

Obbligazioni e Contratti

12

Anno V • dicembre 2009

UTET
GIURIDICA

Promessa del fatto del terzo
e frode alla legge

Patto commissorio e garanzie
sul diritto d'autore

I limiti delle competenze
normative statali
in materia di turismo

Class action all'italiana
atto secondo:
un cantiere ancora aperto

RETI DI IMPRESE,
CONTRATTO DI RETE
E RETI CONTRATTUALI

La rete di imprese e il contratto

G. Bonilini - M. Confortini - M. Franzoni - C. Granelli
G. Vettori - A. Zaccaria

La class action e il contratto

F. Addis - M. Confortini - C. Granelli - G. Vettori

Sommario

LE RECENTISSIME

a cura di **Lina Rubino**

947

IL COMMENTO

RETI DI IMPRESE, CONTRATTO DI RETE E RETI CONTRATTUALI

di **Maria Rosaria Maugeri**

951

LE SENTENZE ANNOTATE

PROMESSA DEL FATTO DEL TERZO E FRODE ALLA LEGGE

Cassazione civile, sezione I, 10 luglio 2009, n. 16305

commento di **Domenico Russo**

963

CONTRATTO PRELIMINARE ED OFFERTA DI ADEMPIMENTO

Cassazione civile, sezione II, 15 ottobre 2008, n. 25185

commento di **Alessandro Tomassetti**

972

PATTO COMMISSORIO E GARANZIE SUL DIRITTO D'AUTORE

Tribunale Roma, sezione fallimentare, 16 settembre 2008

commento di **Alessandro Benussi**

982

IL CASO

I LIMITI DELLE COMPETENZE NORMATIVE STATALI IN MATERIA DI TURISMO

di **Ottavio Caleo**

990

LE RASSEGNE

CLASS ACTION ALL'ITALIANA ATTO SECONDO: UN CANTIERE ANCORA APERTO

di **Francesco Tedioli**

998

L'OSSERVATORIO DELLE CORTI SUPERIORI

Cassazione civile, sezione III, 19 agosto 2009, n. 18406

Cassazione civile, sezione III, 9 luglio 2009, n. 16130

Cassazione civile, sezione lavoro, 16 giugno 2009, n. 13953

commento di **Giuseppe Gennari**

1008

L'OSSERVATORIO DI MERITO

Tribunale Bari, 22 settembre 2009, n. 2785

Tribunale Milano, 19 giugno 2009

commento di **Giovanni Schiavone**

1011



Promessa del fatto del terzo e frode alla legge

Domenico Russo

Professore aggregato di Diritto privato

SINTESI

a) L'ipotesi di frode alla legge ipotizzata dalla Suprema Corte

La Cassazione con la pronuncia commentata, di cui non si rintracciano precedenti, ipotizza il ricorrere di una frode alla legge attuata mercé un patto, integrato in una vendita di quote sociali, in cui il cedente promette le dimissioni di un terzo dalla società già partecipata. Per la Corte ciò concretterebbe una violazione indiretta dell'art. 1, l. n. 7/1963, ora art. 35, d.lg. n. 198/2006, contenente il divieto di licenziamento e di dimissioni a causa del matrimonio della dipendente (se lo scioglimento avviene entro un anno dalla celebrazione e salvo che le dimissioni non siano confermate innanzi all'ufficio del lavoro).

b) Equivoci e difficoltà nell'inquadramento dogmatico della promessa del fatto altrui

La valutazione critica dell'argomentazione del Supremo Collegio è l'occasione per un chiarimento dogmatico sul dibattito istituito della promessa del fatto altrui. Si evidenzia in particolare come il modello legale consegnato all'art. 1381 c.c. sconti ancora tratteggi equivoci e residue influenze di concezioni e principi superati, in particolare: l'originaria idea della non serietà dell'impegno del fatto altrui, il principio di esclusività degli effetti negoziali tra le parti, la difficoltà di conciliare l'istituto col requisito di possibilità dell'oggetto del contratto e dell'obbligazione, il legame con la rappresentanza. La regola rimediabile dell'indennizzo appare il residuo delle iniziali incertezze nella positivizzazione dell'istituto, in effetti non al passo, già al momento nomogenetico, con l'evoluzione del sistema.

c) Obbligazione di sicurezza ed estensione dell'autonomia dei privati

Il coordinamento dello schema tipico con i nuovi principi, dunque un'indagine evolutiva e sistematica, palesando il carattere artificioso del comune intendimento giurisprudenziale dell'istituto, evidenzia, altresì, da un lato il significato attuale del modello tipico (già mai «promessa a carico del terzo», né obbligo di mezzi, di risultato o di indennizzo bensì obbligo di sicurezza), dall'altro l'estensione dell'autonomia dei privati [liberi di conformare l'obbligazione integrando o modificando lo schema tipico, costruendo un obbligo di mezzi e/o di risultato, determinando (solo) così l'applicazione delle regole generali sulla responsabilità contrattuale].

d) Rilievi critici

Gli equivoci dell'argomentazione del Supremo Collegio appaiono infine evidenti. La frode (sia a seguire l'indirizzo soggettivo sia a seguire quello oggettivo) risulta inconfigurabile in quanto: la promessa, lasciando libero il terzo, non realizza un risultato pratico fungibile con quello vietato; non sussiste alcuna *participatio fraudis*, peraltro immaginata tra soggetti diversi da quelli del rapporto risolto; non sussiste un effettivo collegamento tra promessa e dimissioni né una combinazione negoziale; il risultato *contra legem* è integrato direttamente dall'atto vietato e non indirettamente dalla promessa che non riesce neppure *ex se* ad essere riportata nell'ambito applicativo del divieto per l'inconfigurabilità di un giudizio di equivalenza tra causa di matrimonio e funzione economico individuale.

Cassazione civile, sezione I, 10 luglio 2009, n. 16305

Pres. Vittoria – Rel. Ceccherini – P.M. Carestia – B.C. c. B.D. e Valdera Acciai s.r.l.

Promessa del fatto del terzo – Violazione di norma imperativa – Nullità – Mancata verifica del fatto del terzo – Conseguenze risarcitorie o indennitarie – Insussistenza – Individuazione del destinatario della promessa – Qualificazione del contratto – Contratto a favore del terzo – Irrilevanza

Il mancato avveramento della promessa del fatto del terzo non ha conseguenze risarcitorie quando tale promessa scaturisce da una clausola contrattuale nulla, in quanto apposta per aggirare norme imperative.

» SOMMARIO

1. Il caso – 2. Un chiarimento preliminare: i residui condizionamenti storici sul modello legale della promessa del fatto del terzo – 3. *Segue*: note minime sull'inquadramento sistematico e sul significato dell'istituto – 4. Gli equivoci nella decisione della Corte Suprema

Il fatto

Con preliminare di vendita del..., i fratelli B.C. e D. convennero che il primo avrebbe trasferito al secondo le sue partecipazioni nelle società Valdera Acciai s.r.l. (47,25 per cento) e Sider Valdera s.r.l. (50 per cento).

Nell'ambito di un più complesso regolamento contrattuale, un'apposita clausola prevedeva che «B.C. farà rassegnare immediatamente le dimissioni volontarie da parte dei propri familiari che sono dipendenti di Sider Valdera s.r.l., impegnandosi per l'obbligo degli stessi, e con rinun-

cia da parte di Sider Valdera s.r.l. al preavviso, con immediato pagamento delle loro spettanze».

Il... furono perfezionati i contratti di trasferimento delle quote, dopo che, a gennaio, la signora B.M., figlia del venditore, aveva rassegnato le dimissioni dalla Sider Valdera s.r.l.

Successivamente, tuttavia, la dipendente fece valere davanti al giudice del lavoro la nullità delle dimissioni, da lei rassegnate quattro mesi dopo il suo matrimonio, siccome non confermate davanti all'ufficio del lavoro. Pertanto, dichiarata con sentenza 9.2.2000 la nullità delle dimissioni ex art. 1, l. 9.1.1963, n. 7, la Valdera Acciai s.r.l., che nel frattempo aveva incorporato la Valdera Sider s.r.l., fu condannata al pagamento delle retribuzioni dalla data delle dimissioni fino al 22.10.1998, data del definitivo licenziamento.

Il signor B.D. e la Valdera Acciai, avvalendosi di una clausola compromissoria contenuta nel contratto, instaurarono un giudizio arbitrale nei confronti del signor B.C., siccome responsabile della violazione dell'impegno assunto contrattualmente nei confronti del terzo (allora Valdera Sider s.r.l.), e ne chiesero la condanna al risarcimento del danno nei confronti dello stipulante e del terzo. Il convenuto resistette alla domanda.

Con lodo sottoscritto il..., il collegio arbitrale respinse tutte le domande. Gli arbitri esclusero la legittimazione ad agire di Valdera Acciai, qualificando la fattispecie come promessa del fatto del terzo e negando che la promessa medesima fosse stata fatta a vantaggio della società, e respinsero la domanda risarcitoria di B.D. per mancanza di prova della negligenza del promittente, rilevando che questi non aveva chiesto l'indennizzo per il mancato compimento del fatto del terzo ex art. 1381 c.c.

La Corte d'Appello di Firenze, con sentenza 4.7.2003, accogliendo l'impugnazione proposta dalle parti rimaste soccombenti nel procedimento arbitrale, dichiarò la nullità del lodo, e condannò B.C. al risarcimento dei danni subiti dalla Sider Valdera, liquidati in Euro 56.766,12, oltre agli accessori. La Corte, premesso che la clausola in contestazione conteneva indubbiamente la promessa da parte del venditore del fatto (dimissioni volontarie) del terzo (sua figlia) dalla società Sider Valdera, estranea al contratto, ritenne tale società destinataria del diritto alla prestazione promessa e, per quel che qui ancora rileva, che nella pattuizione nessun profilo di illiceità fosse mai emerso.

Per la cassazione della sentenza, non notificata, il signor B.C. ricorre con atto notificato il 16.1.2004, articolato in cinque mezzi d'impugnazione, illustrato anche con memoria.

Il signor B.D. e la Valdera Acciai s.r.l. da lui rappresentata resistono con controricorso, notificato il 25.2.2004, e con memoria.

La motivazione

Dei cinque mezzi d'impugnazione articolati dal ricorrente, il quarto ha carattere preliminare e, come si vedrà, assorbente, e merita pertanto di essere esaminato con priorità.

Con esso si censura l'affermazione della Corte territoriale, che nessun profilo d'illiceità fosse emerso nell'accordo in discussione, sebbene lo stesso fosse diretto ad eludere l'applicazione della l. 9.1.1963, n. 7, art. 1, che sanziona con la nullità le dimissioni presentate dalla lavoratrice nel periodo fra la pubblicazione di matrimonio e il decorso di un anno dalla celebrazione, salvo che siano confermate entro un mese all'ufficio del lavoro. I contraenti sapevano che la società non poteva licenziare la dipendente nell'anno successivo al matrimonio, e che un obbligo in tal senso non sarebbe stato coercibile, e avevano voluto eludere il precetto, sicché l'impugnata sentenza aveva finito col garantire alla società il rimborso di quanto aveva dovuto pagare per aver violato una norma imperativa, sebbene la nullità fosse rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

La censura è fondata.

La l. 9.1.1963, n. 7, art. 1 (oggi d.lg. 11.4.2006, n. 198, art. 35), dopo aver affermato la nullità delle clausole di qualsiasi genere, contenute nei contratti individuali e collettivi, o in regolamenti, che prevedano comunque la risoluzione del rapporto di lavoro delle lavoratrici in conseguenza del matrimonio (1° co.), la nullità dei licenziamenti a

causa di matrimonio (2° co.), e la presunzione che il licenziamento della dipendente – nel periodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segua la celebrazione, a un anno dopo la celebrazione stessa – sia stato disposto per causa di matrimonio (3° co.), aggiunge che sono nulle le dimissioni presentate dalla lavoratrice nel periodo di cui al precedente comma. La disposizione dimostra in tal modo la volontà del legislatore di equiparare in tutto le dimissioni della lavoratrice al licenziamento da parte del datore di lavoro, accomunate – le une e l'altro – dalla presunzione d'illiceità del motivo e dalla sanzione della nullità. Secondo il consolidato orientamento di questa Corte (Cass., 14.7.1984, n. 4144), si tratta di un'ipotesi di nullità per contrarietà a norme imperative poste a tutela della donna in osservanza di principi costituzionali (art. 37 Cost.: tal è quella che vieta di porre fine al rapporto di lavoro subordinato della donna per causa di matrimonio), e per motivo illecito per presunzione di legge (tal è quello all'origine della cessazione del lavoro subordinato della donna nel termine indicato dalla norma). Nella fattispecie, secondo la ricostruzione della Corte territoriale e secondo quanto è pacifico in causa, la lavoratrice in questione non poteva essere licenziata dalla società della quale era dipendente, non essendo decorso ancora un anno dalla celebrazione del suo matrimonio, e le parti del contratto si indussero a pattuire la clausola, con la quale il venditore delle quote sociali prometteva le dimissioni della figlia dalla società partecipata, all'esclusivo scopo – e sulla base dell'errata supposizione circa la distinzione tra licenziamento vietato e dimissioni consentite – di conseguire attraverso le dimissioni volontarie della lavoratrice quanto era vietato ottenere attraverso il licenziamento. La clausola, con la quale il venditore si impegnava per le dimissioni della lavoratrice, nulle per violazione di norme imperative e illiceità del motivo presunto per legge, aveva pertanto ad oggetto una prestazione vietata dalla legge, ed era conseguentemente nulla.

Ai fini della controversia che qui interessa non rileva invece il fatto che le dimissioni potevano essere confermate, entro un mese, dalla lavoratrice all'ufficio del lavoro, e che in tal caso la sanzione di nullità sarebbe stata inoperante. La relativa previsione, nell'ultima parte del 4° co. dell'art. 1, l. n. 7 del 1963, è dettata dall'esigenza di evitare che un divieto, posto a tutela esclusiva della lavoratrice, possa in alcuni casi tradursi in un danno per la stessa parte protetta, impedita a dimettersi volontariamente per ragioni del tutto estranee al suo precedente matrimonio: la norma non attribuisce perciò al datore di lavoro o ad altri alcuna legittima aspettativa tutelata. Si tratta di una fattispecie che nel caso in esame non si è realizzata, contemplata da una norma della quale la parte promissaria non ha titolo per avvalersi. La circostanza dell'omessa conferma delle dimissioni, nel modo indicato dalla legge, ha il solo effetto di confermare la nullità iniziale di esse, da attribuirsi alla causa del matrimonio e perciò presentate in violazione di norma imperativa.

Il punto ha rilievo decisivo nella sentenza impugnata. La controversia, infatti, verte sulle conseguenze risarcitorie o indennitarie che deriverebbero dalla mancata verifica del fatto del terzo, promesso con la clausola nulla in esame (dimissioni della lavoratrice). La Corte territoriale si è limitata a questo proposito a negare l'illiceità della clausola, senza tener conto del divieto legale che si intendeva aggirare, incorrendo così nel vizio di legittimità, denunciato con il mezzo d'impugnazione; punto che non è influenzato dal dibattito sull'individuazione del destinatario della promessa (altro contraente, o società terza, con le relative implicazioni in tema di qualificazione del contratto a favore del terzo, le quali hanno avuto largo spazio nel contraddittorio), e che comporta in ogni caso la cassazione della sentenza.

La causa, peraltro, può essere decisa anche nel merito, non richiedendosi a tal fine ulteriori accertamenti, con il rigetto delle domande proposte da B.D. e Valdera Acciai s.r.l. in via d'impugnazione del lodo sottoscritto il... dagli arbitri. Quelle domande suppongono, infatti, la validità della clausola in questione, e la conseguente responsabilità dell'odierno ricorrente per il mancato compimento del fatto del terzo da lui promesso; mentre la nullità della clausola posta a fondamento delle

domande comporta l'inesistenza di un titolo di responsabilità a questo riguardo. Questo rilievo assorbe ogni altro profilo di legittimità e di merito della causa.

Nel fatto che la conoscenza della nullità della clausola fosse imputabile ad entrambe le parti del contratto (del quale anche la società datore di lavoro intendeva avvalersi) si ravvisano giusti motivi per la compensazione delle spese dell'intero giudizio.

1. Il caso

Con contratto preliminare di vendita i fratelli Tizio e Caio convennero che il primo avrebbe trasferito al secondo le proprie quote della società Alfa e della società Beta. Contestualmente Tizio prometteva che avrebbe fatto in modo che sua figlia Tizietta, dipendente della Beta, rassegnasse le dimissioni dalla società. Dopo la stipulazione del definitivo Tizietta rassegnava le proprie dimissioni ma successivamente agiva in giudizio per farne dichiarare la nullità perché rese dopo soli quattro mesi dal proprio matrimonio e non confermate innanzi all'ufficio del lavoro, dunque in ragione del contrasto con l'art. 1, l. n. 7/1963 (ora **art. 35, d.lg. 11.4.2006, n. 198**). Il Tribunale del lavoro adito accoglieva la domanda dichiarando la nullità delle dimissioni.

Caio e la società Alfa, incorporante la Beta, quest'ultima quale terza beneficiaria della promessa, promuovevano quindi procedimento arbitrale per far valere la responsabilità di Tizio, promittente il fatto del terzo (le dimissioni di Tizietta). Il Collegio escludeva la legittimazione attiva della Alfa sulla base della ritenuta inconfigurabilità di una promessa del fatto del terzo a favore del terzo (la Beta, poi incorporata dalla Alfa) mentre rigettava la domanda risarcitoria per assenza di prova della negligenza, escludendo pure l'indennizzo perché non specificamente richiesto.

La Corte d'Appello di Firenze, investita dell'impugnazione del lodo, ne dichiarava la nullità e, accertando la liceità della promessa del fatto del terzo, la deviazione dell'effetto in capo al terzo (società Beta) nonché l'inadempimento di Tizio, condannava questo, conseguentemente, al risarcimento del danno in favore della società Alfa.

La Suprema Corte, in decisione del ricorso proposto da Caio, sentenziava:

- 1) che l'art. 1, l. n. 7/1963 contiene il divieto di licenziamento della donna nell'anno successivo al matrimonio ed estende tale tutela anche alle dimissioni, che sono nulle se rese nel predetto periodo laddove non confermate innanzi all'Ufficio del lavoro;
- 2) che la mancata conferma delle dimissioni innanzi all'Ufficio del lavoro attesta che la nullità delle dimissioni rese da Tizietta sta nella causa di matrimonio;
- 3) che l'accordo contenente la promessa del fatto del terzo era diretto ad eludere l'applicazione dell'art. 1, l. n. 7/1963. Ciò in quanto i contraenti sapevano che la società Beta non avrebbe potuto licenziare Tizietta, che un suo obbligo a dimettersi non

(1) PACCHIONI, *La promessa del fatto di un terzo*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, 549; G. STOLFI, *La promessa di un fatto di un terzo*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I, 203; ALLARA, *Natura giuridica dell'obbligazione del fatto altrui*, *ivi*, 1929, I, 416; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, a cura di Crifò, rist. 2ª ed., Napoli, 1994, 550; SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano-Varese, 1955; STASI, *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 69; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 274; BRIGANTI, *La fideiussione e la promessa del fatto del terzo*, Napoli, 1981; CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1983; CARRESI, *Il contratto*, II, in *Tratt. Cicu e Messineo*, XXI, Milano, 1987, 671; ALCARO, *Promessa dell'obbligazione del terzo*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988,

P.Q.M.

La Corte accoglie il quarto motivo del ricorso, e dichiara assorbiti tutti gli altri; cassa l'impugnata sentenza e, decidendo nel merito, rigetta le domande proposte davanti alla Corte d'Appello in via d'impugnazione del lodo arbitrale sottoscritto il...; dichiara compensate tra le parti le spese dell'intero giudizio.

Omissis.

sarebbe stato coercibile, di talché escogitavano l'operazione in concreto posta in essere per eludere il divieto di legge.

2. Un chiarimento preliminare: i residui condizionamenti storici sul modello legale della promessa del fatto del terzo

La valutazione della sentenza che si annota offre lo spunto per un preliminare chiarimento di ordine dogmatico sulla figura della promessa del fatto del terzo⁽¹⁾. Ciò in quanto riteniamo che lo schema legale offerto dall'art. 1381 dell'attuale codice civile tuttora paghi sul piano della coerenza sistematica antichi condizionamenti storici.

L'attuale fattispecie prefigura il caso in cui un soggetto promette l'obbligazione o il fatto di un terzo, prevedendo, per il caso di rifiuto del terzo o di mancato compimento del fatto, l'obbligo per il promittente (non già di risarcire bensì) di indennizzare il promissario.

Prescindendo dai problemi di ordine strutturale legati all'impiego del termine "promessa", dunque dal dibattito sulla unilateralità o bilateralità del negozio e sulle modalità del suo perfezionamento, la questione che qui più interessa è quella che ancor oggi impegna la dottrina specialistica, concernente l'individuazione della natura dell'obbligo gravante sul promittente e conseguentemente del suo contenuto: se consistente in un comportamento, se, in tal caso, questo esaurisca il contenuto dell'obbligo, se invece l'adempimento passi anche o solo tramite l'assunzione dell'obbligo o il compimento del fatto da parte del terzo; se, infine, l'obbligo consista, seppur condizionatamente al mancato compimento del risultato, pure nell'indennizzo a ristoro del pregiudizio subito dal promissario. Ciò evidentemente condiziona la risposta al quesito sulla natura e sul senso del rimedio legale predisposto per l'inattuazione del risultato programmato.

Deve chiarirsi innanzitutto quale problema risolva la previsione in commento; dove in sostanza risieda il suo valore normativo, se nel riconoscimento del fenomeno, altrimenti inammissibile, se, invece, nella sua configurazione, nella sua particolare disciplina. Notoriamente nel diritto romano il rigido formalismo caratterizzante il sistema dello *jus civile* si manifestava anche nell'assoluta intangibilità della sfera giuridica altrui postulandosi da un lato l'inconfigurabilità di negozi con effetti, ancorché favorevoli, verso terzi, dall'altro la negazione di ogni forma di dissociazione tra parte formale e sostanziale. La promessa del fatto del terzo risul-

82; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 120; F. MASTROPAOLO, *Promessa del fatto altrui, garanzie personali e sindacato di voto*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, 747; MARELLA, *Promessa del fatto del terzo*, in *Digesto civ.*, VIII, Torino, 1997, 381; CHECCINI, *La promessa del fatto del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 6, 605; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2001, 572; CHERUBINI, *Indennizzo e risarcimento nella promessa del fatto del terzo*, in *Danno e resp.*, 2003, 728; D'ARCANGELO, *La promessa del fatto del terzo*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 1016; LANZANI, *Promessa del fatto del terzo: l'indennizzo è ancora risarcimento*, in *Danno e resp.*, 2007, 894; DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Milano, 2008, 150.

ta, in tale contesto, inconfigurabile, anche come impegno dei soli stipulanti⁽²⁾.

L'assolutezza del principio di intangibilità si attenua sì in età intermedia ove si ammette ad esempio la rappresentanza e la gestione di affari ma tutti gli istituti che comportano una qualche deviazione dell'efficacia verso terzi o l'ingerenza nell'altrui sfera patrimoniale o personale rimangono eccezionali fino alle recenti codificazioni. Domat⁽³⁾, così, pur esponendo diffusamente la disciplina della rappresentanza, della tutela e della curatela, dell'assenza, della gestione d'affari, sottolinea più volte l'efficacia esclusiva del contratto per le parti. Nel «Titre» ov'è consegnata la disciplina «des procurations»⁽⁴⁾ ed in quello dedicato a «l'obligation des cautions ou fidéjusseurs»⁽⁵⁾ l'Autore ha poi cura di evidenziare la differenza tra il fenomeno della sostituzione e della garanzia da un lato e quella del consiglio, della raccomandazione, della sollecitazione del fatto altrui dall'altro che, in linea di principio, non impegnano l'autore né come fideiussore né come procuratore.

Tale «naturale extragiuridicità» si troverà tradotta nell'argomento della non serietà dell'impegno del fatto altrui, sul quale pure origina la primordiale idea della non impegnatività di tali promesse.

La promessa del fatto del terzo, soprattutto nella sua genesi, incontra quindi tre tipi di problemi legati tutti al traluzio principio di intangibilità della sfera giuridica altrui: il primo è quello di capire se una promessa di tal fatta sia qualificabile seria, quindi giuridicamente vincolante; il secondo è di comprendere se l'istituto possa conciliarsi con il principio di relatività; il terzo consiste nel raccordare il fenomeno con il principio di possibilità dell'oggetto della prestazione.

Tali dubbi si trovano già sciolti in Pothier⁽⁶⁾ il quale ravvisa nella promessa del fatto del terzo un impegno del solo promittente che garantisce il fatto altrui con la conseguenza del risarcimento del danno per l'ipotesi in cui il terzo non compia il fatto promesso. È ritenuto chiaro nel pensiero di Pothier come la promessa corrisponda ad un valido negozio compatibile appieno col principio di relatività del contratto, posto che l'obbligo grava integralmente sul promittente ed ha per contenuto, perfettamente possibile, l'assicurazione del compimento del fatto del terzo.

Il chiarimento di Pothier non trova tuttavia adeguato sviluppo nel code Napoleon ome, all'art. 1120, dopo l'affermazione conte-

nuta nella disposizione dell'art. 1119 dell'intangibilità della sfera giuridica altrui⁽⁷⁾, da integrare col disposto dell'art. 1134⁽⁸⁾ e con quello dell'art. 1165⁽⁹⁾, si legge: «Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement».

La regola, per come è formulata, sembra introdurre una eccezione al principio di intangibilità⁽¹⁰⁾: la validità della promessa del fatto del terzo è condizionata all'impegno a corrispondere una indennità per il caso in cui manchi la ratifica o il terzo rifiuti di impegnarsi.

Analogamente appare la formulazione del codice Pisanelli ove all'art. 1129 si legge: «Può taluno obbligarsi verso un altro, promettendo il fatto di una terza persona. Tale promessa dà soltanto diritto ad indennità verso colui che si è obbligato, o che ha promesso la ratifica del terzo, se questi ricusa di adempiere l'obbligazione». Inizialmente dunque la previsione legale del code Napoleon, riprodotta (con la formula «permissiva») nel codice civile italiano del 1865, sembra voler risolvere il dubbio sulla serietà della promessa, contemperando l'istituto con l'operatività del principio di relatività e la necessità del requisito della possibilità dell'oggetto. Sia la collocazione topografica (nella Section première, Du Consentement, dopo la regola dell'art. 1119 sul principio di esclusività e prima di quella dell'art. 1121 sul contratto a favore di terzo; sistemazione riprodotta nel codice Pisanelli), sia la formulazione impiegata danno luogo ad una figura per molti versi ambigua che non riesce a scrollarsi del tutto di dosso l'originaria concezione della «promessa a carico del terzo». Il chiarimento – già del Pothier – nel senso che il terzo, il cui fatto o il cui obbligo si prefigura, rimane tale, giacché (nessun diritto o aspettativa giuridicamente tutelata acquista nei suoi confronti il promissario e) l'unico obbligato resta il promittente, avrebbe dovuto condurre da un lato all'abbandono dell'idea del fenomeno come consistente in un obbligo a carico del terzo, dall'altro ad affermarne la piena compatibilità con il principio di esclusività/intangibilità rispetto al quale non si propone in rapporto di antinomia, come eccezione; dall'altro ancora, infine, a postulare dal riconoscimento della (piena e non eccezionale) rilevanza dell'istituto, la naturale conseguenza per il caso di inadempimento del dovere programmato: la regola dell'indennità invece tradisce l'incertezza del legislatore che si è mosso per un verso collegando cautelativamente l'isti-

(2) Ne dà conto G. STOLFI, *op. cit.*, 203.

(3) DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, nouv. ed., 1771, 17: «Comme les conventions se forment par le consentement, personne ne peut en faire pour un autre, s'il n'a pouvoir de lui. Et on ne peut encore moins faire préjudice par des conventions à des tierces personnes». E, ancora: «Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites».

(4) DOMAT, *op. cit.*, 108: «Il faut distinguer les procurations, mandements et commission où l'on donne une charge expresse, avec dessein de former une convention qui oblige, et les manières d'engager par un conseil, par une recommandation, ou par d'autre voies qui ne renferment aucun dessein de former une convention; ma qui regardent seulement l'intérêt de la personne à qui le conseil est donné, ou celui d'une personne qu'on recommande; et qui laissent la liberté entière de faire ou ne pas faire ce qui est conseillé, ou ce qui est recommandé. Car dans ce cas il ne se forme point d'engagement et celui qui suit un conseil, ou qui accorde quelque chose à une recommandation, ne s'attend pas qu'on lui réponde de l'événement; mais s'il y a avoir du dol de la part de celui qui conseille, ou qui recommande; ou s'il engage à quelque perte qu'on puisse lui imputer, comme s'il fait prêter de l'argent à un inconnu, à qui on ne prête que sur l'assurance qu'il donne qu'on sera bien payé, il en répondra».

(5) DOMAT, *op. cit.*, 186: «L'engagement des fidejusseurs consiste en ce qu'ils s'obligent en leurs noms, pour répondre de l'effet de l'obligation

dont ils se rendent cautions. Mais ceux qui sans dessein de s'engager, recommandent celui qui doit s'obliger, ou conseillent de traiter avec lui, ne rendent pas par-là cautions; a moins qu'il n'y eût de leur part une mauvaise foi, ou d'autres circonstances qui dussent les rendre garans de l'événement».

(6) POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, trad. it., Livorno, 1841, nn. 5, 65, 75.

(7) Art. 1119: «On ne peut en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom que pour soi-même».

(8) Art. 1134: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi pour les parties».

(9) Art. 1165: «Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121».

(10) Per questo è criticata dalla dottrina più attenta. V. in tal senso già PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1902, 316, il quale segnala il carattere «défectueuse de la loi» («Néanmoins on peut...») segnalando «come cette façon de présenter les choses est inexacte: celui qui se porte fort pour un autre ne promet nullement le fait d'autrui; il promet son propre fait et s'engage personnellement sans engager autrui; il y a donc là une application pure et simple de la règle, et non pas une exception». Anche l'Autore sottolinea come il contenuto dell'obbligo sia quello di «rapporter la signature d'un autre» il quale è chiamato «à prendre pour lui le contrat qui a été fait, à ratifier».

tuto alla rappresentanza, per un altro “contemperando” i diversi principi e regole richiamati che, a rigore, non risultavano un vero ostacolo alla piena ed autonoma configurabilità della promessa del fatto del terzo.

Il riferimento all'indennizzo, in luogo del risarcimento, sembra quindi giustificarsi per questo incerto riconoscimento ed anche per il collegamento dell'istituto al fenomeno della rappresentanza: la promessa del fatto del terzo, nella sua originaria configurazione, non appare in sostanza come obbligazione del solo promittente giacché questa, mercé la ratifica, può esser deviata in capo al terzo che così della promessa diviene parte sostanziale. Tale configurazione, che non trova correzioni nella letteratura sul code, dove anzi la promessa è proposta per lo più come promessa «de faire ratifier»⁽¹¹⁾, seppur giustifica l'impiego del rimedio dell'indennizzo, dà luogo ad una figura assai ambigua che sembra muoversi nel contesto dogmatico della rappresentanza e dunque della ratifica o dell'approvazione. La regola dell'indennizzo trova maggiore giustificazione e fa pendant con la disciplina della responsabilità precontrattuale che incontra il *falsus procurator* per il caso di mancato recupero dell'atto dal medesimo posto in essere. Tutto ciò però a scapito dell'autonomia dell'istituto.

Tale commistione di profili si ritrova nelle altre codificazioni continentali. Nel § 881 ABGB austriaco; nell'art. 111 del codice svizzero, che disciplina la promessa del fatto del terzo, definita a carico del terzo, con formulazione analoga all'art. 1381 c.c.

Nelle diverse previsioni la legittimazione della promessa del fatto del terzo appare come deroga al principio di esclusività del contratto o alla regola della possibilità dell'oggetto.

3. Segue: note minime sull'inquadramento sistematico e sul significato dell'istituto

La considerazione del nostro nuovo codice evidenzia problemi di coerenza sistematica dell'istituto configurato nell'art. 1381 c.c. Il nuovo significato del principio di relatività⁽¹²⁾, il passaggio dunque dall'idea dell'intangibilità al principio di protezione della

sfera giuridica altrui⁽¹³⁾, la possibilità per i privati di conformare il contenuto negoziale nei limiti della liceità e della meritevolezza (art. 1322 c.c.), il passaggio al concetto di prestazione come qualsiasi utilità suscettibile di valutazione economica purché rispondente all'interesse anche non patrimoniale del creditore⁽¹⁴⁾, la possibilità dunque di configurare liberamente il contenuto dell'obbligazione anche con riferimento al *praestare*; l'idea di possibilità dell'oggetto del contratto e dell'obbligazione come svincolabile dal comportamento⁽¹⁵⁾; tutto ciò dà un senso peculiare alla regola in commento, che appare non al passo con l'evoluzione del sistema. La previsione dell'art. 1381 c.c. non ha più il senso di giustificare l'istituto ma solo quello di disciplinarlo con la regola (antistorica) dell'indennizzo.

Alla luce dell'evoluzione del sistema appare chiaro come il senso effettivo dell'art. 1381 c.c., al di là delle intenzioni del codificatore⁽¹⁶⁾, non possa essere il medesimo del suo archetipo: il valore normativo della disposizione non sta tanto nel riconoscimento dell'istituto quanto piuttosto nella sua peculiare configurazione che risulta dalla regola rimediabile dell'indennizzo.

In mancanza dell'art. 1381 c.c. non potrebbe invero dubitarsi dell'ammissibilità di una promessa del fatto del terzo⁽¹⁷⁾; il problema del contenuto dell'obbligo (se di mezzi o di risultato)⁽¹⁸⁾ sarebbe mera questione interpretativa ed il profilo rimediabile sarebbe da determinare con riferimento alle regole generali sull'inadempimento dell'obbligazione. La previsione dell'indennizzo – in luogo del risarcimento – origina invece problemi ricostruttivi tuttora aperti.

Tale disciplina appare invero del tutto singolare viepiù in considerazione dell'abbandono ad opera del nuovo codificatore di ogni riferimento al fenomeno della rappresentanza⁽¹⁹⁾ (riferimento invece rimasto nel code civil ove perciò ancora l'istituto è rappresentato come ipotesi di sostituzione, tant'è che alla «ratification» segue l'imputazione, con effetto retroattivo, del contratto stipulato dal «porte-fort»⁽²⁰⁾).

Ben comprensibili appaiono quindi le difficoltà della dottrina nella ricostruzione dell'istituto in coerenza con le rinnovate linee

⁽¹¹⁾ V. in tal senso BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, II, Paris, 1889, 565, il quale prosegue affermando che «le porte fort s'engage à procurer la ratification du tiers dont il a promis le fait...; le porte fort ne garantit pas l'exécution de la promesse qu'il a faite pour autrui; il ne garantit que la ratification de cette promesse» (nostro corsivo). V. sulla questione con riferimento anche all'obbligo de «rapporter la ratification du tiers», ZACHARIAE, *Cours de droit civil*, II, Strasbourg, 1844, 478.

⁽¹²⁾ Su cui per tutti G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970.

⁽¹³⁾ V. per tutti DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.

⁽¹⁴⁾ OSTI, *Contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1957, 503.

⁽¹⁵⁾ L'impostazione tradizionale del problema – dunque la primordiale idea della promessa del fatto altrui come obbligo di *facere* – risente, segnala SCALFI, *op. cit.*, 38, anche della classica configurazione dell'oggetto dell'obbligazione come legata al contegno, al comportamento del debitore.

⁽¹⁶⁾ La formulazione dell'art. 1381 appare in ogni caso diversa da quella dell'art. 1129 cod. Pisanelli giacché si abbandona la norma permissiva *ivi* contenuta, prevedendosi unicamente la regola dell'indennizzo per la mancanza del fatto del terzo, dandosi per scontata l'ammissibilità dell'istituto senza alcunché esplicitare in merito al suo rapporto con altri principi e regole.

⁽¹⁷⁾ *Contra* Salv. ROMANO, *Proposta irrevocabile e promessa unilaterale*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, IV, Milano, 1969, 1121.

⁽¹⁸⁾ Sul dibattito classico sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato e sulla natura “soggettiva” o “oggettiva” della responsabilità contrattuale v. per tutti: MENGONI, *Obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 65; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955; SCHLESINGER, *Ri-*

flessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1273; RODOTÀ, *Diligenza*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 539; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1967; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 292; CASTRONOVO, *art. 1176, n. 5*, in *Comm. Cendon*, Torino, 1991, 20; RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 179; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, XVI, 2, Milano, 1984, 75; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 45; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 6; PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 36; FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, *passim*; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, 452; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990, 54; RAVAZZONI, *Diligenza*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1990, 2; DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, 397; FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, 1339.

⁽¹⁹⁾ Non appare condivisibile l'opinione di SCALFI, *op. cit.*, 7, che giudica equivalenti le formulazioni dell'art. 1381 c.c. e dell'art. 1129 cod. Pisanelli, concludendo per la perdurante attualità di tutti gli studi sulla vecchia disposizione.

⁽²⁰⁾ V. tra gli studi più recenti: CHOUBANI-SALAH, *La promesse de porte-fort: étude comparative*, Nantes, 1998; HADJ KHALIFA, *La promesse de porte-fort*, Aix, 1997; HONORAT, *Engagement du porte-fort – Caractère personnel et autonome – Portée. observations sous 1re Civ., 25 janvier 2005*, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 2005, 908; SAVAUX, *Observations sous Com., 13 décembre 2005*, *Bull.*, IV, n° 256, 283, *ivi*, 2006, 414; A. VIANDIER, *Observations sous Com., 23 janvier 2007*, in *Revue des sociétés*, 2007, 315.

del sistema: e ciò in quanto, se non si vuole far luogo ad una interpretazione correttiva, equivalente però nella sostanza ad una *interpretatio abrogans*⁽²¹⁾, è necessario sempre considerare la regola dell'indennizzo nel test di tenuta argomentativa della tesi proposta.

Secondo un orientamento la promessa del fatto del terzo è da intendere come obbligazione di *facere*⁽²²⁾: il promittente sarebbe tenuto a compiere tutte le attività necessarie a far sì che il terzo compia il fatto o assuma l'obbligazione. La tesi, pur trovando riscontro nell'idea più comune di obbligazione, nel senso di condotta finalizzata ad un dato risultato⁽²³⁾, sembra soffrire ancora le antiche difficoltà concettuali di concepire un'obbligazione con un contenuto concretato da un comportamento di un soggetto diverso dal promittente. La tesi pare però smentita dalla formula dell'art. 1381 c.c. e non spiega la ragione della limitazione della responsabilità al mero indennizzo⁽²⁴⁾, che non avrebbe ragione di sostituire il pieno risarcimento posto che il promittente risponderrebbe per un proprio comportamento⁽²⁵⁾. La costruzione dunque mal si concilia con lo schema legale: è certo possibile che i privati disegnano la promessa del fatto del terzo come obbligo di mezzi; tuttavia si tratta in tal caso di una deviazione dal modello legale la cui spiegazione rimane ancora incompiuta⁽²⁶⁾. Per altro indirizzo la promessa del fatto del terzo concreta invece un'obbligazione di risultato⁽²⁷⁾. Si è detto però che la regola sull'indennizzo non si giustifica in presenza della generale possibilità di concepire obbligazioni anche di mero risultato sicché può apparire asistematica l'idea della promessa del fatto del terzo come ipotesi speciale di obbligazione di risultato caratterizzata dalla peculiare (ed appunto irragionevole) disciplina della limitazione della responsabilità.

Ancora la promessa del fatto altrui è costruita come obbligo di indennizzo sotto la condizione sospensiva, negativa e casuale,

⁽²¹⁾ In questa direzione si orienta SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, 48, che propone, per l'appunto, di intendere l'impiego del termine "indennizzo" come "risarcimento".

⁽²²⁾ PACCHIONI, *op. cit.*, 549; MESSINEO, *Contratto*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1961, 784. In giurisprudenza v.: **Cass.**, 11.11.1992, n. 12118, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1463; **Cass.**, 21.6.1991, n. 6984, in *Mass. Giur. it.*, 1991; **Cass.**, 27.2.1980, n. 1379, in *Giust. civ. mass.*, 1980, 2; **Cass.**, 13.11.1974, n. 3601, in *Mass. Giur. it.*, 1974; **Cass.**, 31.1.1968, n. 315, in *Giur. comm.*, 1968, I, 606.

⁽²³⁾ Si vedano M. GIORGIANNI, *Obbligazione* (diritto privato), in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 581; RESCIGNO, *Obbligazioni* (diritto privato), in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 184; A. DI MAJO, *op. cit.*, 72 ss.

⁽²⁴⁾ V. ad es. **Cass.**, 11.11.1992, n. 12118, cit.: «La promessa del fatto del terzo integra un'autonoma obbligazione del promittente verso il promissario, avente ad oggetto un *facere*, cioè un obbligo di attivarsi presso il terzo perché questi assuma l'obbligazione o compia il fatto promesso, con la conseguenza che il solo fatto della mancata prestazione da parte del terzo, promessa dal promittente al promissario, determina l'obbligo del primo di risarcire il secondo, nei limiti previsti dall'art. 1381 c.c., risultando indifferente che il mancato raggiungimento delle finalità concrete previste dalle parti sia conseguenza diretta del rifiuto da parte del terzo, ovvero dell'imperfetta trasmissione al terzo da parte del promittente della richiesta di adempimento».

⁽²⁵⁾ Per questo motivo, SACCO, *op. cit.*, 48, ha proposto di intendere il termine «indennizzo» nel senso di «risarcimento».

⁽²⁶⁾ Già SCALFI, *op. cit.*, 10, segnalava come un'obbligazione «di usare ogni cura per indurre il terzo a compiere un dato atto o ad obbligarsi» è estranea allo schema dell'art. 1381 c.c., pur risultando ammissibile trattandosi di una comune obbligazione disciplinata dalle generali regole.

⁽²⁷⁾ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 120. In giurisprudenza v.: **Cass.**, 7.1.1975, n. 19, in *Arch. civ.*, 1975, 513; **Trib. Venezia**, 8.7.1991, in *Foro padano*, 1992, I, 92; **Trib. Nola**, 14.3.2005, in *Contr.*, 2005, 609; **App. Firenze**, 4.7.2003, in *Gius.*, 2003, 2856.

⁽²⁸⁾ SCALFI, *op. cit.*, 47; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, 3ª ed., Torino, 1980, 329.

⁽²⁹⁾ **Cass.**, 15.7.2004, n. 13105, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2569: «Con la promessa del fatto del terzo, il promittente assume una prima obbligazione di *facere*, consistente nell'adoperarsi affinché il terzo tenga il comportamento

del non compimento del fatto del terzo⁽²⁸⁾. Sennonché altro è il piano della struttura dell'obbligo altro quello della disciplina. Precisazione che svela l'artificio posto in essere dalla dottrina in commento laddove appunto cerca di recuperare l'asistematicità della norma rimediabile sull'indennizzo trasponendola sul piano diverso del contenuto dell'obbligo.

La problematicità della regola sull'indennizzo, contrastante con la generale possibilità di concepire obbligazioni anche di mero risultato, porta la giurisprudenza⁽²⁹⁾ (ed autorevole ma minoritaria dottrina)⁽³⁰⁾ ad una costruzione peculiare della figura, operata da un lato mercè l'integrazione del modello legale, dall'altro attraverso la conseguente limitazione dell'ambito operativo dell'effetto rimediabile della fattispecie. La promessa è intesa sempre (non quale mero dovere di risultato ma) come impegno a tenere un comportamento affinché il terzo compia il fatto garantito e, se ciò nonostante questo non viene realizzato, come impegno di garanzia tradotto nell'obbligo di indennizzo. Ciò consente di affermare la soluzione secondo la quale, nel caso in cui il fatto non si compie per inadempimento del *facere* del promittente, la responsabilità sarebbe da intendersi disciplinata dalle regole generali sull'inadempimento; con ciò dunque sottraendo alla regola sull'indennizzo buona parte dell'ambito applicativo. La tesi tuttavia incontra le critiche già mosse alla costruzione precedentemente esposta. L'obbligo non ha infatti per contenuto l'indennizzo: il promissario ha interesse alla prestazione o al fatto del terzo mentre l'indennizzo è il ristoro (parziale) che, come il risarcimento⁽³¹⁾, opera in caso di inadempimento/inattuazione del risultato programmato.

La tesi appare non condivisibile anche perché configura ogni promessa del fatto del terzo come di mezzi. La giurisprudenza stessa tuttavia qualifica l'obbligo di *facere* come impegno «strumentale»⁽³²⁾ rispetto a quello (principale) di risultato. Con ciò

promesso, onde soddisfare l'interesse del promissario, ed una seconda obbligazione di *dare*, cioè di corrispondere l'indennizzo nel caso in cui, nonostante si sia adoperato, il terzo si rifiuti di impegnarsi. Ne consegue che, 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, ciò nonostante, 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»; **Cass.**, 19.12.2003, n. 19472, in *Arch. civ.*, 2004, 1204; in *Contr.*, 2004, 575; in *Gius.*, 2004, 2199; e in *Mass. giur. lav.*, 2004, 6, 14; **Cass.**, 24.1.2003, n. 1137, in *Arch. civ.*, 2003, 626; in *Contr.*, 2003, 977, con nota di C. LEO, *La promessa del fatto del terzo tra indennizzo e risarcimento*; in *Corriere giur.*, 2003, 294; in *Gius.*, 2003, 1051; e in *Notariato*, 2003, 235; **Cass.**, 5.9.1997, n. 8614, in *Contr.*, 1998, 20; **Cass.**, 20.12.1995, n. 12973, in *Mass. Giur. it.*, 1995. Ma v. pure: **Trib. Reggio Emilia**, 10.6.2003, in *Banca dati Platinum UTET*; **Trib. Bologna**, 20.9.2007, *ivi*; **App. Roma**, 8.11.2007, *ivi*; **App. Genova**, 19.4.2006, *ivi*.

⁽³⁰⁾ SACCO, *op. loc. ult. cit.*

⁽³¹⁾ Per la differenziazione qualitativa e non solo quantitativa v. tuttavia **Cass.**, 5.9.1997, n. 8614, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 1635; **Cass.**, 27.9.1996, n. 8522, *ivi*, 1996, 1330.

⁽³²⁾ V. ad es. **Cass.**, 24.1.2003, n. 1137, in *Guida dir.*, 2003, 12, 52: «La promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo genera, anche, un'autonoma obbligazione del promittente nei confronti del promissario, avente natura strumentale, essendo diretta a rendere possibile la condotta del terzo promessa, e ha a oggetto un *facere*, consistente nell'attivarsi presso il terzo affinché questi assuma l'obbligazione o compia il fatto promessi. Deriva, da quanto precede, pertanto, che se, nonostante l'adempimento dell'obbligo di fare spettante al promittente, si verifichi il rifiuto del terzo, il promissario resta comunque garantito dalla sicurezza di poter contare sul patrimonio del promittente, tenuto a corrispondergli l'indennizzo. Se, invece, il promittente venga meno all'obbligo di adoperarsi con la dovuta

però cade nella difficoltà di spiegare il diverso trattamento (cioè la maggiore responsabilità) postulata per la violazione dell'obbligo «strumentale» rispetto all'inattuazione del risultato promesso. Tale esito non si spiega infatti sulla base dell'art. 1381 c.c., per il quale l'indennizzo dovrebbe applicarsi a tutti i casi di mancanza del risultato previsto a prescindere dalla causa. La responsabilità piena del promittente deve piuttosto argomentarsi (non già artificiosamente modificando il modello legale, intendendo la promessa siccome automaticamente, in ogni caso come «complessa», cioè consistente in un obbligo di *facere* più un obbligo di risultato o di indennizzo, bensì) «accertando» l'assunzione dell'obbligo di *facere* integrativo (ex art. 1322, 2° co., c.c.) del contenuto minimo di cui all'art. 1381 c.c. di talché la responsabilità risarcitoria sarebbe da collegare in tal caso all'impegno di *facere* supplementare, non insito già nel contenuto del tipo legale «promessa del fatto del terzo»: seppur «strumentale» all'attuazione del risultato garantito l'obbligo di *facere* richiama una disciplina propria, ulteriore rispetto a quella dell'indennizzo riferita alla mera inattuazione del risultato.

Il modello legale sembra in ogni caso meglio rappresentato dalla costruzione⁽³³⁾ che intende la promessa del fatto del terzo come programmatico un obbligo di garanzia⁽³⁴⁾. Tuttavia la mancanza dell'obbligazione garantita porta ad evidenziare l'inconfigurabilità di un rapporto di accessorietà e ad intendere la garanzia stessa come *sui generis*, come obbligo di sicurezza⁽³⁵⁾.

L'oggetto della prestazione, come si evince pure dalla formula dell'art. 1381 c.c., non consiste in un *facere* specifico bensì in un obbligo di tipo «assicurativo». È ovvio comunque che il promittente sarà pur sempre tenuto, sulla base della buona fede, ad una condotta idonea, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio a lui riferibile, ad assicurare il risultato ma senza che ciò significhi che lo stesso sia obbligato, secondo diligenza, a far sì che il terzo compia quanto previsto.

Questa appare la rappresentazione del modello legale più coerente con l'impiego del rimedio dell'indennizzo. La spiegazione tuttavia non va disgiunta dal chiarimento storico-evolutivo, dal quale emerge come lo schema legale giammai possa ritenersi rigido ed immutabile, essendo ben più ampi i margini entro i quali può esprimersi l'autonomia dei privati qualora intendano porre il fatto o l'obbligazione del terzo a contenuto delle proprie stipulazioni.

Resta così impregiudicata la possibilità per i contraenti di inte-

grare il modello legale o deviare dallo stesso, con ciò determinando l'applicazione di regole supplementari o anche in sostituzione di quella rimediabile prevista dallo schema del tipo: ciò accadrà allorché le parti abbiano effettivamente previsto un obbligo di mezzi per la realizzazione del risultato e/o la sostituzione dell'indennizzo con il risarcimento⁽³⁶⁾. In tali casi, in luogo del rimedio prefigurato dall'art. 1381 c.c., opererà la generale disciplina sull'inadempimento risultando lo schema legale integrato (aggiunta di un obbligo di mezzi) o modificato (trasformazione dell'obbligo di garanzia in obbligo di risultato).

In ogni caso la promessa del fatto altrui resta fenomeno distinto dalla rappresentanza: il promittente rimane l'unico obbligato in virtù della promessa ed il terzo ancorché compia il fatto o assuma l'obbligazione non diviene⁽³⁷⁾ parte sostanziale della promessa⁽³⁸⁾. Il negozio del terzo resta su di un piano separato da quello della promessa.

4. Gli equivoci nella decisione della Corte Suprema

Sulla base del chiarimento svolto appare facile la valutazione degli argomenti sviluppati nella parte motiva della sentenza in commento⁽³⁹⁾.

Nel nostro caso la promessa del negozio del terzo è solo caratterizzata dall'aggiunta, rispetto allo schema legale, dell'obbligo di mezzi del promittente di adoperarsi per il conseguimento del risultato garantito. Ciò consente di apprezzare la giustezza della decisione della Corte d'Appello che, in accoglimento della domanda di Caio, aveva condannato Tizio non già al pagamento dell'indennizzo ma al risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento dell'obbligo di mezzi.

Il promittente Tizio non s'impegna «a faire ratifier»; il terzo non risulta dunque rappresentato né compie l'atto come ratifica, approvazione o adempimento della promessa, cui rimane totalmente estraneo: estraneo sia alla fase formativa, sia agli effetti.

La promessa del fatto altrui si iscrive in un'operazione complessa – cui il terzo è e resta estraneo – caratterizzata dalla prevalenza della *causa vendendi* espressa dalla cessione delle quote sociali: la promessa in parola appare mero patto accessorio di tale operazione negoziale di cui contribuisce a riempire il sinallagma.

Tra le dimissioni e la promessa del fatto del terzo non sussiste alcun tipo di collegamento negoziale sicché, anche per questo, non appare in alcun modo configurabile la tesi di una frode alla legge⁽⁴⁰⁾.

diligenza presso il terzo, e il rifiuto di quest'ultimo sia ricollegabile con rapporto di causalità, alla sua condotta negligente, al promissario sarà data la possibilità di avvalersi degli ordinari mezzi di tutela previsti dalla legge contro l'inadempimento delle obbligazioni, tra cui la tutela risarcitoria». E v. pure Cass., 24.1.2003, n. 1137, cit.

⁽³³⁾ La tesi è sostenuta da G. SCALFI, *op. cit.*, 74, ma v. già BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 44. Successivamente la tesi è stata sviluppata da BRIGANTI, *op. cit.*; A. MAZZONI, *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo* (nota a Trib. Milano, 30.5.1983), in *Banca borsa tit. cred.*, 1984, II, 334 ss., spec. 356 s.; F. MASTROPAOLO, *op. cit.*, 710 s.

⁽³⁴⁾ MARELLA, *op. cit.*, 387: «In realtà, l'art. 1381 c.c., innovando rispetto ai suoi precedenti codicistici, nega, come già l'art. 111 OR, ogni rilievo alla condotta del promittente, sia essa intesa come *facere* diligente del debitore, sia essa vista come comportamento finalizzato ad un risultato. Resta ferma, come si è già detto, la facoltà del promittente di configurare la propria prestazione come prestazione di *facere*, ma, in assenza di una espressa volontà delle parti in tal senso, l'indicazione che si trae dalla norma è tutt'altra».

⁽³⁵⁾ V. sulla questione da ultimo DAMIANI, *op. cit.*, 150 ss., che configura autonomamente l'obbligo di sicurezza rispetto a quello di garanzia.

⁽³⁶⁾ Le parti potranno anche predeterminare la misura dell'indennizzo (App. Roma, 30.11.1993, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 193, con nota di A. MORACE

PINELLI, *Promessa del fatto del terzo e clausola penale*) oppure la sua esclusione (Cass., 15.7.2004, n. 13105, cit.). Resta tuttavia da indagare, in tale ultimo caso, la compatibilità di una clausola di tal fatta con la regola dell'art. 1229 c.c.

⁽³⁷⁾ V. già Cass., 9.4.1990, n. 2965, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2359: «La promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo, contemplata dall'art. 1381 c.c., è configurabile quando il terzo non sia già giuridicamente vincolato ad assumere l'obbligo od a tenere il comportamento oggetto della promessa». V. pure Cass., 3.12.2001, n. 15235, in *Contr.*, 2002, 265; App. Firenze, 18.6.1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2849.

⁽³⁸⁾ In giurisprudenza per tutte v.: Cass., 14.2.2005, n. 2886, in *Guida dir.*, 2005, 16, 60.

⁽³⁹⁾ Sulla massima *nulla quaestio*: è chiaro che se la promessa del fatto del terzo è nulla non rileva il mancato compimento del fatto a fini indennitari o risarcitori. Il problema è che sussistono forti dubbi sulla correttezza del ragionamento del Supremo Collegio nell'opera di qualificazione del patto al suo esame.

⁽⁴⁰⁾ Sul tema, limitando la bibliografia ad indicazioni essenziali, v.: F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Padova, 1902; ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1911; CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943; G. PALERMO, *Il problema costitutivo della frode alla legge e il principio della irrilevanza dei motivi*, in *Gli allievi romani in memoria di Calasso*, Roma, 1967, 277; G. GIACOBBE, *La frode alla*

La sussistenza di una frode alla legge è da escludere, in effetti, a prescindere dall'indirizzo teorico che voglia utilizzarsi con riguardo a tale fenomeno.

A seguire l'indirizzo soggettivo⁽⁴¹⁾ – cui pare uniformarsi la Cassazione nella decisione in commento⁽⁴²⁾ – l'accertamento di una frode alla legge dovrebbe passare attraverso l'accertamento della realizzazione di un risultato “analogo” a quello vietato, accompagnato da un comune intento fraudatorio.

Senonché l'effetto della promessa del fatto altrui si sostanzia nell'obbligare il promittente ad attivarsi per ottenere il fatto delle dimissioni ed a garantire il realizzarsi di questo, il che non appare risultato “equivalente” (al licenziamento o) a quello di ritenere obbligato il terzo stesso al compimento del fatto.

È facile ancora rilevare che, sia al risultato ottenuto con la promessa sia alla *participatio fraudis* sono estranei i soggetti destinatari della prescrizione imperativa che si assume elusa (Tizietta e la società Beta).

Una *participatio fraudis* appare comunque inconfigurabile e ciò sia se si ritiene necessario accertare l'esistenza della finalità elusiva come ulteriore rispetto a quella sottesa al negozio mezzo, sia se si sostiene che la causa (fraudolenta) perseguita dai contraenti debba ritenersi lo scopo pratico unico perseguito dalle parti⁽⁴³⁾. Nel caso in questione il fine di far dimettere la dipendente (nel periodo indicato dall'art. 1, l. n. 7/1963) non esprime né tantomeno esaurisce la causa concreta della promessa che trova invece ragion d'essere nella descritta operazione di cessione delle quote sociali. Difetta inoltre nel caso di specie il requisito della comunanza del (presunto) scopo illecito/fraudatorio posto che, se è ragionevole presumere che il cessionario delle quote societarie avesse interesse alla fuoriuscita di Tizietta dalla società Beta (in ragione del matrimonio da poco contratto), è da escludere che tale motivo fosse lo scopo perseguito dal cedente per il quale la condivisione del medesimo fine alla base dell'ideazione della promessa del fatto del terzo era strumentale al perseguimento di un risultato pratico diverso da quello della controparte⁽⁴⁴⁾.

Emerge, in definitiva, nel caso di specie, dal concreto svolgersi dell'operazione negoziale, un interesse meritevole di protezione ulteriore rispetto a quello sotteso al realizzarsi del fatto del terzo: interesse che esclude con sicurezza una causa fraudolenta⁽⁴⁵⁾.

Ancor meno, a seguire l'indirizzo oggettivo, può ritenersi configurabile, nel caso di specie, una **frode alla legge**.

La promessa del fatto del terzo *ex se* non ha invero la forza di realizzare il risultato che si assume *contra legem* (la fuoriuscita

della dipendente dalla società) che rimane effetto di un atto distinto, autonomo, riconducibile ad un soggetto estraneo al patto che si assume in frode alla legge.

Tant'è vero che alla dipendente è bastato far accertare la nullità delle dimissioni per contrasto diretto delle stesse con la regola dell'art. 1, l. n. 7/1963, senza alcuna necessità di ulteriori accertamenti, senza necessità di dimostrare una frode mercé la promessa del fatto del terzo.

La considerazione della promessa del fatto altrui come negozio indiretto non riesce dunque a concretare l'ipotesi prefigurata dall'art. 1344 c.c., come inteso da parte della dottrina oggettiva⁽⁴⁶⁾.

Neppure l'idea di un collegamento negoziale, in effetti insussistente, o di una combinazione di atti⁽⁴⁷⁾, posta in essere per frodare la legge, riesce plausibile.

La Corte non si avvede che la «combinazione negoziale» in cui starebbe la frode si comporrebbe della promessa del fatto del terzo e delle stesse dimissioni, che però nell'ermeneusi della Cassazione sono già di per sé nulle per contrasto con lo stesso precetto che si asserisce esser stato eluso.

La promessa del fatto altrui mentre non riesce a surrogarsi al licenziamento vietato, nulla aggiunge alla valutazione delle dimissioni il cui risultato neppure può dirsi eluso, posto che viene in effetti direttamente realizzato proprio (non attraverso la combinazione bensì solo) mercé l'atto vietato.

Tutt'al più, ad intendere le dimissioni come (assolutamente) nulle (o la promessa del fatto altrui come avente ad oggetto le dimissioni per causa di matrimonio), dovrebbe qualificarsi la promessa del fatto del terzo nulla (o, per il caso in cui il contenuto dell'obbligo sia di mera garanzia, per impossibilità giuridica oppure) perché essa stessa illecita e ciò sull'argomento per cui (la garanzia di un risultato vietato o) l'attività di sollecitazione al compimento di un atto illecito non potrebbe(ro) non ricevere lo stesso disfavore riferito dalla norma materiale alla prestazione sollecitata⁽⁴⁸⁾.

Senonché non pochi dubbi susciterebbe una tale conclusione, quella in astratto corretta, nell'ipotesi considerata. Ciò perché il divieto di dimissioni contenuto nell'art. 1, 2° co., l. n. 7/1963 non era assoluto potendo il recesso ben operare se solo fosse stato confermato innanzi all'Ufficio del lavoro.

Dalla valutazione di illiceità delle dimissioni in concreto poste in essere non può peraltro automaticamente inferirsi l'illiceità dell'oggetto della promessa, che è atto formalmente distinto: una

legge, Milano, 1968; MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969; GITTI, *Il contratto in frode alla legge, itinerari della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 697; UBALDI, *Frode alla legge*, in *I contratti in generale*, III, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1990, 627; G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993; S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006; CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Milano, 2008.

⁽⁴¹⁾ Per cui per tutti CARRARO, *op. cit.*, 83.

⁽⁴²⁾ In giurisprudenza sembrano seguire l'indirizzo soggettivo: Cass., 11.6.2007, n. 13621, in *Contr.*, 2007, 901; Trib. Genova, 27.2.2006, in *Banca dati Platinum Utet*; Trib. Genova, 7.6.2005, *ivi*; Trib. Padova, 25.5.2002, in *Lavoro nella giur.*, 2003, 361; Cass., 20.7.2001, n. 9900, in *Contr.*, 2001, 983; Cass., 26.6.2001, n. 8742, in *Giur. comm.*, 2002, II, 329; App. Napoli, 23.3.2001, in *Lavoro nella giur.*, 2001, 948; App. Napoli, 23.3.2000, in *Giur. napoletana*, 2000, 446. Per il riferimento a strumenti indiretti volti al perseguimento del risultato vietato v.: Trib. Brindisi, 4.12.2006, in *Foro it.*, 2007, I, 1947; Trib. Milano, 20.3.2006, in *Danno e resp.*, 2006, 876; Cass., 21.7.2003, n. 11323, in *Giur. it.*, 2004, 1613; App. Milano, 13.9.2002, in *Dir. ind.*, 2003, 347. Per la costruzione della frode alla legge quale clausola generale di tipizzazione delle condotte *contra legem* v.: Cass., 7.2.2008, n. 2874, in *Fisco on line*, 2008. Per il riferimento a concreti indici elusivi

v.: Cass., 22.3.2007, n. 6969, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass., 14.3.2006, n. 5438, in *Contr.*, 2007, 522.

⁽⁴³⁾ Sulla questione G. GIACOBBE, *op. cit.*, 20.

⁽⁴⁴⁾ Ciò vale all'un tempo ad escludere sia una frode sia la sussistenza di un comune ed esclusivo motivo illecito. Sul punto v. BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI e NATOLI, *Diritto civile, I, Fatti e atti giuridici*, Torino, 1997, 730, ove il chiarimento per cui è necessario, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1345 c.c., che le parti perseguano un unico scopo illecito e non scopi diversi che passano attraverso l'impiego di un risultato *contra legem* (v. anche CARRESI, *op. cit.*, 348). La Cassazione, del pari, ha chiarito che non può considerarsi nullo il contratto qualora una delle parti abbia agito per più motivi di cui anche uno solo non sia comune con quello illecito dell'altra parte (Cass., 20.6.1960, n. 1627, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 1346). L'art. 1345 c.c. non risulta applicabile giacché richiede che il motivo illecito, perché possa determinare la nullità del contratto, debba essere oltre che comune altresì esclusivo.

⁽⁴⁵⁾ MORELLO, *op. cit.*, 335.

⁽⁴⁶⁾ BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI e NATOLI, *op. cit.*, 586.

⁽⁴⁷⁾ Per tale configurazione della frode alla legge v. C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 587.

⁽⁴⁸⁾ Sul problema v.: ALLARA, *op. cit.*, 420; SCALFI, *op. cit.*, 111; STASI, *op. cit.*, 76.

diversa considerazione risentirebbe dell'antica costruzione della «promessa a carico del terzo». Solo in quest'ottica v'è collegamento tra promessa e atto del terzo; solo in quest'ottica può sostenersi che l'illiceità dell'atto del terzo debba comportare anche l'illiceità della promessa.

Il chiarimento più volte ribadito sulla natura della promessa del fatto altrui evidenzia l'insostenibilità della tesi appena esposta e conduce alla soluzione per cui sulla valutazione della liceità della promessa in commento giammai possono influire le limitazioni probatorie poste dall'art. 1, l. n. 7/1963 (dalle quali è dipesa la qualifica d'illiceità dell'atto del terzo), sicché l'estraneità della causa di matrimonio alla sua ragione giustificativa non può essere obliterata sulla base dell'elemento estrinseco, formale e, come detto, non pertinente, della mancata conferma delle dimissioni innanzi all'Ufficio del lavoro.

Va escluso dunque che quanto programmato con la promessa del

fatto del terzo – che neppure esplicitava la presunta causa di matrimonio delle dimissioni – avesse un contenuto *contra legem* sia perché l'effetto ricercato – la fuoriuscita della dipendente dalla società Beta – ben poteva essere realizzato, mercé appunto l'atto libero del terzo, confermato innanzi alla commissione del lavoro, sia perché risultava *per tabulas* che la ragione della pattuizione in commento fosse ben altra di quella di vessazione della dipendente.

La considerazione della causa dell'operazione⁽⁴⁹⁾ avrebbe in definitiva dovuto indurre la Corte sia nella prospettiva di un collegamento negoziale sia (ed ancor più) in quella di un unitario contratto⁽⁵⁰⁾ con causa complessa⁽⁵¹⁾ ad apprezzare la meritevolezza e la liceità degli interessi emergenti dall'economia dell'affare e dunque la piena validità anche della (clausola o del negozio) promessa del fatto altrui, componente del complesso sinalagma ideato dalle parti. ■

⁽⁴⁹⁾ V. in particolare G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 110. Sull'idea della causa come funzione economico-individuale v. già G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 249.

⁽⁵⁰⁾ STASI, *op. cit.*, 71.

⁽⁵¹⁾ In giurisprudenza sul punto v.: Cass., 27.3.1996, n. 2699, in *Contr.*, 1996, 353: «Quando l'inserimento della promessa del fatto del terzo è operata nel contesto di altro contratto a prestazioni corrispettive, con effetti integrativi

dell'obbligazione gravante su uno dei contraenti a vantaggio dell'altro, si da condizionare la funzionalità causale del contratto stesso, l'autonomia dei due negozi deve, per questa compenetrazione causale, ritenersi venuta meno ed il mancato adempimento del terzo, libero, in quanto estraneo alla promessa di compiere o non compiere il fatto promesso, è inadempimento colpevole del promittente, per il fatto stesso di aver assunto un impegno da adempiersi dal terzo senza essere sicuro che questi avrebbe adempiuto». V. pure Cass., 5.5.1993, n. 5216, in *Riv. dir. sportivo*, 1993, 471.