

# L'ordinamento Giuridico

L'ordinamento giuridico è costituito dal complesso di norme e di istituzioni, mediante le quali viene regolato e diretto lo svolgimento della vita sociale e dei rapporti tra i singoli. La cooperazione tra gli uomini rende realizzabili risultati che sarebbero altrimenti irraggiungibili per il singolo.

Per aversi un gruppo organizzato occorrono tre condizioni:

- che il coordinamento degli apporti individuali non sia lasciato al caso o alla buona volontà di ciascuno, ma venga disciplinato da regole di condotta;
- che queste regole di condotta siano decise da appositi organi ai quali tale compito sia affidato in base a precise regole di struttura o di competenza organizzativa;
- che queste regole vengano effettivamente osservate.

Il sistema di regole, modelli e schemi mediante i quali è organizzata una collettività viene chiamato "ordinamento". Quindi la finalità dell'ordinamento giuridico è quella di "ordinare" la realtà sociale.

Gli uomini danno vita a collettività di vario tipo: si pensi alle chiese, ai partiti politici, ai sindacati o alle organizzazioni culturali. Lo stato è un ordinamento giuridico a fini generali, indipendente ed originario, dotato di potere sovrano nell'ambito del proprio territorio.

Interessa la teoria dell'ordinamento giuridico anche la partecipazione dell'Italia alla comunità Internazionale: l'art.10 della Costituzione enuncia il principio per cui l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto Internazionale generalmente riconosciute. L'art. 11 della Costituzione afferma: il principio per cui resa ammissibile la sottoposizione dello stato alle regole di un'organizzazione Internazionale, le cui norme e provvedimenti si possono dunque imporre alla volontà degli organi dello Stato stesso, con una conseguente limitazione della sovranità dello Stato, per assicurare la pace e la giustizia fra le nazioni.

Esistono due tipi di ordinamenti giuridici:

1. **Common Law**: dove il precedente è vincolante, cioè la norma deve essere applicata come quella applicata precedente; (es. Regno Unito, USA)
2. **Civil Law**: Questo ordinamento si fonda sul procedimento. Non è vincolante, cioè "il giudice può interpretare la norma" (es. Italia).

## La norma Giuridica

L'ordinamento di una collettività è costituito da un sistema di regole. Ciascuna di queste regole, proprio perché concorre a disciplinare la vita organizzata della comunità si chiama norma; e poiché il sistema di regole da cui è assicurato l'ordine di una società rappresenta il diritto di quella società ciascuna di tali norme si dice giuridica (dotata di autorità).

Non bisogna confondere il concetto di forma giuridica con quella di legge. Per un verso infatti, la legge è un atto o documento normativo, che contiene norme giuridiche.

## Il Diritto Privato e le sue Fonti

Una distinzione tradizione quella tra diritto pubblico e diritto privato.

- Diritto pubblico- -> disciplina l'organizzazione dello Stato e degli altri enti pubblici, regola la loro azione ed impone a quest'ultimi il comportamento cui sono tenuti a rispettare. Si articola nelle varie branche del costituzionale, penale, amministrativo;
- Diritto privato- -> invece, si limita a disciplinare le relazioni interindividuali, sia dei singoli che degli enti privati, non affidando la cura ad organi pubblici, ma lasciando all'iniziativa personale anche l'attuazione delle norme.

Per fonti di produzione delle norme giuridiche si intendono gli atti e i fatti che producono o sono idonei a produrre diritto.

Per fonti di cognizione si intendono i documenti e le pubblicazioni ufficiali da cui si può prendere conoscenza del testo di un atto normativo (es. La Gazzetta Ufficiale).

Alle fonti di produzione delle singole norme giuridiche si possono contrapporre le fonti di un intero ordinamento, ossia le vicende storico- politiche che ne hanno determinato la nascita con quelle determinate caratteristiche.

Le fonti si possono distinguere in materiali (atti o fatti produttivi di norme generali e astratte) e normali (atti o fatti idonei a produrre diritto, a prescindere dal concreto contenuto della singola fattispecie, l'accento cade sull'atto non sul suo risultato).

Rispetto a ciascuna fonte, quando si tratti di un atto si può distinguere: L'Autorità investita del potere ad emanarlo (parlamento, governo); 1. Il procedimento formativo dell'atto (es: il procedimento di emanazione di una legge cost.);

2. Il documento normativo (la legge considerata nella sua lettera); 3. I precetti ricavabili dal documento.

Il codice civile è stato formato nel 1942 ed era una legge ordinaria e nella parte iniziale conteneva quali erano le fonti del diritto (Disp. Iniziali art.1 c.c.). Il cambiamento del vecchio (1942) al nuovo codice civile è l'eliminazione delle norme corporative.

## Le fonti del diritto Italiano e le Fonti comunitarie

Nel nostro Paese, la gerarchia delle fonti è stata interessata, a partire dal 1942 e ordinava le fonti ponendo al primo posto la legge, al secondo i regolamenti, al terzo le norme corporative e all'ultimo gli usi. Con la caduta del fascismo le norme corporative hanno perduto efficacia; le altre fonti, invece, hanno conservato il loro valore gerarchico. Ma a quell'elenco nel dopoguerra si sono aggiunte altre importanti fonti del diritto: prima fra tutte la COSTITUZIONE, entrata in vigore nel 1948 (la costituzione venne approvata da un'Assemblea costituente, eletta successivamente al referendum celebrato subito dopo la fine della 2a guerra mondiale, che assegna allo stato la forma repubblicana, rispetto a quella precedente che era la Monarchia). Con l'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana (Gennaio 1948) la gerarchia delle fonti è stata così modificata:

- **Costituzione;**
- **Direttive e norme UE; (scelte dalla corte di giustizia)**
- **Leggi ordinarie;Regolamenti;**
- **Usi o consuetudini.**

1) **La Costituzione Italiana** è rigida, in quanto una legge ordinaria dello stato non può né modificare la Costituzione o una

legge di rango Costituzionale, né contenere disposizioni in qualsiasi modo in contrasto con norme Costituzionali.

A presidio di questa rigidità c'è la Corte Costituzionale, cui è affidato il compito di controllare. Il controllo è previsto nella forma "incidentale" (se un giudice ritiene durante l'applicazione di una determinata legge che quella norma sia di sospetta incostituzionalità, deve rimettere agli atti del processo alla Corte Costituzionale, affinché decida al riguardo), e in via "principale" (promosso dal Governo contro leggi Regionali, e viceversa, o da Regione a Regione).

Non è consentito ai singoli privati rivolgersi direttamente alla Corte Costituzionale.

Se la Corte dichiara incostituzionale la norma sottoposta, quella stessa norma cessa di avere efficacia il giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

Con l'art.117 del 2001 la nostra costituzione dice che "la potestà legislativa è esercitata dallo stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

**2) Le fonti comunitarie** (fonti dell'UE) hanno un valore prevalente rispetto alle stesse leggi ordinarie statali. La fonte comunitaria interferisce con l'ordinamento giuridico interno, con una limitazione della sovranità e un trasferimento di potere legislativo a un organo esterno rispetto allo stato, in forza dell'art 11 Cost. (l'adesione dell'Italia alla comunità europea ha comportato l'accettazione di una limitazione di una propria prerogativa sovrana dello Stato).

I. Trattato (trattato di lisbona nel 1957, Italia, Germania, Francia, Paesi Bassi, Lussemburgo, Belgio);

II. Regolamenti;

III. Direttive;

IV. Decisioni e Raccomandazioni

V. Il trattato di un contratto di internazionale di pace e solidarietà

VI. regolamenti: atti aventi portata generale, obbligatorio in tutti i loro elementi e direttamente applicabili in ciascuno Stato membro; sono delle vere e proprie leggi. (atto vincolante per ogni stato membro)

VII. direttive: atti che vincolano lo Stato membro cui sono rivolte per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salvo la competenza del singolo Stato in merito alla forma e ai mezzi per raggiungere il fine. A differenza dei regolamenti non sono immediatamente vincolanti, ma devono essere recepite dallo Stato membro al quale sono rivolte; devono essere recepite in legge dagli stati membri (atto vincolante)

VIII. decisioni: atti obbligatori in tutti i loro elementi per i destinatari da essi designati.(atto vincolante)

IX. raccomandazioni: esortazioni e moniti dirette ai singoli Stati membri; (atto non vincolante)

X. pareri: espressione di un'opinione su una determinata questione.(atto non vincolante)

### **3) Fonti di rango primario e subprimario:**

Le leggi ordinarie dello Stato richiedono due approvazioni (Camera dei Senatori e dei Deputati - Parlamento); tra la prima e la seconda approvazione devono trascorrere tre mesi. Per essere approvata la legge deve avere la maggioranza tra i due deliberanti, se non c'è una maggioranza è necessario indire un referendum. Le leggi ordinarie hanno un procedimento molto elastico rispetto alla nostra rigida Costituzione.

Queste leggi si susseguono nel tempo, cioè vengono approvate dalle camere, viene passato al presidente della repubblica che deve firmare e approvare oppure può rimandare indietro la legge alle camere per qualche modifica. La legge viene poi pubblicata nella gazzetta ufficiale dopo 15 giorni dell'accettazione del presidente della repubblica.

La legge muore attraverso un'abrogazione (referendum abrogativo) o una legge prerogativa, cioè una legge successiva.

**Decreti legge - Decreti Legislativi:** ( si tratta di provvedimenti aventi forza di legge, emanati dal governo e non dal Parlamento, in virtù o di una legge delega del parlamento oppure in casi straordinari, come in casi di urgenza. Questo decreto del governo ha tempo massimo di 60 giorni per essere convertito in legge, altrimenti perde efficacia nel tempo.

**4) I regolamenti governativi** sono atti amministrativi (emanati dal governo, ministri e altre autorità amministrative anche non statali come le autorità indipendenti quali la

Consob) con potere normativo come ad esempio:

regolamenti ministeriali e di altre autorità;

– statuti degli enti locali;

– regolamenti degli enti locali;

– statuti degli enti minori;

– ordinanze.

#### **5) Usi normativi o consuetudine**

Sussiste quando ricorrono la ripetizione generale e costante in un certo ambiente, un atteggiamento di osservanza di quel comportamento in quanto ritenuto doveroso.

Gli usi sono norme non scritte e si compongono in :

-Materiali: comportamento ripetuto nel tempo

-psicologico: attraverso il convincimento.

La consuetudine non è prevista o disciplinata dalla costituzione, ed essendo non scritta, solleva delicati problemi di accertamento e di prova. ( sono fonti del diritto internazionale).

**L'adeguamento del diritto interno e il diritto comunitario** Per consentire una tempestiva attuazione delle direttive comunitarie ( adempimento rispetto al quale l'italia spesso si era segnalata per i propri ritardi) è stato elaborato lo strumento della “legge comunitaria”, ossia, una legge generale approvata anno per anno, con la quale il parlamento delega al Governo l'emanazione dei decreti legislativi di attuazione di un insieme di direttive. Ciò permette di dare attuazione alle direttive senza passare attraverso il complesso iter parlamentare di approvazione delle leggi ( entro il 28 febbraio di ogni anno il Governo deve presentare una “legge di delegazione europea”). Inoltre è previsto un ulteriore strumento, cioè la “legge europea” per dare attuazione alle leggi europee e ai trattati internazionali stipulati nell'ambito delle relazioni esterne dell'Unione.

#### **L'interpretazione di una legge**

Interpretare un testo normativo non vuol dire solo conoscere quanto il testo in sé già esprimerebbe, bensì attribuire un senso, ossia decidere che cosa si ritiene che il testo effettivamente possa significare e, conseguentemente, come vadano risolti i conflitti che insorgono nella sua applicazione.

A. In primo luogo non tutti i vocaboli contenuti nelle leggi possono essere definiti nelle leggi stesse: pertanto il significato che viene loro attribuito in ciascun contesto va ricavato da elementi extra- testuali.

Le leggi, nel disciplinare rapporti sociali, si riferiscono in generale a classi di rapporti: spetterà all'interprete, di fronte a rapporti concreti, decidere se considerare inclusi nella disciplina della singola norma, oppure no, e in tal caso l'interprete dovrà impiegare particolari tecniche di "estensione" o "integrazione" attraverso criteri extra-legislativi.

B. Le formulazioni delle leggi sono spesso in conflitto tra loro: conflitti che si superano ricorrendo a criteri di gerarchia tra le fonti, a criteri cronologici, a criteri di specialità

C. In quarto luogo, di fronte a ciascun caso singolo difficilmente si può applicare un'unica norma, ma occorre utilizzare un'ampia combinazione di disposizioni.

L'attribuzione da parte dell'interprete a un documento legislativo nel senso più immediato e intuitivo viene detta interpretazione dichiarativa. Quando invece il processo interpretativo attribuisce ad una disposizione un significato diverso da quello che apparirebbe si parla di interpretazione correttiva.

Dal punto di vista dei soggetti che svolgono l'attività interpretativa si distingue tra interpretazione:

♣ Giudiziale: svolge il suo ruolo autoritativo nei confronti delle sole parti del giudizio, che sono le sole destinatarie del provvedimento del giudice;

♣ Dottrinale: costituita dagli apporti di studio dei cultori delle materie giuridiche, i quali si preoccupano di raccogliere il materiale utile alla interpretazione delle varie disposizioni, di illustrare i possibili significati, di sottolineare le conseguenze;

♣ Autentica: ossia quella che proviene dallo stesso legislatore, che emana apposite norme per chiarire il significato di norme preesistenti.

♣ Essendo impossibile che il legislatore riesca a disciplinare l'intero ambito dell'esperienza umana, si verifica che il giudice si trovi di fronte a problemi che nessuna norma positiva prevede o risolvere.

## **L'analogia**

L'art.12 delle preleggi stabilisce che qualora il giudice non riesca a risolvere il caso su cui deve pronunciarsi, ne applicandola direttamente, né utilizzandone un'altra per interpretazione estensiva, deve procedere applicando per analogia le disposizioni che regolano casi simili, e qualora rimanga ancora dubbio, deve applicare ㄹ principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato .

L'analogia si fonda su una identità di ratio: ove tra le due fattispecie sussista una somiglianza data da identità di alcuni elementi e la ratio della norma che disciplina uno dei due casi va rintracciata proprio in esigenze legate all'elemento che risulta comune ad entrambe le fattispecie.

Analogia legis: colma la mancanza normativa utilizzando un'altra norma magari della stessa branca del diritto o di branche simili.

Analogia iuris: colma la mancanza normativa facendo ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Il ricorso alla Analogia, nel nostro ordinamento, è sottoposto a limiti: essa non è

consentita né per le leggi penali, né per quelle che fanno eccezione a regole generali o altre leggi.

## LE SITUAZIONI SOGGETTIVE

**Il Rapporto Giuridico:** Il rapporto giuridico è la relazione tra due soggetti, regolata dall'ordinamento giuridico (diritto oggettivo).

-Soggetto attivo: colui a cui l'ordinamento giuridico attribuisce il potere (o diritto soggettivo) (es. di pretendere il pagamento).

-Soggetto passivo: colui a carico del quale sta il dovere (es. di pagare).

Quando si vuole riferirsi alle persone tra le quali intercorre un rapporto giuridico (per es. per effetto di un contratto) si usa l'espressione "parti". Contrapposto al concetto di parte è quello di terzo. Terzo è chi non è parte o non è soggetto del rapporto giuridico.

Regola generale è che il rapporto giuridico non produce effetti né a favore, né a danno del terzo. Il rapporto giuridico è una figura (la più importante) di una categoria più ampia: la situazione giuridica.

### Situazioni Soggettive Attive (Diritto Soggettivo, Facoltà, Aspettativa, Potestà, Status, Interesse legittimo)

Il soggetto attivo del rapporto giuridico --> titolare di un diritto soggettivo

L'ordinamento tutela il mio interesse lasciandomi tuttavia libero: posso chiedere o non chiedere il risarcimento secondo una mia personale valutazione di opportunità.

Con l'attribuzione del diritto soggettivo si realizza quindi la protezione giuridica, ossia attraverso gli strumenti obbligatori offerti dall'ordinamento, dell'interesse del singolo al quale, al tempo stesso, si riconosce in una situazione di libertà.

La definizione tradizionale del diritto soggettivo è: il diritto soggettivo è il potere di agire per il soddisfacimento di un proprio interesse individuale, protetto dall'ordinamento giuridico.

Il diritto Soggettivo si divide in:

-**diritti assoluti:** diritti che possono essere fatti valere su tutti; (diritti reali, diritti della personalità)

-**diritti relativi:** diritti che possono essere fatti valere solo su alcuni soggetti (es. diritto di credito, diritto di famiglia)

**Nei diritti assoluti**, l'interesse si realizza con il libero svolgimento dell'interesse, senza intralci (astensione di tutti i soggetti);

**I diritti assoluti si dividono in:**

1. **Diritti reali** (diritto sulla cosa\RES): hanno potere economico; sono tipici (solo quelli previsti dalla legge); il diritto reale per eccellenza è il "diritto di proprietà"(non si prescrive mai, salvo effetti dell'usucapione) Possiamo avere due tipi di diritti reali: di godimento su cosa altrui (usufrutti, uso, abitazione, servitù, enfiteusi) e di garanzia (pegno e ipoteca, entrambi garantiscono il creditore).

2. **Diritti della personalità:** questi diritti hanno caratteristiche differenti; non hanno contenuto patrimoniale (diritto al nome, diritto all'immagine, ecc. art 2 Cost.); non si prescrivono mai.

In comune, i diritti reali e i diritti della personalità, hanno la tutela dell'interesse (astensione).

**Nei diritti relativi**, sono una relazione tra il soggetto creditore e il soggetto debitore, Il creditore può pretendere dal debitore un certo comportamento. Con i diritti relativi possono anche esserci (oltre ai diritti di credito) degli obblighi (come ad es. i genitori sui figli- diritto di famiglia-) In alcuni casi il potere non è attribuito al singolo nell'interesse proprio, ma per realizzare gli interessi altrui. ( ad esempio ai genitori è attribuito un complesso di poteri concessi nell'interesse dei

figli).

1. **La Potestà** è una situazione mista (poteri\doveri) sono dei doveri come nell'esempio precedente. (diritto di famiglia= i genitori hanno il diritto e dovere sui figli) Mentre l'esercizio del diritto soggettivo è libero, la potestà deve sempre ispirarsi al fine della cura dell'interesse altrui.

2. **La Facoltà** (o diritti facoltativi) sono, invece, manifestazioni dei diritti soggettivi e non hanno un carattere autonomo. (es. facoltà del proprietario di godere o cedere quel bene).

3. **L'aspettativa** è la posizione in cui si trova il soggetto a favore del quale viene maturando un diritto soggettivo. Può essere definito anche come una posizione di attesa cui l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica favorendone la conservazione e l'attitudine a trasformarsi in un diritto soggettivo. Tanto è vero che l'art. 1356 c.c. Concede al titolare di un'aspettativa il potere di compiere atti conservativi a tutela del diritto sotto condizione sospensiva. (es. un'eredità lasciata ad un soggetto a condizione che si laurei: prima della laurea, questi potrà compiere atti conservativi e cautelari del suo diritto).

A volte i diritti e alcuni doveri si ricollegano alla qualità di una persona, quale deriva dalla sua posizione in un gruppo sociale (Stato, Famiglia, ecc). Status è, pertanto, una qualità giuridica che si ricollega alla posizione dell'individuo in una collettività. Lo status può essere di diritto pubblico (es. stato di cittadino) o di diritto privato (stato di figlio, di coniuge).

Colui al quale l'ordinamento giuridico attribuisce il diritto soggettivo si chiama titolare del diritto medesimo. L'esercizio del diritto soggettivo consiste nell'esplicazione dei poteri di cui il diritto soggettivo consta (es. il proprietario esercita il diritto soggettivo di proprietà utilizzando la cosa, percependone i frutti ecc) e deve essere distinto dalla sua realizzazione, che consiste nella soddisfazione dell'interesse protetto, sebbene spesso i due fenomeni possono coincidere.

La realizzazione dell'interesse può essere spontanea o coattiva: quest'ultima si verifica quando occorre far ricorso ai mezzi che l'ordinamento predispone per la tutela del diritto soggettivo (es. il debitore non adempie; il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, far espropriare i beni del debitore- art.2910 c.c)

Si ha abuso del diritto soggettivo quando il titolare del diritto si avvale della facoltà e dei poteri che gli sono concessi non per perseguire l'interesse che propriamente forma oggetto del diritto soggettivo, bensì per realizzare finalità ulteriori eccedenti l'ambito di interesse ( disposizioni legislative che vietano l'abuso artt. 883, 844, 1175 c.c.).

### **Categorie di diritti soggettivi**

Se io sono proprietario di un bene, ho evidentemente il potere di escludere tutti gli altri dalla facoltà di godimento e di disposizione del bene stesso (art.832 c.c.). Il mio diritto soggettivo non consiste in tal caso in una pretesa verso un soggetto determinato ad un certo comportamento da parte sua (cioè ad una prestazione a mio vantaggio), ma è rivolto verso tutti gli altri associati, che sono tenuti a non interferire con il godimento della cosa che mi appartiene. Inoltre, mentre posso esercitare il mio diritto di proprietà senza bisogno di alcuna cooperazione di altri (es. posso utilizzare la mia automobile, posso passeggiare nel mio fondo, coglierne i frutti, senza che vi sia bisogno di un'attività giuridica di terzi: mi basta che questi non mi ostacolino o impediscano di compiere l'attività), invece per realizzare il diritto di credito è necessaria la cooperazione del debitore: dipende dal comportamento di quest'ultimo se l'obbligazione sarà adempiuta. Questi esempi valgono a chiarire la prima distinzione dei diritti soggettivi in diritti assoluti, che garantiscono al titolare un potere che egli può far valere verso tutti e diritti relativi, che gli assicurano un potere che egli può far valere solo nei confronti di una o più persone determinate.

#### **• Diritti assoluti: (che possono essere applicati a tutti)**

**Diritti reali** (diritti su una cosa =RES): attribuiscono al titolare una signoria piena (proprietà o limitata (diritti reali su cosa altrui), su un bene. Relazione in primo piano quelle tra l'uomo e la cosa. Gli altri soggetti debbono solo astenersi dall'impedire il pacifico svolgimento di quelle signoria. L'interesse del proprietario è quello di conservare la disponibilità di un bene che gli appartiene e di poterne in tal modo trarre la conseguente utilità senza essere turbato nell'esercizio del godimento esclusivo della

RES.

**Diritti della personalità** (diritto dell'integrità fisica, al nome, all'immagine, ecc): sono tutelati in capo al singolo nei confronti di tutti i consociati (consociato= unito in società associato)

- Nel rapporto giuridico (o di credito), invece, è determinante per la realizzazione dell'interesse del titolare del diritto il comportamento di un altro soggetto, il quale (soggetto passivo) è tenuto a una determinata condotta (prestazione: fare, dare, non fare) verso il creditore. Quest'ultimo ha interesse a conseguire un bene o una prestazione da altri: ha quindi bisogno della cooperazione altrui.

- **Diritti relativi: (il titolare può farli valere solo nei confronti di determinate persone)**

**Diritto di credito:** che vengono anche chiamati personali in contrapposto ai diritti reali perché hanno appunto come termine di riferimento non una cosa (RES) ma bensì una persona, tenuta ad un determinato comportamento nei confronti del titolare del diritto

Il rovescio, sia nel diritto di credito che nel diritto reale, è costituito dal dovere:

– a fronte del diritto reale si pone, in capo a qualsiasi consociato, un generico dovere negativo di rinuncia dal compiere qualsiasi atto volto a impedire o limitare il godimento del bene.

– A fronte del diritto di credito si pone il dovere, di una o più persone determinate, tenute ad eseguire una determinata prestazione o comportamento per il soddisfacimento del creditore.

Vi sono, ancora, ipotesi nelle quali al potere di una persona non corrisponde alcun dovere, ma solo uno stato di soggezione. Cioè nel caso di beni appartenenti a più soggetti (comunione) ciascuno dei comproprietari può chiedere la divisione (art.1111 cod.civ.): gli altri comproprietari non possono fare di fronte a questa iniziativa. Queste considerazioni permettono di individuare un'ulteriore categoria di diritti: i diritti potestativi.

Diritti potestativi: consistono nel potere di operare il mutamento della situazione giuridica di un altro soggetto. Il diritto potestativo si esercita con la dichiarazione del titolare del potere, indirizzata al soggetto passivo. Il soggetto passivo è invece in una situazione di soggezione: il suo comportamento è irrilevante.

- Infine abbiamo i diritti personali e di godimento: consistono nella situazione in un cui soggetto si è obbligato a far godere di un proprio bene un altro soggetto (es. nella locazione o nel comodato; abbiano una duplice natura

Secondo l'opinione ancora oggi prevalente, l'inquilino ha un diritto di credito verso colui che gli ha dato in locazione l'appartamento.

### **Gli interessi Legittimi**

Come si è detto, quando il mio personale interesse riceve piena tutela giuridica, sicché mi è concesso di sollecitare la tutela attraverso gli strumenti coercitivi messi a disposizione dall'ordinamento per ottenere la soddisfazione (es. se il debitore non mi paga posso agire in giudizio per ottenere la condanna al pagamento e promuovere un'azione volta ad espropriare i beni del debitore per farli vendere e soddisfare il mio credito con il ricavato), allora sono titolare di un diritto soggettivo. Ancora, se il mio vicino taglia un albero del mio giardino posso agire nei suoi confronti per ottenere il risarcimento del danno; se l'amministrazione comunale taglia gli alberi di un parco per realizzare un parcheggio, posso dissentire (dissentire=contestare), ma non posso lamentare la lesione di un mio diritto soggettivo individuale.

Si parla, invece, di interesse legittimo nell'ambito dei rapporti tra il privato e i pubblici poteri. Tale situazione comporta il potere del singolo di sollecitare un controllo giudiziario in ordine al comportamento tenuto, correttamente o meno, dalla pubblica amministrazione.

Quindi, possiamo dire che, anche il rapporto fra il cittadino e la pubblica amministrazione si configura connotato da una



relazione e reciprocità di veri e propri diritti soggettivi e di obblighi.

L'esercizio dei pubblici poteri, da parte degli organi amministrativi, deve avvenire attraverso il rispetto della legge e secondo criteri di razionalità. Il privato, pertanto, portatore di un interesse legittimo in relazione ad un determinato provvedimento della P.A., può contestarne la validità rivolgendosi agli organi giudiziari competenti (T.A.R.= tribunale amministrativo regionale), e denunciarne il relativo vizio, che può essere di:

- incompetenza: (un organo amministrativo ha compiuto un atto non rientrante nei suoi poteri);
- violazione della legge: (il provvedimento si pone in contrasto con le norme di legge);
- eccesso di potere: (l'atto risulta da illogicità e contraddittorietà) La situazione giuridica dei portatori di tali interessi qualificati viene definita come interesse legittimo (il candidato ad un concorso non ha diritto di vincerlo, ma un interesse legittimo al regolare svolgimento della gara e può quindi chiedere l'annullamento di tutti gli atti che siano illegittimi).

### Situazione di fatto

Quelle che abbiamo esaminato sono le situazioni giuridiche legittime ossia le situazioni conformi alle previsioni dell'ordinamento e alle regole da esso stabilite. Ma l'ordinamento stesso protegge provvisoriamente contro la violenza e il dolo altrui anche la situazione di fatto in cui il soggetto può trovarsi rispetto ad un bene ed attribuisce anche ad esse alcuni effetti (indipendentemente dalla sua conformità alla legge).

Si hanno due figure del: possesso e detenzione

**Situazioni soggettive passive (Dovere, Obbligo, Soggezione, Onere)** Dopo quanto detto delle categorie dei diritti soggettivi, poco ci resta da esporre per la posizione del soggetto passivo.

Distinguiamo la figura in:

→ figura del dovere generico di astensione: ossia dovere di astenersi dal ledere il diritto assoluto (proprietà integrità fisica) di un'altra persona; → figura dell'obbligo: cui è tenuto il soggetto passivo di un rapporto obbligatorio, a cui fa riscontro nel soggetto attivo la pretesa, ossia il potere di esigere uno specifico comportamento (una prestazione) da un altro individuo (es. pagare una somma di denaro; eseguire un servizio)

→ figura di soggezione: che corrisponde al diritto potestativo.

Da queste situazioni passive si deve distinguere la figura dell'onere. L'onere ricorre quando ad un soggetto è attribuito un potere, ma l'esercizio di tale potere è condizionato ad un adempimento (che, perchè essendo previsto nell'interesse dello stesso soggetto, non è obbligatorio e quindi prevede sanzioni per l'ipotesi che resti inattuato) (es. il compratore che intenda avvalersi della garanzia per i difetti della cosa vendutogli ha l'onere di denunciare i difetti/vizi della cosa entro 8 giorni dal momento in cui li ha scoperti (art.1495).

### Vicende del rapporto giuridico

Il rapporto giuridico si costituisce quando il soggetto attivo acquista il diritto soggettivo.

L'acquisto indica il fenomeno del collegarsi di un diritto con una persona che ne diventa il titolare. L'acquisto può essere di due specie:

1. a titolo derivativo: quando il diritto si trasmette da una persona ad un'altra (fenomeno di successione);
2. a titolo originario: quando il diritto soggettivo sorge a favore di una persona senza essere trasmesso da nessuno.

(Es. il pescatore che fa propri i pesci caduti nella rete fa un acquisto originario; se invece compro un immobile da chi è proprietario compio un acquisto derivativo)

Titolo d'acquisto è l'atto o il fatto giuridico che giustifica l'acquisto. Questo fenomeno si chiama successione: colui che per effetto della successione perde il diritto si chiama autore o dante causa. E' chiaro che una successione non si verifica nel caso di acquisto a titolo originario.

L'acquisto a titolo derivativo può essere di due specie: si può trasmettere proprio lo stesso diritto che aveva il precedente

titolare (acquisto derivativo traslativo) o può attribuirsi al nuovo titolare un diritto differente che, peraltro, scaturisce dal diritto del precedente titolare (acquisto derivativo- costitutivo), in quanto lo suppone e ne assorbe il contenuto, o, in parte, lo limita. Nelle due forme dell'acquisto derivativo, il nuovo soggetto ha lo stesso diritto che aveva il precedente titolare.

La successione è di due specie:

-a titolo universale: quando una persona subentra in tutti i rapporti di un'altra persona, e, cioè, sia nella posizione attiva, sia in quella passiva (es. nella fusione tra società);

a titolo particolare: quando una persona subentra solo in un determinato diritto o è rapporto (es. nel caso di morte di una persona).

La vicenda finale di un rapporto è la sua estinzione. Il rapporto si estingue quando il titolare perde il diritto senza che questo sia trasmesso ad altri. Non di tutti i diritti soggettivi è consentito al titolare disfarsi o trasferendoli ad altri.

Oltre ai diritti disponibili, abbiamo i diritti indisponibili, cioè quei rapporti che servono a soddisfare un interesse superiore: tali le potestà e i diritti familiari.

**La prescrizione estintiva** La prescrizione estintiva produce l'estinzione del diritto soggettivo per effetto dell'inerzia del titolare del diritto stesso che non lo esercita (art. 2934 cod. civ.) o non ne usa (artt.954, 970,1014,1073) per il tempo determinato dalla legge. Fondamento dell'istituto: la ragione per cui l'ordinamento giuridico riconnette all'inerzia del titolare, protratta nel tempo, l'estinzione del diritto soggettivo, consiste nell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici. Infatti, per il fatto che un diritto soggettivo non viene esercitato, si forma nella generalità delle persone la convinzione che esso non esista o sia stato abbandonato.

**Operatività della prescrizione** . La prescrizione estintiva è un istituto di ordine pubblico : le norme che stabiliscono l'estinzione del diritto ed il tempo necessario perché ciò si verifichi sono inderogabili (art. 2936 cod. civ.).

Le parti non possono rinunciare preventivamente alla prescrizione - in quanto trattasi di istituto di ordine pubblico le cui norme sono inderogabili - né prolungare né abbreviare i termini stabiliti dalla legge (art. 2936 cod. civ.). Questo perché se fosse consentito rinunciare alla prescrizione, una tale rinuncia diverrebbe una clausola apposta in tutti i contratti e le disposizioni sulla prescrizione diverrebbero lettera morta.

E' possibile rinunciare alla prescrizione (sia in maniera espressa che tacita) ma solo successivamente al decorso del suo termine (es. in altre parole potrebbe darsi che il diritto sia effettivamente estinto, ma il debitore in ossequio ad una sua regola morale, decida di adempiere lo stesso. Ciò può farlo rinunciando espressamente alla prescrizione, oppure dimostrando nei fatti la sua volontà di rinunzia come, ad esempio, il pagamento di un acconto.) Il debitore che paga spontaneamente il debito, non può farsi restituire quanto ha pagato. Si verifica così, una ipotesi di obbligazione naturale (art.2034 c.c.).

**Oggetto della prescrizione.** Tutti i diritti sono soggetti a prescrizione estintiva : ne sono esclusi i diritti indisponibili, come quelli derivanti dagli status personali, la potestà dei genitori sui figli minori,ecc ... (art. 2934 cod. civ. - diritti imprescrittibili) .

La ragione dell'esclusione è che questi diritti sono attribuiti al titolare nell'interesse generale e costituiscono, spesso, oltre che un potere anche un dovere. Anche il diritto di proprietà non è soggetto a prescrizione estintiva perché anche il non uso è un'espressione della libertà riconosciuta al proprietario: inoltre la prescrizione ha sempre come finalità il soddisfacimento di un interesse, laddove l'estinzione del diritto di proprietà per non uso non avvantaggerebbe nessuno.

Ricordiamo però che il proprietario può perdere il suo diritto qualora un terzo usucapisca il bene. Sono inoltre imprescrittibili sia l'azione di petizione di eredità (art.533.2 c.c.

ovvero l'azione che l'erede può esercitare per vedere riconosciuta la sua qualità di erede contro chiunque possiede in tutto o in parte i beni ereditari a titolo di erede o senza titolo alcuno, scopo ultimo dell'azione è la restituzione dei beni ereditari) sia l'azione per far dichiarare la nullità di un negozio giuridico .

Non sono prescrivibili nemmeno le singole facoltà che formano il contenuto di un diritto soggettivo (il proprietario non perde mai la facoltà di chiudere il proprio fondo).

**Inizio della prescrizione** . La prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto avrebbe potuto essere esercitato : quindi se il diritto deriva da un negozio sottoposto a condizione o a termine iniziale, la prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata o il termine è scaduto (esempio: se acquisto una casa a Roma a condizione che mi trasferisca entro un anno, il venditore può far agire le sue ragioni successivamente a quel termine).

**Sospensione e interruzione della prescrizione** . La prescrizione presuppone l'inerzia giustificata del titolare del diritto, essa, quindi, non opera, allorché sopraggiunga una causa che giustifichi l'inerzia stessa, così come nel caso in cui l'inerzia stessa venga meno. Ricorrono quindi i due istituti della:

a) sospensione della prescrizione, determinata da

- o da particolari rapporti intercorrenti tra le parti(art.2941 cod. civ. - esempio: tra i coniugi);

- o dalla condizione del titolare (art. 2942 cod. civ. esempio: minori non emancipati, interdetti).

b) interruzione della prescrizione, determinata da:

- o perché il titolare compie un atto (art. 2943 c.c. - esempio: notifica una domanda giudiziale o arbitrale) che importa esercizio del suo diritto; - o perché il soggetto passivo effettua il riconoscimento dell'altrui diritto (art. 2944 c.c. - esempio:riconosce debitore promettendo di pagare).

Il fondamento dei due istituti della sospensione e dell' interruzione è diverso: nella sospensione l'inerzia del titolare del diritto continua a durare, ma è giustificata, nell' interruzione è l'inerzia stessa che viene a mancare, o perché il diritto è stato esercitato, o perché esso è stato riconosciuto dall'altra parte. La sospensione spiega i suoi effetti per tutto il periodo per il quale gioca la causa giustificata dell'inerzia (es. finché dura il matrimonio), ma non toglie valore al periodo eventualmente trascorso in precedenza. Invece l'interruzione , facendo venir meno l'inerzia, toglie ogni valore al tempo anteriormente trascorso: dal verificarsi del fatto interruttivo, perciò, comincia a decorrere, per intero, un nuovo periodo di prescrizione (art.2945 cod. civ.).

**Durata della prescrizione** . Si distinguono la prescrizione ordinaria e le prescrizioni brevi.

a) La prescrizione ordinaria è applicata in tutti i casi in cui la legge non dispone diversamente, essa matura in 10 anni (art. 2946 cod. civ.);

b) Le prescrizioni brevi riguardano diritti particolari, ad es. il diritto al risarcimento del danno conseguente ad un atto

illecito extracontrattuale che si prescrive in 5 anni (si riducono a 2 nel caso di danni derivanti dalla circolazione di veicoli), i diritti a prestazioni periodiche sempre 5 anni (es. i corrispettivi di affitti e locazioni).

**Le prescrizioni presuntive** . Natura e fondamento differenti dalla prescrizione estintiva .Le prescrizioni presuntive si fondano sulla presunzione che un determinato credito sia stato pagato, o che si sia comunque estinto per effetto di qualche altra causa. Mentre la prescrizione estintiva è essa stessa una causa di estinzione del diritto, nella prescrizione presuntiva la legge presume che si sia verificata una diversa causa estintiva. L'istituto della prescrizione presuntiva si basa sulla considerazione che vi sono rapporti della vita quotidiana nei quali l'estinzione del debito può avvenire contestualmente all'esecuzione della prestazione, senza che il debitore abbia cura di richiedere e conservare una quietanza che gli garantisca la possibilità di provare anche a distanza di tempo, di avere già provveduto ad estinguere il debito (es. somministrazione cibi al ristorante o acquisto medicinali in farmacia). Perciò, la legge, trascorso un breve periodo - sei mesi un anno o tre anni a seconda dei casi -presume che il debito si sia già estinto. Si noti bene: non è che il debito si estingua, ma si presume che si sia estinto: il debitore è esonerato dall'onere di fornire in giudizio la prova dell'avvenuta estinzione del credito azionato .

Il creditore, il quale abbia lasciato trascorrere imprudentemente l'intero periodo prescrizionale prima di pretendere il pagamento, ove la prescrizione presuntiva sia stata posta in giudizio, può cercare di vincerla solo a) ottenendo dal debitore la confessione che il debito, in realtà, non è stato pagato; b) deferendo alla parte debitrice il giuramento decisorio (ossia l'invito ad assumere tutte le responsabilità inerenti ad una dichiarazione solenne davanti al giudice, con la quale il debitore confermi che l'obbligazione sia davvero estinta e il creditore può qualora abbia elementi da cui risulti la falsità del giuramento denunciare la controparte per il reato di falso in giuramento).

Il debitore è esonerato dall'onere di provare quale fatto avrebbe determinato l'estinzione del debito: il giudice deve assolverlo dalla domanda di pagamento, senza bisogno che dimostri di avere effettivamente già pagato, ovvero che si sia davvero verificata la causa di estinzione del debito.

**LA DECADENZA** .La decadenza consiste nella preclusione dell'esercizio del diritto da parte del titolare: alla base della decadenza sta esclusivamente la fissazione - da parte del legislatore o in forza di una specifica clausola contrattuale - di un termine perentorio entro il quale il titolare del diritto deve compiere una determinata attività, in difetto della quale l'esercizio del diritto è definitivamente precluso, sia che inerisca ad un diritto potestativo, sia che inerisca ad un diritto facoltativo.

La sua funzione è limitare i tempi di incertezza delle situazioni giuridiche; infatti non sono ammesse interruzioni e sospensioni (salvo che sia diversamente disposto: art. 2964 Inapplicabilità di regole sulla prescrizione).

Per impedire la decadenza occorre:

- Compiere lo specifico atto prescritto dalla legge o dal negozio giuridico;
- Il riconoscimento del diritto da parte del soggetto contro il quale il medesimo diritto può farsi valere.

La decadenza può essere:

- Legale → è prevista dalla legge e riguarda sia i diritti disponibili sia i diritti indisponibili. Nei diritti indisponibili la decadenza può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 2969); non può essere rinunciata e la sua disciplina è inderogabile, ovvero non può essere modificata dalle parti.
- Giudiziale → i termini di decadenza sono fissati dal giudice su istanza della

parte interessata (Es: fissazione di un termine per l' accettazione dell' eredità, affinché il chiamato dichiari, entro il termine stabilito dal giudice, se accetta o meno l' eredità. Qualora entro quel termine il chiamato non si pronuncia, perde il diritto di accettare: art. 481).

- Convenzionale → i termini di decadenza li stabiliscono i privati, unico limite è evitare che i termini rendano troppo difficile l' esercizio del diritto ad una delle parti (art. 2965 Decadenze stabilite contrattualmente). La decadenza convenzionale non è rilevabile d' ufficio.

Se non è fissato alcun termine di decadenza, il diritto sarà soggetto ai normali termini di prescrizione (art. 2967 cod. civ. - Effetto dell'impedimento della decadenza).

## **Il soggetto nel rapporto del rapporto giuridico**

Le situazioni giuridiche soggettive (ad es. i diritti, gli obblighi, i doveri, gli oneri, ecc) fanno capo a quelli che vengono definiti come “soggetti”.

L'idoneità ad essere titolari di situazioni giuridiche soggettive -l'idoneità, cioè ad essere soggetti- viene definita come “capacità giuridica”. La capacità giuridica, nel nostro ordinamento, compete non solo alle persone fisiche, ma anche agli enti (es. associazioni, fondazioni, comitati, società, consorzi, enti pubblici, ecc).

All'interno degli enti, occorre poi distinguere fra enti che sono “persone giuridiche” (es. associazioni riconosciute, società di capitali, enti pubblici) ed “enti non dotati di personalità (es. associazioni non riconosciute, società di persone, ecc).

Entrambi sono “soggetti” di diritto. I primi, però, hanno autonomia patrimoniale perfetta (ossia, delle obbligazioni dell'ente risponde solo l'ente stesso con il proprio patrimonio) che difetta dei secondi.

I concetti “soggetto” e di “persona”, dunque, non coincidono. Le “persone”(“fisiche” e “giuridiche”) sono “soggetti”, ma non esauriscono quest'ultima categoria, che comprende anche gli enti non dotati di personalità e gli altri centri autonomi di imputazione giuridica.

**La Persona Fisica** L'uomo con la nascita (art.1, comma 1, cod.civ.)- acquista la capacità giuridica e, conseguentemente, diviene soggetto titolare di diritto. Proprio nel solco della nostra costituzione repubblicana, l'art.3 proclama oggi solennemente che “tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”.

L'art.3 continua con il comma 2 prevedendo testualmente che “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Capacità giuridica di diritto privato non compete solo al cittadino, ma anche allo straniero, peraltro, l'art.16 del c.c prevede il “principio di reciprocità”.Questo principio prevede che lo straniero, è ammesso a godere in Italia dei diritti civili, se e nella misura in cui il cittadino italiano è ammesso al godimento di detti diritti nel Paese di cui lo straniero ha la cittadinanza. Infine il principio di reciprocità induce in conclusione ai “diritti inviolabili della persona umana” che sono riconosciuti dal nostro ordinamento in favore di chiunque, cittadino o straniero (anche extracomunitario), indipendentemente dal riconoscimento di un egual diritto in favore del cittadino italiano nello stato in cui appartiene lo straniero.

## **Le Incapacità**

La nascita – come detto precedentemente- è condizione sufficiente per far acquisire alla persona fisica la capacità giuridica generale: ossia, la capacità di essere titolare di tendenzialmente tutte le situazioni giuridiche soggettive connesse alla tutela dei propri interessi. Ci sono però, come già visto precedentemente delle incapacità:

**ASSOLUTE:** se al soggetto è precluso quel dato tipo di rapporto o di atto (es. la capacità matrimoniale acquisibile solo dopo il compimento del 16esimo anno di età)

RELATIVE: se al soggetto è precluso quel dato tipo di rapporto, ma solo con determinate persone (es. è preclusa dal fratello, tutore, padre, madre, coniuge)

In tutti questi casi, si ravvisa una limitazione della capacità giuridica, chiamata incapacità speciale.

**La Nascita e la morte** La persona fisica acquista la capacità giuridica con la nascita (art.1, comma 1, cod.civ.) e la perde con la morte.

Si ha nascita con l'acquisizione della piena indipendenza dal corpo materno che si realizza con l'inizio della respirazione polmonare. Non occorre vitalità (l'idoneità fisica o sopravvivenza), se il neonato è morto subito dopo la nascita, ha comunque acquisito la capacità giuridica. Entro dieci giorni, l'evento della nascita deve essere (da uno dei due genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dall'ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto) dichiarato all'ufficiale dello stato civile per la formazione dell'atto di nascita. Se la nascita avviene in un ospedale o in una casa di cura, la dichiarazione può essere resa (entro tre giorni) presso la relativa direzione sanitaria, che provvederà alla sua trasmissione all'ufficiale dello stato civile. Si ha la morte "con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo". L'accertamento della cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo avviene con modalità via via definite con decreto del Ministero della Salute. Entro 24 ore dal decesso la morte, deve essere dichiarata all'ufficiale di stato civile per l'atto di morte ( da uno dei due coniugi o da una persona convivente col defunto o da un loro delegato, o in mancanza, da persona informata del decesso). Con la morte, alcuni rapporti facenti capo al defunto si estinguono (es. il matrimonio); altri possono essere sciolti ad iniziativa degli eredi del defunto e/o ad iniziativa dell'altra parte (art.1614,1627,1674,1811 e 1833 cod.civ.). I diritti patrimoniali si trasmettono secondo le regole del codice dettate per la successione a causa di morte (artt.456 cod.civ). La tutela degli interessi non patrimoniali (ad es. all'immagine, al nome, alla riservatezza, all'integrità morale) è invece affidata, di regola, al coniuge superstite e/o ai prossimi coniugi.

### **La capacità D'Agire**

Con la nascita la persona fisica acquista, la capacità giuridica generale (ossia l'idoneità ad essere titolare di diritti e doveri, ecc). Non sempre, però, la persona fisica è in grado di gestire in prima persona le situazioni giuridiche che alla stessa pur fanno capo, per esempio per l'età, come il bambino o per esempio per malattia, come chi è affetto dalla sindrome di down (ad esempio un bimbo di tre anni non è materialmente in grado di rivolgersi ad un giudice per reagire alla pubblicazione abusiva della propria immagine nell'ambito di una campagna pubblicitaria di prodotti per l'infanzia).

Ecco perchè la legge richiede, affinché possa compiere personalmente ed autonomamente atti di amministrazione dei propri interessi, che il soggetto abbia, oltre alla capacità giuridica, anche la "capacità di agire": l'idoneità a porre in essere in proprio atti negoziali destinati a produrre effetti nella sua sfera giuridica (capacità negoziale).

La capacità d'agire si acquista- come regola generale- al raggiungimento della maggiore età, cioè al compimento del diciottesimo anno (art.2 comma 1 cod.civ). Può peraltro accadere che, nonostante la maggiore età, la persona fisica si trovi, per ragioni varie(es.malattia fisica o mentale, ubriachezza, ecc), a non avere quella capacità di discernimento che è invece normale attendersi in un individuo adulto e maturo. Di qui la necessità di avere strumenti di salvaguardia contro il rischio che gli stessi possano porre in essere atti negoziali destinati ad incidere negativamente sui loro interessi (es. svendere la propria casa, fare acquisti indesiderati, prestare denaro senza garanzie, ecc).

A "protezione" delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, il codice civile prevede gli istituti:

- della minore età;
- dell'interdizione giudiziale;
- dell'inabilitazione;
- dell'emancipazione;
- dell'amministrazione di sostegno;
- dell'incapacità di intendere o di volere (incapacità naturale).

### **La minore età**

La capacità di agire presuppone, come abbiamo visto, che il soggetto sia in grado di curare autonomamente i propri interessi e che, a tal fine, abbia raggiunto la necessaria maturità.

La legge fissa perciò, con criterio generale, un'età, uguale per tutti, al cui raggiungimento reputa che la persona fisica abbia acquisito la capacità e l'esperienze necessarie per assumere validamente ogni decisione che la riguarda. (maggiore età=compimento diciottesimo anno di vita) Prima di quel momento, il soggetto è legalmente incapace, anche se dovesse aver acquisito un elevato grado di maturità prima dei 18 anni; dopo quel momento, il soggetto è legalmente capace per una qualsiasi ragione, anche se non ha ancora raggiunto la maturità normale per quell'età. Con la maggiore età, la persona acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia richiesta un'età diversa (art.2 comma 1 cod.civ). A quest'ultimo, si ricordi, che al compimento del sedicesimo anno di età è ammesso a stipulare un contratto di lavoro ed è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono da detto contratto (art.2 comma 2 cod.civ.); il minore sedicenne, giudizialmente è ammesso al matrimonio, è chiamato a prestare in prima persona il consenso alle nozze (art.84 comma 2 cod. civ.); il minore sedicenne- e se autorizzato dal giudice prima del compimento dei sedici anni- effettua direttamente il riconoscimento del figlio naturale (art.250 comma 5 cod.civ.);ecc.

La gestione del patrimonio del minore ed il compimento di ogni atto relativo spetta ai genitori:

• **disgiuntamente:** per quanto riguarda gli atti di *ordinaria amministrazione*;

• **congiuntamente:** (di comune accordo) per quanto riguarda gli atti di *straordinaria amministrazione*

Se uno dei due genitori è morto, spetta all'altro genitore ad esercitare la responsabilità dell'amministrazione. Se sono entrambi i genitori morti, la gestione del patrimonio spetta ad un tutore, nominato dal giudice tutelare.

### **L'interdizione giudiziale**

L'interdizione è pronunciata con sentenza dal tribunale allorché ricorrono i seguenti presupposti:

- Infermità di mente
- abitudine di detta infermità (non transitoria);
- incapacità del soggetto, a causa di una infermità, di provvedere ai propri interessi;
- necessità di assicurare al soggetto una adeguata protezione;

L'interdizione può essere pronunciata solo a carico della maggiore età (art.414 cod.civ.), essendo il minore già legalmente incapace. Il procedimento di interdizione può essere promosso, di regola, dallo stesso interdicendo, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti entro il quarto grado e da un pubblico ministero (art. 417 comma 1 cod.civ.). Il procedimento di interdizione può essere promosso da un giudice, che peraltro può farsi assistere da un consulente tecnico (art 419 cod.civ.). Dopo detto esame, il giudice può nominare, ove lo ritenga necessario, un tutore provvisorio (art.419 cod. civ. comma 3). La sentenza viene annotata dal cancelliere nel registro delle tutele e comunicata, entro dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile per essere annotata nell'atto di nascita (art.423 cod.civ.) .

L'interdetto si trova in una situazione non molto diversa dal minore. Non può compiere direttamente nessun atto negoziale, se non quelli necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana. Se compie atti negoziali, gli stessi possono essere annullabili ed il relativo procedimento può essere promosso dal tutore dell'interdetto, entro cinque anni dalla cessazione dello stato di interdizione (art 1442 comma 2 cod.civ). Peraltro, il giudice che pronuncia la sentenza, può prevedere che alcuni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti autonomamente dall'interdetto, con l'assistenza del suo tutore (volontà dell'uno e dell'altro).

Se e quando dovessero venir meno i presupposti che hanno condotto all'interdizione, quest'ultima può essere revocata (su istanza di un coniuge, parenti di quarto grado, dal tutore o dal pubblico ministero) con una sentenza del tribunale.

### **Interdizione legale**

Il codice penale, oltre all'incapacità d'agire del minore e quella dell'interdetto giudiziale, prevede un altro caso di

incapacità d'agire, come pena accessoria di una condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a 5 anni: per indicare questa ipotesi si parla di interdizione legale.

Il condannato è in stato di interdizione legale fino a quando dura la pena (funzione sanzionatoria). All'interdetto legale si applicano le norme dettate per l'interdetto giudiziale, per gli atti a carattere personale nessuna incapacità consegue.

### **L'inabilitazione**

E' pronunciata con sentenza dal tribunale, allorquando ricorra uno dei seguenti presupposti:

-infermità di mente non talmente grave da far luogo all'interdizione (per tale intendendosi quella che incide negativamente sulla capacità del soggetto di attendere personalmente ai propri affari, senza però privarlo completamente della capacità di intendere e di volere (art.415 comma 1 cod.civ)

-prodigalità (per tale intendendosi un impulso patologico che incide negativamente sulle capacità del soggetto di valutare la rilevanza economica dei propri atti, sin dal spingerlo allo sperpero) -abuso abituale di alcolici e stupefacenti

-sordità e cecità dalla nascita o dalla prima infanzia, sempre se il soggetto non sia stato educato sufficientemente a fargli acquisire la capacità necessaria per attendere personalmente ai suoi affari (art.415 cod.civ)

L'inabilitato può autonomamente compiere gli atti di ordinaria amministrazione. Per gli atti di straordinaria amministrazione, necessita invece dell'assistenza del curatore nominato dal giudice tutelare. Il curatore non si sostituisce come accade per i genitori del minore e per il tutore dell'interdetto- .Il curatore è sempre necessario per tutte le scelte dell'inabilitato (ordinaria e straordinaria amministrazione)però, in alcuni casi, il giudice può prevedere che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere autonomamente compiuti dall'inabilitato, senza l'assistenza del curatore.

### **L'emancipazione**

Il minore ultrasedicenne con le nozze acquista automaticamente l'emancipazione (art.390 cod.civ.) così sottraendosi alla disciplina della minore età.

La condizione giuridica dell'emancipato è analoga a quella dell'inabilitato: può compiere autonomamente gli atti di ordinaria amministrazione e deve avere l'assistenza di un curatore per quelli di ordinaria amministrazione. Gli atti di straordinaria amministrazione eventualmente compiuti dall'emancipato senza l'assistenza del curatore sono annullabili.

Se l'emancipato è sposato con una persona di maggiore età, quest'ultima è il curatore; se, invece, è sposato con una persona di minore età, il giudice nomina un unico curatore. L'annullamento del matrimonio non fa venir meno l'emancipazione (art 392 cod.civ.). Lo stato di emancipazione cessa con il compimento della maggiore età .

### **L'amministrazione di sostegno**

L'amministrazione di sostegno (introdotta nel 2004) si apre con un decreto motivato del giudice tutelare allorquando ricorrano i seguenti presupposti (art 404 cod. civ.):

-infermità o menomazione fisica della persona;

-impossibilità per il soggetto a causa di detta infermità o menomazione, di provvedere ai propri interessi

Ai fini dell'apertura della procedura di amministrazione di sostegno, rispetto ai presupposti per la pronuncia di interdizione, rilevano: -non solo una infermità di mente, ma anche una semplice menomazione psichica (anziano con perdite di memoria) -non solo una infermità o menomazione psichica, ma anche un'infermità fisica o menomazione fisica (es. handicap)

-non solo una infermità o menomazione che coinvolga la sfera psichica o fisica del soggetto globalmente, ma anche un'infermità o menomazione che incida soltanto su taluni profili della sua personalità (es. si pensi al soggetto che pur dotato di una gestione dei propri affari, sia però irresistibilmente schiavo del gioco d'azzardo) -anche l'abituale infermità di mente (come l'interdizione).

Il procedimento di amministrazione di sostegno può essere promosso (art 406 c.c.)



- dallo stesso beneficiario (anche se minore, interdetto o inabilitato) -da un coniuge
- dalle persone stabilmente conviventi
- da parenti entro il quarto grado
- dagli affini entro il secondo grado
- dal tutore o curatore
- dal pubblico ministero

Il giudice tutelare nomina all'interessato un amministratore di sostegno; all'atto di nomina dell'amministratore di sostegno, indica:

1. gli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario, conseguente annullabilità degli atti che quest'ultimo dovesse concludere
2. gli atti in cui l'amministratore di sostegno deve dare il proprio consenso, prestando assistenza
3. gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione ai poteri conferitigli dal giudice sono annullabili (art 412 comma 1 c.c.)

### **Incapacità Naturale (incapacità di intendere e volere)**

In tutte le ipotesi di incapacità fin qui esaminate, gli atti posti in essere dall'incapace oltre i limiti allo stesso consentiti sono sempre annullabili. Peraltro, può accadere, che un soggetto, pur legalmente capace di compiere quell'atto, si trovi in una situazione di incapacità di volere e/o intendere per qualsivoglia causa:

in modo permanente (es persona con la sindrome di down, ovvero con una grave forma di demenza senile, non sia assoggettato ad alcuna misura di protezione) o in modo transitorio (es. soggetto che ha ecceduto con l'alcool o sia sotto shock dopo un incidente).

Perché si abbia l'incapacità naturale (incapacità di intendere e/o volere) occorre che il soggetto sia privo in modo assoluto, al momento del compimento del negozio, della capacità di autodeterminarsi ovvero della coscienza dei propri atti.

In questo caso, la legge non si disinteressa della protezione dei suoi interessi, basta che il soggetto se prova che nel momento dell'atto di compimento versava in uno stato di incapacità di intendere e di volere.

Occorre, però, distinguere:

- matrimonio, testamento, donazione: sono impugnabili sol che si dimostri che il soggetto era incapace di intendere o volere nel momento in cui ha compiuto l'atto;
- gli atti unilaterali (es. la rinuncia ad un credito) sono annullabili se si dimostra che il soggetto non era in grado di intendere o volere; -i contratti (es. compravendita, mutuo) sono annullabili

L'annullamento degli atti unilaterali e dei contratti posti in essere dall'incapace naturale può essere richiesto da quest'ultimo, una volta riacquistata la capacità naturale, entro cinque anni dal loro compimento (art 428 comma 3 c.c.)

### **Incapacità legale e incapacità naturale**

Incapacità naturale: rileva il fatto che il soggetto- seppur legalmente capace- si trovi concretamente, nel momento in cui compie l'atto negoziale, in una situazione di menomazione della propria sfera intellettuale e/o volitiva.

Incapacità legale: rileva il fatto che il soggetto si trovi in una determinata situazione di: minore età, interdizione giudiziale, interdizione legale, inabilitazione, emancipazione, amministrazione di sostegno.

Nell'incapacità legale occorre distinguere poi:

incapacità assoluta: il soggetto non può compiere nessun tipo di atto negoziale

incapacità relativa: rimane una relativa capacità negoziale.

## **I diritti della personalità**

L'art. 2 della Costituzione proclama solennemente che “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali”.

La nostra Costituzione mira in primo luogo a assicurare al cittadino una sfera intangibile di libertà nei confronti dello Stato. Il codice penale sanziona i “delitti contro la persona” distinguendoli in “delitti contro la vita e l'incolumità personale”, “i delitti contro l'onore”, “i delitti contro la libertà individuale”. Il codice civile detta norme specifiche a tutela dell'integrità fisica (art.5), del nome (art. 6-9) e dell'immagine (art 10).

La nostra Costituzione intende far riferimento non solo a quelli specificamente standardizzati, bensì anche a quelli che la coscienza sociale, in un determinato momento storico, ritiene essenziali per la tutela della persona umana.

La tutela dei diritti umani, garantiti dalla “dichiarazione universale dei diritti dell'uomo” approvata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite in data 10 dicembre 1948, è assicurata anche dalla Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja; quella dei diritti alla libertà contemplati nella “CEDU” (“convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali” firmata a roma il 4 agosto 1950).

### **Diritto alla vita**

Riconosciuto, anche se in via indiretta, dall'art.27 della Costituzione, che, vietando la pena di morte, attribuisce alla vita umana il carattere di intangibilità ponendola al di sopra della potestà punitiva dello Stato. Sotto il profilo sostanziale tale diritto riceve tutela sia dalla legislazione penale che quella civile.

### **Diritto alla salute**

L'art 32 della Costituzione definisce la “salute” come fondamentale diritto dell'individuo.

“Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”: ma un trattamento sanitario può diventare obbligatorio solo dove si tratti di neutralizzare una malattia diffusa considerata pericolosa per le sorti della collettività e di ciascun individuo (es. i vaccini obbligatori).

Vi è un indennizzo a carico dello stato a favore dei soggetti che abbiano riportato lesioni o infermità, a causa delle vaccinazioni obbligatorie, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica.

In ogni caso (il comma 2 dell'art.32 della Costituzione) accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori possono essere disposti solo “nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura.

Al di fuori di questi casi, “gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari” .Richiedono, cioè. Il consenso espresso e specifico dell'individuo, che, in stato di capacità legale e naturale di agire, che potrebbe legittimamente opporre un rifiuto alle cure. Senza il consenso del paziente, il medico non può sottoporlo ad accertamenti sanitari, cure mediche, interventi chirurgici, neppure quando il trattamento risulti necessario per salvargli la vita.

Peraltro, affinché possa prestare un valido consenso, è necessario che l'assistito venga correttamente, chiaramente ed esaurientemente informato dal medico in ordine alle diverse alternative terapeutiche disponibili.

L'eventuale inadempimento, da parte del medico, all'obbligo informativo, quest'ultimo lede il diritto all'autodeterminazione che compete all'assistito.

Nell'ipotesi che l'assistito sia un incapace legale, il consenso deve essere dato dal suo rappresentante legale (ES.i genitori).

La legge consente l'espianto da vivente del rene e di parti del fegato e la modificazione dei caratteri sessuali se per pulsioni sessuali o a livello psicologico se si avverte di appartenere al sesso opposto.

La legge consente al prelievo di organi e tessuti, purché da un soggetto di cui sia stata accertata la morte e che abbia espresso il suo consenso quando era in vita (se non vi è stata data risposta alla donazione, verrà considerata come assenso alla donazione)

Le parti staccate dal corpo sono beni autonomi di proprietà del soggetto a cui appartenevano possono perciò essere oggetto di atti di disposizione (es. posso vendere i capelli per farci confezioni di extension) .

Per il momento dopo la propria morte, la persona può disporre in ordine alla collocazione della propria salma (es. cremazione).

### **Diritto al nome**

Il nome – costituito dal prenome, cioè dal nome di battesimo (art.6 comma 2 c.c.)- e il cognome, svolge funzione di identificazione sociale della persona, in particolare, nella prospettiva della protezione della sua identità, intesa anche come protezione della sua personalità.

Il figlio nato nel matrimonio assume il cognome del padre ed il prenome attribuitogli all'atto della dichiarazione di nascita all'ufficiale dello stato civile. Se il dichiarante non dà il prenome al bambino, lo sceglie l'ufficiale dello stato civile.

Il figlio nato fuori il matrimonio assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto. Se il riconoscimento è effettuato da entrambi i genitori, assume il cognome del padre; se il riconoscimento del padre avviene successivamente a quello della madre, può assumere il cognome del padre, antepoendolo o sostituendolo a quello della madre.

I bambini non riconosciuti da alcuno dei genitori assumono il cognome ed il prenome imposto dall'ufficiale dello stato civile (art.29 comma 5) Il figlio adottivo assume il cognome dei genitori adottivi.

A seguito del matrimonio, la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e quest'ultimo cognome viene conservato anche in caso di vedovanza, fino a che non passi a nuove nozze, così come anche per la separazione personale.

Con lo scioglimento del matrimonio, la donna DIVORZIATA perde il cognome maritale; ma può chiedere al giudice di conservare il cognome dell'ex marito, in aggiunta al proprio, quando sussista ad un interesse proprio (es. in ambito lavorativo conosciuta con il nome del marito) o per volontà dei figli meritevoli alla tutela.

Il nome è tendenzialmente immodificabile. La modificazione del nome e/o cognome (ad es. perché ridicolo o vergognoso) ovvero l'aggiunta al proprio di altro nome o cognome (es. quello della famiglia materna, priva di discendenti maschi) possono essere concessi tramite decreto del prefetto della provincia del luogo di residenza del richiedente.

Il nome viene tutelato contro:

-la contestazione: (art 7 comma 1 c.c.) che si ha allorché un terzo compie atti volti a precludere e ostacolare al soggetto l'utilizzo del nome legalmente attribuitogli (ad es. il marito separato tenta di impedire alla moglie l'uso del cognome maritale, senza ricorrere al procedimento della legge)

-l'usurpazione: (art 7 comma 1 c.c.) che si ha allorché un terzo, cui sia stato attribuito un nome diverso, utilizza il nome altrui per identificare la propria persona.

-l'utilizzazione abusiva: (art 7 comma 1 c.c.) che si ha allorché un terzo utilizzi il nome altrui per identificare un personaggio di fantasia (es. un protagonista di un romanzo) o un prodotto commerciale.

La vittima di contestazione, usupartizione od utilizzo abusivo del proprio nome può richiedere la cessazione del fatto lesivo ed il risarcimento al danno, oltre che alla pubblicazione su uno o più giornali della sentenza che accerta l'illecito (art 7 comma 1-2 c.c.).

Tutela analoga a quella prevista fin qui detta vale anche per gli pseudonimi (nomi d'arte).

L'avente diritto può, comunque, concedere a terzi, anche a titolo oneroso, il diritto di utilizzare il proprio nome a fini commerciali.

### **Diritto all'integrità morale**

L'art. 1 della carta dei diritti fondamentali dell'UE enuncia il principio secondo cui “ la dignità umana è inviolabile”. Essa deve essere “rispettata e tutelata”.

La nostra legge nazionale tutela, con sanzioni penali, l'ingiuria e la “diffamazione” con l'interesse a salvaguardare l'onore, il decoro e la reputazione .

Illegittima risulta qualsiasi espressione di mancato rispetto dell'integrità morale della persona( manifestata attraverso parole, scritti, disegni, caricature, gesti, suoni ecc..) direttamente all'interessato o attraverso terzi.

Anche se il giudizio prestato sul suo conto rispecchia la verità l'illiceità dell'offesa non viene meno.

In una società dell'informazione, però, il diritto al decoro, all'onore e alla reputazione è inevitabilmente destinato a venire sempre più spesso in conflitto con i diritti di cronaca e critica giornalistica.

In tal caso il diritto all'integrità morale del singolo cede di fronte al diritto dell'informazione, qualora concorrano tre distinti presupposti: -verità della notizia;

-utilità sociale dell'informazione;

-continenza espositiva( valutazioni personali dei fatti a scopo informativo, es. giornalista);

Ovviamente notizie lesive dell'altrui integrità morale possono essere pubblicate anche in assenza dei presupposti appena sopra enunciati, se vi è l'assenso dell'avente diritto.

L'illegittima lesione altrui dell'integrità morale obbliga il suo autore ad un risarcimento del danno e il lesionato può richiedere oltre al risarcimento anche la pubblicazione della sentenza su uno o più giornali.

### **Diritto all'immagine**

Il diritto all'immagine importa il divieto, a carico di terzi, di esporre, pubblicare, mettere in commercio il ritratto altrui – intendendosi per tale sia le sembianze fisiche del soggetto che possono essere riprese da un ritratto, sia le caratteristiche individuanti di una persona che possono risultare da una rappresentazione cinematografica o televisiva- senza il consenso anche solo implicito dell'interessato (art 10 c.c.).

Il consenso del rappresentato vale solo a favore di colui a cui è stato prestato, per i fini e con le modalità indicate dal consenziente, per il tempo da questi stabilito.

La giurisprudenza ritiene che il consenso alla pubblicazione della propria immagine costituisca negozio unilaterale, revocabile in ogni tempo.

In ogni caso, è consentita la diffusione dell'immagine altrui, anche senza il consenso dell'interessato, quando la stessa è giustificata:

-dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto dalla persona ritratta (es. si pensi alla diffusione dell'immagine del

presidente della repubblica mentre riceve un capo di Stato Straniero);

-da necessità di giustizia o di polizia ( es. si pensi alla diffusione dell'immagine di una persona scomparsa o ricercata);

-da scopi scientifici, didattici o culturali;- dal collegamento di fatti, avvenimenti o cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico.

In ogni caso la pubblicazione dell'immagine altrui deve essere giustificata da esigenze di pubblica informazione. Sicché le immagini della persona nota potranno essere divulgate solo se correlate alle ragioni della sua notorietà (ad es., è vietata, senza il suo consenso, la pubblicazione di fotografie di un noto volto politico ritratto nell'intimità familiare) e mai ai fini di sfruttamento economico (es. è vietato, senza il consenso, l'utilizzo dell'immagine di un noto calciatore, attore, ecc, per pubblicizzare un prodotto commerciale).

Anche il diritto all'immagine è destinato a venire in conflitto con i diritti di cronaca e critica giornalistica.

E' ammesso al titolare di far divulgare la propria immagine sia a titolo gratuito che a titolo oneroso.

### **Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali**

A ciascuno va anche riconosciuto il diritto di escludere ogni invadenza estranea nella sfera della propria intimità personale e familiare (c.d. diritto alla riservatezza).

Questo a meno che non concorra l'interesse pubblico che lo giustifichi. Con il d.lgs del 30/06/03 - Codice in materia di protezione dei dati personali: l'interessato può vietare il trattamento dei dati personali e ha anche il diritto di vigilare sul loro utilizzo.

Per il trattamento dei dati personali occorre il consenso espresso dell'interessato che è validamente prestato solo se espresso liberamente e documentato per iscritto; e se con esso sono state fornite all'interessato le finalità e modalità di trattamento cui i dati sono destinati (diritto di informativa).

L'interessato ha il diritto di chiedere a chiunque conferma se detiene o meno i dati che lo riguardano con l'indicazione dell'origine dei dati detenuti (diritto di accesso) ha anche diritto di aggiornare, rettificare o integrare i dati che lo riguardano.

In ogni caso i dati personali devono essere trattati in modo lecito e secondo correttezza: essi sono custoditi e controllati per prevenire i rischi di distruzione e perdita (diritto alla sicurezza dei dati).

Chiunque cagioni danni per l'esercizio improprio dell'utilizzo dei dati personali è tenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale (art. 2050 c.c.). Il D.Lgs n. 196/2003 ha istituito un'apposita Autorità Garante per la protezione dei dati personali (artt.153 ss.).

### **Diritto all'identità personale.**

Il diritto all'identità personale → rispetto del principio della verità: si tratta del diritto di ciascuno a vedersi rappresentato con i propri reali caratteri, senza travisamenti della propria storia, delle proprie idee, della propria condotta, del proprio patrimonio ideologico, intellettuale, etico e professionale.

Al diritto all'identità personale fa oggi testuale riferimento l'art.2, comma 1, D.Lgs n. 196/2003.

Il diritto all'identità personale si distingue:

-dal diritto alla riservatezza;

-dal diritto all'integrità morale.

### **Gli enti: soggettività giuridica e personalità giuridica.**

Nel nostro ordinamento "soggetti di diritto" (titolari di situazioni giuridiche soggettive): - le persone fisiche, - gli enti

[esempio: *responsabilità per atto illecito* - un'auto dei carabinieri investe un pedone]

Ente giuridico → *ente dotato di soggettività giuridica*. L'organizzazione cui l'ordinamento attribuisce la capacità - c.d. *capacità giuridica* - di essere titolare di *situazioni giuridiche soggettive* è dunque dotata di *soggettività giuridica*. [Esempio: la proprietà, il credito, il debito, la responsabilità patrimoniale].

Personalità giuridica si dicono dotati di personalità giuridica solo quegli → enti che godono di *autonomia patrimoniale perfetta* (quegli enti che non solo hanno, come tutti, un loro patrimonio, ma - al pari della persona fisica - rispondono delle loro obbligazioni *solo* con detto patrimonio). [esempio: l'associazione riconosciuta, la società di capitali, etc.]

Gli organi gli enti ovviamente non possono agire che attraverso persone → fisiche, che fanno parte della loro struttura organizzativa: dette persone si dicono *organi* dell'ente. Si ritiene che proprio per la presenza degli *organi*, gli enti non siano privi di *capacità di agire*. Gli organi dell'ente si distinguono in: - interni (*poteri di gestione interna*) - esterni (*poteri di rappresentanza esterna*)

**Classificazione degli enti**. Da sempre discussi sono i criteri in base ai quali distinguere un ente pubblico da un ente privato. La giurisprudenza ha elaborato una serie di *indici di riconoscibilità* della natura pubblica di un ente: - titolarità di poteri autoritativi, - istituzione da parte dello Stato o da parte di un altro ente pubblico, - assoggettamento al controllo e all'ingerenza da parte dello Stato o di altro ente pubblico, - fruizione di agevolazioni o privilegi tipici della P.A. In realtà, anche l'applicazione di questi indici non porta a risultati pienamente soddisfacenti.

Gli enti si distinguono in base ai diversi criteri di classificazione:

a) enti pubblici (persone giuridiche *pubbliche* art.11 c.c.) → Tra cui lo *Stato*, gli enti pubblici territoriali (*Regioni, Province,*

*Comuni*), nonché altri numerosi enti pubblici (*Inps, Inail, etc*) Gli enti pubblici, se almeno di regola, possono operare attraverso l'esercizio di poteri pubblicistici (esempio: esproprio del comune di un'area), possono avvalersi anche di strumenti privatistici (esempio: stipulare un contratto con un privato).

b) enti privati (persone giuridiche *private* art.12 c.c.), tra cui → classificazione:

- enti *registrati* (art.34 e 2200 c.c. - associazioni riconosciute, fondazioni, etc) ed enti *non registrati* (quali le associazioni non riconosciute, le società semplici);

- enti *dotati di personalità giuridica* (autonomia patrimoniale perfetta) ed enti *privi di personalità giuridica* (associazioni non riconosciute, comitati non riconosciuti, società di persone, etc);

- enti a struttura *associativa* (a base contrattuale e con la partecipazione di una pluralità di persone) tra cui: enti con finalità *di lucro* (con finalità egoistiche, in cui gli operatori intendono appropriarsi degli eventuali lucri ricavati), ed enti con finalità *ideali* (enti c.d. non profit, in cui gli operatori, invece, si impegnano a reinvestire gli utili dell'impresa o a destinare ad altri scopi non lucrativi - *associazioni riconosciute e non, fondazioni, comitati riconosciuti e non, le altre istituzioni di carattere privato*);

- ed enti a struttura *istituzionale*, costituiti da volontà unilaterale di un fondatore (Stato o privato).

**Il fenomeno associativo**. Nell'Ottocento gli enti senza finalità economiche erano visti con una certa reticenza, poiché si pensava che l'accumulo di patrimoni presso organizzazioni con finalità diverse dallo scopo di lucro potesse risolversi con un loro inefficace inutilizzo. Per controllare il fenomeno associativo il codice predispose due modelli: - artt.14 ss. c.c. →

quello delle *associazioni riconosciute* (avevano posizione giuridica favorevole),

- artt. 36 ss. c.c. quello delle → *associazioni non riconosciute* (subivano delle limitazioni, es. gli acquisti mortis causa erano preclusi e gli ordinamenti interni erano rimessi agli accordi degli associati senza regolamentazione normativa esterna).

Scenario del tutto diverso è quello delineato dalla Costituzione Repubblicana del 1948. Art. 18, comma 1, Cost.: “*I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente senza autorizzazione*”. Art.2 Cost.: la Costituzione affida alla Repubblica l’impegno di riconoscere e garantire “*i diritti inviolabili dell’uomo anche all’interno delle formazioni sociali*”.

Le organizzazioni collettive diventano ora un perno importante nella vita sociale, in quanto considerate strumento privilegiato per la partecipazione dei cittadini alla vita politica e sindacale del paese vengono perciò tutelate e promosse (es. partiti sindacati) anche perché le associazioni non riconosciute subiscono minor intrusione da parte dello Stato assicurando maggior libertà e democraticità all’ente stesso.

**Associazioni E società.** *Differenza tra associazione e società* : L’associazione è un’organizzazione collettiva che ha come scopo il perseguimento di finalità non economiche (*c.d. no profit*) che si distingue dalla *società* che è finalizzata a scopi lucrativi (divisione degli utili conseguiti attraverso l’esercizio in comune di un’attività economica). Gli associati non traggono perciò benefici economici dalla loro attività (a volte accade indirettamente come nel caso dei lavoratori che fruiscono dell’aumento salariale dato dalle conquiste sindacali). Le associazioni possono svolgere attività economica per procurare sì entrate da destinare al perseguimento del loro scopo ideale, ma solo se saltuariamente escludendo il lucro soggettivo ovvero che gli utili vengano distribuiti tra gli associati.

**L’associazione riconosciuta** . Sono quelle associazioni con *personalità giuridica* , vale a dire quegli organismi dotati di autonomia patrimoniale perfetta. L’acquisizione della personalità giuridica implica l’acquisizione della piena autonomia dell’organismo rispetto agli associati sia nei confronti dei soci stessi, che di terzi estranei. Le associazioni riconosciute, assieme alle società dotate di personalità giuridica, rientrano tra le corporazioni, una delle due categorie in cui si classificano tradizionalmente le persone giuridiche nei sistemi di civil law, essendo l’altra quella delle fondazioni.

La domanda di riconoscimento deve essere presentata all’autorità competente (definite dal DPR 10 febbraio 2000, n.361, "Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell’atto costitutivo e dello statuto"). Il D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361, modificando la normativa vigente del codice civile, ha stabilito che l’acquisto della personalità giuridica consegue di diritto all’iscrizione nel Registro delle persone giuridiche istituito presso le Prefetture e tenuto sotto la sorveglianza del Prefetto. l’iscrizione, in tal modo, assume valenza di pubblicità costitutiva. la persona giuridica, dunque, può oggi dirsi costituita non più a seguito del riconoscimento, ma soltanto dal momento della sua iscrizione nel Registro delle Persone Giuridiche, purché siano osservate: le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell’ente, la possibilità e liceità dello scopo perseguito e l’adeguatezza del patrimonio alla realizzazione dello scopo.

**L’associazione non riconosciuta** . In questa categoria rientrano la maggior parte delle associazioni, considerati gli oneri che comporta il riconoscimento. Si tratta di organismi che godono di una capacità giuridica oggi piena (in passato non potevano acquistare per donazione o successione) ma che non hanno autonomia patrimoniale perfetta. Vale a dire che si tratta di enti privi di personalità giuridica, le cui responsabilità in sede civile, amministrativa, penale ed economico-finanziaria, ricadono su coloro che hanno agito in nome e per conto dell’associazione, anche se non iscritti ad essa. L’associazione non riconosciuta qualifica fenomeni organizzativi diversi, dai più modesti circoli ricreativi o culturali ad organismi complessi e di grandi dimensioni e con gestione di notevoli mezzi finanziari: ad oggi due tra le formazioni sociali più importanti, ossia

i partiti ed i sindacati rientrano nella categoria delle associazioni non riconosciute.

Sono comunque soggetti di diritto, autonomi rispetto ai soci, dotati di patrimonio (eventuale) che prende il nome di fondo comune. Gli articoli di riferimento del Codice civile sono il 36, 37, 38 CC nonché le indicazioni previste dalla L.266/91 recante disposizione per le organizzazioni di volontariato, o i disposti del D.Lgs. del 4 dicembre 1997, n.460 che introduce la categoria di Organizzazione non lucrativa di utilità sociale (Onlus). Per ovviare l'esiguità dei disposti normativi in materia, il Legislatore attribuisce agli "accordi degli associati" la definizione dell'ordinamento interno.

**La fondazione** . La fondazione è un'organizzazione *stabile* che si avvale di un patrimonio per il perseguimento di uno *scopo non economico* . La fondazione trae vita da un atto di *autonomia* , che però - a differenza dell'associazione - non è un contratto, bensì un atto *unilaterale* : atto di fondazione. L'atto di fondazione può essere:

a) un atto *inter vivos* → forma di atto pubblico (art.14, comma 1, c.c.) di regola notarile e revocabile dal fondatore finché non sia intervenuto il riconoscimento (art.15 c.c.);

b) contenuto in un *testamento* → (art. 14, comma 2, c.c.) efficace solo al momento dell'apertura della successione e fino a quel momento potrà essere revocato dal testatore.

L'atto di fondazione deve contenere: denominazione dell'ente, scopo, patrimonio, sede, norme sull'ordinamento e sull'ammissione, criteri e modalità di erogazione delle rendite. Tali previsioni possono essere contenute in un documento separato dall'atto di fondazione: lo *statuto* .

Dotazione: la fondazione deve essere dotata di un patrimonio assoggettato al vincolo di destinazione (cd *atto di dotazione* ) ovvero il perseguimento dello scopo indicato dal fondatore).

Per il riconoscimento e l'acquisto della personalità giuridica della fondazione: a) presentazione di un atto di fondazione, statuto ed atto di dotazione alla prefettura della provincia in cui è stabilita la sede della fondazione, accompagnata da relativa domanda di riconoscimento; b) il controllo da parte della prefettura del rispetto delle condizioni previste per la costituzione dell'ente, della possibilità e liceità dello scopo, adeguatezza del patrimonio alla realizzazione; c) iscrizione nel *registro delle persone giuridiche* , che determina l'acquisizione della *personalità giuridica* .

*Lo scopo della fondazione* - che una volta riconosciuta non può essere modificato - può essere statutariamente definito con *precisione* (con il rischio

di una rapida obsolescenza) oppure *genericamente* (competere all'organo di gestione scegliere di volta in volta l'attività da svolgere). Per il raggiungimento dello scopo, la fondazione svolge un'attività che, tradizionalmente si limitava alla mera gestione del suo patrimonio, oggi si è allargata all'attività di impresa, organizzata per la produzione e lo scambio di beni e servizi.

La fondazione è gestita da un organo amministrativo e di regola non ha assemblea, ed è dotata di autonomia patrimoniale perfetta. La fondazione può essere trasformata perché lo scopo può diventare non perseguibile, questo però solo se lo statuto lo prevede, in caso contrario la fondazione viene estinta, si apre la fase della liquidazione in cui avviene la dismissione di quanto di proprietà dell'ente che non può proseguire la sua attività. Il fondatore può prevedere che nel verificarsi delle cause di scioglimento siano devoluti i beni della fondazione a terze persone, in mancanza di questo sarà l'autorità governativa d'ufficio ad attribuire i beni ad altri enti che hanno fini analoghi. Fino a tempi relativamente recenti la fondazione ha avuto importanza marginale, mentre ai giorni d'oggi la rinata disponibilità di cittadini ed imprese a destinare risorse a fini di utilità sociale senza la mediazione politica ha trovato nella fondazione uno strumento duttile ed efficiente (es. La Fondazione TELETHON); in più nell'ambito delle privatizzazioni si è imposto il fenomeno della



trasformazione di singoli enti pubblici in fondazioni (es. la Triennale di Milano si è trasformata nell'omonima fondazione) e di intere categorie di enti pubblici in fondazioni (es. gli enti lirici e le istituzioni concertistiche divenute fondazioni liriche sinfoniche quali la Scala). Siffatte fondazioni - *di diritto speciale* - costituiscono strumento atto a consentire e stimolare forme di collaborazione tra il settore pubblico e quello privato.

**Il comitato** . Il comitato è un ente, previsto dall'ordinamento giuridico italiano, che persegue uno scopo altruistico, generalmente di pubblica utilità, ad opera di una pluralità di persone che, non disponendo dei mezzi patrimoniali adeguati, promuovono una pubblica sottoscrizione per raccogliere i fondi necessari a realizzarlo. Esempi sono i comitati di soccorso o di beneficenza e i comitati promotori di opere pubbliche, monumenti, esposizioni, mostre, festeggiamenti.

La disciplina dei comitati è contenuta negli articoli da 39 a 42 del Codice civile.

L'*atto costitutivo* , ossia l'accordo tra i componenti del comitato che dà vita allo stesso, non richiede forme particolari ma deve comunque specificare lo scopo in vista del quale il comitato è costituito.

I componenti del comitato (*promotori* ) annunciano al pubblico lo scopo da perseguire ed invitano ad effettuare offerte in denaro o di altri beni. Il denaro e i beni così raccolti (*oblazioni* ), che vanno a costituire il *fondo del comitato* , non appartengono ai promotori né a coloro che li hanno donati (*oblatori* ) ma sono irrevocabilmente destinati allo scopo annunciato, sicché il comitato possiede una sua autonomia patrimoniale seppur imperfetta.

Qualora i fondi raccolti siano insufficienti allo scopo, o questo non sia più attuabile, o, raggiunto lo scopo, si abbia un residuo di fondi, l'autorità governativa stabilisce la devoluzione dei beni, se questa non è stata disciplinata al momento della costituzione.

Delle obbligazioni assunte verso terzi rispondono non solo il comitato, con il suo fondo, ma anche, personalmente e solidalmente, tutti suoi componenti. Se ottiene il riconoscimento, il comitato diventa una fondazione o, secondo altri, un'associazione riconosciuta, comunque una persona giuridica e, quindi, risponde dell'obbligazione solo con il suo patrimonio. Nessuna responsabilità per le obbligazioni del comitato grava, invece, sugli oblatori che sono tenuti soltanto a effettuare le oblazioni promesse.

I componenti del comitato compongono l'*assemblea* dello stesso, organo non citato dal codice civile al quale, tuttavia, si ritiene spettino tutte le decisioni necessarie alla vita dell'ente. L'assemblea affida l'incarico di gestire l'attività dell'ente agli *organizzatori* , non necessariamente scelti tra i promotori del comitato. Gli organizzatori e coloro che assumono la gestione dei fondi raccolti sono responsabili, personalmente e solidalmente, della conservazione dei fondi e della loro destinazione allo scopo annunciato; si discute, però, se tale responsabilità sussista nei confronti dell'ente o degli oblatori.

Il comitato può stare in giudizio nella persona del suo *presidente* .

**Le altre istituzioni di carattere privato** . Personalità giuridica è riconosciuta agli *enti ecclesiastici* - civilmente riconosciuti - appartenenti alla Chiesa Cattolica. Poiché la legge annovera tra gli enti privati anche le altre istituzioni di carattere privato, l'opinione prevalente sembra ammettere la possibilità della costituzione di enti caratterizzati dalla combinazione di più modelli organizzativi *tipici* (es. associazione e fondazione), o addirittura di enti *atipici* . E' sempre più frequente il ricorso alla *Fondazione di partecipazione: una fondazione* cioè che si pone come figura intermedia tra le fondazioni e le associazioni, perché coniuga l'aspetto patrimoniale, proprio delle prime, con quello personale delle seconde. Infatti, a fianco dell'esistenza di un patrimonio vincolato ad uno scopo, esiste in questa particolare tipologia di Fondazione la possibilità che l'elemento patrimoniale si associ con l'elemento personale e, quindi, con la possibilità di nuove adesioni: è possibile, infatti, anche in un momento successivo rispetto a quello dell'atto costitutivo della Fondazione, diventare "soci" della medesima, conferendo contributi in denaro ovvero in servizi, ovvero anche solo

attraverso la prestazione di un'attività professionale, o prestazioni di lavoro volontario o beni materiali o immateriali, nella misura e nelle forme determinate dal Consiglio di gestione.

**Il terzo settore.** Il terzo settore consiste nella realizzazione di attività di utilità sociale ad opera di enti senza fini di lucro (c.d. *enti non profit*) espressione della c.d. società civile. Sono stati molti gli interventi normativi atti a promuovere e sostenere il terzo settore, si ricordano: - le associazioni di volontariato, - le cooperative sociali, - le ONLUS (*organizzazioni non lucrative di utilità sociale*) che possono assumere qualsiasi forma giuridica (comitato, fondazione, associazione ecc.).

Và ricordato in questo ambito il *principio della sussidiarietà* (art.118, comma 4 Cost.): In tale ambito viene indicato con principio di sussidiarietà quel principio sociale e giuridico amministrativo che stabilisce che l'intervento degli Enti pubblici territoriali (Regioni, Città Metropolitane, Province e Comuni), nei confronti dei cittadini debba essere attuato esclusivamente come sussidio (ovvero come aiuto) nel caso in cui il cittadino o l'entità sottostante sia impossibilitata ad agire per conto proprio o il livello di servizio offerto dai privati sia inferiore al minimo essenziale. Si parla di sussidiarietà verticale quando i bisogni dei cittadini sono soddisfatti dall'azione degli enti amministrativi pubblici, e di sussidiarietà orizzontale quando tali bisogni sono soddisfatti dai cittadini stessi, magari in forma associata e/o volontaristica.

**I diritti delle personalità degli enti.** Se taluni diritti della personalità, essendo indissolubilmente legati alla persona fisica (diritto alla vita, alla salute) non possono spettare che ad essa, altri diritti della personalità (diritto al nome, alla protezione dei dati personali, etc) si ritiene competono anche agli enti, non importa se dotati o meno di personalità giuridica.

## I BENI

“Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti”(ART 810 c.c).. I concetti di bene e di cosa sono spesso confusi ed adoperati come sinonimi. In realtà si tratta di concetti ben diversi:

- cosa → è una parte di materia (solida, gassosa, non importa);

- bene → tale è solo la cosa che possa essere fonte di utilità ed oggetto di appropriazione.

Non sono quindi beni né le cose da cui non si è in grado di trarre vantaggio alcuno (es. giacimento sulle stelle), né le cose di cui tutti possono fruire (es. l'aria, la luce).

In senso economico “bene” è la “cosa” che presenta un valore (di uso e/o di scambio), in senso giuridico “bene” è non tanto la RES come tale, quanto il “diritto” sulla res, perché è questo che ha valore in funzione della sua negoziabilità, tant'è che sulla

medesima res possono concorrere più diritti (es. alla nuda proprietà, usufrutto, alla locazione che possono concorrere su uno stesso fondo). E' lo stesso legislatore ad impiegare alla parola “bene” il sinonimo di “diritto”. Qui, per di più, il termine “bene” è impiegato per indicare tutti i diritti (patrimoniali), e non soltanto i diritti sulle “cose”. In questo campo della giurisprudenza, il termine bene, finisce per rappresentare una nozione più ampia, che ha ad oggetto elementi patrimoniali che “cose” non sono (es. i crediti).

**Categorie di beni: materiali ed immateriali.**

a) Beni materiali → le cose che possono essere oggetto di diritti reali si caratterizzano, oltre che per valutazione economica, anche per la loro corporeità, o quanto meno per la loro idoneità ad essere percepite con i sensi o con strumenti materiali. Il legislatore comprende tra i beni materiali anche le energie naturali (es. l'energia elettrica) purché anch'esse abbiano valore economico (art.814 c.c.).

b) Beni immateriali → molto più delicata è l'analisi relativa all'ammissibilità e all'utilità pratica della categoria dei beni immateriali:

- gli stessi diritti quando possono formare oggetto di negoziazione (es. cessione del credito);
- gli strumenti finanziari (destinati alla negoziazione sui mercati regolamentati);
- i dati personali (controllo dell'interessato sul trattamento dei dati);
- il contenuto delle banche-dati (ove non risulti diversamente tutelato, es. diritto d'autore);
- la ditta, l'insegna, il marchio, le invenzioni, e gli altri possibili oggetti di proprietà industriale;
- qualsiasi idea - anche se non coperta da privative - può diventare un bene (es. il caso del know how, il patrimonio di conoscenze necessarie per attuare un processo produttivo).

## **BENI MOBILI E IMMOBILI**

I beni si distinguono in:

-immobili: per tali intendendosi il suolo (ivi compresi le sorgenti ed i corsi d'acqua) e tutto ciò che naturalmente (es. gli alberi) o artificialmente (es. edifici, lampioni) è incorporato al suolo stesso; forma, cioè, un corpo unico con il suolo. Sono altresì immobili, alcuni altri beni non incorporati al suolo: i mulini, i bagni, gli edifici galleggianti quando siano saldamente ancorati alla riva.

-mobili: tutti gli altri beni (art.812 comma 3 c.c.), compreso, come si è visto, le energie.

## **I BENI REGISTRATI**

Le vicende (es. il trasferimento di proprietà) relative a talune categorie di beni - beni registrati - sono oggetto di iscrizione in registri pubblici, che chiunque può consultare (art. 2673 cod. civ.): Nel nostro ordinamento sono istituiti:

- a) il registro immobiliare → presso gli uffici periferici dell'Agenzia del Territorio;
- b) il pubblico registro automobilistico → tenuto presso ogni sede dell'A.C.I.;
- c) i registri indicati dall'art. 146 cod. nav. → pubblicate le vicende relative a navi e galleggianti;
- d) il registro aeronautico nazionale → presso l'E.N.A.C. (ente nazionale aviazione civile);

## **I PRODOTTI FINANZIARI** (tutte le forme di investimento o con scopo di profitto di natura finanziaria)

In tempi relativamente recenti il legislatore, ha rilevato (da ultimo con il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria - T.U.F.) una particolare categoria di beni, i prodotti finanziari : si intendono tutte le forme di investimento di natura finanziaria (esclusi i depositi bancari e postali).

Tra i prodotti finanziari una posizione di particolare rilievo occupano i c.d. strumenti finanziari (azioni, obbligazioni, titoli di Stato, etc). La legge impone a chiunque intenda effettuare un'offerta al pubblico di prodotti finanziari l'obbligo di predisporre un prospetto informativo, contenente, in una forma facilmente analizzabile e comprensibile, tutte le informazioni necessarie agli investitori per pervenire ad un giudizio fondato sulla situazione economica/finanziaria. A maggior tutela, la legge riserva inoltre l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dei servizi e attività di investimento a banche e ad imprese di investimento (es. SIM - Società di Intermediazione Mobiliare ) autorizzate (T.U.F.).

### **BENI FUNGIBILI E INFUNGIBILI**

. I beni possono altresì distinguersi in:

a) fungibili → i beni che sono individuati con esclusivo riferimento alla loro appartenenza ad un determinato genere (es. denaro, titoli di Stato), che possono essere sostituiti indifferentemente con altri, in quanto interessa non il bene specifico ma la data quantità di beni di quel genere (es. determinata banconota del valore di 100euro: nessuno si preoccupa infatti, quando riceve una determinata somma di denaro, che gli venga data quella o questa banconota; ognuno sta, invece, bene attento a che gli venga data la giusta “quantità” di denaro).

B) infungibili → i beni individuati nella loro specifica identità (es. un'opera d'arte), tali sono di regola i beni immobili

La fungibilità o infungibilità deriva innanzitutto dalla natura dei beni, ma può peraltro derivare anche dalla volontà delle parti, le quali possono attribuire carattere infungibile ad un oggetto o meno.

### **Beni consumabili e inconsumabili** . I beni si distinguono anche in:

a) consumabili → quelli che non possono arrecare utilità all'uomo senza perdere la loro individualità (es. il cibo, bevanda, carburante); [Esempio : il quasi-usufrutto - il quasi-usufruttuario ha diritto a servirsi dei beni e deve restituirne il valore al termine dell'usufrutto];

b) inconsumabili → quelli che sono suscettibili di plurime utilizzazioni senza essere distrutti nella loro consistenza (es. un edificio, un fondo rustico) ancorché si deteriorano con l'uso (deteriorabili: es. vestito, macchina).

**Beni divisibili e indivisibili.** I beni si distinguono ancora, in: a) divisibili → quelli suscettibili di essere ridotti in parti omogenee senza che se ne alteri la destinazione economica (es. un appezzamento di terreno);

nozione di bene divisibile assume rilievo in caso di contitolarità di diritti sul bene.

### **Beni presenti e futuri.** Altra distinzione tra:

a) beni presenti → quelli già esistenti in natura (solo questi possono formare oggetto di proprietà o di diritti reali);

b) beni futuri → quelli non ancora presenti in natura (es: i frutti che verranno prodotti da un albero), possono formare oggetto solo di rapporti obbligatori (art. 1348 cod. civ.).

## **I FRUTTI**

I “frutti” si distinguono in due categorie:

-frutti naturali: che sono prodotti direttamente da altro bene, a prescindere dall’opera dell’uomo o meno (es. i prodotti agricoli come la legna, le parti di animali, i prodotti delle miniere)(art.820 comma 1 c.c.). Finché non avviene la separazione dal bene che li produce, i frutti naturali si dicono “pendenti”: essi formano parte della “cosa- madre”, non hanno ancora esistenza autonoma. Solo con la “separazione” i frutti naturali acquistano una loro distinta individualità e divengono oggetto di un autonomo diritto di proprietà: che spetta al proprietario della cosa-madre, salvo che questo non abbia già disposto a favore di altri (es. vendita dei frutti a un terzo, quando ancora essi erano attaccati alla cosa-madre). Se le spese per la produzione e/o il raccolto di frutti sono sostenute da persona diversa, quest’ultima è tenuta al relativo rimborso.

-frutti civili: quelli che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo di godimento che altri ne abbia. Se io concedo il mio appartamento in locazione ad altri e questi mi paga un corrispettivo (detto anche canone di locazione), io ricavo dalla mia cosa un “quid” che non è naturalmente prodotta da essa, ma sostituisce le utilità che io avrei ricavato da essa.

I frutti civili devono presentare anche il requisito della “periodicità”. I frutti civili si acquistano giorno per giorno, in ragione della durata del diritto.

## **COMBINAZIONE DI BENI** (beni semplici e composti )

I beni possono essere impiegati dall’uomo separatamente o insieme\collegati ad altri.

Di qui una serie di distinzioni:

-bene semplice: per tale intendendosi quello i cui elementi sono compenetrati tra di loro e non possono essere staccati, senza distruggere o alterare la fisionomia del tutto (es. fiori, animali, piante)

-bene composto: per tale intendendosi quella connessione, materiale o fisica, di più cose, ciascuna delle quali potrebbe essere staccata dal tutto ed avere autonoma rilevanza giuridica ed economica (es. autovettura, che è composta dal telaio, motore, ruote, ecc).

Se vendo un bene composto (ad es. una automobile), la vendita abbraccia tutti gli elementi (carrozzeria, motore, ruote, ecc), ma ciò non esclude che l’individualità dei singoli elementi possono essere staccata e venduta (es. il proprietario stacca il motore e lo vende singolarmente).

E Importante distinguere la” cosa composta” “dall’universalità di fatto” (per la cosa composta vale il principio di possesso, che non vige per

l’universalità di mobili (art 1156 c.c.)

## **LE PERTINENZE**(cosa accessoria )

Nella “cosa composta” gli elementi che la costituiscono diventano parti di un tutto, il quale (tutto) non può esistere senza di essi (es. macchina senza motore). Se invece, una cosa è posta a servizio o ad ornamento di un’altra, senza costituire un elemento fondamentale e indispensabile per la sua esistenza, ma aiuta ad accrescere la sua utilità o pregio, si ha la figura di

pertinenza. (art 817 c.c.)

La pertinenza presta servizio o ornamento ad una cosa.

Per la costituzione del rapporto patrimoniale debbono concorrere: -sia un elemento oggettivo: cioè il rapporto di servizio o ornamento tra cosa accessoria e cosa principale;

-sia un elemento soggettivo: cioè la “volontà” di effettuare la destinazione dell’una cosa a servizio od ornamento dell’altra.

Se manca il vincolo di accessorietà non v’è figura di pertinenza, e il vincolo che sussiste tra le due cose dev’essere durevole, non occasionale. Detto vincolo dev’essere posto in essere da chi è proprietario della cosa principale ovvero ha un diritto reale su di essa (art.817, comma 2 cod. civ.). Peraltro non occorre che la cosa accessoria appartenga al proprietario della cosa principale: il vincolo che si crea tra le due cose non pregiudica i diritti che i terzi abbiano sulla cosa destinata alla funzione pertinenziale; questi possono rivendicare la propria cosa (art. 819 cod. civ.).

Il vincolo pertinenziale può creare nei terzi la convinzione che - come normalmente avviene - le pertinenze appartengano al proprietario della cosa principale. La legge tutela - entro certi limiti - la buona fede di questi terzi in riferimento sia alla costituzione che alla cessazione della qualità di pertinenza:

a) costituzione : i terzi proprietari delle pertinenze possono rivendicarle contro il proprietario della cosa principale. Se tuttavia costui ha alienato la cosa principale, senza esclusione della pertinenza, l’art.819 cod. civ. protegge i terzi acquirenti, sempre che fossero in buona fede;

b) cessazione : la cessazione della qualità di pertinenza non è opponibile ai terzi che abbiano anteriormente acquistato diritti sulla cosa principale (es. se la cosa principale è stata venduta dal proprietario a Tizio senza esclusione delle pertinenze e queste vengono poi vendute a Caio, questa seconda vendita non può essere opposta a Tizio) di cui art.818, comma 2 cod. civ.

### **LE UNIVERSALITA' PATRIMONIALI**

L’art 810 del cod. civ. definisce “universalità” la pluralità di cose mobili che: A)appartengono alla stessa persona;

B)hanno una destinazione unitaria (es. libri della biblioteca, quadri ,ecc) L’universalità di beni mobili si distingue:

-dalla “cosa composta” perché non c’è coesione fisica tra le varie cose; -dal “complesso pertinenziale”, in quanto le cose non si trovano l’una rispetto all’altra in rapporto di subordinazione: l’una non è posta a servizio o ad ornamento dell’altra, ma tutte insieme costituiscono una “entità nuova” dal punto di vista economico- sociale.

I beni che formano l’universalità possono essere considerati a volte separatamente (art.810 comma 2 c.c.), a volte tutt’uno (si pensi ad esempio alla biblioteca; posso vendere solo i libri o solo la biblioteca o entrambe le cose insieme).

La giurisprudenza distingue, peraltro, tra:

-universalità di fatto: (ne abbiamo già parlato) che è costituita da più beni mobili unitariamente considerati;

-universalità di diritto: che è costituita da più beni, ma anche da rapporti giuridici (es. l’eredità)

### **L’AZIENDA**

Un posto particolare tra le combinazioni di cose spetta all’AZIENDA, che il codice (art 2555 c.c.) definisce come il complesso di beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa: ossia, per la produzione di beni (azienda agricola) o di servizi (azienda di credito, assicurazioni, società di trasporti), ovvero per lo scambio di beni o di servizi,

L’azienda è costituita da un insieme di beni collegati tra loro da un nesso di dipendenza reciproca.

Discussa (ma risolta) è la natura giuridica dell'azienda: si tratta di una figura sui generis non inquadrabile in una qualche categoria, essa non è un bene unitario suscettibile di diritti reali ma può formare oggetto unitario di negozi giuridici o di rapporti obbligatori o di provvedimenti.

Tra gli elementi che formano l'azienda ha particolare importanza l'avviamento che si può definire come la capacità di profitto dell'azienda. Secondo la Cassazione, l'avviamento è una qualità dell'azienda, che può anche mancare (come accade nel caso di una azienda di nuova formazione che non sia ancora entrata in attività, ma sia suscettibile di iniziarla, o di azienda già in esercizio che abbia cessato temporaneamente di funzionare). Uno dei fattori che costituiscono l'avviamento - ossia la sede dell'attività aziendale - è tutelata dalla giurisprudenza, che ha previsto il diritto a conseguire da parte dell'imprenditore un'indennità nel caso venga a cessare la locazione dell'immobile purché non a seguito di sua inadempienza o recesso.

Per quanto riguarda l'impresa, il c.c. non ne dà la definizione, ma dà quella dell'imprenditore, che, secondo l'art. 2082 c.c., è chi esercita professionalmente (cioè non occasionalmente) un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi. Ha dato luogo a discussioni il rapporto tra le nozioni di impresa e azienda:

a) l'impresa, è l'attività economica svolta dall'imprenditore; b) l'azienda, è, invece, il complesso dei beni di cui l'imprenditore si avvale per svolgere l'attività di impresa.

**IL PATRIMONIO** In senso giuridico, si chiama patrimonio, il complesso dei rapporti attivi e passivi, suscettibili di valutazione economica, facenti capo ad un soggetto. (diverso nella nozione comune - es. anche se il patrimonio di una persona è fatto di soli debiti è comunque soggetto passivo di rapporti giuridici). Il patrimonio non è considerato come un bene unico → non è un' universitas.

Ogni soggetto di regola ha un patrimonio ed un patrimonio solo con il quale risponde dei propri debiti (art. 2740 c.c.) ovvero non può distaccarne una parte: (ad es. per riserVARLA ad alcuni creditori) cosa prevista solo nei casi previsti dalla legge, c.d. patrimonio separato esso continua a far capo al soggetto vi si distacca semplicemente una parte). Diverso è il patrimonio autonomo che è quello che viene attribuito ad un nuovo soggetto mediante la creazione di una persona giuridica. (es. società di capitali associazione riconosciuta ecc.), oppure anche solo di un ente che sia dotato di autonomia patrimoniale, sebbene ancorché imperfetta (es. società di persone, associazione non riconosciuta).

**BENI PUBBLICI E BENI DEGLI ENTI ECCLESIASTICI**. Di beni pubblici si parla in due sensi:

A. Beni appartenenti ad un ente pubblico (chiamati anche beni pubblici in senso soggettivo);

B. Beni assoggettati ad un regime speciale, diverso dalla proprietà privata, per favorire il raggiungimento dei fini pubblici cui quei cespiti sono destinati (chiamati anche beni pubblici in senso oggettivo)

Sono pubblici in senso oggettivo i "beni demaniali" ed i "beni del patrimonio indisponibile"

La gestione dei beni pubblici è diversificata, a seconda della tipologia dei beni stessi, che possono essere: a) Beni Demaniali:

- beni demaniali statali - Prima della legge n. 94 del 1997 e del relativo Decreto legislativo n. 279 del 1997, i beni demaniali erano esclusi dal Conto

del Patrimonio. Con la normativa del 1997, essi devono essere indicati unitamente agli elementi che evidenziano la redditività della gestione. Già l'art. 111 del Regio Decreto n. 827 del 1924 imponeva che i decreti di approvazione dei contratti che determinano variazioni nel valore del Patrimonio devono indicare il montare dell'aumento o della diminuzione corrispondente (ma questa norma è stata spesso disapplicata).

- beni demaniali comunali e provinciali - Sono descritti nel Conto del patrimonio dell'ente territoriale, nel Conto economico Consuntivo (ai sensi del Decreto legislativo n. 77 del 1995, con gli elementi positivi e negativi della valutazione).

b) Beni non Demaniali:

- beni patrimoniali immobili - Sono descritti in registri di consistenza che indicano le modificazioni nel valore o nella consistenza.

- beni patrimoniali mobili - Sono inventariati dai singoli Ministeri che li hanno in consegna ed affidati agli agenti consegnatari (tenuti alla «resa del conto giudiziale»). I beni mobili di enti pubblici diversi dallo Stato sono disciplinati dal Decreto legislativo n. 77 del 1995 e dai singoli Regolamenti di contabilità di ciascun ente. In particolare, la legge n. 448 del 1998 prevede anche l'ammortamento dei beni strumentali degli enti pubblici.

## IL FATTO, L'ATTO ED IL NEGOZIO GIURIDICO

**I fatti giuridici.** Sono tali tutti gli accadimenti rilevanti per il diritto, che producono effetti, oltre che nel mondo naturale, anche in quello giuridico. Per fatto giuridico si intende qualsiasi avvenimento cui l'ordinamento ricollegli conseguenze giuridiche.

Si distinguono:

- fatti materiali → quando si verifica un mutamento della situazione preesistente nel mondo esterno, percepibile dall'uomo con i sensi (es. abbattimento di un albero);
- fatti in senso ampio → comprensivi sia di omissioni (es. mancato esercizio di un diritto che se si protrae oltre il tempo di legge cade in prescrizione)

Si parla di:

- fatti giuridici in senso stretto o naturali → quando le conseguenze giuridiche sono ricollegate ad un evento in cui non sia intervenuto l'uomo (morte per cause naturali di una persona, un'inondazione, i frutti civili);

- atti giuridici → se l'evento causativo di conseguenze giuridiche postula un intervento umano (es. reati, contratti, etc). Spesso i fatti presi in considerazione dalle norme per ricollegarli a conseguenze giuridiche sono fatti già qualificati legalmente (es.: il contratto, il matrimonio, la sentenza ecc.) La giuridicità di un fatto, dunque, non dipende mai da caratteristiche intrinseche di quell'avvenimento, bensì soltanto dalla circostanza estrinseca che da quell'evento derivi, in forza di una norma giuridica che lo disponga, un effetto giuridico.

**Classificazione degli atti giuridici.** Atto giuridico → atti umani consapevoli e volontari rilevanti per il diritto. (esempio: reati, contratti, etc.)



Gli atti giuridici si distinguono in due categorie: a) atti leciti → atti conformi alle prescrizioni dell'ordinamento giuridico :

- operazioni, che consistono in modificazioni del mondo esterno (es. la presa di possesso di una cosa);  
- dichiarazioni, che sono atti diretti a comunicare ad altri il proprio pensiero, la propria opinione. Tra le dichiarazioni la maggior importanza va attribuita ai negozi giuridici, ossia le dichiarazioni con le quali i privati esprimono la volontà di regolare in un determinato modo i propri interessi. Si dicono invece dichiarazioni di scienza quelle con le quali si comunica ad altri di essere a conoscenza di un atto o di una situazione del passato (es. nella confessione).

b) atti illeciti → atti compiuti in violazione di doveri giuridici e che producono la lesione del diritto soggettivo altrui (fatti illeciti, art. 2043 ss. cod. civ.).

Tutti gli atti umani consapevoli e volontari, che non siano negozi giuridici, sono denominati atti giuridici in senso stretto, essi sono disposti dall'ordinamento giuridico senza riguardo all'intenzione di colui che li pone in essere (es. se un creditore intima al debitore di saldare quanto dovuto questi è costituito in mora, anche se il creditore non aveva intenzione di provocare questi effetti). Per ogni atto giuridico si esige la capacità di intendere e di volere (art. 2046 cod. civ.).

### **Il negozio giuridico. (es. un credito, un contratto)**

Negozio giuridico → si tratta di una manifestazione di volontà con la quale vengono enunciati gli effetti perseguiti ed alla quale l'ordinamento giuridico ricollega effetti giuridici conformi al risultato voluto (effetti che possono essere i più vari: es. il trasferimento di proprietà di un bene). Il negozio giuridico quale atto con cui si dispone della propria sfera giuridica, e quindi atto di autonomia privata.

Nonostante la grande importanza che il concetto di negozio giuridico riveste, il codice civile non gli dedica una apposita disciplina: nel codice sono regolati il contratto (artt. 1321- 1469), il testamento (artt. 587- 712), il matrimonio (artt. 84-142), numerose altre singole figure negoziali, ma non il negozio giuridico in generale. Benché il negozio giuridico non costituisca una figura normativa, essa ha un ruolo centrale nella storia della cultura giuridica e mantiene anche oggi rilevanza come strumento concettuale utilizzato dagli interpreti.

### **Classificazione dei negozi giuridici:**

**a) in relazione alla struttura soggettiva** - unilaterale: se il negozio giuridico è perfezionato con la dichiarazione di una sola parte, il negozio si dice unilaterale (es. il testamento). Non si confonda il concetto di parte con quello di persona: per parte si intende un centro di interessi, più persone possono effettuare un negozio unilaterale (es. più persone che effettuano una procura a vendere per un bene di cui sono comproprietarie, costituiscono un negozio unilaterale - si parla di negozi pluri- personali ).

i negozi giuridici unilaterali si distinguono: - recettizi e non recettizi : in recettizi, se, per produrre effetto, la dichiarazione

negoziale deve pervenire a conoscenza di una determinata persona, alla quale, pertanto, deve essere comunicata o notificata (es. disdetta di un contratto) e non recettizi, se producono effetto indipendentemente dalla comunicazione ad uno specifico destinatario (es. riconoscimento di un figlio naturale).

- bilaterale o plurilaterale: se le parti sono più di una, si ha il negozio bilaterale (se sono due) o plurilaterale (se sono più di due). Il negozio bilaterale non deve essere confuso con il caso di un contratto bilaterale a struttura plurisoggettiva (es. se due coniugi acquistano una casa da destinare ad abitazione comune il contratto rimane comunque bilaterale).

- atto collegiale : se le dichiarazioni di volontà sono dirette a formare la volontà di una collettività organizzata di individui si ha l'atto collegiale (es. deliberazione dell'assemblea di una S.P.A.). Nell'atto collegiale si applica il principio della maggioranza: la deliberazione è valida ed efficace anche se è approvata dalla maggioranza e non da tutti coloro che hanno diritto di partecipazione alla formazione della volontà della persona giuridica.

- atto complesso: L'atto collegiale differisce dall'atto complesso (volontà di più parti che si fondono in modo da formarne una sola): la distinzione con l'atto collegiale è che nell'atto complesso se vi è un vizio di una sola parte questo vizia la dichiarazione complessa, mentre nell'atto collegiale se una dichiarazione di voto è viziata si procede (sempre che vi sia maggioranza escludendo quel voto).

**b) in relazione alla funzione** Ulteriori distinzioni del negozio giuridico si ricollegano alla sua funzione (o causa). Si distinguono in:

- mortis causa e inter vivos: Si distinguono così i negozi mortis causa (unico es. il testamento), i cui effetti presuppongono la morte di una persona, dai negozi inter vivos, che prescindono da tale presupposto (es. vendita).

- patrimoniali e a-patrimoniali: Secondo che si riferiscano ad interessi economici o meno si distinguono i negozi a-patrimoniali (es. i negozi di diritto familiare in cui prevale sull'interesse del singolo l'interesse superiore del nucleo familiare), dai negozi patrimoniali che a loro volta si distinguono in negozi di accertamento (che si propongono solo di eliminare controversie, dubbi sulla situazione esistente) e negozi di attribuzione patrimoniale (spostamento di diritti patrimoniali da un soggetto ad un altro (es. vendita). I negozi di attribuzione patrimoniale, a loro volta, si distinguono in negozi di obbligazione (che danno luogo solo alla nascita di una obbligazione ancorché diretta al trasferimento di un diritto - es. vendita di cosa altrui nella quale il venditore si obbliga ad acquistare la cosa dal proprietario in maniera che il compratore possa, di conseguenza, diventarne a sua volta immediatamente proprietario) e negozi di disposizione (che importano una immediata diminuzione del patrimonio mediante alienazione o rinuncia).

I negozi di disposizione si distinguono in negozi traslativi (se attuano il trasferimento o la limitazione del diritto a favore di altri) o traslativo costitutivi (se costituiscono un diritto reale limitato su di un bene del disponente) e abdicativi.

**Negozi a titolo gratuito e negozi a titolo oneroso.** I vari negozi patrimoniali si distinguono in:

- negozi a titolo gratuito → si dice a titolo gratuito il negozio per effetto del quale un soggetto acquisisce un vantaggio senza alcun correlativo sacrificio;

- negozi a titolo oneroso → si ha quando un soggetto, per acquistare qualsiasi tipo di diritto, accetta un correlativo sacrificio. In genere l'acquirente a titolo gratuito è protetto meno intensamente dall'acquirente a titolo oneroso. La gratuità

non coincide con la liberalità che rappresenta la causa della donazione: la gratuità è categoria più ampia, poiché comprende tutti i casi di attribuzioni patrimoniali o di prestazioni a fronte delle quali non si ponga una specifica controprestazione da parte del destinatario, che però possono essere sorrette da un intento non liberale del disponente (es. un imprenditore organizza un servizio gratuito di trasporto dei propri dipendenti).

**La rinuncia** . Esempio di negozio abdicativo è la rinuncia , che è la dichiarazione unilaterale del titolare di un diritto soggettivo, diretta a dismettere il diritto stesso senza trasferirlo ad altri. Non si esclude che altri possano avvantaggiarsi dalla rinuncia, ma questo vantaggio può derivare solo occasionalmente e indirettamente dalla perdita del diritto da parte del suo titolare. Se la rinuncia ha per oggetto un diritto di credito si chiama remissione.

**Elementi del negozio giuridico.** Gli elementi del negozio giuridico si distinguono in:

-elementi essenziali, senza i quali il negozio è nullo;

-elementi accidentali (es. la condizione il termine e il modo), che le parti sono libere di apporre o meno.

In relazione al contratto gli elementi essenziali sono elencati dall'art.1325 del cod. civ. che li definisce "requisiti"; la mancanza dei requisiti del contratto ne comporta la nullità (art 1418 c.c.).

Gli elementi essenziali si dividono in:

- generali, se si riferiscono ad ogni tipo di contratto (es. la volontà, la dichiarazione, la causa);
- particolari, se si riferiscono a quel particolare tipo considerato (es. elemento essenziale particolare della vendita è il prezzo).

Dagli elementi essenziali distinguiamo i presupposti del negozio , che sono circostanze estrinseche (non sono caratteristiche di cui si compone il negozio =estrinseco) al negozio, indispensabili perché il negozio sia valido. Tali sono la capacità della persona che pone in essere il negozio, l'idoneità dell'oggetto, la legittimazione del negozio.

Distinguiamo anche un'altra categoria di elementi: i c.d. elementi naturali. In realtà si tratta di effetti naturali del negozio: essi si producono senza bisogno di previsione delle parti, salva la loro contraria volontà manifestata (es. se acquisto un bene da chi non ne è proprietario anche se il contratto non contiene clausole in merito sono comunque garantito dalla garanzia per evizione (la garanzia che la cosa venduta non appartiene ad altri che la possano rivendicare).

**La dichiarazione.** La volontà del soggetto diretta a produrre effetti giuridici deve essere dichiarata, cioè esternata. A seconda dei modi con cui la dichiarazione avviene, essa si distingue:

- in dichiarazione espressa (se fatta con parole, cenni, alfabeto Morse, etc)

- in dichiarazione tacita (comportamento che secondo il comune modo di pensare risulti incompatibile con la volontà contraria (es. se chiedo una dilazione di un debito caduto in prescrizione rinuncio tacitamente alla prescrizione) N.B. la prescrizione produce l'estinzione di un diritto per effetto dell'inerzia del titolare del diritto stesso, che non lo esercita o non lo usa per il tempo stabilito dalla legge.

In alcuni casi l'ordinamento giuridico richiede per forza una dichiarazione espressa, per evitare le incertezze circa l'esistenza della dichiarazione (es. prestazione di una fidejussione).

Il silenzio può avere valore di dichiarazione tacita di volontà solo in concorso di determinate circostanze, che conferiscono al semplice silenzio un preciso valore espressivo; oppure se, in base alle regole della correttezza e della buona fede, il silenzio, dati i rapporti tra le parti, ha il valore di consenso. (es. se un libraio manda abitualmente ad un cliente dei libri, ed egli mantiene solo quelli che acquista, la mancata restituzione ne comporta l'acquisto).

**La forma**. La dichiarazione deve avere una forma (il principio generale del nostro ordinamento è che la forma è libera, non si prevedono dei formalismi rigidi, tranne quando si parla di forma solenne, la prescrizione di una forma specifica è imposta dall'ordinamento per una questione di conoscibilità dell'atto.)

Talvolta si ha la necessità di subordinare la validità di un atto a forme solenni: si pensi al matrimonio o al testamento. Nel caso del contratto non esiste un regime formale univoco, in quanto specifici vincoli risultano imposti in relazione all'oggetto del contratto (per gli atti relativi ai diritti reali su beni immobili è richiesta la forma scritta) o in relazione al tipo di contratto (es. il contratto di donazione deve essere perfezionato mediante atto pubblico e alla presenza di due testimoni) o ai connotati di una certa categoria di contratti (es. i contratti relativi alle operazioni bancarie devono essere stipulati per iscritto). In questi casi - definiti a forma vincolata sussistendo un vincolo, un onere per il dichiarante, di adottare la forma richiesta affinché l'atto sia valido e non sia compiuto inutilmente - si dice che la forma è richiesta ad substantiam actus (cfr. in particolare l'art. 1350 cod. civ.). In alcuni casi il requisito della forma è richiesto ai fini processuali, in quanto l'atto può essere provato solo mediante l'esibizione in giudizio del relativo documento. Va distinto dal requisito di forma di un atto imposto dalla legge il caso in cui un requisito di forma sia invece imposto dagli stessi privati (c.d. formalismo convenzionale).

**Il bollo e la registrazione**. Non sono requisiti di forma né il bollo né la registrazione di un atto. Per molti negozi lo Stato, per ragioni fiscali, impone l'uso della carta bollata, poiché le parti acquistandola versano all'erario l'importo dei valori bollati acquistati. L'inosservanza di tale prescrizione non dà luogo, tuttavia, alla nullità del negozio, ma ad una sanzione pecuniaria notevole. Solo la cambiale e l'assegno bancario, se non sono stati regolarmente bollati al momento della emissione, pur essendo validi a tutti gli altri effetti, non hanno efficacia a titolo esecutivo.

Anche la registrazione (deposito del documento presso l'ufficio del registro) serve prevalentemente a scopi fiscali. La registrazione ha notevole importanza sotto l'aspetto del diritto privato: essa è il mezzo di prova più comune per rendere certa, mediante l'attestazione dell'ufficio stesso sul documento, la data di una scrittura privata di fronte ai terzi (art. 2704 cod. civ.).

## **A) I DIRITTI REALI**

Tradizionalmente i diritti reali sono caratterizzati:

- dall'immediatezza: ossia dalla possibilità, per il titolare, di esercitare direttamente il potere sulla cosa, senza la necessità di cooperazione di terzi (es. il proprietario può utilizzare il bene, senza la necessità della collaborazione di altri, essendo sufficiente che questi ultimi non ostacolino il godimento);

- dall'assolutezza: ossia il dovere di tutti i consociati di astenersi dall'interferire nel rapporto fra il titolare del diritto reale ed il bene che ne è oggetto, e correlativamente, dalla possibilità, per il titolare, di agire in giudizio contro chiunque contesti o pregiudichi il diritto (efficacia erga omnes);
- dall'inerenza: ossia dalla opponibilità del diritto a chiunque possieda o vanta del diritto sulla cosa (es. il proprietario può agire nei confronti di chiunque possieda il bene per ottenere la restituzione)

Nell'ambito dei diritti reali si è solito distinguere :

1. la proprietà;
2. i diritti reali in re aliena .
3. i diritti reali in re aliena si distinguono a loro volta in
4. ulteriori diritti:
5. i diritti reali di godimento (superficie, enfiteusi, usufrutto, uso, abitazione, ipoteca);
6. i diritti reali di garanzia ( pegno ed ipoteca).

Collegate ai diritti reali sono le **OBBLIGAZIONI REALI**, che si caratterizzano per il fatto che la persona dell'obbligato viene individuata in base alla titolarità di un diritto reale su un determinato bene: così ad esempio, l'obbligo di sostenere le spese necessarie per la conservazione ed il godimento della cosa comune grava su ciascun comproprietario.

## **LA PROPRIETA'**

“Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono “inviolabili”. L'art. 832 cc enuncia il principio secondo il quale al proprietario spetta “il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo”.

La proprietà, attribuisce, dunque, al titolare:

1. Il potere di godimento del bene stesso, decidendo se, come e quando utilizzarla: o direttamente (abitando l'appartamento) o indirettamente (concedere in locazione l'appartamento a terzi)
2. Il potere di disposizione del bene, per tale intendendosi, il potere di cedere ad altri, in tutto o in parte, diritti sulla cosa (ad es. il proprietario può vendere l'appartamento, donare, locare, farne oggetto di usufrutto)

L'art. 821 precisa, poi, che il potere di godimento e di disposizione che compete al proprietario è “pieno ed esclusivo”.

Da qui l'idea che la proprietà sia caratterizzata da due connotati: I. Dalla “pienezza”: diritto del proprietario di fare tutto ciò che vuole, persino distruggerla;

II. Della “esclusività”: diritto di attribuzione al proprietario di vietare ogni ingerenza di terzi.

## **ESPROPRIAZIONE E INDENNIZZO**

L'art. 42, comma 3, Cost. dispone che “la proprietà può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale”.

**ESPROPRIAZIONE TRASLATIVA E LARVATA:** cosa si intende per “espropriazione”? Concezione ormai superata è quella secondo cui si avrebbe espropriazione solo nel caso di trasferimento della titolarità di un bene dal precedente proprietario (espropriato) ad un altro soggetto, pubblico o privato (beneficiario della espropriazione). Questa è la cd. espropriazione traslativa. La Corte Costituzionale ha invece ritenuto che rientrino nella nozione d'espropriazione anche quelle limitazioni che, pur non determinando per il

proprietario la perdita del suo diritto, siano tali da svuotare di contenuto il diritto di proprietà, incidendo sul godimento del bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile in rapporto alla destinazione inerente alla natura del bene stesso o determinando il venir meno o una penetrante incisione del suo valore di scambio (c.d. espropriazione larvata o limiti espropriativi).

**INDENNIZZO** : quali sono i criteri cui il legislatore deve attenersi per la determinazione dell'indennizzo da corrispondere al soggetto che subisce l'esproprio? La Corte Costituzionale ha escluso che l'indennizzo debba necessariamente consistere in un integrale risarcimento del pregiudizio economico sofferto dall'espropriato, quindi non è richiesto che l'indennizzo sia pari al valore venale (o di mercato) del bene; di contro ha escluso anche che l'indennizzo possa essere dal legislatore stabilito in termini meramente simbolici o irrisori, dovendo piuttosto rappresentare un serio ristoro del pregiudizio conseguente all'espropriazione. Così sono stati stabiliti diversi indennizzi a seconda che l'espropriazione riguardi un:

- **AREA NON EDIFICABILE**: se è coltivata, indennizzo = valore agricolo (tenendo conto di colture effettivamente coltivate e del valore dei manufatti realizzati, anche in relazione all'esercizio dell'azienda agricola). Se l'area non è coltivata, indennizzo = valore agricolo medio (corrispondente al tipo di coltura prevalente nella zona e al valore dei manufatti edilizi legittimamente realizzati). Se il proprietario è coltivatore diretto o imprenditore agricolo a titolo principale, spetta indennizzo + indennità aggiuntiva (pari al valore agricolo medio corrispondente al tipo di coltura effettivamente praticata).
- **AREA EDIFICABILE**: indennizzo = valore venale.
- **COSTRUZIONE LEGITTIMAMENTE EDIFICATA** : indennizzo = valore venale
- **VINCOLO SOSTANZIALMENTE ESPROPRIATIVO**: indennizzo = misura del danno effettivamente prodotto.

**CESSIONE VOLONTARIA**: al fine di incentivare la cessione volontaria della proprietà del bene dall'espropriando al beneficiario dell'espropriazione senza necessità di addivenire ad un formale decreto di esproprio, la legge prevede che il corrispettivo della cessione sia, di regola, maggiore rispetto all'indennizzo (es. per la cessione volontaria di un'area edificabile non è prevista la riduzione del 40%).

### **I diritti reali di godimento ( superficie, l'enfiteusi, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, la servitù)**

I diritti reali su cosa altrui non costituiscono una parte o frazione del diritto di proprietà, ma una "limitazione" del diritto medesimo. Si è detto che i diritti reali su cosa altrui si distinguono in "diritti reali di godimento"(che comprimono il potere di godimento che spetta al proprietario) e "i diritti reali di garanzia" (che, in funzione di garanzia, comprimono il potere di disposizione che spetta al proprietario).

I diritti reali di godimento sono:

1. La superficie;
2. L'enfiteusi;
3. L'usufrutto;
4. L'uso;
5. L'abitazione;

6. La servitù prediale.

### **1.LA SUPERFICIE**

Occorre ricordare che, per il principio di accessione, tutto ciò che è stabilmente incorporato sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario del suolo medesimo (art.934 cod. civ.).

Peraltro questa regola subisce una deroga, allorquando venga attribuito a persona diversa dal proprietario il diritto di superficie (art. 952 ss. c.c.).

La superficie consiste alternativamente:

- a) nel diritto di costruire al di sopra del suolo altrui un'opera, di cui il superficario, quando l'abbia realizzata, acquista a titolo originario la proprietà (proprietà superficaria) separata da quella del suolo, la quale ultima resta invece al concedente;
- b) nella proprietà superficaria di una costruzione già esistente di cui un soggetto diverso dal proprietario diviene titolare, mentre la proprietà del suolo resta al concedente.

### **2.L'ENFITEUSI**

L'enfiteusi attribuisce alla persona a cui favore è costituita (enfiteuta, o concessionario) lo stesso potere di godimento che, su un bene immobile, spetta al proprietario, salvo l'obbligo di migliorare il fondo e di pagare al proprietario stesso (nudo proprietario, o concedente) un canone periodico che può consistere in denaro o in una quantità fissa di prodotti naturali, nei limiti fissati da leggi speciali. A differenza dell'usufruttuario, l'enfiteuta può anche mutare la destinazione del fondo, purché non lo deteriori.

Il potere di godimento che, per effetto della costituzione di enfiteusi, spetta all'enfiteuta si suole denominare dominio utile: al nudo proprietario compete il dominio diretto che, in concreto, si riduce a ben poca cosa (il diritto al canone). Perciò alcuni giungono ad affermare che, dal punto di vista giuridico, l'enfiteuta si dovrebbe ritenere proprietario del fondo, mentre il diritto che spetta al concedente si configurerebbe come un diritto reale al canone. L'enfiteusi può essere perpetua (a differenza dei diritti di usufrutto, uso e abitazione, che hanno sempre durata temporanea) o a tempo (ma non può mai avere durata inferiore ai vent'anni: se si consentisse un termine più breve, nessuno sarebbe invogliato ad assumere l'obbligo del miglioramento) (art. 958 c.c.).

Modi di acquisto dell'enfiteusi sono il contratto, il testamento e l'usucapione.

### **3.L'USUFRUTTO**

L'usufrutto consiste nel diritto di godere della cosa altrui con l'obbligo di rispettare la destinazione economica (art. 981 c.c.).

L'usufruttuario può dunque trarre dalla cosa tutte le utilità che ne può trarre il proprietario, ma se, per es., l'usufrutto ha per oggetto un'area, non può costruirvi, né può trasformare un giardino o parco in un orto o in un frutteto ecc.

L'usufrutto ha necessariamente durata temporanea, perché non presenterebbe alcuna utilità pratica la proprietà del concedente (nuda proprietà), se la facoltà di godimento le fosse definitivamente sottratta. Così:

- se costituito a favore di una persona fisica, l'usufrutto (se non diversamente previsto) s'intende per tutta la durata della vita dell'usufruttuario; in ogni caso la morte di quest'ultimo determina l'estinzione del diritto, quand'anche non fosse ancora scaduto il termine finale eventualmente previsto;
- se costituito a favore di una persona giuridica, oppure di un ente non personificato (es.:

un'associazione non riconosciuta), la durata dell'usufrutto non può essere superiore a trent'anni (979 c.c.).

**L'oggetto dell'usufrutto. Il quasi usufrutto.** Oggetto dell'usufrutto può essere qualunque specie di bene, con esclusione dei soli beni (corporali) consumabili. Questi ultimi non potrebbero infatti essere restituiti al proprietario alla cessazione dell'usufrutto (es.: cibi, bevande ecc.) Se il godimento di beni consumabili viene attribuito a persona diversa del proprietario, si avrà una situazione che non coincide con quella dell'usufrutto; ma che si suole definire "quasi usufrutto": in tal caso la proprietà dei beni (consumabili) passa al quasi-usufruttuario (quindi il quasi usufrutto non è un diritto reale su cosa altrui) salvo l'obbligo di quest'ultimo di restituire non già gli stessi beni ricevuti (cosa impossibile), bensì il loro valore, oppure altrettanti beni dello stesso genere (art. 995 cod. civ.).

Oggetto di un usufrutto possono essere anche beni deteriorabili (es.: vestiti, autovetture, ecc.): in tal caso l'usufruttuario ha diritto di servirsene secondo l'uso al quale sono destinati (conformemente al limite normale dell'usufrutto).

#### **Modi di acquisto dell'usufrutto.**

- a) La legge, per quel che riguarda l'usufrutto legale dei beni del figlio minore da parte dei genitori .
- b) La volontà dell'uomo: contratto, testamento ecc (a titolo gratuito o oneroso).
- c) L'usucapione (art. 1158 c.c.)
- d) Il provvedimento del giudice che in relazione alle necessità della prole può costituire, a favore di uno dei coniugi, l'usufrutto su parte dei beni spettanti all'altro coniuge a seguito della divisione dei cespiti già in comunione legale. Quanto alla costituzione dell'usufrutto volontario, è opportuno ricordare che gli atti che costituiscono l'usufrutto su beni immobili devono farsi per iscritto e sono soggetti a trascrizione. È soggetta a trascrizione anche l'accettazione dell'eredità e l'acquisto del legato, che importino l'acquisto dell'usufrutto su detti beni.

#### **Diritti dell'usufruttuario.** All'usufruttuario competono:

- a) Potere di godimento sul bene (art. 981 cod. civ.) → il possesso sulla cosa (art.982 cod. civ.)
  - Per conseguire il possesso, se questo è esercitato da altri, l'usufruttuario può esperire l'actio confessoria. Quest'azione è diretta ad accertare l'esistenza del diritto di usufrutto ed ottenere la condanna del terzo al rilascio del possesso.
  - L'acquisto dei frutti naturali e civili della cosa. La legge (art.821 c.c.) distingue tra frutti civili e frutti naturali, se essi appartengono a persona diversa dal proprietario: la proprietà dei frutti naturali si acquista con la separazione, i frutti civili si acquistano giorno per giorno in ragione della durata del diritto. Questa regola si applica anche all'usufruttuario. Tuttavia nel caso dei frutti naturali prodotti da fondo rustico, la ripartizione tra proprietario ed usufruttuario ha luogo in proporzione della durata del rispettivo diritto nell'anno agrario. Vengono ripartite anche le spese necessarie alla produzione.
- b) Potere di disposizione del diritto di usufrutto e del godimento del bene (inter vivos) - (art.980 c.c.)
  - L'usufruttuario può di regola cedere ad altri non certo il diritto di proprietà sul bene, ma il proprio diritto d'usufrutto; e può anche concedere ipoteca sull'usufrutto stesso. In ogni caso, la cessione non può danneggiare il nudo proprietario, prolungando la compressione del suo diritto: perciò l'usufrutto si estinguerà egualmente nel termine stabilito nell'atto di costituzione e, in mancanza, con la morte non già dell'acquirente, ma del primo usufruttuario.
  - L'usufruttuario può concedere in locazione la cosa che forma oggetto del suo diritto, e più in generale, concederla in godimento a terzi (es. in comodato).

**Obblighi dell'usufruttuario.** Dovere fondamentale è quello di restituire la cosa al termine del diritto di usufrutto (art. 1001 c.c.).

Da ciò deriva che l'usufruttuario è tenuto a:



- a) Usare la diligenza del buon padre di famiglia nel godimento della cosa; b) Non modificare la destinazione;
- c) Fare (salvo dispensa) l'inventario e prestare garanzia a presidio dell'osservanza degli obblighi di conservazione e restituzione dei beni assoggettati ad usufrutto.

La ripartizione delle spese inerenti alla produttività della cosa: l'usufruttuario è tenuto alle spese e, in genere, agli oneri relativi alla custodia, all'amministrazione, alla manutenzione ordinaria della cosa, e quindi alle riparazioni ordinarie, alle imposte, ai canoni, alle rendite fondiari e agli altri pesi che gravano sul reddito. Sono invece a carico del nudo proprietario le riparazioni straordinarie: cioè in genere quelle che superano i limiti della conservazione della cosa e delle sue utilità per la durata della vita umana.

**Estinzione dell'usufrutto** . L'estinzione si verifica (1014 c.c.): 1) Per scadenza del termine o morte dell'usufruttuario (art. 979 cod. civ.); 2) Per prescrizione estintiva ventennale;

3) Per consolidazione (ossia per riunione dell'usufrutto e della nuda proprietà in capo alla stessa persona);

4) Per perimento totale della cosa (art. 1014 cod. civ.);

5) Per abuso che l'usufruttuario faccia del suo diritto (alienando i beni, deteriorandoli, mancando di ripararli - art. 1015 cod. civ.).

L'estinzione dell'usufrutto importa, in ogni caso, la riespansione della nuda proprietà nella proprietà piena.

#### **4.USO ED ABITAZIONE**

Essi non sono che tipi limitati di usufrutto:

a) L'uso consiste nel diritto di servirsi di un bene e, se fruttifero, di raccoglierne i frutti limitatamente ai bisogni propri e della propria famiglia (art. 1021 c.c.).

b) L'abitazione consiste nel diritto di abitare una casa limitatamente ai bisogni propri e della propria famiglia (art. 1022 c.c.).

I due diritti si distinguono perciò dall'usufrutto soltanto sotto l'aspetto quantitativo: l'usuario ha le stesse facoltà dell'usufruttuario, ma solo entro il limite indicato.

Dato il loro carattere personale, i diritti d'uso e abitazione non si possono cedere, né il bene può essere concesso in locazione o altrimenti in godimento a terzi.

I due diritti si estinguono con la morte del titolare: pertanto non possono formare oggetto di disposizione testamentaria.

#### **5.SERVITU'**

La servitù prediale (dal latino medievale: che riguarda un fondo) consiste nel peso imposto sopra un fondo (servente) per l'utilità di un altro fondo (dominante) appartenente a diverso proprietario (art. 1027 c.c.).

### **I DIRITTI DI CREDITO: LE OBBLIGAZIONI**

Con il termine "obbligazione" si intende il "rapporto" tra due soggetti (soggetto passivo = debitore, e il soggetto attivo = creditore) in forza del quale il primo è tenuto, nei confronti del secondo, ad una determinata "prestazione".

Tale concetto si esprime anche dicendo che al debitore fa capo una determinata "obbligazione" (es. obbligazione di consegnare un bene), e al creditore, per conseguire l'utilità cui ha diritto, ha bisogno dell'indispensabile cooperazione del debitore.

Il diritto del creditore è, quindi, un diritto nei confronti del debitore: per questo, si dice, "relativo" (o personale), in quanto

può essere fatto valere solo nei confronti di quest'ultimo.

La nozione di diritto di credito viene tradizionalmente contrapposta a quella di diritto reale: mentre il diritto reale è un diritto sulla cosa (RES) caratterizzato dai connotati dell'immediatezza e dell'assolutezza, il diritto di credito è un diritto nei "confronti di un soggetto" obbligato a una determinata prestazione, proprio per questo si parla di "diritti personali di godimento" per distinguerli dai "diritti reali di godimento".

La giuridicità del vincolo del debitore è sanzionata soltanto con una responsabilità patrimoniale (art 2740 cc).

## **FONTI DELLE OBBLIGAZIONI**

Le obbligazioni possono sorgere da:

- Contratto;
- Fatto illecito;
- Ogni altro atto o fatto illecito a produrle.

## **I SOGGETTI**

I soggetti attivo e passivo del rapporto obbligatorio – cioè il creditore e il debitore- devono essere determinati (ad es. in ipotesi di compravendita, "creditore" del prezzo sarà il venditore, "debitore" l'acquirente), quanto meno, determinabili .

**Le obbligazioni plurisoggettive** . Perché sussista un rapporto obbligatorio è indispensabile la presenza, come si è detto, di almeno due soggetti : il debitore e il creditore. E' tuttavia possibile che l'obbligazione faccia capo ad una pluralità di soggetti (debitori e/o creditori) chiamata "obbligazione plurisoggettiva.

Considerando queste ipotesi ricorrono:

1. Obbligazione solidale:

**Obbligazione solidale passiva:** ciascun debitore è obbligato ad effettuare a favore dell'unico creditore l'intera prestazione (OBBLIGAZIONE SOLIDALE PASSIVA), e l'esecuzione di questa, fatta da uno qualsiasi di essi, ha l'effetto liberatorio a favore di tutti gli altri (es. due coniugi che aprono un mutuo)

**Obbligazione solidale attiva:** ciascun creditore ha diritto nei confronti dell'unico debitore all'intera prestazione (OBBLIGAZIONE SOLIDALE ATTIVA). (ad es. se due coniugi hanno un conto corrente cointestato ognuno può prelevare anche l'intera somma).

2. Obbligazione parziaria:

**Obbligazione parziaria passiva:** ciascuno dei più debitori è tenuto ad eseguire una parte dell'unitaria prestazione e l'altra parte della medesima prestazione deve essere eseguita dagli altri condebitori (OBBLIGAZIONE PARZIARIA PASSIVA) – (es. se tizio deve cento alla sua morte gli eredi risolveranno in proporzione alla loro quota);

**Obbligazione parziaria attiva:** ciascuno dei più creditori ha diritto ad una parte soltanto dell'unitaria prestazione mentre la restante parte della medesima prestazione deve essere eseguita a favore di ciascuno degli altri creditori (OBBLIGAZIONE PARZIARIA ATTIVA) per la quota di rispettiva spettanza -(es. se tizio e Caio hanno una casa in comunione pro indiviso a seguito della vendita a sempronio egli dovrà versare il 50% all'uno e il 50% all'altro).

## **LE OBBLIGAZIONI SOLIDALI**

Ipotesi più importante di obbligazione plurisoggettiva è "l'obbligazione solidale passiva":

a) Nei rapporti esterni tra debitore e creditore, valgono i seguenti principi:

- Il creditore può rivolgersi, per ottenere l'intera prestazione, ad uno qualsiasi a sua scelta dei coobbligati;
- L'effettuazione integrale della prestazione, ad opera di uno dei coobbligati, estingue l'obbligazione, con conseguente

liberazione di tutti gli altri da ogni ulteriore obbligo nei confronti del creditore (art 1292 cc);

- Il condebitore, cui sia richiesta l'esecuzione della prestazione, può opporre al creditore le "eccezioni comuni" (che attengono all'intero rapporto obbligatorio, es. invalidità) ma non quelle "personali altrui" (che attengono esclusivamente al rapporto tra il creditore e uno o più degli altri condebitori, es. il vizio del consenso);
  - La costituzione in mora di uno dei debitori in solido non vale a costituire in mora gli altri debitori;
  - Gli atti con cui il creditore interrompe la prescrizione contro uno dei debitori in solido hanno effetto anche riguardo agli altri condebitori;
  - La rinuncia, da parte del creditore, alla solidarietà a favore di uno dei condebitori, non incide sulla natura solidale dell'obbligazione degli altri condebitori (art. 1311 cc);
- b) Nei rapporti interni tra i coobbligati, valgono i seguenti principi: - Il carico della prestazione si divide fra i vari condebitori in parti che si presumono eguali, se non risulta diversamente e salvo che l'obbligazione non sia sorta nell'interesse esclusivo di alcuno dei condebitori;
- Se uno dei condebitori solidali ha corrisposto al creditore l'intera prestazione, ha diritto di richiedere a ciascuno degli altri la parte di rispettiva competenza;
  - Nell'ipotesi in cui uno o più debitori in via di regresso risultino insolventi, la perdita si ripartisce fra tutti gli altri condebitori (art 1299 cc).

**DIVISIBILITA' E INDIVISIBILITA' DELL'OBBLIGAZIONE** Le obbligazioni si distinguono in:

- a) indivisibili → quelle che hanno ad oggetto una prestazione non suscettibile di adempimento parziale: o per sua natura (es. consegnare un animale) o per volontà delle parti.
  - b) divisibili → che sono le altre (art. 1314 cod. civ.).
- N.B: La distinzione tra obbligazioni divisibili e indivisibili ha importanza in tema di obbligazioni plurisoggettive: l'obbligazione plurisoggettiva indivisibile è, solidale (art. 1317 cod. civ.).

**LA PRESTAZIONE** La prestazione cui è tenuto il debitore deve: a) essere suscettibile di valutazione economica (requisito della patrimonialità della prestazione)

b) rispondere ad un interesse - anche non patrimoniale - del creditore (art. 1174 c.c.).

- In relazione al tipo di prestazione dovuta, le obbligazioni si distinguono tradizionalmente a seconda che la stessa consista:

- a) in un dare, cioè nel trasferimento del diritto su un bene o nella consegna di un bene
- b) in un fare, cioè nel compimento di un'attività materiale (es. realizzare edificio) o giuridica (es. stipulazione di un contratto)
- c) in un non fare, cioè nell'osservanza di una condotta omissiva, consistente in un non dare o in un non fare in senso stretto (obbligazione negativa).

Sempre in relazione al contenuto della prestazione dovuta, è tradizionale la distinzione -

all'interno delle obbligazioni di fare - fra:

- a) obbligazione di mezzi → in cui il debitore è tenuto a svolgere una determinata attività, senza peraltro garantire che per il creditore ne derivi il risultato sperato (es. prestazione del medico verso il malato);
- b) obbligazioni di risultato → in cui il debitore è tenuto invece a realizzare proprio un determinato risultato quale esito della propria attività (es. appaltatore che si obbliga a costruire un determinato immobile).

La prestazione si distingue ancora in:

- a) **fungibile**, se per il creditore non sono rilevanti né l'identità né le qualità personali di chi la esegue (es. nelle obbligazioni di dare una somma di denaro è irrilevante chi la esegue);

b) **infungibile**, nel caso contrario (es. la prestazione di cantare alla Scala).

Per l'esistenza di una obbligazione, è necessario che la prestazione dovuta sia:

a) **possibile**,

b) **lecita**,

c) **determinata o determinabile**.

## **L'OGGETTO**

Oggetto dell'obbligazione è la prestazione dovuta (art. 1174 cod. civ.). Peraltro nelle obbligazioni di dare, pure il bene dovuto viene indicato come oggetto (mediato) delle obbligazioni. Analogamente, anche se con minor frequenza, anche nelle obbligazioni di fare, quando la prestazione consista nel procurare un opus al creditore. Con riferimento alle obbligazioni di dare, avendo riguardo all'oggetto dovuto, si distinguono:

- le obbligazioni generiche → quando il debitore è tenuto dare cose non ancora individuate ed appartenenti ad un genere (es. cento bottiglie di quel vino);

- le obbligazioni specifiche → quando il debitore è tenuto a dare una cosa determinata.

L'art. 1178 c.c. stabilisce che in caso di obbligazione generica, il debitore deve prestare cose di qualità non inferiore alla media. L'obbligazione da generica si trasforma in specifica quando si perviene all'individuazione, d'accordo tra le parti, della res.

### **Le obbligazioni semplici, alternative e facoltative.**

Con riferimento alla prestazione dovuta, si suol distinguere fra: - obbligazione semplici, ad oggetto un'unica prestazione;

- obbligazione alternative, in cui sono dovute al creditore due o più prestazioni e il debitore si libera prestandone una sola. Di regola il potere di scelta spetta al debitore una volta effettuata la scelta l'obbligazione si trasforma in semplice.

- obbligazioni facoltative, in cui una sola è la prestazione, ma il debitore ha la facoltà, ove lo voglia, di liberarsi prestandone una diversa. Il diritto di scelta (che spetta al debitore, salvo che, per accordo delle parti, non sia attribuita al creditore o ad un terzo), una volta esercitata, determina la trasformazione in obbligazione semplice

## **LE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE**

L'obbligazione di gran lunga più diffusa nella prassi è sicuramente quella pecuniaria: cioè quella in cui il debitore è tenuto a "dare" al creditore una "somma di denaro". I debiti pecuniari vanno estinti mediante moneta dello stato di appartenenza del creditore.

La più recente giurisprudenza ritiene che le obbligazioni pecuniarie possano essere dal debitore estinte mediante qualsiasi mezzo di pagamento (anche in contanti, ma con una soglia di 1000 euro, se la soglia è superiore a 100 euro, si può pagare tramite ad es. assegno circolare, assegno bancario ecc.) che garantisca il creditore all'effettivo pagamento. Ciò consegue che:

1. Se il debitore paga in moneta, il creditore non può rifiutare il pagamento se il debito è inferiore a 1000 euro e l'effetto liberatorio del debitore arriva con la consegna della somma di denaro;

2. Se il debitore paga mediante assegno circolare o assegno bancario, il creditore può rifiutare il pagamento solo per "giustificato motivo", e l'effetto liberatorio si verifica quando il creditore acquista la concreta disponibilità della somma

Una delle caratteristiche delle obbligazioni pecuniarie riguarda l'applicazione del principio nominalistico previsto sempre dall'articolo 1277 cc.

Ciò vuol dire che se io contraggo un debito di 100 dovrò restituire 100 e non una somma diversa anche se, in ipotesi, la

restituzione sia avvenuta dopo dieci anni dall'assunzione dell'obbligo.

Il legislatore si è anche preoccupato di precisare che l'estinzione dell'obbligazione avviene con moneta avente corso legale dello Stato al tempo del pagamento. Questa precisazione è di fondamentale importanza, sia perché illustra quale mezzo dev'essere usato per estinguere l'obbligazione, sia perché, in un periodo che ha visto la sostituzione dell'euro alla lira, ci illustra il modo per convertire il

vecchio valore

nominale al nuovo.

Com'è facile intuire, l'applicazione del principio nominalistico può comportare un danno al creditore che, a causa del fenomeno dell'inflazione, si troverebbe a ricevere una somma di valore reale inferiore rispetto al passato. In realtà a non tutte le obbligazioni pecuniarie si applica il principio nominalistico in quanto se distinguono i due tipi, ed esattamente:

- Le obbligazioni di valore → hanno ad oggetto una somma di denaro che deve essere determinata con riferimento ad un valore.

- Le obbligazioni di valuta → hanno ad oggetto una somma di denaro determinata solo riferimento al suo valore nominale.

In definitiva i due tipi di obbligazione, di valore e di valuta, si distinguono profondamente tra di loro, in quanto nelle obbligazioni di valore l'oggetto consiste in una cosa diversa dal danaro, mentre nelle obbligazioni di valuta l'oggetto della prestazione è proprio il danaro, e per questo motivo che in quest'ultimo caso si applica rigidamente il principio nominalistico.

Per chiarire le idee con un esempio, possiamo senz'altro ritenere obbligazioni di valore: “quelle che hanno ad oggetto il risarcimento danno, poiché la moneta che lo quantifica dev'essere riportata al valore reale ed attuale del danno”, mentre “se devo 100 euro per averli avuti in prestito, il debito è sicuramente di valuta, poiché il riferimento del mio debito non consiste in una cosa diversa dal danaro ma proprio in quello”.

Questa diversità di disciplina tra obbligazioni di valore e di valuta ha fatto ritenere alla giurisprudenza che le obbligazioni di valore non rientrino nella categoria delle obbligazioni pecuniarie, proprio perché non si applica il principio nominalistico.

La dottrina, però, in maniera quasi unanime, le ritiene facenti parte delle obbligazioni pecuniarie, poiché hanno pur sempre ad oggetto una somma di denaro; di conseguenza anche ai debiti di valore si applicano la maggior parte delle regole previste per i debiti di valuta, come l'individuazione del luogo del pagamento, ad esclusione però, della regola che impone il principio nominalistico.

Ricordiamo infine che l'articolo 1278 del cod. civ. permette di pagare con moneta avente corso legale nello Stato un debito contratto in valuta estera, sempre che non si sia stabilito, attraverso un'apposita clausola, che il pagamento deve avvenire solo con la valuta estera.

## **MODIFICAZIONE DEI SOGGETTI DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO**

Ai soggetti originari del rapporto obbligatorio, creditore e debitore, possono, nel corso della vita del rapporto stesso, sostituirsi o aggiungersi altri soggetti (così ad es. in caso di morte del debitore o del creditore, l'erede succede, rispettivamente, nel debito o nel credito).

Ciò può verificarsi:

a) Nell'ambito di una “successione a titolo universale” (eredità; fusione di società), nel qual caso la modificazione riguarda contemporaneamente TUTTI i rapporti facenti parte del patrimonio del dante causa, ad esclusione dei soli rapporti

intrasmisibili;

b) Per effetto di una “successione a titolo particolare” (nel credito o nel debito), nel quel caso la modificazione riguarda il singolo rapporto.

## **MODIFICAZIONI NEL LATO ATTIVO DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO**

Le modificazioni del soggetto attivo del rapporto obbligatorio può realizzarsi mediante le figure:

a) della cessione del credito;(art. 1260- 1267 cc)

b) della delegazione attiva, figura non espressamente disciplinata dal codice, ma di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale;

c) del pagamento con surrogazione (art. 1201- 1205 cc).

### **LA CESSIONE DEL CREDITO**

Di “cessione del credito” (art. 1260 cc) la legge parla di due significati differenti:

-Da un lato, per indicare il contratto con il quale il creditore (cedente) pattuisce con un terzo (cessionario) il trasferimento in capo a quest’ultimo del suo diritto verso il debitore (ceduto);

-Da altro lato, per indicare l’effetto di tale contratto: cioè, per l’appunto, il trasferimento del credito in capo al cessionario.

Di regola, qualunque credito può formare oggetto di cessione, purché il credito non abbia carattere strettamente personale (crediti, per es. alimentari o quelli relativi al divorzio, i quali non sono cedibili) o il trasferimento non sia vietato dalla legge oppure la cessione non sia stata convenzionalmente esclusa dalle parti.

Avviene tramite un contratto per mezzo del quale il credito circola liberamente.

Le parti possono escludere la cedibilità del credito; ma il patto non è opponibile dal cessionario se non prova che egli lo conoscesse al tempo della cessione.

Oggetto di cessione possono essere anche, purché a titolo oneroso, i crediti futuri.

Il contratto di cessione può avere ad oggetto una somma di denaro o una prestazione di altra natura (es. cedo il credito a fronte di una partita di merci) può invero anche trattarsi di una donazione avere funzione di garanzia o di estinzione di un debito diverso del cedente verso cessionario (c.d. cessione solutoria).

Per le molteplici funzioni la cessione del credito è detta “contratto a causa variabile.”

La cessione si perfeziona in forza di un accordo fra il creditore e il terzo. Non è richiesta l’accettazione da parte del debitore, il quale rimane in ogni caso, estraneo all’accordo di cessione: per quest’ultimo è indifferente a chi dovere pagare.

### **EFFETTI DELLA CESSIONE**

Affinché la cessione abbia efficacia nei confronti del debitore occorre che a quest’ultimo la cessione venga notificata dal cedente o dal cessionario (art. 1264 cc) ovvero sia da lui accettata (c.d. consenso traslativo): fino a quel momento, infatti, il debitore potrebbe ritenere di essere pur sempre obbligato nei confronti del creditore originario.

Il debitore se ha pagato al cedente, non può essere tenuto dal cessionario ad un nuovo pagamento. E poiché la buona fede si presume, incombe al cessionario l’onere di provare che il debitore era a conoscenza dell’avvenuta cessione.

L’obbligazione rimane inalterata, perciò il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie personali e reali e gli altri accessori (es. gli interessi); il debitore ceduto può opporre al cessionario le stesse eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente (es. se il contratto è annullabile per dolo si fa rivalere anche nei confronti del cessionario).

### **RAPPORTI FRA CEDENTE E CESSIONARIO**

Per quanto riguarda i rapporti fra cedente e cessionario si deve aggiungere che:

- a) Se la cessione è a titolo oneroso, il cedente, salvo patto contrario, garantisce al cessionario l'esistenza del credito al momento della cessione. Non garantisce, invece, la solvenza e la realizzabilità del credito;
- b) Se la cessione è a titolo gratuito, il cedente garantisce al cessionario l'esistenza del credito solo se l'ha espressamente promessa.
- c)

### **La cartolarizzazione dei crediti.**

La Cartolarizzazione, detta anche Securitisation, è rappresentata dalla cessione a titolo oneroso di crediti da parte di un'impresa (originator) a un

soggetto (società veicolo) che li trasforma in titoli (asset-backed Securities) e li colloca sul mercato finanziario.

Non c'è differenza nella tipologia di crediti che vengono ceduti: essi possono essere sia in bonis, che in sofferenza. I crediti ceduti, inoltre, possono essere commerciali o finanziari. In ogni caso, come detto, questi finiscono sotto la gestione di una società-veicolo, la quale opera a tutti gli effetti in qualità di intermediario finanziario, e per questo deve possedere caratteristiche ben definite:

- essere una società di capitali iscritta nell'apposito elenco tenuto dal Ministero dell'Economia e del Tesoro;
- deve effettuare una o più operazioni di cartolarizzazione;
- il patrimonio della società deve essere distinto dal patrimonio costituito dai crediti acquisiti, attraverso operazione di cartolarizzazione. Detto questo, è importante specificare come la Cartolarizzazione dei crediti si suddivida, a sua volta, in due tipologie:
  - Dualistica: l'operazione è formata da due distinti contratti (cessione di credito del creditore originario alla società di cartolarizzazione più contratto di finanziamento ossia un mutuo erogato dalla società ai sottoscrittori dei titoli emessi dalla società di cartolarizzazione), uniti da un collegamento legale.
  - Monistica: tra i due momenti c'è un nesso talmente stretto da farla ritenere unica cioè un contratto avente un'unitaria causa quale la cartolarizzazione. Ciò che la società veicolo emette, poi, sono titoli obbligazionari che prendono il nome di Asset-backed Securities. Essi permettono di ottenere un rendimento maggiore rispetto alle normali obbligazionari, perché sono più rischiosi. Tali titoli possono essere iscritti da investitore pubblici o istituzionali.

### **La delegazione attiva.**

Il codice civile si occupa solo della delegazione passiva.

Si ritiene tuttavia che possa rientrare nell'autonomia negoziale delle parti dar luogo anche ad una delegazione attiva.

La delegazione attiva consiste in un accordo "trilaterale" tra creditore (delegante), debitore (delegato) e un terzo, (delegatario), con il quale il creditore dà mandato al debitore che accetta, di pagare al terzo (es. Tizio creditore di Caio volendo gratificare il figlio Sempronio trasferisce a lui il credito dovuto).

Al creditore originario (delegante) si aggiunge il terzo (delegatario), ma senza estinzione del diritto del primo, cosicché, in caso di successiva inadempienza da parte del debitore, contro quest'ultimo potrà ancora agire pure il primo creditore (c.d. effetto cumulativo).

## **L'ESTINZIONE DELL'OBBLIGAZIONE E L'ADEMPIMENTO I MODI DI ESTINZIONE**

L'obbligazione è un rapporto tendenzialmente "temporaneo", destinato ad estinguersi.

Tipico fatto estintivo del rapporto obbligatorio è "l'adempimento" (art. 1176-1217 cod.civ): ossia, l'effettuazione della prestazione dovuta al creditore.

Il legislatore ha, tuttavia, disciplinato alcune ipotesi nelle quali, benché l'obbligazione non venga adempiuta, il rapporto

obbligatorio egualmente si estingue.

Ciò accade innanzitutto, nel caso di morte del debitore, quando si tratti di prestazioni “infungibili”: ossia, di prestazioni per il cui adempimento sono essenziali le qualità “personali” dell’obbligato (es. all’obbligo di dipingere un quadro o scrivere un libro ecc)

Ciò accade in caso di:

1. Compensazione (artt. 1241- 1252 cc);
2. Confusione (artt. 1253- 1255 cc);
3. Novazione (artt.1230-1235 cc);
4. Remissione (artt. 1236- 1240 cc);
5. Impossibilità sopravvenuta (artt. 1256- 1259 cc).

## **L’ADEMPIMENTO**

### **L’esatto adempimento**

L’adempimento (o pagamento) consiste nella “esatta” realizzazione della prestazione dovuta.

Il raggiungimento di questo risultato chiede spesso cura, accortezza e cautela da parte del debitore ( si pensi ad es. alla custodia di una cosa, alla costruzione di un edificio, all’esecuzione di un intervento chirurgico). Perciò il legislatore, stabilisce che, nell’adempire l’obbligazione, il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 cc): ossia, deve curare con attenzione, prudenza e perizia sia i preparativi dell’adempimento, sia la conformità della prestazione apprestata rispetto al contenuto dell’obbligo assunto.

Il debitore può adempire personalmente o a mezzo di dipendenti\ausiliari .

Il debitore, allorché effettua la prestazione dovuta, può richiedere che, a proprie spese, il creditore gli rilasci la “quietanza”: cioè, una dichiarazione volta a dimostrare che il debitore abbia effettuato la prestazione.

### **IL DESTINATARIO DELL’ADEMPIMENTO**

Per quel che riguarda il “destinatario dell’adempimento”, il codice prevede che, il debitore esegua la prestazione direttamente al creditore,

Occorre, però, che si accerti che il creditore abbia la capacità (legale) di ricevere: altrimenti il debitore potrebbe essere obbligato a pagare

una seconda volta, salvo che provi che l’incapace abbia tratto vantaggio dalla prestazione eseguita da parte del debitore. Talvolta, quindi, il debitore deve eseguire il pagamento non nelle mani del creditore, ma in quelle di un suo rappresentante (del creditore) legale o alla persona stabilita dalla legge.

Il debitore, se vuole, può pagare, anziché il creditore, ad una persona che quest’ultimo abbia incaricato come legittima a ricevere il pagamento (si pensi ad es. ad una cassiera), chiamato in termini giuridici “delegatario”. Peraltro grava sul debitore, in caso di contestazione, l’onere della prova che il creditore aveva indicato il terzo (delegatario).

Se il debitore paga a chi non è legittimato a ricevere l’adempimento non si libera dell’obbligazione, a meno che il creditore non ratifica il pagamento o non ne approfitti (artt. 1188 comma 2 cc). In ogni caso, il debitore si libera se paga in “buona fede” a persona che, in base a circostanze univoche, appare essere il creditore : c.d. creditore “apparente”.

### **IL LUOGO DELL’ADEMPIMENTO**

Per quanto riguarda il luogo dell’adempimento, esso è, di regola, indicato nel titolo costitutivo del rapporto (contratto,



testamento, cambiale, ecc), ovvero è determinato dagli usi o dalla natura della prestazione (si pensi ad es. all'obbligo di consegnare un macchinario industriale da montare e collaudare).

Ove, il luogo dell'adempimento non soccorre, il legislatore ha previsto alcune regole suppletive:

- L'obbligazione di consegnare una cosa certa e determinata va adempiuta nel luogo dove è nata l'obbligazione;
  - L'obbligazione di pagare una somma di denaro, se determinata o determinabile, va adempiuta al domicilio del creditore;
- In tutti gli altri casi l'obbligazione va adempiuta al domicilio del debitore.

## **IL TEMPO DELL'ADEMPIMENTO**

Per quanto riguarda il tempo di adempimento si deve osservare che:

- Se l'obbligazione è ad esecuzione continuata (ovvero ad esecuzione periodica: quella di pagare gli interessi a cadenza trimestrale) c.d. obbligazioni di durata, occorre determinare il momento iniziale e quello finale;
- Se l'obbligazione è invece ad esecuzione istantanea (ad es. quella di pagare una somma di denaro) occorre determinare il giorno dell'adempimento (dies solutions).

Il termine è, spesso, indicato nel titolo costitutivo dell'obbligazione (ad es. nel contratto di locazione è normale che vengano indicate le date di inizio e fine locazione). Quando l'adempimento risulti fissato un termine, si presume che esso sia a favore del debitore: con la conseguenza che il creditore non può esigere prima la sua prestazione, mentre il debitore può adempiere anche prima del termine fissato.

Qualora, invece, il termine risulti espressamente fissato a favore del creditore, quest'ultimo può pretendere l'adempimento anche prima della scadenza, mentre il debitore non può eseguire la prestazione prima della scadenza.

Infine, il termine può essere fissato a favore di entrambi: in quel caso, né il debitore né il creditore possono pretendere di ottenere o di eseguire prima la prestazione dalla scadenza.

Entrambe le parti, di comune accordo, possono stabilire il tempo di estinzione in piena autonomia.

Se per la natura della prestazione (ad es. se oggetto dell'obbligazione è la costruzione di un edificio, che necessariamente richiede un certo lasso di tempo), sia necessario un termine, la sua fissazione, in mancanza di accordo tra le parti, è rimessa dal giudice (artt. 1183 cc).

Relativamente alle obbligazioni di pagare una somma di denaro, se non c'è accordo fra le parti per il tempo massimo di adempimento, la legge prevede un tempo massimo di 30 giorni.

## **LIMITAZIONI ALL'USO DEL CONTANTE**

Non possono essere pagati in contanti 1000 euro o più. I trasferimenti sopra quest'ultima cifra possono essere effettuati solo per il tramite di banche, poste italiane s.p.a., istituti di moneta elettronica e istituti di pagamento.

## **ADEMPIMENTO A TERZO**

Di regola per il creditore è indifferente se la prestazione viene eseguita personalmente dal debitore o da un terzo.

Quando però, la prestazione sia infungibile, il creditore può rifiutare la prestazione che il debitore gli proponga di far eseguire da un suo sostituto (es. attore scritturato per una parte teatrale)

Se invece, la prestazione è fungibile (es. pagamento di una somma di denaro), il creditore non può rifiutare la prestazione che gli venga offerta da un terzo. E il suo eventuale rifiuto potrebbe comportare la mora accipiendi. Solo se il debitore gli ha comunicato la sua opposizione, il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo pur essendo libero di accettare, se vuole, la prestazione nonostante l'opposizione del debitore. L'adempimento all'obbligo altrui non va confuso con la promessa di adempiere ad un obbligo altrui (accollo espromissione ecc.). In ogni caso il terzo, a meno che sia intervenuto per spirito di liberalità, potrà esperire contro il debitore -avvantaggiatosi del pagamento effettuato in sua vece - l'azione di arricchimento.

### **IMPUTAZIONE DEL PAGAMENTO (individuazione di quale debito è stato pagato )**

Se una persona, che ha più debiti della stessa specie verso la stessa persona, effettua un pagamento che non comprenda la totalità di quanto dovuto, risulta importante stabilire quale tra i vari debiti venga estinto (ad es. il tasso di interesse può essere diverso).

Si riconosce al debitore la facoltà di dichiarare quale debito intende soddisfare: in mancanza il pagamento deve essere imputato al debito scaduto; tra più debiti scaduti, a quello meno garantito; tra più debiti ugualmente garantiti, al più oneroso per il debitore; tra più debiti ugualmente onerosi, al più antico.

Se tali criteri non soccorrono, l'imputazione va fatta proporzionalmente ai vari debiti.

Qualora il debitore abbia concordato con il creditore una quietanza diversa per la solvenza dei debiti, il debitore non può più pretendere un'imputazione diversa (art. 1195 cod. civ.).

### **IL PAGAMENTO CON SURROGAZIONE (Successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio)**

La surrogazione è il fenomeno del subingresso di un terzo nei diritti del creditore verso un debitore, per effetto del pagamento del debito da parte del terzo stesso. È uno degli istituti che dà vita alle modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio dal lato attivo.

La surrogazione, come la cessione del credito, dà luogo ad una successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio, ma la surrogazione suppone che l'obbligazione sia adempiuta; la cessione, che l'adempimento non si sia ancora verificato.

Il pagamento con surrogazione è disciplinato dal codice civile agli artt. 1201- 1205. Il codice prevede tre distinte figure di surrogazione:

- Surrogazione per volontà del creditore → si ha quando il creditore, ricevendo il pagamento da parte del terzo, dichiara espressamente e contestualmente di surrogarlo nei propri diritti (art. 1201 c.c.);
- Surrogazione per volontà del debitore → il quale prende a mutuo una somma di denaro da un terzo al fine di adempiere il proprio debito e surroga il mutuante nei diritti spettanti al creditore, anche senza il consenso di questi (art. 1202 c.c.);
- Surrogazione legale → è la surrogazione che ha la sua fonte nella legge ed è prevista in alcune ipotesi tassative (art. 1203 c.c.).

**LA PRESTAZIONE IN LUOGO DI ADEMPIMENTO (C.D. DATIO IN SOLUTUM)** Il creditore - avendo diritto all'esatta esecuzione della prestazione dovuta - può legittimamente rifiutare una prestazione diversa da quella dedotta in obbligazione, anche qualora si tratti di una prestazione avente valore uguale o superiore. Il creditore può tuttavia accettare - se crede - che il debitore si liberi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta (art. 1197 c.c.). L'art. 1197 c.c., nel disciplinare la prestazione in luogo dell'adempimento, testualmente dispone: "il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita"; ove la diversa prestazione sia la vendita di un bene, la

disciplina della *datio in solutum* prevede che il debitore sia tenuto alla garanzia per i vizi e per l'evizione e che il creditore, in alternativa, possa pretendere, in ipotesi di vizi della cosa o di sua evizione, la prestazione originaria ed il risarcimento del danno; ove la diversa prestazione sia la cessione di un credito, l'obbligazione originaria si estingue con il pagamento in quanto, salvo patto contrario, la cessione si intende effettuata *pro solvendo* (cfr. art. 1198 c.c.).

### **LA COOPERAZIONE DEL CREDITORE ALL'ADEMPIMENTO E LA MORA CREDENDI**

Normalmente, per la realizzazione dell'adempimento, è necessaria la cooperazione del creditore (ad es. la consegna di una cosa non si può effettuare, se il creditore non è disposto a riceverla; una prestazione lavorativa non si può eseguire, se il datore di lavoro non consente al lavoratore l'accesso al posto di lavoro; ecc.)

Naturalmente, nella maggior parte dei casi il creditore presta volentieri la sua collaborazione. Può accadere, ad esempio, che il creditore, per negligenza, trascuri le attività per rendere possibile l'adempimento da parte del debitore (si pensi ad es. che il creditore, in caso di dimenticanza, lasci chiusi i magazzini in cui deve essere scaricata la merce da parte del debitore). La giurisprudenza ritiene, in capo al creditore, un dovere (principio di correttezza e buona fede) di cooperare all'adempimento attraverso il compimento di tutte quelle attività che risultino necessarie per la realizzazione dell'obiettivo di adempimento dell'obbligazione.

Il mancato espletamento di dette attività, senza legittimo motivo (ad es. il creditore rifiuti di ricevere l'adempimento offertogli dal debitore, oppure il creditore ometta di compiere gli atti preparatori per il ricevimento della prestazione) da parte del debitore, il debitore può, mediante "offerta" della prestazione, costituirlo in mora: c.d. "mora credendi".

Allorquando l'obbligazione ha ad oggetto la dazione della cosa può essere: a) solenne → ovvero compiuta da un pubblico ufficiale; se

l'obbligazione ha ad oggetto delle res da consegnare a domicilio il pubblico ufficiale le porta con se per eseguire il pagamento, se si tratta di bene diverso (es. restituzione dell'immobile locato) l'offerta avviene per intimazione mediante atto notificato al creditore;

b) secondo gli usi → dove gli effetti della mora non si verificano dal giorno dell'offerta ma da quello del deposito delle cose dovute. Per essere idonea a costituire in mora il creditore, l'offerta del debitore deve comprendere la totalità della prestazione dovuta (es. capitale, interessi e spese).

In ogni caso, perchè il debitore ottenga la liberazione dall'obbligazione, è necessario, se l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di beni mobili, il loro deposito (art. 1210 c.c.) e se l'obbligazione ha ad oggetto la consegna di immobili, la consegna di essi al sequestratario nominato dal giudice (art. 1216, comma 2, c.c.).

Non vale a costituire in mora il creditore l'offerta non formale (es. mediante lettera).

### **I MODI DI ESTINZIONE DIVERSI DALL'ADEMPIMENTO**

#### **LA COMPENSAZIONE**

La compensazione è un modo di estinzione delle obbligazioni diverso dall'adempimento, disciplinato dal codice civile agli articoli 1241- 1252. Quando tra due persone intercorrono rapporti obbligatori reciproci, (un soggetto creditore in un rapporto è al tempo stesso debitore in un altro rapporto) i due rapporti possono estinguersi, in modo parziale o totale, senza bisogno di provvedere ai rispettivi adempimenti, mediante compensazione tra i rispettivi crediti.

La compensazione in senso proprio postula l'autonomia dei reciproci rapporti di debito/credito; non è quindi configurabile allorchè gli stessi traggano origine da un unico rapporto (es. se Tizio è creditore nei confronti dell'INPS a titolo di pensione e contestualmente debitore nei confronti del medesimo ente per aver percepito somme non dovute). Alcuni crediti non possono essere oggetto di compensazione, essi sono indicati nell'art.1246 cod. civ. (es: il credito agli alimenti).

La compensazione non è ammessa tra obbligazione civile e naturale.

Le tipologie di compensazione previste dal codice civile sono le seguenti tre:

- Compensazione legale → si verifica tra due debiti aventi per oggetto una somma di denaro o altra quantità di cose fungibili della stessa specie (crediti quindi omogenei in senso giuridico) (ad esempio Tizio deve a Caio 10 chili di grano, mentre Caio deve 20 chili, sempre di grano, a Tizio. Tizio, anziché adempiere, compensa senza dare i 10 chili, rimanendo creditore di 10 da parte di Caio o ricevendo i restanti 10 chili da Caio.), che siano crediti liquidi (vale a dire determinati nel loro ammontare), ed esigibili (non siano cioè soggetti a termine o condizione). La compensazione opera dal momento della coesistenza dei due crediti.
- Compensazione giudiziaria → si verifica tra due crediti aventi per oggetto una somma di denaro o altra quantità di cose fungibili della stessa specie, che tuttavia, a differenza del caso precedente, siano esigibili ma non entrambi liquidi purché il credito non liquido sia di pronta e facile liquidazione. In tal caso la compensazione non opera automaticamente dal momento della coesistenza dei crediti, ma deve essere disposta dal giudice con sentenza costitutiva.
- Compensazione volontaria → prevista dall'art. 1252, questo tipo di compensazione si fonda su un accordo tra le parti, e può operare in assenza dei requisiti previsti dalle ipotesi precedenti.

## **LA CONFUSIONE**

La confusione è un modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento che si ha allorché le posizioni passive e attive del rapporto obbligatorio vengono a coincidere e riunirsi nella medesima persona. Tale evenienza si verifica in caso di successione di un debitore nella posizione del creditore dello stesso rapporto obbligatorio e viceversa, ovvero in caso di successione di un terzo alle posizioni di entrambi. La successione può essere a titolo particolare o universale. Ad esempio si ha confusione nel

caso in cui Caio, creditore di Tizio, muore designando erede Tizio. In questo caso l'obbligazione si estingue per confusione. La confusione è disciplinata dal codice civile agli art. 1253- 1255 nel titolo dedicato ai modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento.

## **LA NOVAZIONE**

La novazione è un contratto con il quale i soggetti di un rapporto obbligatorio sostituiscono un nuovo rapporto a quello originario. - Se la sostituzione riguarda il debitore (che viene liberato), la novazione si dice soggettiva (verranno applicate le norme relative alla delegazione, espromissione e accollo);

- Se viene modificato l'oggetto o il titolo, la novazione si dice oggettiva

(es. dovevo denaro ed invece stabiliamo che darò del grano). Gli elementi che caratterizzano la novazione oggettiva sono due: uno oggettivo, consistente nella modificazione dell'oggetto o del titolo; e uno soggettivo, consistente nella comune volontà di estinguere l'obbligazione precedente, che può risultare, come ogni dichiarazione di volontà, anche tacitamente.

Se l'obbligazione originaria era inesistente o nulla, la novazione manca di causa e, perciò, è senza effetto. Può, invece, novarsi un'obbligazione dipendente da titolo annullabile, se il debitore conosceva il vizio che produceva l'annullabilità.

## **LA REMISSIONE**

La remissione è il negozio giuridico unilaterale mediante il quale il creditore rinuncia gratuitamente al diritto di credito. Tale negozio rientra tra i modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento non soddisfatti ed è disciplinato dal codice civile agli articoli 1236- 1240 c.c. La remissione è dunque un negozio:

- unilaterale in quanto per il suo perfezionamento è sufficiente la volontà del creditore di rinunciare al credito. Tuttavia, una parte della dottrina ritiene che si tratti di un contratto, argomentando dall'art. 1236 che prevede la facoltà del debitore

di rifiutare la remissione. Tale dottrina ritiene che in caso di mancato rifiuto vi sia un consenso tacito del debitore alla remissione.

- recettizio in quanto il negozio per avere effetto deve pervenire a conoscenza del debitore. Il debitore ha la facoltà di rifiutare la remissione, ma in tal caso l'art.1236 prevede l'onere a carico del debitore di comunicare il rifiuto al creditore entro un termine congruo.

La remissione può avvenire mediante:

- dichiarazione del creditore di rimettere il debito (art. 1236 c.c.)
- restituzione volontaria del titolo originale del credito (art. 1237 c.c.)

### **L'IMPOSSIBILITA' SOPRAVVENUTA.**

L'impossibilità originaria impedisce il sorgere del rapporto obbligatorio mentre l'impossibilità sopravvenuta estingue l'obbligazione liberando il debitore, se essa dipende da cause a lui non imputabili. Come si vede dalla nozione, l'estinzione dell'obbligazione si verifica solo quando l'impossibilità non può essere causalmente collegata al debitore; se, invece, impossibilità della prestazione fosse da attribuire al debitore, non vi sarebbe estinzione dell'obbligazione e il creditore potrebbe far valere il suo diritto come risarcimento del danno.

Tradizionalmente si ritiene che il debitore per liberarsi da responsabilità, debba provare il caso fortuito o la forza maggiore, fatti che possono derivare da un'impossibilità fisica, ad esempio l'incendio che distrugge il bene da consegnare, o da impossibilità giuridica, come una legge che vieti il commercio dei beni.

La prova dell'impossibilità è a carico del debitore (ex. art. 1218 c.c.) che deve provare la oggettività e assolutezza dell'impossibilità. Ciò vuol dire, in altre parole, che il debitore deve provare che l'impossibilità non era superabile, non solo da lui, ma da ogni soggetto che si fosse trovato nella stessa situazione.

Si distinguono quindi:

- impossibilità oggettiva, che fa riferimento alla prestazione in sé tale che nessun debitore potrebbe eseguirla;
- impossibilità soggettiva, che attiene alla persona del debitore che non è in grado, fisicamente o economicamente, di eseguirla mentre potrebbe essere eseguita da altri.

Tale concezione tradizionale, però, è risultata a molti autori e alla giurisprudenza eccessivamente gravosa, poiché sancisce la responsabilità del debitore anche nei casi in cui la prestazione, oggettivamente possibile, comporterebbe uno sforzo che va ben oltre la diligenza richiesta per l'adempimento.

Dobbiamo ricordare, infatti, che l'articolo 1218, in connessione all'articolo 1176, sancisce la responsabilità del debitore quando questi non abbia usato l'ordinaria diligenza.

Di conseguenza se il debitore, nonostante l'uso della adeguata diligenza, non avrà adempiuto l'obbligazione, non sarà responsabile per l'inadempimento, e non potendo il creditore richiedere l'esecuzione della prestazione, si avrà comunque estinzione dell'obbligazione.

La giurisprudenza distingue diversi casi in cui l'impossibilità, pur essendo soggettiva, non è fonte di responsabilità per il debitore; pensiamo all'ipotesi in cui il debitore si è impegnato a consegnare una determinata partita di carbone oltremare, ma uno sciopero dei marittimi gli impedisce la consegna.

Questa prestazione non è assolutamente impossibile, perché il debitore potrebbe far trasportare il carbone usando un mezzo aereo, ma, come si vede, tale sforzo andrebbe ben oltre la diligenza richiesta. Tornando alle caratteristiche generali

dell'impossibilità, il secondo comma dell'articolo 1256 c.c. si occupa dell'impossibilità temporanea, vediamole:

- impossibilità temporanea, è una situazione oggettiva che impedisce temporaneamente al debitore di eseguire una prestazione; l'impossibilità temporanea produce però l'estinzione all'obbligazione se perdura fino a quando:

1. in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura del suo oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguirla; 2. il creditore non ha più interesse all'adempimento.

Abbiamo visto, quindi, che anche l'impossibilità temporanea può produrre l'estinzione dell'obbligazione nei due casi indicati.

Nel primo caso il perdurare dell'impossibilità comporta per il debitore un eccessivo aggravio; pensiamo all'ipotesi in cui il debitore si è impegnato a consegnare una partita di giocattoli di cui si è temporaneamente vietato il commercio per verificarne la sicurezza. Il prolungarsi delle verifiche può portare ad un aggravio per il debitore che dovrebbe comunque provvedere allo stoccaggio e alla manutenzione di tali beni per un tempo indeterminato. Nel secondo caso si fa riferimento alla sopravvenuta inidoneità della prestazione a soddisfare l'interesse del creditore, magari perché l'esecuzione della prestazione dopo un certo periodo diventerebbe inutile.

Pensiamo al caso in cui il creditore aveva prenotato per una crociera, ma un evento atmosferico particolarmente violento danneggia la nave. È chiaro che il creditore potrebbe anche aspettare che si eseguano le necessarie riparazioni, ma per quel tempo avrebbe sicuramente esaurito il suo periodo di vacanza.

- impossibilità parziale, la prestazione è divenuta impossibile solo in parte.

Secondo l'articolo 1258 c.c. l'impossibilità parziale della prestazione non provoca l'estinzione dell'obbligazione se è possibile eseguirla per la parte rimanente.

In questo caso il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile.

Anche qui per verificare se l'impossibilità sia totale o parziale bisogna far riferimento a criteri oggettivi, e non rileva la valutazione del creditore circa il soddisfacimento del suo interesse con l'adempimento della parte residua. In altre parole il creditore dovrà comunque accettare l'adempimento per la parte rimanente poiché l'obbligazione si concentra sulla parte residua. Non potrà quindi rifiutarlo come invece può accadere nel caso di adempimento parziale.

## **L'INADEMPIMENTO E LA MORA**

### **L'INADEMPIMENTO.**

Il debitore, come si è visto, è tenuto ad eseguire esattamente la prestazione dovuta: se non lo fa, incorre nell'inadempimento.

Perché si abbia l'inadempimento è di regola necessario che sia già maturato il tempo dell'adempimento (ad. Es. scaduto il termine entro cui il debitore doveva pagare il creditore).

Pertanto, può avvalersi contro il debitore un inadempimento “ ancor prima che sia maturato” il tempo dell'adempimento: il che accade ad esempio quando il debitore non abbia tempestivamente svolto le attività preparatorie necessarie per l'effettuazione in termini della prestazione (ad es. l'appaltatore non abbia neppure impiantato il cantiere per l'avvio dei lavori), quando il debitore non proceda nell'esecuzione secondo le condizioni stabilite ed a regola d'arte, oppure quando sia certo che il debitore non sarà in grado alla scadenza di eseguire la prestazione, oppure quando il debitore abbia formalmente dichiarato che non è in grado o non intende adempiere.

L'inadempimento può essere:

a) Totale: quando la prestazione è mancata interamente;

b) Parziale: quando la prestazione è stata sì effettuata ma non correttamente (c.d. inadempimento inesatto).

Nell'inadempimento parziale, l'inesattezza dell'adempimento può riguardare: la **diligenza** (es. un medico che svolge bene la sua operazione, ma lascia un garza dietro la schiena del paziente), **la perizia** necessaria (si pensi ad es. all'ingegnere che, per mancanza di preparazione, non esegue correttamente i calcoli del cemento armato), **la prudenza** (si pensi ad es. all'appaltatore che non adotta cautele necessarie perché i lavori dello stesso eseguiti non cagionino lesioni all'immobile confinante) **il luogo, la quantità, la qualità e l'adeguatezza dei mezzi.**

L'inadempimento può ancora distinguersi in:

- assoluto quando è escluso che possa essere effettuato in futuro (es. fotografo che non si presenti il giorno delle nozze);
- relativo quando la prestazione non è stata ancora eseguita, ma potrebbe esserlo in futuro (es. debitore che non si presenta per versare una somma di denaro).

### **La responsabilità contrattuale.**

La responsabilità contrattuale è la responsabilità derivante dall'inadempimento, dell'inesatto adempimento e dall'adempimento tardivo di una preesistente obbligazione quale che ne sia la fonte (ad esclusione del fatto illecito) e si distingue dalla responsabilità extracontrattuale che deriva dalla violazione del generico obbligo di non ledere alcuno senza che prima

della violazione sia possibile l'individuazione di una obbligazione. Il termine contrattuale è quindi improprio non facendo riferimento solo ad un contratto ma alle altre fonti di obbligazione diverse dal fatto illecito. Dà così luogo a responsabilità contrattuale, oltre l'inadempimento di obbligazioni derivanti da contratti quello di obbligazioni derivanti dalla legge e da altre fonti atipiche (ad esempio da titoli di credito, indebiti, arricchimento senza causa, gestione di affari, alimenti e da contatto sociale). L'inadempimento è imputabile al debitore, che ne risponde con l'obbligo di risarcire i danni che la mancata esecuzione della prestazione provoca al creditore.

Il debitore può evitare la responsabilità che il mancato adempimento dell'obbligazione fa sorgere a suo carico, solo qualora sia in grado di fornire la prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (art.1218). L'art 1218 c.c. non detta il criterio per individuare le cause di giustificazione dell'inadempimento, ma rinvia ad una pluralità di criteri variamente rintracciabili nell'ordinamento.

Il regime della responsabilità contrattuale varia perciò a seconda del tipo di obbligazione concretamente presa in considerazione.

Innanzitutto il debitore risponde solo se egli non abbia impiegato diligenza perizia e prudenza (es. l'obbligo del conduttore della cosa locata di servirsene per l'uso determinato nel contratto)

Ma qual'è il grado di diligenza concretamente richiesto nel singolo caso? L'art. 1176 c.c chiarisce che il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia, cioè la diligenza di persona onesta, preparata e coscienziosa.

Ma la diligenza varia a seconda dell'attività dovuta, così all'operatore professionale si richiede una diligenza superiore a quella dell'operatore occasionale.

Oppure a chi effettua la prestazione a titolo gratuito si richiede un impegno meno gravoso.

Vi sono dei casi in cui il debitore risponde anche se nessuna negligenza può essergli imputata (es. il vettore di trasporto cose risponde della perdita e dell'avaria anche se la merce è andata distrutta senza sua colpa, come in un incidente stradale provocato da terzi, il vettore si libera dalla responsabilità solo dimostrando il caso fortuito, cioè la sopravvenienza di una

circostanza anomala, estranea alla sfera della attività di impresa, come un attentato terroristico che distrugge il mezzo impiegato per il trasporto). In alcuni casi il debitore risponde anche in assenza di colpa dei rischi tipici prevedibili e calcolabili connessi alla sua attività (es. la responsabilità dell'albergatore del deterioramento, della distruzione o sottrazione degli affetti portati dal cliente in albergo).

Anche il debitore di una somma di denaro risponde pur in assenza di una sua condotta colpevole (es. crack della banca) salvo che l'inadempimento sia determinata da sopravvenienze straordinarie e imprevedibili (es. terremoto). Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro.

Dal punto di vista processuale, il creditore che, a fronte dell'inadempimento del debitore, agisca in giudizio per il risarcimento del danno, ha l'onere di fornire la prova del suo credito potendo allegare, senza doverne fornire dimostrazione, l'inadempimento, invece il debitore dovrà dimostrare di aver esattamente eseguito la prestazione dovuta.

In caso di obbligazioni negative (es. il lavoratore non sottostà all'obbligo di non svolgere attività concorrenziale) il creditore ha l'onere di fornire sia la prova del suo diritto di credito sia dell'inadempimento dell'obbligato.

In ogni caso grava sul debitore l'onere di fornire la prova di un eventuale causa di giustificazione atta ad esonerarlo da responsabilità contrattuale (art. 1218 cod. civ.).

## **IL DANNO RISARCIBILE**

Come già accennato, il "danno", di cui il creditore può chiedere il risarcimento al debitore (che non sia riuscito a fornire la prova della ricorrenza di una causa di giustificazione del suo inadempimento) varia a seconda:

1. **INADEMPIMENTO ASSOLUTO**: quando il danno risarcibile è costituito dalle conseguenze negative della definitiva inattuazione della prestazione dovuta (il risarcimento si sostituisce alla prestazione dovuta);
2. **INADEMPIMENTO RELATIVO**: quando il danno risarcibile è costituito dalle conseguenze negative del ritardo fatto registrare nell'esecuzione della prestazione dovuta, che deve pur sempre adempiersi (il risarcimento del danno da ritardo si aggiunge alla prestazione originaria).

La giurisprudenza ci insegna che non è solo risarcibile il danno patrimoniale, ma anche quello non patrimoniale (es. il chirurgo che per negligenza abbia cagionato al paziente la perdita della funzionalità di un arto, sarà tenuto a risarcire sia il danno patrimoniale sia il danno non patrimoniale, come in quest'ultimo caso è la sofferenza morale del paziente).

Inoltre se l'inadempimento o il ritardo non dipendono da dolo (cioè non sono una conseguenza di una scelta colpevole del debitore), il risarcimento è limitato.

Quando il creditore richiede il risarcimento del danno da inadempimento, egli ha l'onere di provare le singole voci del danno.

## **LA MORA DEL DEBITORE**

Il ritardo (o inadempimento relativo) va distinto dalla mora del debitore (c.d. mora debendi)

La mora debendi si ha quando concorrono tre presupposti:

- Il ritardo nell'inadempimento dell'obbligazione;
- L'imputabilità di detto ritardo al debitore;
- L'intimazione per iscritto da parte del creditore consente al debitore di adempiere, seppur tardivamente.

La mora del debitore può essere:

- a) **Ex re**- quando non è necessario l'atto di intimazione da parte del creditore, essa scatta automaticamente al solo verificarsi del ritardo, nei seguenti casi:



-quando il debito deriva da fatto illecito extracontrattuale, in quanto la gravità della lesione causata al diritto altrui genera automaticamente l'esigenza di una pronta riparazione;

-quando il debitore dichiara per iscritto di non volere adempiere l'obbligazione;

-quando è scaduto il termine, qualora si tratti di prestazione da eseguirsi al domicilio del creditore, come normalmente accade nel caso di obbligazioni pecuniarie;

-quando l'obbligazione nasce a favore del subfornitore nei confronti del committente in forza del c.d. contratto di subfornitura;

-quando l'obbligazione pecuniaria nasce a titolo di corrispettivo da una c.d. transazione commerciale.

b) Ex persona quando il creditore richiede per iscritto l'adempimento mediante atto di costituzione in mora.

La costituzione in mora vale anche ad interrompere la prescrizione.

La mora debendi può essere considerata solo nelle obbligazioni positive (di fare, di dare). Se l'obbligazione ha carattere negativo (di non fare), sarà sufficiente che il debitore contravvenga all'obbligo assunto perché si verifichi un inadempimento assoluto e non abbia senso parlare di ritardo o mora (art.1222 c.c.)

### **EFFETTI DEL RITARDO ED EFFETTI DELLA MORA DEBENDI**

A prescindere dalla mora il creditore può chiedere il risarcimento del danno, la risoluzione per inadempimento, il pagamento della penale ecc.

Gli effetti della mora debendi sono invece:

- L'obbligo al pagamento degli interessi moratori sulle somme dovute, anche non liquide (art 1224 comma 1 cc);
- Il passaggio del rischio (art 1221 cc): se il debitore non è in mora, il rischio da imprevisto è a carico del creditore, nel senso che se la prestazione diventa impossibile per causa non imputabile al debitore, l'obbligazione si estingue. Quando invece il debitore è in mora il rischio passa a suo carico, perciò l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore non sussiste, e quindi egli è tenuto al risarcimento del danno (se è in mora) a meno che provi che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore.

### **DIFFERENZA TRA MORA DEBENDI E MORA CREDENDI; EFFETTI DELLA MORA DEL CREDITORE**

Mentre nella mora debendi il ritardo dipende dal comportamento del debitore, nella mora credendi esso dipende dal comportamento del creditore.

Il primo degli effetti della mora credendi consiste nell'impedire che il ritardo nell'inadempimento sia addebitato al debitore e che quindi scattino a carico di quest'ultimo le conseguenze pregiudizievoli che deriverebbero dalla mora debendi. In quanto è il creditore che rende impossibile l'adempimento, il debitore non deve più gli interessi, né i frutti della cosa e può pretendere il risarcimento dei danni che il comportamento del creditore gli abbia procurato, oltre il rimborso delle eventuali spese sostenute per la custodia e conservazione della cosa dovuta.

Inoltre, quando il creditore è in mora, è a suo carico il rischio per l'ipotesi che la prestazione divenga impossibile per causa non imputabile al debitore, vale a dire che in tal caso non soltanto il debitore è liberato dall'obbligo, ma il creditore, se il credito deriva da un contratto a prestazioni corrispettive, non può considerarsi a sua volta libero dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ma deve egualmente quest'ultima (es. se il cantante si presenta per il concerto dovrà essere pagato anche se l'organizzatore non ha predisposto il necessario per lo svolgimento della serata).

Naturalmente la mora credendi non estingue di per sé l'obbligazione e neppure elimina o attenua la responsabilità del debitore, se questi una volta cessata la mora del creditore rende impossibile la prestazione per colpa sua, non provvedono ad adempiere.

### **LA RESPONSABILITA' PATRIMONIALE DEL DEBITORE**

Si è già detto che, se il debitore non adempie la prestazioni dovuta, il creditore (dopo aver fatto accertare dal giudice l'inadempimento) può promuovere il processo esecutivo sui beni del debitore, facendoli espropriare secondo le regole del codice di procedura civile (art 2910 cc).

Il caso più frequente è, peraltro, quella della sentenza che condanna il debitore al pagamento di una somma di denaro. Detta sentenza attribuisce al creditore il diritto di promuovere l'espropriazione dei beni del debitore: il diritto, cioè, di farli vendere per soddisfarsi del ricavato. Tutti i beni del debitore possono essere espropriati dal creditore: questo principio statuito dall'art. 2740 cc secondo cui "il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri". Si suol dire, quindi, che tutto il patrimonio del debitore costituisce una sorta di garanzia generica del creditore.

Se vi sono più creditori, tutti hanno in egual diritto di soddisfarsi sul ricavato della vendita dei beni del debitore (art. 2741 cc).

### **I DIRITTI REALI DI GARANZIA**

Il diritto reale di garanzia è un diritto reale limitato su cosa altrui, con la funzione di vincolare un dato bene a garanzia di un dato credito. Nell'ordinamento giuridico italiano, le garanzie reali sono:

- Pegno (ha per oggetto beni mobili non registrati, universalità dei beni mobili e crediti . art 2784 comma 2 cc);
- Ipoteca (ha per oggetto beni immobili, beni mobili registrati e rendite dello Stato. Art. 2810 cc).

## **IL CONTRATTO**

Il contratto è un istituto centrale dell'intero sistema del diritto privato e la figura più importante di negozio giuridico. Secondo la definizione contenuta nell'art.1321 cc " il contratto è l'accordo di due più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale". Subito, con questa definizione, capiamo che, il contratto è un accordo , incontro di volontà di due soggetti, volto a produrre un effetto giuridico.

Per mezzo di un contratto il soggetto può comperare un bene (una casa in cui abitare, cibo, vestiario, oggetti di arredamento, ecc); può procurarsi un servizio (es. contratto di trasporto) ovvero la disponibilità temporanea di un bene (es. locazione di un immobile ad uso abitativo o commerciale) o di una somma di denaro (mutuo); può offrire a terzi beni e servizi, per ricevere un corrispettivo in denaro. Può compiere o ricevere una liberalità (es. donazione di un bene).

Attraverso il contratto, quindi, i privati operano sul "mercato", dove possono scambiare beni e servizi. Sotto questo

profilo si può apprezzare il ruolo del contratto come strumento fondamentale del sistema economico, in quanto veicolo degli scambi.

In termini giuridici, il contratto è uno strumento per realizzare determinati interessi delle persone attraverso la produzione di appositi effetti giuridici, ossia, costituendo, regolando o estinguendo un rapporto giuridico patrimoniale. Gli effetti giuridici prodotti dal contratto possono riguardare tanto diritti reali (es. trasferimento della proprietà; costituzione di una servitù; rinuncia ad un usufrutto), quanto rapporti obbligatori (il contratto di lavoro subordinato crea due reciproche obbligazioni: quella del lavoratore di prestare attività lavorativa e quella del datore di lavoro di pagare una retribuzione; il contratto di deposito obbliga il depositario a custodire il bene e il depositante a pagare corrispettivo).

**Centralità sistematica della disciplina legale del contratto** **CONTRATTO E NEGOZIO GIURIDICO** : Il contratto è un negozio giuridico, al pari di moltissimi altri (es. il matrimonio, il testamento). Il codice civile italiano non detta una disciplina specifica per il negozio giuridico, mentre dedica numerose norme ai 'contratti in generale' (artt.1321 ss. cod. civ.), le quali fungono da termine di riferimento generale per la disciplina dei negozi giuridici (salva l'applicazione di norme dettate specificamente per i singoli negozi).

In questa prospettiva è significativa, la norma dell'art. 1324 cod.civ.: 'Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale'.

**L'AUTONOMIA CONTRATTUALE**: Si è detto prima che il contratto è espressione di libertà individuale delle parti nel regolare i loro diritti, la cui manifestazione è detta 'autonomia'.

Il codice civile ne offre una descrizione all'art. 1322 ('Autonomia Contrattuale').

La disposizione opera su due livelli:

- Art.1322, comma 1: "Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative)."

1° livello: Il primo comma stabilisce che le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto (c.d. autonomia contrattuale) ossia le clausole volte a regolare il loro rapporto, naturalmente mantenendosi nei limiti imposti dalla legge (es. le parti sono libere di stabilire il prezzo della cosa venduta, le modalità di esecuzione della prestazione, etc). L'assetto concreto dell'accordo deriva dal risultato delle trattative, dalla maggiore o minore abilità o potere contrattuale delle parti, dal loro interesse nella realizzazione dell'affare.

- Art.1322, comma 2: "Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico."

2° livello: Per 'tipo' contrattuale intendiamo una figura o modello di contratto, avente determinate caratteristiche e volta a realizzare una certa operazione economica. Una premessa necessaria. La disciplina codicistica del contratto si apre con la trattazione 'Dei contratti in

generale' (Tit. II del Libro IV c.c.) che contiene le norme applicabili a tutti i contratti, indipendentemente dalle loro specifiche caratteristiche (la base comune e generale della disciplina del contratto).

Invece il Tit.III del Libro IV del c.c., dedicato ai 'Singoli contratti' descrive e disciplina un ampio numero di 'tipi' contrattuali (es. la vendita, la locazione, l'appalto, etc).

E' evidente che in quelle norme si trova lo specifico regime normativo di ciascun modello contrattuale (es. nelle norme speciali sulla vendita è contenuta la disciplina della garanzia per i vizi della cosa venduta).

Le parti in ogni modo non devono necessariamente adottare, per regolare l'affare che intendono compiere, uno degli schemi contrattuali previsti dal codice (contratti 'nominati'), ma possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare (contratti 'atipici' o 'innominati'), elaborando i modelli contrattuali

che ritengono più confacenti alle loro specifiche esigenze e che spesso trovano ampia diffusione nella prassi (contratti 'socialmente tipici' - es. contratto di sponsorizzazione). I contratti atipici sono validi ed efficaci, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, comma 2, cod. civ.).

Ne segue che l'autonomia contrattuale dei privati non è limitata alla definizione del contenuto concreto di un contratto 'tipico', ma si estende fino alla creazione di modelli di contratto 'nuovi'.

In queste ipotesi può talvolta risultare delicato stabilire quali regola applicare a tali figure, che vanno disciplinate utilizzando sia le norme contenute nella disciplina generale del contratto, sia estensivamente la disciplina dettata per singoli aspetti dei contratti tipici.

## **ELEMENTI ESSENZIALI DEL CONTRATTO**

L'art.1325 c.c. descrive gli elementi essenziali del contratto: 1) l'accordo delle parti (o consenso) → l'incontro delle volontà delle parti; art.1326 cc

2) la causa → la funzione economico- sociale del contratto, così definita dalla relazione di accompagnamento al Codice Civile; art.1343 cc

3) l'oggetto → la prestazione che deve essere eseguita dal debitore in favore del creditore; dev'essere: possibile (quando è un qualcosa che esiste o può venire ad esistenza), lecita (quando non è contrario a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume) determinata o determinabile (quando viene determinata quantità e qualità); art. 1346 cc

4) la forma → il modo in cui si manifesta la volontà. Nel nostro ordinamento vige il principio di libertà della forma, ma in alcuni casi può essere richiesta una forma determinata affinché il contratto sia valido (es. la forma scritta per i contratti immobiliari). Art. 1350/1352 cc

La mancanza anche di uno solo di questi requisiti genera nullità del contratto (art. 1418 c.c.).

## **CLASSIFICAZIONE DEI CONTRATTI**

I contratti possono essere:

A. TIPICI e ATIPICI; (Tipici: previsti dal legislatore – Atipici: non previsti dal legislatore) .

B. Contratti BILATERALI (due parti) e PLURILATERALI (più di due parti) .

C. Contratti a PRESTAZIONI CORRISPETTIVE e BILATERALI IMPERFETTI:

il primo sono contratti in cui le attribuzioni patrimoniali sono legate da un nesso di reciprocità e che perciò tendono a realizzare uno scambio tra prestazioni. (c'è una obbligazione per entrambe le parti)

Il secondo, invece, sono quei contratti con obbligazione a carico di una sola parte. (es. la fideiussione, il comodato).

D. Contratti A TITOLO ONEROSO e A TITOLO GRATUITO.

E. Contratti di SCAMBIO e contratti ASSOCIATIVI:

Nei contratti di scambio la prestazione di ciascuna parte è a vantaggio della controparte; Mentre nei contratti associativi la prestazione di ciascuno è diretta al conseguimento di uno scopo comune.

F. Contratti COMUTATIVI e contratti ALEATORI:

cumulativi si dicono i contratti in cui i reciproci sacrifici sono certi; aleatori sono invece i contratti nei quali vi è incertezza sui reciproci sacrifici delle parti.

G. Contratti A ESECUZIONE ISTANTANEA e i contratti DI DURATA: nei contratti a esecuzione istantanea la prestazione della parti è concentrata in un dato momento, mentre nei contratti di durata la prestazione è continua nel tempo o si ripete periodicamente ( es. contratto di lavoro, locazione).

H. Contratti a FORMA LIBERA e contratti a FORMA VINCOLATA. I. Contratti a EFFICACIA REALE e contratti a EFFICACIA

OBBLIGATORIA:

si dicono a efficacia reale i contratti che realizzano

automaticamente, per effetto del solo consenso, il risultato perseguito; mentre sono ad efficacia obbligatoria i contratti che non realizzano automaticamente il risultato perseguito, ma obbligano le parti ad attuarlo.

J. Contratti CONSENSUALI e contratti REALI:

i contratti consensuali si perfezionano con il semplice consenso o accordo tra le parti; i contratti reali richiedono oltre il consenso la consegna del bene .

### **LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO: LA PROPOSTA E L'ACCETTAZIONE**

Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione (art. 1326 cc).

Proposta ed accettazione costituiscono dichiarazioni di volontà individuali: quando alla proposta segue l'accettazione allora si ha L'ACCORDO (proposta ed accettazione si fondano insieme e formano la volontà contrattuale).

Affinché ciò si verifichi, occorre:

- Che l'accettazione arrivi al proponente nel termine da lui stabilito o in quello ordinariamente necessario, secondo la natura dell'affare o gli usi. (il proponente può anche considerare efficace l'accettazione che gli sia pervenuta in ritardo, ma in tal caso deve darne avviso all'altra parte (art. 1326 comma 2-3);
- Che la dichiarazione di colui al quale la proposta era destinata sia "conforme" alla proposta: non contenga, cioè, variazioni delle condizioni indicate alla proposta stessa (altrimenti equivale ad una nuova proposta);
- Che l'accettazione sia compiuta nella "forma" richiesta dal proponente (cioè se il proponente richiede l'accettazione in forma scritta, non è possibile concludere il contratto in forma verbale).

Si possono individuare diversi criteri di efficacia per la manifestazione della volontà:

- a) Principio della dichiarazione: la manifestazione di volontà è efficace non appena espressa);
- b) Principio della spedizione: la manifestazione di volontà è efficace non appena trasmessa all'altra parte;
- c) Principio della ricezione: la manifestazione di volontà è efficace quando l'altra parte la riceve;
- d) Principio della cognizione: la manifestazione di volontà è efficace quando il destinatario ne viene a conoscenza.

**LA REVOCA DELLA PROPOSTA E LA REVOCA DELL'ACCETTAZIONE** La proposta e l'accettazione possono essere ritirate ... ciò si chiama revoca. L'art 1328 cc tratta in modo diverso la revoca della proposta, dalla revoca dell'accettazione.

Il primo comma stabilisce che "la proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso". Il secondo comma stabilisce la revoca dell'accettazione: non ha effetto se non giunge a conoscenza (e cioè all'indirizzo art. 1335 cc) del proponente prima che vi giunga l'accettazione.

La revoca della proposta è considerata come atto NON RECEPITO e pertanto essa impedisce la conclusione del contratto purché sia stata EMESSA prima che il proponente abbia avuto conoscenza dell'accettazione della controparte. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese sostenute e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto. Per la revoca dell'accettazione può avvenire, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione.

La proposta perde automaticamente efficacia se, prima che il contratto si sia perfezionato, il proponente muore o diventa incapace.

Il proponente può anche dichiarare che la proposta è irrevocabile (art. 1329). In tal caso un'eventuale revoca che venisse successivamente comunicata al destinatario della proposta sarebbe inefficace. La proposta irrevocabile conserva il suo valore anche nel caso di morte o sopravvenuta incapacità del proponente.

### **L'OFFERTA AL PUBBLICO**

Una particolare tipo di proposta è l'offerta al pubblico (art. 1336 cc) che vale come proposta contrattuale, benché indirizzata a destinatari indeterminati, e dunque permette che la conclusione del contratto avvenga per effetto della sola dichiarazione di accettazione di colui che sia interessato a perfezionare il contratto.

Occorre che l'offerta contenga gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta.

L'offerta al pubblico non va confusa con un generico invito a trattare.

L'offerta al pubblico è revocabile come ogni altra proposta contrattuale. Ma mentre una proposta con destinatario determinato può essere revocata solo a condizione che la revoca sia portata a conoscenza di quest'ultimo (art. 1328 cc). La revoca per l'offerta al pubblico, se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma simile, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia.

### **IL CONTRATTO APERTO ALL'ADESIONE**

Esistono i contratti "aperti" all'adesione. Questi contratti presentano, appunto, una struttura aperta a ricevere l'adesione di altri soggetti. Non tutti i contratti plurilaterali sono, ovviamente, a struttura aperta: una società lucrativa costituisce un tipico caso di contratto "a struttura chiusa".

### **LE TRATTATIVE. IL DOVERE DI BUONA FEDE**

Durante la trattativa le parti sono, naturalmente, libere di decidere se concludere o meno il contratto, ma debbono comportarsi secondo BUONA FEDE (art. 1337 cc). Si tratta di un preciso dovere giuridico che sorge in capo alle parti per il solo fatto che abbiamo intrapreso un negoziato volto a concludere un contratto.

Di conseguenza, la parte che violi questo dovere incorre in un particolare tipo di responsabilità (chiamata responsabilità precontrattuale). Le condotte che possono dar luogo a queste ipotesi di responsabilità sono varie:

- Abbandono ingiustificato della trattativa;
- Mancata informazione sulle cause di invalidità del contratto;
- Influenza illecita sulla determinazione negoziale della controparte: se un soggetto induce un altro a stipulare un contratto traendolo in inganno (dolo contrattuale) ovvero minacciandolo;
- Induzione della controparte alla stipulazione di un contratto pregiudiziale: ciò avviene nel caso in cui una parte abbia tratto in inganno, ma quell'inganno non sia stato tale da determinare la volontà di questa di contrarre, bensì soltanto indurla ad accettare condizioni diverse da quelle che avrebbe sottoscritto se non fosse stata ingannata (dolo incidente art 1440 cc).

### **LA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE**

E' opportuno richiamare l'attenzione sulla tipologia dei danni risarcibili nel caso di colpa durante la contrattazione (culpa in contrahendo): essa è diversa dai danni dovuti nell'ipotesi d'inadempimento di un contratto.

La differenza si pone in relazione all'interesse giuridicamente protetto: - Nel caso di inadempimento, viene leso l'interesse positivo all'esecuzione della prestazione dovuta in forza del contratto, e quindi il risarcimento si commisura al danno subito dal

contraente appunto per non aver ricevuto la prestazione che gli era dovuta. E comprende, pertanto, sia le perdite conseguenti all'inadempimento, sia l'utile che il creditore avrebbe tratto se l'altra parte avesse regolarmente eseguito la propria prestazione;

- Se non vengono osservati i doveri che la legge impone durante le trattative, si viene a ledere un interesse della

parte diverso da quello a ricevere la prestazione oggetto del prefigurato, ma poi non perfezionato, contratto: nel caso dell'abusiva interruzione delle trattative, la parte lesa può

lamentare la lesione dell'interesse a non iniziare le trattative che le hanno fatto perdere tempo e procurato delle spese risultate, poi, a causa della condotta scorretta dell'altra parte, inutili. Mentre per l'inadempimento del contratto è risarcibile il danno derivante dall'inadempimento.

**LE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO (CONTRATTI "STANDARD" O PER ADESIONE). I CONTRATTI DEL CONSUMATORE: RINVIO.** Di solito le trattative vedono le parti discutere il contenuto del futuro contratto e cercare ciascuna di essa di strappare le condizioni che reputa per sé più vantaggiose.

Il procedimento di trattativa individuale non può essere sempre adottato, specie quando si tratta di contratti di massa (contratti che un'impresa conclude con un gran numero di persone). Di solito le imprese predispongono moduli contrattuali, nei quali inseriscono clausole uniformi e standardizzate, perciò è prassi chiamarli contratti "standard" in quanto definiscono clausole e regole uniformi, che il cliente non può discutere: o aderisce o rifiuta. (es. i contratti telefonici)

## **I VIZI DELLA VOLONTÀ'**

**A) IL PROBLEMA IN GENERALE** Il contratto, in quanto negozio, è espressione di un volere individuale. Se colui dal quale proviene la manifestazione di volontà, si trova in una situazione di incapacità di agire (es. per minore età), o se il processo decisionale che ha portato alla maturazione del consenso contrattuale ha subito interferenze, tali situazioni determinano l'invalidità di quell'atto. I vizi della volontà a cui la legge attribuisce rilevanza sono: l'errore, il dolo e la violenza (art. 1427 cod.civ.).

## **B) ERRORE**

### **ERRORE OSTATIVO ED ERRORE-VIZIO**

L'errore consiste in una falsa conoscenza della realtà. Ad esso è equiparata l'ignoranza.

Distinzione tra errore- vizio (incidente sul processo interno di formazione della volontà) ed errore- ostativo (determinante divergenza o contrasto tra volontà e dichiarazione):

- L'errore- vizio → errore che avviene nella dichiarazione della volontà (es. compro un oggetto credendo che sia d'oro, invece è di metallo);

- l'errore- ostativo → errore che avviene nella formazione della volontà (es. voglio scrivere 100, ma per lapsus scrivo 110) o errata dichiarazione (es. per colpa dell'impiegato via telegrafo) quindi volontà del dichiarante correttamente formata, ma espressa o trasmessa in un modo che non rispecchia l'effettiva volontà della parte (art.1433 cod. civ.). Entrambi gli errori determinano l'annullabilità del contratto (art.1433 cod. civ.).

### **CONDIZIONI DI RILEVANZA DELL'ERRORE**

Il contratto viziato da errore è annullabile a condizione (art. 1428 cod. civ.): a) che l'errore sia essenziale;

b) che l'errore sia riconoscibile dall'altro contraente.

Pertanto l'azione di annullamento non può più essere proposta se l'altra parte, prima che alla parte in errore possa derivare un pregiudizio, offra di eseguire il contratto in modo conforme a quanto l'altro contraente riteneva (erroneamente) di aver pattuito (art. 1432 cod. civ.).

### **CHE L'ERRORE SIA ESSENZIALE**

Il requisito dell'essentialità esprime un indice di obiettiva rilevanza dell'errore: un contratto non può essere impugnato solo perché una delle parti sia incorsa in errore, ma soltanto quando l'errore assuma un apprezzabile rilievo rispetto all'obiettivo assetto degli interessi realizzato dal contratto.

L'essenzialità si distingue dal carattere determinante dell'errore, che attiene all'influenza che l'errore ha avuto sulla decisione della parte di concludere il contratto.

L'art. 1429 cod. civ. enumera i casi in cui l'errore è essenziale (giuridicamente rilevante):

- 1) quando l'errore cade sulla natura del negozio (es. credo di dare una cosa in locazione, mentre il contratto è di enfiteusi);
- 2) quando l'errore cade sull'oggetto del negozio (es. credo che siano viti e invece sono chiodi).
- 3) quando l'errore cade sulla qualità della cosa che costituisce oggetti del negozio (es. si crede sia lana animale invece è lana sintetica);
- 4) quando l'errore cade sulla persona, e cioè sull'identità o sulle qualità dell'altro contraente;
- 5) quando l'errore cade sulla quantità della prestazione e in questo caso dà luogo ad una semplice rettifica del negozio e non ad annullabilità (es. se compro più stoffa di quella che mi serve per il vestito);
- 6) quando l'errore sia c.d. errore di diritto, cioè quando ha rappresentato la ragione unica o principale del negozio. Il contratto è annullabile se l'errore di diritto è stato la ragione unica o principale del contratto (art. 1429, 4, c.c.).

**CHE L'ERRORE SIA RICONOSCIBILE DALL'ALTRO CONTRAENTE** Perché l'errore, ancorché essenziale, produca l'annullabilità del negozio, è necessario inoltre che sia riconoscibile dall'altro contraente. L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto o alle qualità dei contraenti, la controparte, usando la normale diligenza, avrebbe potuto accorgersene (art. 1431 cod. civ.).

## C) DOLO

**DOLO DETERMINANTE ED INCIDENTE. GLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE** Un negozio è annullabile ove sia stato posto in essere in conseguenza di raggiri perpetrati ai danni del suo autore.

Il dolo come vizio del consenso (c.d. dolo-inganno) è disciplinato dal c.c. agli artt. 1439 e 1440.

Per l'annullabilità dell'atto devono concorrere:

- a) il raggiro, ossia un'azione idonea a trarre in inganno la vittima; b) l'errore del raggirato: non è sufficiente che l'autore dell'inganno abbia tentato di farmi credere cose non esatte; se io ho capito come stavano in realtà le cose, non posso trarre a pretesto il comportamento della controparte. Il negozio, cioè, è annullabile solo se l'inganno ha avuto successo.
- c) la provenienza dell'inganno dalla controparte: se sono vittima di raggiri di terzi, che nulla hanno a che fare con l'altro contraente, l'atto non è impugnabile, a meno che quest'ultimo ne fosse a conoscenza e ne abbia tratto vantaggio. Qualora ci sia menzogna (nel senso di semplice dichiarazione inveritiera) se non accompagnata da veri e propri artefici o raggiri si ritiene che il negozio non sia annullabile, qualora il dichiarante usando la normale diligenza avrebbe potuto agevolmente rendersi conto della verità.

Dal dolo determinante (vizio del consenso) distinguiamo il c.d. dolo incidente, ovvero sia quel raggiro che non ha determinato il consenso, ma ne ha determinato le condizioni concrete; potendo cioè assumersi che la parte vittima avrebbe comunque contrattato, ma avrebbe preteso condizioni più favorevoli.

### **RAPPORTO TRA IL DOLO VIZIO DELLA VOLONTÀ E LA NOZIONE GENERALE DI DOLO**

Il dolo-inganno (di cui ci siamo occupati finora come vizio del consenso) non va confuso con il dolo intenzione (quella figura di dolo che s'incontra non solo nel diritto penale all'art. 43 cod. pen., ma anche nel diritto privato, come elemento psicologico del fatto illecito, art. 2043 c.c.).

ART. 2043 C.C. : QUALUNQUE FATTO DOLOSO O COLPOSO, CHE CAGIONA AD ALTRI UN DANNO



## **INGIUSTO, OBBLIGA COLUI CHE HA COMMESSO IL FATTO A RISARCIRE IL DANNO.**

Il dolo, come elemento intenzionale dell'illecito, non indica un particolare tipo di azione, un fatto che si verifica nel mondo esterno, ma costituisce soltanto un elemento soggettivo o psicologico, ossia l'intenzione dell'agente di realizzare un determinato risultato e si concreta, quindi, nella corrispondenza tra un programma perseguito deliberatamente da una persona e l'azione da essa posta in essere; il dolo quale vizio della volontà, invece, denota proprio l'azione di chi inganna e che si concreta, quindi, in un determinato fatto esterno e non meramente in un atteggiamento psicologico o interno.

## **D) VIOLENZA**

- La violenza costituisce causa di annullamento del contratto anche laddove sia esercitata da un terzo e sempre che sia tale da far temere ad una persona sensata di esporre sé o i suoi beni ad un male ingiusto e notevole;
- la violenza è causa di annullamento del contratto anche laddove sia esercitata sulla persona o sui beni di terze persone e, segnatamente, ove sia esercitata sul coniuge del contraente, su un suo discendente o su un suo ascendente essa viene considerata come se fosse stata subita direttamente dal contraente, ove sia esercitata su altre persone sarà liberamente apprezzata dal giudice (cfr. gli artt. 1434, 1435, 1436 c.c.).
- Il timore reverenziale non è causa di annullamento del contratto mentre la minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo laddove sia diretta al conseguimento di vantaggi ingiusti (cfr. art. 1438 c.c.).

La violenza che determina l'annullabilità del contratto è soltanto quella morale e psicologica in quanto la violenza fisica impedisce la configurabilità stessa dell'accordo contrattuale e determina la conseguente nullità del contratto. La violenza, per essere causa di annullamento del contratto, deve avere inciso sul processo di formazione della volontà contrattuale. Secondo una certa giurisprudenza la violenza deve, peraltro, essere stata diretta allo specifico fine di estorcere il consenso. Infine la minaccia deve essere ingiusta, deve, cioè, avere per oggetto un male che l'autore non ha diritto di infliggere. Diversamente accadrebbe se la violenza non fosse psichica ma fisica volta ad ottenere meccanicamente la dichiarazione negoziale, come nel caso, per la verità un po' improbabile, in cui si trascini la mano per far apporre una firma in calce ad un contratto; in questo caso vi sarà nullità del negozio e non annullabilità perché manca la volontà.

Quindi:

- violenza psichica, consiste in una minaccia e provoca l'annullabilità del negozio;
- violenza fisica, consiste in una coazione fisica del dichiarante e provoca la nullità del negozio;

La violenza si distingue dallo stato di pericolo: nella fattispecie della violenza il timore che spinge il soggetto ad emettere la dichiarazione negoziale è provocato dalla minaccia altrui; nello stato di pericolo vi è una situazione di paura, ma non determinata dalla minaccia di altra persona diretta a far concludere il negozio, bensì da uno stato di fatto oggettivo, nella maggior parte dei casi da forze naturali (es. un incendio pone in pericolo la vita di una persona cara ed io accedo alla richiesta esosa fatta da chi ha la possibilità di intervenire per cercare di salvarla).

Se per effetto dello stato di pericolo una persona ha assunto obbligazioni a condizioni non giuste, il negozio non è annullabile, ma rescindibile.

## **LA FORMA DEL CONTRATTO**

### **LA FORMA DEL CONTRATTO**

La forma del contratto è la modalità attraverso la quale la volontà dei contraenti si manifesta.

La forma del contratto è "libera", ossia che un contratto, se la legge non impone

esplicitamente il rispetto di una determinata forma, possa essere validamente concluso grazie a qualsiasi modalità di espressione del volere. In conseguenza di ciò un negozio potrà nascere validamente con una forma puramente orale, oppure attraverso dei gesti, come di solito avviene durante le aste, o, ancora, attraverso fatti concludenti, cioè attraverso comportamenti che fanno intendere in modo univoco la volontà di porre in essere negozio giuridico come nel caso dell'erede che accetta tacitamente l'eredità ( articolo 476 c.c.).

Nell'esempio ora riportato se il chiamato all'eredità decide di vendere alcuni beni dell'asse ereditario, questa sua attività farà tacitamente intendere l'accettazione dell'eredità.

Si parla, in proposito di manifestazione di volontà espresa, nel primo caso, e tacita, nel secondo; la differenza sta nel fatto che nel primo caso c'è un comportamento diretto a far conoscere la propria volontà, mentre nel secondo caso la volontà si presume in base a comportamenti (univoci) del soggetto, incompatibili con una volontà diversa.

Talora però la legge impone che un certo contratto debba essere perfezionato secondo una determinata forma: il che comporta l'irrelevanza giuridica della volontà contrattuale espressa con modalità diverse da quella richiesta dalla legge, ossia la nullità del contratto.

L'articolo 1350 cod. civ. elenca i casi in cui la forma scritta è richiesta per i contratti (ma anche più generale per i negozi giuridici) a pena di nullità; ricordiamo, ad esempio, che i negozi riguardanti i beni immobili richiedono la forma scritta a pena di nullità.

#### **ART.1350 ESEMPI DI CONTRATTI SCRITTI:**

**CONTRATTI DI LOCAZIONE DI BENI IMMOBILI PER UNA DURATA SUPERIORE A NOVE ANNI;  
CONTRATTI CHE TRASFERISCONO LA PROPRIETA' DI BENI IMMOBILI.**

↑

si parla in questi casi di negozi " solenni " e ritroviamo tali tipi di negozi in diverse norme del codice e di leggi speciali. Questa forma scritta si dice/chiamata "ad substantiam"

Quando è richiesta la forma "ad substantiam" non è possibile usare una forma diversa e neppure è possibile sanare il negozio attraverso la sua esecuzione o attraverso atti ricognitivi.

Si è soliti discorrere, oltre che di forma "ad substantiam", anche di forma "ad probationem"; i due concetti però non devono essere confusi.

La forma "ad substantiam" è richiesta per l'esistenza stessa del negozio, mentre la forma "ad probationem" è richiesta solo per provare l'esistenza del negozio, come nel caso di trasferimento di azienda.

È necessario sottolineare che il negozio mancante della forma "ad probationem" è perfettamente valido ed efficace, ma, in caso di processo, l'unico modo per provare l'esistenza di quel particolare negozio sarà la forma che la legge richiede, salva la possibilità di ricorrere al giuramento di ottenere la confessione.

#### **LE FORME CONVENZIONALI**

Ricordiamo infine che i privati possono convenzionalmente prevedere per i loro atti determinate forme (art. 1352 cod. civ.), come nel caso in cui si stabilisca che la disdetta del contratto debba

necessariamente avvenire per iscritto attraverso un telegramma; anche in questo caso è da ritenersi, salvo diversa volontà, che il mancato rispetto della forma prevista convenzionalmente comporti la nullità dell'atto.

## **LA RAPPRESENTANZA**

La rappresentanza può essere definita come l'istituto in forza del quale ad un soggetto (il c.d. rappresentante) è attribuito il potere di sostituirsi ad un altro soggetto (c.d. rappresentato),

relativamente al compimento di un'attività giuridica per conto di quest'ultimo ed eventualmente con effetti direttamente imputabili alla sfera giuridica di costui.

In generale, qualsiasi atto giuridico può essere compiuto a mezzo di un rappresentante, ad eccezione dei cosiddetti atti personalissimi: ad esempio, il testamento.

Chi effettua la dichiarazione negoziale, colui che firma l'atto (beninteso: con il proprio nome, non già con quello del rappresentato) è il rappresentante. La rappresentanza non va confusa con l'attività di semplice messo (detto anche portavoce o, in latino, nuncius), che è il soggetto incaricato di enunciare la volontà altrui a terzi.

Infatti, mentre il rappresentante agisce in base ad una volontà propria (sia pure nell'interesse altrui), il messo si limita a riferire ad altri la dichiarazione di volontà del rappresentato (come lo farebbe il latore di una lettera). Il rappresentante prende parte all'atto che deve porre in essere. Frequentemente ha ricevuto istruzioni dal rappresentato circa la natura, l'oggetto, le pattuizioni da inserire (es.: se si vuole vendere o comprare, l'oggetto della stipulazione, l'opportunità di introdurre una clausola condizionale).

Comunque il rappresentante interviene all'atto facendo uso della propria volontà, delle proprie facoltà di valutazione.

### **RAPPRESENTANZA DIRETTA E INDIRETTA**

- Quando la rappresentanza è diretta il rappresentante agisce per conto ed anche in nome del rappresentato;
- quando invece la rappresentanza è indiretta il rappresentante agisce unicamente per conto e non in nome.

**NEGOZI PER IL QUALI E' ESCLUSA LA RAPPRESENTANZA** Non in tutti i negozi è ammessa la rappresentanza: essa, di regola, è esclusa nei negozi che, per la loro natura, si vogliono riservare esclusivamente alla persona interessata e, perciò, in quelli di diritto familiare (ad es. il matrimonio) e nel testamento.

### **LE FONTI DELLA RAPPRESENTANZA**

Le fonti del potere di rappresentanza (art. 1387, codice civile) sono due: - la legge → che dà vita alla rappresentanza c.d. legale o necessaria (si pensi al caso dei genitori del minore, del tutore, del curatore fallimentare etc.). Si tratta di un caso di rappresentanza diretta.

- l'interessato → che dà vita alla rappresentanza c.d. volontaria, attraverso il conferimento di una procura.

Un fenomeno particolare è inoltre la c.d. rappresentanza organica, ossia il potere di rappresentare un ente (società, associazione, fondazione) che spetta all'organo (e quindi alla persona fisica che ne è titolare) che in base allo statuto dell'ente stesso, ha la competenza ad esternare la volontà di quest'ultimo: ad es. l'amministratore di una società ha il potere di concludere con i terzi atti vincolanti per la società che rappresenta (artt. 19, 38, 2266, 2298, 2384 cod. civ.).

### **LA PROCURA**

Nel caso si parla di rappresentanza volontaria:

Il negozio con il quale una persona conferisce ad un'altra il potere di rappresentanza si chiama procura, e il rappresentante volontario si chiama procuratore.

Le conseguenze dell'atto compiuto dal procuratore si ripercuotono direttamente sul patrimonio del rappresentato, che è il vero interessato all'atto. Perciò, per la vendita del negozio concluso mediante rappresentanza, è necessaria la capacità legale del rappresentato.

La procura può riguardare un solo affare o più affari determinati (procura speciale), o può riguardare tutti gli affari del rappresentato (procura generale).

Poiché in genere la procura è conferita nell'interesse del rappresentato, questi può modificarne l'oggetto o i limiti e

può anche togliere al rappresentante il potere che gli aveva conferito. L'atto con il quale il rappresentato fa cessare gli effetti della procura si chiama revoca della procura.

Anche la revoca è negozio unilaterale: come è sufficiente una dichiarazione dell'interessato per conferire il potere di rappresentanza, allo stesso modo una sua dichiarazione basta a toglierlo.

La procura, basandosi sulla fiducia personale che il procuratore ispira, cessa, di regola, anche per la morte sia del rappresentante che del rappresentato.

La revoca e le modificazioni della procura devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, nel caso in cui non venga fatto, il negozio resta valido, altrimenti l'interessato ha l'onere di provare che il terzo al momento della conclusione del contratto era a conoscenza della modificazione della procura (art. 1396 cod. civ.).

## **I VIZI DELLA VOLONTA' E STATI SOGGETTIVI NEL NEGOZIO RAPPRESENTATIVO**

Come si è detto, il negozio concluso dal rappresentante in nome del rappresentato, sorge dalla volontà del rappresentante: quindi la volontà negoziale è riconducibile al rappresentante, il quale valuta la convenienza delle condizioni contrattuali e ne determina il contenuto.

Il negozio concluso dal rappresentante sarà, perciò, annullabile, se egli versava in errore o è stato costretto alla sua conclusione da violenza ecc. Si fa eccezione nel caso in cui l'anomalia della volontà o lo stato soggettivo influente si riferiscano ad un elemento predeterminato dal rappresentato, cioè, incidono sulle istruzioni da lui date. Si supponga che Tizio, ritenendo che un prodotto chimico sia adatto ad una certa lavorazione, abbia dato incarico ad altri di acquistarlo. Se il prodotto non risulta idoneo perché di differente natura da quella creduta da Tizio, l'errore giova ai fini dell'annullamento del

contratto, anche se di esso non sia partecipe il rappresentante. Nell'esemplificazione svolta tuttavia, relativamente ad elementi predeterminati, non si dà rappresentanza: il soggetto sostituito svolge infatti la funzione di mero nuncius, venendo cioè a riportare fedelmente quanto già oggetto di determinazione piena da parte del soggetto sostituito.

Si è detto che, salvo l'ipotesi che il requisito incida sugli elementi predeterminati dal rappresentato, si ha riguardo alla buona o mala fede del rappresentante nel caso in cui questa abbia rilevanza. In ogni caso, peraltro, la mala fede del rappresentato inquina il negozio, ancorché essa riguardi la sfera lasciata alla discrezionalità del rappresentante. La mala fede non riceve tutela nell'ordinamento giuridico. Il rappresentato non può pertanto giovare dello stato d'ignoranza del rappresentante (il quale, per esempio, non conosceva che la proprietà della cosa acquistata non apparteneva al venditore), quando egli sapeva la potenzialità lesiva del diritto altrui.

**IL CONFLITTO DI INTERESSI TRA RAPPRESENTANTE E RAPPRESENTATO** Se il rappresentante agisce in conflitto d'interessi col rappresentato, il negozio è annullabile su domanda del rappresentato (art.1394 cod. civ.). La concreta possibilità di pervenire all'annullamento del contratto deve essere temperata dal principio della protezione del terzo contraente in buona fede.

Si distingue il caso del conflitto c.d. potenziale, che consiste in una situazione di rischio nella quale possono essere assunte decisioni in contrasto con l'interesse del sostituito, da quello del conflitto c.d. attuale, nel quale cioè risulta provata la sussistenza effettiva del contrasto.

Si pensi al caso di colui che, nella propria qualità di procuratore, alieni un cespite di proprietà del rappresentato ad una società di capitali di cui lui stesso sia socio, ancorché non amministratore. Egli potrebbe anche aver realizzato un ottimo affare per il rappresentato. Tuttavia si pone il sospetto che egli abbia avuto di mira il proprio vantaggio o quello di un terzo al quale risulti legato: per questa ragione l'atto posto in essere è annullabile, indipendentemente dal fatto che il rappresentato sia stato effettivamente danneggiato.

Quello che conta è il danno potenziale, non la prova di un danno effettivo: dunque il conflitto rileva anche quando il pregiudizio sia soltanto supposto, indipendentemente dalla sua effettività.

### **RAPPRESENTANZA SENZA POTERE**

Si tratta dell'ipotesi di chi agisce in nome e per conto di un altro soggetto senza averne i poteri o eccedendo i limiti del potere conferitogli.

È questo il caso del c.d. "falsus procurator", cioè di chi agisce come rappresentante senza averne i poteri e, sempre in tale veste, conclude un contratto con un terzo.

È ovvio che il falsamente rappresentato non può essere obbligato alla osservanza del contratto concluso dal falso rappresentante, ma potrebbe essere comunque interessato a questo come nel caso in cui il contratto sia comunque conveniente.

Soccorre l'articolo 1399 c.c. che consente al falsamente rappresentato di far proprio il contratto concluso dal falsus procurator attraverso la ratifica. La ratifica è una procura successiva attraverso la quale il (falsamente) rappresentato rende efficace retroattivamente nei suoi confronti il contratto concluso dal falsus procurator.

Con la ratifica, quindi, la situazione diviene uguale a quella normale è, in altre parole, come se il falsus procurator avesse avuto sin dal primo momento la procura.

Se, però, nel periodo d'inefficacia del contratto, dei terzi hanno acquistato dei diritti, la ratifica non sarà loro opponibile.

La possibilità di ratifica giustifica ancor più la tesi di coloro che ritengono inefficace, ma valido, il negozio concluso dal falso rappresentante; se si trattasse, infatti, di contratto nullo, non si vede come poi il rappresentato potrebbe farne propri gli effetti con efficacia retroattiva attraverso la ratifica.

Abbiamo visto che il falsamente rappresentato può intervenire e ratificare l'operato del falsus procurator;

ma cosa accade se non vi è ratifica?

Osserviamo subito che il terzo contraente, per non rimanere nell'incertezza, può dare un termine al falsamente rappresentato affinché si pronunci sulla ratifica, ma nemmeno questo potrebbe servire a far ratificare il contratto.

Torniamo quindi a chiederci: cosa accade se non vi è ratifica o questa è stata negata?

il falsus procurator sarà responsabile per i danni arrecati al terzo contraente che, però, non potrà chiedere l'esecuzione del contratto divenuto definitivamente inefficace.

Responsabile sarà il falsus procurator, ma dovrà risarcire al terzo contraente il c.d. "interesse negativo" cioè quello che il terzo aveva a non essere coinvolto in trattative e spese inutili ma non il c.d. "interesse positivo" che il terzo contraente aveva all'esecuzione del contratto.

### **LA GESTIONE DI AFFARI ALTRUI**

(art. 2031 c.c.) si ha gestione di affari altrui quando un soggetto, senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di uno o più affari di un altro soggetto, che non è in grado di provvedervi.

L'ipotesi dell'art. 2031 riguarda una situazione che può verificarsi nella realtà con un frequenza maggiore di quanto non si pensi; può succedere, infatti, che una persona non possa occuparsi dei suoi affari rischiando di subire un danno.

Ma può anche accadere che un'altra persona, essendo a conoscenza di questa situazione, decida di intervenire per impedire il danno. Se la gestione avverrà alle condizioni previste dalla legge, il dominus dovrà non solo adempiere alle obbligazioni assunte dal gestore, ma dovrà anche indennizzarlo (e non compensarlo) delle spese che questi ha sostenuto. Come si vede la gestione di affari altrui (detta anche negotiorum gestio) è fonte di obbligazioni che non derivano né da contratto né da atto illecito, ma direttamente dalla legge:

- Obbligo di continuare la gestione → la legge (art. 2028 c.c.) stabilisce che, nel caso in cui taluno, senza esservi obbligato, assume la gestione di affari altrui, il gestore non può dismettere a proprio piacimento la gestione, ma deve continuarla e condurla a termine, finché l'interessato non sia in grado di riprendere il governo dei propri interessi. In tale attività, il gestore è sottoposto alle norme sul mandato ed alle relative obbligazioni e responsabilità in caso di mala gestione.

- Obblighi dell'interessato → dall'altro lato, qualora la gestione sia stata utilmente iniziata, l'interessato deve adempiere le obbligazioni che il gestore ha assunto in nome di lui (art. 2031 cod. civ.) e deve altresì tenerlo indenne dalle obbligazioni assunte dal gestore in nome proprio.

## **IL CONTRATTO PER PERSONA DA NOMINARE**

Nel momento della conclusione di un contratto una parte può riservarsi la facoltà di nominare la persona nella cui sfera giuridica il negozio deve produrre effetti (art. 1401 cod.civ.).

Se in seguito difetta la dichiarazione di nomina, il negozio produce effetti direttamente nei confronti di colui che ha stipulato il contratto riservandosi di fare la dichiarazione di comando senza poi darvi seguito (art. 1405 cod.civ.). Da un lato l'istituto in esame conferisce la facoltà di nominare un soggetto al quale imputare direttamente gli effetti della stipulazione, dall'altro questo esito si pone come una semplice possibilità, rimanendo altrimenti fermi gli effetti della negoziazione rispettivamente a favore ed a carico del soggetto che ha preso fin dall'origine parte all'atto.

A differenza di quanto ordinariamente accade nella rappresentanza diretta (alla quale è comunque riconducibile anche il contratto per persona da nominare), difetta soltanto la designazione attuale del rappresentato. Colui che agisce dichiara la possibile esistenza del rappresentato, pur non rivelando l'identità, contemporaneamente riservandosi di indicarla successivamente.

Il termine di tre giorni per l'effettuazione della nomina previsto dall'art. 1402 cod. civ. ha un significato eminentemente fiscale, costituendo il limite temporale entro il quale la tassazione viene operata per un solo trasferimento. La norma si affretta a far salva la previsione di un diverso termine da parte dei contraenti.

## **L'OGGETTO DEL CONTRATTO**

### **I REQUISITI DELL'OGGETTO. OGGETTO E CONTENUTO**

L'art. 1346 cod.civ. pone quali requisiti dell'oggetto del contratto:

- a) la possibilità - l'oggetto del contratto dev'essere materialmente suscettibile di esecuzione;
- b) la liceità → l'oggetto del contratto dev'essere lecito. E' illecito quando la prestazione è contraria a norma imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume. In tal caso il contratto non è giuridicamente suscettibile di esecuzione;
- c) la determinatezza o la determinabilità → l'oggetto del contratto dev'essere determinato o determinabile, infatti affinché possa validamente sorgere un vincolo giuridico occorre che sia chiaro a che cosa le parti si impegnano. Non è valido dunque il contratto con il quale le parti abbiano rinviato la determinazione dell'oggetto ad un successivo accordo tra le parti stesse.

La norma non prevede una definizione dell'oggetto del contratto, ciò ha portato a far emergere diverse letture della nozione:

- a) per oggetto del contratto debbono intendersi le prestazioni dedotte in contratto come dovute dalle parti (artt.1347- 1349 cod. civ.);
- b) per oggetto del contratto si identifica il bene dovuto, che costituisca l'oggetto di una prestazione di dare o comunque sul quale ricadono gli effetti del contratto (c.d. oggetto mediato);
- c) infine taluno identifica l'oggetto con il contenuto del contratto, sembra però preferibile riservare quest'ultima nozione al contenuto regolamentare del contratto (l'insieme delle disposizioni che disciplinano il rapporto tra i

contraenti, e che costoro possono liberamente determinare).

Talora la legge detta criteri integrativi per la determinazione dell'oggetto, in sede di disciplina di taluni contratti tipici, evitando così che l'incompletezza del regolamento negoziale conduca alla nullità del contratto (es. se le parti non hanno determinato il corrispettivo di un appalto, ne hanno stabilito criteri per determinare, la misura del compenso dovuto 'è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi, in mancanza determinata dal giudice). La legge ammette che il contratto possa avere per oggetto cose future (art. 1348 c.c.), se ciò non sia però vietato dalla legge (es. è vietata la donazione di cose future, art.771 cod. civ.).

## LA CAUSA DEL CONTRATTO

Nozione.

Elemento essenziale di ogni negozio giuridico è la sua causa. Si tratta di un termine che viene adoperato con più significati.

• In primo luogo si parla di causa dell'obbligazione: l'obbligazione però non è un negozio, ma un rapporto giuridico, sicché il riferimento alla causa, in questo contesto, sta ad indicare il "titolo" da cui il debito deriva, la sua fonte (art. 1173 c.c.). • In secondo luogo si parla di causa con riguardo al fondamento di un'attribuzione patrimoniale, per determinare se lo spostamento di ricchezza è giustificato (es. se pago 100 a Tizio credendomi erroneamente suo debitore, la prestazione è senza giusta causa e pertanto possono chiederne la restituzione - art.2033 cod.civ.).

Riferito al negozio, il concetto di causa è importante soltanto per quelli nei quali, l'autonomia dei privati può influire sul contenuto e, quindi, sugli effetti del negozio (la causa non ha importanza per atti quali il matrimonio, l'adozione, etc).

Quando invece, il contenuto del negozio dipende dalla libera scelta del privato, e quindi nel caso del contratto, è necessario che gli effetti complessivamente perseguiti, siano giustificati dal punto di vista dell'ordinamento giuridico.

L' Art. 1325 cod. civ. annovera la causa tra i requisiti del contratto, senza però definirla; e soprattutto annovera tra i requisiti quello di una causa lecita, indicando la necessità che siano leciti e meritevoli di protezione giuridica non soltanto i singoli effetti perseguiti (es. il trasferimento di proprietà) ma soprattutto la loro combinazione nell'ambito del complessivo regolamento che le parti con il loro accordo hanno voluto dettare.

In altre parole, non sempre un certo risultato può realizzarsi solo perché è voluto e promesso: un "nudo consenso" non è sufficiente per dare luogo ad effetti giuridici. L'ordinamento sottopone l'atto di autonomia ad un controllo circa il suo fondamento razionale giuridico, e se un tale controllo ha esito negativo (risultato a cui tende illecito o futile) il contratto non viene ritenuto meritevole di protezione giuridica.

La formula prevalente è quella che pone la causa in relazione alla funzione obiettiva del contratto.

Per i contratti tipici (compravendita, locazione, mandato, etc) l'esistenza della liceità della causa, e già valutata positivamente, in linea di principio, dalla legge; ma resta da valutare se in concreto, il singolo sia meritevole di approvazione.

Quindi anche per i contratti tipici può porsi un problema di controllo dell'esistenza e della liceità della causa (es. il contratto di assicurazione). Per i contratti atipici (art. 1322 c.c.), che sono quelli che la pratica pone in essere pur in assenza di uno schema legislativo, la valutazione deve riguardare non solo il contenuto concreto dell'accordo, ma pure lo stesso schema generico della pattuizione (ed. è lecito assoldare un detective per avere informazioni sulla vita privata di un'altra persona?).

Una categoria particolare dei contratti atipici, è rappresentata dai contratti misti, la cui causa è costituita dalla fusione delle cause di due o più contratti tipici.

Quale disciplina giuridica si applica al contratto misto? Secondo la dottrina e la giurisprudenza, si applica per analogia, la disciplina del contratto la cui funzione è in concreto prevalente (c.d. teoria dell'assorbimento).

Sono differenti i contratti collegati: ipotesi in cui le parti stipulano negozi tra loro distinti, ma che

funzionalmente sono preordinati dalle parti per la realizzazione di un disegno unitario, condiviso dai contraenti; in tal caso, se gli effetti di uno dei due contratti non si possono produrre, anche quelli dell'altro vengono meno, perché è frustrata la finalità complessiva dell'operazione economica voluta dai contraenti.

Una particolare ipotesi di collegamento è costituita dal "subcontratto", che ricorre quando colui che ha stipulato un determinato contratto ne stipula un altro, con un terzo, che contiene un regolamento di interessi omogeneo a quello del contratto principale, e che è funzionalmente dipendente da quest'ultimo (es. appaltatore che subappalta ad un terzo l'esecuzione di parte dei lavori di costruzione di una determinata opera). Appunto perché il subcontratto dipende da quello principale, se questo viene meno, ciò influisce anche sulle sorti del subcontratto.

### **Negozi astratti.**

Ogni negozio deve avere la sua causa, perché ogni negozio deve corrispondere ad uno scopo socialmente apprezzabile.

Ciò non esclude che, in alcuni negozi, gli effetti si producano astraendo o prescindendo dalla causa, la quale resta, per così dire, accantonata. Tali negozi sono detti "astratti" in contrapposto agli altri che sono detti "causali".

I negozi astratti servono a facilitare l'acquisto e la circolazione di diritti. Un caso di astrazione si rintraccia nella delegazione pura, in cui il delegato, che sia obbligato nei confronti del delegatario, non può sollevare eccezioni relative ai rapporti sottostanti, di valuta e di provvista; tranne il caso di nullità.

Vi è una distinzione tra astrazione sostanziale ed astrazione processuale. • L'astrazione sostanziale è quella di cui abbiamo parlato e per cui il negozio nel suo funzionamento resta svincolato dalla causa.

• L'astrazione processuale presuppone che il negozio sia causale: chi agisce per ottenere la prestazione, derivante a suo favore da siffatto negozio, non ha l'onere di dimostrare l'esistenza e la liceità della causa, ma chi è chiamato in giudizio deve provare l'eventuale mancanza o l'illiceità, se vuole sottrarsi alla condanna. L'astrazione processuale si risolve, pertanto, in una inversione legale dell'onere della prova.

In ogni caso, nel nostro ordinamento le figure di negozi astratti possono produrre soltanto effetti obbligatori: non si ammette il trasferimento di un diritto reale, che necessita sempre di adeguata giustificazione giuridica.

### **Mancanza della causa .**

Art. 1418 cod. civ. - Cause di nullità del contratto.

Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346.

Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.

### **Art. 1325 cod. civ. - Indicazione dei requisiti.**

I requisiti del contratto sono:

1) **l'accordo delle parti;**

2) **la causa;**

3) **l'oggetto;**

4) **la forma**, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità. La causa può mancare fin dall'origine (mancanza genetica della causa). Può anche avvenire che, pur esistendo originariamente la causa, per vicende successive non sia più realizzabile il risultato a cui il negozio era diretto (mancanza funzionale della causa).

Si comprende che nei negozi tipici la causa esiste sempre, quindi, il difetto genetico della causa può mancare solo nel caso concreto: ciò avviene quando, per la situazione in cui dovrebbe operare, il negozio non può esplicare la sua funzione (ad esempio se compro una cosa che già è mia). La mancanza originaria della causa produce la nullità del negozio. Può darsi che la causa mai di originariamente solo in parte (difetto genetico parziale della causa). Ciò può avvenire nei contratti a



prestazioni corrispettive, nei quali al sacrificio patrimoniale di una parte fa riscontro quello dell'altra. A rigore perché la causa debba ritenersi in parte mancante, basterebbe che le due prestazioni non siano equivalenti: ma, la legge attribuisce rilevanza al difetto di causa, solo se una controprestazione manchi del tutto, oppure se vi sia uno squilibrio notevole della prestazione, causato oltretutto dal turbamento della volontà di una delle parti (in quest'ultimo caso siamo in situazione di contratto concluso in stato di pericolo o di bisogno: il rimedio non è la nullità, ma la rescissione del contratto, Art. 1447., Art. 1448.).

La causa può esistere originariamente e tuttavia possono sopravvenire circostanze che impediscono alla causa di funzionare (difetto sopravvenuto un funzionale della causa). Il compratore per esempio, non paga il prezzo, oppure una successiva disposizione legislativa, il commercio della cosa che forma oggetto del contratto.

Sia nel caso di inadempimento che di impossibilità sopravvenuta o di eccessiva onerosità sopravvenuta, il contratto non è nullo, ma la parte può agire per la risoluzione e così sciogliersi dal vincolo.

Art. 1453. - **Risolubilità del contratto per inadempimento:** (comma 1) Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

Art. 1463. - **Impossibilità totale:**

Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito.

Art. 1467. - **Contratto con prestazioni corrispettive:**

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

**L'illiceità della causa.**

Art. 1343 cod. civ. - **Causa illecita:**

La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

Art. 1418 cc Cause di nullità del contratto:

Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346.

Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge. La causa è illecita quando contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume; l'illiceità della causa produce la nullità del negozio. Contratto contrario a norme imperative è detto anche il legale, quello contrario al buon costume, e cioè, chi viola i principi etici comunemente accolti, si chiama "immorale".

A rigore, sia stata eseguita una prestazione in esecuzione di un negozio avente causa illecita, essendo il negozio nullo e non producendo alcun effetto, chi l'ha eseguita avrebbe diritto ad ottenere la restituzione di ciò che ha dato (Art. 2033 cod. civ., ripetizione dell'indebito).

Invece, la ripetizione non è sempre ammessa.

Tale diritto deve essere legato se il Parlamento deve considerarsi immorale anche in relazione a chi effettua la prestazione (Art. 2035.). Appunto perché l' Art. 2035 parla di offesa al buon costume, e non anche all'ordine pubblico e a norme imperative, si ritiene che l'irripetibilità non si applica al negozio illegale.

Non è sempre agevole distinguere l'illiceità della causa da quella dell'oggetto. La conseguenza è, in entrambi i casi, la nullità del contratto. La differenza si coglie considerando che il giudizio sulla causa implica una valutazione complessiva

dello scambio cui il contratto è preordinato, mentre quello sull'oggetto si rivolge alle singole prestazioni. Così è illecito l'oggetto del contratto quando la prestazione consista in una condotta contro la legge oppure Immorale; è illecita la causa quando è ritrovato fare oggetto di scambio una certa condotta (buttare è lecito, ma è illecito promettere denaro per indirizzare il voto).

### **I motivi.**

Il motivo che spinge un soggetto a porre in essere un negozio giuridico è lo scopo pratico, individuale, da lui perseguito e che lo spinge al compimento dell'atto.

Per lo più, il motivo in funzione del quale ciascuna parte si determina a porre in essere un negozio giuridico, particolarmente un contratto, non viene comunicato alla controparte.

I motivi individuali restano estranei al contenuto del contratto e sono quindi, giuridicamente irrilevanti.

Perciò l'errore sul motivo non può, di regola, qualificarsi come "essenziale" e non rende annullato il contratto.

Tuttavia i motivi talvolta diventano giuridicamente rilevanti, soprattutto quanto la loro realizzazione venga espressamente a formare oggetto di un patto contrattuale o di una condizione in cui si subordina l'efficacia dell'atto.

Il legislatore concede rilevanza al motivo soltanto in talune specifiche ipotesi: Innanzitutto quando si tratta di reprimere una condotta illecita, l' Art. 1345 cod. civ - Motivo illecito - stabilisce infatti che:

Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe .

Perché il contratto sia colpito da nullità (art. 1418 c.c.), occorre: a) che il motivo comune, sia illecito;

b) il motivo illecito comune deve essere stato esclusivo e quindi determinato nel consenso.

Nella donazione è sufficiente un motivo illecito unilaterale del donante, purché risulti dall'atto e sia "il solo che ha determinato il donante alla liberalità"( Art. 788.).

Parimenti, nel testamento "il motivo illecito rende nulla la disposizione testamentaria, quando risulta dal testamento ed è il solo che ha determinato il testatore a disporre".( Art. 626.)

In tema di atti liberali (donazione e testamento) pure l'errore sul motivo, irrilevante nei contratti, diventa causa di impugnabilità dell'atto, a condizione che il motivo risulti dall'alto e sia il solo che ha determinato la liberalità.

### **Il contratto in frode di legge.**

Art. 1344 cc – contratto in frode di legge:

Si reputa altresì la causa illecita quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.

L'illiceità della causa, l'art. 1344 c.c., equipara il contratto la frode alla legge, che ha luogo quando il contratto, pur rispettando la lettera della legge (verba legis), costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa, e cioè per raggiungere un risultato equivalente a quello vietato. Il contratto in frode si distingue dal contratto contrario alla legge. Con quest'ultimo le parti mirano direttamente ad un risultato vietato; con il negozio in frode invece, mirano, mediante qualche accorgimento, ad ottenere un risultato equivalente a quello vietato dalla norma imperativa. Spesso è necessaria una sequenza di atti coordinati tra loro, per raggiungere il risultato fraudolento voluto.

La frode alla legge costituisce un vizio della causa, che si concreta in un abuso della funzione strumentale tipica del contratto: questo viene impiegato per un fine che contrasta con la funzione sociale (causa) che gli è propria. La frode alla legge si distingue dalla frode ai creditori, che è diretta a danneggiare specificamente costoro e che viene colpita con l'azione revocatoria.

La frode alla legge si distingue anche dalla frode al fisco, che non dà luogo a nullità del negozio, ma alle sanzioni stabilite dalle leggi tributarie. Il negozio in frode di legge si distingue altresì dal negozio simulato.

# L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

Le regole legislative di ermeneutica.

Si parla di interpretazione del contratto, nel Capo IV, del 4° libro: Dell'interpretazione del contratto, artt. 1362 e Art. 1371 cod. civ.). L'interpretazione di un contratto va intesa come volta a determinare, quali effetti, il negozio giuridico, sia idoneo a produrre, valutandolo alla stregua dei criteri legali dettati dal legislatore in tema di interpretazione. Queste norme, dettate per il contratto, valgono in quanto compatibili, anche per gli altri negozi (art. 1324 cod. civ.).

Secondo la dottrina, le regole di interpretazione si distinguono in due gruppi: - regole di interpretazione soggettiva, che sono dirette a ricercare il punto di vista dei soggetti del negozio (artt. 1362 e 1365 cod. civ.);

- regole di interpretazione oggettiva, che intervengono quando non riesca possibile, attribuire un senso al negozio, nonostante il ricorso alle norme di interpretazione soggettiva (artt. 1367 e 1371 cod. civ.).

L'art. 1366 c.c. dispone che: Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede (criterio dell'affidamento), applicabile solo ai negozi inter vivos; bisogna tener conto, non soltanto del significato che alle parole usate, dà chi ha fatto la dichiarazione, ma anche di quello che può ragionevolmente dare ad esse, chi la riceve.

Il punto di riferimento dell'attività dell'interprete dev'essere, naturalmente, il testo della dichiarazione negoziale: ma non ci si deve limitare "al senso letterale delle parole", occorre invece di cercare "la comune intenzione delle parti", il semplificato che entrambe attribuivano l'accordo.

Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare anche il loro comportamento, sia anteriore alla conclusione del negozio (trattative), sia posteriore (art. 1362 c.c.).

Quando le parti adoperino espressioni di carattere generale, la loro rilevanza va comunque riferita agli specifici oggetti cui si riferisce alla loro comune volontà, ossia quelli, sui quali le parti si sono proposte di contrattare (art.1364 c.c.); laddove le parti abbiano, a fini di una loro pattuizione, operato un'esemplificazione, non si presumono estranei al contratto i casi non menzionati, ai quali possa ragionevolmente estendersi il patto tra le parti. (art. 1365 c.c.).

Se, nonostante il ricorso alle regole sopra indicate, il senso non risulti chiaro, si applica "il principio della conservazione del negozio.

L'Art. 1367 c.c. Conservazione del contratto, dice che:

Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno.

Valgono ancora i seguenti principi:

a) gli usi interpretativi, cioè che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso o, se una delle parti è un imprenditore, nel luogo in cui si trova la sede dell'impresa (art. 1368 c.c.);

b) la regola secondo cui le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intesa e in quello più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto (art. 1369 c.c.);

c) la clausola predisposta da una delle parti nelle condizioni generali di contratto od in modo i formulari, nel dubbio si interpreta contro chi ha predisposto la clausola (art. 1370 c.c.);

Da ultimo una regola finale si applica quando tutte le altre si siano dimostrate inefficienti:

L'art. 1371 c.c. - Regole finali:

Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso.

## GLI EFFETTI DEL CONTRATTO

### **La forza vincolante del contratto. Lo scioglimento convenzionale e il recesso.**

Il contratto, una volta posto in essere, ha « forza di legge » rispetto alle parti che lo hanno perfezionato, come afferma l'art.1372 cod.civ.: 1. Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.

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

Le parti sono però libere con un atto di comune volontà (art.1372 c.c.) di sciogliere o modificare il contratto (c.d. mutuo consenso delle parti)

Il recesso unilaterale (diritto di liberarsi unilateralmente degli obblighi assunti con il contratto) è ammissibile soltanto quando attribuito dalla legge o da un apposito patto tra le parti (recesso convenzionale); esso deve essere esercitato prima che abbia inizio l'esecuzione del contratto.

Spesso un diritto di recesso è attribuito ad una parte a fronte di un corrispettivo, rappresentato di solito da una somma di danaro (es. la caparra per un viaggio che si consegna nel caso si voglia recedere ovviamente e salvo patto contrario).

Talvolta è la stessa legge che attribuisce ad una delle parti il diritto di recedere da un contratto ove si verificano determinati presupposti (es. nei contratti a tempo indeterminato è normale che ciascuna parte possa liberamente recedere salvo l'onere di dare all'altra parte un congruo preavviso).

A volte la legge permette ad una parte di recedere in qualsiasi momento mentre all'altra solo per giusta causa (es. contratto di lavoro a tempo indeterminato).

Diverso dal recesso è la disdetta di un contratto per il quale sia previsto un automatico rinnovo alla scadenza (es. nella locazioni di immobili urbani, alla scadenza del termine, il contratto si rinnova automaticamente a meno che una parte intimi disdetta).

La legislazione permette la rescissione del contratto se le modalità di conclusione del contratto stesso siano state tali da impedire una valutazione adeguatamente ponderata (es. vendite porta a porta o contratti negoziati fuori dai locali commerciali).

### **Gli effetti tra le parti. L'integrazione.**

Gli effetti del contratto, per quanto riguarda le parti, corrispondono in linea di principio al contenuto dei loro accordi. La determinazione del significato di tali accordi dipende dalla interpretazione della volontà delle parti, di cui ci siamo appena occupati.

Pertanto, per stabilire quali effetti un negozio è idoneo a produrre, occorre non soltanto averlo interpretato, ma altresì aver proceduto ad altre due operazioni:

- la qualificazione dell'atto → ossia la sua sussunzione sotto la fattispecie legale appropriata (ossia quella congruente con i caratteri della fattispecie concreta), in base alla quale si determina la disciplina applicabile (es. le parti hanno pattuito una locazione con patto finale d'acquisto o una vendita con riserva di proprietà?)

- l'integrazione dei suoi effetti → il contratto produce poi non soltanto gli effetti perseguiti dalle parti, ma anche quelli disposti dalla legge, dagli usi e dell'equità (art.1374 c.c.). L'integrazione degli effetti del contratto è importante per risolvere i problemi posti dalle eventuali lacune della disciplina negoziale, che possono essere colmate da norme dispositive (es. la misura del corrispettivo, in figure contrattuali, può essere determinata dal giudice). La legge interviene non soltanto con funzione integratrice della volontà privata, ma anche con funzione imperativa, che annulla ogni contraria pattuizione dei privati (es. l'intervento legislativo per imporre ai privati clausole o prezzi, che si sostituiscono di diritto a quelli pattuiti dai contraenti - art. 1339 cod. civ.). Infine va ricordato che principio fondamentale in tema di esecuzione del contratto, come in tema di interpretazione, è il rispetto della buona fede (art. 1375 cod. civ.).

### **I contratti ad effetti reali e ad effetti obbligatori.**

I contratti possono essere ad effetti reali se determinano la trasmissione o la costituzione di un diritto reale e ad effetti obbligatori quando danno luogo alla nascita di un rapporto obbligatorio

I principi fissati dalla legge sono:

a) se si tratta di cosa determinata, la proprietà passa per effetto del consenso manifestato nelle forme di legge (art.1376 cod. civ.): se si tratta di immobili, basta che le parti abbiano firmato il contratto; se si tratta di mobili, basta che le parti abbiano raggiunto, anche verbalmente, l'accordo; (non è necessario consegna passaggio ecc);  
b) se si tratta di cose determinate solo nel genere (cose generiche o fungibili), la proprietà si trasmette (art.1378 cod. civ.) con l'individuazione delle cose destinate a costituire oggetto del trasferimento, che può avvenire d'accordo tra le parti o secondo le modalità da esse stabilire (es. mediante pesatura o misurazione) quindi ne consegue che il contratto che ha ad oggetto cose determinate solo nel genus è un contratto ad effetti obbligatori (mi obbligo ad adempiere a quanto concordato) e non reali. c) Se l'oggetto del trasferimento è una determinata massa di cose (es. vendo non tanto quintali di vino, ma tutto il vino della mia cantina), è chiaro che non c'è bisogno di individuazione: perciò la proprietà si trasmette per il semplice consenso.

### **La clausola penale e la caparra.**

In caso di inadempimento, il creditore ha diritto ad essere risarcito dei danni subiti, ma ha l'onere di provare il danno che assume essergli stato arrecato per effetto dell'inadempimento (assoluto o relativo) del debitore, cosa che spesso non è semplice e richiede molto tempo e spese.

Perciò le parti possono stabilire nel contratto, con una clausola, ex ante quanto il debitore dovrà pagare, a titolo di penale, ove dovesse rendersi inadempiente.

In tal caso la parte inadempiente è tenuta a pagare la penale stabilita, senza che il creditore debba dare la prova di aver subito effettivamente un danno di misura corrispondente: e perciò si dice che tale clausola penale contiene una liquidazione convenzionale anticipata del danno.

E' chiara la funzione della clausola penale: chi dovrà corrispondere l'intera cifra in caso di inadempienza sarà sollecitato a non rendersi inadempiente ed a portare a conclusione il contratto.

Il creditore non può richiedere più di quanto previsto dalla penale nemmeno se il danno risulti maggiore (ovviamente le parti sono libere di prevedere nel contratto anche il risarcimento del maggior danno) (art. 1382 cod. civ.). La penale può essere prevista sia per inadempimento assoluto dove il creditore, se pretende la penale, non può più pretendere la prestazione principale, che per il semplice ritardo dove può pretendere sia la penale che la prestazione contrattualmente prevista.

Il giudice può ridurre l'ammontare della penale ove la ritenga eccessiva oppure se il debitore abbia eseguito almeno in parte la prestazione dovuta. La clausola penale non va confusa con la caparra: mentre la penale è fonte di un'obbligazione invece la caparra consiste nell'effettiva consegna, da una parte all'altra, di un quantum di denaro o cose fungibili.

La caparra: il c.c. disciplina due tipi di caparra:

- La caparra confirmatoria (art.1385 c.c.) → Si provvede a consegnare all'altra parte, nel momento stesso del perfezionamento dell'accordo, una somma di danaro o una quantità di cose fungibili. La caparra, una volta eseguito il contratto, deve essere restituita o trattenuta a titolo di acconto sul prezzo. Se la parte che ha dato la caparra si rende inadempiente l'altra parte può trattenerla e chiedere l'esecuzione del contratto o il risarcimento del danno subito oppure recedere dal contratto tenendo comunque la caparra. Se la parte che ha ricevuto la caparra si rende inadempiente l'altra parte può chiedere l'esecuzione del contratto o il risarcimento del danno subito o recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra;

- La caparra penitenziale (art.1373 c.c.) → La somma versata a titolo di caparra ha solo la funzione di corrispettivo di un diritto di recesso convenzionale che le parti possono riservarsi: vale a dire che chi ha versato la caparra può rinunciarvi ed il contratto è sciolto, senza che la controparte possa pretendere altro (come esecuzione del contratto o risarcimento dei

danni) parimenti chi ha ricevuto la caparra può recedere dal contratto restituendo il doppio della caparra ricevuta.

### **Il contratto a favore di terzi.**

A differenza del diritto romano, negli ordinamenti giuridici moderni si è affermata la concezione che il principio limitatore dell'efficacia del contratto fra le sole parti, non esclusa che la volontà dei contraenti possa essere diretta

appositamente ad attribuire diritti ad un terzo.

L'art. 1441 cod. civ. ammette in via generale la figura del contratto con cui le parti attribuiscono ad un terzo il diritto di pretendere in proprio l'adempimento di un contratto, benché stipulato da altri, subordinando la validità soltanto alla condizione che lo stipulante abbia un interesse, anche solamente morale, all'attribuzione di tale vantaggio al terzo. Figure particolari e frequenti di contratti a favore del terzo sono costituite dal contratto di assicurazione sulla vita a favore del terzo (art. 1920 c.c.), dal contratto di trasporto di cose (art. 1689 c.c.), dall'accollo (art. 1273 c.c.), etc.

La disciplina fondamentale del contratto a favore del terzo è la seguente: a) il terzo acquista il diritto verso chi ha fatto la promessa fin dal momento della stipulazione del contratto a suo favore (art. 1411 comma 2), ma questo acquisto non è stabile o definitivo, perché non può negarsi al terzo la facoltà di rinunciare al beneficio, e lo stesso dicasi per lo stipulante, che, poiché incerto relativamente alla volontà del terzo, ha diritto di revoca o modifica, fino a che quest'ultimo non accetti; b) causa dell'acquisto del diritto a favore del terzo è il contratto a suo favore: perciò chi ha promesso la prestazione può opporre al terzo tutte le eccezioni fondate su questo contratto (es. può opporre che l'altra parte, lo stipulante, non gli ha pagato il corrispettivo stabilito per la prestazione a favore del terzo) (art. 1413 c.c.).

### **Effetti del contratto rispetto a terzi.**

Gli effetti del contratto sono limitati alle parti: esso non può, di regola, danneggiare né giovare al terzo estraneo (art. 1372, comma 2, cod. civ.). Se ti prometto che un terzo assumerà un obbligo nei tuoi confronti, il terzo, estraneo al contratto, non è affatto vincolato per effetto del mio impegno, obbligato solo soltanto io a persuadere il terzo a fare ciò che ho promesso.

Ma se il terzo non aderisce, l'unica conseguenza sarà quella che dovrò indennizzare colui a cui ho fatto la promessa, anche quando mi sia adoperato con ogni mezzo per indurre il terzo al comportamento promesso (art. 1381 cod. civ.).

### **La cessione del contratto.**

Nei contratti con prestazioni corrispettive, se queste non sono ancora state eseguite, ciascuna delle parti si trova ad essere creditrice della prestazione dovuta dall'altra parte e debitrice di quella cui essa è tenuta (es. l'appaltatore ha l'obbligo di eseguire l'opera appaltata ma è creditore del corrispettivo fissato).

Si ha cessione di un contratto (art. 1406 cod. civ.) quando una parte (il cedente) di un contratto originario

- purché a prestazioni corrispettive da ambo le parti non ancora eseguite - stipula con un terzo (il cessionario) un nuovo contratto (di cessione), con il quale cedente e cessionario si accordano per trasferire a quest'ultimo il contratto (originario), ossia tutti i rapporti attivi e passivi determinati dal contratto ceduto verso il contraente (ceduto).

Il consenso alla cessione da parte del contraente ceduto può essere dato come atto unilaterale separato dal contratto di cessione, ed essere rilasciato in via preventiva (art. 1407 c.c.): in tal caso la cessione del diventa efficace con la semplice notificazione al ceduto dell'accordo di cessione tra cedente e cessionario.

Per effetto della cessione il cedente è liberato dalle sue obbligazioni verso il contraente ceduto e non è neppure responsabile verso quest'ultimo dell'eventuale inadempimento contrattuale da parte del cessionario (art. 1408 c.c.).

Se il ceduto vuole evitare questa conseguenza, deve dichiarare espressamente che con il suo consenso alla cessione non intende liberare il cedente: in tal caso quest'ultimo risponde in proprio qualora il cessionario si renda inadempiente agli obblighi contrattuali assunti.

Parimenti il cedente non è responsabile verso il cessionario qualora il ceduto non adempia agli obblighi derivanti dal contratto ceduto.

In ogni caso il cedente è tenuto a garantire al cessionario esclusivamente la validità del contratto.

La cessione del contratto può essere stipulata senza prevedere alcun corrispettivo a carico dell'uno o dell'altro dei contraenti: in tal caso le parti considerano equilibrati i rispettivi oneri e vantaggi.

Ma la cessione del contratto può anche essere stipulata prevedendo un corrispettivo o a carico del cessionario e a favore del cedente (il cedente teme di non portare a termine il contratto traendone un utile, quindi paga il cessionario per liberarsi dalla preoccupazione di dover effettuare dei lavori in perdita).

Occorre distinguere la cessione del contratto dal subcontratto o contratto derivato.

Nella cessione si ha sostituzione di un nuovo soggetto ad uno dei contraenti originari e tutti i rapporti contrattuali restano invariati, nel subcontratto, invece, i rapporti tra i contraenti originari continuano a sussistere, ma accanto ad essi si creano nuovi rapporti tra uno dei contraenti originari ed un terzo.

Es. tra subconduttore e inquilino c'è rapporto diverso e canone diverso che tra inquilino e locatore.

## GLI ELEMENTI ACCIDENTALI DEL CONTRATTO

### NOZIONI GENERALI

Gli elementi accidentali.

Una tradizionale impostazione dell'analisi del contratto, distingue tra

**elementi essenziali** (la cui nozione è già stata data) ed **elementi accidentali** (non indispensabili ai fini della validità del negozio giuridico). All'interno di un contratto possono essere previsti degli elementi non essenziali, ma che hanno comunque la funzione di rispondere a specifiche esigenze della vita di scambio, i più diffusi sono disciplinati dagli artt. 633 ss. e 1353 ss. del Codice Civile e sono:

a) **la condizione**, che può essere definita come un avvenimento futuro e incerto dal quale dipende il prodursi degli effetti del contratto o di un suo singolo patto, ovvero l'eliminazione degli effetti già prodotti; b) **il termine**, che può essere definito come l'evento futuro e certo dal quale si producono gli effetti del contratto;

c) **il modo o onere**, che è una clausola accessoria che si appone solo agli atti di liberalità (istituzione di erede, legato, donazione) allo scopo di limitare gli effetti.

Rientrano inoltre fra gli elementi accidentali del contratto tutte quelle clausole che le parti decidono di apporvi allo scopo di precisarne o modificarne il contenuto. Oltre a quelle già citate il Codice Civile disciplina la clausola penale (artt. 1382-1384) e la caparra (artt. 1385 e 1386).

### A) LA CONDIZIONE

Definizione, illiceità e impossibilità della condizione, pendenza della condizione, avveramento della condizione.

La locuzione condizione viene utilizzata per indicare tanto la clausola apposta all'atto sottoposto a condizione, quanto l'evento futuro ed incerto previsto nella clausola condizionale stessa.

In quest'ultima accezione, la condizione viene appunto definita come la previsione espressa nell'atto di un avvenimento futuro ed incerto dal quale dipende la produzione degli effetti (nell'ipotesi in cui essa sia sospensiva dell'efficacia), ovvero l'eliminazione dell'efficacia dell'atto o di una singola clausola del medesimo (quando risulta essere risolutiva degli effetti). L'art. 1353 cod. civ. prevede, a questo proposito, che "le parti possono subordinare l'efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto a un avvenimento futuro e incerto".

Essenziale rispetto alla nozione di condizione è pertanto la considerazione dell'incertezza dell'evento previsto, considerata congiuntamente alla futurità del medesimo.

Vi sono infatti eventi futuri ma non incerti, ovvero eventi futuri la cui portata può risultare sconosciuta solo dalle parti (qualificabili pertanto come incerti soltanto soggettivamente) ed anche eventi non futuri (perché attuali o addirittura già trascorsi) la cui portata non è conosciuta dalle parti, le quali siano dunque incerte al riguardo solo dal punto di vista soggettivo. Il dato fondamentale ai fini della comprensione della nozione di condizione è invece l'incertezza

oggettiva.

Quando questo faccia difetto non si può parlare di condizione, bensì di presupposto.

La dottrina parla di presupposti legali o volontari di efficacia per designare gli elementi sopra descritti che non possiedono tale caratteristica. Si distingue inoltre dalla condicio facti la condicio juris, termine che vuole essere contrapposto al primo in relazione al fatto di essere posta da una norma giuridica e non dalla volontà delle parti.

La definizione sopra enunciata di condizione rende evidente che essa può essere di due specie:

sospensiva, se da essa dipende l'efficacia, risolutiva, se da essa dipende l'eliminazione degli effetti del negozio o di una singola clausola. Esempio della prima (condizione sospensiva): mi impegno, a comprare il fondo Tuscolano al prezzo pattuito se il Comune rilascerà la concessione ad aedificandum che è stata richiesta.

Se invece compro il fondo subito, ma sotto la condizione che, ove entro un anno non venga rilasciata la concessione ad edificare, il contratto cesserà di avere i suoi effetti, la condizione è risolutiva.

Dipende dall'interpretazione della volontà delle parti stabilire se nel caso concreto si tratta di condizione sospensiva o risolutiva.

La condizione può anche essere pattuita nell'interesse esclusivo di uno dei contraenti: si parla in questo senso di condizione unilaterale (Cass. Civ., 3185/91).

## **B) IL TERMINE**

### **Natura ed effetti del termine.**

Il termine consiste in un avvenimento futuro e certo, dal quale (termine iniziale) o fino al quale (termine finale) debbono prodursi gli effetti del negozio.

Il termine differisce dalla condizione per il carattere di certezza del verificarsi dell'avvenimento: questo è anch'esso futuro (es. morte di una persona) ma non v'è dubbio circa il suo avverarsi.

Il termine di efficacia (da non confondere, come si dirà con il termine di adempimento), non dispone invece di una disciplina articolata e specifica come nel caso della condizione.

Ad esso si riferiscono norme particolari (art. 637 cod. civ. per le disposizioni testamentarie, artt. 2557 e 2596 cod. civ. per il patto di non concorrenza, art. 108 cod. civ. per il matrimonio, art. 475 cod. civ. per l'accettazione dell'eredità, art. 520 cod. civ. per la rinuncia all'eredità, art. 637 cod. civ. per l'istituzione d'eredità).

Occorre occuparsi specificamente della distinzione tra termine di efficacia, elemento accidentale che segna il tempo della produzione o della eliminazione degli effetti del negozio, dal termine di adempimento o di scadenza, che riguarda il momento in cui l'obbligazione deve essere eseguita. Se ti concedo in locazione un appartamento dal giorno 1° gennaio 1996 (termine iniziale), il termine delimita il periodo a far tempo dal quale il rapporto deve produrre i suoi effetti (termine iniziale di efficacia).

Se invece pattuisco che una certa obbligazione di consegnare una cosa determinata deve essere adempiuta il giorno 31 dicembre 2001, si ha un'ipotesi di termine di adempimento (o di scadenza).

Il termine di efficacia è un elemento accidentale, cioè può esserci e non esserci, può essere o no determinato.

Il termine di adempimento è invece essenziale rispetto ad un'obbligazione: può essere o meno determinato, ma intrinsecamente esiste sempre. Possiamo forse immaginare una prestazione che non debba mai essere portata ad esecuzione? La pattuizione che la recasse sarebbe inutile e priva di causa.

## **C) IL MODO**

Natura, modo impossibile o illecito, adempimento del modo. Il modo, o onere modale, consiste in una clausola diretta a restringere o limitare il contenuto di



un'attribuzione effettuata a titolo gratuito, imponendo a colui che ne sia gravato una condotta consistente in un dare, in un fare o in un non fare a favore del disponente, di terzi o dello stesso beneficiario.

Esso costituisce, per il beneficiario dell'attribuzione gratuita, talvolta una limitazione al potere di disposizione attinente a quanto oggetto della liberalità, altre volte un autonomo obbligo, che si traduce comunque in una riduzione del contenuto economico dell'attribuzione patrimoniale (che può giungere fino all'esaurimento della portata positiva di essa).

E' per tale motivo che il modo viene anche appellato onere, cioè peso, facendo attenzione a non fare confusione con l'onere inteso come posizione giuridica soggettiva passiva (significativo della condotta cui occorre conformarsi al fine di potersi giovare di una situazione favorevole). Fin dai tempi del diritto romano, il *modus* costituiva uno strumento idoneo a consentire al disponente il perseguimento di finalità altrimenti non raggiungibili: si pensi all'onere imposto all'erede di corrispondere somme per uno scopo determinato. Questo permetteva di ottenere un risultato analogo all'istituzione di una fondazione, in difetto di previsione di un atto idoneo a costituire nella riferita circostanza.

Mentre il previgente codice civile non conteneva un'apposita disciplina del modo, venutosi a confondere spesso con la condizione, nel codice civile del 1942 sono state dettate norme che riguardano il modo sia in tema di disposizioni testamentarie (artt. 647 e 648 cod.civ.), sia in relazione alla donazione (artt. 793 e 794 cod.civ.).

Le espressioni che vengono a configurare in concreto l'onere possono essere varie (es.: ti dono mille, "però", "purché", "con l'onere di"... ecc.). Numerosi sono gli esempi in materia testamentaria: nomino legatario A, assegnandogli 100 milioni, imponendogli contestualmente l'onere di curare la costruzione di una cappella votiva oppure di partecipare all'edificazione di un asilo): talvolta si pone il problema, di natura interpretativa, di distinguere se il disponente abbia voluto esprimere un modo, una condizione ovvero un legato. S'è detto, a proposito della definizione di modo, che esso limita una attribuzione effettuata a titolo gratuito. L'opinione espressa un tempo dagli interpreti, secondo la quale l'onere riguarderebbe i soli atti di liberalità, deve essere sottoposta a critica. Anche negozi che non cagionano in senso tecnico un depauperamento del disponente, quali il mandato gratuito, il deposito gratuito, il comodato, tollerano l'apposizione dell'onere.

Occorre a questo punto interrogarsi circa la portata della limitazione dell'attribuzione patrimoniale insita nel modo. Si è infatti osservato da un lato che l'onere non costituisce un corrispettivo di essa, dall'altro che il modo non va neppure messo sullo stesso piano di una semplice raccomandazione o espressione di un desiderio del disponente.

Sotto il primo profilo, il modo non entra nel congegno causale dell'atto al quale è apposto. Questa asserzione sembra banale a proposito del testamento e della donazione: sarebbe fuori luogo ipotizzare una qualsiasi corrispettività sia di disposizioni di ultima volontà, sia di un atto di liberalità *inter vivos*.

Meno scontata è questa conclusione per gli ulteriori atti a titolo gratuito, ai quali il modo risulta applicabile.

Si pensi al comodato: è ancora qualificabile come comodato l'accordo tra due parti in forza del quale una si obblighi a pagare tutte le imposte connesse al bene, in pessime condizioni di uso, nonché tutte le spese di manutenzione ordinaria e straordinaria, essendo concesso dall'altra parte l'utilizzo gratuito del bene? Si rifletta sul fatto che, in buona sostanza, gli esborsi necessari per porre il bene in condizioni di ordinario utilizzo potrebbero di gran lunga superare l'ipotetica misura dei canoni di una normale locazione. Diverrebbe a questo punto logico far ricorso ad un criterio di riferimento ancorato ad un equilibrio di carattere economico tra le parti, ciò che tuttavia è del tutto esorbitante rispetto allo schema meramente restitutorio del comodato, schema che non contempla una corrispettività di prestazioni. D'altro lato, all'inverso, la semplice raccomandazione non può che costituire un dovere di natura morale, non generando, nell'ipotesi di inadempimento, alcuna conseguenza giuridicamente sfavorevole nei confronti dell'inadempiente. L'inadempimento del modo può invece condurre, come si verificherà, addirittura alla risoluzione della disposizione.

## LA MANCANZA DI VOLONTA' E LA SIMULAZIONE

**Il problema in generale** . Dichiarazioni a scopo rappresentativo o didattico; scherzo; riserva mentale; violenza fisica. E' un classico problema della teoria del negozio giuridico quello della disciplina dei casi in cui ad una dichiarazione esteriorizzata non corrisponda ad un effettiva volontà del dichiarante orientata alla produzione degli effetti giuridici corrispondenti al contenuto della dichiarazione (es. di assumere un obbligo).

In via generale, il criterio solutorio dei problemi posti da tali fattispecie è quello della protezione dell'affidamento dei destinatari della dichiarazione, o comunque di quanti abbiano fatto conto su di essa per regolare il proprio comportamento.

Che non possano avere valore le dichiarazioni di apparente contenuto giuridico fatte durante la rappresentazione a teatro o in opere cinematografiche o fatte da un professore ai propri alunni è chiaro.

Non è difficile nemmeno rendersi conto della soluzione che si adotta in relazione al rapporto tra la dichiarazione e lo scherzo.

Si distinguono le dichiarazioni fatte 'nello scherzo' nelle quali il negozio è evidentemente nullo, e le dichiarazioni fatte 'per scherzo', nelle quali il negozio è valido, se la controparte non era in grado di avvedersi dello scherzo.

La riserva mentale consiste nel dichiarare intenzionalmente cosa diversa da ciò che si vuole effettivamente, senz'alcuna intesa con l'altra parte, e senza che, almeno di solito, questa sia in condizione di scoprire la divergenza. Siccome chi riceve la dichiarazione non è tenuto ad indagare sulle reali intenzioni del dichiarante, quest'ultimo rimane vincolato, essendo la sua riserva mentale irrilevante. La violenza fisica comporta nullità del controllo, per radicale difetto di una volontà del dichiarante.

### **La simulazione. Nozione.**

Si definisce «simulato» un atto che le parti concludono allo scopo di invocarne le risultanze documentali di fronte ai terzi. Ciò pur essendo le parti stesse tra loro d'accordo che gli effetti che l'atto è idoneo a produrre non si verifichino effettivamente, oppure che si producano effetti diversi, propri di un differente atto (c.d. negozio dissimulato).

In altri termini, la simulazione è diretta a creare, nell'accordo delle parti che la pongono in essere, non già una situazione non voluta, bensì una situazione giuridica volutamente orientata in modo da manifestare una determinata apparenza, congiunta ad una situazione giuridica occulta che viene considerata dalle parti del fenomeno simulatorio quale unica vincolante per le medesime. Questo vale sia per la simulazione assoluta sia per quella relativa. Con il primo termine si intende alludere al fatto che le parti, in realtà, nonostante la conclusione del contratto, non vogliono la produzione di alcun effetto giuridico, intendono cioè che la situazione giuridica permanga immutata.

Con il secondo termine si intende alludere al fatto che le parti, pur non volendo la produzione degli effetti propri del contratto simulato, intendono come vincolante altro negozio, (il negozio dissimulato) destinato a rimanere occulto ai terzi.

Quale esempio di simulazione assoluta si prenda il caso di Tizio il quale, al fine di nascondere ai creditori i propri beni,

aliena simulatamente a Caio la proprietà di un immobile, con l'intesa che la vendita, esteriormente perfezionata e efficace, debba invece essere considerata tra le parti come inoperante.

Quale esempio di simulazione relativa si pensi al caso di Mevio che, volendo donare un bene a Sempronio, desidera comunque evitare che venga manifestato il carattere liberale dell'atto. Egli dunque stipula simulatamente un atto di vendita pur corrispondendo in realtà l'intento delle parti e la sostanza della pattuizione ad una donazione, la quale viene pertanto ad essere dissimulata, vale a dire nascosta.

L'atto destinato a palesarsi esteriormente si chiama atto simulato e non può mai difettare nel fenomeno simulatorio sia di tipo assoluto sia di tipo relativo. L'atto i cui effetti sono realmente voluti dalle parti nella simulazione relativa e destinato invece a permanere occulto viene invece denominato atto dissimulato.

Dall'atto simulato e da quello dissimulato si distingue l'accordo simulatorio che, come lo stesso termine manifesta, corrisponde al patto che lega le parti nella simulazione e che ha quale contenuto nella simulazione assoluta l'intesa di non ritenere assolutamente efficace e vincolante inter partes il negozio posto in essere e idoneo a palesarsi come efficace esteriormente, nella simulazione relativa la parallela intesa di ritenere invece vincolante ed efficace tra le parti un diverso atto divergente per un qualche elemento rispetto a quello esteriormente manifestato.

Questa divergenza può risultare attinente a svariati elementi: il prezzo della vendita, realmente superiore ovvero inferiore a quanto indicato nell'atto palese, le parti dell'atto, dovendo ad esempio ritenersi Tizio l'acquirente del bene e non Caio come invece riportato nella vendita, la causa stessa dell'atto, manifestato come vendita e voluto in realtà dalle parti della simulazione come donazione.

La presenza dell'accordo simulatorio vale a differenziare la simulazione dalla riserva mentale bilaterale: in quest'ultima entrambe le parti pur ponendo in essere un determinato atto, non ne vogliono realmente gli effetti. Tale intento tuttavia rimane meramente interiore rispetto a ciascun contraente, non formando oggetto di un'intesa delle parti.

E' ovvio che l'accordo simulatorio, come sopra descritto, volto cioè a porre nel nulla gli effetti che l'atto simulato è idoneo a produrre (simulazione assoluta) ovvero a chiarire la reale diversa portata (simulazione relativa) deve necessariamente, al fine di svolgere la propria funzione, rimanere riservato.

A questo proposito occorre distinguere tra la nozione di accordo simulatorio, elemento indefettibile della simulazione e la nozione di controdichiarazione. Che cosa è la controdichiarazione?

Con questa locuzione si intende alludere alla precostituzione documentale di una prova dell'accordo simulatorio che le parti predispongono per motivi di cautela. Se Tizio aliena simulatamente a Caio un bene immobile con l'intesa che gli effetti della vendita si producano in realtà a favore di Sempronio, è evidente che l'accordo simulatorio coinvolge tanto Tizio e Caio quanto Sempronio.

Come evitare che Caio, a fronte della richiesta di Sempronio di esercitare i diritti al medesimo realmente spettanti sui beni acquistati, possa opporre un rifiuto, certo di evitare qualsiasi reazione giuridica da parte di costui? La controdichiarazione rappresenta a tal proposito lo strumento per il cui tramite documentare ai fini della prova il contenuto dell'accordo simulatorio. Contemporaneamente alla stipulazione della vendita Tizio, Caio e Sempronio formeranno un documento idoneo a dar conto della reale intenzione dei contraenti volta ad attribuire a Sempronio il bene, dovendo invece ritenersi Caio soggetto fittiziamente interposto.

Per qual motivo porre in essere una fattispecie simulata?

La simulazione può essere posta in essere per le più varie ragioni, talvolta lecite, spesso illecite. La frode può configurarsi come generale (frode alla legge) ed allora la fattispecie dissimulata non può sottrarsi ad una valutazione negativa in termini di nullità; più frequentemente si tratta di frode al fisco. Allora il negozio non si pone come illecito, producendosi ulteriori conseguenze di carattere sanzionatorio.

Lo scopo per cui le parti ricorrono alla simulazione suole essere definito causa simulandi.

Non v'è nulla d'illecito, ad es., nel fatto che alcuno finga di alienare certi beni che vuol conservare (simulazione assoluta), per sottrarsi a richieste cui non volesse accedere; o finga di donare mentre aliena onerosamente (simulazione relativa) o, non volendo far conoscere i suoi rapporti con una persona, dichiara di donare ad un'altra (simulazione soggettiva o interposizione di persona), intendendo in realtà beneficiare la prima, ove questa però giuridicamente possa ricevere.

E' al contrario contrassegnato da una finalità illecita la simulazione per il cui tramite si pervenisse ad elusione di norme (donazioni a incapaci), sottrazione dei propri beni all'azione dei creditori, evasioni fiscali, ecc.

### **Effetti della simulazione tra le parti.**

In relazione agli effetti inter partes della simulazione occorre distinguere tra simulazione assoluta e relativa.

Ai sensi dell'art. 1414 cod.civ., il negozio simulato è assolutamente improduttivo di effetti.

Se Tizio aliena simulatamente un bene a Caio, costui non acquista realmente il bene: qualora quest'ultimo intenda comportarsi come proprietario, il primo potrà sempre dedurre la natura soltanto fittizia del trasferimento.

Ponendo che il titolare apparente del diritto simulatamente alienato pretenda di esercitare i diritti connessi, l'altra parte dell'accordo simulatorio può pertanto agire in giudizio per far dichiarare la simulazione e, conseguentemente, far accertare l'improduttività di effetti del contratto simulato intercorso.

Sotto questo aspetto, l'inefficacia assoluta originaria pare accomunare le sorti del contratto nullo e di quello simulato.

Per quanto riguarda la simulazione relativa, prescindendo dalla totale inefficacia del negozio palese simulato (o meglio: dei soli elementi investiti dall'accordo simulatorio, ai quali si sostituiscono quelli effettivamente voluti: Cass. Civ. Sez. III, 10009/03 ), tra le parti avrà vigenza ed effetto l'assetto di interessi contenuto nel contratto dissimulato, celato. Esso è infatti il negozio realmente voluto ed al quale le parti intendevano vincolarsi. Tutto ciò qualora si verifichi la condizione prevista dal II comma dell'art. 1414 cod.civ., ossia che "sussistano i requisiti di sostanza e di forma".

Sotto il profilo processuale è possibile osservare che la domanda di simulazione relativa proposta in appello per la prima volta, essendo stata dedotta in primo grado unicamente la domanda di accertamento della simulazione assoluta, costituisce domanda nuova, improponibile in secondo grado a norma dell'art. 345 cod.proc.civ. (Cass. Civ., 5003/93).

### **Effetti della simulazione nei confronti dei creditori.**

Nell'ambito del fenomeno simulatorio i rapporti tra creditori (per tali dovendosi intendere quelli chirografari, ovvero, al più, coloro che abbiano intrapreso azioni esecutive, con l'esclusione di chi vanti garanzie reali, da qualificarsi più correttamente come avente causa da colui che le abbia rilasciate) sono regolati dall'art. 1416 cod.civ.

Il I° comma della norma citata dispone che coloro i quali in buona fede abbiano compiuto atti di esecuzione sui beni del titolare apparente vantano una speciale protezione, essendo assimilati agli aventi causa dal simulato acquirente. L'equiparazione è evidente anche nell'elemento della buona fede che deve assisterli.

Ribadendo che i creditori muniti di garanzia reale sono tutelati direttamente dall'art. 1415 cod.civ. quali aventi causa dall'apparente titolare, verifichiamo il grado di tutela accordata ai creditori chirografari.

Relativamente alle parti della simulazione:

- i creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione che li pregiudica ai sensi dell'art. 1416 cod.civ.. Essi hanno dunque la possibilità di contestare l'atto siccome simulato, allo scopo di assoggettare ad esecuzione i beni che solo apparentemente sono usciti dal patrimonio del proprio debitore; - i creditori del simulato acquirente nulla possono se non compiere atti di esecuzione, eseguiti i quali vengono ad esser tutelati nella misura già riferita (assimilazione agli aventi causa dal simulato acquirente). Qualora il simulato alienante agisca al fine di far dichiarare la natura simulata dell'atto, i creditori del simulato acquirente ne saranno pertanto pregiudicati nella misura in cui non abbiano compiuto anteriormente atti di esecuzione. Anche nell'ambito dei rapporti tra i creditori delle parti si riscontra una situazione simile a quella che concerne in genere i terzi. Perciò i creditori dell'apparente alienante hanno interesse a far valere la simulazione, in quanto vengono ad esserne pregiudicati. Essi infatti non possono, fino al momento in cui non abbiano dimostrato la natura simulata dell'atto di disposizione, agire sui beni che sono solo apparentemente usciti dal patrimonio del loro debitore. I creditori dell'acquirente simulato hanno evidentemente un interesse di segno opposto. Essi hanno tutto da guadagnare dalla possibilità di espropriare i beni che sono fittiziamente entrati nel patrimonio del loro debitore. E' tuttavia chiaro che, potendo tanto i creditori del simulato alienante quanto quest'ultimo far prevalere la realtà sull'apparenza, le loro aspettative

generiche devono cedere il passo ai primi, a meno che le loro aspettative non si siano concretate con atti di esecuzione.

In base alle cose dette è possibile riferire che:

Relativamente ai rapporti tra essi creditori:

l'ultimo comma dell'art. 1416 cod.civ. sancisce la prevalenza dei creditori del simulato alienante sui creditori del simulato acquirente qualora il credito di essi sia anteriore all'atto simulato.

Il principio si giustifica in base all'osservazione che i creditori del simulato alienante hanno concesso credito a quest'ultimo sulla base della situazione a

loro conosciuta in tale momento. Appare dunque giustificabile che le loro ragioni vengano anteposte a quelle dei creditori del simulato acquirente, indipendentemente dal fatto che questi ultimi abbiano concesso credito prima o dopo l'atto simulato. In ogni caso, quand'anche i creditori del simulato acquirente avessero fatto conto dell'esistenza nel patrimonio del proprio debitore dei beni simulatamente acquistati, a fronte della medesima situazione riferita ai creditori del simulato alienante, pare equo che questi ultimi possano far prevalere la realtà sull'apparenza. Non si vede motivo per cui ciò non dovrebbe accadere, a parità di affidamento.

Al contrario, quando il credito fosse stato concesso al simulato alienante dopo l'atto di disposizione, il di lui creditore non si sarebbe basato su un'apparente consistenza patrimoniale. Giova rilevare che, nell'eventualità in cui il creditore del simulato alienante abbia concesso il proprio credito successivamente all'atto di disposizione, possono darsi due distinte evenienze, se valutate dal punto di vista del creditore del simulato acquirente.

Può darsi infatti che costui abbia concesso credito successivamente all'acquisto simulato effettuato dal proprio debitore oppure può essere che questa situazione si sia comunque verificata prima dell'acquisizione simulata. Nel primo caso il creditore potrebbe aver riposto affidamento nell'apparente capienza patrimoniale del debitore, non altrettanto nella seconda ipotesi. La legge non distingue queste distinte ipotesi, assumendo in considerazione esclusivamente il punto di vista del creditore del simulato acquirente. Sia nell'uno, sia nell'altro caso si dovrebbe fare pertanto applicazione delle norme di carattere generale:

liberi i terzi di far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti, libero ogni creditore di agire esecutivamente e, in tal modo di potersi comunque giovare del 1° comma dell'art. 1416 cod.civ..

### **La prova della simulazione.**

La prova della simulazione trova la sua disciplina normativa nell'art. 1417 cc che distingue, al riguardo, la posizione delle parti del contratto simulato da quella dei terzi aventi causa, o creditori o in ogni caso interessati all'accertamento della simulazione. Mentre, tendenzialmente, la prova della simulazione a carico delle parti è vincolata nel senso che postula la produzione dell'atto scritto dal quale risulti l'intento simulatorio (la cd. controdi chiarazione), la prova della simulazione potrà essere fornita dai terzi estranei al congegno simulatorio con ogni mezzo ed in particolare con lo strumento della prova per testi e con quello delle presunzioni. L'esclusione della prova per testi della simulazione per le parti, con riferimento ai contratti che richiedono la forma scritta ad substantiam o ad probationem, è, peraltro, desumibile dall'art. 2722 c.c. che esclude la prova per testi di patti anteriori o contemporanei con contenuto contrario ad un documento scritto.

Il differente carico dell'onere della prova della simulazione è logicamente connesso alla differente posizione sostanziale delle parti del contratto simulato che dovrebbero poter disporre di documenti idonei a superare la presunzione d'efficacia del contratto apparente rispetto a quella dei terzi che non hanno modo di accedere a documenti comprovanti il congegno simulatorio e debbono, a tal fine, poter esperire tutti gli strumenti di prova ordinariamente previsti dal codice ed in particolare quello della prova per testi ed il meccanismo delle presunzioni.

Si spiega, per tale via, anche l'eccezione codicistica prevista a favore delle parti ove l'azione sia diretta a provare l'illiceità del contratto dissimulato in quanto, in tale ipotesi, prevale l'interesse ordinamentale a rimuovere l'atto illecito dissimulato dal mondo giuridico; tale eccezione trova un suo addentellato normativo nel n. 3 dell'art. 2724 cc, a mente del quale si ritiene ammissibile la prova della simulazione con ogni strumento anche quando il contraente abbia senza colpa perduto il

documento comprovante la stessa. Talune problematiche in ordine ai limiti di prova della simulazione a carico delle parti del contratto simulato si sono poste in ambito successorio laddove, come noto, l'erede succede alla persona del de cuius a seguito dell'accettazione dell'eredità nel complesso delle situazioni soggettive facenti capo al primo con effetti dall'apertura della successione. Conseguentemente, poi, agli effetti normali della successione che, con riferimento ad un ordinario contratto simulato, l'erede dovrebbe, a rigore, subire le medesime preclusioni probatorie del de cuius, trovandosi nella medesima posizione sostanziale di quest'ultimo.

A diversa conclusione, tuttavia, è giunta la Suprema Corte di Cassazione, con riferimento all'esperimento dell'azione di riduzione con riferimento a donazioni dissimulate poste in essere in vita dal de cuius in quanto ha opinato che le limitazioni della prova della simulazione a carico dell'erede leso nella sua quota di riserva, in tale ipotesi, non si giustificano in quanto l'erede non agisce a tutela di un diritto facente capo al de cuius ma a tutela di una posizione sostanziale, cioè il diritto alla quota di riserva, riconosciutagli direttamente dalla legge.

Con riferimento alla sostituzione nell'attività negoziale, deve sottolinearsi come il rappresentato non incontri i limiti alla prova della simulazione di cui all'art. 1417 cc perché è ritenuto dalla giurisprudenza terzo rispetto al contratto stipulato dal rappresentante.

I limiti alla prova della simulazione, poi, non operano nell'ambito giuslavoristico in quanto superati dal disposto di cui all'art. 421 cpc. Sempre sotto il profilo strettamente processualistico, deve rilevarsi come la Corte Suprema abbia chiarito la necessità che i limiti alla prova della simulazione siano specificamente eccepiti dalla parte interessata non essendo essi rilevabili ex officio.

### **Negozi indiretti e negozi fiduciari. Il trust.**

Il negozio simulato va tenuto distinto da altre situazioni negoziali apparentemente affini.

La simulazione (specie con l'interposizione fittizia) non va confusa con la figura dell'intestazione di un bene a nome d'altri, figura che ricorre tutte le volte in cui un bene viene intestato (non simultaneamente) a favore di un soggetto, e i mezzi per il suo acquisto siano stati forniti da un soggetto diverso (es. donazione indiretta). Si ha un negozio indiretto quando un determinato effetto giuridico non viene realizzato direttamente, ma ponendo in essere atti diretti ad altri effetti, ma che con la loro combinazione realizzano egualmente il risultato perseguito

(es. per estinguere un debito conferisco al creditore la possibilità di riscuotere un canone di locazione fino a copertura del debito).

La categoria più importante di negozi indiretti è costituita dai c.d. negozi fiduciari cioè quando un soggetto detto fiduciante, trasferisce (senza corrispettivo), o fa trasferire da un terzo (pagando lui il correlativo prezzo), ad un fiduciario la titolarità di un bene (mobile), ma con il patto che l'intestatario utilizzerà il bene esclusivamente in conformità alle istruzioni che il fiduciante gli ha impartito o si riserva di impartirgli successivamente.

Nel negozio fiduciario le parti vogliono che il fiduciario acquisti la titolarità del bene (al contrario della simulazione) ma vogliono che al contempo egli non utilizzi questa titolarità nel proprio interesse ma nell'interesse del fiduciante (es. si trasferisce un pacchetto azionario, con l'accordo che l'acquirente dovrà votare all'assemblea dei soci nel modo indicato dall'alienante). Il negozio fiduciario non è regolato dal c.c. ed è valido se non intende perseguire scopi illeciti.

Il Trust è un tipico istituto dei Paesi di Common Law al quale non corrisponde nel nostro ordinamento una analoga figura. Un soggetto (denominato settlor) trasferisce un bene ad un altro soggetto (il c.d. trustee) affinché ne disponga conformemente ad istruzioni variamente determinate nell'interesse di un (eventualmente) ulteriore soggetto beneficiario (beneficiary).

Premettendo che la configurazione giuridica del trust può mutare in dipendenza della specie di esso e della normativa di riferimento, è possibile comunque riferire in genere che il trustee è titolare di una situazione giuridica peculiarmente complessa. Da un lato egli ha i poteri di amministrazione ed anche di disposizione dei beni, dall'altro egli è obbligato ad amministrare e disporre di essi conformemente alle istruzioni del settlor e nell'interesse del beneficiario.

I beni trasferiti al trust non vengono assegnati in forza dell'atto traslativo ad un ente dotato di una propria soggettività distinta rispetto a quella del trustee. Essi confluiscono in capo a costui, sia pure contrassegnati dalla specifica finalità e

destinazione del trust, ciò che impedisce ai creditori personali del trustee e di poterli aggredire.

## **INVALIDITA' ed INEFFICACIA DEL CONTRATTO**

### **A) IL PROBLEMA GENERALE**

Invalidità ed inefficacia.

L'ordinamento giuridico attribuisce valore ed efficacia giuridica alle dichiarazioni dei privati rientranti nei limiti e nei requisiti che l'ordinamento stesso stabilisce per l'attuazione dell'autonomia privata.

Il negozio giuridico è invalido quando è affetto da vizi che lo rendono inidoneo ad acquistare pieno ed inattaccabile valore giuridico.

L'invalidità può assumere due aspetti da tener ben distinti:

- la nullità
- l'annullabilità

E' controversa la categoria giuridica dell'inesistenza.

L'inesistenza implica una deficienza talmente grave da impedire perfino l'identificazione dell'atto compiuto come negozio di un certo tipo (es. si ritiene che un matrimonio tra persona dello stesso sesso, sia non già un matrimonio nullo, ma un fenomeno non riconoscibile come matrimonio, e dunque inesistente).

In materia contrattuale la categoria dell'inesistenza trova scarso spazio, attesa la rigorosa struttura della disciplina delle invalidità.

Possiamo dire che il contratto è inesistente quando non sia in alcun modo confrontabile con la fattispecie legale.

Una importante distinzione concettuale è quella tra validità (o invalidità) ed efficacia (o inefficacia). I negozi giuridici, sono atti di autonomia, mediante i quali i privati mirano a conseguire determinati risultati (es. acquistare la proprietà di un bene), che vengono realizzati se il negozio è efficace (contratto o altro tipo di atto di autonomia) a produrre gli effetti ai quali è preordinato.

Non necessariamente un negozio è efficace e anche valido, e viceversa. Validità ed efficacia non vanno, dunque, confuse tra loro.

Di regola un atto valido è pure efficace, ma può accadere che un atto sia valido e ciò nonostante inefficace (es. un testamento prima della morte del testatore), e viceversa un atto invalido può essere efficace (es. un contratto annullabile, benché sia impugnabile produce i suoi effetti fino al momento in cui venga annullato da una sentenza).

L'atto nullo è invece originariamente e insanabilmente invalido ed inefficace. L'inefficacia può essere originaria (rispetto

alle parti è sempre transitoria, e può derivare dall'apposizione di una condizione sospensiva o di un termine). L'inefficacia successiva può dipendere (oltre che da altre cause quali il verificarsi della condizione risolutiva) dall'impugnativa di una delle parti o dei terzi (es. rescissione, risoluzione, revoca degli atti in frode del creditore). La cessazione degli effetti può anche derivare da appositi atti negoziali. Si distingue la revoca, negozio successivo che rimuove il negozio originario e mediatamente determina l'eliminazione della situazione effettuale derivante da quel negozio (es. revoca della donazione), dal recesso, negozio del pari successivo, che invece è diretto a sciogliere immediatamente il rapporto determinato dal contratto.

## **B) LA NULLITÀ**

### **La categoria della nullità .**

La nullità costituisce la più grave specie della categoria invalidità. Essa comporta una sanzione legale che consiste nell'assoluta ed immediata inidoneità dell'atto a sortire effetti per chiunque.

L'atto nullo è contrassegnato da una così notevole difformità rispetto al paradigma legale o alle regole che valgono a disciplinarlo da importare, a

tutela di interessi che trascendono quelli delle parti, l'inettitudine a sortire qualsiasi effetto diretto.

Giova osservare che tale situazione giuridica non esclude la possibilità che l'atto nullo risulti produttivo di ulteriori diversi effetti, qualificabili come indiretti. Si pensi alla conversione del contratto nullo ex art. 1424 cod.civ., alla conferma della disposizione testamentaria o della donazione nulla ai sensi degli artt. 590, 799 cod.civ., alla c.d. pubblicità sanante di cui al n.6 dell'art. 2652 cod.civ.

L'affermazione della nullità di un atto presuppone l'individuazione della causa che vi abbia dato origine.

In materia di contratto in genere, norma cardine in questo senso può essere reputato l'art. 1418 cod.civ. , che fa menzione, per l'appunto, di "cause di nullità del contratto".

### **Le cause di nullità del contratto.**

L'art.1418 cod. civ. enumera le "Cause di nullità del contratto", ossia i vizi ritenuti così gravi da determinare una condanna perentoria e tendenzialmente irrimediabile di inidoneità dell'atto a produrre gli effetti cui tende.

Le cause di nullità contemplate nell'art. 1418 cod. civ., possono raggrupparsi in tre grandi categorie, ciascuna descritta dai tre commi in cui si articola la disposizione codicistica:

1. Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

a) un atto è nullo quando è contrario alle norme imperative, quando anche la nullità dell'atto non sia espressamente prevista da una specifica norma. Si parla in questo caso di nullità 'virtuale' contrapposta a quella 'testuale', proprio perché la legge non descrive un tipo negoziale disapprovato: il giudizio di nullità dello specifico contratto sottoposto a valutazione dipende dalla compatibilità del medesimo con una norma 'imperativa' che fissa un limite all'autonomia dei privati

2. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346.

b) mancanza o vizio di uno degli elementi essenziali del negozio, che producono nullità del contratto (vedi art.1352, 1345, 1346 c.c.). Queste nullità vengono dette 'strutturali' perché affettano intrinsecamente l'atto di autonomia, che risulta viziato in uno dei suoi elementi costitutivi, e quindi inadatto a dispiegare i propri effetti.

3. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge. c) specifica comminatoria di nullità di un determinato



tipo di contratto o di patto contenuta in una norma di legge. Si tratta dei casi di c.d. nullità 'testuale' perché la qualificazione in termini di nullità è espressamente sancita dalla legge.

Una categoria che si va diffondendo nella legislazione speciale è quella delle nullità di 'protezione', in cui un contratto non è qualificato nullo per ragioni di interesse generale o per contrarietà all'ordine pubblico economico, ma a fini di tutela di una delle parti: è frequente l'impiego di tale strumento nell'ambito dei 'contratti del consumatore', in relazione alle 'clausole vessatorie' in danno del consumatore.

### **Nullità parziale e sostituzione di clausole.**

Il vizio che determina la nullità può investire l'intero negozio (nullità totale) o soltanto una o più clausole dell'atto (nullità parziale): in quest'ultimo caso il contratto è parimenti travolto dalla nullità 'se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità' (art.1419 c.c.), ossia se risulta che la parte invalida doveva considerarsi essenziale.

Questa valutazione relativa alla essenzialità o meno della parte viziata va condotta sulla base di un'obiettiva valutazione della volontà comune delle parti, non in relazione alle motivazioni individuali del singolo contraente.

Se invece il contratto, seppur amputato delle clausole nulle, può continuare a svolgere una funzione apprezzabile, e che avrebbe potuto esser perseguita dalle parti anche in assenza di quelle clausole, l'atto rimane valido per la parte non colpita dalla nullità.

Talora le leggi speciali dispongano espressamente in merito alla capacità espansiva o meno della nullità parziale (es. l'art.36 del 'Codice del consumo' stabilisce che le clausole vessatorie in danno del consumatore sono nulle, 'mentre il contratto rimane valido per il resto').

Tanto meno la nullità di singole clausole inficia il resto del negozio, quando è lo stesso legislatore ad avere previsto la c.d. sostituzione automatica delle clausole invalide con clausole 'imposte' dalla legge (art.1339 c.c.): così, ad es., i prezzi o le tariffe stabilite da norme imperative si sostituiscono automaticamente a quelli previsti pattizamente, se contrastanti, senza pregiudicare la validità dell'atto (art.1419, comma 2, c.c.).

### **L'azione di nullità .**

Qualora si intenda dirimere una controversia circa la validità o meno di un atto, o qualora si voglia chiedere la restituzione di una prestazione effettuata in esecuzione di un atto nullo o rifiutare l'esecuzione di una prestazione, assumendo che sia nullo il negozio che la prevede, in tutti questi casi è necessario rivolgersi al giudice per far accertare e dichiarare la nullità del negozio in questione.

L'azione di nullità presenta alcune caratteristiche significative: a) è imprescrittibile (l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione); mentre nel negozio annullabile la prescrizione è sempre possibile;

b) il negozio nullo è insanabile cioè non può essere convalidato, né confermato (ovvero le parti non ne possono confermare o consolidare gli effetti rinunciando a far valere il vizio che infetta il negozio e se esplicassero di voler effettuare questa rinuncia essa è invalida)

La convalida non va, confusa con la "conversione" del negozio nullo, né con una "rinnovazione" dell'atto, effettuata evitando di ricorrere nuovamente nella stessa causa di nullità;

c) l'azione di nullità è di mero accertamento, in quanto la sentenza che accoglie la domanda non modifica la situazione giuridica preesistente, limitandosi ad accertare, in modo non più controvertibile, che il negozio è nullo (il negozio era nullo prima e tale rimane);

d) la legittimazione attiva a far valere la nullità di un negozio è riconosciuta a chiunque vi abbia interesse (la c.d. assolutezza dell'azione di nullità) (es. sia i contraenti sia il fideiussore);

e) la nullità di un atto può essere rilevata d'ufficio dal giudice al contrario di quanto accade per l'annullabilità, ossia se un negozio viene invocato da una parte in giudizio se ne può dichiarare la nullità anche in assenza di domanda in tal senso dall'altra parte. La regola si spiega relativamente alla gravità delle nullità questo perché se ad es. paradossalmente potrebbe avvenire che un giudice si trovi a pronunciare una sentenza che faccia produrre effetti ad un negozio giuridico (es. una vendita gravata da vizi) se la vendita era relativa ad un immobile abusivo e nessuna delle parti invochi la nullità della vendita se egli non potesse verificare d'ufficio la nullità si troverebbe a dover denunciare una sentenza attuativa di una garanzia nascente da un atto nullo.

### **La conversione del contratto nullo.**

Il negozio nullo non può, appunto stante la sua nullità, produrre gli effetti per i quali era stato posto in essere. La legge, però, ammette che, talvolta, possa attuarsi un fenomeno automatico di trasformazione/limitazione di quanto pattuito, denominato conversione.

Questo considerando che la conversione si realizza in casi davvero rari, anche perché le parti solitamente sono in lite tra loro (altrimenti sarebbe più facile una "rinnovazione" dell'atto).

L'art.1424 c.c. richiede a tal fine i seguenti presupposti:

- a) che sia stato stipulato un contratto nullo, inidoneo a produrre gli effetti 'tipici';
- b) che tuttavia il contratto, sebbene nullo, presenti tutti i requisiti, sia di sostanza che di forma, di un contratto diverso da quello posto concretamente in essere;
- c) che sia possibile che le parti, qualora al momento della conclusione del contratto nullo fossero state consapevoli della nullità, avrebbero allora accettato di concludere, in luogo del primo, quel diverso contratto che sarebbe stato idoneo a produrre i suoi effetti.

d) che il vizio del contratto non ne comporti addirittura l'illiceità. Vi è la conversione che esige un'indagine da parte del giudice sulla volontà

delle parti (es. una servitù stipulata verbalmente: la parte ha un interesse che quell'accordo inidoneo a costituire un diritto reale possa effettuare una conversione e quindi che il proprietario del fondo assuma un valido impegno a tollerare l'esercizio della servitù) e la conversione formale che invece opera automaticamente (es. il documento formato, se sottoscritto dalle parti di modo che non possa qualificarsi come atto pubblico, costituisce scrittura privata).

Diversa dalla conversione è la rinnovazione del negozio nullo: in questo caso le parti pongono in essere un nuovo negozio, privo dei vizi che davano luogo alla nullità di quello precedente.

### **Conseguenze della nullità.**

Pur non producendo il negozio nullo alcun effetto, la nullità dell'atto non impedisce tuttavia che quanto in esso contenuto non possa essere eseguito in fatto: una cosa è l'invalidità e l'efficacia di un atto sotto il profilo giuridico, un'altra è la sua materiale esecuzione.

Sicuramente il contratto con il quale Tizio si obbliga ad uccidere Caio verso il corrispettivo di un compenso è nullo ed improduttivo di qualsivoglia effetto. Ciò non impedisce purtroppo che il piano possa essere portato a compimento.

Possibile è, inversamente, che un contratto nullo non venga portato ad esecuzione o perché le parti stesse sono consapevoli di tale condizione patologica ovvero perché, più semplicemente, ciascuna parte si disinteressa di effettuare o di richiedere le prestazioni di cui all'accordo negoziale. Il problema si pone quando sorgono contestazioni, pretendendo una parte che si dia esecuzione

all'accordo, ovvero si rifiuti di darla: in questo caso si palesa la necessità di adire il Giudice per far dichiarare l'invalidità dell'atto.

Da un lato tuttavia il legislatore apporta talvolta deroghe alla regola della assoluta inettitudine dell'atto a sortire effetti (in dipendenza di ipotesi eccezionali di sanatoria o di recupero delle condotte poste in essere in dipendenza dell'atto, sulla scorta della rilevanza fattuale del rapporto comunque instauratosi) altre volte l'eventuale rilevanza del negozio

nullo viene in esame, soprattutto in riferimento ai terzi, sia pure come mero fatto giuridico.

Sotto il primo profilo si considerino ad esempio, l'art. 2126 cod.civ., in materia di lavoro, il II comma dell'art. 2332 cod.civ., in tema di società per azioni (per tutto il periodo in cui un rapporto di lavoro abbia esecuzione, l'eventuale nullità del contratto non sortisce effetto; se una società di capitali è già stata iscritta nel registro delle imprese, l'eventuale nullità dell'atto costitutivo può essere dichiarata con effetti soltanto ex nunc e unicamente per le cause tassativamente elencate dalla norma citata).

Sotto il secondo profilo, talvolta la nullità di un atto non è opponibile a determinati terzi. Così, ad esempio, la sentenza che dichiara la nullità di un atto soggetto a trascrizione non è opponibile ai terzi di buona fede che abbiano acquistato diritti in base ad un atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale (art. 2652, n. 6 cod.civ.). Queste eventualità vengono trattate in sede di disamina degli effetti indiretti dell'atto nullo.

Prescindendo dagli aspetti riferiti, la nullità dell'atto comporta che colui che ha effettuato una prestazione la quale rinviene la propria giustificazione

nell'atto stesso, possa pretendere la restituzione secondo le norme che disciplinano l'indebito (art. 2033 cod.civ.).

propria giustificazione nell'atto stesso, possa pretendere la restituzione secondo le norme che disciplinano l'indebito (art. 2033 cod.civ.).

## C) L'ANNULLABILITÀ

### **Le cause e la disciplina dell'annullabilità.**

L'annullabilità vale a contraddistinguere una situazione di patologia giuridica dell'atto di gravità minore rispetto alla nullità.

Mentre quest'ultima è posta a presidio di regole dettate nell'interesse generale, la prima viene invece a tutelare interessi eminentemente individuali ed in genere disponibili.

Quanto detto è evidente con riferimento alle singole previsioni di annullabilità: si pensi ai vizi del consenso, al difetto o all'abuso di poteri rappresentativi, all'incapacità legale: v'è sempre un soggetto nel cui interesse è prevista la causa di annullabilità (art. 1441 cod.civ.).

Il tema dell'annullabilità è trattato, in via generale, con riferimento al contratto, nel capo XII, del titolo II del libro IV intitolato "Dell'annullabilità del contratto", la cui sezione prima è intitolata "Dell'incapacità", mentre la sezione seconda ha titolo "Dei vizi del consenso".

Dagli artt. 1425 e 1427 cod.civ. si apprende che l'annullabilità è cagionata: a) dall'incapacità legale di uno dei soggetti stipulanti;

b) dall'incapacità naturale nei casi di cui all'art. 428 cod.civ.; c) da un consenso prodotto per effetto di errore/violenza/dolo alle condizioni di rilevanza previste dal codice civile;

Esistono ulteriori fonti di annullabilità per così dire di carattere generale: gli artt. 1394, 1395 cod.civ. la prevedono come conseguenza di un contratto concluso dal rappresentante con se stesso ovvero in conflitto di interessi. Vi sono inoltre cause di annullabilità che potremmo definire "speciali", cioè dettate con riferimento a specifici contratti o a particolari atti. Il negozio annullabile produce tutti gli effetti a cui era diretto (c.d. efficacia precaria del negozio annullabile), ma questi effetti vengono meno se viene proposta ed accolta l'azione di annullamento.

L'annullabilità del negozio presenta i seguenti aspetti:

a) l'azione di annullamento è un'azione costitutiva, in quanto non si limita a far accertare la situazione preesistente, ma mira a modificarla: il negozio aveva prodotto i suoi effetti, la sentenza di annullamento li elimina; b) salvo diversa disposizione di legge, la legittimazione a chiedere l'annullamento dell'atto spetta solo alla parte nel cui interesse l'invalidità è prevista dalla legge (cioè si può intentare solo dalla persona che la legge intende proteggere);

c) l'annullabilità di un atto non può essere rilevata d'ufficio dal giudice: egli non ne può dichiarare l'annullabilità in mancanza della richiesta di una delle parti;

d) l'azione di annullamento al contrario di quella di nullità è soggetta a prescrizione: di regola il termine di prescrizione è

di 5 anni, la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui è cessata la causa che ha dato luogo al vizio (es. contratto emesso dal minore comincia a decorrere da quando egli diventa maggiorenne, dal giorno in cui si è scoperto l'errore in caso di negozio viziato negli altri casi la prescrizione comincia dal giorno in cui il negozio è stato concluso);

e) mentre l'azione di annullamento è soggetta a prescrizione, l'eccezione può essere sollevata in ogni tempo dalla parte che sia stata convenuta in giudizio per l'esecuzione del contratto (se così non fosse la parte non legittimata a far valere l'invalidità - es. colui che ha contrattato con un incapace - potrebbe

attendere la prescrizione senza mai far valere l'atto viziato e pretendere l'adempimento passati i cinque anni - es. acquisto un immobile da un minore nessuna delle due parti adempie dopo 5 anni invoca il contratto chiedendo l'adempimento in questo caso il minore si può difendere opponendo l'eccezione di annullamento);

f) l'annullabilità è sempre sanabile, o attraverso la prescrizione dell'azione di annullamento o attraverso la convalida del negozio;

### **Effetti dell'annullamento.**

Se la domanda di annullamento viene accolta dal giudice, l'annullamento ha effetto retroattivo: si considera come se il negozio non avesse prodotto alcun effetto giuridico - devono essere restituite le prestazioni eventualmente eseguite (art. 2033 cod. civ. - azione per la restituzione è l'azione di ripetizione dell'indebito).

Tuttavia, se il negozio è annullato per incapacità di uno dei contraenti, in virtù del principio generale stabilito dall'art. 2039 c.c., l'incapace è tenuto a restituire la prestazione ricevuta solo nei limiti in cui essa è stata rivolta a suo vantaggio (art. 1443 c.c.).

L'efficacia dell'annullamento nei confronti dei terzi è regolata dall'art. 1445 cod. civ.:

in linea generale i diritti acquistati dai terzi, dipendenti da un contratto annullato (es. subacquirenti), sono fatti salvi a condizione che si tratti di acquisti a titolo oneroso e sussista la buona fede dell'acquirente. La ratio è evidente, si tratta di tutelare chi, facendo affidamento sulla validità del contratto, ha sostenuto in buona fede un sacrificio economico. Se però l'annullamento dipende da incapacità legale di una delle parti, il principio dell'efficacia retroattiva viene applicato anche rispetto ai terzi (in ragione, da un lato, dell'esigenza di più accentuata tutela dell'incapace, e dall'altro della potenziale conoscibilità del vizio da parte del terzo). Se un minore o un interdetto, senza la debita rappresentanza, ha venduto un bene o l'acquirente lo rivende ad un terzo, l'annullamento del primo negozio travolge anche il secondo.

Occorre poi sempre tenere presente la rilevanza della trascrizione nelle vicende riguardanti diritti reali immobiliari. In generale la trascrizione della domanda di annullamento rende opponibile la relativa sentenza a tutti coloro che abbiano acquistato diritti in base ad atti trascritti successivamente (indipendentemente, è ovvio, dall'onerosità o meno dell'acquisto e dalla buona o mala fede dell'acquirente).

In secondo luogo la disciplina della trascrizione pone un'eccezione alla regola

dell'efficacia erga omnes dell'annullamento dipendente da incapacità legale: se la domanda viene trascritta dopo il decorso di cinque anni dalla trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza di annullamento non incide sui diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede (art. 2652 cod. civ.). Si deve poi ricordare che la parte che abbia con la propria condotta dato causa all'invalidità del contratto potrà essere responsabile verso l'altra ai sensi dell'art. 1338 cod. civ. .

### **La convalida.**

Il negozio annullabile è suscettibile di essere sanato per mezzo della convalida (art. 1444 cod. civ.).

La convalida è un atto avente natura negoziale e struttura unilaterale, con il quale la parte legittimata a proporre l'azione di annullamento, conscia del vizio che inficia l'atto, manifesta il proprio intento di tenerlo per valido, con ciò precludendosi ogni via di impugnativa giudiziale intesa a far valere la patologia invalidante.

Occorre non confondere la convalida con la ratifica (art. 1399 cod. civ.). Per mezzo di quest'ultima l'interessato si appropria dell'operato di un altro soggetto che ha compiuto un atto in nome altrui in assenza di poteri rappresentativi. In difetto di ratifica l'atto può considerarsi inefficace mentre in difetto di convalida esso è annullabile, ma interinalmente efficace. Requisiti ai fini dell'operatività della convalida:

a) La convalida deve provenire dal soggetto in grado di concludere validamente il contratto: se si tratta di un atto viziato

a causa del difetto di capacità naturale dell'agente al tempo della conclusione, quest'ultimo deve, ai fini della convalida, aver recuperato la piena capacità di intendere e di volere;

b) Il negozio di convalida non deve inoltre risultare inficiato dal medesimo vizio che affligge il negozio annullabile: se il contratto è annullabile a causa di violenza psichica, occorre che essa non sussista al tempo della convalida.

c) L'efficienza della convalida postula infine la conoscenza, del soggetto legittimato a porre in essere, del vizio che colpisce il negozio (art. 1444 cod.civ. ). Qualora l'atto sia colpito dal vizio invalidante dell'errore e il contraente che è incorso nell'errore dichiara di voler confermare il negozio, quando ancora non lo ha scoperto, questa dichiarazione non può avere il valore di una convalida.

La convalida è di due specie: può essere infatti espressa o tacita: il II° comma dell'art. 1444 cod.civ. prevede infatti la c.d. convalida tacita, disponendo che "Il contratto è pure convalidato se il contraente al quale spettava l'azione di annullamento vi ha dato volontariamente esecuzione conoscendo il motivo di annullabilità".

La convalida espressa deve contenere, stante quanto sopra precisato, la menzione del negozio annullabile, della causa di annullabilità nonché la dichiarazione di volontà preordinata alla sanatoria del negozio.

La convalida tacita si riscontra ogni qualvolta venga data volontaria esecuzione all'atto nella consapevolezza dell'invalidità di esso. L'esecuzione volontaria consiste in un'attività che tende a porre in essere la situazione che si sarebbe dovuta determinare in seguito alla stipulazione dell'atto invalido. Essa richiede necessariamente che chi la compie:

- si trovi in condizioni tali da poter validamente compiere il negozio in questione;

- abbia conoscenza effettiva dei motivi determinanti l'invalidità. E' stata ritenuta condotta conforme all'intento di convalidare, anche il comportamento incompatibile rispetto ad eventuale richiesta di annullamento, quale ad es. compiere atti di disposizione di un bene proveniente da un contratto annullabile (es.: vendere un bene che è stato acquistato in base ad un atto del quale si conosce l'invalidità), o accettare la prestazione che dipende dal contratto annullabile (si pensi a quanto oggetto di disamina a proposito del II° comma dell'art. 1442 cod.civ. sulla perpetuità dell'eccezione di annullamento).

## LA RESCISSIONE E LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

### **Rescissione del contratto concluso in stato di pericolo.**

Mediante l'azione di rescissione del contratto concluso in stato di pericolo (art. 1447 cod.civ. )

l'ordinamento appresta, nel solo ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, un rimedio relativo al caso in cui l'accordo si sia perfezionato a condizioni inique a causa della sussistenza di una situazione di pericolo qualificata, nota all'altra parte, in cui uno dei contraenti si viene a trovare. L'art. 1447 cod.civ. contempla, a tal proposito, due requisiti concorrenti:

1. lo stato di pericolo in cui si trovi la persona di uno dei contraenti (ovvero un altro soggetto che si trovi in un certo rapporto con costui), vale a dire la situazione dalla quale ci si vuole togliere concludendo il contratto. Secondo l'opinione prevalente l'espressione dell'art. 1447 cod.civ. deve essere interpretata in modo consonante rispetto alle norme di cui agli artt. 2045 cod.civ., 54 cod.pen. . Occorre cioè che si tratti di un pericolo attuale di un grave danno alla persona. Non rilevarebbe la situazione pericolosa rispetto alla sorte di beni materiali. Qualora Tizio, allo scopo di salvare la propria casa dal fuoco che divampa, conclude con Caio un accordo in forza del quale quest'ultimo si impegna a trarre dalle fiamme i quadri di Tizio a fronte di un esorbitante compenso in denaro, non ricorre lo stato di pericolo che rende il contratto rescindibile. Sussiste comunque una rilevante differenza tra la situazione fattuale in esame e quella di cui allo stato di necessità: infatti nella prima non rileva il fatto che la parte abbia volontariamente cagionato la situazione pericolosa, ovvero che essa fosse in qualche modo evitabile.

Si pensi al caso di colui che si sia perduto nel deserto durante una competizione rallystica e che abbia bisogno dell'assistenza di qualcuno per trarsi dal pericolo. Se nell'esempio viene concluso un contratto a condizioni inique, il medesimo è pur sempre rescindibile. La situazione pericolosa si differenzia altresì dallo stato di bisogno che viene in

considerazione nell'altra ipotesi (rescissione per lesione: art. 1448 cod.civ. ) in cui è applicabile il rimedio della rescissione: mentre il primo attiene alla probabilità di un grave danno alla persona, quest'ultimo si concreta in una situazione di difficoltà economica. Si discute circa la rilevanza di uno stato di pericolo putativo da parte del contraente che, in base a tale presunzione, abbia stipulato il contratto rescindibile.

2. L'iniquità delle condizioni alle quali viene concluso il contratto (Cass. Civ. Sez. I, 5482/79 ). L'art. 1447 cod.civ. fa riferimento solamente all'assunzione di obbligazioni a condizioni inique, ma non sembra si possa dubitare che sia compreso anche il caso in cui nel contratto non siano dedotte obbligazioni bensì attribuzioni traslative. Ad esempio, se si tratta di una compravendita, stante l'efficacia traslativa del consenso (art. 1376 cod.civ. ), non esiste nessuna assunzione di obbligazioni che deriva dalla conclusione del contratto: tuttavia sarebbe assolutamente incongruo escludere la rescindibilità del contratto con il quale un soggetto avesse dovuto alienare un bene per la necessità, nota alla controparte, di salvarsi da un grave pericolo. L'art. 1447 cod.civ. prevede infine che il giudice, nel pronunciare la rescissione, possa, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso alla parte che ha comunque prestato la propria opera. E' infatti evidente che un corrispettivo, ancorchè in misura non esorbitante come quello originariamente pattuito, dovrà pur sempre esser corrisposto a fronte della prestazione erogata.

### **L'azione generale di rescissione per lesione.**

Mediante l'azione di rescissione per lesione (art. 1448 cod.civ.) l'ordinamento appresta, nel solo ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, un rimedio per contrastare l'eventualità in cui si verifichi una sperequazione enorme tra le due prestazioni.

L'art. 1448 cod.civ. contempla a tal proposito i requisiti che seguono, i quali devono concorrere simultaneamente (Cass. Civ. Sez.I, 3646/09; Cass. Civ. Sez. II, 2347/95; cfr. anche Cass Civ.Sez.III, 12116/03, secondo la quale non ricorre tra i detti requisiti alcun rapporto di subordinazione):

1. Un elemento oggettivo, consistente nella sussistenza di una sproporzione qualificata tra le prestazioni dedotte nel contratto, tale che una di esse possieda un valore, da stimarsi al tempo del perfezionamento del contratto, inferiore alla metà rispetto all'altra. Si prenda quale esempio il caso di Tizio che vende a Sempronio un appartamento in Roma, del valore venale di euro 240 mila per il prezzo di euro centoventimila. E' evidente che l'attribuzione traslativa riconducibile alla parte danneggiata possiede un valore che eccede del doppio il valore della controprestazione (il prezzo pagato dall'acquirente). La lesione deve permanere al tempo della proposizione della domanda (III ° comma art. 1448 cod.civ. ); giova inoltre rammentare che essa non rileva nei contratti aleatori.

L'accertamento della lesione deve aver luogo con riferimento al tempo del perfezionamento del contratto (Cass. Civ., Sez. II, 3176/11).

2. Un elemento che ha come termine di riferimento il soggetto leso, consistente nello stato di bisogno del contraente danneggiato. A questo proposito occorre chiarire che esso non si identifica con una situazione di povertà, bensì di mera difficoltà economica nota 1, di una condizione tale da indurre il soggetto a compiere un atto di disposizione contrassegnato dalla riferita sperequazione tra le prestazioni (Cass. Civ. Sez. II, 4630/90). Se ad esempio Tizio, pur avendo un ingente patrimonio formato da proprietà immobiliari, non dispone di liquidità sufficienti per pagare un debito già scaduto, e si decide a vendere disastrosamente uno dei propri beni allo scopo di procurarsi con urgenza quanto serve per provvedere ad onorare il debito, è evidente che questa particolare condizione incide sulla libera determinazione del suo volere. Da questa dinamica trae sostegno la teoria della rescissione come vizio della volontà di colui che compie l'atto di disposizione, ponendo in secondo piano il rilievo oggettivo della misura della lesione (ciò che da solo è invece sufficiente a giustificare il caso speciale di rescissione di cui all'art. 763 cod.civ. che sarà oggetto di separata analisi). Sul punto la giurisprudenza pare piuttosto porre in luce la pregnanza non soltanto soggettiva del requisito in considerazione (Cass. Civ., sez.III, n. 10815/04). Non importa inoltre distinguere quale sia la causa dello stato di bisogno: anche qualora essa fosse imputabile alla condotta della parte che si sia imprudentemente posta in una tale situazione, comunque il rimedio in esame rimarrebbe applicabile.

3. Un ulteriore elemento soggettivo, che ha come punto di riferimento il contraente che trae vantaggio dalla lesione.

Esso consiste nell'approffittamento dello stato di bisogno dell'altra parte del contratto. Si discute se l'approffittamento consista nella mera conoscenza dello stato di bisogno della controparte e della sproporzione, concretandosi anche in un atteggiamento puramente omissivo di colui che intende trarre profitto dalla situazione, ovvero se richieda una qualche condotta attiva della parte. La giurisprudenza è prevalentemente orientata nel senso che sia sufficiente la semplice consapevolezza in ordine ai riferiti elementi (si pensi al caso del contraente che si limiti ad aderire alle insistenti richieste di chi vuole al più presto concludere il contratto per procurarsi ciò di cui ha bisogno) quando essa abbia costituito la spinta psicologica in ordine alla stipulazione (Cass. Civ., 6204/94).

Come verificheremo partitamente, il contratto rescindibile non è suscettibile di convalida (art. 1451 cod.civ.), tuttavia il contraente contro il quale viene proposta l'azione di rescissione può evitarla offrendo di eliminare la sperequazione tra le prestazioni (art. 1450 cod.civ.). L'efficacia della pronuncia è retroattiva soltanto tra le parti (c.d. retroattività obbligatoria), non potendo invece pregiudicare i diritti acquistati dai terzi (art. 1452 cod.civ.). Il termine prescrizione per esercitare l'azione è di un solo anno, dunque particolarmente breve, nè risulta ammissibile, come invece accade per l'azione di annullamento, far valere perpetuamente la patologia in via di eccezione. Particolare difficoltà pone infine il caso del contratto concluso a condizioni tali da integrare gli estremi dell'illecito penale del reato di usura (art. 644 cod.pen.).

### **L'azione di risoluzione per inadempimento.**

La risoluzione del contratto, ossia lo scioglimento del vincolo contrattuale e la cessazione degli effetti da esso derivanti, per inadempimento, è applicabile soltanto ai contratti a prestazioni corrispettive, nei quali il sacrificio di ciascuna delle parti trova la sua giustificazione (vincolo sinallagmatico) nella controprestazione che deve essere eseguita dall'altra, cosicché, in caso di inadempimento da parte di uno dei contraenti, il legislatore ammette che l'altro possa preferire di porre nel nulla l'intero rapporto contrattuale. Al contraente non inadempiente è lasciata (art.1453 c.c.) la facoltà di scegliere tra insistere per l'adempimento degli accordi, con condanna della controparte ad eseguire la prestazione, o di esercitare il diritto potestativo di richiesta della risoluzione del contratto.

In entrambi i casi il contraente non inadempiente ha diritto di pretendere il risarcimento dei danni subiti, che vengono però calcolati in modo diverso nelle due ipotesi.

Nella prima il contraente non inadempiente potrà richiedere, oltre all'esecuzione della prestazione originariamente spettantegli, anche il risarcimento del danno che gli deriva per aver ricevuto l'adempimento in ritardo.

Nella seconda ipotesi il contraente non inadempiente vedrà sostituirsi e non aggiungersi il risarcimento al diritto di ottenere la prestazione promessa. La risoluzione è dunque lo strumento che consente al contraente vittima dell'inadempimento della controparte di sciogliersi da un vincolo contrattuale che non ha 'funzionato'.

Il rapporto tra l'azione di adempimento e quella di risoluzione è così regolato: - se viene proposta l'azione di adempimento, la parte non si preclude il diritto di cambiare idea e di chiedere successivamente la risoluzione del contratto (art.1453, comma 2, c.c.);

- viceversa, una volta chiesta la risoluzione, non si può più chiedere l'adempimento (art.1453, comma 2, c.c.).

Per ottenere la risoluzione occorre proporre una domanda giudiziale e spetterà al giudice, in caso di contestazione, accertare se veramente vi sia stato inadempimento del contratto e se di tale inadempimento sia responsabile il convenuto.

La sentenza che accoglie la domanda è costitutiva, in quanto determina un effetto giuridico particolare, e cioè lo scioglimento del vincolo che il contratto aveva prodotto, nonché la rimozione degli eventuali effetti traslativi. Il giudice inoltre, per risolvere il contratto, deve accertare che l'inadempimento non abbia 'scarsa importanza' (art.1455 cod. civ.), in quanto la gravità delle conseguenze di una sentenza di risoluzione si giustifica soltanto di fronte ad una violazione altrettanto grave.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 20 ottobre 2001, n.13533) hanno affermato il principio secondo il quale il creditore, sia nel caso in cui agisca per ottenere l'adempimento e il

risarcimento del danno, sia nel caso in cui domandi la risoluzione del contratto, è comunque tenuto a provare esclusivamente la fonte del proprio diritto (ossia il contratto) mentre spetta al debitore l'onere di provare il fatto estintivo della pretesa del creditore (vale a dire di avere adempiuto). La risoluzione ha efficacia retroattiva (art.1458 c.c.): non soltanto il contratto risolto non produce più effetti per l'avvenire, e pertanto le parti sono liberate per il futuro dalle loro obbligazioni, ma ne sono anche rimossi gli effetti traslativi ed obbligatori già prodottisi, sicché le prestazioni già eseguite devono essere restituite. La retroattività non opera, tuttavia, quando si tratti di contratti ad esecuzione continuata o periodica, relativamente alle prestazioni già eseguite (es. il contratto di somministrazione delle merci). Sono salvi 'i diritti eventualmente acquistati dai terzi'.

### **La risoluzione di diritto.**

La risoluzione del contratto può intervenire non solo in conseguenza di una pronuncia giudiziale (ope iudicis), ma anche automaticamente, di diritto (ipso iure), in tre ipotesi generali espressamente disciplinate dal codice civile. In questi casi la risoluzione opera in modo autonomo, solo che si sia verificata la situazione prevista dalle fattispecie che esamineremo.

E' dunque da escludere in materia l'intervento del Giudice? Immaginiamo che, decorso il termine che fosse stato espressamente previsto come essenziale dalle parti, il contraente non inadempiente non comunichi all'altro l'intenzione di far comunque salvo l'adempimento entro il termine decadenziale di tre giorni. Si può dunque ritenere il contratto risolto di diritto nota 1. Ciò non impedisce che, in concreto, possa comunque sorgere una controversia tra le parti.

L'eventuale pronuncia giudiziale che intervenisse in caso di contestazione circa l'intervenuta verifica della risoluzione avrebbe natura meramente dichiarativa e non costitutiva nota2. E' appena il caso di osservare che, sul punto, il Giudice debba valutare, ai fini del giudizio sulla condotta della parte inadempiente, soltanto il comportamento antecedente alla domanda giudiziale (Cass. Civ. Sez. II, 10632/96) nota3.

### **Le ipotesi generali di risoluzione di diritto previste dalla legge sono le seguenti:**

- **diffida ad adempiere** (art. 1454 cod.civ.) : se nel contratto manca la clausola risolutiva espressa, la parte non inadempiente può ottenere egualmente che la risoluzione operi 'di diritto' mediante una 'diffida ad adempiere', ossia mediante una dichiarazione scritta, con la quale intima all'altro contraente di provvedere all'adempimento entro un termine congruo (di regola non inferiore a 15 g), con espressa avvertenza che, ove il termine fissato dovesse decorrere senza che si faccia luogo all'adempimento, il contratto, a partire da quel momento, si intenderà senz'altro risolto;
- **termine essenziale** (art. 1457 cod.civ.) : il termine per l'adempimento di una prestazione si dice essenziale quando la prestazione diventa inutile per il creditore se non venga eseguita entro il termine stabilito; il tempo dell'adempimento penetra nell'essenza stessa della prestazione, che, fornita in un momento diverso, è priva di utilità per il creditore (es. l'artista che deve presentarsi in teatro all'ora fissata per la rappresentazione). L'essentialità della prestazione può essere oggettiva o soggettiva;
- **clausola risolutiva espressa** (art. 1456 cod.civ.) : si chiama così la clausola contrattuale con la quale le parti prevedono espressamente che il contratto dovrà considerarsi automaticamente risolto qualora una determinata obbligazione non venga adempiuta affatto o comunque non venga eseguita rispettando le modalità pattuite. La risoluzione del contratto non consegue, tuttavia, automaticamente all'inadempimento dell'obbligazione oggetto della clausola risolutiva espressa in quanto è necessario che la parte fedele dichiari di volersi avvalere di tale clausola esercitando il diritto potestativo di risolvere il contratto con dichiarazione negoziale recettizia. In tal caso il solo presupposto per l'operatività della clausola risolutiva espressa è l'imputabilità dell'inadempimento in quanto la valutazione in ordine all'essentialità della clausola è stata già compiuta in sede di stipulazione del contratto. Affinchè la clausola del contratto sia validamente valutabile come clausola risolutiva espressa è necessario che si riferisca ad una specifica obbligazione contrattuale non potendo riferirsi genericamente a tutte le obbligazioni derivanti dal regolamento contrattuale. La risoluzione si verifica ex lege, sicché la successiva sentenza del giudice avrà natura dichiarativa della risoluzione già avvenuta e non costitutiva come nella risoluzione per inadempimento o nella risoluzione per eccessiva onerosità.

### **Eccezione di inadempimento.**



Indipendentemente dalla possibilità assicurata dalla legge di domandare la risoluzione del contratto, ciascuna parte può, nei contratti bilaterali, ruscare di adempiere la sua obbligazione se l'altra non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria (art. 1460 cod.civ. : c.d. eccezione di inadempimento). Questa facoltà viene a salvaguardare l'equilibrio contrattuale nei termini oggettivi risultanti dal contratto, in modo da evitare che una parte soffra dello scempenso di avere da parte propria adempiuto, mentre non ha realizzato il corrispettivo dovutole a ristabilimento dell'equilibrio della bilancia patrimoniale.

Il rimedio evidentemente concerne le ipotesi in cui le prestazioni debbano essere eseguite contemporaneamente. Esso non è praticabile quando una prestazione deve essere effettuata prima di un'altra (ovviamente a favore della parte adempiente) nè può essere più utilizzata se la parte che se ne poteva giovare esegue la prestazione (Cass. Civ. Sez. Lavoro, 307/96 ). Esso costituisce una forma piuttosto efficace di autotutela predisposta dalla legge in tema di contratti a prestazioni corrispettive.

L'eccezione può essere opposta non solo nel caso in cui manchi del tutto l'adempimento, ma anche a fronte di un adempimento inesatto, in esso ricomprendendo anche ipotesi quali gli eventuali vizi o il difetto di qualità essenziali concernenti, ad esempio, il bene oggetto di una vendita (Cass. Civ. Sez. II, 7228/97 ).

Assai importante è distinguere i limiti dell'interdipendenza delle prestazioni che deve sussistere ai fini della fruibilità del rimedio in esame. Da un lato infatti, l'interdipendenza non deve essere intesa in senso assoluto, essendosi osservato che essa potrebbe sia sostanzialmente nel nesso che si pone tra un'obbligazione collaterale (tale quella rientrante nei c.d. obblighi di protezione e di collaborazione) ed una principale (Cass. Civ. Sez. II, 387/97 ), sia discendere dalla volontà delle parti (che abbiano voluto e concepito un collegamento tra rapporti contrattuali autonomi , tuttavia intesi a realizzare uno scopo unitario: cfr. Cass. Civ. Sez. III, 1389/81 ; Cass. Civ. Sez. II, 3397/84 ; Cass. Civ. Sez. III, 19556/03 );

dall'altro occorre badare a non dilatare eccessivamente le ipotesi in cui il rimedio risulta applicabile. Si rammenti che, per tale via, si potrebbe infatti surrettiziamente introdurre un diritto di ritenzione in casi non espressamente previsti dalla legge, ciò che contrasterebbe con la natura straordinaria di tale ulteriore forma di autotutela, consentita soltanto eccezionalmente, nella misura in cui sia previsto da singole norme.

E' necessario che colui che si avvale del rimedio dell'eccezione di inadempimento, avuto riguardo alle circostanze del caso, non lo faccia contrariamente a buona fede (Cass. Civ. Sez. II, 10506/94 ). Il II comma art.1460 cod.civ. non fa che esplicitare una regola costante nell'esecuzione dei contratti (cfr. l'art. 1375 ) che viene ad integrare lo stesso equilibrio contrattuale nella fase di esecuzione del contratto.

"L'equilibrio contrattuale" si dovrebbe appunto considerare come la esatta esecuzione del contenuto del contratto secondo buona fede. In questo senso, nei contratti con prestazioni corrispettive, quando una parte giustifichi la mancata esecuzione della propria prestazione con l'inadempimento dell'altra ai sensi dell'art. 1460 cod.civ. ( inadimplenti non est adimplendum ), occorre procedere alla valutazione comparativa del comportamento dei contraenti. Il tutto con riferimento non solo all'elemento cronologico delle rispettive inadempienze, ma anche ai rapporti di causalità e proporzionalità delle stesse, rispetto alla funzione economico- sociale del contratto, tenendo presente che quando l'inadempimento di una parte non è grave o è derivato dall'inadempimento dell'altra, il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non è di buona fede e non è giustificato.

### **La risoluzione per impossibilità sopravvenuta.**

In tema di rapporto obbligatorio l'impossibilità di effettuare la prestazione per causa non imputabile alla parte produce l'estinzione dell'obbligazione (1256 cod.civ. ) e la correlativa liberazione del debitore. Se la prestazione è dedotta nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive, il venir meno di essa in esito a quanto prospettato, è causa di caducazione del nesso sinallagmatico, determinando altresì un assoluto difetto di giustificazione che possa supportare l'altra prestazione.

Possono darsi a questo proposito due ipotesi:

- che l'impossibilità sia parziale. In tal caso l'art. 1464 cod.civ. concede all'altro contraente l'opzione tra l'eventuale

riduzione della propria controprestazione e il recesso dal contratto qualora non residui l'interesse ad un parziale adempimento;

- che l'impossibilità sia totale. In questa eventualità si produce ipso jure la risoluzione del contratto (art. 1463 cod.civ.).

### **La risoluzione per eccessiva onerosità .**

(art. 1467 c.c.) → Nei contratti ad esecuzione periodica, continuativa o a esecuzione differita, in presenza di eventi straordinari e imprevedibili che rendono eccessivamente onerosa una prestazione, la parte che deve eseguire questa prestazione può chiedere la risoluzione del contratto poiché divenuto eccessivamente oneroso.

Per comprendere l'ipotesi dell'art. 1467 possiamo ricorrere ad un semplice esempio:

“Poniamo che una parte si sia obbligata a fornire all'altra periodicamente un certo numero di componenti per computer ad un prezzo stabilito; un disastroso terremoto nella zona di produzione, poniamo Taiwan , fa salire vertiginosamente i prezzi di questi componenti.

È ovvio che se l'altra parte non accetta di pagare il nuovo prezzo, al fornitore non resterà altra strada che chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità”.

Da questo esempio possiamo trarre le regole fondamentali dell'istituto: - la risoluzione può aversi solo nei contratti ad esecuzione periodica, continuativa o a esecuzione differita;

- una delle prestazioni deve essere divenuta eccessivamente onerosa per la parte che deve eseguirla;

- l'evento che rende la prestazione eccessivamente onerosa deve essere straordinario e imprevedibile;

- la risoluzione ha effetto solo per le prestazioni da eseguire e non per quelle già eseguite (v. art. 1458 c.c.);

- si può evitare la risoluzione riportando il contratto ad equità. È necessario precisare, però, che non si può chiedere la risoluzione ogni qual volta vi sia un aggravamento della posizione di una delle parti.

Il secondo comma dell'art. 1467 dispone, infatti, che la risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nel normale rischio contrattuale.

Nell'esempio fatto, il fornitore non potrà chiedere la risoluzione ad ogni variazione dei prezzi dei componenti elettronici, ma solo quando l'aumento dei prezzi sia stato di notevole entità e provocato da eventi straordinari e imprevedibili. Diversamente accade se le parti avevano stipulato un contratto aleatorio, magari giocando proprio sulle notevoli incertezze del mercato; in questi casi non si potrà chiedere la risoluzione del contratto, perché tali contratti si basano proprio sull'alea che può volgersi a vantaggio dell'uno o dell'altro contraente.

La inapplicabilità dell'eccessiva onerosità ai contratti aleatori, oltre ad essere dettata dalla logica, è sancita dall'art. 1469 c.c. secondo cui le regole sulla eccessiva onerosità non si applicano ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti.

Le norme sulla eccessiva onerosità, invece, trovano parziale applicazione anche per i contratti unilaterali.

L'art. 1468 c.c. infatti, dispone che in caso di eccessiva onerosità dell'unica obbligazione, la parte obbligata potrà chiedere una riduzione della sua prestazione oppure delle diverse modalità di esecuzione tali da ricondurla ad equità, ma non si potrà ottenere la risoluzione del contratto.

### **La presupposizione.**

Il concetto di presupposizione evoca quello di una base negoziale oggettiva, presupposta dalle parti.

Si pensi al noto esempio della locazione di una finestra o di un balcone per il giorno del Palio in Piazza del Campo a Siena.

E' evidente che, se le parti hanno concluso un accordo in base al quale, a fronte della corresponsione di una determinata

somma di denaro, viene consentito l'accesso alle finestre ed ai balconi di una casa che prospetta sulla Piazza, pur senza menzionare che ciò avviene allo scopo di poter assistere alla storica competizione, questo elemento è comunque tale da permeare l'intera pattuizione. Chi mai si sognerebbe di pagare una somma non indifferente, semplicemente per affacciarsi senza un preciso motivo sul prospetto di una pubblica piazza?

Le parti non possono, nella conclusione del contratto, non aver tenuto in considerazione alcuni aspetti, nonostante non ne abbiano fatto menzione. La presupposizione evoca un aspetto variamente attinente al meccanismo della corrispettività dell'atto negoziale, comunque desumibile implicitamente, ma necessariamente, dal contesto dell'atto.

Giova osservare che, in generale, è possibile riferire del meccanismo condizionale come necessariamente espresso nel contratto. La relativa clausola deve cioè essere contemplata per il tramite di una clausola specifica. Che cosa dire di una condizione presupposta dalle parti, ma non espressa, non resa esplicita? Può essere configurata una condizione implicita, nel senso che si desuma necessariamente dal tenore dell'accordo, il quale non troverebbe giustificazione se non appunto presupponendo un certo elemento, rimasto tuttavia non indicato?

Nell'ipotesi in cui non fosse stata apposta una condizione, in forza della quale sarebbe stato manifestato espressamente il motivo che animava i contraenti, quali sarebbero le conseguenze nel caso in cui l'evento atteso non avesse avuto luogo? Sarebbe fondata la pretesa di ottenere comunque il compenso previsto?

Il problema non è di facile soluzione. Da un lato i principi generali imporrebbero di non conferire alcuna rilevanza a motivi inespressi che, come tali, non abbiano trovato spazio nel contesto contrattuale.

Dall'altro la considerazione del principio di buona fede e lo stesso significato sociale della condotta delle parti risultano univocamente interpretabili. La tematica della presupposizione è stata variamente esaminata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, alternativamente in una delle seguenti chiavi ermeneutiche:

quale condizione non espressa, comunque rilevante nelle condizioni di tempo e di luogo in cui il contratto è stato stipulato, in omaggio al principio dell'interpretazione dell'intento comune (art.1362 cod.civ. ) ed esecuzione (o interpretazione) secondo buona fede (art.1366 cod.civ. );

come elemento attinente alla base negoziale, al nesso sinallagmatico tra le prestazioni. Ne discenderebbe la nullità del contratto per difetto di causa nel caso in cui la situazione presupposta potesse definirsi come del tutto mancante a origine. Talvolta il senso dell'atto si rinviene non già nel nesso tra le reciproche attribuzioni, bensì in relazione ad una fattispecie di collegamento negoziale di tipo funzionale;

come causa di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (art.1467 cod.civ. ), nell'ipotesi in cui la situazione presupposta, pur originariamente sussistente, fosse venuta meno in seguito. Anche in questo caso la presupposizione viene ad avere a che fare con la corrispettività e con la causa dell'atto, sia pure sotto il profilo funzionale (non genetico); come presupposto di efficacia del contratto che, ancorché esterno allo stesso dal punto di vista dell'oggetto e della causa, comunque ne costituisca la base implicitamente comune ai contraenti, di modo che la mancanza della corrispondente situazione determinerebbe l'attribuzione del diritto di recesso.

La questione si pone spesso nel senso di potersi dire raggiunta o meno la prova in dipendenza della quale, tenuto conto delle circostanze di tempo e di luogo in cui il negozio venne concluso, si possa concludere che le parti, pur in difetto di un'esplicita clausola, ebbero a subordinazione l'efficienza del negozio alla circostanza presupposta. In caso di esito negativo di questa indagine, ammettere l'eventuale risoluzione del contratto sarebbe contrario a principi di buona fede. All'inverso, raggiunta positivamente questa prova, proprio la considerazione della buona fede induce ad ammettere la praticabilità della risoluzione.

Occorre osservare che talvolta in giurisprudenza non sembra chiara la differenza tra presupposto e presupposizione: soltanto quest'ultima è connotata dal requisito della futurità, non potendosi definire presupposizione, bensì presupposto volontario la situazione fattuale, già sussistente al tempo della contrattazione e considerata dalle parti quale "cornice contrattuale" implicita. In particolare le pronunce che fanno riferimento alla nullità del contratto per difetto originario di elementi presupposti definiscono come presupposizione una fattispecie i cui requisiti corrispondono piuttosto a quelli propri del presupposto volontario.

# DAI CONTRATTI DEL CONSUMATORE AL DIRITTO DEL CONSUMATORE

**Premessa. La genesi e le ragioni del diritto dei consumatori.** I contratti del consumatore non costituiscono un ‘tipo’ contrattuale, non realizzano, cioè, un determinato modello di operazione economica, come la vendita, l’appalto, etc. Tuttavia la legislazione recente ha fatto emergere una disciplina di ordine generale applicabile ai contratti stipulati dai consumatori, quale che ne sia il tipo, oltre a specifiche norme regolatrici di determinate figure contrattuali rivolte al pubblico dei consumatori.

Per questo ne trattiamo in fase di passaggio tra l’esame della disciplina generale del contratto e lo studio dei singoli contratti aventi una disciplina speciale.

Le regole sul ‘contratto del consumatore’ raccolgono materiale eterogeneo, che attiene sia alla generale predisposizione di regole di correttezza nella condotta degli operatori commerciali e di informazione ed ‘educazione’ del consumatore, sia all’introduzione di particolari norme sulla formazione e sul contenuto del contratto, in deroga a quelle generali illustrate nei capitoli

precedenti, sia infine, alla disciplina particolare di talune specifiche figure contrattuali, rivolte al consumatore, che il legislatore ha ritenuto di regolare appositamente.

Alla luce di questo appare oggi appropriato parlare di un ‘diritto del consumatore’, ancorché si tratti ancora di una disciplina disorganica e in evoluzione, di cui il tentativo di riordino più significativo è rappresentato dal ‘Codice del consumo’ (v. seguito).

Si assiste, per effetto dello sviluppo della disciplina protettiva del consumatore, al ritorno di una forma di diritto privato differenziato su base ‘personale’.

Originariamente il contratto, nel sistema del codice, assolveva alla funzione di strumento di libertà, autonomia: mezzo di disciplina degli scambi che vedeva le parti in posizione di piena parità formale.

Tuttavia negli anni successivi alla seconda guerra mondiale, questa concezione ha progressivamente ceduto il passo alla consapevolezza che alla parità formale, che la legge attribuiva ai contraenti, non sempre corrispondeva una piena parità sostanziale, un identico potere contrattuale: basti pensare che una delle due aveva a disposizione conoscenze tecniche e giuridiche superiori a quelle dell’altra (es. si pensi alla complessità tecnica di un contratto bancario) o che una delle due poteva mettere in atto efficaci mezzi di persuasione per indurre l’altra al negoziato (es. la pubblicità commerciale).

Si è già visto che il codice civile apprestava una forma di tutela - con le regole di cui agli artt.1341 e 1342 cod. civ. - però di scarsa efficacia, poiché si limitava ad imporre un requisito formale (l’esigenza di approvazione specifica per iscritto delle clausole ‘vessatorie’), che era facile per il contraente ‘forte’ imporre all’altra parte.

Si sono perciò succeduti plurimi interventi del legislatore volti a tutelare il consumatore, parte in posizione tipicamente di debolezza.

Di recente il materiale normativo accumulatosi è stato riorganizzato e raccolto in un testo unico, il già citato: “Codice del consumo” (D.Lgs. 6 settembre 2005, n.206), che già dopo la sua emanazione ha subito modificazioni e integrazioni notevoli.

Nelle disposizioni di esordio (art.2) il Codice del consumo enumera i diritti fondamentali riconosciuti ai consumatori, che la legge si propone di tutelare: a) diritto alla tutela della salute;

b) diritto alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) diritto ad un’adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; c-bis) diritto all’esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà;

d) diritto all’educazione al consumo;

e) diritto alla correttezza, trasparenza, ed equità nei rapporti contrattuali; f) diritto alla promozione dell’associazionismo tra i consumatori ed utenti; g) diritto all’erogazione di servizi pubblici secondo standard di

qualità ed efficienza.

### **I soggetti: il 'consumatore' ed il 'professionista'.**

Si è detto che la disciplina in esame si applica sulla base di presupposti di ordine soggettivo, correlati alle qualità delle parti.

In particolare occorre che una di essa sia un 'consumatore' e l'altra un 'professionista'.

L'art. 3 del Codice del consumo (D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) contiene una serie di definizioni utili ai fini della comprensione del testo normativo. Alla lett. a) si specifica la nozione di consumatore o di utente. Con tale termine si intende la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

Risulta dunque evidente che giammai potrà definirsi consumatore un'entità differente dalla persona fisica (una società di persone o di capitali, un'associazione, etc.). Peraltro se tutti i "consumatori" sono persone fisiche, non tutte le persone fisiche potranno essere "consumatori": dall'ambito sono infatti esclusi coloro che agiscono per scopi afferenti all'attività di impresa (si veda, in senso sostanzialmente analogo, anche se in riferimento alla normativa abrogata dal Codice del consumo. Dunque anche all'imprenditore individuale competerà la qualità di consumatore ogniqualvolta agisca per finalità estranee rispetto a quelle d'impresa.

Alla lett. b) si specificano invece le associazioni di consumatori e degli utenti, che sono invece quelle formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti. La nozione di professionista corrisponde a quel soggetto (sia esso persona fisica o giuridica) che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, sia esso l'imprenditore (grande, piccolo, artigiano) o il professionista intellettuale (avvocato, medico). E' necessario specificare che la disciplina in oggetto si applica sul presupposto che le parti del contratto appartengano a categorie eterogenee: non si applica ai contratti in cui nessuno dei due sia 'professionista' o lo siano entrambi (es. vendita di un autoveicolo tra privati).

### **L'educazione del consumatore'; gli obblighi di informazione, la comunicazione pubblicitaria e la promozione commerciale.**

Obiettivo primario della legge è lo sviluppo di una capacità di adeguata autodeterminazione del pubblico dei consumatori nelle scelte relative all'acquisto di beni e di servizi e nella tutela dei loro diritti.

Nel perseguire tali scopi la legge agisce in due fondamentali direzioni: da un lato la promozione delle conoscenze e delle capacità di valutazione del consumatore; dall'altro l'impostazione di apposite regole di correttezza nell'informazione precontrattuale.

L'educazione del consumatore: l'art.4 del Codice del consumo, parla di 'educazione del consumatore'. La norma precisa che l'educazione del consumatore è funzionale allo sviluppo di una maggiore consapevolezza, da parte dei consumatori, dei loro diritti.

Gli obblighi di informazione: Il Titolo II del Codice del consumo - art.5, indica le informazioni dovute ai consumatori, che devono, quale soglia minima ed essenziale, riguarda la 'sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi', e devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, così da assicurare la consapevolezza del consumatore.

Le pratiche commerciali: Ovviamente è sempre stata dedicata particolare attenzione alle modalità con le quali il professionista si avvicina al pubblico

dei consumatori. Il Titolo III del Codice del consumo, che è stato ridisegnato nel 2007, si rivolge più latamente alla disciplina delle pratiche commerciali, vietando le pratiche commerciali scorrette (art.20) che si distribuiscono nelle due categorie delle pratiche ingannevoli

(artt.21- 23, che trasmettono al consumatore informazioni non rispondenti al vero, o presentate in modo da indurre in errore) e aggressive (artt.24- 26, che mirano a condizionare il consumatore limitando la sua libertà di scelta). Le tutele: I mezzi di tutela contro le pratiche scorrette sono definiti dall'art.27 del Codice del consumo, che attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (c.d. Autorità 'Antitrust') il potere di inibire la prosecuzione della pratica ritenuta scorretta, e di applicare sanzioni pecuniarie rilevanti.

L'Autorità può agire di ufficio o sollecitata dai singoli consumatori ed organizzazioni collettive. Contro i provvedimenti di applicazione delle sanzioni l'imprenditore può fare ricorso al giudice amministrativo (T.A.R.). Rimangono poi intatti gli strumenti di tutela dinanzi all'autorità giudiziaria a favore del singolo consumatore che abbia stipulato un contratto condizionato da una condotta scorretta dell'imprenditore (art.19, comma 2, Codice del consumo).

### **I contratti del consumatore e le clausole vessatorie.**

Terreno di tutela del consumatore è ovviamente la disciplina del contenuto del contratto, ed in particolare delle clausole 'vessatorie' che il professionista è in grado di imporre al consumatore, nell'ambito della propria attività di contrattazione standardizzata (c.d. contratti standard).

Procediamo dunque, all'analisi delle principali norme regolatrici del contratto del consumatore, il cui contenuto è un calco fedele del testo della Direttiva 93/13/CE (confluita nel Codice del consumo), che ha costituito il modello della innovazione normativa che ha portato a sostituire una tutela soltanto formale ad una di carattere sostanziale.

Nozione generale di clausola 'vessatoria': la legge pone un'enunciazione di ordine generale (art.33); si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (squilibrio che non riguarda le condizioni economiche dello scambio, ma lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti).

Posta tale definizione generale, la legge procede all'individuazione tipologica delle clausole vessatorie, distinguendo due categorie di clausole: - quelle che sono sempre ritenute vessatorie → sono sempre considerate vessatorie, senza possibilità di prova contraria, quelle enumerate dall'art.36, comma 2. Si tratta di clausole che limitano la responsabilità del professionista nel caso di morte o danno alla persona del consumatore, o che limitano le azioni del consumatore in caso di inadempimento del professionista, o infine, che tendano a rendere efficaci nei confronti del consumatore clausole contrattuali da lui non riconosciute prima della conclusione del contratto. - quelle che la legge presume abbiano carattere vessatorio → (art.33, comma 2) si presumono vessatorie fino a prova contraria tutte le clausole contenute in un lungo elenco, posto dal comma successivo dello stesso art.33, al quale si fa rinvio per la relativa casistica. L'onere in caso di provare che quelle clausole non erano imposte unilateralmente dovrà eventualmente essere assolto dal professionista dando la prova di un effettivo negoziato sulla clausola.

Occorre segnalare che per i contratti relativi alla prestazione di servizi finanziari o altri prodotti o servizi aventi un prezzo collegato ad indice di borsa è consentita, in forza di apposita deroga, la pattuizione di clausole rientranti nell'elenco delle presunte vessatorie.

L'art.35 impone un obbligo di trasparenza: se le clausole vessatorie sono redatte per iscritto, esse devono essere redatte in modo 'chiaro e comprensibile'.

Sempre l'art.35 detta una regola ermeneutica di favore per il consumatore: in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione favorevole al consumatore (v.art.1370 c.c.).

Il regime giuridico: le clausole considerate vessatorie sono nulle ai sensi dell'art.36, che parla espressamente di nullità di protezione (in quanto posta a tutela di una sola parte).

Lo stesso art.36, comma 1, dopo aver sancito la nullità delle clausole vessatorie, precisa che 'il contratto rimane efficace per il resto': non si applica l'art.1419, comma 1, cod. civ. sulla nullità parziale dei contratti. Se così non fosse, il professionista potrebbe sostenere la propagazione della nullità dell'intero contratto, con l'effetto, paradossale, di vanificare in toto la protezione del consumatore, che non potrebbe invocare alcun diritto sulla base del contratto.

La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore, può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

### **I contratti negoziati fuori dai locali commerciali e i contratti a distanza. Il 'commercio elettronico'. La commercializzazione a distanza di servizi finanziari.**

Fonti di disciplina: il legislatore comunitario (direttive 85/577/CEE e 97/7/CE) ha dettato indicazioni volte a proteggere i consumatori contro il rischio di tecniche di vendita che implicano una particolare insidia per il consumatore. L'esigenza di tutela nasce dalla modalità con la quale viene instaurato il rapporto tra il consumatore e colui che offre il bene o

servizio: un soggetto che si risolve ad acquistare un certo prodotto e si reca in locali appositi dove viene svolta l'attività di vendita, mostra una volontà maturata ex ante, e usufruisce della possibilità di esaminare direttamente il bene e rivolgere domande al venditore della cosa, di ponderare la propria scelta. Diversamente accade relativamente ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali (es. per strada, in abitazione) e dei contratti a distanza. I contratti negoziati fuori dai locali commerciali: comprendono i casi in cui il contratto viene perfezionato non in appositi spazi adibiti alla vendita, bensì presso il domicilio o il luogo di lavoro del consumatore (vendite porta a porta), durante un'escursione organizzata dal professionista al di fuori dei propri locali commerciali, in area pubblica o aperta al pubblico, per corrispondenza. Sono esclusi dall'applicazione della disciplina in esame i contratti relativi alla vendita o locazione di immobili, alla fornitura di cibi e

bevande, i contratti di assicurazione e relativi a strumenti finanziari, quelli che prevedono una prestazione inferiore a 26 euro.

Contratti a distanza: sono quelli mediante i quali il consumatore si procura beni o servizi da un fornitore professionista che opera attraverso mezzi di comunicazione 'a distanza' o comunque al di fuori dei locali istituzionalmente preposti alla distribuzione dei propri prodotti.

Il regime giuridico: la tutela del consumatore si sostanzia, per un verso, nel diritto ad essere adeguatamente e preliminarmente informato su tutti gli aspetti di rilievo del contratto e sulle facoltà e poteri che gli spettano in proposito (art.52) e, per altro verso, in un diritto di recesso esercitabile, incondizionatamente e senza subire perdite di sorta, entro dieci giorni dalla stipulazione del contratto (art.64).

Il recesso è tempestivamente esercitato se entro il termine di legge la comunicazione viene inviata, mediante lettera raccomandata all'ufficio postale, o se viene trasmessa mediante telegramma, fax, o posta elettronica (in questi ultimi casi dev'essere confermata con raccomandata entro le 48 ore successive - art.64, comma 2).

Il diritto di recesso è irrinunciabile, e sarebbe nulla qualsiasi pattuizione in contrario. Una volta comunicato, le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni, e se queste erano già state eseguite, sono tenute alle conseguenti restituzioni (art.66). Qualora il contratto abbia per oggetto la prestazione di servizi, il recesso non può essere esercitato relativamente alle prestazioni già eseguite (art.48). E' importante segnalare che la legge impone espressamente al professionista di informare il consumatore in ordine all'esistenza e alle modalità di esercizio del diritto di recesso (artt.47,52,53): se omette tale informazione, il termine per recedere aumenta fino a 60 o 90 giorni.

Nel caso di forniture non richieste che comportino un pagamento a carico del consumatore (es. recapito a domicilio di prodotti mai ordinati) quest'ultimo non è tenuto a nessuna prestazione corrispettiva e la mancata risposta da parte sua non costituisce mai conferma (art.57).

Il commercio elettronico: l'art.68 del Codice del consumo, rimanda, per la disciplina delle 'offerte di servizi della società dell'informazione' (attività economiche svolte on-line) alle norme del D.Lgs. 9 aprile 2003, n.70 (attuato nella Direttiva 2000/31/CE).

Al riguardo sono previsti, anzitutto, specifici obblighi informativi in ordine all'identità e alle qualità del soggetto che offre i servizi, alla natura dell'offerta, alle modalità di conclusione del contratto.

### **Singoli contratti del consumatore: multiproprietà e prestazione di servizi turistici.**

Il codice del consumo recepisce, inoltre, le norme poste da talune leggi speciali in tema di disciplina di alcuni specifici contratti, destinati al pubblico dei consumatori e in relazione ai quali il legislatore aveva avvertito l'esigenza di un'apposita regolamentazione.

Da un lato la legge dedica apposita attenzione ai contratti relativi all'acquisto di diritti di godimento ripartito su taluni immobili (c.d. multiproprietà) e ai contratti relativi ai prodotti per le vacanze a lungo termine (secondo la legge si tratta di un contratto di durata superiore ad un anno ai sensi del quale un consumatore acquista a titolo oneroso il diritto di ottenere sconti o altri vantaggi relativamente al godimento di un alloggio, separatamente o unitamente ad altri servizi o al viaggio).

Il Codice del consumo regolava anche i servizi turistici, ed in particolare la vendita di 'pacchetti

turistici' (servizi 'integrati' che prevedono la fornitura di prestazioni di trasporto, alloggio, servizi turistici quali escursioni, etc). La materia è ora regolata dal Codice del turismo.

### **Il credito al consumo.**

Per credito al consumo si intende il credito per l'acquisto di beni e servizi (credito finalizzato) ovvero per soddisfare esigenze di natura personale (ad esempio: prestito personale, cessione del quinto dello stipendio) concesso ad una persona fisica (consumatore). Il credito al consumo può assumere la forma di dilazione del pagamento del prezzo dei beni e servizi acquistati ovvero di prestito o altra analoga facilitazione finanziaria. Non costituisce credito al consumo il prestito concesso per esigenze di carattere professionale del consumatore (ad esempio: acquisto di un'autovettura da utilizzare per il trasporto dei dipendenti della propria impresa). Il consumatore si obbliga:

- a) nel caso di dilazione di pagamento, a corrispondere il prezzo al venditore di beni o servizi alle date convenute;
- b) nel caso di concessione di un prestito, a restituire l'importo concesso (capitale erogato) e a pagare gli interessi calcolati sulla base di un parametro finanziario (tasso di interesse). L'adempimento dell'obbligo di restituire il capitale e di corrispondere gli interessi avviene in modo graduale nel tempo attraverso versamenti periodici (le rate), il cui pagamento è di regola mensile.

Il consumatore cui è stato concesso il prestito è inoltre tenuto a pagare le spese necessarie per la conclusione del contratto. Il TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale) è un indice del costo complessivo del contratto di credito al consumo.

La dilazione di pagamento del prezzo viene concessa dai venditori di beni e di servizi. Il prestito viene accordato invece dalle banche ovvero dagli intermediari finanziari; quest'ultimi, come le banche possono concedere finanziamenti in diverse forme – mutuo, credito al consumo, locazione finanziaria – ma, diversamente dalle banche, non raccolgono risparmio nella forma di depositi.

Nelle forme del finanziamento, il credito al consumo, di norma, ha una durata variabile da 12 mesi a 72 mesi e non è assistito da garanzia reale (ad esempio: pegno sul bene acquistato) o personale (ad esempio: fidejussione). Nella prassi, il contratto può essere concluso presso gli esercizi commerciali convenzionati con le banche o gli intermediari finanziari dietro presentazione di documenti, tra i quali rileva l'ultima busta paga. Il bene oggetto di acquisto viene in genere messo subito a disposizione del consumatore mentre le banche e gli intermediari finanziari possono riservarsi di accordare il finanziamento entro un breve lasso di tempo.

### **Profili delle tutele: azioni inibitorie e azione collettiva risarcitoria.**

Si è da tempo percepito che un'efficace tutela del mercato e del pubblico dei consumatori non può essere affidata agli ordinari strumenti giurisdizionali civili. Infatti il processo civile, per sua natura, porta all'attenzione del giudice solo lo specifico rapporto fra le parti litiganti, e la sentenza ha effetti limitati alle parti del processo, ai loro eredi o aventi causa. Inoltre il consumatore spesso è dissuaso dall'agire in giudizio individualmente per ottenere tutela contro una clausola vessatoria, a causa dei costi economici.

Azioni inibitorie → per potenziare la tutela del consumatore, il Codice del consumo legge ammette che, per iniziativa di taluni enti (associazioni rappresentative 'a livello nazionale' dei consumatori) può essere chiesto al giudice di inibire, una volta per tutte, ad un professionista o ad un'associazione di professionisti, l'uso, nel contratto con i clienti, di determinate clausole valutate come vessatorie.

Inoltre le associazioni dei consumatori a tutela degli interessi collettivi dei consumatori non si limitano a quanto sopra illustrato. Tali soggetti possono adire il tribunale per chiedere: l'inibitoria di atti o comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori, l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate, l'ordine di pubblicazione sulla stampa dei provvedimenti adottati.

Azione collettiva risarcitoria → l'inibitoria, previene la prosecuzione di una condotta illecita, ma non costituisce uno strumento utile a riparare il danno che essa abbia arrecato. In tal verso l'azione risarcitoria, regolata dal codice civile, si rivela strumento inefficace, a causa del numero esteso di soggetti a cui è stato cagionato il danno.



# OBBLIGAZIONI NASCENTI DA FATTO ILLECITO

## LA RESPONSABILITA' PER ATTO ILLECITO

### **L'illecito civile.**

Qualsiasi pregiudizio che altri possono provocarmi, con una sua azione o anche con una sua omissione, costituisce un danno. Un evento pregiudizievole può influire sulla mia situazione economica (danno patrimoniale) e/o sulla mia situazione fisica o psichica (danno morale). Ogni danno dà diritto a pretendere un risarcimento, ma non si è sempre obbligati a risarcire il danno arrecato. La norma fondamentale in tema di c.d. responsabilità aquiliana è, nel nostro ordinamento, l'art.2043 c.c., secondo il quale chi ha cagionato ad altri un danno è obbligato al risarcimento soltanto quando si tratti di un danno ingiusto. Se taluno, pur compiendo atti leciti, omette di adottare le cautele necessarie per assicurare l'incolumità altrui, risponde indubbiamente per i pregiudizi che eventualmente ne siano derivati a carico di terzi.

### **La colpa e il dolo.**

Per l'art.2043 c.c., il danno è risarcibile soltanto se provocato con colpa. Un evento si dice colposo quando non è stato intenzionalmente determinato, ma si è verificato a causa di negligenza, imprudenza, imperizia, o per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini, discipline. La colpa è dunque esclusa se il fatto si verifica per caso fortuito, forza maggiore o, comunque, per cause che il danneggiante non ha potuto evitare e non poteva prevedere. Ovviamente il risarcimento sarà dovuto a fortiori se il danno sia stato addirittura provocato con dolo, ossia quando l'autore del comportamento pregiudizievole ha previsto e l'evento lesivo, realizzando intenzionalmente.

### **La capacità di intendere e di volere.**

Il c.c. stabilisce che non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità di intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso (art.2046 c.c.). Se il danno è stato provocato da persona incapace, il danneggiato ha diritto di pretendere il risarcimento dal soggetto tenuto alla sorveglianza dell'incapace: la persona tenuta alla sorveglianza è esente da responsabilità soltanto qualora riesca a dare la prova di non aver potuto impedire il fatto. Qualora la persona tenuta alla sorveglianza non sia in grado di risarcire il danno, il danneggiato può chiedere al giudice di condannare l'incapace (ovviamente se questi abbia un suo patrimonio) al pagamento di un'equa indennità.

### **Il nesso di causalità.**

Ulteriore elemento indispensabile per l'affermazione della responsabilità è costituito dal c.d. nesso di causalità: ossia il danno deve essere stato cagionato dal soggetto dal quale si pretende di essere risarciti, la sua condotta deve essere stata causa dell'evento pregiudizievole. Il soggetto è tenuto a risarcire l'intero danno anche se ha solo contribuito a provocarlo, mentre parimenti ne sarà responsabile (in solido) per intero chiunque altro eventualmente abbia concorso a causare il pregiudizio. Il nesso di causalità tra una condotta che ha contribuito a provocare un evento dannoso e il danno stesso si dice giuridicamente interrotto, quando l'evento risulta altresì provocato da una causa a carattere eccezionale, che non può farsi ricadere sul primo soggetto (ad es. la persona investita, trasportata al pronto soccorso, viene coinvolta in un incendio, il responsabile dell'incendio non risponde delle conseguenze di questo nuovo incidente).

Anche un comportamento omissivo può essere causa di un evento dannoso, quando si aveva l'obbligo giuridico di impedirlo. A produrre l'evento dannoso può contribuire il comportamento colposo dello stesso danneggiato: in tal caso, l'obbligo del risarcimento viene diminuito, restando affidato al giudice, in caso di controversia tra le parti, determinare di quale % del danno dovrà rispondere il danneggiante.

### **Cause di giustificazione.**

Si dicono cause di giustificazione quelle circostanze in presenza delle quali un comportamento pregiudizievole diventa giustificato, cosicché non si è tenuti a risarcire il danno che ne è derivato. La responsabilità è esclusa innanzitutto se il comportamento dannoso è compiuto nell'adempimento di un dovere. Anche la legittima difesa esclude l'antigiuridicità del comportamento dannoso. La difesa però, deve essere proporzionata all'offesa che si voleva respingere; altrimenti la reazione eccessiva non è più giustificata e si è responsabili del danno così provocato (c.d. eccesso colposo). Anche nel caso in cui si agisce in stato di necessità, non si è tenuti al risarcimento del danno, ma al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice.

### **La responsabilità del produttore.**

La responsabilità del produttore per danni arrecati a persone o cose da vizi dei prodotti posti in circolazione dal fabbricante, è sancita senza bisogno di alcuna prova di una sua specifica colpa, e dipende dal fatto oggettivo della lesione arrecata al cliente da un difetto del prodotto. Sono risarcibili soltanto il danno cagionato dalla morte o da lesioni personali di un individuo, la distruzione o il deterioramento di una cosa diversa dal prodotto difettoso; il danno a cose è risarcibile solo ove ecceda una franchigia di 750.000 lire.

### **Ipotesi di responsabilità aggravata.**

Per poter ottenere il risarcimento in caso di contestazione, il danneggiato deve provare non solo di aver subito un danno e che questo pregiudizio è stato cagionato dal soggetto dal quale pretende di essere risarcito, ma deve altresì provare la colpa di quest'ultimo. Vengono in considerazione due ipotesi:

- 1) Esercizio di attività pericolose. Chi esercita attività pericolose è tenuto ad adottare ogni precauzione idonea ad evitare danni ai terzi. Pertanto, in caso di danno, il danneggiante potrà sfuggire alla responsabilità solo dimostrando che l'evento pregiudizievole è dovuto a causa a lui non imputabile.
- 2) Circolazione dei veicoli senza guida di rotaie. In caso di danno, il conducente, per dimostrare di non essere responsabile di un incidente, deve provare i fatti a lui non imputabili, causanti il danno.
- 3) Danno cagionato da cose in custodia. Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito.
- 4) Danno cagionato da animali. La responsabilità è accollata al proprietario dell'animale (anche se smarriti o fuggiti) o a chi se ne serve, salvo che provi il caso fortuito.
- 5) Rovina di edificio. Il proprietario di un edificio o di altra costruzione è responsabile dei danni cagionati dalla loro rovina: per liberarsi da tale responsabilità occorre provare una causa dell'incidente che non sia riconducibile a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione, perché di questi risponde sempre il proprietario che avrebbe l'onere di provvedere.

### **Responsabilità per fatto altrui (o indiretta).**

Accanto alla responsabilità diretta dell'autore dell'illecito è prevista anche la responsabilità indiretta di un'altra persona. Le principali ipotesi di responsabilità indiretta sono:

- 1) Responsabilità del datore di lavoro per i danni arrecati dal fatto illecito dei suoi dipendenti. La responsabilità dei padroni e committenti sussiste solo se il dipendente abbia provocato l'evento dannoso nell'esercizio delle incombenze cui è adibito.
- 2) Responsabilità del proprietario del veicolo per i danni arrecati dal veicolo stesso. Per l'ipotesi che il conducente sia una persona diversa dal proprietario, per i danni arrecati risponde, in solido con il conducente, anche il proprietario. Tale responsabilità concorrente è esclusa se il proprietario prova che la circolazione del veicolo è avvenuta contro la sua volontà e che ha adottato tutte le precauzioni necessarie per impedire che altri si impadronissero del veicolo e lo facesse circolare.
- 3) Responsabilità dei genitori (o del tutore) per i danni arrecati dai figli minorenni con essi conviventi. La responsabilità è esclusa solo se l'interessato dimostra di non aver potuto impedire il fatto.

### **Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale .**

La distinzione tra i due tipi di responsabilità riguarda innanzitutto l'onere della prova: nella responsabilità contrattuale all'attore è sufficiente provare il suo credito e la scadenza dell'obbligazione; è il debitore che, se vuole giustificarsi, ha l'onere di dimostrare di non aver potuto adempiere per una causa a lui non imputabile. Nella responsabilità extracontrattuale, invece, è l'attore che ha l'onere di provare non soltanto che la condotta del convenuto gli ha causato un danno, ma anche che si tratta di un comportamento tenuto con colpa o con dolo.

I due tipi di responsabilità presentano differenze anche in ordine agli effetti giuridici che da essi derivano.

Ambedue danno luogo al risarcimento del danno. Tuttavia, mentre l'art.1225 c.c. limita il risarcimento ai soli danni prevedibili nel tempo in cui è sorta l'obbligazione, se l'inadempimento o il ritardo non dipende dal dolo, questa limitazione non sussiste in materia extracontrattuale: quindi, mentre in tema di responsabilità contrattuale, se non vi è dolo, ma colpa, sono risarcibili soltanto i danni prevedibili, in tema di responsabilità aquiliana non ha mai rilevanza, ai fini del risarcimento, la prevedibilità del danno. 431 Danno patrimoniale e non patrimoniale

L'autore dell'illecito è obbligato a risarcire il danno. Per la valutazione dei danni sono applicabili gli artt. 1223, 1226, 1227 c.c..

Il responsabile deve risarcire sia il danno emergente (la diminuzione patrimoniale subita dalla vittima) sia il lucro cessante (i guadagni che la vittima avrebbe potuto conseguire se non ne fosse stata impedita dalla lesione subita). Queste sono le regole relative al c.d. danno patrimoniale. Si dicono non patrimoniali, invece, i danni che consistono in mere sofferenze, patemi d'animo, dolori.

Il legislatore, ad evitare il rischio di richieste alluvionali e speculative di risarcimenti per danni morali a fronte di qualsiasi tipo di illecito, ne ha concluso la risarcibilità, ammettendo solo nei casi determinati dalla legge, di cui il più importante è quello relativo al danno derivante da reato: soltanto quando un illecito non sia tale solo dal punto di vista del diritto civile, ma concreti altresì una lesione rilevante penalmente, allora è legittimo richiedere, oltre al risarcimento dei danni patrimoniali, anche i danni non patrimoniali o morali.

Il campo in cui più di frequente si registra la richiesta di risarcimento dei danni morali è quello del danno alla persona.

Tra i danni patrimoniali indiretti troviamo il c.d. danno alla vita di relazione, vale a dire la diminuita capacità (a causa ad es. di una invalidità, o di un peggioramento estetico) di inserirsi nei rapporti socio-economici.

### **Risarcimento in forma specifica.**

L'art.2058 c.c. dispone che il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile.

Il risarcimento, di solito, si opera per equivalente, vale a dire attribuendo alla vittima una somma di denaro commisurata alla entità del pregiudizio cui si intende porre riparo. Tuttavia, il danneggiato può decidere di chiedere, purché sia possibile, il risarcimento in forma specifica, ossia l'imposizione al responsabile di una attività volta a procurare al danneggiato la diretta riparazione della lesione (es. l'ordine al datore di lavoro di riassumere il lavoratore ingiustamente licenziato).

### **Prescrizione.**

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito è più breve di quella ordinaria (in genere 5 anni dal giorno in cui il fatto si è verificato).

Se il danno è prodotto dalla circolazione dei veicoli, il termine di prescrizione è di 2 anni.

Però, se il fatto è considerato dalla legge come reato, e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica all'azione civile. Tuttavia, se il reato è estinto per causa diversa dalla prescrizione o è intervenuta sentenza irrevocabile nel giudizio penale, il diritto al risarcimento del danno si prescrive nei termini, rispettivamente, di 5 e 2 anni a decorrere

dalla data di estinzione del reato o dalla data in cui la sentenza penale è divenuta irrevocabile.

Se il fatto è considerato dalla legge come reato, ed il reato è estinto per amnistia, il termine decorre dal giorno di entrata in vigore del provvedimento di clemenza, qualora il reato sia compreso tra quelli previsti dall'amnistia.

01/04/2022 Scritto , revisionato ed aggiornato da Daniele Di Meo