vendita a terzi dell'immobile finalizzata a pregiudicare il diritto del coniuge o del convivente all'assegnazione della casa familiare integra una violazione dell'obbligo di osservare l'accordo sull'indirizzo della vita familiare, che ha condotto all'instaurazione della convivenza familiare all'interno di un determinato immobile: è proprio il contratto di alienazione a pregiudicare l'interesse sostanziale dei figli a mantenere l'ambiente di vita e di crescita in concomitanza con la crisi familiare¹⁰⁴.

FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1993, 230.

¹⁰¹ Si v. la giurisprudenza francese citata da A. VENTURELLI, *Circolazione giuridica e ingiustizia del danno. La doppia alienazione immobiliare tra tutela risarcitoria e restituzioni*, cit., 94, e G. BONLINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, 183, nt. 75.

¹⁰² Così, in termini, *Cour de Cassation, Assemblée plénière*, 6 ottobre 2006, 05-13.255, in *Bull. civ.*, 2007, disponibile in *Legifrance.gouv.fr*. In senso analogo, più recentemente *Cour de Cassation, Chambre civile 2*, 14 gennaio 2021, 18-22.984, disponibile in *www.Legifrance.gouv.fr*.

¹⁰³ Sul punto vedasi ancora F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, cit., 155 e 181 e M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., 265.

¹⁰⁴ In proposito si rinvia alle acute considerazioni di M. PALADINI, *Limiti all'opponibilità del diritto dell'assegnatario di casa familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 2, 243.

Tra le fattispecie che principalmente hanno stimolato la riflessione in ordine alla “responsabilità extracontrattuale da contratto” – giungendo ad un suo espresso riconoscimento ad opera della Corte di Cassazione – vi è la doppia alienazione immobiliare, con riferimento alla condotta del secondo acquirente che, primo nel trascrivere, consolida l’acquisto, determinando la perdita del diritto da parte del primo avente causa. Quest’ultimo è tutelato sul piano risarcitorio anche nei confronti del comune alienante che risponde a titolo di responsabilità contrattuale connessa all’art. 1476, n. 3, c.c. o, in alternativa alla violazione delle regole di buona fede oggettiva nell’esecuzione del rapporto contrattuale ¹⁰⁵.

Ad analoghe conclusioni si giunge nella fattispecie simile del preliminare di vendita a seguito del quale, il promittente-venditore abbia alienato il bene oggetto del preliminare ad un diverso soggetto ed il promissario acquirente non abbia in precedenza trascritto la domanda di esecuzione specifica dell’obbligo di concludere il contratto ¹⁰⁶. Ulteriori ipotesi di responsabilità extracontrattuale da contratto è quella in capo al terzo

¹⁰⁵ Ciò secondo un generale principio costantemente affermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione: vedasi Cass., 2 febbraio 2000, n. 1131, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1687, con nota di R. TRIOLA, *Doppia alienazione e azione revocatoria*; Cass, 18 agosto 1990, n. 8403, in *Foro it.*, 1991, I, 2473, e Cass., 15 giugno 1988, n. 4090, ivi, 1989, I, 1568. Sui rimedi azionabili in caso di plurima alienazione immobiliare effettuata dallo stesso dante causa si rinvia a B. TROISI, *Appunti sul contratto a danno di terzi*, cit., 727; A. VENTURELLI, *La responsabilità del secondo acquirente nella doppia alienazione immobiliare*, in *Resp. civ.*, 2006, 870; Id., *Circolazione giuridica e ingiustizia del danno. La doppia alienazione immobiliare tra tutela risarcitoria e restituzioni*, Brescia, 2005, *passim*; E. FERRANTE, *Doppia alienazione immobiliare e donazione*, in *Giur. it.*, 2006, c. 487; Id., *La responsabilità per doppia alienazione ovvero “del precedente che non c’è”*, in *ibidem*, 2004, c. 780; Id., *La tutela risarcitoria contro la doppia alienazione immobiliare*, in *Contratto e imp.*, 1999, 1115; A. BUSANI, *La doppia alienazione immobiliare. Rassegna di giurisprudenza*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2003, II, 73; M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1999, 1557; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998, 670, in part. 690; E. VARANO, *L’azione revocatoria ordinaria e la doppia alienazione immobiliare*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2001, I, 248; R. TRIOLA, *Doppia alienazione e azione revocatoria*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1688; N. MUCCIOLI, *Doppia alienazione immobiliare e tutela del primo acquirente*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, 681; D. POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e “responsabilità extracontrattuale da contratto”*, cit., 733; Id., *Regole risolutive di conflitti e tutela risarcitoria. Contributo allo studio della responsabilità aquiliana da contratto*, Pisa, 2003, 165; E. GABRIELLI, *Doppia alienazione e trascrizione nella teoria dei fatti illeciti (problemi e prospettive)*, in *Quadrimestre*, 1993, 22; Id., *La doppia vendita immobiliare*, in *Riv. dir. priv.*, 1995, 303; G. DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell’effetto reale. Il problema della responsabilità dell’alienante e del secondo acquirente*, cit., *passim*; G. VETTORI, *La violazione del contratto*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1987, 304; M. COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, cit., 520.

¹⁰⁶ Si v., Cass., 7 ottobre 2016, n. 20251, in *Foro it.*, 2017, 3, I, c. 990.

acquirente, il quale attraverso il suo atto negoziale, abbia reso dolosamente irrealizzabile l'utile esperimento dell'azione revocatoria, agevolando il debitore nella sottrazione della garanzia patrimoniale del creditore¹⁰⁷. Similmente è stata riconosciuta la responsabilità extracontrattuale del terzo acquirente in ipotesi di alienazione compiuta in consapevole violazione del diritto di prelazione di un altro soggetto, là dove il terzo è partecipe all'inadempimento dell'alienante per inosservanza della prelazione¹⁰⁸, nonché la responsabilità extracontrattuale del subvettore nei confronti del mittente originario in ipotesi di inadempimento del primo al contratto di subtrasporto, con conseguente mancata esecuzione, da parte del vettore, del contratto principale di trasporto¹⁰⁹.

Il terzo che ha subito un pregiudizio in forza di un contratto a suo danno avrebbe, dunque, l'onere di dimostrare l'ingiustizia della lesione, il nesso di causalità e la consapevolezza del danno per poter accedere al risarcimento da valutarsi non solo economicamente ma anche in termini di perdita di chance¹¹⁰.

¹⁰⁷ Ha riconosciuto tale tutela risarcitoria Cass., 19 febbraio 2019, n. 4721 in *Dejure*, 2019, secondo la quale «l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno proposta dal creditore ai sensi dell'art. 2043 c.c. nei confronti del terzo acquirente di un bene dal suo debitore per un atto di disposizione assoggettabile a revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c. presuppone: 1) che l'atto di disposizione del patrimonio del debitore sia revocabile ai sensi del citato art. 2901 c.c.; 2) che dopo la sua stipulazione il terzo abbia compiuto atti elusivi in modo totale o parziale della garanzia patrimoniale; 3) che il fatto del terzo sia connotato da una originaria posizione di illiceità concorrente con quella del debitore “*consilium fraudis*” o da una autonoma posizione di illiceità; 4) che sussiste in concreto un “*eventus damni*” causato dal fatto illecito del terzo». In precedenza, si era espressa in senso analogo Cass., 13 gennaio 1996, n. 251, in *Foro it.*, 1996, I, 1279 sulla scorta delle riflessioni di L. BIGLIAZZI GERI, *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 11. In senso analogo vedasi B. INZITARI, *La responsabilità del terzo acquirente per la perdita della garanzia patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 1997, 5, *contra* A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998, 702.

¹⁰⁸ In proposito, si v. Cass., 9 gennaio 1997, n. 99, in *Danno e resp.*, 1997, 392.

¹⁰⁹ Su tale fattispecie vedasi Cass., 8 gennaio 1999, n. 108, in *Danno e resp.*, 1999, 899, con nota di D. POLETTI, *Responsabilità extracontrattuale da contratto e inadempimento del subcontratto*.

¹¹⁰ Recentemente, la Corte di Cassazione ha rinverdito la tesi c.d. ontologica secondo cui la *chance* deve essere risarcita in quanto consistente in un bene autonomo, distinto dal vantaggio finale di cui esprime la possibilità. Si v. sul punto, Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, in *Corr. giur.*, 2020, 297, con nota di R. CALVO, *Perdita di chance terapeutiche: un precedente-decalogo*, e in precedenza Cass., 29 novembre 2012, n. 21245: «la domanda per perdita di *chance* è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato, perché in questo secondo caso l'accertamento è incentrato sul nesso causale, mentre nel primo oggetto dell'indagine è un particolare tipo di danno, e segnatamente una distinta ed autonoma ipotesi danno emergente, incidente su di un diverso bene giuridico quale la mera possibilità del risultato finale. La liquidazione di

Il riconoscimento di tale credito risarcitorio accrescerebbe, nondimeno, le possibilità per il terzo di avvalersi altresì della tutela revocatoria ottenendo – ove sussistenti tutti i presupposti, *in primis* l'elemento soggettivo, di non facile dimostrazione – la declaratoria di inefficacia dell'atto di disposizione compiuto a suo danno, sì da salvaguardare così il credito avente ad oggetto il risarcimento per equivalente ¹¹¹. L'*actio pauliana* potrebbe quindi essere esperita in ipotesi di doppia alienazione immobiliare o di vendita dell'immobile adibito a casa familiare (nel caso di assegnazione della casa familiare convenzionalmente pattuita dai coniugi in mancanza di prole o di figli maggiorenni non economicamente autosufficienti) ¹¹², nonché nella fattispecie della locazione conclusa dall'usufruttuario in frode dei diritti del proprietario ¹¹³. Invero, benché quest'ultimo contratto non integri un atto

quest'ultimo non può essere operata d'ufficio dal giudice, non essendo la relativa domanda insita, come un *minus* in quella volta a far valere il pregiudizio derivante dal mancato raggiungimento del risultato sperato in quanto trattasi di domanda tutt'affatto diversa sulla quale, ove non proposta, il giudice non si può pronunciare (nello stesso senso v. anche. Cass., 4 marzo 2004, n. 4400; Cass., 14 giugno 2011, n. 12961; Cass., 29 novembre 2012, n. 21245; Cass., 9 marzo 2018, n. 5641).

¹¹¹ Si richiama, tuttavia, in senso contrario l'autorevole posizione di C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 565, n. 45.

¹¹² Invero, come acutamente osservato da M. PALADINI, *Assegnazione convenzionale della casa familiare e opponibilità al terzo acquirente*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, 1330, «In tale ipotesi non possono nutrirsi dubbi sul fatto che si tratti di un accordo del tutto estraneo al corrispondente provvedimento di assegnazione previsto dalla legge (art. 337 *sexies* cod. civ.) e di ciò si è dimostrata consapevole la giurisprudenza [Cass., 25 febbraio 2011, n. 4735, in *Dir. Famiglia*, 2012, 527 n.d.a.] che ha escluso la trascrivibilità di tale accordo tra i coniugi. La pattuizione di assegnazione in assenza di figli, infatti, in quanto finalizzata a tutelare il coniuge economicamente più debole, si colloca fuori dall'ambito di applicazione della previsione finalizzata all'esclusiva tutela della prole e dell'interesse di questa a rimanere nell'ambito domestico in cui è cresciuta; pertanto, l'opponibilità a terzi del provvedimento giudiziale di assegnazione non può evidentemente estendersi all'assegnazione convenzionale della casa familiare che prescinde da tale specifica e imprescindibile finalità. Tale strutturale differenza dell'accordo di assegnazione della casa familiare in assenza di figli comporta prevedibili differenze sia nei confronti dei creditori sia nei riguardi dei terzi. Per quel che concerne i creditori, essi potrebbero – oltre che agire per fare accertare l'eventuale simulazione dell'accordo di assegnazione – anche dimostrare che, nel caso concreto, l'assegnazione rappresenti una modalità sproporzionata o anomala di soddisfacimento in natura del credito di mantenimento dell'altro coniuge, così da ottenere o la revocatoria ordinaria della *datio in solutum* (art. 1197 cod. civ.) oppure quella fallimentare (art. 67, comma 1, n. 2, l. fall.)».

¹¹³ Ammettono il ricorso al'azione revocatoria in relazione della locazione stipulata dall'usufruttuario in frode al nudo proprietario F. DE MARTINO, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit., 1978, 263; D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, 559; A. SCHIAVONE, *Azione revocatoria, locazione dell'usufruttuario e sequestro giudiziario*, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, c. 8; *contra* A. TABET, *Le locazioni dell'usufruttuario in frode del proprietario*, in *Foro it.*, 1956, I, c. 1371, e L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., 1979, 138.

traslativo del bene, ne limita, anche indirettamente, la possibilità di aggressione in sede esecutiva, compromettendo le possibilità di realizzazione coattiva del diritto di credito ¹¹⁴.

10. - Comporre il conflitto: la necessità di un giudizio *ex post* tra gli interessi giuridici contrapposti.

Con l’auspicio di aver offerto un pur modesto contributo al dibattito sulle questioni oggetto del presente studio, il confronto con il complesso ed articolato dato positivo col quale occorre necessariamente misurarsi, restituisce, perciò, la possibilità di individuare la figura del contratto a danno del terzo quale categoria dai contorni sufficientemente definiti.

Nondimeno, sotto il profilo rimediabile l’identificazione di tale categoria non risolve di per sé il conflitto tra i contraenti danneggianti e il terzo danneggiato in maniera univoca, giacché il contratto a danno del terzo, pur rappresentando un legittimo esercizio dell’autonomia privata è, al contempo, fonte di responsabilità, inverando una contrapposizione tra «un diritto o una libertà, da un lato, e un interesse giuridicamente meritevole di protezione risarcitoria, dall’altro» ¹¹⁵. Il contratto realizza, quindi, un pregiudizio lesivo di un interesse meritevole di tutela ma prodotto dall’esercizio formalmente legittimo di un diritto. Tale causa di giustificazione, non testualmente menzionata nella disciplina positiva della responsabilità civile che contempla solo la legittima difesa e lo stato di necessità, a differenza di queste, non è *a priori* idonea ad impedire il perfezionamento della fattispecie di responsabilità.

Pertanto, ove il danneggiante invochi l’eccezione dell’esercizio del diritto – *id est*, nel tema oggetto della presente indagine, la libertà di concludere un contratto – il giudice è tenuto ad operare il vaglio d’ingiustizia del danno attraverso un’analisi “prismatica” dell’esercizio delle contrapposte posizioni soggettive, «avendo riguardo alla particolare natura dei beni e servizi colpiti, alla specifica condizione dei soggetti coinvolti, al rango

¹¹⁴ In proposito, recentemente la Cass., 16 novembre 2020, n. 25854, in *CED Cassazione*, 2020, ha reputato assoggettati all’azione revocatoria i contratti di locazione ultranovennale.

¹¹⁵ Così, F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., 205.

degli interessi sottesi all'intera vicenda»¹¹⁶. In tal modo si alloca il danno su colui che viene individuato come responsabile in base ai diversi criteri, soggettivi e oggettivi, di imputazione¹¹⁷, realizzando una comparazione tra le posizioni giuridiche ovvero tra interessi giuridici in conflitto, sì da individuare, in assenza di un'assiologia specificatamente prefissata in senso diacronico¹¹⁸, quale debba reputarsi *ex post* prevalente e dunque meritevole di tutela.

L'antigiuridicità del comportamento, quindi, non assurge a elemento costitutivo del danno ingiusto per poi fondare il giudizio d'ingiustizia del danno sul bilanciamento tra interessi concorrenti o tra interesse leso e causa di giustificazione¹¹⁹, ma rimane estranea alla fattispecie dell'art. 2043 c.c. il quale riferisce la qualificazione di ingiustizia al danno e non già alla condotta dell'agente.

Nell'ambito del contratto a danno del terzo, l'eccezione di esercizio del diritto impone di porre in comparazione le posizioni giuridiche delle parti contrattuali, da un lato, e del terzo, dall'altro, attraverso la valutazione

¹¹⁶ In questi termini, V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit., 29, il quale aggiunge: «La fonte cui attingerli resta e deve restare il sistema, interrogato ed esplorato nella totalità e globalità dei suoi valori e dei suoi principi, dei suoi standards valutativi, delle sue regole e norme generali, come pure delle sue disposizioni particolari e casuali, quali è possibile desumere anche dalla prassi attuativa e adeguatrice dello stesso diritto».

¹¹⁷ Inevitabile è il riferimento a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 74 e a C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 64.

¹¹⁸ Si v. in proposito le approfondite riflessioni di E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 643. Valga inoltre rammentare Santi Romano che nel suo ultimo scritto a proposito dell'interpretazione evolutiva ammoniva: «La legge in sé e per sé è inerte. Non ha una propria vita. È materia non anima. Un'anima ha invece l'ordinamento ove le leggi sono espressione del suo continuo mutamento delle forze vitali» (così, S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 123).

¹¹⁹ Mettono in guardia dal rischio di indebito "slittamento di significato" da comparazione degli interessi e loro bilanciamento F. PIRAINO, *Le cause di giustificazione della responsabilità civile e la nuova legittima difesa*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 1, 1; ID., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 164; ID., «Ingiustizia del danno» e antigiuridicità, *ivi*, 2005, 774; V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 6, 672. In senso contrario, vedasi le riflessioni F.D. BUSNELLI - E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., 171; E. NAVARRETTA, *Il danno non iure e l'abuso del diritto*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, IV, *L'attuazione dei diritti*, tm. III, La responsabilità e il danno, Milano, 2009, 259, e F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, cit., 143, per i quali il bilanciamento di interessi pare divenire un connotato del divieto di abuso per il medio dell'ingiustizia del danno, ritenendo integrato l'abuso del diritto allorché dal confronto tra l'interesse del titolare del diritto e l'interesse del terzo pregiudicato risulti maggiormente meritevole di tutela il secondo.

sulle concrete modalità di esercizio delle prerogative e sulle conseguenze che ne siano scaturite. In tal modo è possibile appurare se, nonostante l'accertamento di un danno eziologicamente imputabile al danneggiante, il sistema delle norme componga il conflitto assegnando prevalenza nel caso concreto all'eccezione dell'esercizio del diritto, quale scriminante *ex post*, idonea a paralizzare gli effetti del pregiudizio.

In questo modo si sfugge dalle secche dell'aporia costituita dalla risarcibilità di un danno ingiusto derivante dall'esercizio astrattamente lecito dell'autonomia contrattuale¹²⁰, restando fedeli al dato positivo, senza invocare l'abuso del diritto, per poter ritenere maggiormente meritevole di tutela l'interesse del terzo pregiudicato all'esito dell'opera di bilanciamento con le ragioni del titolare della prerogativa.

Compiendo una valutazione comparativa delle situazioni giuridiche contrapposte attraverso gli indici sistematici di rilevanza degli interessi in conflitto, l'autorità giudiziale, pertanto, è chiamata a ricostruire empiricamente il concreto assetto complessivo di interessi previsto dalle parti che hanno stipulato il contratto a danno del terzo, ossia analizzare l'economia delle loro condotte negoziali ed esaminare al contempo la posizione giuridica e la condotta del terzo. Il giudice, quindi, dovrà considerare le concrete circostanze che connotano il singolo contratto a danno del terzo operando un accertamento *in casibus* nell'ambito di un quadro assiologico necessariamente dinamico¹²¹, sì da appurare la prevalenza o meno della lesione dell'interesse lamentata dal terzo danneggiato come derivante dal contratto di per sé lecito e vincolante tra le parti ma idoneo ad essere colorato *ex post* da disvalore, una volta soppesata la reale consistenza sistematica dell'interesse dei contraenti.

¹²⁰ Sul punto B. TROISI, *Appunti sul contratto a danno di terzi*, cit., 720, rileva «un'evidente aporia logico-giuridica: il risarcimento dei danni deriverebbe da un fatto che sarebbe contemporaneamente lecito, in quanto contratto produttivo di effetti giuridici (e, dunque, meritevole di tutela), e illecito, in quanto fatto [...] produttivo di danno ingiusto *ex art.* 2043 c.c.».

¹²¹ In tal senso si v. le illuminanti considerazioni di M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, 414 «proprio attraverso l'ermeneutica giudiziale il fatto diventa fonte di diritto, l'economia del contratto assume una valenza normativa, perché il giudizio ermeneutico è strumento di adeguamento assiologico che si muove nell'area delimitata da fattori quali l'economia del contratto, le pretese delle parti, ciò che – ormai senza equivoci e senza timori di ambiguità – possono indicarsi come i «valori» dell'ordinamento».

Di conseguenza, l'attività ermeneutica deve necessariamente attuarsi nel rispetto del punto di vista normativo, collocandosi all'interno di un processo di sussunzione¹²², alla luce di un approccio metodologico che focalizza l'attenzione non solo sulla struttura e sulla funzione di un determinato contratto¹²³, bensì primariamente sull'esaltazione dell'estrazione valoriale delle confliggenti posizioni soggettive¹²⁴.

11. - Uno scenario rimediale alternativo alla luce del sistema di responsabilità civile.

Ricondurre la fattispecie del contratto a danno del terzo alla responsabilità extracontrattuale da contratto comporta per il danneggiato l'onere, come anticipato tutt'altro che semplice da assolvere, di dover dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo al danneggiante, con il concreto rischio di non ricevere alcun ristoro qualora non dovesse raggiungersi tale prova.

Come è stato autorevolmente osservato, non è facile offrire prova dell'elemento soggettivo, atteso che, in particolare in presenza di una doppia alienazione immobiliare, «non sempre è agevole stabilire *a priori* sino a che punto la mala fede del secondo acquirente primo trascrivente possa istituire un criterio di sicura soccombenza e quindi di ingiusta lesione in presenza di una situazione di reale e totale consapevole inerzia del primo

¹²² In proposito si rinvia alle lucide considerazioni di L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto. Art. 1362-1371*, con prefazione e note di aggiornamento di V. Calderai, Milano, 2013, 55; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, 176; Id., *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. Fil. Dir.*, 2013, 77; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 27; Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993.

¹²³ Interrogandosi sul metodo da adottare nell'esame di un istituto giuridico, F. CARNELUTTI, in *Metodologia del diritto*, Milano, 1939, Milano, 1990, 71, osservava: «Qual è la via da indicare se non si vuole che la legge o il contratto che noi presentiamo si guardino soltanto dal di fuori [...] con il pericolo di prendere un accumulatore per un vaso qualunque? [...] Cosa facciamo quando si deve osservare una macchina? Io mi sono orientato così. La prima domanda che ci si pone in tal caso è: a che cosa serve? Vuol dire che la si considera prima di tutto dal lato della funzione: precisamente si fissa l'attenzione sull'*opus* che essa fornisce: è una macchina da scrivere o una macchina da cucire?».

¹²⁴ Inevitabile è il riferimento a V. SCALISI, *Fonti, Teoria, Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, 130.

acquirente»¹²⁵. Tanto più che le pronunce della Corte di Cassazione¹²⁶ nelle quali, ai fini della responsabilità del secondo acquirente primo trascrivente, si reputa sufficiente la semplice «consapevolezza della appartenenza altrui del bene, ma con la previsione di trascrivere per primo», vertono in realtà su fattispecie in cui emerge un preciso intento frodatario finalizzato a sottrarre il bene al primo acquirente¹²⁷.

Occorre, dunque, chiedersi a quale tutela possa ambire il terzo danneggiato che non riesce a provare l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 2043 c.c. in capo al danneggiante.

¹²⁵ In questi termini, V. SCALISI, *Ingustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, 29.

¹²⁶ Si v. Cass., 8 gennaio 1982, n. 76, in *Foro it.*, 1982, I, 394 e Cass., 20 ottobre 1983, n. 6160, in *Giur. it.*, 1984, I, 440.

¹²⁷ Con particolare riferimento alla Cass., 8 gennaio 1982, n. 76, in dottrina (E. FERRANTE, *La tutela risarcitoria contro la doppia alienazione immobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1999, 1148) si dubita che si possa trattare di un vero e proprio *revirement* rispetto all'orientamento precedente che esigeva la prova del dolo specifico. Nello stesso senso, secondo M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto nella casistica giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 28, «si tratta di cassazione con rinvio in una vicenda in fatto complessa dalla quale non è escluso che vi fosse un preciso intento frodatario del trascrivente. Nella stessa motivazione la Corte dà atto di circostanze dalle quali è desumibile il disegno preordinato a sottrarre il bene al primo acquirente». In senso analogo si v. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicc. e Messineo*, Milano, 1988, 167, e G. VETTORI, *La violazione del contratto*, in M. BESSONE - G. ALPA (diretto da), *La responsabilità civile. Una rassegna*, III, 1987, 308. Usa simili formule, Cass., 13 gennaio 1995, n. 383, in *Riv. not.*, 1995, 1564, la quale ha escluso che la malafede del secondo acquirente ma primo trascrivente renda inefficace il suo acquisto, precisando che questo non significa che l'ordinamento non preveda reazioni a tale malafede, potendosi, in caso di dolosa preordinazione ai danni del primo acquirente, esperirsi l'azione revocatoria, e comunque l'azione di risarcimento del danno. Tale pronuncia, quindi, riferisce la dolosa preordinazione all'azione revocatoria, mentre per l'azione di risarcimento dei danni è reputata sufficiente la malafede. A non diverse conclusioni giunge la Suprema Corte in un raro caso di doppia donazione immobiliare deciso da Cass., 25 ottobre 2004, n. 20721, in *Giur. it.*, 2006, 3, 486, con nota di E. FERRANTE, *Doppia alienazione immobiliare e donazione*, là dove afferma che «per configurare la responsabilità extracontrattuale del successivo donatario che abbia trascritto per primo l'atto, rendendo inefficace il precedente, non è richiesta la dolosa preordinazione intesa a frodare le ragioni del primo donatario, essendo sufficiente la malafede del secondo donatario, consistente nella conoscenza del primo atto di donazione e nella previsione della sua mancata trascrizione, restando irrilevante la convinzione che il primo atto fosse viziato da dolo». Sul punto, nella nota di commento di E. FERRANTE, *Doppia alienazione immobiliare e donazione*, si ribadisce che «L'ostentata sufficienza della pura consapevolezza sembra dunque degradare, con immanicabile puntualità, ad *obiter dictum*, se è vero che alla declamazione di principio, sempre più tratlizia, non è finora mai corrisposta una base fattuale confacente. Se manca il fatto, la regola giurisprudenziale non può elevarsi al rango di *ratio decidendi* e dunque non fa precedente». Per una completa rassegna giurisprudenziale in ordine allo stato soggettivo rilevante ai fini della responsabilità del secondo acquirente primo trascrivente si rinvia a A. BUSAMI, *La doppia alienazione immobiliare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 73.

Il principio di effettività¹²⁸ esige l'individuazione di una tutela giurisdizionale idonea ad assicurare una effettiva protezione della «situazione sostanziale d'interesse giuridicamente tutelato», in presenza di norme che prevedono un «diritto alla misura appropriata per la soddisfazione del bisogno di tutela»¹²⁹.

¹²⁸ La Corte di Cassazione ha qualificato il principio di effettività come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale: «la necessità di partire dalla ricerca del profondo e decisivo significato del principio di effettività, rettamete inteso, nella sua innegabile dimensione di regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, come diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato (onde la necessità di indagare *funditus* i confini della discrezionalità legislativa nella scelta della sanzione adeguata e i criteri da seguire per giustificare eventuali disparità di trattamento fra le situazioni sostanziali da proteggere). Il diritto ad una tutela effettiva è, in ultima analisi, la facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato, dovendosi interpretare la norma costituzionale sul(l'inviolabile) diritto alla tutela giurisdizionale non solo seguendo l'itinerario di pensiero indicato dalle sentenze della Consulta (che, pur alludendovi qua e là, non ha mai esplicitamente affermato, sinora, che il diritto fondamentale alla tutela comprenda, accanto alle regole di correttezza del processo, quelle che attengono alle forme di protezione della situazione sostanziale dedotta in giudizio), ma anche alla luce del più generale contesto rappresentato dall'ordinamento internazionale che quella norma integra (Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388)» (in questi termini, si v. Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, commentata da P. SANTORO-G. PONZANELLI-G. IMPAGNATELLO-G. VETTORI-A. PALMIERI-R. PARDOLESI-A. ROMANO-G. LENER-B. TASSONE-R. SIMONE-P.G. MONATERI, in *Danno e resp.*, 2014, 123 e in *Resp. civ. prev.*, 2014, 8, da G. IUDICA-G. DE NOVA-V. ROPPO-E. GILBERTI-C. SCOGNAMIGLIO-F. BENATTE; analogamente si v. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, *Contratti*, 2015, 113, nota di S. PAGLIANTINI). In proposito si v. altresì le riflessioni di G. TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, n. 1, 75. In dottrina si v. le approfondite riflessioni di U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2. *Il diritto soggettivo*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001, 107; A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli 1989, 19; ID., *La tutela civile dei diritti*, 4^a ed., Milano, 2003, 6, 13, 49; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eu. e dir. priv.*, 2005, 341; ID., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, *ivi*, 2008, 301; ID., *Rimedi e dintorni*, *ivi*, 2015, 706; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eu. e dir. priv.*, 2007, 585; ID., *I rimedi*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo II. Proprietà Obbligazioni Contratti*, Milano, 2007, 751; S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, 1. Per una approfondita critica al principio di effettività delle tutele si v. le acute considerazioni di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 195, nt. 245; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 168; ID., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013; N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, 731; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11; ID., *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009.

¹²⁹ In questi termini si è espressa Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, 9, 1, c. 2909. In proposito, V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1045, individua la «nota saliente e costante del rimedio» nel «porsi in stretto e diretto rapporto dialogico con l'interesse giuridico e le sue diverse potenzialità esplicative, cui intende garantire piena attuazione».

Numerose sentenze della Corte Costituzionale hanno fatto riferimento alla «ragionevolezza e proporzionalità del mezzo impiegato rispetto al fine perseguito»¹³⁰, escludendo l'utilità di previsioni sanzionatorie rigide, non calibrate sul «rapporto di adeguatezza col caso concreto» e rispetto alle quali è «indispensabile» una «gradualità applicativa» sia «nel contesto giurisdizionale» sia «in quello disciplinare»¹³¹.

Resta fermo, tuttavia, che la tutela è sempre strumentale rispetto ad una precedente valutazione strutturale dell'interesse, presupponendo la preesistenza di una situazione soggettiva protetta¹³²: nella fattispecie appare pacifica la rilevanza giuridica e la meritevolezza dell'interesse del terzo le cui ragioni sono state pregiudicate da un contratto stipulato da altri.

Se «non si può rinunciare all'idea che il diritto obbedisca a razionalità e coerenza»¹³³, deve ammettersi che l'attività di sistematizzazione della materia giuridica può essere funzionale, non già a creare un diritto oggettivo (operazione comunque preclusa dal principio della divisione dei poteri), ma semplicemente ad “accertarlo”, ricavando le regole già presenti dall'ordinamento¹³⁴.

È noto da tempo come l'elemento soggettivo dell'illecito non costituisca più criterio ineludibile di imputazione della responsabilità. In proposito,

¹³⁰ Si v., tra le tante, Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1787; Corte cost., 25 luglio 2000, n. 351, in *Foro amm.*, 2001, 1096; Corte cost., 19 febbraio 1999, n. 34, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1259. In particolare, il controllo di ragionevolezza emerge nelle discusse ordinanze con le quali si è disposta la nullità della caparra manifestamente eccessiva per contrarietà ai principi di solidarietà e proporzionalità, nonché alla buona fede: Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giust. cost.*, 2013, 3767 e Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035.

¹³¹ In termini, si v. Corte cost., 16 luglio 2015, n. 170, in *Foro amm.*, 2015, 2461.

¹³² In proposito si v. le lucide riflessioni di U. MATTEI, *I rimedi*, cit., 108, il quale individua le cause di una «rivincita dei rimedi» nell'introduzione nel codice italiano del Libro VI e nel «mutamento di egemonia e quindi del punto di riferimento culturale» che ha visto la civilistica italiana avvicinarsi al modello di *common law*. In argomento si v. inoltre le acute considerazioni di G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, *Ann.*, X, Milano, 2017, 381; ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 866; ID., *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 869; ID., *Presentazione*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, IX; A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 739.

¹³³ Così, ancora, A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, 293.

¹³⁴ In tal senso si v. le riflessioni di S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, 1925, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, riprese e sviluppate da V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 12.

viene in rilievo la figura dei c.d. atti leciti dannosi¹³⁵, categoria che racchiude quelle fattispecie alle quali il codice civile, benché si sia in presenza di un danno prodotto da un atto lecito, vale a dire l'esercizio di un diritto da parte dell'autore della condotta lesiva, riconosce comunque un ristoro al danneggiato nella forma dell'indennizzo (si annoverano in essa, tra gli altri, gli artt. 843, comma 2, 924, 925, 1053, 1328, comma 1, c.c.). Tali fattispecie sono ricondotte alla responsabilità da fatto illecito in quanto «anche negli atti leciti dannosi si può ritenere che sussista un danno ingiusto, volendo con ciò indicare che il danno si sostanzia nella lesione di un interesse del danneggiato tutelato dall'ordinamento giuridico»¹³⁶, pertanto, l'esercizio di un diritto di per sé non esclude l'ingiustizia del danno.

È evidente come in siffatte ipotesi il legislatore si proponga di compensare il titolare dell'interesse leso in seguito alla condotta del danneggiante, che sebbene lecita è tuttavia reputata *ex lege* fonte di danno ingiusto. Del resto, l'esercizio di un diritto potrebbe assumere valenza di causa di esonero del risarcimento qualora si assegnasse alla responsabilità civile soltanto una

¹³⁵ Sul punto vedasi in ordine cronologico D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 205; G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, *passim*; G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 229; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 24; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti leciti dannosi*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, VIII, Torino, 1998, 413, e, più recentemente E. BAFFI-D. NARDI, *Atto lecito dannoso: un'analisi giuseconomica*, in *Danno e resp.*, 2016, 1157; G. BELLI, *L'atto lecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità?*, in *Resp. civ.*, 2012, 65; M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, *passim*, in part. 94.

¹³⁶ Così, G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 264 e 266; G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, cit., 200; E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, in *Memorie dell'istituto giuridico dell'Università di Torino*, serie II, LXXX, Torino, 1953, 49, e, più recentemente, G. BELLI, *L'atto lecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità?*, cit., 66, e A. ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito. Specificità dei rimedi*, Milano, 2012, 71. Del resto A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., 25, ha affermato che «anche il danno non antigiuridico può avere, sia pure eccezionalmente, rilevanza giuridica [...] può avvenire che il diritto consideri un determinato interesse degno di prevalere, preoccupandosi, d'altra parte di stabilire conseguenze atte a compensare il soggetto dell'interesse sacrificato». Sul punto M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, 1253, reputa eccezionale non già la responsabilità da atto lecito dannoso, bensì la previsione di una indennità. In senso contrario, reputano che le ipotesi di atti leciti dannosi integrino eccezioni al sistema di responsabilità civile C. BOUNAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012, 139; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 555; C. MAIORCA, *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 462; F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 77.

funzione sanzionatoria; al contrario, riconoscendo in essa come «preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria» (come affermato dalla celebre sentenza delle Sezioni Unite n. 16601 del 2017¹³⁷ sul danno punitivo) il risarcimento può ben scaturire da un danno ingiusto derivante da un atto lecito, configurandosi unicamente quale mezzo di protezione della sfera giuridica del titolare dell'interesse compromesso dalla condotta autorizzata del danneggiante.

Di conseguenza, le norme relative ai c.d. atti leciti dannosi non hanno carattere eccezionale ma costituiscono figure tipizzate di conflitti di diritti per le quali è previsto un indennizzo anziché un risarcimento integrale del danno. In altri termini, si tratta di «specificazioni dello schema generale del compimento di un atto dannoso nell'esercizio di un proprio diritto reputato prevalente rispetto all'interesse leso»¹³⁸. La sussistenza della scriminante dell'esercizio del diritto è, quindi, compatibile con la presenza sia di un danno ingiusto sia di una condotta antigiuridica. Deve dunque condividersi la dottrina che non distingue tra atti leciti e atti illeciti dannosi sulla base delle conseguenze scaturenti, indennizzo per i primi e risarcimento per i secondi, atteso che entrambe le forme di riparazione condividono la medesima natura, differenziandosi solo per la quantificazione della liquidazione¹³⁹.

In ogni caso la stessa discrasia tra norma comune e norma eccezionale è in realtà evanescente, dal momento che il carattere della “eccezionalità”

¹³⁷ Cass., sez. un., 5 luglio 2017 n. 16601, in *Foro it.*, 2017, 9, 1, 2613, in *Danno e resp.*, 2017, 419, con nota di M. LA TORRE-G. CORSI-G. PONZANELLI-P.G. MONATERI; in *Corr. giur.*, 2017, 1042, con nota di C. CONSOLO; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, I, con nota di M. GRONDONA e *ibidem*, II, di A. GAMBARO-P.G. MONATERI-G. PONZANELLI, in *Foro it.*, 2017, I, 2613, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI-E. D'ALESSANDRO-R. SIMONE-P.G. MONATERI. In proposito, si v. altresì la lucida analisi di R. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contr. impr.*, 2018, 259, e, più diffusamente, *Id.*, *Il risarcimento del danno con funzione non compensativa nell'ordinamento italiano*, in L. PARENTI-M. BASILAVECCHIA (a cura di), *Scritti in ricordo di Giovanna Mancini*, Lecce, 2019, 193.

¹³⁸ In tal senso, vedasi le acute riflessioni di F. PIRAINO, *Le cause di giustificazione della responsabilità civile e la nuova legittima difesa*, cit., 32.

¹³⁹ Sul punto M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, cit., 114, evidenzia come «non sia possibile costruire alcunché a partire dalla nozione di indennità o di indennizzo, posto che il legislatore la ha impiegata con almeno tre diversi significati tra loro inconciliabili». Pertanto, «non si può costruire la figura dell'atto lecito dannoso legandola a quella di indennizzo».

risulta intrinsecamente connotato da un grado di relatività ¹⁴⁰. Pertanto, potrebbe revocarsi in dubbio la perdurante dicotomia tra norme eccezionali e le norme comuni ai fini dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, essendo entrambe le categorie suscettibili di applicazione estensiva in presenza dell'*eadem ratio*, alla luce delle tutele costituzionali ¹⁴¹.

La distinzione tra diritto comune e diritto eccezionale mantiene un significato proprio sul diverso piano della valutazione del fondamento politico-legislativo della *regula iuris*, in particolare come indicazione di un «confine tra l'autonomia del sistema giuridico e l'autonomia della politica» ¹⁴². Invero, una norma può reputarsi eccezionale in base a un fondamento politico-legislativo, perciò non potrà di per sé negarsi da un punto di vista logico la sua estensibilità in via analogica a ipotesi similari: secondo quanto autorevolmente osservato da Carnelutti e Bobbio già nel periodo antecedente alla Costituzione repubblicana, la norma eccezionale ha una propria *ratio*, idonea a ripetersi in situazioni diverse rispetto a quelle avute di mira dal legislatore ¹⁴³.

¹⁴⁰ In proposito, F. GALLO, *Norme penali e norme eccezionali nell'art. 14 delle "disposizioni sulla legge in generale"*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, ha affermato che «la maggior ristrettezza della disciplina eccezionale rispetto a quella della disciplina comune non toglie l'imprevedibilità delle caratteristiche del caso futuro non contemplato dalla legge: specificamente non rende prevedibile se ad esso risulterà congrua la *ratio* del diritto comune o quella del diritto eccezionale. Alla stregua dei principi di uguaglianza e ragionevolezza, la scelta deve orientarsi secondo la congruità della *ratio*. La soluzione ancora accolta nel codice civile del 1942 circa le norme eccezionali rappresenta un'esplicazione dell'idea della totale dipendenza del diritto della volontà del legislatore. Questa idea è stata peraltro superata con l'emanazione della carta costituzionale».

¹⁴¹ Secondo L. CAIANI, *Analogia. Teoria generale*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 352, il concetto di norma eccezionale è vago e generico e soprattutto relativo e storicamente condizionato. Ciò non vuol dire però che il divieto di analogia delle norme eccezionali sia privo di qualsiasi significato. Si ritiene infatti che quel divieto abbia un fondamento "politico" e conservi un ambito di applicazione specifico rispetto alle norme «caratterizzate da una collisione o contrasto o deroga rispetto ai principi fondamentali di carattere politico-valutativo dell'ordinamento giuridico in cui esse sono inserite e di cui, sia pure in collisione, esse fanno parte». Sulla possibilità di applicare analogicamente una norma "eccezionale" si v. le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 252, secondo il quale la norma speciale può ben essere applicata in via analogica in quanto regola materie specifiche: le norme eccezionali sono «ispirate ad un principio diverso dalla regola che caratterizza il sistema» ma all'interno del proprio contesto giustificativo sono suscettibili di applicazione analogica.

¹⁴² Così, in termini, M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 349.

¹⁴³ In proposito si v., F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 149, e N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, 170.

Di conseguenza, secondo l’odierna epistemologia giuridica, il carattere eccezionale della norma deriva, in ultimo, dal suo fondamento politico-legislativo, per cui il legislatore potrà trattare in maniera differente un determinato conflitto sociale rispetto a conflitti sociali simili¹⁴⁴. Pertanto, pur riconoscendosi il valore della certezza e della prevedibilità del diritto¹⁴⁵, potrà predicarsi l’applicazione analogica di una norma qualora non sia dimostrata una chiara opzione “politica” tale da escludere una maggiore latitudine del perimetro applicativo, in modo da includere situazioni non espressamente contemplate dal legislatore.

Giova in proposito rammentare che la Corte di Cassazione, chiamata a decidere una fattispecie che vedeva la coesistenza di due diritti confliggenti – quello del condominio ad eseguire le opere, in ottemperanza ad un’ordinanza della pubblica amministrazione, di consolidamento delle strutture portanti della proprietà comune, da una parte, e quello del singolo condòmino a non vedere pregiudicata la propria facoltà di godimento dell’immobile di proprietà esclusiva all’interno dello stesso edificio condominiale, dall’altra – ha riconosciuto l’obbligo di indennizzare il condòmino danneggiato dall’esecuzione dell’opera «per contemperare e comporre i due interessi in contrasto, nessuno dei quali appare interamente sacrificabile all’altro»¹⁴⁶, ammettendo così la possibilità di configurare un atto lecito dannoso “atipico”. La Suprema Corte giunge a tale conclusione, che risponde ad un principio di giustizia distributiva, dopo aver ricavato per induzione un modello generale di responsabilità da atto

¹⁴⁴ In questo senso, si v. ancora M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, cit., 349. Similmente si v. M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie. Artt. 672-712*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1965, 219, secondo il quale «il diritto eccezionale, pur derogando ai c.d. principi generali, non lo fa arbitrariamente, ma lo fa in base ad un fondamento politico-legislativo, che potrà essere discusso su questo piano, ma di cui non si può negare l’estensibilità in via analogica, presentandosi delle fattispecie in cui ricorrano presupposti similari». In modo tale che, in definitiva, la possibilità di ricorrere al procedimento analogico dovrebbe ritenersi esclusa solo «quando la norma da estendere in via analogica non sia passibile di tale procedimento, o perché a fattispecie esclusiva o perché espressamente limitata al caso particolare preso in considerazione dal legislatore».

¹⁴⁵ Si rinvia alle acute considerazioni di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 9; G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell’interpretazione*, Torino, 2014, 261; N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987; Id., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 917 (tutti ora raccolti in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016).

¹⁴⁶ Così, in termini, Cass., 16 dicembre 2015, n. 25292, in *Dejure*, 2015.

lecito dannoso, come tale non limitato ai soli casi espressamente previsti dalla legge, ma idoneo ad assegnare tutela indennitaria per analogia anche alle ipotesi non direttamente sussumibili in una fattispecie tipica (l'atto lecito dannoso è tuttavia qui ricondotto all'ambito dell'art. 1173 c.c. e non dell'art. 2043 c.c.)¹⁴⁷. In tale pronuncia si afferma che «dalla coesistenza dei due diritti e dalla necessità di tutelarli entrambi deriva che, ogniqualvolta l'esercizio dell'uno provochi una menomazione dell'altro, al soggetto danneggiato nella sua proprietà esclusiva deve essere accordato un compenso equivalente al sacrificio sopportato, al fine di evitare che il peso del pregiudizio gravi interamente sulla sua sfera giuridica»¹⁴⁸.

Nella specie che ci occupa, la figura del contratto a danno del terzo è, quindi, riconducibile al modello della responsabilità da atto lecito dannoso, che, in una logica di conciliazione di opposti interessi, si fonda sull'insorgenza di un obbligo indennitario, a prescindere dalla colpa, in capo all'autore di una condotta *stricto sensu* lecita che provoca, tuttavia, un pregiudizio ingiusto ad un terzo.

12. - Conclusioni.

L'analisi qui condotta si è proposta di individuare principi generali capaci di regolare quelle ipotesi nelle quali dalla conclusione di un contratto derivi un danno in capo al terzo, la cui posizione è incompatibile con quella rivendicata da una delle parti negoziali. Configurare un istituto che assommi in sé i caratteri di diverse fattispecie normative è stata la premessa per identificare un punto di ragionevole equilibrio tra le esigenze di circolazione dei rapporti giuridici e la tutela del soggetto danneggiato.

¹⁴⁷ La massima della menzionata Cass. n. 25292 del 2015 è stata in seguito ripresa dalla Cass., 27 novembre 2017, n. 28233, *Dejure*, 2017, secondo la quale «la responsabilità per fatto lecito dannoso non ha carattere eccezionale, poiché l'espressione "ordinamento giuridico" che accompagna, nell'art. 1173 c.c., il riferimento alla terza specie di fonti delle obbligazioni, ossia quelle che derivano "da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico", non si risolve in una mera indicazione riassuntiva di un elenco chiuso costituito da tutte le altre fonti nominate (diverse dal contratto o dal fatto illecito), ma consente un'apertura all'analogia, ovvero alla possibilità che taluni accadimenti, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, siano ritenuti idonei alla produzione di obbligazioni alla luce dei principi e dei criteri desumibili dall'ordinamento considerato nella sua interezza, complessità ed evoluzione» (tra le pronunce di merito, si v. Trib. Napoli, 22 maggio 2019, in www.leggiditalia.it).

¹⁴⁸ *Ivi*.

Invero, in conclusione, alla luce di quanto esposto, il presupposto del danno ingiusto, pur in presenza dell'esercizio del diritto, si rivela idoneo a legittimare il ricorso all'indennità quale soluzione rimediale che prescinde dal riconoscimento di una responsabilità del danneggiante e dunque dalla sussistenza in capo ad esso dell'elemento soggettivo.

È possibile, quindi, attribuire al terzo pregiudicato da un contratto a suo danno il diritto ad essere indennizzato, analogamente a quanto l'ordinamento prevede per le ipotesi degli atti leciti dannosi, tra le quali si rammenta, come fattispecie attinente all'esercizio dell'autonomia contrattuale, il riconoscimento dell'indennizzo all'art. 1328 c.c. in favore dell'accettante che ha iniziato l'esecuzione di un contratto allorquando non fosse a conoscenza dell'intervenuta revoca della proposta ¹⁴⁹.

Pertanto, in analogia con la disciplina dei c.d. atti leciti dannosi, quali ipotesi tipizzate di conflitti di diritti cui inerisce normalmente la produzione di un danno ingiusto, anche nell'ambito del contratto a danno del terzo questi potrà essere ristorato in termini indennitari, indipendentemente dall'elemento soggettivo del danneggiante, avendo patito un pregiudizio prodotto da un contratto lecito.

Una volta collocato il contratto a danno del terzo nel sistema della responsabilità civile, si potrebbero riproporre, per tale categoria, le considerazioni cui è giunta autorevole dottrina che assegna alla responsabilità civile la funzione di «ottenere un ordine complessivo, decentrato e spontaneo, delle azioni sociali, che sia fondato sul sistema delle transazioni private, e del ricorso alle Corti, in caso di fallimento delle stesse parti private nel tentare di giungere ad un accordo, che regoli la questione dei costi, che si sono prodotti nell'espletamento di determinate attività» ¹⁵⁰.

L'efficacia di deterrenza spiegata dal sistema indennitario assicurerebbe la giusta pressione sulla condotta del danneggiante e scongiurerebbe la reiterazione di accadimenti pregiudizievoli.

In definitiva, può concludersi che l'individuazione del contratto a danno

¹⁴⁹ Anche tale ipotesi viene ricondotta ad una fattispecie di atto lecito dannoso da G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 229, e L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, tm. 2, Torino, 2000, 243. In giurisprudenza, si v., tra le tante Cass., 7 maggio 1952, n. 1729, in *Foro it.*, 1952, I, 1638.

¹⁵⁰ In questi termini, P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 2006, 21.

del terzo, quale categoria sufficientemente definita, consente – mantenendo la coerenza del sistema – di individuare una prospettiva rimediale utile a contemperare la certezza dei traffici giuridici con la effettiva tutela del danneggiato.