

CAPITOLO III

I SOGGETTI DI DIRITTO

GUIDA **Sezione I. LA PERSONA FISICA. CAPACITÀ GIURIDICA E CAPACITÀ DI AGIRE** 1. I soggetti di diritto 2. La persona fisica. Residenza, domicilio e dimora 3. Scomparsa, assenza e morte presunta 4. La capacità giuridica 5. La capacità di agire 6. Gli istituti a protezione degli incapaci 6.1. La responsabilità genitoriale (già potestà dei genitori) rispetto ai figli minori 6.2. La tutela degli interdetti e dei minori non soggetti alla responsabilità genitoriale 6.3. La curatela degli inabilitati e dei minori emancipati 6.4. L'amministrazione di sostegno **Sezione II. I DIRITTI DELLA PERSONALITÀ** 1. In generale 2. Diritto alla vita ed all'integrità fisica 3. Atti di disposizione del proprio corpo, consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e c.d. testamento biologico 4. Diritto al nome ed all'identità personale 5. Diritto all'immagine 6. Diritto alla riservatezza 7. Diritto all'onore ed alla reputazione **Sezione III. LE PERSONE GIURIDICHE E GLI ENTI NON PERSONIFICATI** 1. Gli enti ed i centri autonomi di imputazione di interessi 2. Le persone giuridiche: fondazioni ed associazioni riconosciute 2.1. Tipologia 2.2. La costituzione 2.3. Il patrimonio 2.4. Gli organi 2.5. Il rapporto associativo 2.6. Estinzione e trasformazione 3. Gli enti non personificati: associazioni non riconosciute e comitati 3.1. L'associazione non riconosciuta 3.2. Il comitato

SEZIONE I

LA PERSONA FISICA. CAPACITÀ GIURIDICA E CAPACITÀ DI AGIRE

1. I soggetti di diritto.

Il **soggetto** è il **titolare di posizioni giuridiche**, cioè di situazioni tutelate o sanzionate da norme giuridiche. La titolarità di una posizione giuridica vuole dire che quella determinata posizione viene imputata ad un certo soggetto.

Di norma soggetti di diritto sono le **persone umane**; tuttavia, soggetti possono essere anche gli **enti giuridici**, i quali assumono soltanto soggettività (es. associazione non riconosciuta, società di persone) o addirittura personalità (es. associazione riconosciuta, società di capitali) giuridiche.

2. La persona fisica. Residenza, domicilio e dimora.

La **soggettività** concerne esclusivamente la circostanza formale in base alla quale si può essere **centro di imputazioni giuridiche**. Invece la nozione di **persona** sottolinea — nell'ambito della soggettività — una **particolare natura fisica o giuridica** del soggetto. La persona, in quanto tale, possiede capacità giuridica generale.

Le persone possono essere **fisiche** o **giuridiche**. Le prime sono **sempre persone umane** e, proprio per questo, sono dotate di capacità giuridica. Le seconde viceversa costituiscono delle **entità organizzate (enti)**, alle quali l'ordinamento può riconoscere o meno soggettività ovvero personalità e, dunque, capacità giuridica, generale o parziale.

L'ordinamento giuridico, con riferimento allo **spazio**, attribuisce rilievo a tre differenti relazioni fra il soggetto ed i diversi luoghi, dalle quali fa derivare altrettante nozioni: domicilio, residenza e dimora.

Secondo l'art. 43, il **domicilio** di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi. Leggendo la definizione, la nozione di domicilio è caratterizzata da un elemento obiettivo (il luogo in cui effettivamente convergono gli interessi del soggetto) e da uno soggettivo (la volontà della persona, espressa anche mediante comportamento concludente, di scegliere quel determinato luogo quale centro dei propri interessi).

La scelta del **domicilio generale** — a differenza di quello **speciale** — non ha natura negoziale, ma consiste in un atto giuridico in senso stretto (BIANCA).

Secondo l'opinione preferibile, un soggetto può anche essere **privo di domicilio**, se manca un centro di interessi certo e reale. La nozione di "centro di affari ed interessi", a parere della costante giurisprudenza (Cass. civ., sent. 15 ottobre 2011, n. 21370; Cass. civ., sent. 19 maggio 2010, n. 12259; Cass. civ., sent. 20 luglio 1999, n. 7750; Cass. civ., sent. 21 febbraio 1970, n. 408), comprende tanto i rapporti economici quanto quelli morali e familiari del soggetto.

L'elezione di domicilio è un atto giuridico unilaterale che spiega efficacia indipendentemente dal consenso o accettazione del domiciliatario. Ne consegue che, fino a quando non intervenga la revoca dell'elezione, la facoltà del soggetto, nei cui confronti si è eletto domicilio, di notificare validamente gli atti al domiciliatario è indipendente dalla concreta esistenza dell'accordo, che costituisce soltanto un rapporto interno tra eleggente e domiciliatario (Cass. civ., sent. 11 giugno 2014, n. 13243).

L'art. 3-bis del Codice di Amministrazione Digitale (c.d. CAD) sancisce che, al fine di facilitare la comunicazione con le pubbliche amministrazioni, è facoltà di ogni cittadino indicare alla PA un proprio indirizzo di posta elettronica certificata quale suo domicilio digitale. Il domicilio digitale è un indirizzo elettronico certificato inserito nell'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente (ANPR) e reso disponibile a tutte le pubbliche amministrazioni e ai gestori di pubblici servizi, al fine di comunicare con il cittadino esclusivamente in formato elettronico. Si tratta, pertanto, di un vero e proprio domicilio virtuale dove confluirà la corrispondenza tra cittadino e PA.

La **residenza** è il luogo in cui la persona ha fissato la sua abituale dimora (art. 43, 2° comma). Per abituale dimora si intende il **luogo di normale abitazione**, e cioè il luogo dove il soggetto vive normalmente. Anche per la nozione di residenza coesistono un elemento obiettivo (la permanenza in un certo luogo) ed un elemento soggettivo (l'intenzione di abitarvi stabilmente, rivelata dalle consuetudini di vita e dallo svolgimento delle normali relazioni sociali).

La residenza è sottoposta ad un regime di **pubblicità**, che si realizza mediante un **pubblico registro anagrafico** tenuto presso ogni Comune e nel quale ciascuna persona fisica è tenuta ad iscrivere sé e coloro che sono soggetti alla sua potestà o tutela. L'iscrizione, però, non ha effetto costitutivo, potendo la residenza sempre essere accertata come situazione di fatto (FORCHIELLI, Esu) con qualsiasi mezzo di prova, anche contro le risultanze anagrafiche, che hanno soltanto un valore presuntivo (Cass. civ., sent. 20 settembre 2019, n. 23251; Cass. civ., sent. 30 marzo 2012, n. 5201; Cass. civ., sent. 30 aprile 2009, n. 10091; Cass. civ., sent. 10 marzo 2000, n. 2814; Cass. civ., sent. 15 luglio 1993, n. 7866).

La **residenza ed il domicilio del minore**, dai quali deriva la competenza giudiziale per territorio per tutti i procedimenti — personali e patrimoniali — diretti alla sua protezione (nomina del tutore, autorizzazione alla vendita di suoi beni, ecc.) coincide con quella della sua famiglia, se unita, o del genitore che con il minore convive, negli altri casi.

Di recente le Sezioni Unite (Cass. civ., sez. un., sent. 21 dicembre 2020, n. 29171) hanno stabilito che la domanda giudiziale avente ad oggetto la responsabilità genitoriale e il mantenimento dei figli minori deve essere proposta dinanzi all'autorità giudiziaria del luogo di residenza abituale degli stessi al momento della sua proposizione, in conformità all'art. 8, Regolamento CE n. 2201/2003, essendo ininfluente il successivo trasferimento del minore con un genitore all'estero.

Il nostro codice non fornisce la definizione di **dimora**, ma la presuppone laddove qualifica la residenza come "dimora abituale", ipotizzandone una non abituale. Essa coincide con il **luogo in cui la persona attualmente abita o permane in modo non abituale** (FORCHIELLI), ma che deve pur sempre avere un **minimo di stabilità**. La rilevanza giuridica della dimora non è trascurabile, visto che, ad esempio, il codice di rito prevede spesso il ricorso al concetto di dimora (artt. 139 e 143 c.p.c.); così come, sempre a titolo esemplificativo, la normativa in materia di immigrazione fa spesso riferimento al concetto di dimora dello straniero nel territorio dello Stato (artt. 5 e 29 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, modificati dagli artt. 5 e 23 l. 30 luglio 2002, n. 189).

Dunque, se Tizio vive con la propria famiglia a Roma, ha il suo unico (o principale) esercizio commerciale a Milano e si trova attualmente, per una vacanza durante le ferie estive, a Cortina, la sua residenza sarà a Roma, il suo domicilio a Milano e la sua dimora a Cortina.

3. Scomparsa, assenza e morte presunta.

A seguito della scomparsa di una persona fisica, e dello stato di incertezza sulla sua esistenza che ne deriva, nasce l'esigenza che il legislatore disciplini i rapporti, familiari e patrimoniali, facenti capo allo scomparso.

Questa disciplina è, per così dire, progressiva: inizialmente — con la figura della scomparsa — presuppone che lo scomparso sia ancora in vita ed abbia buone probabilità di tornare; successivamente — con l'istituto dell'assenza — le probabilità che egli sia morto aumentano, ed infine, quando si presume che sia sopraggiunta la morte, interviene l'istituto della morte presunta. Tuttavia, non occorre che queste tre figure si susseguano in questo ordine, giacché è anche possibile che venga dichiarata la morte presunta senza che anteriormente sia stata dichiarata l'assenza o sia stato nominato il curatore dello scomparso (art. 58, 3° comma).

Ricorre la **scomparsa** quando, a sensi dell'art. 48, la persona non compare

più nel luogo del suo ultimo domicilio o della sua ultima residenza e non se ne hanno più notizie. Occorre, quindi, che la lontananza e la mancanza di notizie determinino una reale incertezza sulla sorte della persona, della cui esistenza in vita si dubita.

La scomparsa di una persona comporta **effetti giuridici** sia sul piano personale che su quello patrimoniale. Tra i primi, a puro titolo esemplificativo, si può ricordare, nel caso di scomparsa di un genitore, lo spostamento dell'esercizio della potestà esclusivamente in capo all'altro (art. 317, 1° comma). Tra i secondi, si consideri il caso della società di persone che escluda il socio d'opera il quale, a seguito della scomparsa, sia divenuto inidoneo a svolgere l'opera conferita (art. 2286, 2° comma).

La scomparsa, di per sé, non è una situazione giuridica bensì di mero fatto; essa assume giuridica rilevanza solo con la nomina del **curatore**. Infatti, su istanza degli interessati o dei presunti successori legittimi o del pubblico ministero, può essere nominato « un curatore **che rappresenti la persona** in giudizio o nella formazione degli inventari e dei conti e nelle liquidazioni o divisioni in cui sia interessata » (art. 48). Tuttavia non si fa luogo alla nomina del curatore, se vi è un rappresentante legale, ossia se lo scomparso sia incapace. Se vi è un procuratore (cioè un rappresentante volontario) la nomina del curatore sarà limitata agli atti che il procuratore medesimo non può fare (cfr. art. 48, ult. comma). Il curatore deve essere considerato un rappresentante — legale — di un soggetto (lo scomparso) che, fino a prova contraria, è reputato ancora in vita.

Il curatore è **nominato** con decreto emesso dal tribunale in camera di consiglio, su ricorso degli interessati, sentito il pubblico ministero (art. 721 c.p.c.). La competenza funzionale spetta al tribunale ordinario, mentre competente per territorio è il tribunale dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza della persona scomparsa (art. 48, 1° comma).

Dall'art. 48 si evince chiaramente che il curatore ha il **potere di compiere tutti gli atti necessari alla conservazione del patrimonio dello scomparso**, e non soltanto quelli espressamente indicati dalla norma, con l'unico limite, di carattere generale, rappresentato dalla **funzione essenzialmente conservatrice** cui è diretta la sua attività. Quindi egli potrà senz'altro compiere tutti gli atti di amministrazione straordinaria (vendita, locazione, mutuo, accettazione di eredità, ecc.) quando siano reputati necessari o utili alla conservazione del patrimonio dello scomparso.

Trascorsi due anni dal giorno cui risale l'ultima notizia dello scomparso, i suoi presunti successori legittimi o chiunque creda ragionevolmente di avere diritti sul suo patrimonio possono domandare al tribunale che ne sia dichiarata l'**assenza** (art. 49). Quindi, a sensi del successivo art. 50, una volta divenuta eseguibile la sentenza che dichiara l'assenza, il tribunale, su istanza di chiunque vi abbia interesse o del pubblico ministero, ordina l'**apertura degli atti di ultima volontà dell'assente**, se vi sono. Tale ipotesi, pur analoga ad una vera e propria apertura della successione *mortis causa*, in realtà costituisce un **fenomeno giu-**

ridico autonomo, caratterizzato da una propria normativa, la quale incide sui rapporti giuridici di cui l'assente è titolare.

Inoltre, ai sensi del 2° comma dell'art. 50, « coloro che sarebbero eredi testamentari o legittimi, se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia di lui, o i loro rispettivi eredi, possono domandare l'**immissione nel possesso temporaneo dei beni** ». Gli immessi nel possesso temporaneo dei beni — ed i loro successori — conseguono l'**amministrazione** dei beni dell'assente, la sua **rappresentanza in giudizio** e il **godimento delle rendite**, quest'ultimo in misura differente a seconda che si tratti di ascendenti, discendenti e coniuge, ovvero di altri soggetti (cfr. artt. 52 e 53).

L'**immeso** nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, a parere della dottrina preferibile (GIORGIANNI, JANNUZZI), è titolare di un **ufficio di diritto privato**, giacché da un lato amministra beni altrui (dell'assente), ma dall'altro agisce anche nell'interesse proprio (in quanto ha, entro certi limiti, un diritto di godimento sulle rendite dell'assente). Gli **atti** che eccedono l'ordinaria amministrazione, naturalmente, devono da lui essere compiuti solo per necessità o utilità evidente e previa autorizzazione specifica da parte del tribunale (art. 54).

Se l'**assente ritorna** o se ne prova l'esistenza cessano automaticamente gli effetti della dichiarazione di assenza (art. 56): l'assente riprenderà ad amministrare i propri beni, gli immessi nel possesso temporaneo dovranno restituire i beni e gli atti da essi legittimamente compiuti resteranno irrevocabili. Se, invece, viene provata la **morte dell'assente**, si apre la successione a vantaggio di coloro che al momento della morte erano i suoi eredi o legatari (art. 57).

La **morte presunta** viene dichiarata **quando non è possibile rinvenire il cadavere di una persona o esso non venga riconosciuto**. Essa consiste in un modo particolare — in quanto differente rispetto all'ipotesi della morte naturale — di accertamento della morte di un soggetto, ed ha come conseguenza l'**apertura della sua successione mortis causa**.

Il **momento della morte presunta** (regolato dettagliatamente dagli artt. 58 e 61) risulta dalla sentenza che dichiara la morte presunta. Nell'ipotesi in cui siano trascorsi dieci anni dal giorno a cui risale l'ultima notizia dell'assente (tre in caso di prigionia, internamento o trasporto in paese straniero), la data della morte coincide con il **giorno a cui risale l'ultima notizia dello scomparso**. Se non è possibile determinare in modo preciso l'ora della scomparsa, « la morte presunta si ha per avvenuta alla fine del giorno indicato » (art. 61).

La morte presunta dell'assente può essere dichiarata quando siano trascorsi **dieci anni dal giorno a cui risale l'ultima notizia** di lui, su istanza del pubblico ministero o delle persone specificate dall'art. 50 (presunti eredi o legatari, donatari, ecc.); ad ogni modo, mai potrebbe essere pronunziata la morte presunta se non sono trascorsi nove anni dal raggiungimento della maggiore età dell'assente (art. 58, 2° comma). Nell'ipotesi in cui il tribunale rigetti la domanda diretta alla dichiarazione di morte non la si potrà riproporre prima che siano decorsi almeno due anni dal rigetto (art. 59). La dichiarazione giudiziale di morte pre-

sunta, secondo il chiaro dettato dell'art. 58, 3° comma, può avvenire anche se prima non abbia avuto luogo la dichiarazione di assenza.

Quanto agli **effetti** della sentenza che dichiara la morte presunta, ove gli aventi diritto abbiano già ottenuto l'immissione nel possesso temporaneo dei beni, gli immessi potranno **disporre liberamente dei beni** (art. 63); mentre, se l'immissione non sia avvenuta, gli interessati potranno comunque conseguire i diritti spettategli (art. 64). Inoltre, il coniuge dell'assente o dello scomparso può contrarre **nuovo matrimonio** (art. 65), ma, ove il presunto morto ritorni o comunque ne sia accertata l'esistenza, tale matrimonio sarà reputato nullo, salvi gli effetti civili propri del matrimonio putativo (art. 68).

Questa regola è diretta conseguenza del principio secondo il quale, **se il presunto morto ritorna**, gli effetti della dichiarazione cessano *ex nunc*, e costui recupera i beni nello stato in cui essi si trovano ed ha diritto di pretendere il prezzo di quelli alienati (art. 66).

4. La capacità giuridica.

La **capacità giuridica** configura l'**attitudine alla titolarità di poteri e doveri giuridici** (RESCIGNO), cioè l'idoneità del soggetto ad essere titolare di posizioni giuridiche (BIANCA). La capacità si distingue dalla **titolarità**: la prima concerne una situazione astratta, la seconda concreta, nel senso che presuppone un fatto giuridico già verificatosi.

La capacità giuridica **si acquista al momento della nascita**. Prima di tale momento, che coincide con il distacco del feto dal grembo materno, non può esservi alcuna titolarità di diritti ed obblighi giuridici. Per acquistare capacità giuridica (e titolarità di diritti) non rileva la c.d. vitalità, cioè l'idoneità della persona a sopravvivere, ma è sufficiente che il soggetto anche per un solo attimo sia vissuto (BIANCA): quindi, se vive anche soltanto per alcuni istanti, il soggetto può comunque divenire titolare di diritti ed obblighi, i quali, una volta acquisiti al suo patrimonio, entreranno nella sua successione ereditaria.

La capacità giuridica **si perde con la morte**, che avviene al momento della cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo (l. 29 dicembre 1993, n. 578, art. 1). Da tale momento nessun diritto può più essere acquistato dal defunto, mentre quelli già acquisiti o si estinguono (se personali, quali, ad es., i diritti della personalità, il diritto di usufrutto, ecc.) ovvero si trasmettono agli eredi (tutti gli altri). La **dichiarazione di morte** è fatta non oltre le ventiquattro ore dal decesso all'Ufficiale dello Stato Civile del luogo ove questa è avvenuta (art. 72, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396). L'**atto di morte** deve annunciare il luogo, il giorno e l'ora della morte, le generalità del defunto e, se coniugato, vedovo o divorziato, il nome ed il cognome del coniuge nonché le generalità del dichiarante (art. 73, d.p.r. cit.).

Circa la **capacità di succedere a causa di morte e di ricevere per donazione** eccezionalmente riconosciuta al **nascituro concepito** (artt. 462, 1° comma e 784,

1° comma) e, nelle sole ipotesi di successione testamentaria e di donazione, al nascituro **non concepito** se figlio di persona vivente al tempo della morte del testatore o al tempo della donazione (artt. 462, 3° comma e 784, 1° comma), si rinvia al capitolo relativo alla capacità di succedere.

5. La capacità di agire.

Tradizionalmente alla capacità giuridica è attribuito un carattere statico (l'idoneità ad essere titolare delle situazioni giuridiche), mentre alla capacità d'agire viene assegnato un carattere dinamico, legato, per l'appunto, all'agire (RESCIGNO).

La **capacità di agire** consiste nella **capacità di disporre dei propri diritti**.

Essa non sorge con la nascita di una persona, ma si acquista con il verificarsi di alcune situazioni di fatto (maggiore età, ecc.) e si perde a causa del verificarsi di altre situazioni (es. interdizione per infermità di mente, ecc.); inoltre può essere ridotta, accordata o revocata. Va qui chiarito un punto fondamentale: la carenza della capacità di agire impedisce che un soggetto gestisca direttamente ed autonomamente la propria sfera patrimoniale e personale, ma non esclude la titolarità e la disponibilità di diritti ed obblighi. In altre parole, l'**incapace può fare, di regola, tutto ciò che potrebbe fare un soggetto capace**; soltanto, lo deve fare attraverso "l'aiuto" (cioè la rappresentanza legale) di un altro soggetto capace. Sono infatti rarissimi gli atti o le situazioni che all'incapace sono preclusi, ancorché rappresentato dai genitori o da un tutore: la donazione, il testamento, l'amministrazione di società, la tutela, il matrimonio, ecc.

La capacità di agire, specificamente, **si acquista al raggiungimento della maggiore età**, coincidente con il compimento del diciottesimo anno (art. 1, l. 8 marzo 1975, n. 39). In alcune ipotesi la legge richiede un'età superiore (es.: art. 291, 1° comma, che fissa in 35 anni l'età per l'adozione dei maggiorenni, ma in argomento si veda ora *C. Cost., sent. 18 gennaio 2024, n. 5, paragrafo 5. L'adozione di persone maggiorenni*); mentre in altre prevede un'età inferiore (es.: art. 250, 2° comma, che fissa in 16 anni l'età minima per il riconoscimento del figlio naturale).

La capacità di agire **si perde per interdizione giudiziale** (in caso di incapacità a provvedere ai propri interessi da solo per abituale infermità di mente, art. 414 ss.) o **legale** (in caso di condanna irrevocabile alla pena dell'ergastolo o, per delitto non colposo, alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni, art. 32 c.p.).

La capacità di agire, invece, viene solo **ridotta** nel caso di **inabilitazione** (quando l'infermo di mente non è talmente grave da dar luogo a interdizione, art. 415): l'inabilitato — al pari del **minore emancipato** — potrà compiere da solo tutti gli atti di ordinaria amministrazione, mentre per quelli eccedenti l'ordinaria amministrazione occorrerà l'assistenza di un curatore.

Distinto dalla capacità di agire è il **potere di agire**, che può essere conferito dalla legge o

dall'interessato: è il potere che viene conferito nell'interesse altrui nella rappresentanza legale o volontaria (RESCIGNO).

Un aspetto della capacità di agire consiste nella **capacità processuale**, la quale presuppone la prima ed indica l'idoneità del soggetto ad essere attore o convenuto in giudizio.

Sia la capacità giuridica che la capacità di agire rientrano nel concetto di **capacità legale**, giacché è la legge che precisa quando e come si acquistano e si perdono. Diverso è il concetto di **capacità naturale**, che indica la **capacità di intendere e di volere**, il cui difetto abituale è causa dell'incapacità legale.

Il contratto concluso dall'incapace legale è **annullabile** (art. 1425, 1° comma); il contratto concluso dall'incapace naturale è parimenti annullabile, ma solo ove risulti la malafede dell'altro contraente (art. 428, 2° comma). Per gli atti unilaterali, tuttavia, occorre un grave pregiudizio per l'autore dell'atto. Mentre per l'annullamento del matrimonio (art. 120, 1° comma), del testamento (art. 591, 2° comma) e della donazione (art. 775, 1° comma) è sufficiente la prova dell'incapacità al momento del compimento dell'atto.

Da tempo pacifica nella giurisprudenza di legittimità è altresì l'utilizzabilità dell'azione di annullamento di cui all'art. 428 c.c., comma 1, anche nel caso delle dimissioni del lavoratore (di recente *Cass. civ., sent. 25 giugno 2019, n. 16998*; v. altresì *Cass. civ., sent. 14 maggio 2003, n. 7485*; *Cass. civ., sent. 8 marzo 2005, n. 4967*; *Cass. civ., sent. 18 marzo 2008, n. 7292*; *Cass. civ., sent. 21 gennaio 2016, n. 1070*).

6. Gli istituti a protezione degli incapaci.

6.1. La responsabilità genitoriale (già potestà dei genitori) rispetto ai figli minori.

Gli istituti a protezione degli incapaci sono la responsabilità genitoriale (rispetto ai figli minori), la tutela (rispetto agli interdetti e ai minori privi di genitori), la curatela (rispetto ai minori emancipati per matrimonio e agli inabilitati) e, in tempi più recenti, l'amministrazione di sostegno.

La **responsabilità genitoriale**, disciplinata dagli artt. 315 e ss., è il **potere-dovere che l'ordinamento conferisce ai genitori sul figlio minore nell'interesse di questo, avente ad oggetto da un lato la cura della sua persona e dall'altro la rappresentanza e l'amministrazione dei suoi interessi economici**. Essa spetta ad entrambi i genitori (artt. 316 e 317).

Il decreto legislativo 28 dicembre 2013 n. 154 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'8 gennaio 2014 n. 5 e in vigore dal 7 febbraio 2014, attuativo della delega contenuta nell'art. 2 della l. 10 dicembre 2012 n. 219) integra, soprattutto a livello lessicale, le modifiche già introdotte al primo libro del codice civile dalla l. n. 219/2012. Con tale decreto legislativo la terminologia

“responsabilità genitoriale” ha sostituito ovunque quella precedente di “potestà dei genitori”. Ciò in quanto, nell'ambito dei rapporti tra genitori e figli, si è ritenuto superato il termine « potestà », il cui significato riconduce immediatamente al potere dei genitori di disporre, in modo sovraordinato, l'attività dei figli minori. Invece la locuzione « responsabilità » indica piuttosto una qualità dei genitori, ossia la loro capacità a occuparsi delle vicende dei figli in modo continuativo e affidabile. Così, al precedente rapporto sovraordinato tra genitori e figli minori si è sostituito, nelle intenzioni del legislatore, un rapporto assolutamente paritario, nel quale anzi per i genitori prevalgono nettamente gli obblighi rispetto ai poteri, atteso che a fronte dei tantissimi diritti spettanti ai figli, su di questi gravano unicamente il dovere di « rispettare i genitori » e di « contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa » (cfr. il nuovo art. 315-bis).

In caso di **lontananza, incapacità o altro impedimento** di uno dei coniugi, la responsabilità genitoriale è attribuita esclusivamente all'altro (art. 317, comma 1). Se l'impedimento colpisce entrambi i coniugi si farà luogo alla nomina di un tutore. Ove tale impedimento sia solo temporaneo, non sarà necessario ricorrere all'apertura della tutela ma dovrà essere nominato un curatore speciale per il compimento di specifici atti (art. 321). Nell'ipotesi di **separazione**, la responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori e le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente (art. 337-ter). Per i casi di affidamento condiviso l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi i genitori (v. il cap. IV, sez. IV, § 1.2 sull'affidamento dei figli).

Nell'ambito della responsabilità genitoriale, dunque, è compreso un ampio potere di **rappresentanza**, che si affianca a quello di **amministrazione** dei beni del minore (art. 320). Mediante questi poteri, oltre che attraverso l'istituto dell'**usufrutto legale**, i genitori curano gli interessi patrimoniali del figlio. In particolare, grazie alla rappresentanza legale, essi possono compiere atti che producono effetti nella sfera giuridica del minore. Il compimento di tali atti deve avvenire congiuntamente da parte dei genitori, se riguardano la **straordinaria amministrazione** in genere nonché i contratti aventi ad oggetto diritti personali di godimento. Mentre, ove si riferiscano alla **amministrazione ordinaria**, possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore. Nel primo caso, inoltre, occorre l'**autorizzazione** del giudice (tribunale o giudice tutelare, a seconda dei casi).

Il potere di amministrazione (e, di conseguenza, quello di rappresentanza) dei genitori può essere **escluso o limitato** in alcune ipotesi, le quali derivano dall'inadempimento ai propri doveri o dal ricorrere di altre circostanze. La prima categoria comprende, ad esempio, il caso della decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330), quando il genitore **viola o trascura i doveri ad essa**

inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio per il figlio. Comprende altresì l'ipotesi di una loro condotta pregiudizievole non così grave da dar luogo a decadenza (art. 333). La seconda categoria si riferisce, tra le altre, alle ipotesi di impedimento materiale o giuridico da parte dei genitori (art. 317), di contrasto fra i genitori (art. 316), al conflitto d'interessi tra genitori e figlio (art. 320, ult. comma), alla nomina di un curatore speciale per l'amministrazione dei beni donati o lasciati al figlio (art. 356).

A norma dell'art. 320, comma 1, la rappresentanza dei genitori concerne anche i figli nati, oltre quelli nati. Va precisato che il concetto giuridico di nascituro si riferisce non soltanto ai figli che stanno per nascere, e dunque già **concepiti**, ma anche a quelli **non ancora concepiti**. La rappresentanza dei genitori sui figli nati, poiché riguarda soggetti non ancora esistenti, costituisce un istituto eccezionale che, come tale, può avere ad oggetto soltanto atti tassativamente previsti dalla legge, quali l'accettazione della donazione (art. 784, comma 2) e la divisione (art. 715). Quanto alla natura giuridica della rappresentanza dei nascituri, va ricordata sia l'opinione che la considera frutto di una capacità giuridica prenatale o anticipata, sia quella che la ritiene un'ipotesi di rappresentanza di un soggetto futuro, già riconosciuta dal nostro codice all'art. 2331 in materia di società per azioni non ancora costituite.

In merito al rapporto contrattuale che si instaura fra la paziente gestante e la struttura sanitaria o il medico, in riferimento alle prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione, la giurisprudenza di legittimità da tempo ritiene configurabile. Il contratto con effetti protettivi del terzo, essendo la prestazione idonea ad incidere in modo diretto sulla posizione del nascituro e del padre (Cass. civ., sent. 9 luglio 2020, n. 14615; cfr. altresì Cass. civ., sent. 18 aprile 2019, n. 10812; Cass. civ., sent. 2 ottobre 2012, n. 16754; Cass. civ., sent. 2 ottobre 2010, n. 2354; Cass. civ., sent. 11 maggio 2009, n. 10741; Cass. civ., sent. 20 ottobre 2005, n. 20320; Cass. civ., sent. 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. civ., sent. 10 maggio 2002, n. 6735; Cass. civ., sent. 22 novembre 1993, n. 11503).

Ricorre conflitto d'interessi tutte le volte che **due soggetti (nel caso di specie genitori e figlio) si vengono a trovare in posizione di contrasto di guisa che ciascuno di essi non potrebbe tutelare l'interesse dell'altro senza danneggiare il proprio**. Ad esempio, Tizio, in qualità di socio-amministratore della Alfa s.n.c. di Tizio & C., intende vendere un immobile della società al proprio figlio minore Tizietto. Il conflitto d'interessi fra genitori e figli è disciplinato dal legislatore all'ultimo comma dell'art. 320, e viene risolto mediante la nomina, da parte del giudice tutelare, di un **curatore speciale**, al quale viene affidata la scelta se compiere quel negozio e, in caso positivo, la rappresentanza del figlio, previa naturalmente autorizzazione giudiziale. Se il conflitto sussiste fra i genitori e più di un figlio, oppure tra figli soggetti alla stessa responsabilità genitoriale, occorrerà nominare un curatore speciale per ciascun figlio. Ove, invece, il conflitto si verifichi con uno solo dei genitori, la rappresentanza passa esclusivamente all'altro, senza necessità di alcun provvedimento giudiziale.

Nell'ambito della responsabilità genitoriale rientra anche l'usufrutto legale, attribuito in comune ai genitori **sui beni del figlio minore** (art. 324). Questo

usufrutto è disposto **nell'interesse dell'intera famiglia**, e non solo del figlio titolare dei beni: infatti l'art. 324, al comma 2, stabilisce che i frutti percepiti sono destinati al mantenimento della famiglia e all'istruzione ed educazione di tutti i figli.

Tra le varie opinioni esistenti in dottrina circa la **natura giuridica** dell'usufrutto legale, è preferibile seguire quella che non lo considera un vero e proprio diritto reale di godimento (e quindi un diritto soggettivo), ma un **potere-dovere** spettante ai genitori.

Esso è **indisponibile**, visto che la norma contenuta nell'art. 326 stabilisce che l'usufrutto legale non può essere oggetto di alienazione, di pegno e di ipoteca né di esecuzione da parte dei creditori.

6.2. La tutela degli interdetti e dei minori non soggetti alla responsabilità genitoriale.

La tutela è l'**ufficio di diritto privato in forza del quale il giudice (tutelare) assegna ad una persona idonea (tutore) la cura di un minore non emancipato e non soggetto alla responsabilità genitoriale (orfano, ecc.), ovvero di un interdetto giudiziale o legale**.

La cura comprende l'**amministrazione** del patrimonio e la **rappresentanza legale** dell'incapace per tutti gli atti (art. 357).

La rappresentanza spetta anche al **tutore provvisorio** (art. 419), al quale può essere affidata temporaneamente, e cioè finché non sia pronunciata la sentenza sulla domanda d'interdizione, la tutela provvisoria dell'interdicendo e, dunque, l'amministrazione dei suoi beni (art. 717, comma 2, c.p.c.).

L'elenco degli atti che il tutore può compiere, solo previa autorizzazione giudiziale, in nome e per conto dell'incapace è previsto agli artt. 374 e 375, i quali distinguono, in sostanza, un'attività di **straordinaria amministrazione** meno rilevante e rischiosa (art. 374) e una più rilevante e pericolosa (art. 375: alienazioni di beni, costituzione di ipoteche, ecc.). La prima (che include l'acquisto di beni, la riscossione di capitali, il consenso alla cancellazione di ipoteche, l'assunzione di obbligazioni, l'accettazione di eredità donazioni e legati, ecc.) richiede l'autorizzazione del solo giudice tutelare; mentre la seconda (che comprende l'alienazione di beni, la costituzione di ipoteche, la conclusione di divisioni compromessi e transazioni, ecc.) quella del tribunale ordinario (art. 38 disp. Att.) su parere del giudice tutelare. Si ritiene che l'elencazione non sia tassativa, ma meramente esemplificativa.

Tuttavia, la c.d. riforma Cartabia (d.lgs. n. 149/2022 di attuazione della l. n. 206/2021 recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile) ha disposto l'abrogazione dell'art. 375 lasciando che tutti gli atti di straordinaria

amministrazione siano compresi nell'elenco contenuto nell'art. 374 e così autorizzabili esclusivamente dal giudice tutelare, e non più dal tribunale.

Per ciò che concerne il conflitto d'interessi fra incapace e tutore, esso viene risolto mediante l'intervento del **protutore** (art. 360, comma 1), il quale viene nominato dal giudice tutelare in occasione nella nomina del tutore (art. 346) con il compito di sorvegliare l'operato di quest'ultimo e di sostituirlo in caso di impedimento. Se, tuttavia, anche il protutore si venga a trovare in conflitto d'interessi con l'incapace, il giudice tutelare nomina un **curatore speciale**, il quale sostituisce il protutore (ed il tutore) nella rappresentanza per il compimento di un singolo atto (art. 360, comma 2). Il curatore speciale può essere altresì nominato nell'ipotesi di conflitto d'interessi fra più minori soggetti alla stessa tutela (art. 347).

La tutela **cessa** per morte dell'incapace, per il raggiungimento della maggiore età da parte del minore soggetto a tutela, ovvero perché questi sia emancipato, legittimato, riconosciuto o adottato. O ancora, quanto all'interdetto, per la cessazione della sua infermità mentale.

6.3. La curatela degli inabilitati e dei minori emancipati.

La curatela è un **ufficio di diritto privato diretto alla protezione dei minori emancipati e degli inabilitati nel compimento degli atti di straordinaria amministrazione**.

Il curatore **non può rifiutare** la curatela assegnatagli, che deve svolgere gratuitamente, né potrebbe mai delegare le sue funzioni.

Egli, in sostanza, svolge una **funzione di controllo e di assistenza** sugli atti di straordinaria amministrazione, sempre sotto la direzione del Giudice Tutelare (artt. 424 e 344).

La curatela riguarda l'emancipato e l'inabilitato.

Il primo è quel soggetto che, ai sensi dell'art. 390, ha conseguito l'**emancipazione di diritto con il matrimonio**, essendo data per presupposta un'incompatibilità fra lo stato coniugale e la soggezione alla responsabilità genitoriale. Infatti, a seguito dell'emancipazione, viene meno l'esercizio della responsabilità genitoriale o della tutela sul minore e subentra l'istituto della curatela.

Lo stato di emancipato **cessa**, in primo luogo, con il raggiungimento della maggiore età; quindi, con l'eventuale interdizione del minore ai sensi dell'art. 414.

L'inabilitato, invece, è la **persona maggiorenne affetta da infermità mentale non così grave da determinare la sua interdizione** (art. 415). L'inabilitazione, tuttavia, secondo la norma citata, può essere pronunciata anche per altre cause: **sordomutismo** o **cecità** fin dalla nascita, **prodigalità** (cioè la tendenza a spendere o regalare in modo smisurato) e quella alterazione della sfera psichica che deriva dall'abuso abituale di bevande **alcoliche** o di **stupefacenti**.

Lo stato d'inabilitazione **cessa** a seguito della morte del soggetto o per revoca della sentenza di inabilitazione.

In caso di conflitto d'interessi tra minore e curatore e nel caso in cui il curatore rifiuti in maniera ingiustificata il suo consenso può essere nominato dal giudice tutelare un curatore speciale (artt. 394 e 395).

Il soggetto sottoposto a curatela (inabilitato o emancipato) agisce di sua iniziativa e personalmente: i poteri-doveri del curatore riguardano esclusivamente un **controllo preventivo sui più importanti negozi a contenuto patrimoniale**. Di conseguenza, mentre per gli atti di **ordinaria amministrazione** occorre il solo consenso dell'incapace, la legge stabilisce (art. 394, comma 3) che per il **compimento degli atti di straordinaria amministrazione** è richiesto, oltre l'autorizzazione del giudice tutelare, il consenso del curatore. In particolare, per gli atti indicati nell'art. 375 (più "gravi") l'**autorizzazione**, se curatore non è il genitore, deve essere data dal tribunale sul parere del giudice tutelare; altrimenti è sufficiente l'intervento del giudice tutelare.

Anche in questo caso, tuttavia, si deve tener conto dell'entrata in vigore della c.d. riforma Cartabia (d.lgs. n. 149/2022 di attuazione della l. n. 206/2021 recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile), che ha abrogato l'art. 375, attribuendo in via esclusiva al giudice tutelare il potere autorizzatorio.

Le manifestazioni di volontà del curatore e dell'assistito realizzano una volontà unitaria e inscindibile, e danno vita ad un **atto complesso diseguale**, giacché la dichiarazione di volontà del (parziale) incapace è più rilevante di quella del curatore.

6.4. L'amministrazione di sostegno.

Gli artt. 404-413 c.c., che un tempo regolavano l'istituto dell'affiliazione (abrogato con l. 4 maggio 1983, n. 184), sono stati utilizzati dalla legge 9 gennaio 2004 n. 6 allo scopo di introdurre nel nostro ordinamento un ulteriore **istituto a protezione di soggetti privi, in tutto o in parte, di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana: l'amministrazione di sostegno**.

Il giudice tutelare può nominare, su istanza di alcuni soggetti indicati negli artt. 406 e 407 (lo stesso beneficiario, il coniuge, il convivente, ecc.) e secondo il procedimento previsto dall'art. 407, un **amministratore di sostegno il quale assista o rappresenti una persona che, per effetto di una menomazione fisica o psichica, sia impossibilitata, anche parzialmente o temporaneamente, a provvedere da sola ai propri interessi**.

La vera novità di questa figura, che per il resto non si discosta molto da quelle del tutore dell'interdetto (nel caso in cui all'amministratore di sostegno sia attribuito un potere di rappresentanza: amministrazione c.d. sostituiva o mista) o del curatore dell'inabilitato (nell'ipotesi in cui gli sia attribuito il solo potere di assistenza: amministrazione c.d. di pura assistenza), sembra di poter essere individuata nella circostanza per la quale **il beneficiario (o sostenuto) non acquista lo status di persona incapace** totalmente (quale l'interdetto) o parzialmente (quale l'inabilitato), ma rimane legalmente capace, fatta eccezione per quegli atti che il giudice ritenga debbano essere compiuti, in sua vece, dall'am-

ministratore di sostegno, o con l'assistenza di questo (art. 405, nn. 3 e 4, e art. 409). Il legislatore, in altri termini, ha voluto escludere che l'infermità mentale desse luogo necessariamente ad incapacità (così *Cass. civ., sent. 3 giugno 2009 n. 12831*; *Cass. civ., sent. 16 novembre 2007, n. 23743*; *Cass. civ., sent. 29 novembre 2006, n. 25366*; *G.T. di Roma, 28 gennaio 2005*; *G.T. di Pinerolo, 4 novembre 2004*; e *G.T. di Modena, 15 settembre 2004*. *Contra: Trib. Trani, sent. 6 novembre 2008*).

In particolare, rispetto ai predetti istituti, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto alla maggiore idoneità di tale strumento ad adeguarsi alle esigenze di detto soggetto, in relazione alla sua flessibilità e alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa.

SEZIONE II

I DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

1. In generale.

Ai diritti della personalità la nostra Costituzione fa riferimento nell'art. 2: "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità".

Perché un diritto dell'uomo possa essere riconosciuto e garantito non occorre che una specifica norma di legge lo abbia previsto.

Vi provvede direttamente la Costituzione, con una norma che rientra tra i **principi supremi dell'ordinamento**, che quindi non può essere modificata neanche con il procedimento di revisione costituzionale, ed inoltre prevale anche sui principi del diritto sovranazionale (*C. Cost., sent. 29 dicembre 1995, n. 536*).

I compiti della Repubblica (riconoscere e garantire i diritti inviolabili), menzionati nell'art. 2, non sono solo compiti dell'organo legislativo: sono anche compiti degli organi giurisdizionali (GALGANO).

Di qui l'esistenza di **diritti della personalità atipici**, non previsti da alcuna norma di legge, ma riconosciuti e garantiti dalla giurisprudenza, come, ad esempio, i diritti alla riservatezza e all'identità personale.

È quindi preferibile la più recente c.d. **teoria monistica**, che riconduce tutti i diritti della persona umana all'art. 2 Cost., rispetto a quella c.d. **pluralistica**, che adottava invece un'interpretazione limitata dalle tassative ipotesi di diritti espressamente previsti e tutelati dal codice civile o dalle leggi speciali.

Il loro carattere di **inviolabilità**, attribuito dall'art. 2 Cost., ha un duplice referente: sono diritti dell'uomo **inviolabili da parte della pubblica autorità**,

nell'esercizio delle sue funzioni legislative, esecutive o giudiziarie; sono, inoltre, **diritti dell'uomo inviolabili** da parte degli altri uomini, nell'ambito dei rapporti fra privati.

Sotto il primo aspetto, vengono in considerazione le specifiche norme che, nella Costituzione, proclamano l'inviolabilità della libertà personale (art. 13), del domicilio (art. 14), della segretezza nelle comunicazioni (art. 15) e così via.

Sotto il secondo aspetto assumono rilievo le norme che, nei codici o in altre leggi, proteggono i privati **contro la lesione dei loro diritti della personalità arrecata da altri privati**.

Non poche norme costituzionali, peraltro, **proteggono** diritti dell'uomo sotto entrambi gli aspetti sopra considerati: **sia nei confronti dei pubblici poteri sia nei confronti di altri privati**.

Quanto ai **c.d. diritti incompressibili** (quelli che godono di tutela prioritaria poiché si rinviengono nella prima parte della Costituzione), la *Corte Costituzionale* (pronunciando su una questione rimessa dal T.A.R. di Pescara) con la storica *sent. n. 275/2016* ha affermato un principio destinato a ridimensionare notevolmente la disposizione sul pareggio di bilancio inserita all'art. 81 della nostra Costituzione dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1.

La Consulta ha in estrema sintesi affermato che l'esigenza di **pareggio di bilancio** e il rispetto della discrezionalità del legislatore nel destinare le risorse non possono consentire che le risorse disponibili siano destinate in modo promiscuo a spese facoltative piuttosto che a garantire l'attuazione di diritti incompressibili; e quanto al pareggio di bilancio di cui all'art. 81 Cost., la Corte ha evidenziato che è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione.

I diritti della personalità rientrano fra i **diritti assoluti**: sono cioè diritti protetti nei confronti di tutti.

Un altro loro carattere distintivo sta nell'essere diritti **indisponibili**: sono diritti che il loro titolare non può alienare, ai quali non può rinunciare (anche se per alcuni diritti, come per il diritto all'immagine, atti di disposizione risultano sotto alcuni aspetti possibili).

Alla indisponibilità si collega la **imprescrittibilità**: sono diritti che non si prescrivono, che non si estinguono cioè per il non uso prolungato nel tempo.

Un arduo problema che l'assolutezza dei diritti della personalità solleva è quello del temperamento fra diversi diritti della personalità, appartenenti a soggetti diversi, che vengano fra loro in conflitto.

Per risolverlo si utilizza lo stesso paradigma di **comparazione degli interessi in conflitto** adoperato nell'ambito della clausola generale del danno ingiusto di cui all'art. 2043.

La situazione emergenziale derivata dalla pandemia da covid-19, ad esempio, ha creato numerose condizioni di conflitto tra il diritto di disporre del proprio corpo, e quindi la libertà di scelta dei trattamenti sanitari, e altri valori di pari rilievo costituzionale che ne hanno imposto una limitazione. In proposito, il Consiglio di Stato si è espresso sul tema dell'**obbligo vaccinale**

altrui, sono fondamentali quindi il limite della continenza verbale e il rilievo sociale delle valutazioni, non potendosi trascendere in attacchi personali.

Esula, pertanto, ad esempio, dalla scriminante del diritto di critica, politica o giornalistica, l'accusa di asservimento della funzione giudiziaria ad interessi personali, partitici, politici, ideologici, ovvero muovere accuse di strumentalizzazione di quella funzione per il conseguimento di finalità divergenti da quelle che debbono guidare l'operato del p.m., stanti le attribuzioni e i doveri istituzionali che caratterizzano la posizione ordinamentale di tale organo (Cass. pen., sent. 8 agosto 2006, n. 29453).

Inoltre, la Cassazione ha affermato, in tema di c.d. **giornalismo di inchiesta o investigativo** (che, in quanto tale, non si avvale solo di fonti, ma provvede ad attingere direttamente le notizie), che gli obblighi del giornalista, connessi ai limiti del diritto di cronaca e di accertamento diretto della verità oggettiva, si sostanziano anche nel **rispetto dei principi etici e deontologici dell'attività professionale**, quali risultano dalla relativa legge (art. 2 della legge n. 69/1963) e dalla Carta dei doveri del giornalista, ai quali si aggiunge il **rispetto della riservatezza**, secondo quanto stabilito dalle regole deontologiche in tema di trattamento dei dati personali; fermi restando, ovviamente, gli altri due limiti, costituiti dall'interesse pubblico alla conoscenza del fatto e dalla correttezza formale dell'esposizione (Cass. civ., sent. n. 16236 del 9 luglio 2010).

In questa complessa materia, v'è poi un'altra **distinzione rilevante in giurisprudenza tra cronaca e storia**, nel senso che, come chiarito dalla Cassazione (Cass. civ., sent. 8 gennaio 2015, n. 13941), la prima presuppone la immediatezza della notizia e la tempestività dell'informazione e quindi, se si riconosce l'interesse pubblico ad una notizia tempestiva, non può non ammettersi che tale esigenza di velocità possa comportare un qualche sacrificio dell'accuratezza della verifica sulla verità della notizia e sulla bontà della fonte dalla quale si è appresa; la storia, invece, ha ad oggetto fatti o comportamenti distanti nel tempo e, quanto più sono lontani nel tempo i fatti narrati, tanto meno si giustifica il menzionato sacrificio dell'accuratezza della verifica.

La **satira**, infine, è quella manifestazione del pensiero (talora di altissimo livello) che nei tempi si è addossata il compito di castigare *ridendo mores*; ovvero, di indicare alla pubblica opinione aspetti criticabili o esecrabili di persone, al fine di ottenere, mediante il riso suscitato, un esito finale di carattere etico, correttivo cioè verso il bene. E dunque, simili indicazioni sono strettamente funzionali allo scopo, che, senza la loro evocazione, rimarrebbe irraggiungibile (Cass. pen., sent. 24 febbraio 2006, n. 9246; Cass. pen., sent. 11 luglio 2005, n. 34100).

La satira evidenzia, descrive, con forzatura di toni caricaturali e fustigatori, errori e vizi umani, con intenti moralizzatori, allo scopo di pubblica denuncia di comportamenti, modi di vita riprovevoli e può essere di due tipi: **tipologica o individuale**.

La prima descrive errori e vizi di una determinata categoria sociale, senza riferimenti individuali.

La seconda, che è quella che crea maggiori problemi perché rischia di ledere i diritti della personalità altrui, colpisce una persona specificamente individuata, di cui l'autore satirico esalta in modo caricaturale vizi, tic e difetti.

Di solito questa satira è diretta contro un potente o comunque un soggetto che abbia un ruolo pubblico, per denunciarne i difetti o i comportamenti riprovevoli.

Se può ritenersi in linea di principio "che la aperta inverosimiglianza dei fatti espressi in forma satirica esclude la loro capacità di offendere la reputazione e dunque che la satira è

incompatibile con il metro della verità, essa non si sottrae invece al limite della continenza, poiché comunque rappresenta una forma di critica caratterizzata da particolari mezzi espressivi" conseguendone che "come ogni altra critica, la satira non sfugge al limite della correttezza, onde non può essere invocata la scriminante ex art. 51 c.p. per le attribuzioni di condotte illecite o moralmente disonorevoli, gli accostamenti volgari o ripugnanti, la deformazione dell'immagine in modo da suscitare disprezzo o dileggio (...) anche se si adoperino vignette o caricature o si voglia fare della satira o dell'ironia" (così Cass. pen., sent. 11 luglio 2005, n. 34100; Cass. pen., sent. 2 dicembre 1999, n. 2128). (Su tali argomenti, PEZZELLA)

Onore e reputazione **non sono intrasmissibili**, dovendo ritenersi ad esempio che i prossimi congiunti siano ammessi a tutelare la reputazione o l'onore del defunto e, di riflesso, quello della cerchia familiare cui appartengono (ZENO ZENCOVICH).

La tutela dell'onore è prevista anche dalla **legge sul diritto d'autore** all'art. 97 (che vieta l'esposizione o la commercializzazione del ritratto quando ciò arrechi pregiudizio all'onore, alla reputazione o al decoro) ed all'art. 20 (che vieta di apportare all'opera le modifiche foriere di un pregiudizio all'onore o al decoro della persona).

L'art. 21 della **legge sui marchi e brevetti** vieta l'uso di nomi altrui suscettibili di ledere l'onore o il decoro di chi li porta.

Gli strumenti di tutela dell'onore e della reputazione sono comuni a quelli previsti per gli altri diritti della personalità, e consistono nella **richiesta di cessazione** del fatto lesivo, nel **risarcimento** del danno (anche in forma specifica), nella **pubblicazione** della sentenza.

Gli artt. 20 e 169-170 della legge sul diritto d'autore, in particolare, prevedono la rimozione e la distruzione dell'opera cui siano state apportate modifiche vietate ovvero dell'opera falsamente attribuita, mentre l'art. 8 della legge sulla stampa del 8 febbraio 1948, n. 47 prevede la pubblicazione di tutte le rettifiche o dichiarazioni volte a reintegrare l'altrui dignità.

SEZIONE III

LE PERSONE GIURIDICHE E GLI ENTI NON PERSONIFICATI

1. Gli enti e i centri autonomi di imputazione di interessi.

Come già detto, oltre alle persone fisiche l'ordinamento riconosce soggettività anche ad alcune formazioni sociali, le quali possono assumere la forma di enti non personificati o di vere e proprie persone giuridiche.

Gli **enti non personificati** consistono in **organizzazioni stabili con autonomia patrimoniale imperfetta, nelle quali sussiste, accanto alla responsabi-**

lità patrimoniale dell'ente, anche la responsabilità patrimoniale dei singoli soggetti che vi partecipano o, quantomeno, di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'ente stesso.

Sono le associazioni non riconosciute, i comitati (entrambi senza scopo di lucro) e le società di persone (società semplice, in nome collettivo ed in accomandita semplice; le quali, viceversa, perseguono scopo di lucro).

Gli enti personificati o **persone giuridiche** sono **organizzazioni stabili alle quali l'ordinamento riconosce personalità giuridica, dotate di autonomia patrimoniale perfetta**. Il che implica la **insensibilità dei singoli patrimoni di coloro che fanno parte della persona giuridica rispetto ai debiti dell'ente e viceversa** (CARBONI).

Sono le fondazioni, le associazioni riconosciute (entrambe senza scopo di lucro) e le società di capitali (società a responsabilità limitata, per azioni e in accomandita per azioni: tutte lucrative). Persone giuridiche sono altresì le società cooperative, le quali, se caratterizzate da uno scopo mutualistico prevalente (cc.dd. a mutualità prevalente), rientrano fra gli enti non perseguiti scopo di lucro, mentre ove caratterizzate da uno scopo mutualistico non prevalente rispetto a quello lucrativo (cc.dd. a mutualità non prevalente), vanno comprese fra gli enti lucrativi.

Secondo un'importante opinione esistente in dottrina, inoltre, l'ordinamento riconosce una certa soggettività anche ad altre entità diverse da quelle finora indicate. Si tratta dei cc.dd. **centri autonomi di imputazione di interessi**. Principio generale del nostro sistema è quello secondo cui ogni debitore risponde dei propri debiti con il suo intero patrimonio (art. 2740): se il debitore è una persona fisica o giuridica (ad esempio, una s.p.a. o una associazione riconosciuta), l'autonomia patrimoniale è perfetta, nel senso sopra visto; se invece il debitore è un soggetto non personificato (quale una s.n.c. o una associazione non riconosciuta), l'autonomia patrimoniale è imperfetta. Tradizionalmente si esclude l'esistenza di un'ulteriore categoria, al cui interno comprendere diversi soggetti di diritto aventi un proprio patrimonio con il quale rispondere autonomamente delle obbligazioni.

Si discute, tuttavia, se entità prive di personalità e finanche di soggettività giuridica possano assumere la titolarità di rapporti giuridici e la conseguente responsabilità, ricavando così una forma di soggettività.

Una prima opinione, che parla, a seconda dei casi, di **patrimoni autonomi o separati**, ammette tale possibilità, indicando, quali esempi, una o più delle seguenti figure: l'azienda (art. 2555), l'eredità giacente (art. 528 ss.), la massa fallimentare, la comunione ordinaria (art. 1100 ss.), la comunione legale tra i coniugi (art. 177 ss.), il condominio (art. 1117 ss.), il fondo patrimoniale (art. 167 ss.), il patrimonio del defunto a seguito della separazione da parte dell'erede (art. 512) e, recentemente, il *trust* (l. 16 ottobre 1989, n. 364 in ratifica della Convenzione de l'Aja del 1° luglio 1985) e i patrimoni destinati ad uno specifico affare nelle società per azioni (art. 2447-bis ss.). Tale opinione risulta ora avvalorata dall'art. 2645-ter, introdotto nel codice con d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, che ha ammesso la possibilità di trascrivere atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela (es. la tutela di soggetti disa-

bili). Effetto principale di questi atti di destinazione è che i beni che ne sono oggetto possono essere eseguiti soltanto per debiti contratti per il perseguimento dello scopo perseguito.

Una seconda opinione, tuttavia, nega tale possibilità, disconoscendo alle citate figure non solo, com'è pacifico, la personalità, ma anche la soggettività giuridica. In particolare, questa opinione, pur riconoscendo a dette figure una qualche forma di organizzazione di persone e di beni, afferma con forza che esse non assurgono mai a vero e proprio centro autonomo di imputazione di interessi.

2. Le persone giuridiche: fondazioni e associazioni riconosciute.

Le **persone giuridiche** soddisfano l'imprescindibile esigenza di realizzare degli scopi che i singoli individui non potrebbero raggiungere, vista la durata limitata della vita umana. Il termine persona giuridica è stato introdotto dal codice del 1942, ma fu adoperato per primo, alla fine dell'800, dal giurista franco-tedesco Savigny, con riferimento ai **soggetti creati artificialmente dall'ordinamento giuridico**.

Esse sono riconosciute e tutelate dalla nostra **Costituzione**, la quale, agli artt. 2 e 18, stabilisce che « la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità » e riconosce il « diritto di associarsi liberamente » per fini leciti.

Quanto alla loro **natura giuridica**, fra le varie opinioni esistenti in dottrina appare preferibile quella che le considera non una mera **finzione giuridica** ma una **realtà**, ancorché creata dall'ordinamento; la qual cosa determina una distinzione fra le persone giuridiche e le persone che vi partecipano e che le costituiscono (COSÌ FERRARA, ARANGIO-RUIZ, BARBERO, TRABUCCHI).

2.1. Tipologia.

Le persone giuridiche del libro I del codice civile si distinguono in due tipi, a seconda che prevalga l'**elemento personale** o quello **patrimoniale-organizzativo**: nel primo caso si configurano le **associazioni**, che sono costituite da più persone riunite per il conseguimento di uno scopo (es. un'associazione sportiva, un sindacato, un partito politico, ecc.); nel secondo caso, invece, si hanno le **fondazioni**, che sono enti creati da un fondatore allo scopo di amministrare determinati beni e destinarli ad un certo scopo (es. la fondazione Agnelli). Nelle associazioni lo **scopo è interno** e riguarda gli stessi associati (es. associazioni di mutuo soccorso). Nelle fondazioni, invece, in quanto caratterizzate sostanzialmente da un patrimonio e non da persone, lo **scopo è esterno**, perché concerne un vantaggio a favore di soggetti estranei (es. fondazioni di beneficenza, per l'erogazione di borse di studio, ecc.). Inoltre nelle fondazioni la volontà costitutiva e gestoria proviene da un soggetto esterno, il **fondatore**; mentre nelle associazioni è interna, in quanto deriva dagli stessi **associati**, i quali manifestano la propria volontà mediante contratto e, dopo la costituzione, in assemblea.

A confine tra associazioni e fondazioni può essere collocata la c.d. "fondazione di partecipazione", definita una fondazione a struttura corporativa, qualificata dalla combinazione di tratti tipici della fondazione — il patrocinio di destinazione — e caratteri organizzativi propri dell'associazione — la partecipazione soggettiva alla struttura dell'ente (DE ROSA).

Le persone giuridiche possono essere, oltre che **private**, anche **pubbliche**. Queste ultime sono le Province ed i Comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche (art. 11). Gli enti pubblici appartengono all'Amministrazione Statale e ad essi, in quanto tali, si applica la disciplina pubblicistica. Non è sempre agevole determinare se la persona giuridica sia privata o pubblica: principalmente occorre far riferimento al **modo di costituzione** (se trova origine in un atto privato ovvero proveniente da una pubblica autorità), allo **scopo** (se persegue o meno fini pubblici) ed al **controllo** (se esiste un controllo da parte dello Stato).

Le persone giuridiche, inoltre, possono configurarsi anche come **ecclesiastiche**, che si distinguono da quelle **civili** in quanto costituiscono organi della Chiesa Cattolica e perseguono esclusivamente scopi religiosi attinenti al culto cattolico. Dunque, devono considerarsi ecclesiastici tutti quegli enti che **perseguono un fine di religione o di culto**. Le persone giuridiche ecclesiastiche trovano fonte normativa negli articoli 20 Cost. e 7 del Nuovo Concordato (del 18 febbraio 1984 approvato con l. di ratifica n. 121/1985), i quali stabiliscono che il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto di una associazione od istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività. Lo Stato, inoltre, prevede il riconoscimento — mediante decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell'Interno — come persone giuridiche degli enti ecclesiastici con sede in Italia aventi fine di religione o di culto che siano stati eretti o approvati secondo le norme del diritto canonico (art. 1 l. 20 maggio 1985, n. 222).

Fra le persone giuridiche ecclesiastiche vanno comprese le cc.dd. **fondazioni di culto**, costituite da un patrimonio destinato ad uno specifico fine di « culto ». Esse sono previste espressamente dall'art. 12 della l. n. 222/1985, e possono essere riconosciute solo quando risultino la sufficienza dei mezzi per il raggiungimento dei fini e la rispondenza alle esigenze religiose della popolazione.

2.2. La costituzione.

La **disciplina** delle fondazioni e delle associazioni riconosciute è contenuta, in modo unitario, negli artt. 14 e ss. del codice. Per quanto riguarda l'**atto costitutivo** l'art. 16 richiede, sia per le associazioni che per le fondazioni, l'**atto pubblico**; inoltre la sola fondazione può essere disposta anche con **testamento**. La stessa norma, poi, ne stabilisce il contenuto e le modificazioni, disponendo che l'atto costitutivo e lo statuto devono contenere:

la **denominazione**, avente funzione analoga al **nome** della persona fisica;

lo **scopo**, cioè le **finalità perseguite** dall'ente, le quali, sole, giustificano l'attribuzione e la conservazione della personalità giuridica. Lo scopo dev'essere possibile, lecito e determinato e mai di profitto, bensì ideale, altruistico (a favore degli associati nelle associazioni, e di terzi nelle fondazioni), culturale, ecc.;

il **patrimonio**, ossia l'insieme dei **beni occorrenti per raggiungere lo scopo** istituzionale. Esso è essenziale per le fondazioni (tanto che qualcuno fa coincidere la fondazione con il patrimonio), ma è necessario anche per le associazioni, per i cui debiti queste ultime rispondono comunque esclusivamente con il proprio patrimonio;

la **sede**, che sostituisce la residenza e il domicilio delle persone fisiche ed è costituita dal **luogo in cui si trova l'organo amministrativo** dell'ente;

le **persone**, indispensabili nelle associazioni, ma importanti anche nelle fondazioni (i fondatori, gli amministratori, ecc.);

le norme sull'**ordinamento** e sull'**amministrazione**;

ed inoltre, nella sola ipotesi di associazioni, i **diritti e gli obblighi degli associati** e le condizioni della loro ammissione, e, nel solo caso di fondazioni, i **criteri e le modalità di erogazione delle rendite**.

L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative all'**estinzione** dell'ente ed alla **devoluzione del patrimonio**, e, per le fondazioni, anche quelle relative alla loro **trasformazione**.

L'atto costitutivo si distingue dallo **statuto** in quanto il primo ha la funzione far nascere l'ente, mentre il secondo è diretto a **disciplinarne l'ordinamento e l'amministrazione**; tuttavia i due documenti costituiscono un negozio giuridico unico, ossia il contratto di associazione o l'atto unilaterale istitutivo della fondazione.

Mentre l'atto formativo delle associazioni ha natura di **contratto** (con comunione di scopo o associativo), l'atto costitutivo della fondazione è un **negozio**, tra vivi o a causa di morte, sempre **unilaterale non recettizio**. Dunque, al contratto costitutivo dell'associazione si applicheranno, in tema di invalidità, gli articoli 1420 e 1446 secondo cui la nullità o l'annullabilità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità o annullabilità dell'intero contratto, salvo che la partecipazione di esse debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale, cioè tutte le volte che il venir meno di un associato impedisca il conseguimento dello scopo dell'ente. D'altra parte, nel negozio di fondazione, in caso di una pluralità di fondatori, si avranno di conseguenza più negozi giuridici unilaterali, benché eventualmente contenuti in un unico documento formale.

Quando la fondazione viene costituita **mediante testamento** si avrà un'ipotesi di contenuto atipico del testamento, in quanto il negozio di fondazione di per sé non realizza alcuna attribuzione patrimoniale. In tal caso, oltre al testamento per atto di notaio, potrà essere utilizzata anche la forma del testamento olografo.

L'atto che, invece, è fornito di natura patrimoniale è il c.d. **negozio di dotazione**, autonomo dal negozio di fondazione in senso stretto, che ha la funzione di **destinare determinati beni a favore dell'ente da istituire**. Dunque, l'atto di fondazione è un negozio costitutivo, mentre l'atto di dotazione è un negozio di

destinazione. Si tratta di due **negozi** autonomi ma fra loro **collegati**, nel senso che ciascuno influisce sulle vicende dell'altro. In particolare, il negozio di dotazione — pur avendo certamente natura gratuita — non costituisce una vera donazione ma una liberalità non donativa e, di conseguenza, sarà soggetto alla disciplina giuridica sostanziale della donazione ed alla disciplina formale propria (cfr. art. 809).

Mentre non molto tempo addietro l'art. 12 stabiliva che « le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto del Presidente della Repubblica », 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.

Il controllo, ampiamente discrezionale, circa la sussistenza di questi requisiti è svolto dal Prefetto, così che il Registro delle Persone Giuridiche non è più conservato presso la Cancelleria del tribunale di ogni capoluogo di Provincia e tenuto sotto la sorveglianza del Presidente del tribunale, ma è istituito presso le Prefetture e tenuto sotto la diretta sorveglianza del Prefetto.

Naturalmente la stessa procedura vale anche per le **modifiche** dell'atto costitutivo e dello statuto.

Va aggiunto infine che l'art. 6 del citato d.p.r. n. 361/2000 dispone che la Prefettura, la Regione ovvero la Provincia autonoma competente accerta, su istanza di qualunque interessato o anche d'ufficio, l'esistenza di una delle cause di **estinzione** della persona giuridica previste dall'art. 27 e dà comunicazione della dichiarazione di estinzione agli amministratori e al Presidente del tribunale affinché si proceda alla nomina dei liquidatori.

2.3. Il patrimonio.

Come già anticipato, le persone giuridiche sono caratterizzate da una **autonomia patrimoniale perfetta**, ovvero una **separazione completa del patrimonio di coloro che vi partecipano o le amministrano rispetto ai debiti dell'ente e viceversa**. Dunque, le persone giuridiche hanno non solo soggettività giuridica (cioè capacità giuridica e di agire ma autonomia patrimoniale parziale), ma anche completa autonomia patrimoniale. Proprio per questo la loro capacità è piena ed investe tutti i rapporti giuridici, tranne quelli che richiedono necessariamente l'esistenza di una persona fisica (quali, ad esempio, la possibilità di fare

testamento, di contrarre matrimonio, di adottare dei figli, di essere titolari del diritto reale di abitazione, ecc.).

Prima della l. 15 maggio 1997, n. 127 (Bassanini *bis*) l'art. 17, allo scopo di verificare se l'ente avesse i mezzi adeguati per il raggiungimento del proprio scopo sociale e se eventuali lasciti o acquisti fossero necessari a tal fine, nonché per controllare la convenienza dell'acquisto, stabiliva che **l'acquisto di immobili, di eredità, di donazioni e di legati** da parte di persone giuridiche non poteva avvenire se non previa autorizzazione governativa. L'art. 13 della legge citata ha invece abrogato il detto art. 17, nonché tutte le altre disposizioni che prescrivono autorizzazioni per l'acquisto di immobili o per accettazione di donazioni, eredità e legati da parte di persone giuridiche, associazioni e fondazioni. Successivamente, la l. 22 giugno 2000, n. 182 ha modificato l'art. 13 della l. n. 127/1997 integrandolo e abrogando anche gli articoli 600, 782, 4° comma e 786, sancendo così la definitiva liberalizzazione del sistema degli acquisti da parte di tutti gli enti giuridici.

2.4. Gli organi.

Le persone giuridiche **agiscono attraverso degli organi**. Organo necessario di ogni persona giuridica è l'amministratore e, per le sole associazioni, anche l'assemblea degli associati. Possono poi aggiungersi organi eventuali: un organo di controllo ed il collegio arbitrale. Va subito detto che il **rapporto organico** non può essere ricondotto nell'ambito del concetto di rappresentanza, in quanto quest'ultima suppone necessariamente l'esistenza di due distinti soggetti (il rappresentato e il rappresentante), mentre gli organi s'identificano con l'ente per il quale agiscono, cioè non costituiscono entità distinte, ma sono le persone giuridiche stesse (tanto che il rapporto organico viene definito di "**immedesimazione**").

L'**organo amministrativo** (amministratore unico o consiglio di amministrazione) è la **persona (o le persone) fisica che esercita l'attività di gestione dell'ente per il raggiungimento del suo scopo e, di regola, lo rappresenta nei rapporti esterni**. Esso possiede tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, salve eventuali limitazioni che devono essere contenute nell'atto costitutivo e debitamente pubblicizzate nel Registro delle Persone Giuridiche, a pena di inopponibilità ai terzi, salvo che si provi che questi ne erano a conoscenza (art. 19). Il controllo che eventualmente l'autorità governativa può esercitare sull'amministrazione delle sole fondazioni è esclusivamente un controllo di legittimità (cfr. art. 25). Quanto alla responsabilità degli amministratori, essi rispondono verso l'ente secondo le regole del mandato (art. 18): in altri termini essi devono eseguire l'incarico ricevuto con la diligenza media adeguata al tipo di prestazione dovuta, altrimenti sono tenuti a risarcire i danni procurati all'ente.

L'**assemblea**, prevista unicamente per le associazioni (art. 20), è un **organo collegiale con funzione deliberante, al quale partecipano tutti gli associati**. Costituisce l'organo principale dell'associazione, in quanto ad essa spettano le decisioni relative alla vita, all'attività ed alla disciplina dell'ente. Deve essere

convocata dagli amministratori almeno una volta l'anno per l'approvazione del bilancio e tutte le volte che se ne ravvisi la necessità ovvero — a tutela della minoranza — quando ne è fatta richiesta motivata da almeno un decimo degli associati (art. 20, 2° comma).

Le **funzioni** specificamente riservate all'assemblea sono:

- l'approvazione del bilancio (art. 20);
- le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 21, 2° comma);
- lo scioglimento dell'associazione e la devoluzione del patrimonio (art. 21, 3° comma);
- la nomina e la revoca degli amministratori e l'azione di responsabilità contro di essi (art. 22);
- l'esclusione degli associati (art. 24, 3° comma).

L'assemblea delibera secondo il **principio maggioritario** (cfr. art. 21).

Nelle ipotesi in cui siano contrarie alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto possono le delibere assembleari essere **annullate** su istanza degli organi dell'ente, di qualunque associato o del pubblico ministero, ma restano salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima (art. 23).

Giurisprudenza

L'approvazione del bilancio di un'associazione non riconosciuta non rileva al fine di esonerare il suo amministratore dall'obbligo di restituire le somme che gli sono state rimborsate a titolo di anticipazioni da lui sostenute in favore dell'associazione in assenza della prova della riferibilità di tali spese all'adempimento dei suoi obblighi, il cui onere incombe sullo stesso amministratore (Cass. civ., ord. 12 gennaio 2023, n. 664).

2.5. Il rapporto associativo.

Il **rapporto associativo** è quel **rapporto che lega l'associato all'associazione**. Il contratto di associazione è un contratto aperto — figura prevista dal legislatore all'art. 1332 — nel senso che ad esso possono successivamente aderire altre parti. La qualità di associato ha natura personale e non può essere trasmesso, neppure in via ereditaria, a meno che l'atto costitutivo e lo statuto prevedano la possibilità del trasferimento, anche per atto *inter vivos* o a titolo oneroso.

L'associato, ponendo in essere un atto unilaterale e recettizio, può sempre **recedere** dall'associazione, nei limiti e con le formalità previsti dal comma 2 dell'art. 24; è tuttavia ammissibile che l'associato si obblighi a restare nell'associazione per un tempo determinato (art. 24, comma 2), ma, anche in questo caso, deve ritenersi ammissibile il recesso, se derivi da una giusta causa.

Oltre che con il recesso, il rapporto associativo può essere sciolto meditante l'esercizio del potere di **esclusione** da parte del gruppo, previsto dal 3° comma dell'art. 24, il quale stabilisce che l'esclusione è deliberata dall'assemblea qua-

lora sussistano gravi motivi; l'associato può, peraltro, ricorrere all'autorità giudiziaria entro sei mesi dal giorno in cui gli è stata notificata la deliberazione. I gravi motivi possono sussistere in gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dalla legge o dal contratto sociale, nell'interdizione e l'inabilitazione del socio o nella sua condanna ad una pena che importi l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici.

L'associato escluso o receduto, in ogni caso, **non può ripetere i contributi versati** né vantare diritti sul patrimonio dell'ente (art. 24, ult. comma).

Giurisprudenza

Le deliberazioni associative invalide per violazioni di legge e di statuto possono essere annullate dal giudice e, medio tempore, sospese con decreto ove ricorrano gravi motivi; del pari gravi motivi devono sostenere una decisione di espulsione dell'associato (Trib. Napoli, decr. 16 febbraio 2023).

2.6. Estinzione e trasformazione.

Le associazioni riconosciute **si estinguono** per le **cause previste nell'atto costitutivo** e nello statuto, nonché per il **raggiungimento dello scopo**, per l'**impossibilità sopravvenuta** di conseguirlo e per il **venire meno di tutti gli associati** (art. 27). Altre cause di estinzione sono la delibera assembleare di **scioglimento** (art. 21, 3° comma), l'esaurirsi del termine di **durata**, la dichiarazione di **nullità** del contratto costitutivo.

Una volta dichiarata l'estinzione della persona giuridica, si procede alla **liquidazione** del suo patrimonio secondo le norme di attuazione del codice civile (artt. 11-21 disp. Att.). In tale fase l'ente continua ad esistere ma con l'unico scopo di esaurire il procedimento liquidatorio; infatti durante la liquidazione è fatto espresso divieto agli amministratori di intraprendere nuove operazioni, pena l'assunzione di responsabilità personale e solidale (art. 29). Tuttavia, anche dopo la fine della liquidazione la persona giuridica sopravvive se risultino non ancora definiti tutti i rapporti giuridici pendenti e, dunque, se sussistano debiti o crediti. Esauriti i quali, si procederà alla materiale **cancellazione** dell'ente dal Registro delle persone giuridiche, che ha efficacia costitutiva allo stesso modo dell'iscrizione.

I **beni della persona giuridica** che restano una volta esaurita la liquidazione, sono devoluti in conformità dell'atto costitutivo o dello statuto (art. 31, 1° comma). Ma, in mancanza di clausole al riguardo, se trattasi di fondazione, provvede l'autorità governativa attribuendo i beni ad altri enti che hanno fini analoghi; se trattasi di associazione, si osservano le deliberazioni dell'assemblea che ha stabilito lo scioglimento e, quando anche queste mancano, provvede nello stesso modo l'autorità governativa (art. 31, 2° comma).

Mentre prima della riforma del diritto delle società (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) era discussa

l'ammissibilità della **trasformazione delle associazioni in società lucrative**, oggi gli artt. Da 2500-*septies* a 2500-*novies* disciplinano un istituto sconosciuto al legislatore del codice del 1942, cioè la trasformazione cosiddetta eterogenea da società di capitali in consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni, nonché quella inversa dei predetti enti (ad eccezione delle cooperative) in società di capitali. In passato dottrina e giurisprudenza dubitavano della possibilità di un tale tipo di trasformazione, la quale viene ad incidere sulla causa e sul modello organizzativo inizialmente prescelto dai partecipanti all'ente che si trasforma. La riforma, però, sulla base del principio dell'applicabilità della trasformazione quale strumento generale, la consente anche per enti che non presentino struttura societaria, e addirittura per organizzazioni prive di una struttura associativa, come le fondazioni.

3. Gli enti non personificati: associazioni non riconosciute e comitati.

Il codice civile, agli artt. 36-42, detta una disciplina scarsa ed incompleta degli **enti che non hanno personalità giuridica**, la quale riguarda esclusivamente l'ordinamento e l'amministrazione, il fondo comune, le obbligazioni e la responsabilità. In mancanza di una **disciplina** sufficiente supplisce l'**accordo** degli associati, espressamente previsto dal 1° comma dell'art. 36, che si riferisce non soltanto al contratto dal quale prende vita l'associazione (atto costitutivo) ma, altresì, allo statuto.

Questi enti (detti anche, con espressione non appropriata, enti di fatto) devono essere considerati **soggetti di diritto** anche se **non possiedono una autonomia patrimoniale perfetta**, nel senso che per gli atti da loro compiuti risponde non soltanto il patrimonio dell'ente (come avviene per le persone giuridiche), ma anche i soggetti che hanno agito in nome e per conto dell'ente stesso (Cass. civ., sent. 10 settembre 2009, n. 19486; Cass. civ., sent. 14 dicembre 2007, n. 26290; MESSINEO, RESCIGNO). L'autonomia patrimoniale perfetta si acquista soltanto con il riconoscimento; dunque il concetto di personalità giuridica va distinto da quello di soggettività giuridica. Anzi, secondo un'opinione attualmente minoritaria (RUBINO, FERRARA, SANTORO-PASSARELLI), gli "enti di fatto" non avrebbero nemmeno soggettività giuridica, ed il loro patrimonio, in realtà, apparterebbe ai soggetti che ne fanno parte, anche se rappresenta un patrimonio separato dal patrimonio di questi ultimi, in quanto è destinato a perseguire gli scopi dell'ente.

A tale categoria appartengono le associazioni non riconosciute, i comitati e le società di persone.

3.1. L'associazione non riconosciuta.

Gli **elementi essenziali** del contratto di **associazione non riconosciuta** sono lo **scopo**, le **condizioni** per l'ammissione degli associati e le regole sull'**ordinamento interno** e sull'**amministrazione**. In tale tipo di associazioni, a differenza che nelle associazioni riconosciute, non occorre determinare il contenuto degli

obblighi degli associati. Inoltre la denominazione e la sede dell'associazione sono elementi soltanto naturali e non essenziali del contratto costitutivo.

Quanto agli **associati**, possono essere sia persone fisiche che persone giuridiche. E l'atto costitutivo, a seconda del tipo di scopo perseguito dall'associazione, può consentire che si associno esclusivamente soggetti che abbiano determinati requisiti o svolgano una particolare professione compatibili con lo scopo e con la natura dell'associazione (ad esempio, che partecipino ad un'associazione di ricerca nel campo della medicina soltanto medici).

Poiché, come già detto, la **disciplina** dell'associazione non riconosciuta è incompleta, eventuali lacune legislative dovranno essere colmate mediante l'**applicazione analogica** della normativa sulle associazioni riconosciute, sempre che non si tratti di disposizioni che fanno riferimento al riconoscimento o alla capacità e alla responsabilità e che presuppongono quindi necessariamente la personalità giuridica. Ove anche detta disciplina risulti insufficiente si farà ricorso, sempre in via analogica, alle disposizioni sulle società di persone; in ultima analisi si applicheranno le norme generali sui contratti e quelle particolari relative ai contratti plurilaterali associativi.

Giurisprudenza

Lo studio professionale associato, ancorché privo di personalità giuridica, rientra a pieno titolo nel novero di quei fenomeni di aggregazione di interessi cui la legge attribuisce la capacità di porsi come autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici, con la conseguenza che il giudice di merito, che sia chiamato a decidere in ordine alla legittimazione attiva dello studio professionale, ove accerti che gli accordi tra gli associati prevedono l'attribuibilità degli incarichi professionali anche all'associazione e la spettanza ad essa dei compensi per gli incarichi conferiti ai soci, è tenuto ad individuare il soggetto cui, a prescindere dalla procura ad litem, sia stato conferito l'incarico professionale, oltre a verificare, sulla base del contenuto degli accordi tra i singoli associati per la disciplina dell'attività comune, l'eventuale attribuzione all'associazione del potere di rappresentanza del singolo associato cui l'incarico sia stato direttamente conferito (Cass. civ., ord. 20 aprile 2023, n. 10732).

Abbiamo già visto come l'associazione non riconosciuta abbia la **capacità di compiere tutti gli acquisti**, sia a titolo derivativo che a titolo originario, sia a titolo oneroso che a titolo gratuito. Va aggiunto che, a mente dell'art. 37, tali acquisti, unitamente ai contributi degli associati, costituiscono il **fondo comune** dell'associazione. In particolare, finché questa dura i singoli associati non possono chiedere la divisione del fondo comune, né pretenderne la quota in caso di recesso, in quanto il fondo comune appartiene esclusivamente all'associazione; mentre l'associato non ha su di esso alcun diritto, tranne l'utilizzo dei beni dell'ente compatibilmente con il godimento degli altri associati. Quindi gli unici soggetti che hanno il diritto di rivalersi sul fondo comune sono i creditori dell'associazione. Anche nel caso di scioglimento del rapporto associativo limitata-

mente ad un socio (recesso, esclusione, ecc.), l'associato non ha alcun diritto di liquidazione o altro diritto sul fondo. Solo in caso di scioglimento dell'associazione è possibile che i beni residui, estinte le passività, vengano devoluti agli attuali associati, se ciò è previsto dallo statuto o è deliberato dall'assemblea (art. 37). Inoltre, per ciò che riguarda la **capacità processuale**, a norma del 2° comma dell'art. 36, le associazioni possono stare in giudizio nella persona di coloro ai quali, secondo questi accordi, è conferita la presidenza o la direzione.

Quanto agli **organismi**, in mancanza di un'espressa normativa che li regoli o di apposito accordo degli associati, si applicheranno per analogia le norme sulle associazioni riconosciute, le quali prevedono gli amministratori (artt. 16, 1° comma, 18, 20, 21 e 22) e l'assemblea (artt. 20 e 21).

Fondamentale differenza rispetto agli enti riconosciuti concerne il regime della **responsabilità**. Infatti stabilisce l'art. 38 che per le obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo comune. Ma anche che delle obbligazioni stesse rispondono altresì **personalmente e solidalmente** le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione. La dottrina e la giurisprudenza (RUBINO; BIANCA; CASS. civ., sent. 23 giugno 2009, n. 14612; Cass. civ., sent. 12 marzo 2007 n. 5746) configurano questa responsabilità come una fideiussione legale. Secondo il disegno normativo, dunque, il creditore, per soddisfare il suo credito verso l'ente, può indifferentemente rivolgersi all'associazione ovvero direttamente a chi ha agito per essa, senza l'onere di dover prima escutere il fondo comune (cfr. art. 1944).

In applicazione analogica dell'art. 24, 2° comma, previsto per l'associazione riconosciuta, all'associato spetta il diritto di **recesso**. Egli, inoltre, sempre per analogia (con l'art. 24, 3° comma) può essere **escluso** per gravi motivi con delibera dell'assemblea.

L'associazione non riconosciuta **si estingue** per le stesse cause esaminate per le associazioni riconosciute, cioè, oltre che per le cause indicate nell'atto costitutivo e nello statuto, per il raggiungimento dello scopo, per l'impossibilità sopravvenuta di conseguirlo e per il venir meno di tutti gli associati (art. 27, 1° e 2° comma), nonché a seguito di delibera assembleare di scioglimento (art. 21, 3° comma) e per l'esaurirsi del termine di durata (art. 4, d.p.r. n. 361/2000).

Anche l'estinzione dell'associazione non riconosciuta implica una fase di **liquidazione** delle attività e passività dell'ente. Essa si estinguerà solo a seguito della effettiva definizione di tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi.

Un cenno, infine, merita la categoria delle cc.dd. **no profit organization**. Infatti, accanto agli enti pubblici, a partire dalla fine degli anni '70, è frequente che anche enti privati perseguano fini tipicamente pubblicistici (sociali, di volontariato, di formazione, di tutela dell'ambiente, ecc.). Tali enti sono definiti, proprio per questo, **no profit**, e l'ambito in cui operano è quello del c.d. "terzo settore" (cioè terzo rispetto ai settori pubblico e privato). Si tratta in genere di soggetti non personificati, ma possono essere anche persone giuridiche. Tra gli altri, la normativa, dall'inizio degli anni '90, ha previsto i seguenti:

associazioni di volontariato (l. 11 agosto 1991, n. 266);

onlus - Organizzazioni Non Lucrative di Utilità Sociale (d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460);

associazioni di promozione sociale (l. 7 dicembre 2000, n. 383);

imprese sociali (d.lgs. n. 155/2006).

Infine la materia è stata riordinata dal d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117 (c.d. Codice del Terzo settore), aggiornato da ultimo con le modifiche apportate dal d.l. 22 marzo 2021 n. 41, che, composto da ben 104 articoli raggruppati in 12 titoli, disciplina gli enti del terzo settore in generale (Titolo II), il volontariato e la relativa attività (Titolo III), le associazioni e fondazioni del terzo settore (Titolo IV), fino alle particolari categorie di enti quali le associazioni di promozione sociale e gli enti filantropici.

Il Codice del Terzo Settore, in altri termini, costituisce la raccolta organica di tutte le norme che riguardano gli enti del terzo settore.

Giurisprudenza

In tema di associazioni non riconosciute, la responsabilità personale e solidale, prevista dall'art. 38 c.c., di colui che agisce in nome e per conto dell'associazione non è collegata alla mera titolarità della rappresentanza dell'associazione stessa, bensì all'attività negoziale concretamente svolta per suo conto che abbia dato luogo alla creazione di rapporti obbligatori fra l'ente ed i terzi. Peraltro, l'operatività di tale principio in materia tributaria non esclude che per i debiti d'imposta, che sorgono non su base negoziale ma derivano ex lege dal verificarsi del relativo presupposto, sia chiamato a rispondere solidalmente, tanto per le sanzioni pecuniarie quanto per il tributo non corrisposto, il soggetto che, in forza del ruolo rivestito, abbia diretto la gestione complessiva dell'associazione nel periodo di relativa investitura (Cass. civ., ord. 17 marzo 2023, n. 7906).

In tema di associazioni non riconosciute, il creditore, ove intenda avvalersi del disposto dell'art. 38 c.c., deve convenire nel giudizio di cognizione preordinato alla formazione del titolo esecutivo non solo l'associazione, ma anche il soggetto che ritiene solidalmente obbligato con essa, chiedendo che ne sia accertata tale responsabilità e sia condannato, unitamente all'ente, al pagamento del dovuto (App. Salerno, sent. 16 maggio 2023, n. 637).

In tema di associazione non riconosciuta, lo scioglimento dell'associazione verificatosi nelle more del giudizio di primo grado non ne determina l'automatica perdita della capacità di stare in giudizio, permanendo in vita l'associazione, quale centro di imputazione di effetti giuridici, in relazione a tutti i rapporti ad essa facenti capo e non ancora esauriti (c.d. principio di "ultrattività" dell'associazione disciolta) tramite i precedenti titolari degli organi esponentziali in carica alla data di scioglimento, operanti in regime di "prorogatio". Sotto altro aspetto, gli organi legittimati ad esprimere la volontà dell'ente permangono in carica, in applicazione analogica dell'art. 2385 c.c. e salvo che sia diversamente stabilito dallo statuto o dall'assemblea, fino alla sostituzione dei loro componenti, dovendosi presumere che tale "perpetuatio" sia conforme all'interesse dei membri di dette associazioni

perché volta a consentire il normale funzionamento delle stesse (Trib. Napoli, sent. 26 gennaio 2023, n. 525).

3.2. Il comitato.

Il legislatore non definisce la figura del **comitato**, ma, all'art. 39, si limita ad elencarne le specie più frequenti: i comitati di soccorso o di beneficenza e i comitati promotori di opere pubbliche, monumenti, esposizioni, mostre, festeggiamenti e simili. La sua nozione, quindi, si ricava dalla elaborazione dottrinale (TRABUCCHI), quali **organizzazioni volontarie di persone che promuovono il perseguimento di scopi collettivi ed esterni ai promotori utilizzando mezzi finanziari raccolti mediante oblazioni o pubbliche sottoscrizioni**.

Gli **elementi che caratterizzano** il comitato sono: la denominazione, la durata, la pubblica sottoscrizione, la struttura chiusa del rapporto e lo scopo. Tuttavia non tutti questi elementi sono indispensabili; ad esempio si ritiene che la denominazione possa mancare, allo stesso modo della durata. Dunque, gli unici elementi essenziali e caratterizzanti il comitato sono essenzialmente tre:

lo **scopo**, il quale deve necessariamente essere non solo **altruistico** (cosa comune alle associazioni) ma anche **esterno**, cioè diretto alla realizzazione di interessi che non coincidono con quelli dei promotori (si pensi ai comitati di soccorso o di beneficenza) o, come nelle associazioni, con quelli degli stessi associati (ad esempio i sindacati);

la **responsabilità**, in quanto — mentre nelle associazioni non riconosciute delle obbligazioni assunte per l'ente rispondono, oltre al fondo comune, le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione — nei comitati l'art. 39 prevede la **responsabilità personale ed illimitata di tutti i componenti del comitato**, cioè anche di quelli che non hanno agito in nome e per conto dell'ente stesso;

la **destinazione dei fondi**, giacché nel comitato i componenti non possono destinare i fondi raccolti ad uno scopo diverso da quello indicato al pubblico e per il quale i sottoscrittori hanno effettuato le oblazioni.

Circa la **natura giuridica** del comitato, alcuni autori (MESSINEO, SANTORO-PASSARELLI) lo fanno rientrare nell'ampio concetto di fondazione, esaltando l'importanza della destinazione del patrimonio a quel determinato scopo altruistico rispetto al gruppo associato dei promotori. Altri (AURICCHIO, BIANCA, TAMBURRINO), unitamente a parte della giurisprudenza (Cass. civ. n. 3787/1958, Cass. civ. n. 2561/1973), dando rilievo invece all'elemento soggettivo, lo considerano un'associazione non riconosciuta. Una terza opinione, seguita da altra dottrina (GALGANO) e dalla più recente giurisprudenza (Cass. civ., sent. 23 giugno 1994, n. 6032; Cass. civ., sent. 12 giugno 1986, n. 3898), gli attribuisce una duplice struttura, a seconda del momento che viene considerato: nella prima fase, quella relativa alla raccolta dei fondi, costituisce una e propria associazione; nella seconda fase, nella quale i fondi raccolti vengono amministrati ed utilizzati per un certo scopo, assume i caratteri della fondazione. Ad ogni modo, ciò che distingue il comitato dalle

associazioni concerne il **modo di procurarsi il patrimonio**, il quale non viene formato dai contributi degli associati, ma dai **contributi di soggetti esterni, ossia i sottoscrittori**.

Come già visto per gli enti senza personalità giuridica, anche il comitato è un **soggetto di diritto**, avente **autonomia patrimoniale imperfetta**.

Le categorie di **persone** coinvolte nella vita del comitato sono tre:

i **promotori**, i quali danno origine al comitato partecipando al contratto costitutivo e promuovono le sottoscrizioni e la raccolta dei fondi per il perseguimento dello scopo voluto;

i **sottoscrittori**, cioè i soggetti che, dopo la presentazione del programma al pubblico, costituiscono il patrimonio dell'ente mediante sottoscrizione di oblazioni (art. 41). Essi vanno considerati terzi rispetto al contratto associativo. Il **negozio di oblazione**, vale a dire l'atto con cui i sottoscrittori trasferiscono al comitato i beni, lungi dall'essere inquadrato fra i negozi a titolo oneroso, costituisce una figura *sui generis* di contratto traslativo gratuito, con il quale gli oblatori trasferiscono al comitato determinati beni (TAMBURRINO);

gli **organizzatori**, cioè coloro che assumono la gestione dei fondi raccolti e provvedono alla loro conservazione e alla loro destinazione allo scopo annunziato (art. 40).

Al Presidente, infine, viene attribuita la rappresentanza processuale del comitato (art. 41, ult. comma), indipendentemente dalla rappresentanza sostanziale.

Il comitato **si costituisce** mediante un vero e proprio **contratto**, come quello costitutivo delle società e delle associazioni, che ha natura di contratto associativo e rientra nella categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo.

Quanto alla **responsabilità per le obbligazioni** dell'ente, va distinta la responsabilità degli amministratori da quella dei componenti e dei sottoscrittori. Infatti, gli **organizzatori**, e coloro che assumono la gestione dei fondi raccolti, sono responsabili — verso il comitato stesso, gli oblatori ed i terzi beneficiari dell'erogazione dei fondi — personalmente e solidalmente della conservazione dei fondi e della loro destinazione allo scopo annunziato (art. 40). I **componenti** rispondono — nei confronti dei terzi che abbiano contrattato con il comitato o in altro modo siano divenuti creditori di esso — personalmente e solidalmente delle obbligazioni assunte. Infine, i **sottoscrittori** sono tenuti soltanto ad effettuare le oblazioni promesse.

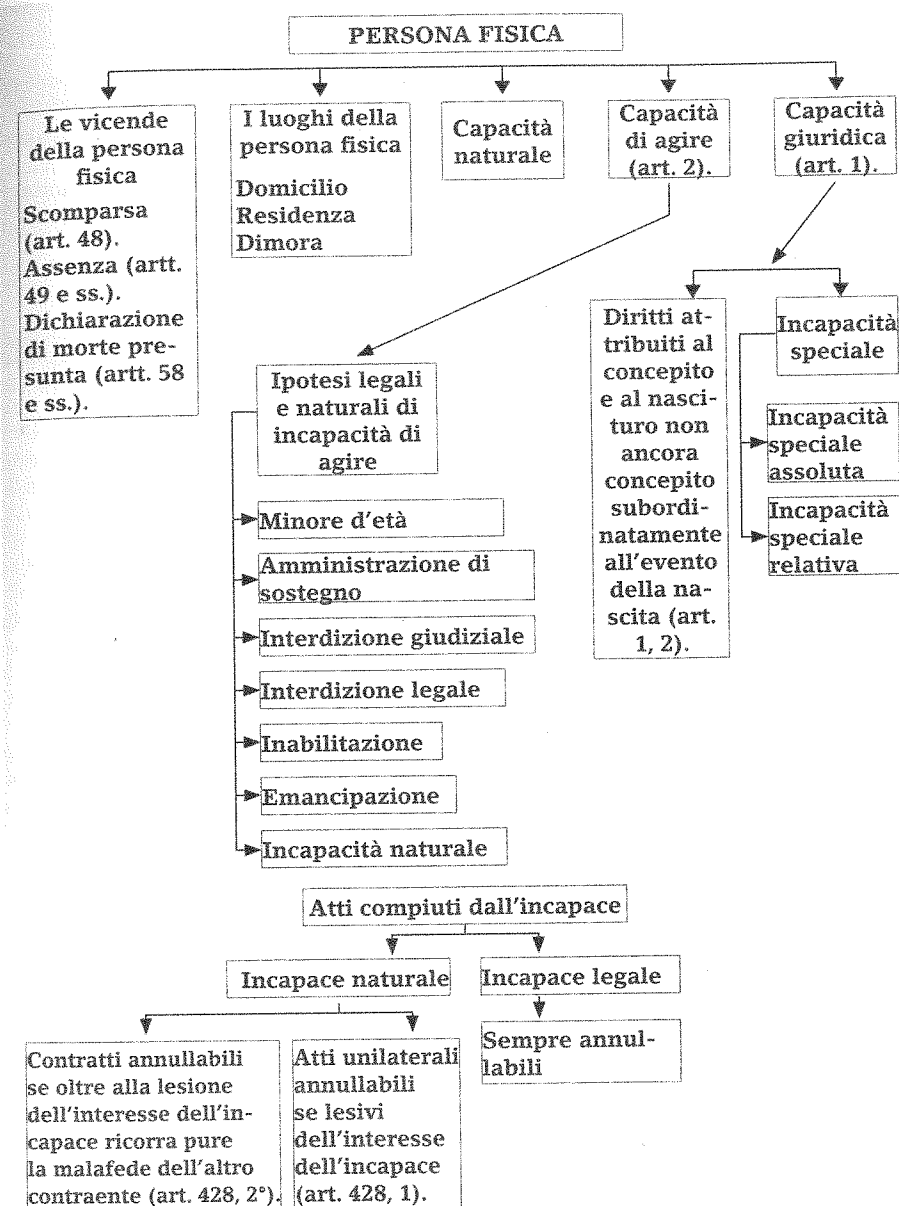
Nel comitato delle obbligazioni assunte rispondono personalmente e illimitatamente tutti i componenti, senza distinzione tra chi ha agito e chi non ha agito, in concreto, per conto del comitato medesimo, e senza che abbia rilevanza la veste particolare di chi ha posto in essere l'attività. Ciò anche se le obbligazioni traggono la loro fonte da fatti illeciti connessi all'esercizio di un'attività posta in essere per il comitato, non rinvenendosi una limitazione di tale responsabilità alle sole obbligazioni negoziali né alla lettera né alla *"ratio"* della disposizione di cui all'art. 41 c.c. (Cass. civ., sent. 12 gennaio 1982, n. 134).

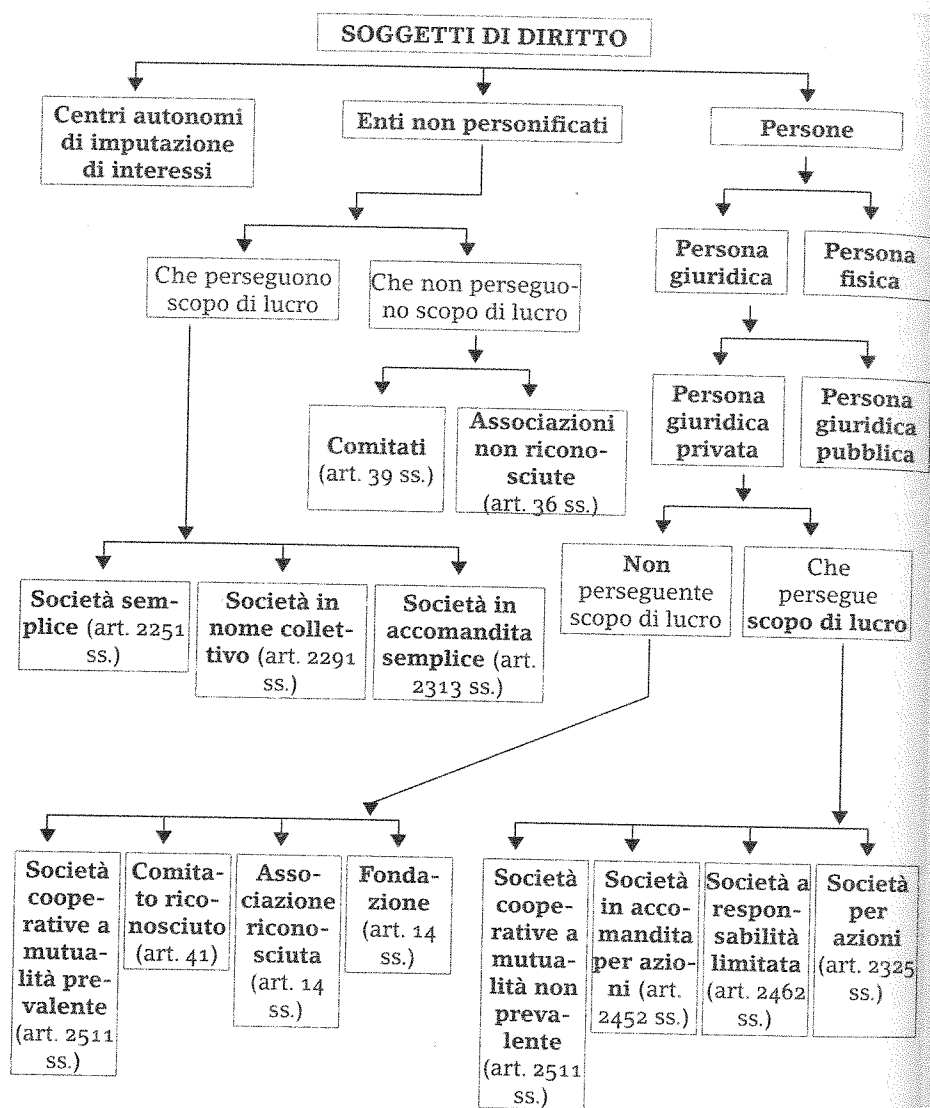
Il comitato **si estingue**, secondo l'art. 42, soltanto per insufficienza dei fondi raccolti, attuazione o raggiungimento dello scopo e inattuabilità sopravvenuta dello stesso. Tuttavia, si ritiene che a queste cause vadano aggiunte quelle previste per l'associazione non riconosciuta, cioè il venir meno di tutti i componenti, il verificarsi di un vizio riguardante il singolo rapporto di ciascun componente (se questo risulta essenziale per la vita dell'ente), la deliberazione dell'assemblea con il consenso di tutti i componenti e, infine, qualunque altra causa prevista dall'atto costitutivo.

Dopo l'estinzione del comitato i **beni residui** saranno devoluti secondo quanto è stato stabilito nell'atto costitutivo del comitato. Ove nulla sia disposto, provvederà l'autorità governativa, posto l'interesse pubblico alla destinazione dei fondi secondo i fini del comitato.

L'art. 42-bis, inserito dall'art. 98, comma 1, del d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117, c.d. Codice del Terzo settore, consente alle associazioni riconosciute e non riconosciute e alle fondazioni, di operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni, soggette alla relativa disciplina codicistica. Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore.

SCHEMA 2 La persona fisica e i soggetti di diritto



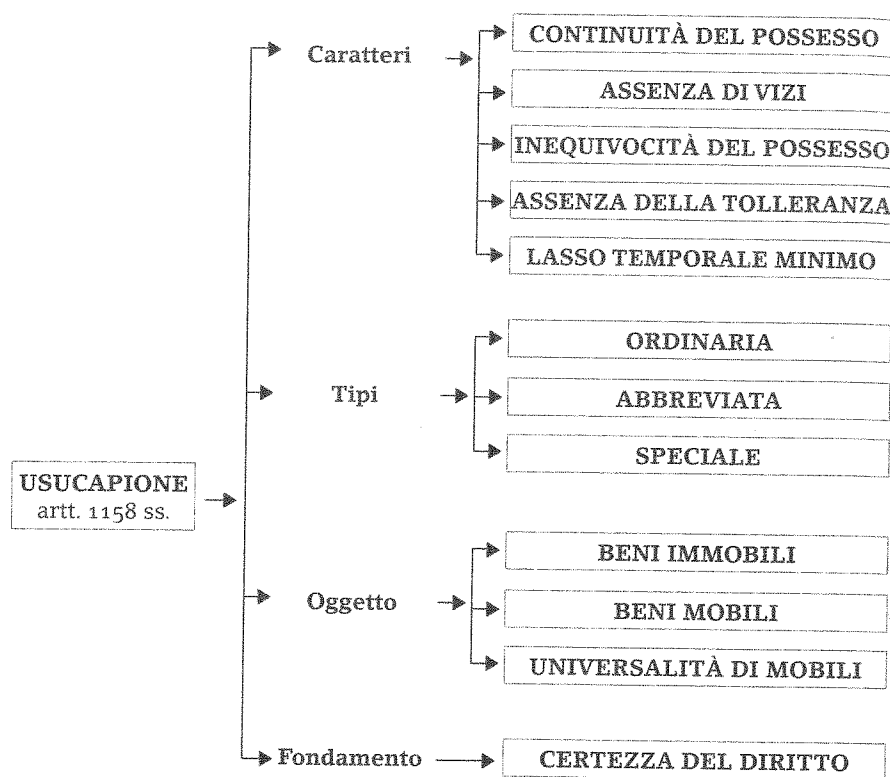
**PARTE SECONDA**

LA FAMIGLIA

CAPITOLO IV

I RAPPORTI PERSONALI

GUIDA Sezione I. I RAPPORTI DI FAMIGLIA IN GENERALE 1. Il diritto di famiglia: caratteri generali 2. L'evoluzione del diritto di famiglia 3. La famiglia legittima 4. La famiglia di fatto 5. La convivenza di fatto secondo la l. n. 76/2016 6. L'unione civile 7. Misure contro la violenza nelle relazioni familiari **Sezione II. IL MATRIMONIO** 1. Il matrimonio come atto e come rapporto 2. La promessa di matrimonio 3. Le condizioni 4. La celebrazione 5. L'invalidità 6. I vizi del consenso 7. Il matrimonio putativo **Sezione III. LA FILIAZIONE** 1. Nozione 2. I figli nati nel matrimonio 3. L'azione di disconoscimento della paternità 4. Le azioni di contestazione e di reclamo dello stato di figlio 5. I figli nati fuori del matrimonio 6. L'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità 7. Abrogazione dell'istituto della legittimazione dei figli naturali **Sezione IV. LA SEPARAZIONE DEI CONIUGI E LO SCIoglimento DEL MATRIMONIO** 1. La separazione personale dei coniugi 1.1. Caratteri 1.2. Affidamento dei figli 2. Lo scioglimento del vincolo: la morte 3. Lo scioglimento del vincolo: il divorzio **Sezione V. ADOZIONE E AFFIDAMENTO** 1. L'adozione: nozione ed evoluzione storica dell'istituto 2. L'adozione dei minori 3. L'adozione particolare 4. L'adozione di minori stranieri (c.d. adozione internazionale) 5. L'adozione di persone maggiorenni 6. L'affidamento temporaneo dei minori **Sezione VI. L'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE** 1. Concetti e caratteri generali 2. Presupposti e legittimazione 3. Misura degli alimenti 4. Modalità di somministrazione della prestazione alimentare

SCHEMA 14 Usucapione**PARTE QUINTA****L'OBBLIGAZIONE****CAPITOLO XIV****OBBLIGAZIONE E RAPPORTO OBBLIGATORIO**

GUIDA 1. L'obbligazione e il rapporto giuridico obbligatorio

1. L'obbligazione e il rapporto giuridico obbligatorio.

Con il termine **obbligazione**, si indica il **vincolo giuridico** in forza del quale un soggetto (soggetto passivo o debitore) è tenuto ad un determinato comportamento a favore di un altro soggetto (soggetto attivo o creditore).

L'**obbligazione o debito**, quale situazione giuridica passiva relativa, si correla necessariamente alla corrispondente posizione giuridica attiva relativa: il **diritto di credito o pretesa**.

Questo **nesso di correlatività** tra le posizioni giuridiche soggettive, nella specie, è detto **rapporto obbligatorio**.

Nel rapporto giuridico obbligatorio si individuano, pertanto, **due distinte "posizioni" soggettive**:

una **passiva (debito)**, rappresentata dalla situazione giuridica del debitore, che è tenuto ad effettuare una **determinata prestazione** suscettibile di **valutazione economica** e nell'**interesse del creditore** ex art. 1174;

l'altra **attiva (credito)**, costituita dalla situazione giuridica del creditore, che ha una pretesa giuridicamente tutelata a quella prestazione **per realizzare il suo interesse** anche non patrimoniale (es.: un interesse culturale, artistico ecc.).

L'oggetto dell'obbligazione è costituito, secondo la formula dell'art. 1174, dalla **prestazione**.

Vi si legge, infatti, che « la prestazione... forma oggetto dell'obbligazione... ».

Della prestazione il legislatore, dopo averla collocata nel rapporto obbligatorio come oggetto, non fornisce una definizione, e nemmeno procede a classificare le varie specie di prestazione in ragione dell'attività che si richiede al debitore: attività di dare (trasferire, restituire, consegnare) o di fare, di non fare, di prestare il consenso (nel caso, ad es., di obbligazione da contratto preliminare).

Secondo la dottrina, il requisito della **patrimonialità della prestazione** è utile per distinguere l'obbligazione da altri obblighi giuridici privi del medesimo carattere, come gli **obblighi non economici** di natura familiare quali, ad es., quelli di fedeltà e di collaborazione.

La giurisprudenza — ispirandosi alla tesi contenuta nella Relazione al codice (n. 557), secondo la quale "la possibilità di valutazione economica non si ha soltanto se la prestazione abbia un intrinseco valore patrimoniale, ma anche quando lo riceve di riflesso dalla natura della controprestazione ovvero da una valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui si conviene una clausola penale" — ritiene che il requisito della patrimonialità della prestazione possa essere inteso sia in senso **oggettivo** sia in senso **sogettivo**.

Da ciò deriva che anche le prestazioni non aventi carattere patrimoniale lo acquistano se dedotte in un contratto a prestazioni corrispettive (Cass. civ., n. 649/1971), posto che in tali casi la possibilità di valutazione economica della prestazione di per sé non patrimoniale sarebbe data dalla controprestazione di carattere patrimoniale che per essa sia stata convenuta; ciò in quanto convenendo tale ultima controprestazione, le parti dimostrerebbero di voler attribuire all'altra un equivalente valore economico (Cass. civ., n. 835/1964).

Ne consegue che l'art. 1174, laddove richiede il requisito della patrimonialità, non è da intendersi quale limite all'autonomia privata, cioè la patrimonialità non coincide con la **negoziabilità** (DI MAJO).

Altra parte della dottrina afferma, invece, che la patrimonialità costituirebbe un requisito oggettivo della prestazione dedotta in un'obbligazione, cosicché il carattere della patrimonialità andrebbe riconosciuto solo a quelle prestazioni che siano oggettivamente suscettibili di valutazione economica (CANNATA).

In altre parole, il requisito della patrimonialità della prestazione starebbe ad indicare che, in un dato contesto sociale, i soggetti sono disposti a compiere un sacrificio economico per fruire dei vantaggi di una determinata prestazione, cosicché l'idoneità alla valutazione economica della prestazione, intesa quale sinonimo di patrimonialità, si risolverebbe, in pratica, nella possibilità di ridurre la prestazione in termini pecuniari (RESCIGNO).

Secondo questa diversa impostazione, quindi, la patrimonialità diventa invece un **limite all'autonomia privata (negoziabilità)**.

L'**interesse del creditore** cui è funzionalmente orientata la prestazione (cioè la soddisfazione dell'interesse del creditore è lo scopo della prestazione), a differenza di quest'ultima, può essere **anche non patrimoniale** (art. 1174).

Il **nesso di funzionalizzazione** della prestazione all'interesse del creditore determina un **duplice ordine di conseguenze**:

1) l'interesse del creditore, specie nelle obbligazioni di fare, **concorre a determinare il contenuto della prestazione**.

Infatti, in alcune norme la menzione dell'interesse del creditore all'adempimento riguarda la misura dell'interesse medesimo, al fine di escludere la tutela (esempio, la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive) ove l'inesecuzione abbia scarsa importanza (avuto riguardo all'interesse della parte insoddisfatta, secondo la formula dell'art. 1455 (RESCIGNO));

2) la prestazione ha una sua **utilità** (e di conseguenza l'obbligazione conserva il suo scopo, la sua ragione di esistere) **finché sia idonea a realizzare l'interesse del creditore**.

Si ritiene, di conseguenza, che l'interesse del creditore costituisca un requisito indispensabile

non solo ai fini della **valida costituzione del rapporto obbligatorio**, ma **anche per la sua permanenza**, nel senso che, venendo meno l'interesse del creditore originariamente presente, si estinguerebbe anche il vincolo obbligatorio (BIANCA).

A tal fine, la **disciplina della temporanea impossibilità**, sopravvenuta per causa non imputabile al debitore, può considerarsi **espressione di un principio generale**: l'obbligazione « si estingue se l'impossibilità della prestazione perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto..., il creditore non ha più interesse a conseguirla » (art. 1256 cpv.) (RESCIGNO).

CAPITOLO XV

LE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI DIVERSE DAL CONTRATTO E DAL FATTO ILLECITO

GUIDA 1. Nozioni generali 2. Le promesse unilaterali. Cenni e rinvio 3. Promessa di pagamento e ricognizione del debito 4. La promessa al pubblico 5. I titoli di credito 6. I rapporti obbligatori di fatto tipici 6.1. La gestione di affari altrui 6.1.1. Obblighi del gestore e dell'interessato 6.2. I tre tipi di pagamento e ripetizione dell'indebito: oggettivo, soggettivo in senso stretto (o *ex latere solventis*) e soggettivo *ex latere accipientis* 6.2.1. Indebito oggettivo 6.2.2. Indebito soggettivo *ex latere solventis* ed *ex latere accipientis* 6.2.3. Natura giuridica dell'azione di ripetizione dell'indebito in generale 6.2.4. Caratteri dell'azione personale di ripetizione 6.2.5. Obbligazioni naturali 6.2.6. Prestazione contraria al buon costume 7. Arricchimento senza causa. Il c.d. arricchimento mediato o indiretto

1. Nozioni generali.

L'art. 1173 indica come fonti di obbligazioni — accanto al contratto e al fatto illecito — "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

Con il primo termine (*atto*), il legislatore si riferisce agli atti negoziali che non sono contratti: promesse unilaterali e titoli di credito (si tratta quindi di **obbligazioni nascenti da negozio unilaterale**).

Con il secondo termine (*fatto*), il legislatore si riferisce a fattispecie assai diverse tra loro.

Innanzitutto, a fattispecie quali la gestione di affari altrui, il pagamento dell'indebito e l'arricchimento senza causa, cioè a **rapporti obbligatori di fatto tipici**, poiché previsti espressamente dalla legge, che al verificarsi di determinati presupposti di fatto ricollega il sorgere di un rapporto obbligatorio.

Il rapporto obbligatorio che si costituisce è di tipo contrattuale (nella *summa divisio* rispetto all'illecito), e quindi potrebbero anche chiamarsi **rapporti "contrattuali" di fatto tipici**: non a caso il codice abrogato del 1865 li raggruppava nella categoria dei **quasi-contratti**.

Inoltre, a differenza di quanto prevedeva l'abrogato codice civile, l'art. 1173 prendendo in considerazione "ogni altro fatto idoneo" a produrle in conformità all'ordinamento giuridico, introduce un diverso criterio: l'elencazione di cui alla norma in esame, infatti, è considerata di **carattere elastico**, coerentemente con l'utilizzo di una **clausola generale** (la conformità all'ordinamento giuridico).

Ecco che in tal modo essa introduce anche la possibilità dei **c.d. rapporti obbligatori** (*lato sensu* **contrattuali**, in quanto non da illecito) **di fatto atipici** (in merito ai quali si rinvia al paragrafo dedicato al rapporto contrattuale).

Nell'ambito dei **rapporti contrattuali di fatto tipici** rientra, secondo la più recente giurisprudenza, anche la **mediazione c.d. tipica**.

La mediazione tipica, di cui agli artt. 1754 e ss. c.c., è soltanto quella svolta dal mediatore in modo autonomo, senza essere legato alle parti da alcun vincolo di

mandato o di altro tipo, e **non costituisce un negozio giuridico, ma un'attività materiale** da cui la legge fa scaturire il diritto alla provvigione. È solo il *contatto sociale*, che si crea tra il mediatore professionale e le parti, la ragione per cui tra essi trovano applicazione le norme sui contratti.

Viceversa, il conferimento ad un mediatore professionale dell'incarico di reperire un acquirente od un venditore di un immobile dà vita ad **un contratto di mandato e non di mediazione**, essendo quest'ultima incompatibile con qualsiasi vincolo tra il mediatore e le parti (cfr. *Cass. civ., sent. 14 luglio 2009, n. 16382*). Peraltro, proprio sulla natura contrattuale della mediazione, invece, la S.C. aveva fondato l'affermazione della illiceità della c.d. **mediazione occulta**, cioè svolta all'insaputa delle parti, poiché, si precisava, nessun contratto può ritenersi concluso "senza consenso espresso o tacito delle parti": vds. ad esempio, *Cass. civ., sent. 7 agosto 1990, n. 7985*; anche sulla equazione tra c.d. **mediazione unilaterale** e mandato in precedenti occasioni la S.C. aveva invece affermato che il rapporto di mediazione non è incompatibile con la sussistenza di un rapporto contrattuale di altro tipo tra il mediatore ed uno dei soggetti messi in contatto: vds. ad esempio, *Cass. civ., sent. 30 settembre 2008, n. 24333*).

2. Le promesse unilaterali (artt. 1987 ss.). Cenni e rinvio.

L'art. 1987, dedicato alle promesse unilaterali, stabilisce che la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori "fuori dei casi ammessi dalla legge".

Secondo alcuni si tratta dunque di **fonti tipiche** di obbligazione, rispetto alle quali non esiste quella libertà di "invenzione" di atti diversi dai tipi previsti dalla legge che caratterizza, invece, l'area dei contratti (art. 1322, 1° comma).

Altri, invece, ritengono che anche per le promesse unilaterali viga il principio dell'atipicità, argomentando, principalmente, dalla disposizione di cui all'art. 1333 (su questo argomento, si rinvia al paragrafo dedicato all'autonomia privata).

3. Promessa di pagamento e ricognizione del debito (art. 1988).

La **promessa di pagamento** consiste nella promessa di effettuare una determinata prestazione.

La **ricognizione del debito**, invece, consiste nel riconoscimento di un debito nei confronti di un altro soggetto.

Entrambe, poi, possono essere **pure o titolate**, a seconda, cioè, che l'autore della promessa o della ricognizione faccia **riferimento al rapporto obbligatorio fondamentale** da cui **già sorgeva** il debito nuovamente promesso o riconosciuto.

La legge stabilisce che entrambe (pure o titolate) dispensano il soggetto a

favore del quale sono fatte **dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale** che, dunque, in tale caso si presume fino a prova contraria.

Dovrà essere allora **il debitore a dover provare** che il debito non esiste (c.d. **astrazione processuale dalla causa**, cioè dal rapporto fondamentale).

Nel caso di promessa o riconoscimento **titolati**, il debitore è agevolato nel suo onere della prova, poiché dovrà **dimostrare solo l'inesistenza dello specifico rapporto** fondamentale menzionato.

La promessa di pagamento e la ricognizione del debito secondo la dottrina hanno natura di **negozi unilaterali recettizi** e quindi realizzano una ulteriore **fonte del rapporto giuridico sottostante**, che quindi verrà ad avere due fonti (GALGANO).

Essi però **non sono autonomi rispetto alla fonte principale**, sottostante, poiché si collegano a quest'ultima che ne costituisce la **causa inespressa**.

Semplificando, l'art. 1988 non è altro che manifestazione, nel nostro ordinamento, del principio secondo cui nei negozi giuridici che producono **effetti solo obbligatori non è necessaria l'espressa menzione della causa (c.d. *expressio causae*)**, ma è necessario e sufficiente che essa esista (art. 1325).

Nei contratti ad effetti reali, invece, è necessaria anche l'espressa menzione della causa sia perché non esiste una norma corrispondente all'art. 1988 sia per il disposto dell'art. 1350, comunemente interpretato nel senso che tutti gli elementi essenziali del contratto ad effetti reali (quindi anche la causa) devono risultare espressi in forma scritta.

Natura giuridica del riconoscimento del debito. Se si accoglie invece, come fa parte della giurisprudenza, la tesi della natura di mera dichiarazione di scienza, e quindi non negoziale, del riconoscimento del debito (a differenza della promessa di pagamento, la cui natura negoziale è posta meno in discussione), dovrebbe conseguire che esso non determina un novazione del titolo, con tutte le conseguenze anche in termini di giurisdizione per materia, che resta quella del rapporto sottostante (cfr., in tema di pubblico impiego, *Cass. civ., sez. un., sent. 22 maggio 2012, n. 8073*).

In tal caso, inoltre, la funzione diventa solo quella di invertire l'onere della prova, e pertanto l'efficacia dell'atto di riconoscimento è limitata sul piano meramente probatorio, consistente nella inversione del relativo onere, a favore del destinatario della relativa dichiarazione (cfr. *Cons. Stato, sent. 11 novembre 2011, n. 5984*).

In giurisprudenza non mancano tuttavia decisioni contrastanti sulla natura giuridica ed effetti sostanziali e/o processuali di entrambi gli istituti in esame.

Giurisprudenza

La ricognizione di debito è un negozio unilaterale recettizio; per esplicitare i propri effetti è necessario che sia rimessa direttamente dall'obligato al creditore. Ne consegue che nessuna presunzione può sussistere a beneficio del preteso promissario nel caso in cui la ricognizione ed il riconoscimento del debito siano avvenuti

per interposta persona, restando irrilevante che il documento che li contenga venga ugualmente a conoscenza, seppure indirettamente, del presunto creditore (Trib. Siena, 21 agosto 2020).

Sia la promessa di pagamento che la ricognizione di debito non hanno effetti sostanziali, ma operano esclusivamente sul piano processuale, dispensando il creditore dall'onere di provare il rapporto fondamentale (Trib. Spoleto, 22 ottobre 2020).

L'assegno bancario, nei rapporti diretti tra traente e prenditore (ovvero tra girante ed immediato giratario), anche se privo di valore cartolare, deve essere considerato come una promessa di pagamento, e pertanto, comporta una presunzione "iuris tantum" dell'esistenza del rapporto sottostante, fino a che l'emittente (o il girante) non fornisca la prova che può desumersi da qualsiasi elemento ritualmente acquisito al processo, da chiunque fornito dell'inesistenza, invalidità ed estinzione di tale rapporto (Trib. Potenza, 22 dicembre 2020).

"L'assegno bancario privo di data è un titolo nullo e, nei rapporti diretti tra traente e prenditore, deve essere considerato una promessa di pagamento a norma dell'art. 1988 c.c., implicando di conseguenza, la presunzione iuris tantum dell'esistenza del rapporto sottostante, fino a che l'emittente non fornisca la prova dell'inesistenza, dell'invalidità o dell'estinzione di tale rapporto" (Cass. civ., sent. 6 luglio 2021, n. 19051).

In tema di ricognizione di debito, ove l'atto ricognitivo provenga da una pubblica amministrazione, lo stesso richiede la forma scritta "ad substantiam" e la prova della sua esistenza e del suo contenuto non può essere fornita né attraverso la confessione, né mediante la testimonianza (Cass. civ., sent. 21 gennaio 2022, n. 2091).

La delibera comunale con la quale, in sede di riconoscimento di debito fuori bilancio, il Comune destina una somma al pagamento del corrispettivo dell'opera eseguita, in assenza di un valido contratto a monte fonte di obbligazione, non può configurarsi come ricognizione postuma di debito, non innovando, pertanto, il detto riconoscimento la disciplina che regola la conclusione di contratti da parte della P.A., né introducendo una sanatoria per i contratti eventualmente nulli o comunque invalidi, come quelli conclusi senza la forma scritta richiesta "ad substantiam" (Cass. civ., sent. 13 maggio 2022, n. 15303).

4. La promessa al pubblico (art. 1989).

Colui che rivolgendosi al pubblico promette una prestazione a favore di chi si trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione, è vincolato alla promessa non appena questa è resa pubblica.

Funzione dell'istituto è quella di consentire al promittente di assicurarsi la collaborazione di una pluralità di persone per il raggiungimento di finalità di suo interesse.

Lo schema della promessa al pubblico consente altresì la possibilità di poter scegliere tra più realizzazioni dell'opera.

Il legislatore molto chiaramente delinea due differenti ipotesi di promessa al pubblico:

1) quella in virtù della quale si promette una prestazione a favore di chi compirà una determinata azione;

2) quella con cui si promette una prestazione a favore di chi si trovi in una certa situazione.

È così consentita, ad es., sia la promessa di una prestazione a chi darà informazioni utili per ritrovare un cane smarrito sia la promessa di una analoga prestazione alla famiglia più bisognosa residente in un certo luogo (GALLO).

La dottrina si domanda se possa essere valida ed azionabile in giudizio una promessa fatta per motivi futili e capricciosi (come, ad es., la promessa di pagare cinquemila euro a chi si troverà ad una certa ora in un certo luogo, senza ragioni particolari).

Stando alla lettera della legge l'unica esclusione riguarda la promessa di donazione pura, vale a dire effettuata senza riferimento ad alcuna situazione o al compimento di alcuna prestazione (GALLO).

Ad ogni modo, è innegabile che lo schema della promessa al pubblico si può sovrapporre, per lo meno in parte, al contratto di donazione vero e proprio, consentendo il perseguimento di finalità sostanzialmente donative, anche al di fuori del rispetto dei formalismi prescritti per il contratto di donazione (GALLO).

Secondo l'opinione più diffusa la promessa al pubblico rientra nella categoria delle promesse unilaterali, e come conseguenza ulteriore non necessita di accettazione per diventare vincolante.

Una parte assolutamente minoritaria, invece, riconduce la promessa al pubblico ad un vero e proprio contratto, configurando la comunicazione del beneficiario di cui all'art. 1989, 2° comma, come una vera e propria accettazione (SBISA).

Se alla promessa non è apposto un termine, o questo non risulta dalla natura o dallo scopo della medesima, il vincolo del promettente cessa, qualora, entro l'anno dalla promessa, non gli sia stato comunicato l'avveramento della situazione o il compimento dell'azione prevista nella promessa (art. 1989, 2° comma).

Prima della scadenza del termine, il promettente può revocare la promessa (e la revoca deve essere fatta nella stessa forma della promessa o in forma equivalente) solo per giusta causa e, cioè, per il sopravvenire di circostanze che rendano impossibile la realizzazione della funzione della promessa stessa (cioè la realizzazione dell'interesse ad essa sotteso, come, ad es., se il promettente ha ritrovato ciò che voleva) e che rendano, pertanto, obiettivamente inutile il perdurare del vincolo (art. 1990).

La promessa al pubblico va distinta dalla offerta al pubblico (art. 1336):

la prima è, infatti, un negozio unilaterale, ove l'obbligazione sorge per effetto della sola manifestazione di volontà del promittente;

la seconda, invece, è, una **proposta contrattuale (atto prenegoziale)**, e l'eventuale vincolo obbligatorio sorge solo se alla proposta faccia seguito l'accettazione.

L'offerta al pubblico è, dunque, liberamente revocabile, finché il contratto non sia concluso con l'accettazione (artt. 1336, comma 2), mentre la promessa al pubblico è revocabile solo per giusta causa.

Giurisprudenza

*Qualora il datore di lavoro affidi la **procedura di selezione del personale** ad una società esterna, senza tuttavia manifestare la volontà di vincolarsi ai risultati dell'operato del terzo, non si è in presenza di un'offerta al pubblico, ai sensi dell'art. 1336 c.c., ma di un invito a proporre, dal quale non sorge alcun vincolo giuridico, con la conseguenza che il comportamento tenuto dal datore di lavoro nella fase di informazione degli aspiranti sui risultati della selezione non può fondare una pretesa risarcitoria per violazione del generale obbligo di correttezza e buona fede, obbligo che ha sempre carattere strumentale e accessorio rispetto ad altra obbligazione di fonte contrattuale o legislativa nella specie assente. Al contrario, ricorre la diversa ipotesi dell'offerta al pubblico, giuridicamente obbligante, in presenza di una manifestazione della volontà del datore di lavoro di procedere, per la copertura di posti di una determinata qualifica, mediante un concorso interno: a tal fine, pubblicando un bando contenente tutti gli elementi essenziali (numero dei posti disponibili, qualifica, modalità del concorso, criteri di valutazione dei titoli) e prevedendo altresì il riconoscimento del diritto del vincitore del concorso di ricoprire la posizione di lavoro disponibile e la data a decorrere dalla quale sia destinata ad operare giuridicamente l'attribuzione della nuova posizione, così impegnandosi ad adempiere le obbligazioni assunte (Cass. civ., ord. 13 luglio 2020, n. 14894).*

*Il **prospetto informativo** apposto da un istituto di credito all'interno di un fascicolo non è suscettibile sotto la disciplina dell'art. 1336 c.c. (offerta al pubblico), qualora si tratti in modo inequivocabile di una **mera campagna pubblicitaria** non in grado di vincolare in alcun modo la banca alla erogazione del servizio prospettato (Trib. Roma, sent. 13 gennaio 2021, n. 582).*

5. I titoli di credito (artt. 1992 ss.).

Il titolo di credito è un documento contenente la promessa unilaterale di effettuare una determinata prestazione a favore di chi presenterà detto titolo al debitore.

I **caratteri** dei titoli di credito sono:

Incorporazione: il diritto è incorporato nel titolo, nel senso che la circolazione del diritto di credito è attuata attraverso quella del documento, quale bene mobile (in particolare, ex art. 1153), pertanto l'acquirente del documento acquista automaticamente anche il diritto che vi è indicato, nei limiti in cui vi è indicato.

Letteralità: corollario del principio della incorporazione è che il diritto è determinato dal contenuto letterale del titolo.

Autonomia: colui che risulta, in base alla legge di circolazione del titolo, titolare di esso, esercita un diritto proprio, autonomo ed indipendente dai precedenti rapporti intercorsi fra altri titolari ed il debitore.

Il debitore non può infatti opporre al titolare del documento (in virtù delle norme sulla circolazione) le eccezioni personali riguardanti i rapporti personali di quest'ultimo con i precedenti possessori, a meno che non si provi che il possessore, nell'acquistare il titolo, ha agito intenzionalmente a danno del debitore medesimo (art. 1993, 3° comma).

I titoli di credito sono **classificati** in:

Titoli nominativi: sono intestati ad un determinato soggetto.

Tale intestazione risulta sia dal titolo che dal registro dell'emittente.

Il trasferimento del titolo nominativo si opera mediante la doppia annotazione del nome dell'acquirente sul titolo stesso e sul registro dell'emittente oppure con il rilascio di un nuovo titolo (art. 2022).

Titoli all'ordine: sono anch'essi intestati (solo nel titolo) ad un soggetto, ma recano, inoltre, una clausola "all'ordine", che consente all'originario intestatario ed ai successivi giratari di ordinare al debitore di eseguire la prestazione a favore di un altro, determinato, soggetto (detto, appunto, giratario); l'ultimo giratario è legittimato ad esigere la prestazione.

Titoli al portatore: non sono intestati ad alcun soggetto.

Per il trasferimento del titolo (e quindi della legittimazione ad esigere la prestazione) è sufficiente la semplice consegna.

6. I rapporti obbligatori di fatto tipici (artt. 2028 ss.).

Si è già definita questa categoria, nell'ambito delle fonti delle obbligazioni.

Qui si può aggiungere che, storicamente, nell'ambito dei **c.d. quasi-contratti**, la **ripetizione dell'indebito** nasce come rimedio per ovviare all'astrattezza dei modi di trasferimento della proprietà tipici del diritto romano (la mancanza di una giustificazione non determinava la nullità del trasferimento, se ne venivano rispettate le formalità solenni, c.d. vestimento); la **gestione degli affari altrui** come rimedio per consentire un'estensione degli effetti tipici del mandato a fattispecie nelle quali qualcuno aveva assunto la gestione di affari altrui in situazioni di emergenza senza previo incarico; l'**arricchimento senza causa**, o meglio ancora l'*actio de in rem verso*, come istituto per consentire il recupero di quanto lucrato senza causa a spese di un altro (GALLO).

A partire dal ventesimo secolo l'espressione tradizionale quasi contratti è però stata progressivamente abbandonata e sostituita da altre giustificazioni.

In questa prospettiva il principio generale che vieta di arricchirsi senza causa a spese di un altro è assunto al rango di principio ispiratore e polo di attrazione dell'intera disciplina.

CAPITOLO XVII

PARTICOLARI TIPI DI OBBLIGAZIONE

GUIDA **Sezione I. LE OBBLIGAZIONI SOGGETTIVAMENTE COMPLESSE** 1. I soggetti del rapporto obbligatorio 2. L'obbligazione parziaria 3. L'obbligazione solidale 4. Le obbligazioni indivisibili e divisibili **Sezione II. LE OBBLIGAZIONI OGGETTIVAMENTE COMPLESSE** 1. L'obbligazione cumulativa 2. L'obbligazione alternativa e facoltativa **Sezione III. CLASSIFICAZIONE DELL'OBBLIGAZIONE CON RIGUARDO ALL'OGGETTO DELLA PRESTAZIONE** 1. Le obbligazioni positive e negative 2. Le obbligazioni di mezzi e di risultato 3. Le obbligazioni generiche e specifiche 4. Le obbligazioni pecuniarie 5. Interessi e anatocismo

SEZIONE I

LE OBBLIGAZIONI SOGGETTIVAMENTE COMPLESSE

1. I soggetti del rapporto obbligatorio.

I titolari del rapporto giuridico obbligatorio sono il soggetto passivo (o debitore) ed il soggetto attivo (o creditore).

Soggetto passivo è colui che ha il dovere giuridico di eseguire una prestazione, suscettibile di valutazione economica, volta a soddisfare un interesse anche non patrimoniale del soggetto attivo.

Soggetto attivo è chi ha il potere di pretendere quella prestazione per realizzare un suo interesse, anche non patrimoniale (ad esempio, un interesse culturale, artistico ecc.).

I **soggetti** del rapporto obbligatorio si definiscono anche **parti**. Con tale termine si intende un centro di interessi. La parte rimane, quindi, unica anche se essa comprende più persone.

La vendita è un contratto con due parti, il venditore ed il compratore, anche se più persone possono concorrere a formare la parte venditrice o la parte acquirente.

Si parla in tal caso di parte soggettivamente complessa.

Il vincolo che lega i due soggetti è un vincolo giuridico, cioè caratterizzato dalla responsabilità patrimoniale per il caso d'inadempimento. La legge dispone, infatti, che il debitore risponde dell'adempimento con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740). Ne deriva, che se questi non tiene il comportamento dovuto (cioè non adempie), il creditore può rivalersi sui suoi beni per soddisfare coattivamente il proprio interesse.

Secondo una autorevole dottrina (GAZZONI, BIANCA) due sono i **principi** che caratterizzano i soggetti dell'obbligazione:

il principio del **dualismo dei soggetti**. Il rapporto intercorre tra due titolari distinti che sono portatori di interessi tra loro contrapposti;

il principio di **determinatezza dei soggetti**. Quando nasce l'obbligazione i soggetti creditore e debitore devono essere determinati o determinabili.

Può accadere che il soggetto attivo sia indeterminato ma determinabile, come si verifica nelle obbligazioni originate da **promesse al pubblico** (ad esempio, darò cento a chi ritroverà il cane disperso) o da **titoli di credito**. Nel primo caso il soggetto creditore è prima astrattamente individuabile e, poi, viene in concreto determinato nel momento in cui versa in una specifica situazione o quando pone in essere un particolare comportamento o azione. Nel secondo caso è il possesso del titolo che individua il creditore.

Può, inoltre, succedere che sia il soggetto passivo ad essere indeterminato, ma determinabile. Ciò accade nelle obbligazioni *propter rem*, nelle quali la qualità di debitore ricadrà sul soggetto che si troverà in un rapporto reale con una cosa.

2. L'obbligazione parziaria.

Si tratta di una **obbligazione con più soggetti** ognuno dei quali è titolare di un diritto o portatore di un obbligo parziale, che è commisurato in modo proporzionale alla partecipazione al rapporto obbligatorio.

Così, nell'ipotesi di vari creditori, ciascuno dei contitolari potrà pretendere dal debitore soltanto la propria parte, mentre nell'ipotesi di diversi debitori, ciascuno di essi risponderà limitatamente alla propria quota.

Se due debitori, Tizio e Caio, devono 100 ad un unico creditore, Sempronio, quest'ultimo potrà esigere solo 50 da ognuno dei suddetti debitori.

Quando ad una prestazione divisibile corrisponda effettivamente una **esecuzione pro-parte**, in sede di attuazione dell'obbligazione, si è di fronte alla vera **obbligazione** (ad attuazione) **parziaria**.

L'obbligazione parziaria non è, quindi, un aggregato di più obbligazioni connesse, dal momento che ciò significherebbe voler accomunare fenomeni tra loro eterogenei.

Fatta questa precisazione di ordine teorico, è opportuno rilevare che, in realtà, non è sempre facile tracciare una linea di confine tra i due fenomeni e la stessa dottrina non è unanime nell'interpretare questo tipo di obbligazione.

L'esempio tipico che viene tradizionalmente fatto a proposito di obbligazione parziaria è quello di cui all'art. 754, 1° comma, riguardante l'obbligo di pagare i debiti ereditari, cui sono tenuti gli eredi personalmente in proporzione della loro quota ereditaria. Orbene, appare

quanto meno dubbio se, in tal caso, si configuri effettivamente un'obbligazione parziaria o non, viceversa, una serie di più obbligazioni autonome, nascenti *ex lege* direttamente in capo ai singoli coeredi e rapportate alle rispettive quote ereditarie (BUSNELLI).

Giurisprudenza

In caso di obbligazioni assunte dal condominio nei confronti di terzi vige il criterio della parziarietà e non della solidarietà (Cass. civ., sez. un., sent. 8 aprile 2008, n. 9148).

Il creditore del condominio che disponga di un titolo esecutivo nei confronti del condominio stesso ha facoltà di procedere all'espropriazione di tutti i beni comuni, ai sensi degli artt. 2740 e 2910 c.c., ivi inclusi i crediti vantati dal medesimo condominio verso i singoli condòmini per i contributi da loro dovuti in base a statuti di ripartizione approvati dall'assemblea, e, in tal caso, la relativa esecuzione forzata deve svolgersi nelle forme dell'espropriazione dei crediti presso terzi di cui agli artt. 543 ss. c.p.c. (Nella specie, la S.C. ha precisato che non veniva in rilievo il principio di parziarietà delle obbligazioni condominiali) (Cass. civ., sent. 14 maggio 2019, n. 12715).

Le obbligazioni condominiali, in quanto pecuniarie e come tali naturalmente divisibili ex parte debitoris, difettano del requisito dell'unicità della prestazione. Per tale ragione, in assenza di una disposizione normativa diversa, tali obbligazioni non sono soggette al regime della solidarietà, bensì a quello della parziarietà (Cass. civ., sent. 9 giugno 2017, n. 14530; Cass. civ., sent. 9 gennaio 2017, n. 199).

La responsabilità solidale dal lato del creditore vale solo per le obbligazioni per loro natura indivisibili, mentre per quelle divisibili, quali sono le obbligazioni pecuniarie, vale la regola dell'obbligazione parziaria (Trib. Roma, sent. 22 maggio 2020, n. 7611).

3. L'obbligazione solidale.

È una **obbligazione con pluralità di soggetti** la cui nozione è puntualmente delineata nell'art. 1292 (dalla significativa rubrica "Nozione della solidarietà"), come quel meccanismo per cui, in presenza di più debitori tenuti alla medesima prestazione, ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità, con l'effetto che l'adempimento di uno libera gli altri (solidarietà passiva) e, viceversa, in presenza di più creditori, ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori (solidarietà attiva).

La solidarietà, dunque, rappresenta un vincolo, **in fase esecutiva**, tra più debitori o più creditori, assumendo in particolare, nel quadro delle obbligazioni soggettivamente complesse, la qualifica di modalità tipica di attuazione del rapporto obbligatorio. La pluralità può aversi, quindi, dal **lato attivo** o dal **lato passivo** o da **entrambi** i lati del rapporto.

La fideiussione determina la responsabilità solidale e concerne perciò la posizione passiva del debitore principale e del garante ai sensi dell'art. 1944, 1° comma.

La pluralità soggettiva non è però l'unico elemento che occorre per configurare la solidarietà attiva o passiva, in quanto è necessario, nella prima ipotesi, che ciascuno dei creditori possa pretendere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito valga a liberare il debitore nei riguardi di tutti i creditori (art. 1292), mentre nella seconda ipotesi, che ognuno dei condebitori possa esser costretto all'adempimento per l'intero e che, adempiendo, liberi anche gli altri.

Presupposti dell'obbligazione solidale sono:

la presenza di una **pluralità di soggetti** debitori o creditori;

l'esistenza di un'**unica prestazione** (c.d. *aedem res debita*);

l'esistenza di una **pluralità di vincoli obbligatori** (c.d. *aedem causa obligandi*) che scaturiscono dallo stesso fatto giuridico ed hanno, pertanto, stessa causa e stesso contenuto.

La **funzione** dell'obbligazione solidale è diversa a seconda che si tratti di solidarietà passiva o attiva.

Nel caso di solidarietà passiva, che è sicuramente il più ricorrente, la funzione è di **garanzia** in quanto il creditore, potendo esigere l'intera prestazione da ognuno dei debitori, ha maggiori possibilità di essere soddisfatto ed è così più sicuro dell'adempimento. Questo non significa però che l'obbligazione solidale passiva sia costituita a causa di garanzia, poiché l'obbligo solidale presenta la causa che è posta a base del proprio titolo costitutivo (ad esempio, vendita, accollo, fideiussione, ecc.).

Nel caso di solidarietà attiva, invece, la funzione è quella di **agevolare l'esercizio del diritto di credito**, atteso che ogni creditore può pretendere dal debitore la prestazione per intero ed ogni debitore può liberarsi eseguendo l'intera prestazione in favore di uno solo dei creditori, evitando così di doversi informare circa la misura delle rispettive quote.

La dottrina dominante (BIANCA) ravvisa nell'obbligazione solidale una serie di rapporti (come conferma, peraltro, la rubrica dell'art. 1293 che recita: "Modalità varie dei singoli rapporti") e non già un rapporto unico.

Analizzando la fonte, le modalità di esecuzione del debito o di esercizio della pretesa e la ripartizione interna, si ha la riprova che l'obbligazione solidale significhi coesistenza di più rapporti.

Quanto alla **fonte** essa può essere differente per ciascuno dei soggetti debitori o creditori, come sovente accade in pratica.

La **solidarietà attiva** può avere una fonte **convenzionale** o **legale**. Tale solidarietà deve essere stabilita in modo esplicito e non si presume.

La **solidarietà passiva** ha una fonte prevalentemente **legale**. L'art. 1294 san-

cisce una presunzione di solidarietà tra condebitori nei confronti del creditore, salvo che risulti diversamente dalla legge o dal titolo.

Si pensi, ad esempio, alla fideiussione, o all'accollo di debito altrui, convenzionale o legale, alla responsabilità del conducente di un veicolo che abbia prodotto un danno nella circolazione.

Secondo una opinione (BIANCA), l'identità della fonte o l'unicità della prestazione sono un presupposto indispensabile per l'applicazione della presunzione legale di solidarietà passiva, ma non sono condizione necessaria della solidarietà, con l'effetto che, anche in mancanza delle stesse, si può avere solidarietà, qualora sancita dalla legge o dalle parti.

La **disciplina** della solidarietà è prevista dal codice agli artt. 1292 ss.

Vari sono i **principi** affermati dalle norme sopra richiamate. Tra essi ricordiamo:

il pagamento eseguito da ogni condebitore (solidarietà passiva) o in favore di ciascun concreditore (solidarietà attiva) **estingue l'obbligazione**;

al debitore solidale che ha corrisposto l'intero ammontare dovuto al creditore spetta l'**azione di regresso** verso gli altri condebitori, dai quali potrà ripetere le rispettive quote di debito, o l'intera prestazione eseguita qualora l'obbligazione sia stata contratta nell'interesse esclusivo di uno degli obbligati (ad esempio, nella fideiussione). Il condebitore potrà agire in regresso anche in caso di pagamento parziale, se superiore alla sua parte e nei limiti dell'eccedenza di essa;

Giurisprudenza

Il condebitore solidale, sia "ex contractu" sia "ex delicto", che paga al creditore una somma maggiore rispetto a quella dovuta, ha diritto di regresso anche se non ha corrisposto l'intero, giacché anche in tal caso, come in quello del pagamento dell'intero debito, egli ha subito un depauperamento del proprio patrimonio oltre il dovuto, con corrispondente indebito arricchimento dei condebitori (Cass. civ., sent. 27 agosto 2018, n. 21197).

Non è vietata un'azione di regresso in via anticipata, proponibile cioè dal coobbligato solidale contro un altro coobbligato già nel corso dell'azione intrapresa dal creditore nei confronti di uno dei debitori. Conseguenza di questa anticipata forma di regresso è che il coobbligato solidale, condannato a pagare l'intero al creditore, potrà recuperare la quota riconosciutagli in sede di regresso contro l'altro coobbligato — peraltro — solo dopo il pagamento da parte sua, dell'intero debito (Cass. civ., sent. 28 maggio 2010, n. 13087).

La responsabilità personale e solidale prevista dall'art. 38 c.c. a carico di colui che agisce in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta non è collegata alla semplice titolarità della rappresentanza dell'associazione, ma all'attività negoziale concretamente svolta per conto di essa e concretizzatasi nella creazione di

rapporti obbligatori fra questa e i terzi (Trib. Monza, sent. 16 settembre 2021, n. 1667).

irrilevanza degli eventi sfavorevoli che colpiscono uno dei debitori solidali rispetto agli altri condebitori;

La rinuncia alla prescrizione fatta da uno dei debitori non vale per gli altri. Al contrario ed in via eccezionale l'interruzione della prescrizione fatta dal creditore nei confronti di uno dei debitori in solido vale anche nei riguardi degli altri debitori (art. 1310, 1° comma).

rilevanza degli eventi favorevoli che si verificano nei confronti di un debitore solidale rispetto agli altri condebitori.

La remissione fatta dal creditore ad uno dei debitori libera tutti i condebitori.

Quanto alla **natura giuridica** dell'obbligazione solidale occorre distinguere tra rapporti interni ed esterni.

Rapporti interni (tra condebitori e tra concreditori). Tre sono le principali teorie:

teoria del **rapporto di mandato**. L'azione di regresso si fonda sull'obbligo del mandatario nei riguardi di uno o più mandanti.

teoria dell'**arricchimento indebito**. L'azione di regresso si fonda sull'indebito arricchimento del creditore che ha riscosso l'intero ammontare, o dei condebitori che non hanno corrisposto la prestazione;

teoria della **gestione di affari altrui**. Per i sostenitori di questa tesi il condebitore che paga pure il debito altrui deve considerarsi un gestore di affari. Si obietta però che chi paga non lo fa solo nell'interesse altrui, ma anche nell'interesse proprio.

Rapporti esterni (tra condebitori e creditore e tra concreditori e debitore). Due sono le teorie esistenti:

teoria del **vincolo unico**. L'obbligazione è una sola, mentre i soggetti sono molteplici;

teoria del **vincolo plurimo**. Vi sono più obbligazioni tra loro collegate da un comune interesse.

È questa la posizione assunta dal codice (art. 1293).

Parte della dottrina (GAZZONI) ritiene che non rientri nell'obbligazione solidale l'obbligazione sussidiaria che si ha quando, in presenza di una pluralità di soggetti passivi, è stato pattuito a carico del creditore un onere di preventiva richiesta (c.d. *beneficium ordinis*) o di escussione di uno dei debitori. Tale schema sarebbe incompatibile con la possibilità riconosciuta al creditore in tale tipo di obbligazioni di rivolgersi indifferentemente a uno o all'altro debitore.

Per altra dottrina (BIANCA), in detta circostanza non verrebbe meno l'essenza della solidarietà, ossia il fatto che tutti sono obbligati per l'intero e che l'adempimento di uno libera tutti gli altri.

Giurisprudenza

In caso di transazione stipulata dal creditore solo con uno o alcuni dei coobbligati o comunque di adempimento parziale di una obbligazione solidale, gli effetti sono diversi a seconda che la somma incassata dall'accipiens sia pari o superiore alla quota virile gravante sul condebitore solvens, oppure la somma incassata sia ad essa inferiore. Nel primo caso, il residuo debito gravante sugli altri debitori in solido si riduce in misura corrispondente all'importo pagato dal condebitore che ha transatto; se, invece, la somma versata è stata inferiore alla quota che faceva idealmente capo al condebitore che ha raggiunto l'accordo transattivo (come la sentenza impugnata ha constatato nel caso in esame), il debito residuo gravante sugli altri coobbligati deve essere ridotto in misura pari alla quota ideale di chi ha transatto (Cass. civ., sent. 24 settembre 2021, n. 25980).

4. Le obbligazioni indivisibili e divisibili.

Il concetto di obbligazione divisibile e indivisibile afferisce alla natura dell'oggetto del rapporto obbligatorio, o al modo in cui questo è stato contemplato dai contraenti.

Orbene, soltanto se vi è una pluralità di soggetti, la divisibilità o indivisibilità assume effettivamente importanza.

La nozione di indivisibilità è puntualmente fissata dalla legge, all'art. 1316 che recita: « l'obbligazione è indivisibile quando la prestazione ha per oggetto una cosa o un fatto che non è suscettibile di divisione per sua natura o per il modo in cui è stato considerato dalle parti contraenti ».

L'indivisibilità può, dunque, essere sia oggettiva che soggettiva.

È **oggettiva** qualora l'oggetto della prestazione, per la sua natura, non è suscettibile di divisione, pena la perdita o la diminuzione del suo valore.

Non si possono dividere un pollo vivo o un'opera d'arte quale un quadro.

È **soggettiva** allorché l'indivisibilità dell'oggetto della prestazione non è un fatto naturale, bensì il risultato di un accordo delle parti (BRECCIA) le quali attribuiscono all'oggetto medesimo una particolare funzione.

L'indivisibilità può, poi, essere **economica** in relazione a quei beni che sarebbero di per sé divisibili, ma che una volta divisi perderebbero completamente di valore (si pensi ad un'enciclopedia); **materiale**, quando la frazionabilità del bene è esclusa dalla sua stessa natura (un cavallo vivo è fisicamente indivisibile); oppure **giuridica** (a favore di RUBINO) quando è una apposita disposizione normativa che impone il vincolo di indivisibilità, in assenza di una causa naturale o

intenzionale (ad esempio nel caso del c.d. maso chiuso in cui l'indivisibilità dell'azienda è finalizzata ad evitare la parcellizzazione dei fondi e lo snaturamento dell'istituto).

In dottrina si discute se, quando si parla di divisibilità o indivisibilità, si debba aver riguardo alla prestazione o all'oggetto della stessa (cioè al bene o al fatto dovuto). Pare preferibile la seconda teoria atteso che verso di questo è orientato l'interesse del soggetto creditore (CICALA).

Ai sensi dell'art. 1317, alle obbligazioni indivisibili è **applicabile la disciplina delle obbligazioni solidali**; da ciò deriva che ciascun debitore è tenuto all'intera prestazione in favore del creditore e ciascuno di questi può pretendere dal debitore l'intera prestazione.

Detta disciplina subisce, però, alcune **limitazioni**:

L'indivisibilità esplica efficacia anche riguardo agli eredi, in deroga al principio sancito dall'art. 752, per cui i coeredi contribuiscono al pagamento dei debiti in modo proporzionale alle rispettive quote ereditarie;

se si verifica una estinzione parziale (art. 1320), cioè un fatto estintivo dell'obbligazione limitatamente ad uno dei creditori, il debitore rimane vincolato nei confronti degli altri creditori, i quali possono pretendere l'intera prestazione, pur dovendo in seguito restituire al debitore adempiente la quota parte del creditore nei cui riguardi è intervenuto il fatto estintivo.

Remissione del debito da parte di uno soltanto dei concreditori.

L'**indivisibilità**, quindi, caratterizza l'obbligazione indicando un determinato modo di essere della prestazione. Questo vale tanto per le obbligazioni semplici, quanto per quelle soggettivamente complesse nelle quali l'indivisibilità ha l'ulteriore prerogativa di rendere necessario un vincolo tra i più debitori o i più creditori in fase di attuazione del rapporto. Concettualmente, però, l'indivisibilità non si confonde mai con tale vincolo, poiché essa rimane sempre e soltanto un carattere della prestazione.

Nelle obbligazioni soggettivamente complesse, all'indivisibilità della prestazione corrisponde, di solito, un'attuazione solidale del rapporto. Tra le varie funzioni che può assolvere il meccanismo della solidarietà, vi è anche quella di preservare in fase esecutiva l'unità della prestazione indivisibile. In sostanza, tra indivisibilità e solidarietà non corre allora un rapporto di tendenziale autonomia, ma al contrario, di possibile complementarità. Questa non è però una regola assoluta, dato che sono ammissibili ipotesi di obbligazioni indivisibili con pluralità di soggetti, alle quali non corrisponda una solidarietà. È questa la ragione della riserva ("in quanto applicabili") stabilita dall'art. 1317, circa la possibilità di estendere alle obbligazioni indivisibili le norme dettate in tema di solidarietà. Non sempre, dunque, l'indivisibilità della prestazione è tale da comportare le conseguenze della solidarietà. È questa, appunto, la caratteristica del gruppo delle **obbligazioni indivisibili ad attuazione congiunta**, nelle quali o per la particolare natura della prestazione, oppure semplicemente per disposizione speciale di legge o per volon-

tà delle parti, si rende necessaria la partecipazione di tutti i condebitori o i concreditori all'attuazione del rapporto (ad esempio, l'obbligazione di una orchestra a tenere un concerto).

Alla luce di quanto sopra, sembra chiaro come sia inopportuna la distinzione tradizionale tra obbligazioni indivisibili e obbligazioni solidali (*rectius*, tra obbligazioni indivisibili con pluralità di soggetti e obbligazioni solidali ad interesse comune), quali figure di obbligazioni soggettivamente complesse, caratterizzate da vincoli di diversa natura tra i più debitori o creditori.

Ne deriva che le suddette figure non debbano essere poste sullo stesso piano di valutazione, ma debbano essere messe in relazione a due distinti ordini di valutazione delle obbligazioni soggettivamente complesse: il primo, avente come riferimento la natura della prestazione; il secondo, avente come riferimento il modo di attuazione del rapporto.

Nulla osta, allora, a che un'obbligazione soggettivamente complessa, qualificata come indivisibile in base al primo ordine di valutazione, possa farsi rientrare, in base al secondo, nel genere delle obbligazioni solidali.

Le **obbligazioni divisibili** sono definite dall'art. 1314, il quale dispone che quando vi è una pluralità di debitori o di creditori di una prestazione divisibile e l'obbligazione non è solidale, ciascuno dei debitori e dei creditori è tenuto, o ha diritto, all'adempimento **nei limiti della sua parte** (BIANCA).

La molteplicità dei debitori può essere sia originaria che successiva.

Il concetto di obbligazione divisibile è ricavabile da quello dell'obbligazione indivisibile di cui all'art. 1316. Ne consegue che è divisibile l'obbligazione la cui prestazione ha per oggetto un bene che può essere separato per **natura** o per **accordo** delle parti.

La denominazione usata nella rubrica (e spesso recepita in dottrina) non sembra molto precisa, dal momento che il carattere della divisibilità della prestazione — sulla quale essa poggia — può essere proprio anche delle obbligazioni solidali, nonché delle obbligazioni soggettivamente semplici (cfr. art. 1181). Sarebbe preferibile parlare di obbligazioni parziarie, giacché ciò che veramente caratterizza la figura in esame è, appunto, il meccanismo di attuazione parziaria regolato dall'art. 1314. Si noti, però, come con il termine obbligazione parziaria la dottrina si riferisca talvolta alla figura nel suo complesso, talvolta alle singole obbligazioni in cui questa figura si scomporrebbe.

Secondo l'insegnamento tradizionale, l'obbligazione sembra una sola in apparenza, mentre in realtà è costituita da un aggregato di tante obbligazioni separate e indipendenti, quante sono le persone dei creditori o dei debitori.

Tale orientamento trae origine da una nozione di divisibilità della prestazione che dà adito a vari dubbi. Sostenere, invero, che si avrebbe prestazione divisibile quando ogni parte del credito o del debito costituisce "un tutto a sé... un tutto separato", vuol dire essenzialmente riferirsi ad ipotesi in cui la prestazione è addirittura divisa, ossia frazionata in una pluralità di prestazioni autonome, seppur connesse. Qui, allora, si sarebbe certo in presenza di tante obbligazioni quante sono le prestazioni, ma nel contempo si sarebbe anche al di fuori dello schema tipico dell'obbligazione soggettivamente complessa, il quale, se rigorosamente inteso, presuppone l'unità della prestazione.

Non sembra essere questa, però, la nozione più corretta di « divisibilità della prestazione ».

Prestazione divisibile è, quindi, anzitutto una prestazione (unica e) indivisa, suscettibile di essere eseguita per parti.

Un limite alla divisibilità è previsto tra gli eredi del debitore in ambito di successioni ereditarie (art. 1315). Afferma tale norma che il beneficio della divisione non può essere opposto al creditore da parte di colui che tra gli eredi del debitore sia stato incaricato di adempiere la prestazione o che sia in possesso della cosa dovuta, qualora essa sia certa e determinata.

Trattasi di una ipotesi di indivisibilità sopravvenuta.

Giurisprudenza

La promessa di vendita di un bene oggetto di comunione (considerato dalle parti come un unicum inscindibile) ha, come suo contenuto, un'obbligazione indivisibile, così che l'adempimento e l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. devono essere richiesti nei confronti di tutti i promittenti venditori, configurandosi, nella specie, un'ipotesi di litisconsorzio necessario, attesa l'impossibilità che gli effetti del contratto non concluso si producano nei riguardi di alcuni soltanto dei soggetti del preliminare (Cass. civ., sent. 21 febbraio 2019, n. 5125).

Le obbligazioni condominiali in quanto pecuniarie sono naturalmente divisibili per cui, in difetto di un'espressa previsione normativa che stabilisca il principio della solidarietà, la responsabilità dei condomini non è soggetta al regime della solidarietà bensì a quello della parziarietà e di conseguenza le obbligazioni assunte nell'interesse del condominio vanno imputate ai singoli componenti solo in proporzione delle rispettive quote secondo i criteri simili a quelli dettati dagli artt. 752 e 1295 c.c. per le obbligazioni ereditarie (Trib. Milano, sent. 8 ottobre 2013, n. 12446).

In riferimento alle obbligazioni assunte dall'amministratore, o comunque, nell'interesse del condominio, nei confronti di terzi — in difetto di un'espressa previsione normativa che stabilisca il principio della solidarietà, trattandosi di un'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro, e perciò divisibile, vincolando l'amministratore i singoli condomini nei limiti delle sue attribuzioni e del mandato conferitogli in ragione delle quote, in conformità con il difetto di struttura unitaria del condominio — la responsabilità dei condomini è retta dal criterio della parziarietà, per cui le obbligazioni assunte nell'interesse del condominio si imputano ai singoli suoi componenti soltanto in proporzione delle rispettive quote, secondo criteri simili a quelli dettati dagli artt. 752 e 1295 c.c. per le obbligazioni ereditarie (Trib. Roma, sent. 5 marzo 2020, n. 4819).

SEZIONE II

LE OBBLIGAZIONI OGGETTIVAMENTE COMPLESSE

1. L'obbligazione cumulativa.

Si ha **obbligazione cumulativa o congiunta** quando il debitore deve eseguire due o più prestazioni. Si tratta, pertanto, di obbligazione a contenuto complesso con la conseguenza che il debitore è liberato solo quando avrà adempiuto completamente le varie prestazioni, anche se in maniera separata.

È possibile che le diverse prestazioni che compongono l'obbligazione congiunta siano di **natura uguale** (ad esempio, vendita di due beni omogenei) o **diversa** (in questa ipotesi avremo obbligazioni miste, ad esempio, una di dare ed un'altra di fare).

L'obbligazione cumulativa si distingue da quella alternativa per il fatto che nella prima sono dovute tutte le prestazioni dedotte nel rapporto.

2. L'obbligazione alternativa e facoltativa.

Si configura l'**obbligazione alternativa** (art. 1285) allorché le prestazioni previste siano due o più, ma il debitore si liberi eseguendone una soltanto.

Si pensi, ad esempio, ad un concorso a premi in cui il vincitore può scegliere tra un viaggio e un televisore, o ancora al debitore che si obbliga a concedere ipoteca al creditore o a garantirlo mediante una fideiussione.

Gli **elementi** dell'obbligazione alternativa sono, dunque, la **pluralità dell'oggetto** e l'**unicità dell'adempimento**.

La **pluralità dell'oggetto** è data dal fatto che tutte le prestazioni sono dovute fin dalla costituzione del rapporto obbligatorio e fino al momento in cui sia esercitato il potere di scelta dell'una o l'altra parte (c.d. concentrazione). L'**unicità dell'adempimento** comporta che il debitore è obbligato ad eseguire una sola delle prestazioni dovute.

Questo tipo di obbligazione si contrappone a quella cosiddetta **semplice** in cui è dedotta una unica prestazione.

Salvo diverso accordo tra le parti, la **scelta** spetta al debitore, ma può anche essere attribuita al creditore o ad un terzo (art. 1286). In alcuni casi, la concentrazione può avvenire ad opera della legge (ad esempio, art. 2037, 2° comma).

Se il debitore non esegue nessuna delle prestazioni alternative nel termine prestabilito o fissato dal giudice, la scelta compete al creditore. Viceversa, se la facoltà è del creditore e questi non la esercita nel termine fissato, essa passa al

al debitore, l'obbligazione stessa si estingue (Cass. civ., sent. 2 dicembre 2013, n. 26988).

Nel caso le parti abbiano convenuto un'obbligazione falsamente alternativa, prevedendo una prestazione principale e, per il caso di mancato adempimento, una prestazione diversa e subordinata, all'inadempimento della principale il creditore può solo agire per la subordinata, non potendosi applicare i rimedi previsti per le obbligazioni alternative e facoltative (Cass. civ., sent. 20 marzo 2018, n. 6984).

SEZIONE III

CLASSIFICAZIONE DELL'OBLIGAZIONE CON RIGUARDO ALL'OGGETTO DELLA PRESTAZIONE

1. Le obbligazioni positive e negative.

Sono **obbligazioni positive** o anche dette **affermative**, quelle in cui il debitore deve tenere un comportamento attivo. Esse si dividono in:

obbligazioni di fare. Hanno ad oggetto una vera e propria attività (ad esempio, una prestazione d'opera);

obbligazioni di dare. Implicano la consegna di un bene; fino a quando ciò non avviene sussiste anche un obbligo accessorio di custodia (ad esempio, nella vendita);

obbligazioni miste di fare e di dare. In esse vi è sia una attività, che un obbligo di consegna (ad esempio, il contratto di appalto).

Sono **obbligazioni negative** quelle in cui il debitore deve tenere un comportamento che consista in un non fare o in una tolleranza. Ne deriva che in tale tipo di obbligazione la prestazione ha ad oggetto il non verificarsi di un determinato fatto o atto.

Obbligazione di non aprire vedute; obbligazione del conduttore di non usare la cosa locata per un uso diverso da quello stabilito nel contratto.

Una caratteristica di questa obbligazione è rappresentata dal fatto che essa non è percepibile all'esterno, sino a quando il debitore è adempiente.

Giurisprudenza

In tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione negativa, il creditore ha sempre l'onere di provare, oltre alla fonte (negoziale o legale) del suo diritto, anche l'inadempimento del debitore (Cass. civ., sent. 15 febbraio 2005, n. 2976).

L'istituto della *mora debendi* non è compatibile con l'obbligazione negativa, in quanto ogni violazione dell'obbligo di non fare o non dare costituisce inadempimento (art. 1222).

Giurisprudenza

In materia di obbligazioni, non si applica alle obbligazioni di non fare la disciplina della mora debendi e costituisce inadempimento ogni fatto compiuto in violazione dell'obbligo (art. 1222). Ne consegue che l'inadempimento dell'obbligazione negativa di non costruire (sul confine) rimane integrato dal mero fatto obiettivo di avere costruito (Cass. civ., sent. 7 marzo 2003, n. 3412).

2. Le obbligazioni di mezzi e di risultato.

Nelle **obbligazioni di mezzi** la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente quando svolga l'attività richiesta nel modo dovuto. In tali obbligazioni è il **comportamento del debitore ad essere in obbligazione**, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, con l'ulteriore corollario che il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà, perché dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi.

L'obbligazione del medico è di curare il paziente non di assicurare la sua guarigione.

Nelle **obbligazioni di risultato**, invece, ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, essendo indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo. La diligenza opera solo come parametro, ovvero come criterio di controllo e valutazione del comportamento del debitore: in altri termini, **è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente in obbligazione**.

L'appaltatore ha quale obbligazione la realizzazione dell'opera oggetto del contratto.

Siffatta impostazione non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni. In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo tanto il risultato pratico da

raggiungere attraverso il vincolo, quanto l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo (BIANCA). In questo senso la dottrina porta ad esempio proprio l'obbligazione dell'appaltatore, che deve in ogni caso utilizzare idonee procedure e modalità di esecuzione.

La giurisprudenza, pur utilizzando frequentemente la distinzione, non esita a convertire l'obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, dando luogo ad una sorta di metamorfosi, quando afferma che se è vero che obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale sono generalmente obbligazioni di mezzi, tuttavia, possono assumere anche le caratteristiche delle obbligazioni di risultato in cui il professionista si impegna a conseguire un determinato *opus*.

Sotto il profilo dell'onere della prova, la distinzione (talvolta costruita con prevalente attenzione alla responsabilità dei professionisti intellettuali e dei medici in particolare) è stata utilizzata per sostenere che, mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio l'esito, sul creditore incombe l'onere della prova che il mancato risultato è dipeso da scarsa diligenza, nelle obbligazioni di risultato, invece, sul debitore incombe l'onere della prova che il mancato risultato è dipeso da causa a lui non imputabile.

Ma anche sotto tale profilo la distinzione è stata sottoposta a revisione sia da parte della giurisprudenza che della dottrina. Infatti, la Corte di Cassazione ha affermato che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 in materia di responsabilità contrattuale (in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453, sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218, senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

A sua volta, la dottrina, sia civilistica che processualistica, tende ad un'applicazione unitaria dei principi generali in materia di onere della prova, sia in tema di inadempimento, sia di risarcimento del danno, che, infine, in tema di risoluzione del contratto, indipendentemente dalla natura dell'obbligazione (se di mezzi o di risultato).

Giurisprudenza

Assumendo l'incarico, l'avvocato si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato sperato ma non a conseguirlo atteso che, le obbligazioni inerenti l'esercizio dell'attività professionale sono, di regola, di mezzi e non di risultato. Ai fini del giudizio di responsabilità rilevano unicamente le modalità attraverso le quali il professionista abbia prestato la propria attività, essendo irrilevante il conseguimento di un risultato utile per il cliente. L'avvocato deve espletare il proprio mandato adeguandosi al parametro di diligenza posto dall'art. 1176, comma 2, c.c., fatta salva l'operatività dell'art. 2236 c.c. nel caso di prestazioni particolarmente complesse da un punto di vista tecnico. Sul versante probatorio, il

cliente deve provare unicamente il contratto e il nesso causale tra la condotta del professionista ed il danno subito, viceversa, il professionista deve dimostrare l'esatto adempimento ai sensi degli artt. 1218, 1176 c.c. Nelle ipotesi di una causa completamente infondata, l'avvocato è responsabile nei confronti del proprio cliente qualora non dimostri di averlo sconsigliato dall'intraprendere un giudizio dall'esito svantaggioso (App. Firenze, sent. 17 aprile 2023, n. 791).

Le obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzo e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna alla prestazione della propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non al suo conseguimento (Cass. civ., sent. 5 agosto 2013, n. 18612; Cass. civ., sent. 16 novembre 2012, n. 20216; App. Campobasso, sent. 7 luglio 2023, n. 221; Trib. Roma, sent. 18 settembre 2020, n. 125802).

3. Le obbligazioni generiche e specifiche.

L'**obbligazione è generica** quando ha per oggetto una cosa individuata solo nel **genere** o una determinata quantità di cose **fungibili**.

L'obbligo di consegnare un gatto pechinese o un chilogrammo di farina.

Non si tratta di una obbligazione con un oggetto parzialmente indeterminato, in quanto l'oggetto del rapporto è fin dall'inizio specificato (BIANCA). L'individuazione è solo una modalità di attuazione del rapporto obbligatorio.

L'art. 1178 stabilisce che il debitore debba consegnare una cosa del genere indicato, di qualità non inferiore alla media. Le parti possono derogare a detto parametro di designazione, concordandone un altro.

Caratteristiche peculiari delle obbligazioni generiche sono:

la **non estinzione** per impossibilità sopravvenuta. In forza del principio *genus numquam perit* il debitore ha sempre la possibilità di reperire cose del medesimo genere di quelle eventualmente perdute;

L'impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256, estingue l'obbligazione o giustifica il ritardo nell'adempimento è da intendere in senso assoluto ed obiettivo e consiste nella sopravvenienza di una causa, non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente o temporaneamente l'adempimento. Ciò può evidentemente verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto la consegna di una cosa determinata o di un genere limitato, e non già quando si tratta di una cosa generica come, ad esempio, una somma di denaro.

l'acquisto della proprietà solo dopo la **specificazione**. Nei contratti con effetti reali che riguardano cose generiche, il diritto di proprietà si trasferisce nel momento della individuazione dell'oggetto della prestazione.

Una volta avvenuta la specificazione è configurabile l'ipotesi di impossibilità sopravvenuta di adempiere l'obbligazione.

Diversa dall'obbligazione generica è l'**obbligazione di *genus limitatum* o *quasi genus***. Tale obbligazione ha ad oggetto una cosa generica che, però, deve essere presa tra un gruppo determinato di cose (ad esempio, dare un cavallo di una certa discendenza). In questo tipo di obbligazione, a differenza della obbligazione generica, qualora vada distrutta l'intera scuderia per caso fortuito, si intende perduto anche il cavallo e il contratto si risolverà per impossibilità sopravvenuta non imputabile.

L'obbligazione **generica** si distingue da quella **alternativa** poiché oggetto della prima non è la prestazione di tutti i componenti del genere, ma questo come tale, in uno soltanto dei suoi elementi, mentre nella seconda ogni prestazione fa parte dell'oggetto del rapporto (TRABUCCHI).

A ciò si aggiunga che, l'obbligazione generica necessita di una semplice attività esecutiva, laddove quella alternativa richiede anche la scelta della prestazione (BIANCA).

L'obbligazione è, viceversa, **specifica** quando l'oggetto della prestazione è una cosa ben definita.

Ad esempio, l'obbligo di consegnare quel cane di nome Sem.

4. Le obbligazioni pecuniarie.

Si definiscono **obbligazioni pecuniarie** quelle che hanno ad **oggetto** una **somma di denaro**.

Ad esempio, l'obbligazione dell'acquirente di pagare il prezzo della merce comprata.

È senz'altro il tipo di obbligazione maggiormente diffusa nella realtà quotidiana.

In virtù del cosiddetto **principio nominalistico** i debiti pecuniari devono essere estinti con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento (art. 1277), che in Italia è l'euro a far data dal 1° gennaio 1999. Se la somma dovuta è indicata in una moneta che, nel momento del pagamento, non ha più corso legale, il debitore deve pagare in moneta legale ragguagliata per valore alla prima (art. 1277, 2° comma). Qualora la somma dovuta sia indicata in moneta straniera, il debitore, di norma, può pagare anche in moneta legale al corso del cambio nel giorno della scadenza e nel luogo stabilito per l'adempimento (art. 1278).

Ad avere rilievo è, dunque, l'importo nominale dell'obbligazione e non il suo valore concreto.

La moneta, in verità, non è un bene in senso stretto, bensì uno strumento di scambio che ha funzione di pagamento; ciò che ha rilievo non è, quindi, il suo valore nominale ma quello reale (c.d. potere di acquisto della moneta) (TORRENTE-SCHLESINGER).

Ne consegue che il rischio di deprezzamento della moneta ricade sul creditore, salvo che la legge o il giudice non dispongano la rivalutazione monetaria del credito, come accade nei casi di obbligazioni pecuniarie rientranti in rapporti di lavoro (art. 429, 3° comma c.p.c.) o in rapporti, per esempio, tra i coniugi divorziati (art. 5, 7 comma, l. 1° dicembre 1970, n. 898).

Il principio nominalistico si applica, però, ai soli debiti di **valuta**, cioè a quei debiti che sin dal momento del loro sorgere hanno per oggetto una somma di denaro (ad esempio, il pagamento del prezzo da parte dell'acquirente).

Non trova, invece, applicazione per i debiti di **valore**, quelli cioè che sin dall'origine hanno per oggetto una prestazione diversa dalla dazione di una somma di danaro.

Ad esempio, il risarcimento del danno personale causato da un incidente stradale si effettua con il pagamento di una somma di denaro.

Per fronteggiare il fenomeno costante della **svalutazione monetaria**, la giurisprudenza ha elaborato alcuni rimedi:

le **clausole di garanzia monetaria**. Tra esse troviamo quella di **pagamento effettivo** in valuta estera e quella **oro**, in cui quest'ultimo metallo costituisce il riferimento per la quantificazione della moneta;

le **obbligazioni indicizzate**. In esse si tiene conto di un determinato parametro per aggiornare il valore della prestazione (ad esempio, l'indice ISTAT dei prezzi al consumo). Questa clausola può avere fonte legale.

Il codice civile prevede, poi, in tale ambito altri strumenti a tutela del creditore, tra i quali la possibilità per quest'ultimo di chiedere la corresponsione degli interessi in caso di mora del debitore, interessi che andranno calcolati al tasso legale o a quello convenzionale ove pattuito (art. 1224). È fatta salva l'ulteriore possibilità per il creditore di chiedere il risarcimento del danno ove dimostri di averlo subito in conseguenza dell'inadempimento (art. 1224, 2° comma).

A seguito della liquidazione convenzionale o giudiziale del danno, il debito di valore si trasforma in debito di valuta.

5. Interessi e anatocismo.

La moneta, oltre ad essere strumento di scambio, è anche un bene che può essere alienato verso un corrispettivo chiamato **interessi**.

Gli interessi rappresentano il costo del denaro e configurano una particolare obbligazione pecuniaria accessoria, che presuppone una obbligazione principale.

Nel caso di un contratto di mutuo il mutuatario deve restituire al mutuante sia il capitale avuto in prestito che gli interessi maturati.

Tratti caratteristici dell'obbligazione degli interessi sono:

l'**accessorietà**. Se viene meno l'obbligazione principale presupposta, si estingue anche quella degli interessi;

la **fungibilità**. Solo una cosa fungibile (vale a dire priva di individualità specifica e, pertanto, passibile di sostituzione e di scambio) appartenente allo stesso genere del capitale, può essere oggetto di tale obbligazione che è, quindi, pure essa pecuniaria;

la **misura percentuale**. Gli interessi vanno calcolati in percentuale rispetto al capitale;

la **periodicità**. Il decorso del tempo fa maturare gli interessi che sono dovuti in ragione della durata del diritto. Le modalità di pagamento possono variare da quella periodica (ogni anno), a quella posticipata, anticipata, o contestuale al rimborso del capitale.

Quanto alla **fonte** gli interessi si suddividono in:

legali. È la legge che li prevede. L'art. 1282 stabilisce il principio in virtù del quale i crediti *liquidi* (cioè il cui ammontare è determinato o determinabile con mere operazioni aritmetiche) ed *esigibili* (cioè suscettibili di immediato pagamento) aventi ad oggetto somme di denaro producono interessi di pieno diritto.

Questa norma ha carattere dispositivo, sia nel senso che la legge prevede anche altre ipotesi di interessi legali (ad esempio, nel mutuo, art. 1815), sia nel senso che le parti possono stabilire diversamente;

Il tasso dell'interesse legale è deciso dal Ministro dell'economia e delle finanze ogni anno, con decreto pubblicato nella Gazzetta Ufficiale non oltre il 15 dicembre dell'anno precedente a quello cui si riferisce (art. 1284). Attualmente e con decorrenza dal 01.01.2024 è pari a 2,5% annuo.

L'art. 17 d.l. 12 settembre 2014 n. 132, modificato, in sede di conversione, dalla l. 10 novembre 2014, n. 132, all'art. 1284, dopo il comma 3, ha aggiunto i seguenti commi 4° e 5°:

[4°]. Se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

[5°]. La disposizione del quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale.

Entrambe le nuove disposizioni producono effetti rispetto ai procedimenti iniziati a decorrere dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione.

convenzionali. Sono quelli pattuiti dalle parti. Per concordare un saggio superiore a quello legale è necessaria la forma scritta. In assenza di determina-

zione del tasso, gli interessi convenzionali si computano al saggio legale (art. 1284, 2° comma).

Se sono convenuti **interessi usurari**, la clausola è nulla e gli interessi non sono dovuti (art. 1815, 2° comma così come modificato dalla l. n. 108/1996). Dal 14 maggio 2011 il limite oltre il quale gli interessi sono ritenuti usurari è calcolato aumentando il Tasso effettivo Globale Medio (TEGM) di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali. Tale metodo di calcolo è stato introdotto dal d.l. n. 70/2011, che ha modificato l'art. 2, comma 4 della l. n. 108/1996, che determinava il tasso di soglia aumentando il TEGM del 50%.

Giurisprudenza

Il d.l. n. 185/2008, art. 2-bis non ha carattere interpretativo e retroattivo, onde va escluso che, per il periodo precedente l'entrata in vigore della nuova disposizione, possa tenersi conto delle commissioni di massimo scoperto ai fini della verifica del superamento in concreto del tasso soglia dell'usura presunta, mentre occorrerà svolgere una doppia comparazione, l'una con riguardo al tasso soglia usurario e l'altra alla commissione di massimo scoperto, che dunque è oggetto di una rilevazione separata (Cass. civ., sent. 8 febbraio 2019, n. 3867).

In relazione alla **funzione** esercitata gli interessi si suddividono in:

moratori. Sono dovuti a causa del ritardo nell'adempimento da parte del debitore. Costituiscono una sorta di risarcimento del danno arrecato al creditore in conseguenza della mora nell'ottenimento della prestazione; si pensi ad esempio, agli interessi previsti dal d.lgs. n. 192/2012 che di recente ha sostituito il d.lgs. n. 231/2002 in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali;

corrispettivi. Sono quelli dovuti a titolo di remunerazione per il semplice fatto che il debitore ha goduto del denaro del creditore. Trovano fondamento nel cosiddetto principio di fecondità naturale del denaro;

Interessi spettanti al mutuante per il capitale concesso in mutuo, art. 1815.

compensativi. Sono quelli dovuti dal debitore di obbligazioni di valore, o nell'ambito dei contratti di scambio, al creditore per il mancato godimento del bene venduto e consegnato anticipatamente.

Dal soggetto che è obbligato a risarcire il danno conseguente da fatto illecito del quale è responsabile.

Tale figura è di origine giurisprudenziale ed in tema di contratti di scambio ha la funzione di riequilibrare le posizioni dei contraenti, compensando il creditore

del mancato godimento dei frutti della cosa consegnata alla controparte prima di ricevere in cambio la controprestazione. Il fondamento è il medesimo degli interessi corrispettivi.

Giurisprudenza

Funzione primaria degli interessi è, nelle obbligazioni pecuniarie, quella corrispettiva, quali frutti civili della somma dovuta e, nei contratti di scambio, caratterizzati dalla contemporaneità delle reciproche prestazioni, quella compensativa del mancato godimento dei frutti della cosa, consegnata all'altra parte prima di riceverne la controprestazione. Funzione secondaria degli interessi è quella risarcitoria, propria degli interessi di mora, i quali — presupponendo l'accertamento del colpevole ritardo o la costituzione in mora ex lege del debitore — devono essere espressamente domandati indipendentemente dalla domanda di pagamento del capitale. In tema di obbligazioni pecuniarie, gli interessi, contrariamente a quanto avviene nell'ipotesi di somma di danaro dovuta a titolo di risarcimento del danno di cui essi integrano una componente necessaria, hanno fondamento autonomo rispetto al debito al quale accedono, sicché gli stessi — siano corrispettivi, compensativi o moratori — possono essere attribuiti, in applicazione degli artt. 99 e 112 c.p.c., soltanto su espressa domanda della parte (Cass. civ., sent. 19 settembre 2016, n. 18292; Cass. civ., sent. 23 gennaio 2008, n. 1377).

L'obbligazione risarcitoria da illecito aquiliano costituisce un debito di valore, rispetto al quale gli interessi compensativi valgono a reintegrare il pregiudizio derivante dalla mancata disponibilità della somma equivalente al danno subito nel tempo intercorso tra l'evento lesivo e la liquidazione; la relativa determinazione non è, peraltro, automatica né presunta iuris et de iure, occorrendo che il danneggiato provi, anche in via presuntiva, il mancato guadagno derivatogli dal ritardato pagamento (Cass. civ., sent. 5 luglio 2023, n. 19063).

L'**anatocismo** è la produzione di interessi sugli interessi (c.d. capitalizzazione degli interessi scaduti).

Di regola, in mancanza di usi normativi contrari, gli interessi primari scaduti e dovuti da almeno sei mesi producono interessi solo in due casi espressamente previsti dall'art. 1283:

dal giorno della **domanda giudiziale** finalizzata al conseguimento degli interessi anatocistici;

per effetto di **convenzione posteriore alla loro scadenza**.

Alla luce del recente orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte di Cassazione, le norme bancarie uniformi predisposte dall'A.B.I. (Associazione Bancaria Italiana), che consentivano la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi dovuti dai clienti nell'ambito dei contratti bancari, non sono considerate usi normativi, ma usi negoziali.

Giurisprudenza

Il precetto di cui all'art. 1283 può essere derogato solo in presenza dei presupposti indicati dalla norma o in virtù di un uso normativo, non essendo sufficiente a tal fine un mero uso negoziale. **In materia bancaria non esiste un uso normativo**, che consenta la capitalizzazione degli interessi, né può ritenersi che, prima della giurisprudenza espressa dalla S.C. a partire dal 1999, esistesse un uso normativo idoneo a consentire alle banche di adottare clausole che prevedevano la capitalizzazione trimestrale degli interessi, posto che anche antecedentemente gli utenti del servizio bancario accettavano clausole non già nella convinzione di adeguare il proprio operato ad una regola giuridica, ma in quanto indotti da un sistema connotato dalla regola del prendere o lasciare (in questo senso, Cass. civ., sez. un., sent. 4 novembre 2004, n. 21095; Trib. Lecce, sent. 7 giugno 2021, n. 1715).

La domanda di corresponsione degli interessi non accompagnata da alcuna particolare qualificazione va intesa come rivolta al conseguimento soltanto degli interessi corrispettivi, i quali, come quelli compensativi, sono dovuti indipendentemente dalla colpa del debitore nel mancato o ritardato pagamento, salva l'ipotesi della mora del creditore, atteso che la funzione primaria degli interessi nelle obbligazioni pecuniarie è quella corrispettiva, collegata alla loro natura di frutti civili della somma dovuta (Cass. civ., sent. 15 ottobre 2015, n. 20868).

L'azione di ripetizione, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenti la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta a prescrizione decennale decorrente, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati (Cass. civ., sent. 30 ottobre 2018, n. 27704; Cass. civ., sez. un., sent. 2 dicembre 2010, n. 24418).

Nei rapporti bancari, gli interessi corrispettivi e quelli moratori contrattualmente previsti vengono percepiti ricorrendo presupposti diversi ed antitetici, giacché i primi costituiscono la controprestazione del mutuante e i secondi hanno natura di clausola penale in quanto costituiscono una determinazione convenzionale preventiva del danno da inadempimento. Essi, pertanto, non si possono tra di loro cumulare. Tuttavia, qualora il contratto preveda che il tasso degli interessi moratori sia determinato sommando al saggio degli interessi corrispettivi previsti dal rapporto, un certo numero di punti percentuale, è al valore complessivo risultante da tale somma, non solo ai punti percentuali aggiuntivi, che occorre avere riguardo al fine di individuare il tasso degli interessi moratori effettivamente applicati (Trib. Bari, sent. 20 luglio 2023, n. 3042).

Il Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (CICR) è intervenuto più volte in tema di anatocismo bancario, oggetto negli ultimi anni di un complesso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, emanando nuove disposizioni attuative dell'art. 120, comma 2, del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (c.d. TUB).

L'attuale testo dell'art. 120, comma 2, del TUB prescrive che:

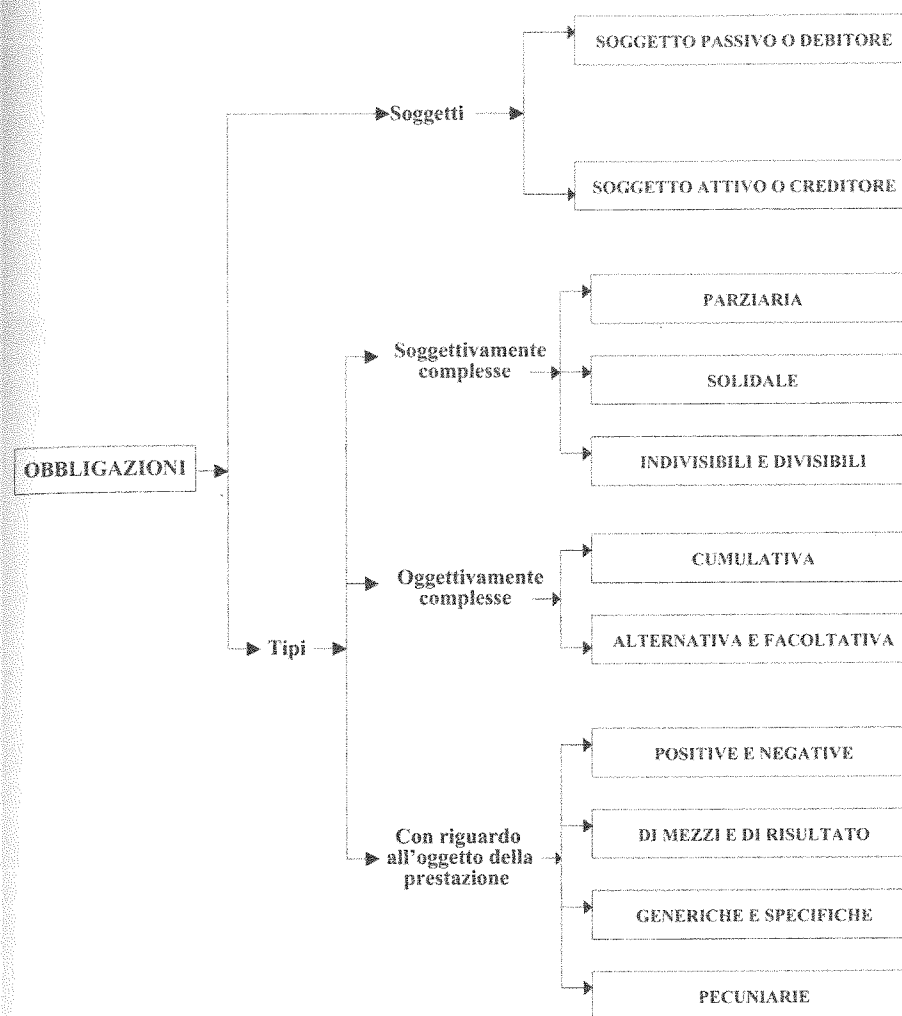
Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:

6) nei rapporti di conto corrente o di conto di pagamento sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore ad un anno; gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, in ogni caso, al termine del rapporto per cui sono dovuti;

b) gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido: 1) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili; 2) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo".

La nuova formulazione di detta norma induce a ritenere che l'intervento del legislatore abbia inteso reintrodurre, perlomeno in parte, la legittimità della pratica anatocistica a favore unicamente del sistema bancario in presenza di un'autorizzazione del cliente, atteso il divieto stabilito in linea generale dall'art. 1283 di cui sono destinatari tutti gli altri soggetti.

SCHEMA 15 Tipi di obbligazioni



CAPITOLO XVIII

LE MODIFICAZIONI SOGGETTIVE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO

GUIDA Sezione I. LE MODIFICAZIONI NEL LATO ATTIVO 1. La successione nel credito: caratteri generali 2. La cessione del credito 2.1. Figure affini: il *factoring* 3. La surrogazione 4. La delegazione attiva Sezione II. LE MODIFICAZIONI NEL LATO PASSIVO 1. La successione nel debito: caratteri generali 2. La delegazione 2.1. Delegazione attiva 3. L'espromissione 4. L'accollo

SEZIONE I**LE MODIFICAZIONI NEL LATO ATTIVO****1. La successione nel credito: caratteri generali.**

Talvolta i soggetti che creano un rapporto obbligatorio vengono sostituiti nel corso del suo svolgimento. Si parla in questo caso di **modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio**, nomenclatura con la quale si intende qualunque mutamento riguardante la titolarità delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo al rapporto obbligatorio.

Tale mutamento consiste nel subingresso di un soggetto nell'altrui titolarità; in particolare, se il mutamento interessa il lato attivo del rapporto si ha una **successione nel credito**.

Nel nostro ordinamento giuridico vige il principio della *libera trasferibilità* della posizione creditoria per cui, di regola, la sostituzione del creditore non necessita del consenso del debitore, atteso che per quest'ultimo è indifferente eseguire la prestazione nei confronti di un soggetto (creditore originario) o di un altro avente diritto, nonché quello della *spersonalizzazione* del rapporto obbligatorio, per cui ogni credito può essere oggetto di atti di disposizione.

Esempio tipico è rappresentato dai titoli di credito, che sono documenti che incorporano il credito.

La successione nel credito può verificarsi nei seguenti modi:

a titolo universale (ad esempio, con il testamento, oppure con la cessione di un ramo d'azienda);

a titolo particolare. In questa ipotesi potremo aver una successione conseguente sia ad un atto dispositivo, che configurerà, pertanto, una cessione di

credito (artt. 1260-1267), sia a fatto diverso, che darà luogo ad una surrogazione del terzo nei diritti del creditore (artt. 1201-1205).

La **successione nel credito** si differenzia dalla **novazione soggettiva attiva**. Nel primo caso, infatti, la successione soggettiva si verifica *in toto* nel senso che il lato attivo del rapporto obbligatorio si trasferisce in capo al nuovo soggetto con tutti gli accessori, le garanzie, le azioni e le eccezioni proprie del titolare originario; nel secondo caso, invece, si avrà solo la traslazione del credito in capo al nuovo soggetto, mentre il rapporto giuridico originario si estingue con tutti gli accessori, le garanzie, le azioni e le eccezioni e nasce un nuovo rapporto diverso.

2. La cessione del credito (artt. 1260-1267).

È il **contratto** con il quale il creditore (cedente) trasferisce, a titolo oneroso o gratuito, ad un terzo (cessionario) il suo credito verso il debitore (ceduto). Tale cessione può realizzarsi tra privati o tra imprese (c.d. *factoring*).

Il creditore può alienare il proprio credito, anche se non c'è il consenso del debitore, sempre che il credito non abbia "carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge". Le parti possono escludere la cedibilità del credito, ma detto accordo non è opponibile al cessionario, se non si dimostra che questi lo conosceva al tempo della cessione (art. 1260).

La teoria prevalente cosiddetta *unitaria* sostiene che la cessione del credito ha **struttura bilaterale** poiché il negozio è stipulato tra il cedente e il cessionario, mentre il debitore è terzo rispetto all'accordo, dato che è irrilevante per lo stesso pagare al creditore originario o al nuovo creditore (TRIMARCHI). Esistono altre teorie come quella *dualista* che afferma la **duplice struttura trilaterale o bilaterale** a seconda che il debitore ceduto accetti o meno la cessione (MESSINEO), o come quella per cui la cessione può assumere **strutture diverse** (negozio unilaterale, bilaterale o trilaterale) in base al tipo di rapporto oggetto del trasferimento (PERLINGIERI).

La cessione del credito è qualificata come **contratto traslativo consensuale ad effetti reali**; ne consegue che, ai sensi dell'art. 1376, il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato (c.d. principio consensualistico).

Quanto alla natura giuridica si osserva che la cessione del credito non costituisce una autonoma figura negoziale, ma coincide con lo schema negoziale tipico che di volta in volta viene utilizzato per consentire la cessione del credito: ad esempio **causa vendendi** e **causa donandi**.

Il cedente, quindi, anziché vendere o donare un bene ad un soggetto (detto cessionario), gli vende o gli dona un proprio credito verso un terzo (definito ceduto).

La cessione rappresenta, quindi, uno strumento attraverso il quale si realizzano molteplici fattispecie e non assume una configurazione propria, ma rispecchia la causa del negozio sottostante (GAZZONI, BIGLIAZZI GERI, PERLINGIERI). La

peculiarità dello schema della cessione ne consente l'utilizzo per finalità differenti ivi compresa la realizzazione di negozi indiretti (ad es. a scopo di garanzia).

La **forma** è libera in quanto il credito, come oggetto di trasferimento, non esige particolari forme negoziali. Data la molteplicità dei modelli contrattuali applicabili, può essere necessario adottare la forma del particolare negozio tramite il quale l'effetto-cessione si realizza.

La legge prevede espressamente **casi di divieto di cessione** del credito.

Così l'art. 1261 sancisce il divieto per i magistrati dell'ordine giudiziario, i funzionari delle cancellerie e segreterie giudiziarie, gli ufficiali giudiziari, gli avvocati, i procuratori, i patrocinatori e i notai di rendersi cessionari, neppure per interposta persona, di diritti sui quali è sorta contestazione davanti l'autorità giudiziaria cui appartengono o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità e dei danni. Siffatto divieto trova spiegazione nella particolare situazione in cui versano detti soggetti.

Tale disposizione non si applica alle cessioni di azioni ereditarie tra coeredi, né a quelle fatte in pagamento di debiti o per difesa di beni posseduti dal cessionario (art. 1261, 2° comma).

È, inoltre, esclusa la cedibilità dei **crediti aventi natura strettamente personale**, quali per esempio i crediti alimentari, nonché dei crediti per gli stipendi degli impiegati dello Stato e di altri enti (d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180).

Come accennato, l'impossibilità di cedere il credito può, infine, essere il risultato di un accordo tra le parti (c.d. *incedibilità convenzionale*).

Il cedente deve consegnare al cessionario i **documenti probatori** del credito che possiede. Se è stata ceduta solo una parte del credito, il cedente è tenuto a dare al cessionario una copia autentica dei relativi documenti (art. 1262).

Ai fini della **validità** della cessione del credito non rileva l'accettazione da parte del debitore ceduto o il suo consenso (art. 1260, 1° comma).

Viceversa, affinché la cessione sia **efficace** nei confronti del debitore ceduto e dei terzi, occorre il rispetto di alcuni oneri.

Riguardo al debitore ceduto (art. 1264) la cessione ha effetto quando questi l'ha accettata o quando gli è stata notificata. Ciò nonostante, anche prima della notificazione, il debitore che paga al cedente non è liberato, se il cessionario fornisce la prova che il debitore stesso era a conoscenza dell'avvenuta cessione.

Riguardo ai terzi (art. 1265), se il medesimo credito ha formato oggetto di più cessioni a persone diverse, prevale la cessione notificata per prima al debitore, o quella che da quest'ultimo è stata per prima accettata con atto di data certa, sebbene essa sia di data posteriore. La stessa norma si osserva qualora il credito sia stato oggetto di costituzione di usufrutto o pegno.

Per effetto della cessione, il credito passa al cessionario con tutti i **privilegi**, le **garanzie personali e reali** e gli altri **accessori**. Il cedente non può trasferire al cessionario, senza il consenso del costituente, il possesso della cosa ricevuta in pegno; in caso di dissenso, il cedente rimane custode del pegno. La cessione non comprende i frutti scaduti, salvo patto contrario (art. 1263).

Il codice pone un **obbligo di garanzia del cedente** (art. 1266).

In caso di cessione a **titolo oneroso**, il cedente deve assicurare l'esistenza del credito al tempo della cessione. La garanzia può essere esclusa in forza di un accordo, ma il cedente resta sempre obbligato per il fatto proprio.

In caso di cessione a **titolo gratuito**, la garanzia è dovuta solo nei casi e nei limiti in cui la legge pone a carico del donante la garanzia per l'evizione.

È prevista, poi, una **garanzia della solvenza del debitore** (art. 1267). Il cedente non risponde della solvenza del debitore (c.d. cessione *pro soluto*), tranne che ne abbia assunto la garanzia (c.d. cessione *pro solvendo*). In detta ipotesi il cedente risponde nei limiti di quanto ha ricevuto; deve, pure, corrispondere gli interessi, rimborsare le spese della cessione e quelle che il cessionario abbia dovuto sopportare per escutere il debitore; deve, altresì risarcire l'eventuale danno. Qualsiasi accordo volto ad aggravare la responsabilità del cedente è inefficace. Quando il cedente ha garantito la solvenza del debitore, la garanzia termina se la mancata realizzazione del credito per insolvenza del debitore è dovuta a negligenza del cessionario, nell'iniziare o nel proseguire le istanze contro il debitore.

Particolari finalità perseguibili mediante l'istituto in esame sono la *cessione del credito in funzione di garanzia* e la *cessione del credito in luogo dell'adempimento* (art. 1198).

Si ha **cessione del credito in funzione di garanzia** quando tra il cedente e il cessionario esiste, fin dall'inizio, un rapporto obbligatorio in cui il primo (cedente) assume le vesti del debitore ed il secondo quelle di creditore. Alla scadenza del citato rapporto obbligatorio, il debitore, che versi in una situazione di debolezza economica, può garantire al creditore cessionario l'adempimento della sua obbligazione attraverso il trasferimento di un suo personale credito.

In questo modo la posizione giuridica del creditore originario viene consolidata e l'adempimento dell'obbligazione è maggiormente garantito.

Si verifica, così, un collegamento tra un contratto principale (obbligazione tra cedente e cessionario) e un rapporto accessorio (contratto di cessione), dove il secondo è in funzione di garanzia rispetto all'adempimento del primo.

In tale ipotesi vi è il pericolo di contrasto con il divieto del patto commissorio (v. cap. XXIII, par. 2).

Se Tizio ha ceduto al suo creditore Caio un credito vantato verso Sempronio, al fine esclusivo di garantirne l'adempimento dell'obbligazione, Caio dovrà prima rivolgersi a Tizio, suo debitore e chiedere l'esecuzione della prestazione originariamente dedotta nel programma obbligatorio. Solo qualora questi non adempia, potrà richiedere a Sempronio il pagamento dovuto.

Figura diversa è la **cessione del credito in luogo dell'adempimento**. In virtù della genericità della causa che contraddistingue l'istituto della cessione del credito, questo può anche costituire un mezzo per porre in essere una *datio in solutum*, qualora tra il cedente ed il cessionario vi sia un rapporto giuridico

patrimoniale preesistente in cui, rispettivamente, il primo è debitore ed il secondo è creditore.

In linea generale può dirsi che ai sensi dell'art. 1197, il debitore può, con il consenso del creditore, estinguere l'obbligazione eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta. Nell'ipotesi in cui questa diversa prestazione consista nella cessione di un credito, ex art. 1198, occorre distinguere a seconda che le parti abbiano previsto una *datio pro solvendo* o *pro soluto*. L'ipotesi ordinaria disciplinata dalla legge all'art. 1198 è la cosiddetta *datio pro solvendo*: la liberazione del cedente si realizza, dunque, con la effettiva esecuzione della prestazione, che si verifica solo nel momento in cui il cessionario abbia ottenuto il pagamento da parte del debitore ceduto. In tal modo, il creditore (cessionario) conserva il credito originario verso il proprio debitore (cedente) di guisa che, se il debitore ceduto non paga, egli potrà azionare il proprio originario credito verso il cedente stesso e pretendere pure il risarcimento del danno. La previsione legale pone, quindi, il rischio della insolvenza del debitore ceduto a carico del cedente.

Nella diversa ipotesi in cui le parti nell'ambito della propria autonomia abbiano deciso di dare vita ad una cessione del credito *pro soluto*, è sufficiente la mera cessione al creditore (cessionario) del credito che il debitore (cedente) vanta verso un altro soggetto (debitore ceduto), affinché l'obbligazione del cedente si estingua nei confronti del cessionario.

Giurisprudenza

La cessione dei crediti futuri, ivi compresi quelli aventi causa risarcitoria, non ha natura meramente obbligatoria e vi si può procedere — quando nel negozio dispositivo sia individuata la fonte, oppure la stessa sia determinata o determinabile — senza che rilevi la probabilità della venuta in essere del credito ceduto, non esistendo una norma che vieti la disponibilità dei diritti futuri perché meramente eventuali, con la conseguenza che la venuta in essere del credito futuro integra un requisito di efficacia della cessione, ma non della sua validità (Cass. civ., sent. 2 ottobre 2023, n. 27690).

2.1. Figure affini: il factoring.

Con il termine **factoring** si intende un'operazione complessa in virtù della quale viene trasferito da un soggetto, solitamente un imprenditore, ad un altro (factor), il rischio di insolvenza dei debitori del primo.

La sua struttura può essere così riassunta: il creditore sottopone al factor i contratti che ha concluso o concluderà con i clienti, mentre quest'ultimo si riserva di approvare, valutata la solvibilità dei clienti, i crediti derivanti da tali contratti; il creditore si obbliga a cedere al factor i crediti approvati e il factor, a sua volta, si obbliga a versare al creditore, alla scadenza dei crediti, il corrispettivo pattuito per la cessione, oltre a svolgere per conto del creditore i servizi di

contabilizzazione dei rapporti oggetto del contratto. Per questi servizi il factor trattiene una somma calcolata in genere in misura percentuale sul valore nominale dei crediti (GALGANO).

La cessione può essere effettuata *pro soluto* o *pro solvendo* a seconda che il factor si assuma o meno il rischio dell'inadempimento del debitore ceduto.

La **funzione** di questa figura contrattuale è di agevolare in vari modi l'attività dell'imprenditore che può così ottenere vantaggi commerciali, gestionali e finanziari.

Si pensi, ad esempio, alla certezza di incassare a scadenze predeterminate il corrispettivo per le forniture eseguite.

Sulla **qualificazione giuridica** del factoring dottrina e giurisprudenza sono divise: il factoring è stato ricondotto, di volta in volta, alla cessione o alla vendita di crediti, ai contratti normativi, al contratto aleatorio, al contratto atipico con causa di finanziamento, al contratto con prevalente causa di scambio.

Giurisprudenza

In tema di contratto atipico di "factoring", la cessione dei crediti che lo caratterizza non produce modificazioni oggettive del rapporto obbligatorio e non può pregiudicare la posizione del debitore ceduto in quanto avviene senza o addirittura contro la sua volontà (Trib. Milano, sent. 9 settembre 2019, n. 8030).

In tema di contratti, anche dopo l'entrata in vigore della l. 21 febbraio 1991, n. 52 sulla cessione dei crediti di impresa, il factoring rimane un contratto atipico il cui nucleo essenziale è costituito dall'obbligo assunto da un imprenditore (cedente o fornitore) di cedere ad altro imprenditore (factor) la titolarità dei crediti derivati o derivandi dall'esercizio della sua impresa. Ne consegue che, ai fini della qualificazione del contratto, che dipende dagli effetti giuridici e non da quelli pratico-economici, il giudice deve fare riferimento all'intento negoziale delle parti che renda palese il risultato concreto perseguito, valutando in particolare se esse abbiano optato per quello vendendi, per quello mandati o per altro ancora (Cass. civ., sent. 26 maggio 2020, n. 9875; Cass. civ., sent. 7 luglio 2017, n. 16850; Cass. civ., sent. 6 luglio 2009, n. 15797; Cass. civ., sent. 11 maggio 2007, n. 10833; Cass. civ., sent. 27 agosto 2004, n. 17116).

Il contratto di "factoring", ove postuli una cessione dei crediti a titolo oneroso in favore del "factor", attribuisce a quest'ultimo la titolarità dei crediti medesimi e, quindi, la legittimazione alla loro riscossione in nome e per conto proprio e non in qualità di semplice mandatario del cedente, sicché il pagamento eseguito dal debitore ceduto si configura quale adempimento di un debito non del cedente verso il "factor" ma proprio del debitore ceduto verso quest'ultimo, per cui, seppur eseguito dopo il fallimento del cedente, non comporta alcuna sottrazione di risorse alla

massa e non è sanzionato con l'inefficacia prevista dall'art. 44 l. fall. (Cass. civ., sent. 2 ottobre 2015, n. 19716).

Di recente, si è venuta affermando una nozione di factoring in cui la causa è mutevole, in quanto assumerebbe caratteristiche variabili in relazione al fine perseguito dalle parti: in quest'ottica, le susseguenti cessioni di credito si configurerebbero come atti esecutivi di natura negoziale, che costituiscono la prosecuzione dinamica della causa posta a fondamento del contratto di factoring (ZUDDAS), ovvero troverebbero in esso la loro causa giustificativa (GALGANO).

Nell'ordinamento italiano il contratto di factoring è disciplinato, senza costituire, tuttavia, un contratto tipico. Come è stato affermato dalla dottrina (TUCCI), in questo seguita anche dalla giurisprudenza (Cass. civ., sent. 2 febbraio 2001, n. 1510), la disciplina dettata dalla l. 21 febbraio 1991, n. 52, che regola la cessione di crediti d'impresa, si sovrappone a quella del contratto atipico senza assorbito, né sopprimerlo. In particolare, la l. n. 52/1991 si applica alle cessioni realizzate tra un imprenditore e una società o ente pubblico nel cui oggetto sociale compaia l'acquisto di crediti d'impresa e il cui capitale sociale, o fondo di dotazione, sia particolarmente solido. Inoltre, le cessioni devono essere effettuate verso corrispettivo ed avere ad oggetto crediti sorti nell'esercizio dell'attività d'impresa del cedente. La legge, quindi, ha un campo di applicazione ristretto solo a determinate ipotesi di factoring e non ne esaurisce tutte le possibilità, con l'effetto che, per quanto non espressamente disciplinato tornano applicabili le regole generali degli artt. 1260 ss.

Va rilevato, infine, che la legge non usa il termine factoring ma solo l'espressione "cessione di crediti d'impresa". Come appare chiaro dal titolo della legge citata, il factoring è ancora trattato con riguardo prevalente alla cessione di credito su cui si fonda, la quale, se pur ne è l'elemento essenziale, tuttavia non esaurisce la figura atipica di tale contratto.

Con la l. 14 luglio 1993, n. 260, è stata data piena esecuzione alla Convenzione Unidroit sul factoring internazionale, siglata ad Ottawa il 28 maggio 1988, che ha lo scopo di facilitare la cessione di crediti presenti e futuri, da una impresa produttrice di beni o servizi ad un'altra impresa iscritta in un apposito albo. La disciplina prevede espressamente la cedibilità di crediti futuri, purché determinabili, ed il sorgere automatico della garanzia della solvenza, che può essere esclusa su accordo delle parti. Ulteriore criterio di opponibilità della cessione è quello della data del pagamento del credito al cedente.

L'importanza dei servizi forniti dalla società di factoring è sottolineata anche dall'art. 1 della Convenzione Unidroit sul factoring internazionale, che prevede, al fine della qualificazione di una pattuizione di cessione del credito come contratto di factoring, ai sensi della citata Convenzione, la necessità che la società cessionaria si impegni a fornire almeno due dei seguenti servizi: il finanziamento del fornitore (cioè il prestito o il pagamento anticipato); la tenuta della contabilità; l'incasso dei crediti; la garanzia dell'eventuale inadempimento dei debitori.

3. La surrogazione (artt. 1201-1205).

La **surrogazione** è un effetto successorio nel lato attivo del rapporto obbliga-

torio, che si realizza nel momento in cui un terzo adempie l'obbligazione del debitore e si sostituisce al creditore. La successione può aversi solo nei casi previsti dalla legge, atteso che costituisce un'eccezione alla regola generale secondo la quale l'obbligazione si estingue a seguito dell'adempimento.

Diverse sono le **fonti** della surrogazione previste dal codice:

per volontà del creditore (art. 1201), il quale ricevendo il pagamento da un terzo può farlo subentrare nei propri diritti verso il debitore (c.d. surroga per quietanza). Questa dichiarazione, deve essere espressa, e contestuale al pagamento. Siffatta figura di surrogazione di ricollega all'adempimento del terzo ex art. 1180;

per volontà del debitore (art. 1202), il quale nel prendere a mutuo una somma di denaro o altra cosa fungibile per adempiere l'obbligazione, può sostituire il mutuante nei diritti del creditore pagato anche senza il suo consenso. Affinché la surrogazione sia efficace devono sussistere le seguenti condizioni:

- il mutuo e la quietanza devono risultare da atto recante una data certa;
- nell'atto di mutuo deve essere indicata in modo espresso la destinazione della somma oggetto di mutuo (ad esempio, il pagamento di Mevio);
- nell'atto di quietanza deve essere menzionata la dichiarazione del debitore sulla provenienza della somma utilizzata per il pagamento (ad esempio, il finanziamento dato dalla Banca);

per volontà della legge (art. 1203). La surrogazione opera di diritto nelle seguenti ipotesi:

- a vantaggio di chi, essendo creditore, ancorché chirografario, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione di una causa legittima di prelazione;
- a vantaggio dell'acquirente di un immobile che, fino alla concorrenza del prezzo d'acquisto, paga uno o più creditori a favore dei quali l'immobile è ipotecato;
- a vantaggio di colui che essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo;
- a vantaggio dell'erede con beneficio di inventario che paga con denaro proprio i debiti ereditari;
- negli altri casi previsti dalla legge.

Nelle suddette ipotesi la surrogazione si definisce legale non solo perché trova nella legge la fonte che conferisce al terzo che paga il diritto di surrogarsi, ma anche perché detto effetto si verifica automaticamente.

Per la dottrina prevalente la *ratio* della surrogazione è da rintracciarsi in un **criterio di economicità** dei traffici giuridici. In effetti, con il pagamento da parte del terzo, il creditore è soddisfatto e il debitore dovrebbe instaurare un nuovo rapporto con il *solvens*, mentre, attraverso tale istituto, in seguito al pagamento si realizza il trasferimento del diritto in capo al terzo (BIGLIAZZI GERI).

Secondo altro orientamento, la funzione della surrogazione è di assicurare una specie di **reintegrazione** del patrimonio del *solvens* (MAGAZZÙ).

Quanto alla **natura** del pagamento, c'è chi lo ritiene un **atto non negoziale**, presupposto del meccanismo successorio (CARPINO), e chi, invece, lo considera un **adempimento** a tutti gli effetti, anche se provoca una estinzione dell'obbligazione solo relativa, essendo possibile il passaggio del diritto di credito al nuovo soggetto (BIANCA).

In ordine alle **eccezioni opponibili al nuovo creditore**, la dottrina è divisa.

Da un lato vi è l'indirizzo che considera la surrogazione un fenomeno novativo, con la conseguenza che al nuovo creditore sono opponibili esclusivamente le eccezioni relative al rapporto (BUCCISANO); dall'altra si sostiene la tesi della vicenda traslativa, di guisa che il surrogante subentra nella medesima posizione che aveva il creditore originario, ed al primo sono opponibili tutte le eccezioni che si potevano sollevare al secondo (BIANCA).

Il credito deve presentare i caratteri della **liquidità ed esigibilità**. La surrogazione non può avvenire ove vi sia una condizione sospensiva.

Altra questione dibattuta è quella che riguarda l'**oggetto della prestazione** che, secondo alcuni, dovrebbe essere necessariamente fungibile, secondo altri no, purché esista il consenso del creditore. Deve, poi, trattarsi di debito trasmissibile.

Il subentro del nuovo creditore ha efficacia anche nei confronti del terzo che garantisce il debitore. Qualora il credito sia garantito da pegno, si applica la disposizione prevista dall'art. 1263, 2° comma in virtù della quale il possesso della cosa ricevuta in pegno può trasferirsi solo con il consenso del costituente.

L'art. 1205 prevede, infine, una ipotesi di **surrogazione parziale**, che si verifica quando il pagamento è eseguito solo in parte. In questo caso il terzo surrogato ed il creditore concorrono nei riguardi del debitore in proporzione di quanto è loro dovuto, tranne che vi sia patto contrario.

La **surrogazione per pagamento** si differenzia rispetto alla **cessione del credito** poiché nel primo caso l'obbligazione viene adempiuta con soddisfacimento del creditore, mentre nel secondo non c'è ancora l'adempimento. Si differenzia, poi, dalla **surrogazione reale**, per il fatto che quest'ultima configura una sostituzione dell'oggetto e non del soggetto (creditore) del rapporto obbligatorio.

Giurisprudenza

La differenza tra delegazione di pagamento e di debito consiste nell'essenza solutoria della prima, in cui il delegato provvede al pagamento senza assumersi l'obbligo, e nell'essenza obbligatoria della seconda, in cui il delegato si aggiunge al delegante nella veste di debitore del delegatario che quindi avrà azione anche nei suoi confronti. Posto che l'assunzione del debito non abbisogna di formule sacramentali, stabilire la tipologia di delegazione è accertamento che spetta al giudice di merito (Cass. civ., sent. 22 febbraio 2022, n. 5755).

4. La delegazione attiva.

La **delegazione attiva** costituisce un'altra ipotesi di modificazione soggettiva nel lato attivo del rapporto obbligatorio, della quale si tratterà nell'ambito del paragrafo dedicato alla delegazione passiva (v. *infra* sez. II, par. 2).

SEZIONE II

LE MODIFICAZIONI NEL LATO PASSIVO

1. La successione nel debito: caratteri generali.

Mentre la successione nel credito non presuppone il consenso del debitore, per il quale è praticamente uguale pagare ad un soggetto creditore o ad un altro, nell'ipotesi di **successione nel debito** questa si perfeziona solo con l'**assenso del creditore**, il quale si trova di fronte ad un nuovo soggetto la cui correttezza e consistenza patrimoniale personale potrebbero non essere all'altezza di quelle del debitore originario.

Questa regola generale subisce solo un'eccezione rappresentata dalla successione a titolo universale per causa di morte, in cui l'accettazione dell'eredità provoca la successione automatica dei debiti del *de cuius* in capo all'erede.

La modificazione soggettiva nel lato passivo del rapporto obbligatorio si può realizzare attraverso la **delegazione**, l'**espromissione** o l'**accollo**.

La sostituzione del debitore, in ognuna delle tre figure sopra indicate, può avvenire in due modi:

con un **cumulo** di debitori. Il nuovo debitore si aggiunge al precedente (in tal caso si parlerà di una delegazione, un'espromissione e un accollo cumulativi);

con la **liberazione** del debitore originario. Con il necessario consenso del creditore, il nuovo debitore si sostituisce al precedente che viene svincolato dall'obbligazione (in tal caso si parlerà di una delegazione, un'espromissione e un accollo liberatori), con conseguente estinzione delle sue garanzie del credito, salvo diverso accordo (art. 1275) e salva la palinogenesi dell'obbligo per il debitore originario liberato, in caso di invalidità della nuova obbligazione (art. 1276).

La liberazione del debitore originario può comportare la novazione del rapporto o la successione particolare del soggetto passivo (RESCIGNO).

2. La delegazione (artt. 1268-1271).

La **delegazione** consiste in un ordine conferito da un soggetto (delegante) ad un altro (delegato) di eseguire un pagamento o di obbligarsi ad eseguirlo in favore di un terzo (delegatario).

Dal punto di vista strutturale la delegazione, secondo una parte della dottrina condivisa dalla giurisprudenza, rappresenta un **negozio trilaterale** (MESSINEO), mentre secondo altra dottrina, si realizza attraverso un **negozio bilaterale** tra delegato e delegatario (RESCIGNO). Altro orientamento sostiene, poi, che la delegazione si struttura attraverso una **pluralità di negozi** tra loro separati, bilaterali e unilaterali e segnatamente l'incarico delegatorio (c.d. delega), l'atto di assegnazione e la promessa del delegato, negozi che concorrono tutti insieme ad attuare una operazione unitaria che è l'incarico delegatorio (BIANCA). Vi è, infine, un ultimo indirizzo per il quale la delegazione è un negozio che si perfeziona attraverso lo schema dell'art. 1333 (GAZZONI).

Due sono le **forme tipiche** di delegazione quella **promissoria** e quella di **pagamento**.

La **delegazione promissoria**, o di debito, detta anche *delegatio promittendi*, è un incarico che il delegante conferisce al delegato di assumere una obbligazione verso il creditore (art. 1268).

Ha la funzione di **corroborare il vincolo** obbligatorio e di approntare un pagamento futuro.

La **delegazione di pagamento**, detta anche *delegatio solvendi*, è invece un incarico che il delegante assegna al delegato di eseguire un pagamento al delegatario ed ha, pertanto, una funzione meramente **solutoria** (art. 1269).

Esempio classico di questo tipo di delegazione è rappresentato dall'assegno bancario che è uno strumento con il quale un soggetto traente (delegante) ordina ad un altro soggetto trattario (delegato) di pagare una determinata somma ad un terzo soggetto beneficiario (delegatario).

Si distingue, inoltre, tra delegazione cumulativa e liberatoria.

La **delegazione cumulativa** comporta che al debitore originario (delegante) si aggiunga il nuovo debitore. Il creditore che ha accettato l'obbligazione del terzo può però rivolgersi al debitore originario solo dopo aver richiesto al delegato, quale nuovo debitore, l'adempimento (c.d. *beneficium ordinis*).

Si ha **delegazione liberatoria** (o **privativa**) quando il creditore, una volta che gli è stato assegnato il nuovo debitore, dichiara di liberare il debitore originario. Ricorre in tal caso una sostituzione tra i soggetti debitori. Ciò si può verificare o tramite una novazione del rapporto, o per mezzo di una successione particolare nel debito.

Due sono i **rapporti** che sussistono nella delegazione:

rapporto di provvista. È il rapporto tra delegante e delegato in virtù del quale il secondo è debitore del primo. Di solito il rapporto si basa su un debito del delegato verso il delegante (c.d. delegazione su debito o coperta), ma può configurarsi anche un rapporto senza debito (c.d. delegazione allo scoperto);

rapporto di valuta. È il rapporto tra delegante e delegatario in virtù del quale il primo è debitore del secondo.

La delegazione può essere **titolata** (o **causale**) quando il delegato, nel promettere il pagamento al delegatario, fa espresso riferimento al rapporto di provvista o a quello di valuta o ad entrambi; oppure può essere **astratta** (o **pura**), se il delegato, nell'obbligarsi, omette di richiamare i rapporti di provvista e di valuta.

È questo lo schema previsto legalmente.

Quanto alla **causa** della delegazione essa coincide con la causa dei rapporti sottostanti, la quale però assume importanza, ai fini della validità e dell'adempimento della delegazione, esclusivamente in quella titolata.

La delega è **revocabile** da parte del delegante, ma solo fino a che non produce effetti verso il delegatario (art. 1270) e salvo che non sia stata dal primo dichiarata irrevocabile (GRECO).

Il delegato può opporre al delegatario le eccezioni relative ai rapporti con esso intercorrenti (ad esempio estinzione del debito per compensazione) (art. 1271).

Queste **eccezioni** si definiscono **personali**.

Viceversa, nella delegazione titolata, oltre alle eccezioni personali, potranno essere opposte al creditore delegatario anche le **eccezioni relative al rapporto interno di provvista o di valuta**.

Nel caso, poi, di delegazione pura o astratta non potranno essere opposte dal debitore delegato le eccezioni personali, tra delegante e delegatario, in quanto il delegato promette unicamente una determinata prestazione al delegatario, senza far riferimento ai rapporti di base. Sia in dottrina che in giurisprudenza si ritiene, comunque, che il debitore delegato possa eccepire la nullità, o l'annullamento, o l'inefficacia di ambedue i rapporti di provvista e di valuta, qualora ne ricorrano i presupposti (c.d. nullità della doppia causa, BRECCIA).

Nella delegazione liberatoria il creditore che abbia liberato il debitore originario, non ha azione contro di lui, nel caso che il delegato diviene insolvente (art. 1274).

Siffatta regola subisce due eccezioni, con la conseguenza che il creditore conserverà la possibilità di agire contro il debitore originario, quando:

il delegatario ha fatto espressa riserva di agire contro il delegante;

il delegato era insolvente al tempo in cui assunse il debito nei confronti del creditore.

La liberazione del delegante implica l'estinzione delle garanzie annesse al credito (art. 1275). È discusso se la norma si riferisca solo alle garanzie prestate da terzi o pure a quelle fornite dal debitore originario (in quest'ultimo senso, BIANCA), mentre si ritiene che non riguardi i privilegi (GRECO).

Qualora l'obbligazione assunta da parte del delegato sia dichiarata nulla o annullata e il creditore aveva liberato il delegante, l'obbligazione di questo riveve, ma non rivivono le garanzie dei terzi (art. 1276). La norma è applicabile pure alle ipotesi di risoluzione, rescissione e revoca della nuova obbligazione (BIANCA).

2.1. Delegazione attiva.

La **delegazione** può essere anche **attiva**, quando il creditore delegante im-

ne al debitore un nuovo creditore nei confronti del quale il debitore si obbliga (RESCIGNO). Questa sostituzione costituisce una modificazione soggettiva nel lato attivo del rapporto obbligatorio e si differenzia dalla cessione del credito, poiché la delegazione si perfeziona con il consenso dei tre soggetti coinvolti e, dunque, anche del debitore ceduto, situazione questa che non si verifica nella cessione (RESCIGNO).

3. L'espromissione (art. 1272).

È un **contratto** con cui una parte (espromittente), senza menzionare i propri rapporti con il debitore (espromesso), ne assume il debito verso il creditore (espromissario) (RODOTA). L'espromittente è un soggetto terzo rispetto al rapporto obbligatorio, che promette spontaneamente di adempiere la prestazione del debitore originario. Consiste, pertanto, in una **assunzione del debito altrui** spontanea, cioè senza che vi sia una delegazione da parte del debitore originario, al quale non si richiede alcuna manifestazione di volontà (RODOTA).

Il padre che interviene impegnandosi a pagare il debito del figlio.

Le ragioni o le motivazioni che spingono il terzo ad assumere il debito altrui sono irrilevanti.

Si distingue tra:

espromissione cumulativa, in cui al debitore espromesso si aggiunge l'espromittente che con costui è obbligato in solido. Il creditore che ha accettato l'obbligazione del terzo non può, tuttavia, rivolgersi al debitore originario se prima, secondo parte della dottrina, non ha richiesto all'espromittente, quale nuovo debitore, l'adempimento (*beneficium ordinis*);

espromissione liberatoria o privativa, nella quale il debitore espromesso è liberato sulla base di una dichiarazione espressa del creditore (art. 1272, 1° comma), restando così obbligato solo il terzo assunto. Ove l'espromittente risulti insolvente il creditore non avrà azione contro il debitore originario, salvo eventuale patto contrario.

Circa la **natura giuridica** dell'espromissione, la dottrina prevalente ritiene che si tratti di un vero e proprio **contratto** sinallagmatico, cioè a prestazioni corrispettive fra creditore espromissario ed espromittente (RODOTA, RESCIGNO).

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie affermano che la causa dell'espromissione consiste unicamente nell'assunzione del debito altrui, senza bisogno di alcuna giustificazione ulteriore. Questa affermazione evidenzia l'irrelevanza sia dei motivi che hanno indotto l'espromittente a stipulare il contratto e sia dei suoi rapporti intercorrenti con il creditore espromissario e con il debitore espromesso.

L'autonomia causale dell'espromissione non significa, peraltro, che essa prescinda dall'ob-

bligazione preesistente. Ciò è specificato nel 3° comma dell'art. 1272, dalla cui lettura si evince che l'espromittente potrà sempre rifiutarsi di pagare qualora il debito dell'espromesso risultasse inesistente. Tanto è vero che, proprio perché la causa è identificata con l'assunzione del debito altrui, l'espromissione viene meno se il diritto dell'espromissario non esiste.

Il **carattere parzialmente astratto** dell'espromissione incontra puntuale conferma nel regime delle eccezioni.

L'**espromittente può opporre al creditore** le stesse eccezioni non personali che avrebbe potuto opporgli il debitore originario, e quelle non derivanti da fatti successivi all'espromissione, tra cui la nullità dell'obbligazione e l'invalidità del contratto di assunzione (BIANCA).

Sono eccezioni personali quella di annullamento del contratto per vizi del consenso, mentre sono eccezioni derivanti da fatti sopravvenuti la remissione successiva all'espromissione.

Inoltre, l'espromittente non potrà mai opporre al creditore l'eccezione di compensazione che il debitore originario avrebbe potuto far valere anche qualora la compensazione si sia verificata prima o dopo l'espromissione (art. 1272, 3° comma).

Siffatta disciplina è applicabile alla espromissione cumulativa, nonché a quella liberatoria.

Nei rapporti **espromittente-debitore**, se questi sono regolati da un contratto (ad esempio, un mandato), da esso dipende l'eventuale diritto di credito in favore dell'espromittente verso il debitore. Se non vi è un contratto, occorre distinguere tra l'ipotesi in cui l'operazione è stata effettuata per spirito liberale e quella in cui tale spirito non sussista. Solo in quest'ultimo caso all'espromittente spetterà il regresso verso il debitore originario (CICALA). Negli altri casi, ivi compreso quello di espromissione liberatoria, all'espromittente è riconosciuta la facoltà di agire ex art. 2028 (gestione di affari), o in mancanza di relativi presupposti, ex art. 2041 (azione di arricchimento) (BIANCA).

A seguito dell'espromissione liberatoria le garanzie si estinguono, salvo che colui che le ha prestate non consenta espressamente al loro mantenimento (art. 1275). La dichiarazione di nullità o di annullamento dell'espromissione liberatoria fa rivivere l'obbligazione in capo al debitore originario (art. 1276), ma il creditore non può avvalersi delle garanzie prestate da terzi.

L'**espromissione** si differenzia dalla **delegazione** per la mancanza di un ordine ad obbligarsi e assume la struttura di contratto a favore di terzo ex art. 1411 e precisamente a favore del debitore originario. Nella espromissione, infatti, vi è una assunzione del debito spontanea per cui manca l'iniziativa del debitore, manca cioè il riferimento ad una delega, che è caratteristica propria della delegazione.

Giurisprudenza

Nell'espromissione, che si perfeziona verso il creditore, senza bisogno di un suo atto di accettazione, quando egli venga a conoscenza dell'impegno assunto dall'espromittente, la causa del contratto è costituita puramente e semplicemente dall'assunzione del debito altrui, essendo irrilevanti sia i rapporti interni intercorrenti tra il debitore e l'assuntore, sia le ragioni che hanno determinato l'intervento di quest'ultimo, essendo invece necessario che il terzo, presentandosi al creditore, non ponga a fondamento del proprio impegno un preesistente accordo con l'obbligato (Cass. civ., sent. 22 luglio 2021, n. 21102).

L'espromissione si distingue dalla promessa di pagamento, disciplinata dall'art. 1988 c.c., in quanto, mentre quest'ultima si colloca fra i negozi unilaterali, la prima integra un contratto, caratterizzato dall'incontro delle volontà di chi si pone come nuovo debitore (accanto, e talora al posto, del debitore originario) e chi lo accetta come tale (Cass. civ., sent. 8 novembre 2022, n. 32787).

4. L'accollo (art. 1273).

L'accollo è la **convenzione** (*rectius* contratto) fra debitore e terzo, con la quale quest'ultimo (accollante) assume il debito del primo (accollato) nei confronti del creditore (accollatario).

L'istituto, ignoto al diritto romano, appartiene alla tradizione del nostro diritto comune, dove l'*accollatio simplex* era lo strumento più idoneo a realizzare la successione a titolo particolare nel debito.

Il codice del 1865 non prevedeva la figura dell'accollo, che venne introdotta nel nostro ordinamento giuridico dal legislatore del 1942, a seguito delle elaborazioni effettuate sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

Fonte dell'accollo può essere o la **volontà delle parti** oppure la **legge**.

Un esempio di accollo volontario ricorre nel caso in cui l'acquirente di un appartamento di nuova realizzazione paga al costruttore-venditore un prezzo e, nel contempo, si impegna a pagare una parte del mutuo che quest'ultimo ha contratto con la banca che ha finanziato la costruzione dell'immobile.

Un esempio di accollo *ex lege* è dato dalla cessione di azienda, per effetto della quale l'acquirente è responsabile dei debiti aziendali registrati nelle scritture contabili in uno con il venditore.

Quanto alla **natura giuridica** diverse sono le teorie prospettate dalla dottrina.

Secondo la **teoria minoritaria del doppio negozio**, che ha origine nella dottrina tedesca e trova autorevoli consensi anche in quella italiana (RESCIGNO), la fattispecie dell'accollo si compone di due negozi giuridici: il primo (propedeutico) risiede nell'accordo fra debitore originario (accollato) e terzo (accollante); il secondo (che integra l'accollo vero e proprio) scaturisce, invece, dall'accordo tra

l'accollante ed il creditore accollatario. Questa tesi è stata ampiamente criticata in quanto non vi sarebbe alcune distinzioni rispetto all'espromissione.

In base ad altra teoria, c.d. dell'**unico negozio**, sostenuta dalla dottrina maggioritaria (CICALA, MESSINEO, CAMPOBASSO) e dalla giurisprudenza di legittimità, l'accollo è un contratto a favore di terzo. Siffatta posizione trova riscontro anche nella Relazione al codice, laddove si legge che l'accollo « regolato dall'art. 1273 è una tipica applicazione del contratto a favore del terzo ».

A sostegno di questa teoria si rileva la correlazione esistente tra gli schemi negoziali previsti dagli artt. 1273 e 1411, e si osserva che l'adesione del creditore altro non è se non la dichiarazione del terzo di voler profittare della convenzione a suo favore. Tanto è vero che, nell'accollo si rinvencono esattamente le tre posizioni giuridiche del contratto a favore di terzo: l'accollato è lo stipulante, l'accollante è il promittente ed il creditore, nella cui sfera giuridica il negozio è destinato a produrre i suoi effetti, è il terzo.

L'inquadramento dell'accollo nell'ambito del contratto a favore di terzo implica, come effetto naturale, che la dichiarazione dell'accollatario (vale a dire del terzo creditore) non assurge ad elemento perfezionativo dell'accollo, ma costituisce un negozio giuridico autonomo che produce il risultato, a seconda delle situazioni, di rendere irrevocabile il diritto costituito a suo favore (accollo cumulativo) ovvero anche di liberare il debitore originario (accollo privativo).

Circa la **causa** dell'accollo, una parte della dottrina (RESCIGNO) asserisce che essa va ravvisata nell'assunzione di un debito altrui. Si tratta, dunque, di una causa **generica** destinata ad essere integrata, in un più ampio schema contrattuale, da una specifica causa onerosa o gratuita.

La dottrina prevalente (CICALA e MAJELLO) nega, invece, che l'accollo sia un autonomo negozio e ritiene che esso costituisca un **patto accessorio**, il quale può riferirsi a qualsiasi contratto concluso fra accollante ed accollato.

Ad esempio, ove tra le parti intervenga una vendita, l'alienante, piuttosto che riscuotere personalmente la prestazione, può convenire con la controparte l'adempimento in favore di un terzo, verso il quale l'alienante medesimo è debitore in base ad un diverso rapporto.

Altra teoria, sostenuta anche dalla Cassazione, vede nell'accollo il fenomeno del **negozio indiretto**, nel senso che l'accollo rappresenta lo strumento per raggiungere un ulteriore scopo che può essere di varia natura, gratuita o onerosa (negozio-fine).

L'accollo si basa su due rapporti: quello di *provvista* e quello di *valuta*.

Il **rapporto di provvista** intercorre tra accollante ed accollato e può assumere varia natura: mutuo, vendita, transazione, donazione, ecc. Questo rapporto è, nello stesso tempo, anche la giustificazione dell'assunzione del debito altrui da parte dell'accollante.

Il **rapporto di valuta** è, invece, quello che lega il debitore originario (accollato) ed il creditore (accollatario). Da esso nasce l'interesse del primo alla stipulazione in favore del secondo, interesse esplicitamente richiesto per la validità dell'accollo (in quanto contratto a favore del terzo) dal 1° comma dell'art. 1411.

Occorre distinguere tra **due forme di accollo**: quello *interno* (o semplice) e quello *esterno*.

Con il contratto di accollo cosiddetto **interno**, l'accollato acquista un diritto di credito verso l'accollante che può avere alternativamente ad oggetto:

- la pretesa di ottenere da quest'ultimo i mezzi necessari per provvedere all'adempimento della propria obbligazione verso il creditore;
- la pretesa di ottenere il rimborso della somma di denaro che il debitore accollato impiegherà per estinguere il proprio debito;
- la pretesa che l'accollante adempia l'obbligazione dell'accollato in qualità di terzo ex art. 1180.

L'accollo interno, pertanto, è fonte di un rapporto di natura obbligatoria tra accollante ed accollato.

Con il contratto di accollo cosiddetto **esterno**, disciplinato dall'art. 1273, l'accollante e l'accollato realizzano una modifica soggettiva *ex latere debitoris* dell'originario rapporto obbligatorio pendente tra accollato e accollatario. Ne deriva che l'impegno assunto dall'accollante diventa irrevocabile ed egli risponderà dell'adempimento sia di fronte al debitore accollato, che di fronte al creditore accollatario, il quale avrà azione diretta verso il terzo accollante.

Nell'accollo esterno il creditore accollatario, manifestando la propria adesione, ha facoltà di liberare o meno il debitore originario accollato.

Avremo, così, due differenti situazioni:

accollo liberatorio o privativo. Questo tipo di accollo è previsto dall'art. 1273, 2° comma, in virtù del quale l'adesione del creditore importa la liberazione del debitore originario soltanto se ciò risulta da una condizione espressa dell'accordo o se il creditore dichiara esplicitamente di liberarlo;

accollo cumulativo. Si ha questa figura di accollo quando l'accollante si affianca all'accollato ed entrambi rimangono obbligati nei confronti del creditore.

È discusso se nell'accollo cumulativo la responsabilità dell'accollato sia solidale (per cui il creditore-accollatario può rivolgersi indifferentemente a tutti e due i debitori), oppure sia sussidiaria (nel senso che il creditore debba rivolgersi prima all'accollante e, solo dopo, all'accollato). Questa seconda opinione appare preferibile ed è seguita dalla dottrina prevalente (RESCIGNO, CAMPOBASSO) e dalla giurisprudenza, secondo cui non vi è incompatibilità tra solidarietà (prevista espressamente dall'art. 1273, 3° comma) e sussidiarietà, che, dettata in tema di delegazione (art. 1268, 2° comma), viene considerata principio di carattere generale valevole anche per le differenti figure di assunzione del debito altrui.

Giurisprudenza

Nell'accollo cumulativo vi è una degradazione dell'obbligazione del debitore originario ad obbligazione di natura sussidiaria in tal guisa che il creditore non può rivolgersi indifferentemente all'accollante o all'accollato o ad entrambi ma prima di agire nei confronti del debitore originario ha l'onere di richiedere l'adempimento all'accollante senza tuttavia essere tenuto ad escuterlo, agendo in executivis, e solo dopo che la richiesta sia risultata infruttuosa può rivolgersi all'accollato (Cass. civ., sent. 24 febbraio 2010, n. 4482; Cass. civ., sent. 24 maggio 2004, n. 9982).

La necessità di ottenere l'autorizzazione della mutuante al pattuito accollo non ha alcun fondamento positivo poiché l'accollo si perfeziona con il semplice accordo fra accollante ed accollato mentre l'adesione dell'accollatario, che rimane comunque facoltativa, vale solo al fine di rendere irrevocabile la stipulazione a favore di quest'ultimo, come previsto dall'art. 1273, comma 1 c.c. Né, infine, si può legittimamente sostenere che una tale autorizzazione fosse necessaria, nella specie, al fine di consentire la liberazione dell'accollato poiché, anche in questo caso, si tratta di obbligazione del tutto estranea all'oggetto del preliminare in cui non era affatto convenuta la liberazione del debito verso la banca della parte promittente venditrice (App. Milano, sent. 2 febbraio 2017, n. 443).

L'accollo interno comporta che il debitore conviene con il terzo l'assunzione, da parte di costui, del debito, senza attribuire alcun diritto al creditore e senza modificare l'originaria obbligazione. Pertanto il terzo accollante assolve al proprio obbligo di tenere indenne il debitore adempiendo direttamente in veste di terzo (ex art. 1180 c.c.) o garantendo al debitore i mezzi occorrenti, oppure rimborsando le somme pagate al debitore già adempiente. L'accollo esterno invece rappresenta un contratto in favore di terzo, sicché l'accordo tra il terzo accollante ed il debitore accollato attribuisce al creditore il diritto di pretendere l'adempimento nei confronti sia dell'accollato, sia dell'accollante. L'adesione del creditore all'accollo sortisce il solo effetto di rendere irrevocabile la relativa pattuizione, già perfezionatasi con lo scambio di volontà di accollante ed accollato (App. Palermo, sent. 11 aprile 2023, n. 725).

Circa l'**oggetto** dell'accordo, trattasi di un obbligo di fare in caso di accollo interno, ovvero di dare, di fare, o di non fare, in caso di accollo esterno, a seconda della natura dell'obbligazione originaria.

Si dibatte se oggetto dell'accollo possa essere un debito futuro (a favore CAMPOBASSO).

Per quanto attiene al **regime giuridico** delle **eccezioni**, in dottrina sussistono posizioni contrastanti. Sul punto è opportuno evidenziare che il suddetto regime muta in base al tipo di rapporto.

Nell'ipotesi di rapporto di valuta, l'opponibilità delle eccezioni non è espressamente prevista dalla norma, ma si desume dal 1° comma dell'art. 1273. Il nuovo debitore, infatti, assume quel debito così come esso è al momento dell'accordo (BIANCA, FALZEA).

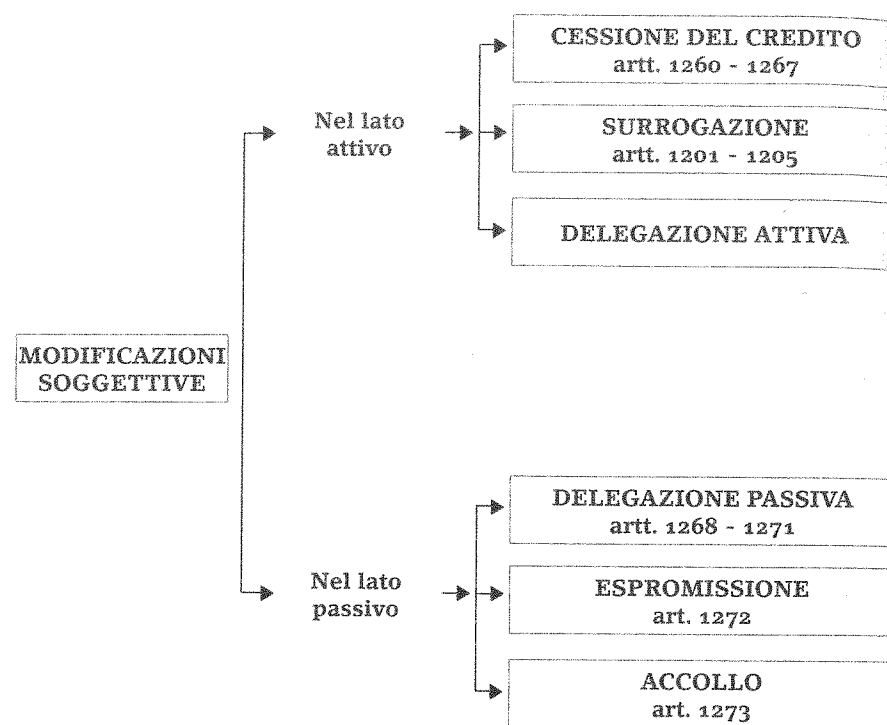
Quanto alle eccezioni relative al contratto di accollo, con cui l'accollante si è assunto il debito dell'accollato, la loro opponibilità è puntualmente indicata dal 4° comma dell'art. 1273 (che invero altro non è che un'applicazione dell'art. 1413 sul contratto a favore di terzo) secondo il quale l'accollante è obbligato nei confronti del creditore, che ha aderito alla stipulazione, nei limiti in cui ha assunto il debito e può opporgli le eccezioni che si fondano sul contratto in base al quale l'assunzione si è verificata (GAZZONI).

Quanto, infine, al rapporto che giustifica l'accollo stesso, ossia il rapporto di provvista (tra accollante ed accollato), varie sono le opinioni sostenute in dottrina. Quella più aderente al dato normativo ritiene che le relative eccezioni siano opponibili unicamente quando nel contratto di accollo si sia fatto espresso riferimento a tale rapporto di provvista e ciò sempre in base al 4° comma dell'art. 1273 (RESCIGNO).

L'art. 1275 stabilisce che, in tutti i casi nei quali il creditore libera il debitore originario, si estinguono le garanzie annesse al credito, qualora colui che le ha prestate non consente specificatamente a mantenerle. La *ratio* della norma si spiega considerando che, se si tratta di garanzie prestate dal debitore originario, esse dopo la sua liberazione non potrebbero persistere che come garanzie di un debito altrui, per le quali occorre il consenso del garante.

La dichiarazione di nullità o di annullamento del contratto di accollo fa rivivere l'obbligazione in capo al debitore originario liberato, ma il creditore non può più avvalersi delle eventuali garanzie prestate dai terzi (art. 1276).

La *ratio* della norma va individuata nella interdipendenza tra l'atto di sostituzione del debitore e la sua liberazione, in ragione della quale se viene meno la sostituzione, cade anche la relativa liberazione.

SCHEMA 16 Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio**CAPITOLO XIX****L'ADEMPIMENTO DELL'OBLIGAZIONE**

GUIDA 1. Natura giuridica 2. Aspetti soggettivi 2.1. Destinatario del pagamento e legittimazione ad esigere 2.2. Adempimento del terzo 3. Aspetti oggettivi 3.1. Identità della prestazione 3.2. Contenuto della prestazione 3.3. Tempo e luogo 3.4. L'imputazione oggettiva 3.5. Quietanza 3.6. La mora del creditore

1. Natura giuridica.

Secondo la **teoria personalistica**, oggi dominante, l'adempimento è l'**esatta esecuzione della prestazione** da parte del soggetto obbligato (cioè attività ad egli imputabile).

La **teoria patrimonialistica**, invece, identifica l'adempimento con il conseguimento della prestazione (bene dovuto) da parte del creditore, senza che rilevi il soggetto autore dell'adempimento (es. esecuzione forzata, adempimento del terzo non obbligato).

Tali teorie conducono a risultati diversi anche sul piano della responsabilità.

Per la prima il creditore ha diritto alla realizzazione del proprio interesse nei limiti del comportamento dovuto dal debitore: **la responsabilità è relativa**, cioè nei limiti dell'impegno assunto dal debitore (art. 1176), **benché oggettiva**, cioè valutata in riferimento ad un debitore astratto, non rilevando, normalmente, le inettitudini soggettive non considerate o conosciute dalle parti, poiché il codice civile del 1942, con l'art. 1176, ha adottato un **criterio di diligenza astratto**, ripudiando quello della diligenza propria del debitore, cioè *quam suis* (di cui v'era un esempio nell'art. 1843 del codice civile 1865, in tema di deposito).

Per la seconda il creditore vi ha diritto finché ciò sia possibile (**la responsabilità è assoluta**, cioè prescinde dal limite del comportamento dovuto dal debitore, **oltre che oggettiva**).

Si ritiene generalmente che i termini "**pagamento**" ed "**adempimento**" siano perfettamente sinonimi.

In effetti il legislatore li usa indifferentemente, anche se v'è chi ha rilevato come il termine pagamento sia una *species* del *genus* adempimento, designando i casi in cui v'è un destinatario dell'adempimento, poiché l'attività comporta un'ingerenza nella sfera giuridica altrui.

Quanto alla **natura giuridica**, la tesi più antica considerava l'adempimento un **negozio giuridico**, basandosi sull'assunto che l'effetto giuridico estintivo di un rapporto richiede generalmente un atto di volontà così come occorre per l'effetto costitutivo.

Tale tesi appare ormai superata testualmente dall'art. 2726, che si cura di estendere al pagamento i limiti di prova testimoniale dei contratti, deponendo così implicitamente a favore di una generale diversità ontologica tra pagamento e contratto, nonché dall'attuale art. 1191 che non richiede il requisito della capacità per la validità dell'adempimento.

I sostenitori della tesi patrimonialistica hanno allora qualificato l'adempimento come un **fatto giuridico** (il soddisfacimento oggettivo dell'interesse del creditore); quelli della tesi personalistica, invece, ritengono che l'adempimento, così come l'inadempimento, debba essere imputabile (oggettivamente e soggettivamente) al debitore, e quindi debba essere qualificato come **atto giuridico dovuto**.

Appare, però, preferibile la tesi della **variabilità della natura** dell'adempimento, che è un atto giuridico lecito (impugnabile dal suo autore, in genere, solo per violenza, artt. 1185, 2° comma e 1191) nella disciplina legale base, ma possono concorrere le norme sul negozio giuridico, qualora la prestazione abbia ad oggetto il compimento di un negozio (es. contratto definitivo in adempimento di un preliminare).

2. Aspetti soggettivi.

2.1. *Destinatario del pagamento e legittimazione ad esigere (artt. 1188, 1189, 1190, 1191).*

Il legittimato ad esigere è colui il quale ha il potere giuridico di richiedere al debitore l'adempimento dovuto (dare, fare, non fare), con gli effetti giuridici conseguenti (es. mora).

Il destinatario del pagamento (o legittimato a ricevere) è colui nella cui sfera giuridica deve compiersi l'attività di adempimento del debitore.

Attiene, cioè, alle modalità esecutive della prestazione.

Non a caso gli artt. 1188, 1189 e 1190 parlano di pagamento che, come già visto, è un adempimento che si compie nella sfera giuridica altrui: es. dare o fare (**fattispecie di adempimento c.d. complesse**).

Il destinatario, quindi, è colui che riceve nella sua sfera l'esecuzione della prestazione: non coincide necessariamente con il creditore ed ha l'onere di cooperare per rendere possibile l'adempimento.

Gli artt. 1188, 1189 e 1190 non si applicano, quindi, alle **fattispecie di adempimento c.d. semplici** (cioè, che non richiedono la cooperazione del creditore, es. non fare).

Anche se il destinatario non è esatto, il debitore è liberato, ex art. 1188, 2, se v'è l'**approfittamento** o la **ratifica** (che non coincide con quella di cui all'art. 1399, poiché il debitore non agisce in nome e per conto del creditore, ma è un negozio di accettazione della prestazione difforme sotto il profilo del destinatario) da parte del creditore.

Tra i destinatari ex art. 1188 v'è l'**indicatario di pagamento**.

Con l'indicazione di un soggetto cui dirigere il pagamento, fatta dal creditore (negozio giuridico unilaterale), il debitore acquista quantomeno una facoltà **alternativa** di pagare al nuovo destinatario invece che al creditore stesso.

Tra i destinatari previsti dalla legge, v'è poi il creditore incapace, seppure nei limiti dell'art. 1190: se il **destinatario di fatto della prestazione è un incapace** (cioè, il debitore adempie ad un incapace, benché l'incapacità del destinatario non sia stata già contemplata nel programma obbligatorio), il debitore non è liberato se non prova il vantaggio per il destinatario incapace.

Mentre l'**approfittamento** di cui all'art. 1188, 2° comma coincide con la piena realizzazione dell'interesse del creditore, di cui all'art. 1174, attraverso una prestazione, che è inesatta solo perché eseguita ad un destinatario diverso dal dovuto; il **vantaggio**, invece, consiste in un giudizio ulteriore sulla ragionevolezza dell'impiego poi fatto, della prestazione ricevuta da parte dell'incapace.

Si ritiene che l'art. 1190 non si riferisca anche all'incapacità naturale, sia perché questa viene sempre indicata nel codice con più ampie e precise locuzioni (es. artt. 428 e 120: incapace d'intendere o volere) sia per ragioni di tutela del debitore (esposto ad errore dovuto a scarsa conoscibilità dell'incapacità naturale) e dello stesso creditore incapace naturale (che non dispone di un rappresentante legale).

Benché la rubrica dell'art. 1189 menzioni il solo **creditore apparente**, si ritiene che esso riguarda più genericamente la liberazione del debitore che paga a **chi appare comunque legittimato a ricevere** (quindi anche gli apparenti indicatari o destinatari per legge del pagamento).

Per la liberazione del debitore, in tal caso, è però ulteriormente necessario, oltre al pagamento, sia il ricorrere di circostanze oggettive e univoche che facciano apparire il destinatario come legittimato a ricevere (**apparenza oggettiva**) sia la **buona fede soggettiva** dell'adempiente (ignoranza della carenza di legittimazione del destinatario).

Si ritiene che l'apparenza oggettiva debba essere, inoltre, imputabile a **colpa del creditore**, coerentemente con il principio contenuto nell'art. 1396 (che, per l'operatività della rappresentanza apparente, richiede un comportamento imputabile al rappresentato: c.d. principio di autoresponsabilità).

Secondo alcuni, il pagamento all'apparente legittimato a ricevere, di cui all'art. 1189, non è un'ipotesi di indebito oggettivo (soggettivo *ex latere accipientis*), bensì solo un'ipotesi di adempimento inesatto al vero creditore, caratterizzato, però, dalla possibilità, solo per il vero creditore, di un'azione verso chi ha ricevuto erroneamente la prestazione (l'*accipiens*), in applicazione particolare del più generale principio di arricchimento senza causa.

2.2. *Adempimento del terzo (art. 1180).*

Secondo la, prevalente, tesi personalistica, l'adempimento del terzo (ovvero di qualsiasi soggetto, la cui attività non è imputabile direttamente — es. esecuzione

personale — o indirettamente — es. esecuzione a mezzo di collaboratori o mandati — al debitore) non è adempimento (inteso come esatta esecuzione della prestazione da parte del debitore, che attua il credito oltre ad estinguerlo), bensì un'ipotesi di estinzione soddisfattiva del credito, senza adempimento.

Il terzo ha quindi solo legittimazione ad estinguere il credito.

Tale diritto potestativo è esercitabile solo attraverso l'attuazione della stessa prestazione dovuta dal debitore (che acquista natura negoziale, con propria causa, es. liberalità indiretta a favore del debitore) e con la specifica destinazione di essa al soddisfacimento del credito.

Tale potere del terzo ha, inoltre, i limiti indicati nell'art. 1180, cioè il creditore non deve avere preciso interesse alla prestazione personale del debitore o non deve rifiutare la prestazione del terzo a seguito di **opposizione del debitore** (potere negoziale il cui esercizio fa sorgere in capo al creditore il diritto potestativo di rifiutare la prestazione).

L'**interesse del creditore** è quello dell'art. 1174, oggettivo e determinabile in base alla natura ed al contenuto della prestazione.

Colui che paga sapendo di non essere debitore, non ha azione in base alle norme sull'indebito soggettivo, in esse comprese il terzo comma dell'art. 2036 c.c. (vedi *Cass. civ., sent. 11 novembre 1992, n. 12111*). Infatti, la surrogazione ipotizzata dal cit. art. 2036 c.c., comma 3, postula che l'eseguito pagamento sia — in astratto — riconducibile alla figura dell'indebito *ex latere solventis*, pur difettando qualcuna delle condizioni perché possa esserne chiesta la ripetizione. Richiede necessariamente, quindi, che sussista l'elemento soggettivo della consapevolezza e volontà del *solvens* di pagare un debito proprio anziché altrui. Se così non fosse — se cioè potesse invocarsi detta norma sul mero presupposto oggettivo del pagamento non dovuto di un debito di terzi —, la surrogazione legale assumerebbe una portata così ampia e generale da privare di gran parte del proprio contenuto la figura della surrogazione per volontà del creditore (per queste considerazioni vedi, in motivazione, *Cass. civ., sent. 26 giugno 2008, n. 17497*).

Indubbiamente il *solvens* — stante l'ingiustificato vantaggio economico ricevuto dal debitore — può agire, nel concorso delle condizioni di legge, per l'ottenimento dell'indennizzo da arricchimento senza causa (*Cass. civ., sez. un., sent. 29 aprile 2009, n. 9946*).

L'atto del chiamato all'eredità che abbia pagato con denaro proprio un debito del de cuius, difettando dei requisiti dell'accettazione tacita dell'eredità, deve considerarsi adempimento del terzo ai sensi dell'art. 1180 c.c. (Cass. civ., ord. 30 settembre 2020, n. 20878).

In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro, non è configurabile una obbligazione concorrente del "datore di lavoro apparente" per i contributi dovuti agli enti previdenziali, fatta salva l'incidenza soddisfattiva dei pagamenti eventualmente eseguiti da terzi, ai sensi dell'art. 1180, comma 1, c.c., ovvero dallo stesso datore di lavoro fittizio, senza che assuma rilievo la consapevolezza dell'altruità del debito, atteso che, in caso di indebito soggettivo, anche il pagamento effettuato per

errore è qualificabile, in forza del coordinamento tra gli artt. 1180 e 2036 c.c., come pagamento di debito altrui, con efficacia estintiva dell'obbligazione in presenza delle condizioni di cui all'art. 2036, comma 3, c.c. (Cass. civ., ord. 11 ottobre 2022, n. 29528).

3. Aspetti oggettivi.

3.1. Identità della prestazione.

Il debitore è liberato solo se esegue **la prestazione dovuta**, salvo il caso di **prestazione in luogo dell'adempimento**.

Il creditore può rifiutare la prestazione **inesatta**, salvo che ciò sia contrario a buona fede (art. 1175) e che, trattandosi di adempimento parziale, la legge o gli usi dispongano diversamente.

Nel caso di **pagamento con cosa altrui**, l'art. 1192 disciplina esclusivamente i rapporti tra debitore e creditore (quelli tra creditore e terzo sono regolati, ad esempio, dall'art. 1153), prevedendo che il creditore deve consentire che il debitore sostituisca la cosa già data (ovviamente nelle obbligazioni di genere), se ha dato una cosa di cui non poteva disporre.

La regola di cui all'art. 1192 è complementare a quella dell'art. 1479 sulla vendita di cose altrui: il primo si riferisce a vendite di genere il secondo alla vendita di cosa di specie.

3.2. Contenuto della prestazione.

Il criterio generale di valutazione del contenuto della prestazione è la **diligenza del buon padre di famiglia**.

Si tratta di un parametro **referibile soltanto al debitore**, poiché opera in funzione e correlazione della tutela dell'interesse del solo creditore (art. 1174), a differenza dell'altro criterio generale, quello della **buona fede o correttezza** (artt. 1175 e 1375), che si applica, invece, sia al debitore che al creditore (BRECCIA) (sul rapporto tra buona fede oggettiva e diligenza, si rinvia anche allo specifico paragrafo nel capitolo dedicato, nel presente volume, al principio di buona fede).

L'art. 1176 si pone inoltre **apparentemente in contrasto con l'art. 1218**, in quanto quest'ultima norma ricollega l'esclusione della responsabilità del debitore per l'inadempimento all'ipotesi di impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore medesimo, mentre l'art. 1176, considerato isolatamente, sembrerebbe richiedere soltanto che il debitore osservi la diligenza richiesta al fine di escludere ogni sua responsabilità, anche se la prestazione non sia divenuta impossibile (NATOLI).

Si ritiene, in proposito, che al fine di liberarsi dalla responsabilità il debitore non può, di regola, limitarsi ad allegare di essere stato diligente ex art. 1176, perché la legge richiede l'ulteriore requisito dell'impossibilità della prestazione (MENGONI).

In realtà, a ben vedere, coordinando il criterio dell'impossibilità liberatoria di cui all'art. 1218 e quello della diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176, il debitore non è responsabile se non ha potuto evitare l'impossibilità della prestazione pur comportandosi con la diligenza di cui all'art. 1176, ossia, in altri termini, se l'impossibilità non sia imputabile alla mancanza di diligenza (colpa) del debitore (BRECCIA).

Pertanto, la diligenza del debitore viene in considerazione sia quando si tratta di precisare il contenuto della prestazione sia quando si tratta di valutare l'imputabilità al debitore medesimo della causa che ha reso impossibile l'adempimento della prestazione (BRECCIA).

Infatti, posto che l'art. 1218 stabilisce che il debitore risponde dell'impossibilità della prestazione quando questa impossibilità gli sia imputabile, e che il criterio comune dell'imputabilità è quello della colpa, l'art. 1176 indica i criteri comuni per la valutazione di tale colpa (CANNATA).

Emerge così la **c.d. doppia misura della diligenza**.

Cioè la **doppia funzione della diligenza (art. 1176)**:

1) come **criterio di determinazione del contenuto della prestazione**, specie nelle obbligazioni di fare;

2) come **criterio di responsabilità**, cioè di determinazione dello sforzo massimo richiesto al debitore, nell'esecuzione della prestazione dovuta, per impedirne l'impossibilità *ex art. 1218*.

La c.d. doppia misura della diligenza ha assunto un rilievo pratico soprattutto nell'ambito della distinzione tra **obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato**.

La regola della « diligenza del buon padre di famiglia » e della diligenza conforme alla natura dell'attività professionale da svolgere (art. 1176 1° comma e 2° comma) ha indotto una dottrina — la prima elaborazione e la più ricca è stata fornita al riguardo dai giuristi francesi — a prospettare due categorie di obbligazioni: da un lato le obbligazioni « di diligenza », dette anche obbligazioni « di mezzi », dall'altro le obbligazioni cosiddette « di risultato ».

A tal proposito si è giunti a sostenere che soltanto per la seconda delle due categorie sarebbe dettata la severa regola della responsabilità oggettiva per inadempimento (art. 1218), mentre per la prima varrebbe il principio della diligenza, poiché in esse il creditore nient'altro può legittimamente esigere ed attendersi oltre allo sforzo del debitore, senza garanzia che si raggiunga un preciso risultato.

Alla categoria delle obbligazioni di diligenza dovrebbero ascrivere, in larga misura, gli obblighi dei professionisti intellettuali come il medico o l'avvocato o l'insegnante, che rispondono se non hanno usato dei mezzi più sicuri di diagnosi o di cura, o di una difesa completa ed accorta delle ragioni del cliente, o degli strumenti più efficaci della didattica, ma certamente non possono considerarsi inadempienti per il solo fatto della non conseguita guarigione o della fallita operazione chirurgica, o della condanna del cliente, o della promozione mancata dell'allievo.

La differenza tra i due tipi di obbligazioni si coglie **nella pratica sul terreno della prova**, perché nelle obbligazioni « di mezzi » si ritiene comunemente che deve essere il creditore a fornire la prova della negligenza dell'obbligato, mentre nelle obbligazioni « di risultato » è

tenuto il debitore, una volta rimasta ineseguita la prestazione, a dover provare la causa estranea che gli ha reso impossibile l'adempimento (GALGANO, *Cass. civ., sent. 13 luglio 1996, n. 6354*).

Una **distinzione troppo netta**, però, è parsa censurabile da una parte della dottrina (RESCIGNO), poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo sia il risultato pratico da raggiungere sia l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo; e le due norme, quella sulla « diligenza nell'adempimento » (art. 1176) e quella sulla « responsabilità del debitore per l'inadempimento » (art. 1218) sono dettate per tutte le obbligazioni e non autorizzano a individuare materie distinte a cui applicare l'una o l'altra.

Ci si dovrebbe allora limitare ad ammettere che nelle obbligazioni di mezzi è più evidente il ruolo della diligenza, oltre che come misura per valutare l'esattezza dell'adempimento, anche come determinazione dell'oggetto stesso dell'obbligazione (c.d. doppia misura della diligenza).

Sul punto si è espressa anche la **recente giurisprudenza** (cfr. *C. App. Milano, sent. 3 maggio 2023, n. 1389*), la quale ritiene **ormai definitivamente tramontata la distinzione tra obbligazioni di "mezzi" e di "risultato" in favore di una teoria unitaria dell'obbligazione**. Ciò in quanto in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile. La distinzione conserva, al limite, una **funzione descrittiva**, in quanto l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni cosiddette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa efficiente del danno, senza che ciò abbia alcuna conseguenza sul piano probatorio (per cui il creditore potrà limitarsi ad allegare tale inadempimento qualificato e al debitore spetterà l'onere di fornire prova contraria). Permane, invece, una differenza tra obbligazioni nelle quali l'utilità che il creditore persegue dipende esclusivamente dall'attività del debitore, sicché tra condotta e risultato vi è un rapporto di causalità necessaria, e quelle in cui in cui il raggiungimento del risultato dipende, oltre che dal comportamento del debitore, dalla concomitanza di ulteriori fattori.

Secondo l'art. 1176 il debitore deve adempiere con la diligenza del buon padre di famiglia. In base alla relazione al codice civile, **la figura del *bonus pater familias* non si dovrebbe risolvere nel concetto di *uomo medio* "ricavabile dalla pratica della *media statistica*", ma dovrebbe essere l'espressione di un "concetto deontologico frutto di una valutazione espressa dalla *coscienza generale*"; più specificamente, la figura suddetta dovrebbe corrispondere al "modello di cittadino e di produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vive; modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini sociali, i rapporti economici e il clima politico"** (Relazione al codice civile, n. 559).

Prevale, però, fra gli interpreti la tendenza ad applicare il criterio nel senso della diligenza dell'**uomo medio e normale** (BIANCA).

In ogni caso, si tratta di un **criterio oggettivo e non soggettivo ed individuale**, commisurato all'impegno che il singolo debitore, in concreto, è in grado di assicurare, avuto riguardo alle sue capacità e alle circostanze del caso (DI MAJO).

Il 1° comma dell'art. 1176 si riferisce al comune debitore, che si obbliga non nell'ambito di un mestiere o professione, mentre il 2° comma riguarda il **debitore professionale**, richiedendo che quest'ultimo esegua la prestazione conoscendo e applicando le regole tecniche richieste da talune specifiche attività

professionali (c.d. **perizia** o esecuzione a regola d'arte: in questi casi al modello del buon padre di famiglia si sostituisce quello del buon professionista della specialità a cui si dichiara appartenente il debitore) (DI MAJO).

La **diligenza in senso tecnico** di cui all'art. 1176, 2° comma si applica soprattutto nel settore del **contratto d'opera professionale** (ove vi è anche un riferimento normativo espresso: art. 2236), ed in questo ambito la diligenza viene in considerazione in particolare come **misura del contenuto della prestazione**, nel senso che, pur di fronte all'avvenuta esecuzione della prestazione, il cliente può dimostrare che la prestazione è stata eseguita inesattamente, ossia **non in conformità a quelle regole tecniche** cui fa riferimento l'art. 1176, 2° comma (VISINTINI).

Esaminando quella che viene definita come la tendenza a circoscrivere la responsabilità del professionista intellettuale in un'area più ristretta di quella del debitore comune, si è evidenziato che, se il criterio della **diligenza commisurata alla natura dell'attività professionale** (art. 1176, 2° comma) appare più severo del generale criterio della diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176, 1° comma), sembra che la responsabilità del professionista chiamato a risolvere **problemi tecnici di speciale difficoltà** sia peraltro limitata solamente al caso di dolo o di colpa grave (art. 2236) (RESCIGNO).

A ben vedere, però, il legislatore ha operato una netta distinzione: nella ipotesi di **attività professionale ordinaria**, la responsabilità del prestatore per inadempimento è sottoposta alla disciplina dettata dall'art. 1176, 2° comma, dovendosi tenere in conto la specifica natura dell'attività dedotta in contratto.

Quando invece al professionista sia richiesto un **impegno intellettuale superiore a quello professionale medio**, l'inadempimento rilevante, tale da comportare la responsabilità del professionista, è solo quello qualificabile come risultato di dolo o colpa grave.

Tale limitazione di responsabilità trova la sua *ratio* nell'esigenza di garantire al professionista un margine di libertà e di creatività (laddove l'esperienza scientifica non ha permesso di fissare dei protocolli operativi standardizzati) (GIACOBBE). Ciò non toglie quindi che il professionista, per eseguire esattamente e diligentemente gli incarichi assunti e garantire la tutela degli interessi del cliente, abbia comunque l'obbligo di tenersi costantemente aggiornato circa l'evoluzione degli studi dell'arte professata (PERUCCI).

L'esonero di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. non incide sui criteri di riparto dell'onere della prova.

Costituisce, quindi, ad esempio, onere del medico, per evitare la condanna in sede risarcitoria, in caso di rapporti di tipo contrattuale, provare che l'insuccesso dell'intervento è dipeso da fattori indipendenti dalla propria responsabilità e tale prova va fornita dimostrando di aver osservato nell'esecuzione della prestazione sanitaria la diligenza normalmente esigibile da un medico in possesso del medesimo grado di specializzazione (Cass. civ., sent. 8 ottobre 2008, n. 24791). Dunque, è onere del paziente che si assume danneggiato provare l'esistenza del contratto di ospedalità e l'aggravamento della propria situazione patologica in conseguenza della prestazione sanitaria ricevuta, restando invece a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la citata prestazione sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento impreveduto ed imprevedibile con l'uso dell'ordinaria dili-

genza da lui esigibile in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento (cfr. Trib. Torino, sent. 12 aprile 2023, n. 1587).

Tali questioni, come intuibile, riguardano molto spesso proprio la **responsabilità professionale dei medici**.

Sul punto, deve peraltro distinguersi tra:

– **responsabilità della struttura ospedaliera, inquadrata nel campo della responsabilità contrattuale**, grazie al contratto atipico di ospedalità che il paziente conclude con la struttura al momento del ricovero, da cui derivano effetti protettivi (interpretazione giurisprudenziale poi cristallizzata dall'art. 7 della legge n. 24/2017 c.d. Gelli-Bianco);

– **responsabilità del medico, riportata dalla citata legge nel campo della responsabilità extracontrattuale**, in quanto la condotta del medico costituisce un fatto illecito produttivo di un danno ingiusto, come tale risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. (con conseguente onere della prova in capo al paziente danneggiato e termine prescrizione quinquennale).

Inoltre, per chiarire le perplessità che la formulazione dell'art. 3 d.l. n. 158/2012 (c.d. decreto Balduzzi) aveva causato circa la corretta definizione della "colpa lieve" (che escludeva la responsabilità penale del medico che nello svolgimento della propria attività si fosse attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica), la citata riforma del 2017 ha introdotto l'art. 590-sexies c.p. Tale fattispecie, avente ad oggetto la responsabilità penale colposa per morte o per lesioni in ambito sanitario, esclude la punibilità del sanitario "qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia", ma lo stesso abbia rispettato le raccomandazioni previste dalle **linee guida** che siano risultate adeguate alle specificità del caso concreto.

Il **primario ospedaliero**, poi, ai sensi dell'art. 7 del d.P.R. 27 marzo 1969, n. 128, ha la responsabilità dei malati della divisione, per i quali ha l'obbligo di definire i criteri diagnostici e terapeutici, che gli aiuti e gli assistenti devono seguire, e deve vigilare sull'operato di questi ultimi, avendo puntuale conoscenza delle situazioni cliniche che riguardano tutti i degenti, a prescindere dalle modalità di acquisizione di tale conoscenza (con visita diretta o interpellato degli altri operatori sanitari).

In ordine alla **responsabilità per custodia** si pone un dubbio di carattere interpretativo e sistematico poiché le norme speciali dettate in tema di trasporto di cose (artt. 1693, 1694), deposito (artt. 1785, 1787), comodato (art. 1805), servizio bancario delle cassette di sicurezza (art. 1839), fanno riferimento, quale esimente da responsabilità, al sopravvenire di un caso fortuito o forza maggiore, terminologia che nel codice del 1865 era utilizzata nella disciplina generale della responsabilità del debitore (art. 1226 abr.).

Secondo alcuni le nozioni di caso fortuito e forza maggiore coincidono con quella di causa non imputabile di cui all'art. 1218; secondo altri il riferimento al **caso fortuito sottenderebbe un maggiore rigore** nella valutazione della condotta del debitore; altri ancora ritengono che il riferimento al caso fortuito incida solo sul **contenuto della prova liberatoria**, nel senso che il debitore obbligato fino al limite del fortuito dovrebbe in ogni caso identificare esattamente l'evento causativo dell'impossibilità, restando perciò a suo carico gli inadempimenti dovuti a **cause impossibilitanti rimaste ignote**. Nel caso di illecito extracontrattuale, la responsabilità per danni da cose in custodia presuppone un potere di

fatto sulla *res* (con obbligo di vigilanza e controllo, cfr. *Cass. civ., sent. 19 febbraio 2013, n. 4093*).

Risulta comunque pacifico, in giurisprudenza, che l'art. 2051 c.c., nel qualificare responsabile chi ha in custodia la cosa per i danni da questa cagionati, individua un criterio di imputazione della responsabilità di tipo oggettivo, che prescinde da qualunque connotato di colpa (*Trib. Teramo, 21 luglio 2020*).

3.3. Tempo e luogo (art. 1182 ss.).

La prestazione deve essere eseguita a richiesta del creditore, che la può chiedere a sua scelta in qualsiasi momento, finché il diritto non si estingue per prescrizione e salvo che, per la natura della prestazione o per gli usi, sia necessario un termine, nel qual caso, in mancanza di accordo tra le parti, detto termine è stabilito dal giudice (che, però, in pratica, per ragioni di economia processuale, lo valuta anche *ex post*, direttamente in sede di giudizio per inadempimento).

Se, invece, le parti hanno fissato un termine, esso si presume a favore del debitore (quindi il creditore non può richiedere la prestazione prima della scadenza del termine, mentre il debitore può decidere di adempiere prima), salvo che le parti lo abbiano fissato a favore di entrambe (nessuno può chiedere o adempiere la prestazione prima del termine) o del creditore (che può chiedere la prestazione prima del termine).

Il debitore **decade dal beneficio del termine** se è divenuto insolvente o ha diminuito per fatto proprio (dal punto di vista della causalità materiale) le garanzie che aveva dato o non ha dato quelle che aveva promesso (l'interpretazione estensiva giunge a ricomprendervi tutti i casi in cui vi sia un oggettivo pericolo per il creditore di conseguire la prestazione, argomentando *ex art. 1461*).

Se il debitore paga prima della scadenza del termine per errore, non può ripetere la prestazione, ma si applicano i principi dell'arricchimento senza causa.

La prestazione deve essere eseguita nel **luogo** stabilito dalle parti o risultante dalla natura della prestazione (esempio: riparazione di un impianto di un'abitazione).

In via sussidiaria (se nulla risulta dal contratto o dalla natura della prestazione) si applicano tre regole:

1) l'obbligazione di consegnare una cosa determinata deve essere adempiuta nel luogo in cui la cosa si trovava nel momento in cui è sorta l'obbligazione;

2) l'obbligazione di pagare una somma di denaro si adempie al domicilio del creditore al momento dell'adempimento (se però il creditore, tra il momento in cui è sorta l'obbligazione e quello dell'adempimento, ha mutato il domicilio, il debitore, se ciò gli rende più gravosa la prestazione, può adempiere nel primo domicilio);

3) in tutti gli altri casi la prestazione deve essere adempiuta al domicilio che il debitore ha al momento della scadenza del termine.

Giurisprudenza

Il principio secondo cui nelle obbligazioni pecuniarie della P.A. per le quali le norme della contabilità pubblica stabiliscono, in deroga al criterio di cui al terzo comma dell'art. 1182 c.c., che i pagamenti si effettuino presso gli uffici di tesoreria dell'amministrazione debitrice, il principio secondo cui il ritardo nel pagamento non determina gli effetti della mora "ex re", ai sensi dell'art. 1219, comma 2, n. 3 c.c., non può trovare applicazione per gli interessi corrispettivi, in quanto destinati a sostituire i frutti civili che sarebbero stati prodotti dalla immediata disponibilità della somma di danaro costituente l'oggetto dell'obbligazione della P.A. (Cass. civ., sent. 18 marzo 2021, n. 7687).

3.4. L'imputazione oggettiva (art. 1193 ss.).

Nel caso di una pluralità di rapporti tra gli stessi soggetti e aventi ad oggetto prestazioni omogenee, il problema della destinazione estintiva di un singolo adempimento è risolto affidando la scelta alla volontà (manifestata attraverso il negozio d'imputazione, unilaterale e recettizio, di destinazione, impugnabile per incapacità e vizi del volere, necessariamente antecedente o contestuale all'adempimento) del debitore, con il divieto di imputare il pagamento al capitale prima che agli interessi ed alle spese, salvo il consenso del creditore (che viene a perdere l'ulteriore produttività del proprio capitale).

Se manca l'imputazione del debitore, può provvedervi il creditore nella quietanza (con un negozio giuridico quindi a forma vincolata) salvo che il debitore rifiuti la quietanza con l'imputazione.

L'imputazione del creditore ed il mancato rifiuto del debitore, secondo alcuni, danno luogo ad una convenzione bilaterale d'imputazione.

Per altri, invece, si tratterebbe di un negozio unilaterale del creditore, con possibilità del debitore di estinguerne retroattivamente gli effetti, anche perché il mancato rifiuto ha uno speciale e autonomo regime d'impugnabilità: solo per dolo o sorpresa. Il **dolo** è l'opposto della correttezza e consiste in artifici e raggiri, la **sorpresa** corrisponde ad un dolo di tipo omissivo nel caso di approfittamento della carente informazione del debitore sulla propria situazione debitoria.

In tal modo la norma prevede un obbligo d'informazione a carico del creditore, che è coerente con il principio di buona fede e correttezza che impone obblighi di cautela, protezione e garanzia nel caso in cui tra esse s'instauri un contatto sociale (come nel caso dell'adempimento di un'obbligazione, artt. 1175 e 1375).

In mancanza della volontà delle parti (manifestabile anche attraverso un contratto espresso), in via sussidiaria, operano i criteri legali di prevalenza nell'imputazione, che rispondono ad esigenze di comparazione degli interessi in gioco e di logica, i quali sono sussidiari, tassativi ed ordinati gerarchicamente:

1) **il debito meno garantito** (che tutela il creditore e, quindi, per alcuni, la sicurezza data dalla garanzia non dovrebbe essere intesa tecnicamente ma,

soggettivamente, come rischio economico per gli interessi del creditore, anche se la giurisprudenza è per l'interpretazione oggettiva e tecnica, poiché più funzionale all'esigenza di certezza dell'imputazione);

2) **il più oneroso per il debitore** (es., perché produttivo di un più alto tasso d'interessi: a tutela, quindi, del debitore);

3) **il più antico** (per la tesi prevalente, in aderenza alla *ratio* di tutela del creditore cui s'ispira l'articolo, è più antico il credito scaduto prima anche se sorto successivamente);

4) **l'imputazione proporzionale ai vari crediti** (che non è una deroga alla inesattezza e rifiutabilità dell'adempimento parziale, art. 1181, anzi, proprio in virtù di tale articolo, l'adempimento, per essere tale e quindi fare sorgere un problema d'imputazione, deve essere sufficiente almeno per ciascuno dei singoli crediti tra cui opererà l'estinzione proporzionale).

Al debitore spetta la prova dell'adempimento, al creditore quella dell'esistenza di più crediti.

Giurisprudenza

L'imputazione del pagamento è una facoltà che inerte ad un rapporto obbligatorio di debito-credito principale che va esercitata dal debitore all'atto del pagamento a pena di inefficacia e che, se esercitata successivamente, è efficace solo se vi sia il consenso del creditore, senza che possa configurarsi una prescrizione della facoltà di imputazione, potendo venire in rilievo esclusivamente la prescrizione del diritto di credito cui essa inerisce (Cass. civ., sent. 12 febbraio 2021, n. 3644).

La disciplina in tema di imputazione del pagamento di cui all'art. 1193 c.c. è applicabile solo a una pluralità di rapporti obbligatori tra le stesse parti e non, dunque, al pagamento di più canoni relativi a un unico contratto di locazione, in ragione del dato testuale del primo comma dell'art. 1193 c.c. e della stessa "ratio" che presiede alla risoluzione del contratto, altrimenti consentendosi al conduttore di sottrarsi alle conseguenze della mora (Cass. civ., sent. 14 settembre 2022, n. 27076).

3.5. Quietanza (art. 1195 ss.).

La quietanza è un atto unilaterale recettizio, una dichiarazione di scienza avente il valore probatorio della confessione stragiudiziale, ed avente ad oggetto il fatto materiale del pagamento e non l'estinzione del credito.

Il creditore che riceve il pagamento deve, a richiesta e spese del debitore, rilasciare una quietanza.

Il rilascio della quietanza per il capitale fa presumere (è una presunzione *iuris tantum*) il pagamento degli interessi.

3.6. La mora del creditore (art. 1206 ss.).

La mora del creditore è il ritardo dell'adempimento imputabile al creditore, il

quale senza motivo legittimo non accetta o non rende possibile la prestazione offertagli nelle forme di legge o nelle forme d'uso (BIANCA).

Se il difetto di cooperazione del creditore, invece, provoca direttamente la definitiva impossibilità della prestazione, sono applicabili le disposizioni degli artt. 1256 e 1463 ss. Sulla impossibilità della prestazione per fatto non imputabile al debitore, ma imputabile al creditore (BIGLIAZZI GERI).

La mora del creditore individua due istituti strettamente connessi: la mora del creditore propriamente detta (artt. 1206-1207) e la procedura di liberazione dalla obbligazione (FALZEA).

Il fondamento della mora del creditore, secondo la tesi preferibile, è ravvisabile nel dovere di cooperazione del creditore strumentale all'attuazione del rapporto obbligatorio ed è inquadrato nei più generali doveri di correttezza e buona fede (VISINTINI).

Secondo l'art. 1206, il creditore è in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione.

Secondo la dottrina, **il rifiuto** di ricevere la prestazione non è sufficiente a produrre la mora poiché, in virtù del coordinamento con l'ultimo comma dell'art. 1207, gli effetti di essa sono condizionati all'espletamento della procedura della offerta formale (VISINTINI).

La giurisprudenza si spinge anche oltre, considerando necessaria l'**offerta formale** in tutti i casi, cioè pure quando la mancata cooperazione consiste non già nel rifiuto di ricevere la prestazione, ma nel **mancato compimento di quanto necessario per consentire al debitore l'adempimento** (Cass. civ., sent. 6 maggio 1978, n. 2178). L'**offerta non formale** (1220) (salvo sempre il caso di legittimo rifiuto del creditore (1207)), pur non potendo cagionare la mora del creditore, è invece idonea ad impedire la mora del debitore.

Secondo un'opinione, avendo il creditore già il potere di rifiutare l'adempimento inesatto nei limiti di cui all'art. 1181, l'ipotesi contemplata dall'art. 1206 riguarderebbe invece l'offerta di prestazione che, seppure esatta, può essere comunque **legittimamente rifiutata** in base al criterio della correttezza sancito nell'art. 1175 (CATTANEO), cioè, ad esempio, quando la prestazione potrebbe esporre il creditore ad un pericolo di pregiudizio non tollerabile.

Al fine di escludere il diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva per le ferie non godute è necessario che il datore di lavoro dimostri di avere offerto un adeguato tempo per il godimento delle ferie, di cui il lavoratore non abbia usufruito, venendo ad incorrere, così, nella mora del creditore (Cass. civ., ord. 21 aprile 2020, n. 7976).

Quando il creditore è in mora, è a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Non sono più dovuti gli interessi né i frutti della cosa che non siano stati percepiti dal debitore.

Il creditore è pure tenuto a risarcire i danni derivati dalla sua mora e a sostenere le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta.

Gli effetti della mora si verificano dal giorno dell'offerta, se questa è successi-

vamente dichiarata valida con sentenza passata in giudicato o se è accettata dal creditore.

L'art. 1208 detta i requisiti di validità dell'offerta, ai fini della mora del creditore.

Se l'obbligazione ha per oggetto danaro, titoli di credito, ovvero cose mobili da consegnare al domicilio del creditore, l'offerta deve essere reale. Se si tratta invece di cose mobili da consegnare in luogo diverso, l'offerta consiste nell'intimazione al creditore di riceverle, fatta mediante atto a lui notificato nelle forme prescritte per gli atti di citazione (art. 1209).

L'offerta reale e l'offerta per intimazione integrano i due tipi di offerta solenne. L'offerta reale consiste nella diretta presentazione del danaro o degli altri beni fatta da un pubblico ufficiale, il quale li porta con sé e li mette materialmente a disposizione del creditore. L'offerta per intimazione consiste nell'invito che un pubblico ufficiale rivolge al creditore di ricevere il bene in un certo luogo e in un certo tempo (artt. 1209, 2° comma e 1216) ovvero di compiere gli atti necessari per rendere possibile la prestazione (art. 1217, 1° comma) (CONFORTINI, BONILINI, GRANELLI).

Se il creditore rifiuta di accettare l'offerta reale o non si presenta per ricevere le cose offertegli mediante intimazione, il debitore può eseguire il deposito. Eseguito il deposito, quando questo è accettato dal creditore o è dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, il debitore non può più ritirarlo ed è liberato dalla sua obbligazione (art. 1210).

CAPITOLO XX

I MODI DI ESTINZIONE DELL'OBLIGAZIONE DIVERSI DALL'ADEMPIMENTO

GUIDA 1. Caratteri generali **Sezione I. I MODI SATISFATTORI** 1. La compensazione 2. La confusione 3. Prestazione in luogo dell'adempimento **Sezione II. I MODI NON SATISFATTORI** 1. La novazione 2. La remissione del debito 3. L'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile

4. Clausole di esonero da responsabilità (art. 1229) e intento giuridico negativo.

È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave.

Il fondamento della nullità delle clausole di esonero per dolo o colpa grave va ravvisato nell'esigenza di assicurare al creditore un minimo di impegno diligente da parte del debitore (BIANCA).

Tale divieto, quindi, ha carattere d'ordine pubblico e risponde al principio generale della tutela minima dei diritti.

Le clausole di esonero dalla responsabilità devono essere distinte dalle **clausole che delimitano l'oggetto del contratto**, diffuse nella prassi bancaria e assicurativa, con le quali le parti delimitano il contenuto del contratto, ed in particolare gli obblighi a carico di una di esse.

Tali clausole non sono soggette all'art. 1229 e sono pertanto valide (es. il massimale di una polizza assicurativa), a meno che si rivelino dirette a eludere la norma in commento, di cui all'art. 1229 (art. 1344).

Dalle clausole di esonero dalla responsabilità vanno distinte le **clausole che trasferiscono ad un terzo l'incidenza economica del danno (c.d. di manleva)**, che non creano forme di irresponsabilità, ma riversano le conseguenze patrimoniali del danno su un soggetto diverso dall'autore e quindi non pregiudicano il diritto del danneggiato ad un completo risarcimento.

Tali clausole, pertanto, sono valide, a meno che il terzo non si accoli preventivamente anche i danni imputabili a dolo del danneggiante (anche qui per ragioni di ordine pubblico ed in analogia a quanto previsto in materia assicurativa).

È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico (art. 1229, 2° comma).

Sono **obblighi derivanti da norme di ordine pubblico** quelli che riguardano comportamenti dovuti a tutela di beni e interessi di rilievo costituzionale (es. l'obbligazione del medico a tutela dell'integrità fisica del paziente).

Tali clausole, a differenza delle normali clausole di esonero o di limitazione della responsabilità, sono nulle, anche se stipulate nei limiti della colpa lieve.

Problema diverso è quello dell'ammissibilità dei patti stipulati in funzione del **c.d. intento giuridico negativo**, cioè al fine di sottrarre alla regolamentazione giuridica (e quindi alla tutela del diritto) un accordo.

In dottrina e nelle rare pronunce della giurisprudenza, tale intento è ritenuto meritevole (ex art. 1322) di tutela, purché alla sanzione giuridica le parti sostituiscano una diversa sanzione di analogia forza persuasiva, che postuli l'esistenza fra loro di una relazione sociale forte (basata, ad esempio, sulla appartenenza a circoli ristretti; è il caso dei c.d. *gentlemen's agreement*). Inoltre, non possono avere effetti reali (ché necessariamente impongono modifiche nel mondo del diritto) ma solo obbligatori.

CAPITOLO XXII

LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE

GUIDA 1. Nozione 2. Le cause di prelazione 3. I privilegi

1. Nozione.

Il **debitore inadempiente**, il quale cioè non esegua esattamente la prestazione dovuta al creditore, è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (art. 1218).

La sua **responsabilità patrimoniale** consiste nel fatto che **egli risponde di tale inadempimento con tutti i suoi beni presenti e futuri** (art. 2740), nel senso che il creditore può promuovere il processo esecutivo sui beni del debitore (sia quelli di cui era proprietario quando è sorta l'obbligazione che quelli acquistati successivamente), allo scopo di farli espropriare e di soddisfarsi sul ricavato della loro vendita all'asta.

In altri termini, l'intero patrimonio del debitore costituisce **garanzia generica** per il soddisfacimento delle ragioni creditorie dei terzi.

Questo è quello che accade nella maggior parte dei casi; in alcune ipotesi, tuttavia, il creditore può pretendere l'**esecuzione forzata del proprio credito in forma specifica**: quando l'obbligazione consiste nella consegna di una cosa determinata (art. 2930), in un fare fungibile (art. 2931) o in un non fare (art. 2933).

Le limitazioni della responsabilità del debitore non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge.

2. Le cause di prelazione.

In virtù del **principio della parità di trattamento dei creditori** (*par condicio creditorum*) i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore (art. 2741).

Quindi, se Tizio è debitore di Caio e Mevio rispettivamente per 100 e per 50, ma

dalla vendita all'asta dei beni del debitore si ricava soltanto 135. Caio riceverà 90 e Mevio 45: entrambi, cioè, vedranno soddisfatto il proprio credito con una riduzione del 10%.

I creditori che concorrono sul patrimonio del debitore — per il soddisfacimento del proprio credito — in modo paritario sono detti **creditori chirografari**. Essi **non fruiscono di alcuna preferenza rispetto agli altri**.

Tuttavia, esiste una categoria di **creditori privilegiati** rispetto a quelli chirografari, nel senso che **la legge assicura il pagamento del loro credito con preferenza** rispetto a questi, anteponendoli nel soddisfacimento sul ricavato della vendita esecutiva dei beni del debitore. Tale categoria è detta, per l'appunto, dei creditori privilegiati, e le cause che determinano queste preferenze si chiamano **cause legittime di prelazione** (art. 2741, 2° comma).

Sono cause legittime di prelazione i **privilegi**, il **pegno** e le **ipoteche**. Dunque, i creditori che ne siano titolari sono preferiti nel riparto del prezzo ricavato dalla vendita forzata dei beni del debitore rispetto ai creditori chirografari, i quali corrono il rischio di non vedere soddisfatte le proprie ragioni creditorie.

3. I privilegi.

Il **privilegio** è una **causa legittima di prelazione che è prevista dalla legge in considerazione della particolare natura del credito** (art. 2745).

Benché la regola sia nel senso che i privilegi trovino **fonte diretta in una norma di legge**, la loro costituzione può talvolta essere subordinata alla convenzione delle parti (c.d. privilegio convenzionale; ad esempio il privilegio degli istituti di credito agrario sui frutti del fondo per i mutui concessi per acquisto di bestiame, ecc.: art. 2766, 2° comma), ovvero a particolari forme di pubblicità (ad esempio il privilegio sugli autoveicoli, art. 2810, 3° comma o il privilegio per crediti per tributi indiretti, art. 2772).

Tra più crediti tutti privilegiati la preferenza (cioè l'**ordine dei privilegi**) dipende da ciò che è **stabilito esplicitamente dalla legge** (all'art. 2777 e ss.), e non dall'epoca in cui è sorto il credito.

Il privilegio può essere:

generale. Si esercita **su tutti i beni mobili del debitore**. Solo eccezionalmente la legge prevede un privilegio generale immobiliare (es. art. 2771: crediti per imposte sui redditi immobiliari). Non costituisce un diritto soggettivo e non gode del diritto di sequela, ma va considerato come una qualità del credito;

speciale. Gli artt. 2755 e ss. Prevedono la possibilità di esercitare il privilegio **su determinati beni mobili o immobili**, in virtù della particolare relazione che si è instaurata a seguito dell'attività del creditore. Il privilegio immobiliare è, salvo eccezioni, sempre speciale. Esso costituisce un vero e proprio diritto reale di garanzia.

Se la legge non dispone altrimenti, il privilegio speciale sui beni mobili non può esercitarsi in pregiudizio del creditore pignoratizio. I creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono invece preferiti ai creditori ipotecari, se la legge non dispone diversamente (art. 2748): ciò significa che **il pegno è preferito al privilegio speciale sui mobili, mentre il privilegio speciale sugli immobili è preferito all'ipoteca**.

La descritta efficacia dei privilegi non esclude il principio secondo cui il possesso di buona fede vale titolo (art. 1153): per cui la proprietà e gli altri diritti sui beni mobili si acquistano liberi da qualunque peso, ivi compresi i privilegi.

Giurisprudenza

In tema di accertamento del passivo, la fattispecie di cui all'art. 72, commi 7 e 8, l.fall. postula, ai fini del riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2775-bis c.c., che del contratto preliminare di vendita immobiliare oggetto di scioglimento sia stata eseguita la trascrizione ex art. 2645-bis c.c., che in quanto collegata all'esecuzione del negozio preparatorio comporta l'insorgenza del privilegio in parola a favore del credito del promissario acquirente derivante dall'inadempimento della promessa di vendita; non è, per converso, sufficiente la trascrizione dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. sui beni promessi in vendita, la quale, ancorché recante la menzione del preliminare, giova soltanto a rendere opponibile ai terzi l'effetto segregativo del patrimonio vincolato, limitando l'impiego dei beni in esso conferiti alla finalità destinataria e consentendone la sottoposizione ad esecuzione esclusivamente per i debiti contratti in funzione di essa (Cass. civ., ord. 14 luglio 2023, n. 20194).

CAPITOLO XXIII

I DIRITTI REALI DI GARANZIA: PEGNO ED IPOTECA

GUIDA 1. I diritti reali di garanzia 2. Il divieto del patto commissorio 3. Il pegno 4. L'ipoteca: nozione, caratteri e oggetto 5. *Segue*. La fonte: ipoteca legale, giudiziale e volontaria 6. *Segue*. La pubblicità ipotecaria: iscrizione, annotazione, rinnovazione e cancellazione 7. *Segue*. Il terzo acquirente del bene ipotecato e il terzo datore d'ipoteca 8. *Segue*. L'estinzione 9. La cambiale ipotecaria: cenni

1. I diritti reali di garanzia.

Abbiamo già visto che le cause legittime di prelazione sono costituite, oltre che dai privilegi, dal pegno e dall'ipoteca.

Il pegno e l'ipoteca sono entrambi **diritti reali**. Come tali presentano i caratteri propri di questo tipo di diritti, vale a dire: l'**assolutezza** (in quanto, essendo inerenti ai beni sui quali gravano, sono opponibili *erga omnes*), la **tipicità** ed il **diritto di sequela** (giacché attribuiscono al creditore il potere di espropriare il bene e soddisfarsi sul prezzo ricavato dalla vendita — c.d. *ius distrahendi* — anche se la proprietà dei beni venga trasferita ad altri).

Essi, in particolare, rientrano fra i diritti reali **su cosa altrui**, ma non fra i diritti reali di godimento perché qui, a differenza da questi ultimi, non viene limitato il potere di godimento del proprietario ma soltanto il potere di disposizione, visto che l'eventuale acquirente dovrà necessariamente tener conto del peso gravante sul bene che intende acquistare.

Quanto alla **differenza fra il pegno o l'ipoteca ed i privilegi** occorre osservare che il privilegio generale non ha carattere reale e riguarda tutti i beni mobili del debitore, mentre pegno ed ipoteca sono diritti reali che non hanno mai carattere generale ma riguardano sempre beni determinati. Inoltre, mentre i privilegi, anche speciali, nascono automaticamente in forza di legge per la causa del credito, il pegno e l'ipoteca necessitano di un proprio titolo costitutivo e sorgono, di norma, per volontà delle parti.

Naturalmente, come si dirà meglio in seguito, i diritti di **garanzia** delle obbligazioni non sono soltanto reali (e tipici), ma anche **personali**, sia tipici (fideiussione, avallo, ecc.) sia atipici (contratto autonomo di garanzia, ecc.).

La distinzione fondamentale fra queste due forme di garanzia consiste nel fatto che mentre il fideiussore (o altro garante personale) risponde con tutti i suoi beni del credito garantito, colui che ha concesso il pegno o l'ipoteca a guardia di un debito altrui risponde solo con il bene su cui è stata costituita la garanzia. La fideiussione, dunque, è più ampia, ma, avendo carattere

personale, non vincola il bene oggetto della garanzia al soddisfacimento delle ragioni creditorie e non implica il diritto di sequela, che è proprio del diritto reale di garanzia.

In particolare, attraverso i diritti di pegno e d'ipoteca, le ragioni del creditore vengono soddisfatte mediante la facoltà di far espropriare la cosa se il debitore non adempie (c.d. *ius distrahendi*) e il diritto di essere preferito rispetto agli altri creditori nella distribuzione di quanto ricavato dalla vendita di essa (c.d. *ius praelationis*).

Altro importante carattere del pegno e dell'ipoteca è quello dell'**accessorietà**, nel senso che essi **presuppongono necessariamente un credito** (anche futuro, eventuale o condizionato) cui accedere, del quale condividono le sorti, in particolare l'estinzione (*Cass. civ., sent. 6 novembre 2006, n. 23669*).

Infine, le differenze più rilevanti fra pegno e ipoteca riguardano:

l'oggetto: mobili, crediti, ecc. per il pegno; immobili, mobili registrati, ecc. per l'ipoteca;

lo spossessamento: nel pegno la cosa passa al creditore pignoratorio, nell'ipoteca rimane al debitore. Questo in quanto, nel pegno, lo spossessamento sostituisce la pubblicità che, per l'ipoteca, deriva dall'iscrizione nei Pubblici Registri Immobiliari.

2. Il divieto del patto commissorio.

L'art. 2744 sancisce il **divieto del patto commissorio**, comminando la nullità del **patto con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la cosa ipotecata o data in pegno passi in proprietà del creditore**. Il medesimo divieto è previsto dall'art. 1963 in tema di anticresi.

La *ratio* di tale divieto è stata individuata ora nell'evitare che il debitore, spinto dal bisogno, sia portato a trasferire al creditore beni di valore ben più rilevante rispetto a quello del proprio debito, ora nella inevitabilità della procedura esecutiva pubblica che, con tale patto, verrebbe invece elusa. In altre parole, il legislatore vuole che la cosa ipotecata o pignorata, se il debitore non paga, sia venduta all'incanto e sul ricavato il creditore si soddisfi nel limite del suo credito: cosicché, nel caso in cui residui qualche cosa, possano essere soddisfatti anche altri creditori.

La giurisprudenza (tra le tante: *Cass. civ., sent. 5 marzo 2010, n. 5926*; *Cass. civ., sent. 12 gennaio 2009, n. 437*; *Cass. civ., sent. 11 giugno 2007, n. 13621*), nell'interpretazione della norma in esame, si è spinta fino ad estendere il divieto a **tutte le ipotesi in cui esso sostanzialmente viene violato**, anche al di là dei casi del pegno e dell'ipoteca. Infatti, utilizzando il principio della nullità del contratto concluso in frode alla legge (art. 1344), sono reputate nulle tutte quelle convenzioni che raggiungono, di fatto, il medesimo risultato che l'art. 2744 intende sanzionare; quali, ad esempio, la vendita sottoposta alla condizione risolutiva

che il venditore-debitore adempia il proprio credito verso l'acquirente-creditore, ovvero la vendita con patto di riscatto finalizzata a realizzare una garanzia a favore dell'acquirente, ecc. La stessa giurisprudenza, tuttavia, tende a "salvare" queste convenzioni quando le parti si accordano nel senso che il creditore, benché — nell'ipotesi di inadempimento del debito — divenga proprietario del bene concesso in garanzia, sia tenuto a restituire al debitore la differenza fra il valore del bene medesimo e il credito rimasto inadempito (c.d. **patto marciano**).

Anche il legislatore sembra aver aderito all'interpretazione che individua la soluzione delle problematiche legate al divieto del patto commissorio nel riconoscimento della legittimità del patto marciano. Il primo segnale in questa direzione è rappresentato dalla disciplina di derivazione comunitaria, dettata in tema di *Financial Collateral Arrangements* (d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, come modificato dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48, di attuazione della dir. N. 44/2009 CE) che, all'art. 6, comma 2°, riconosce validità ed efficacia a tutti i contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia « indipendentemente dalla loro qualificazione » escludendo, per essi, l'applicazione del divieto del patto commissorio; anche in questo caso, peraltro, l'appropriazione da parte del creditore pignoratorio delle attività finanziarie oggetto del pegno avviene, secondo il modello del patto marciano, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, con restituzione dell'eccedenza. Analogamente, l'art. 11-*quaterdecies*, comma 12, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, conv. con mod. in l. 2 dicembre 2005, n. 248, come mod. dall'art. 1, comma 1, l. 2 aprile 2015, n. 44 ha introdotto il prestito vitalizio ipotecario, consentendo al creditore, qualora il rimborso del finanziamento non venga effettuato nei dodici mesi successivi al verificarsi di uno degli eventi previsti dallo stesso articolo, di procedere alla vendita diretta dell'immobile gravato da ipoteca a garanzia del finanziamento, ad un valore pari a quello di mercato determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, salva la restituzione dell'eventuale esubero al soggetto finanziato o ai suoi eredi.

In linea con questa tendenza è altresì da segnalare la disciplina dettata dall'art. 2 d.l. 3 maggio 2016, n. 59, recante *Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione* (c.d. *Decreto banche*) che, introducendo il nuovo art. 48-*bis* nel TUB di cui al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, al fine di favorire l'accesso delle imprese al credito e assicurare efficacia e rapidità alle procedure di recupero, prevede la validità delle alienazioni a scopo di garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore, per crediti erogati nell'ambito di attività imprenditoriali, "purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento".

La presenza della pattuizione marciiana, in sostanza, legittimerebbe i contratti di finanziamento stipulati tra operatori professionali, garantiti da trasferimenti di immobili o di altri diritti immobiliari dell'imprenditore o di un terzo, a favore del creditore, sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore, ad esclusione dell'immobile adibito ad abitazione principale del proprietario o della sua famiglia.

La nuova disciplina prevede, peraltro, la possibilità di introdurre la garanzia in contratti di finanziamento già in corso al momento dell'entrata in vigore del decreto. Conseguentemente

l'inadempimento si configura qualora il mancato pagamento si protragga: a) per oltre sei mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nell'ipotesi di un obbligo di rimborso a rate mensili; b) per oltre sei mesi dalla scadenza anche di una sola rata nel caso in cui il debitore sia tenuto al rimborso rateale con termini di scadenza delle rate superiori al periodo mensile; c) per oltre sei mesi dalla scadenza del rimborso previsto nel contratto di finanziamento nell'ipotesi in cui non sia previsto un pagamento rateale (art. 48-bis, comma quinto, TUB). Ai sensi dell'ottavo comma del predetto art. 48-bis, al verificarsi dei presupposti dell'inadempimento la condizione sospensiva si considera avverata "al momento della comunicazione al creditore del valore di stima" dell'immobile oggetto del trasferimento in garanzia, effettuata da un perito nominato dal presidente del tribunale del luogo in cui è situato l'immobile, o al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore dell'eccedenza qualora il valore del ce-spite sia superiore all'ammontare del debito inadempito.

In virtù delle considerazioni espresse finora, incontrovertibile è il dato per cui l'art. 2744 c.c. esprima un divieto di risultato, potenzialmente perseguibile da qualsivoglia negozio, ancorché tipico. Se fino a questo momento storico, dunque, il ricorso a schemi negoziali tipici poteva — almeno astrattamente — garantire la rispondenza della volontà manifestata dalle parti verso interessi a monte selezionati dalla legge come meritevoli, oggi questa affermazione non ha più lo stesso pregio in quanto anche le fattispecie tipizzate dall'ordinamento potrebbero prestare il fianco a intenti elusivi.

3. Il pegno.

Il **pegno** è il **diritto reale di garanzia costituito su una cosa mobile del debitore o di un terzo**. Oltre ai beni **mobili** possono essere dati in pegno i **crediti**, le **universalità** di mobili ed altri diritti (ad es. l'usufrutto) aventi per **oggetto** beni mobili. Oggetto del pegno invece non può essere a sua volta un altro diritto di pegno (c.d. suppegno) (art. 2792).

Quando il pegno ha ad oggetto cose fungibili (es. una somma di denaro) il creditore eccezionalmente ne acquista la disponibilità e la proprietà, e dovrà restituire al debitore una corrispondente quantità di cose (*tantundem eiusdem generis*). Tale figura — individuata con l'espressione di "**pegno irregolare**" — non costituisce però un vero e proprio pegno, che invece concerne sempre una cosa determinata di cui il creditore non può disporre.

Questione a parte è quella relativa all'ammissibilità del c.d. **pegno rotativo**, ossia il **pegno a cui è apposto un patto rotativo**, in forza del quale è prevista dalle parti la possibilità di sostituire, ad una certa scadenza, i beni dati in pegno, lasciando immutato il titolo costitutivo. Si pensi, a titolo di esempio, alla banca — creditore pignoratizio — che realizza i titoli in scadenza del cliente-debitore ed originariamente costituiti in pegno, e reimpiega le somme ricavate nell'acquisto di nuovi titoli da sottoporre alla garanzia originariamente pattuita. Una prima opinione giurisprudenziale nega la sua validità, sul presupposto che oggetto del pegno deve essere sempre un bene determinato sin dall'inizio (trattandosi di un diritto reale); altra opinione, oggi prevalente (da ultimo, *Cass. civ., sent. 22 dicembre 2015, n. 25796*), lo ritiene ammissi-

bile, in base all'assunto secondo cui ciò che deve essere determinato — e non può mai mutare — è soltanto il valore della cosa data in pegno, non la cosa stessa nella sua materialità (così, ad esempio, *Cass. civ., sent. 27 ottobre 2006, n. 23268*; *Cass. civ., sent. 5 marzo 2004, n. 4507*).

Il procedimento per realizzare il credito garantito dal pegno è quello, già indicato, della vendita coattiva all'incanto della cosa ricevuta in pegno (art. 2796). Tuttavia il creditore può anche domandare al giudice che **la cosa gli venga assegnata in pagamento**, fino alla concorrenza del suo credito (art. 2798).

La **costituzione** del pegno, in teoria, può avvenire **anche verbalmente**; tuttavia — se si vuole conseguire l'effetto principale del pegno, cioè l'acquisto della prelazione rispetto agli altri creditori — è indispensabile che il pegno sia opponibile ai terzi, ed a questo fine è necessario che il contratto costitutivo del pegno risulti da **atto scritto** (art. 2787, 3° comma), che la scrittura abbia **data certa** ed inoltre che nella scrittura risultino specificamente indicati sia il **credito garantito** ed il suo **ammontare**, sia il **bene** dato in pegno.

Il contratto costitutivo di pegno è un **contratto reale**, che si perfeziona con la materiale consegna della cosa (*Cass. civ., sent. 5 settembre 2006, n. 19059*); dunque, per la costituzione del pegno occorre lo **spossessamento** del debitore (o del terzo costituente) (art. 2786). Tuttavia una recente disposizione normativa ha apportato un'eccezione al principio codicistico dello **spossessamento** del bene oggetto di pegno. Infatti con l'art. 1 del d.l. n. 59/2016 — convertito dalla l. 30 giugno 2016 n. 199 — è stato introdotto nel nostro ordinamento il **pegno mobiliare non possessorio** che serve a garantire crediti concessi esclusivamente ad imprenditori (iscritti al registro delle imprese) ed è costituito su beni mobili purché destinati all'esercizio dell'impresa ovvero su crediti derivanti da tale esercizio. Elemento fondamentale della figura è appunto l'assenza dello **spossessamento**, però sostituito dall'iscrizione, necessaria ai fini dell'opponibilità del pegno ai terzi, in un registro informatizzato tenuto presso l'Agenzia delle entrate. In tal modo il Legislatore ha inteso ampliare le opportunità di accesso al credito da parte dell'impresa, che adesso avrà l'opportunità di costituire un pegno non possessorio ad esempio sui macchinari utilizzati nel processo produttivo, continuando nel contempo ad utilizzarli nell'esercizio dell'impresa. Il pegno non possessorio può essere costituito su beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa e sui crediti derivanti da (o inerenti a) tale esercizio, ad esclusione però dei beni mobili registrati (sui quali è invece possibile costituire un'ipoteca). I beni possono essere anche immateriali, futuri, determinabili anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo. Inoltre il debitore è autorizzato a trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da tale tipo di pegno. Quando invece l'oggetto del pegno è costituito da un credito occorrono, ai fini della prelazione, l'atto scritto e la notifica della costituzione al debitore o l'accettazione da parte di quest'ultimo con un atto di data certa (art. 2800).

A seguito della costituzione del pegno il **creditore pignoratizio** diviene titolare dei seguenti **diritti ed obblighi**:

ha diritto di **trattenere** la cosa ma altresì ha l'obbligo di **custodirla** (art. 2790, 1° comma);

non può usare e disporre della cosa (art. 2792);

ha il diritto di far suoi i **frutti** della cosa, imputandoli prima alle spese e agli interessi e poi al capitale (art. 2791);

ha l'obbligo di **restituire** la cosa quando il debito è stato interamente pagato (art. 2794).

Giurisprudenza

In tema di pegno di azioni, il creditore pignoratizio che sia a conoscenza di informazioni sul rischio di un sensibile deterioramento del valore economico del bene in garanzia è obbligato a fornirle immediatamente al debitore e a procedere alla tempestiva ed efficiente liquidazione dei beni oggetto della garanzia; ove le parti si siano avvalse della facoltà prevista dall'art. 2786, comma 2, c.c., analogo obbligo di custodia delle cose date in pegno, improntato al superiore principio di buona fede, sorge in capo al terzo, potendo la sua responsabilità concorrere in solido con quella del creditore (Cass. civ., ord. 6 marzo 2023, n. 6549).

4. L'ipoteca: nozione, caratteri e oggetto.

Secondo l'art. 2808 l'**ipoteca** è il **diritto reale di garanzia che attribuisce al creditore il potere di espropriare il bene sul quale l'ipoteca è costituita (ius distrahendi) e di essere soddisfatto con preferenza (ius praelationis) sul prezzo ricavato dall'espropriazione.**

Essa presenta, oltre ai **caratteri** tipici dei diritti reali, i seguenti specifici caratteri:

specialità (art. 2809, 1° comma), sia nel senso che riguarda sempre **beni determinati** e specialmente indicati (non può mai essere generale) sia nel senso che occorre determinare la **somma per cui è concessa** ipoteca;

indivisibilità (art. 2809, 2° comma) in quanto sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte: dunque, se a garanzia di un solo credito sono ipotecati più beni, il creditore può a sua scelta fare espropriare uno qualsiasi di essi e soddisfarvi l'intero credito. Inoltre, l'ipoteca resta a garantire il credito fino a quando non sia totalmente estinto: essa perciò continua a sussistere anche se il debitore ha pagato una parte del debito.

Oggetto di ipoteca possono essere gli **immobili** con le loro pertinenze, i **mobili registrati** (navi, aeromobili e automobili) e le **rendite dello Stato**, nonché i **diritti reali di godimento** su beni immobili (art. 2810) (ad esclusione delle servitù, che non possono essere espropriate separatamente dal fondo dominante e di uso e abitazione). Anche la **quota di un bene indiviso** può formare oggetto di ipoteca.

L'ipoteca, inoltre si estende ai **miglioramenti**, alle **costruzioni** e alle altre **accessioni** dell'immobile ipotecato (art. 2811: *accessorium sequitur principale*).

5. Segue. La fonte: ipoteca legale, giudiziale e volontaria.

L'ipoteca può essere **legale** (ipoteca iscritta in forza di una norma di legge), **giudiziale** (in forza di una sentenza) o **volontaria** (in forza di un atto di volontà del debitore o di un terzo datore d'ipoteca).

L'**ipoteca legale** è espressamente prevista per alcune ipotesi dall'art. 2817:

■ **ipoteca dell'alienante** sopra gli immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti a carico dell'acquirente dall'atto di alienazione (in genere, per il pagamento del prezzo);

■ **ipoteca del condividente**, cioè spettante ai coeredi, ai soci e agli altri condividenti sopra gli immobili oggetto della divisione per il pagamento dei conguagli (cioè quelle somme dovute da chi nella divisione ha ricevuto un bene di valore maggiore della quota spettantegli, per compensare l'altro o gli altri condividenti).

In tali casi la legge, per proteggere alcune categorie di creditori, attribuisce loro il **diritto di ottenere, anche in modo unilaterale, l'iscrizione dell'ipoteca** sui beni del debitore. Ovviamente sul conservatore dei pubblici registri grava il corrispondente obbligo di iscrivere d'ufficio le dette ipoteche quando gli viene presentato per la trascrizione l'atto di alienazione o di divisione, a meno che questo non contenga **rinuncia** espressa da parte dell'alienante o del condividente oppure gli obblighi dell'acquirente siano già stati adempiuti e i conguagli pagati (art. 2834).

L'**ipoteca giudiziale** ricorre **quando il creditore ottenga una sentenza esecutiva (o anche un decreto ingiuntivo esecutivo, un lodo arbitrale, una sentenza straniera o un verbale di avvenuta conciliazione ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) che condanni il debitore a pagargli una somma di denaro** ovvero un risarcimento di danni da liquidarsi successivamente (art. 2818). In questo caso il creditore, presentando al Conservatore dei Registri Immobiliari copia autentica della sentenza, ha diritto di ottenere l'iscrizione dell'ipoteca su un qualsiasi bene immobile appartenente al debitore, senza bisogno che risulti il consenso di quest'ultimo, ed anzi anche ove questi si opponga.

L'**ipoteca volontaria**, invece, **deriva da contratto o anche da dichiarazione unilaterale di volontà del concedente**; mai da testamento (allo scopo di non alterare la *par condicio creditorum* sul patrimonio già appartenente al *de cuius*).

La convenzione o la dichiarazione unilaterale deve rivestire la **forma scritta ad substantiam**, trattandosi di diritto reale immobiliare (art. 2821).

Anche se legittimato alla concessione dell'ipoteca è l'attuale proprietario del bene, sono previste le figure dell'**ipoteca su cosa altrui** (art. 2822) e **su cosa futura** (art. 2823): tuttavia in tali casi la concessione ha efficacia meramente obbligatoria, e l'iscrizione ipotecaria potrà essere validamente presa solo quando la cosa sarà acquistata dal concedente o sarà venuta ad esistenza.

Giurisprudenza

In tema di azione revocatoria ordinaria, l'esistenza di un'ipoteca sul bene oggetto dell'atto dispositivo, ancorché di entità tale da assorbirne potenzialmente l'intero valore, non esclude la connotazione dell'atto stesso come "eventus damni" (presupposto per l'esercizio della azione pauliana), atteso che la valutazione tanto della idoneità dell'atto dispositivo a costituire un pregiudizio, quanto della possibile incidenza, sul valore del bene, della causa di prelazione connessa all'ipoteca, va compiuta con riferimento non al momento del compimento dell'atto ma attraverso un giudizio prognostico proiettato verso il futuro, per apprezzare l'eventualità del venir meno o di un ridimensionamento della garanzia ipotecaria (Cass. civ., ord. 27 febbraio 2023, n. 5815).

Il creditore che, a garanzia del suo credito, abbia iscritto ipoteca su di un immobile, in relazione al quale sia successivamente trascritto un atto dispositivo compiuto dal debitore, non può esercitare l'azione revocatoria ex art. 2901 c.c., in quanto lo "ius sequelae" proprio del diritto di ipoteca gli attribuisce comunque il diritto di soddisfarsi "in executivis" sull'immobile in danno del terzo acquirente, sicché l'atto dispositivo non reca alcun pregiudizio alle ragioni creditorie, alla cui verifica la legge condiziona il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria (Cass. civ., ord. 17 marzo 2023, n. 7876).

Nel caso in cui l'azione revocatoria fallimentare abbia ad oggetto il trasferimento di un bene gravato da ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale, l'esecuzione forzata che sia stata successivamente intrapresa dal creditore ipotecario nei confronti del debitore non fallito è opponibile alla procedura concorsuale, essendosi determinato, per effetto della trascrizione della garanzia, un effetto di "cristallizzazione giuridica" che mantiene ancorato il bene alla condizione giuridica in cui si trovava al momento dell'iscrizione medesima, rendendola insensibile agli atti successivamente iscritti o trascritti e conseguentemente consentendo di far salvo l'acquisto da parte dell'aggiudicatario (Cass. civ., sent. 22 maggio 2023, n. 14086).

6. Segue. La pubblicità ipotecaria: iscrizione, annotazione, rinnovazione e cancellazione.

La **pubblicità** relativa al diritto d'ipoteca ha **carattere costitutivo** (per la differenza con la pubblicità dichiarativa v. cap. XXXVI, par. 1), nel senso che il **diritto d'ipoteca si costituisce solo mediante iscrizione nei pubblici registri** (art. 2808, 2° comma).

L'iscrizione, quindi, costituisce un **elemento essenziale per il sorgere dell'ipoteca** non solo rispetto ai terzi, ma anche tra le parti. Il titolo per ottenere l'iscrizione (la convenzione tra le parti nell'ipoteca volontaria, la legge nell'ipoteca legale e la sentenza di condanna del debitore nell'ipoteca giudiziale) attribuiscono al creditore esclusivamente il diritto potestativo di chie-

dere l'iscrizione, ma l'ipoteca si costituisce soltanto dopo che questa sia stata effettivamente eseguita.

Nell'ipotesi in cui più ipoteche siano iscritte sul medesimo bene l'**ordine di preferenza** tra esse è determinato dalla priorità temporale dell'iscrizione; infatti, al momento dell'iscrizione l'ipoteca prende un numero d'ordine (c.d. **grado ipotecario**, art. 2852), che determina il suo grado (art. 2853).

Se più persone presentano contemporaneamente la nota d'iscrizione su uno stesso immobile le iscrizioni risulteranno di pari grado e i creditori concorreranno tra loro in proporzione dell'importo dei rispettivi crediti.

Se Tizio e Caio hanno iscritto ciascuno ipoteca, ognuno per la somma di cento, sul medesimo immobile di proprietà del debitore Mevio, e l'immobile è capiente soltanto per cento, vedrà soddisfatto il proprio credito soltanto il creditore che avrà effettuato l'iscrizione per primo (prendendo il 1° grado), mentre a colui che avrà iscritto per secondo (prendendo il 2° grado) non rimarrà nulla. Se però avranno preso l'iscrizione contemporaneamente, ciascuno di essi vedrà soddisfatto il proprio credito per cinquanta.

Sono anche consentite le **operazioni sul grado ipotecario** tra creditori ipotecari (postergazione, posposizione, permuta), purché esse non ledano i creditori aventi gradi successivi.

Gli atti mediante i quali si effettua la pubblicità immobiliare sono:

■ l'**iscrizione, con la quale l'ipoteca si costituisce**. Essa si esegue nell'ufficio dei Registri Immobiliari del luogo in cui si trova l'immobile (art. 2827). Al tal fine il titolo deve sempre essere autentico;

■ l'**annotazione, che serve a rendere pubbliche le vicende successive all'iscrizione**, quali, ad esempio: il trasferimento dell'ipoteca a favore di soggetto diverso da quello a cui favore è stata presa (per cessione del credito, art. 1260; per surrogazione, art. 1261; postergazione o permuta del grado ipotecario); la riduzione dell'ipoteca (che può avvenire riducendo la somma per la quale è stata presa l'iscrizione o restringendo — c.d. restrizione dell'ipoteca — l'iscrizione ad una parte soltanto dei beni, art. 2872). L'annotazione si esegue a margine dell'originaria iscrizione;

■ la **rinnovazione**. Poiché l'iscrizione dell'ipoteca conserva il suo effetto per venti anni dalla sua data, la rinnovazione **serve appunto ad evitare che si verifichi l'estinzione dell'iscrizione**.

Se essa viene eseguita prima dei venti anni, l'ipoteca mantiene il suo grado originario; in caso contrario l'ipoteca, pur potendosi comunque iscrivere sulla base del titolo iniziale, tuttavia prende grado dalla nuova iscrizione, lasciando passare avanti altre eventuali iscrizioni e trascrizioni che nel frattempo siano state effettuate;

la **cancellazione**, da cui **deriva l'estinzione dell'ipoteca** e che ha luogo di regola quando il credito è estinto oppure quando il creditore rinunzi all'ipoteca (art. 2882).

La cancellazione, oltre ad essere una forma di pubblicità dell'estinzione dell'ipoteca avvenuta per altre cause, costituisce anche **causa autonoma di estinzione**; per questo la legge le attribuisce un rilievo particolare disponendo che il consenso alla cancellazione debba essere dato dal creditore e debba provenire sempre da persona capace (art. 2883) oppure ordinata dal giudice (art. 324 c.p.c.).

7. *Segue. Il terzo acquirente del bene ipotecato e il terzo datore d'ipoteca.*

Colui che acquista l'immobile dopo l'iscrizione ipotecaria, a causa del carattere della sequela proprio dei diritti reali (*res transit cum onere suo*), pur non essendo debitore, diviene titolare di un bene gravato da ipoteca. Egli, di conseguenza, è esposto all'espropriazione del bene soltanto per averlo acquistato; per tale ragione la legge gli consente di evitare l'espropriazione (che può arrecargli notevoli disagi), e gli attribuisce le seguenti facoltà:

■ **pagare i creditori** iscritti (art. 2858);

■ **rilasciare i beni ipotecati**, in modo che l'espropriazione avvenga non contro di lui ma contro l'amministratore dei beni stessi che sarà nominato dal tribunale (art. 2861);

■ **liberare l'immobile dalle ipoteche** mediante uno speciale procedimento (detto di **purgazione** delle ipoteche) nel quale egli offrirà ai creditori il prezzo pagato per l'acquisto o il valore da lui stesso dichiarato, se si tratta di beni pervenutigli a titolo gratuito (artt. 2889 e 2890).

L'ipoteca, come anche il pegno, può essere concessa anche **su un bene che appartiene non al debitore ma ad un'altra persona** (c.d. **terzo datore di ipoteca**).

Questi non gode del **beneficio di escussione**, nel senso che non può chiedere al creditore — se non si è convenuto diversamente — di fare espropriare prima i beni del debitore e poi quello ipotecato, di cui è proprietario (art. 2868).

Naturalmente, però, è titolare del **diritto di regresso** verso il debitore se paga i crediti iscritti o subisce l'espropriazione: cioè può rivolgersi contro il debitore per farsi rimborsare (art. 2871). Il medesimo diritto di regresso spetta al terzo acquirente del bene ipotecato per aver pagato i creditori o rilasciato l'immobile o ancora subito l'espropriazione.

A quest'ultimo, inoltre, a norma dell'art. 2866, spetta il **diritto di subingresso** nelle ipoteche costituite a favore del creditore soddisfatto sugli altri beni del debitore (surrogazione per pagamento, art. 1203).

8. *Segue. L'estinzione.*

Le **cause di estinzione** dell'ipoteca sono indicate nell'art. 2878:

■ **cancellazione** dell'iscrizione quale autonoma causa di estinzione (art. 2882);

■ **mancata rinnovazione** (art. 2847);

■ **estinzione dell'obbligazione** garantita;

■ **perimento del bene** ipotecato, salvo quanto disposto dall'art. 2742;

■ **rinunzia** del creditore, la quale deve essere espressa e risultare da atto scritto a pena di nullità (art. 2879);

■ **spirare del termine** o avverarsi della **condizione** risolutiva, ai quali l'ipoteca risulta sottoposta;

■ **decreto di trasferimento** e conseguente ordine di cancellazione giudiziale (art. 586 c.p.c.).

9. *La cambiale ipotecaria: cenni.*

A norma dell'art. 2831 **le obbligazioni risultanti dai titoli all'ordine o al portatore possono essere garantite con ipoteca**. In tale ipotesi si configura la c.d. **cambiale ipotecaria**, istituto nato dalla pratica che unisce, a garanzia del creditore, i benefici legati all'astrattezza propria dei titoli di credito a quelli derivanti dalla particolare efficacia dell'ipoteca.

Altro fondamentale pregio è legato alla circolazione dei titoli di credito, che implica una pari circolazione della garanzia ipotecaria, a prescindere dalla pubblicità nei Registri Immobiliari.

L'istituto appartiene al diritto commerciale.

CAPITOLO XXIV

LE GARANZIE PERSONALI

GUIDA 1. Le garanzie personali tipiche: la fideiussione 2. *Segue*. Il mandato di credito, l'anticresi e l'avallo 3. Le garanzie personali atipiche: la fideiussione *omnibus*, il contratto autonomo di garanzia, le lettere di patronaggio, le cessioni a scopo di garanzia

1. Le garanzie personali tipiche: la fideiussione.

Come già anticipato, le forme di garanzia sono sia reali che personali. In altre parole il creditore può vedere rafforzata la propria aspettativa di conseguimento della prestazione mediante l'ottenimento di forme di garanzia che o gli assicurino una preferenza rispetto agli altri — eventuali — creditori, nel riparto del prezzo ottenuto dalla vendita dei beni del debitore o di terzi (ed allora le **garanzie saranno reali**) ovvero gli forniscono un ulteriore patrimonio sul quale rivalersi in ipotesi di inadempimento (in tali ipotesi le **garanzie** avranno **carattere personale**).

Le **garanzie personali**, in particolare, presuppongono l'intervento di un terzo ed attribuiscono al creditore un altro patrimonio su cui rivalersi oltre a quello del debitore eventualmente inadempiente.

Abbiamo già accennato al fatto che, mentre le garanzie reali sono sempre tipiche (pegno ed ipoteca), le garanzie personali possono essere **tipiche o atipiche**: le prime sono rappresentate dalla fideiussione, dal mandato di credito, dall'anticresi e dall'avallo (quest'ultimo concerne il diritto commerciale, segnatamente quello cartolare); le seconde derivano dalla creatività delle parti, e le più diffuse sono la fideiussione *omnibus*, il contratto autonomo di garanzia, le lettere di patronaggio e le varie forme di cessione a scopo di garanzia.

La **fideiussione** è il contratto mediante il quale un soggetto, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di una obbligazione altrui (art. 1936).

Giurisprudenza

Nel contratto di fideiussione, i requisiti soggettivi per l'applicazione della disciplina consumeristica devono essere valutati con riferimento alle parti di esso, senza considerare il contratto principale, come affermato dalla giurisprudenza unionale (CGUE, 19 novembre 2015, in causa C-74/15, Tarcau, e 14 settembre 2016, in causa

...
...
...
...
...

C-534/15, Dumitras), dovendo pertanto ritenersi consumatore il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità estranee alla stessa, nel senso che la prestazione della fideiussione non deve costituire atto espressivo di tale attività, né essere strettamente funzionale al suo svolgimento (Cass. civ., sez. un., ord. 27 febbraio 2023, n. 5868).

La garanzia è **personale**, perché il creditore può soddisfarsi sopra il patrimonio di una persona diversa dal debitore, e non dà luogo ad alcun diritto reale, ma riguarda tutto il patrimonio del fideiussore ai sensi dell'art. 2740.

Le parti del rapporto fideiussorio sono, a norma di legge, soltanto il creditore ed il fideiussore; tuttavia, la fideiussione coinvolge in genere anche, e soprattutto, il debitore, ancorché la sua presenza non sia essenziale (non si tratta di contratto trilaterale), ed anzi questi potrebbe anche non esserne a conoscenza (art. 1936, 2° comma).

Carattere fondamentale della fideiussione — come anche delle altre forme di garanzia — è l'**accessorietà rispetto all'obbligazione principale garantita**. Conseguenze di questo carattere sono che:

- la garanzia sussiste **se e fino a quando sussiste l'obbligazione** cui accede;
- la fideiussione **non può eccedere** ciò che è dovuto dal debitore né può essere prestata a condizioni più onerose (art. 1941);
- la fideiussione non è valida se non è **valida l'obbligazione principale**;
- il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le **eccezioni** che spettano al debitore principale, salvo quella derivante dall'incapacità (art. 1945).

La **costituzione** dell'obbligazione fideiussoria non può avvenire *per facta concludentia*, ma al contrario la volontà di prestare fideiussione deve essere **espressa** (art. 1937).

Si presume che il fideiussore sia **obbligato in solido con il debitore principale**; ma si può convenire il **beneficio di escussione**, ossia l'obbligo della previa escussione del debitore principale (art. 1944). Può anche essere stabilito, quando sussistono più fideiussori, il **beneficio della divisione**, in virtù del quale il debito si divide in tante parti quanti sono i fideiussori e ogni fideiussore può esigere che il creditore richieda solo la sua parte (art. 1947).

Giurisprudenza

In caso di fideiussione prestata da una pluralità di garanti, ricorre l'ipotesi della co-fideiussione, con conseguente possibilità di esercitare l'azione di regresso ex art. 1304 c.c., quando possa riconoscersi un vincolo di solidarietà tra più fideiussori ed un unico debitore e, a tal fine, è necessario che la garanzia sia prestata per il medesimo debito, anche se non contestualmente, nella reciproca consapevolezza dell'esistenza dell'altrui garanzia e con l'intento di garantire congiuntamente il medesimo debito; quando invece non vi sia solidarietà tra i fideiussori — perché risultano prestate distinte fideiussioni da diversi soggetti in tempi successivi e con

atti separati, senza alcuna manifestazione di reciproca consapevolezza tra essi o, al contrario, con espressa convenzione con il creditore volta a tenere differenziata la propria obbligazione da quella degli altri e, in ogni caso, se manchi un collegamento correlato ad un interesse comune da parte dei fideiussori — la fideiussione deve qualificarsi "plurima" e non trova applicazione l'art. 1304 c.c. (Cass. civ., ord. 28 marzo 2023, n. 8697).

Una volta che sia stato costretto a pagare il debito da lui garantito, il fideiussore è **surrogato nei diritti** che il creditore aveva contro il debitore (c.d. *beneficium cedendarum actionum*, artt. 1949 e 1203, n. 3), può cioè utilizzare contro il debitore originario tutti i mezzi di garanzia (pegno, ipoteca, altra fideiussione) di cui era titolare il creditore. Altro diritto a tutela del fideiussore che ha adempiuto al posto del debitore è costituito dall'**azione di regresso** contro quest'ultimo — anche se inconsapevole della prestata fideiussione (art. 1950) — avente lo scopo di permettere la restituzione al fideiussore di tutto ciò che abbia pagato per il debitore principale.

Giurisprudenza

In funzione dell'applicazione dell'art. 1956 c.c., se nell'ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente si manifesta un significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore rispetto a quelle conosciute al momento dell'apertura del rapporto non conseguente all'erogazione di ulteriore credito, tali da mettere a repentaglio la solvibilità del debitore medesimo, la banca creditrice, nel momento in cui viene a conoscenza di tale significativo peggioramento, è tenuta, a tutela dell'interesse del fideiussore per obbligazioni future, a porre immediatamente termine al rapporto bancario impedendo ulteriori atti di utilizzazione del credito che aggraverebbero l'esposizione debitoria, ovvero ad avvisare il fideiussore di tale significativo peggioramento, pena la perdita di efficacia della garanzia (Cass. civ., ord. 17 febbraio 2023, n. 5017).

2. Segue. Il mandato di credito, l'anticresi e l'avallo.

Il **mandato di credito** è il contratto mediante il quale una persona si obbliga verso un'altra persona a far credito ad un terzo: la persona che ha incaricato l'altra di far credito risponde come fideiussore di un debito futuro (cioè quello che sarà assunto dall'incaricato) (art. 1958).

Questa figura negoziale rientra, come si legge dalla norma, nello schema della fideiussione.

L'**anticresi** è il contratto mediante cui il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché questi ne percepisca i frutti, imputandoli prima agli interessi, se dovuti, e quindi al capitale (art. 1960).

La funzione di questo contratto, dunque, è duplice: **di garanzia** (rappresentata dalla consegna dell'immobile) e **solutoria** (rappresentata dal pagamento degli interessi e del capitale mediante i frutti del fondo).

A differenza che nell'ipoteca l'immobile passa nel **possesso** del creditore anticretico. Si ricordi che anche per l'anticresi la legge vieta il **patto commissorio** (art. 1963).

Ancorché il diritto nascente dall'anticresi sia di natura personale e non reale, tale contratto richiede la **forma scritta ad substantiam** (art. 1350 n. 7) ed è soggetto a **trascrizione** (art. 2643 n. 12).

Tizio creditore di Caio usa il bene da questi ricevuto in anticresi e ne percepisce anche i frutti, oppure lo loca a Sempronio ricavandone il relativo canone.

Il creditore ha l'obbligo di conservare, amministrare e coltivare il fondo usando la diligenza del buon padre di famiglia e può, in ogni tempo, restituire l'immobile al debitore, purché non abbia rinunciato a tale facoltà.

L'anticresi dura finché il creditore sia stato interamente soddisfatto del proprio credito, anche se il credito o l'immobile dato in anticresi sia divisibile, salvo che sia stata stabilita la durata, che non può mai superare i **dieci anni**. Se è stato stipulato un termine maggiore, questo si riduce al termine di legge.

L'**avallo** è una forma di garanzia tipica dei titoli di credito (prevista dagli artt. 28 della legge sull'assegno e 35 della legge cambiaria), che consiste nella **sottoscrizione del titolo da parte di un terzo (avallante) allo scopo di garantirne il pagamento**.

3. Le garanzie personali atipiche: la fideiussione omnibus, il contratto autonomo di garanzia, le lettere di patronaggio, le cessioni a scopo di garanzia.

La **fideiussione omnibus** può essere definita come il **contratto atipico mediante il quale un soggetto si obbliga personalmente nei confronti di una banca a garantire, entro il limite di un importo predeterminato, tutte le obbligazioni che il debitore principale assumerà nei confronti della banca stessa**. Dunque, se alla scadenza pattuita o al momento in cui la banca deciderà di recedere dal rapporto il debitore principale non sia in grado di provvedere all'estinzione dei suoi debiti, la banca potrà rivolgersi al fideiussore *omnibus*, il quale dovrà pagare anche se non era a conoscenza dell'entità dei debiti del garantito. In altre parole, non occorre chiedere continue garanzie per ogni operazione bancaria, giacché tale tipo di fideiussione riguarda anche i debiti futuri.

La dottrina e la giurisprudenza hanno dubitato, specie in passato, della validità di questa garanzia, in quanto non sufficientemente determinata (ma la Cassazione ne aveva comunque riconosciuta la legittimità). Tuttavia, tali dubbi non hanno più ragione di essere dopo la modifica apportata dalla l. 17 febbraio 1994, n. 154 all'art. 1938, nel senso di subordinare la validità della fideiussione futura alla condizione che sia specificato l'importo massimo garantito. Nella pratica degli affari, però, l'ostacolo rappresentato da tale limite viene aggirato facendo convenire al fideiussore un importo massimo garantito di entità notevolissima, in modo tale che non possa comunque essere raggiunto nel caso specifico.

Con il contratto autonomo di garanzia a prima richiesta un soggetto si impegna al versamento, in favore del beneficiario, della somma garantita, senza possibilità alcuna di avanzare eccezioni attinenti al rapporto principale tra beneficiario e terzo garantito.

Il vantaggio che questa figura, nata dalla pratica del commercio internazionale (*bid bond* o *performance bond*), attribuisce al creditore-beneficiario è evidente, avendo questi la certezza di ricevere il denaro non appena ne faccia richiesta, senza che il garante (di regola una banca o una compagnia di assicurazioni) possa opporgli alcuna eccezione (finanche quella dell'avvenuto pagamento): egli dovrà pagare, appunto, a "prima richiesta"; solo successivamente il debitore-garantito potrà far valere le proprie ragioni, chiedendo la restituzione di quanto versato. Proprio per ciò si è dubitato della legittimità di questa figura, facendo leva sulla sua mancanza di causa e di accessorietà: dubbi che tuttavia la giurisprudenza, in maggioranza, ha respinto (cfr., *Cass. civ., sent. 3 marzo 2009, n. 5044*; *Cass. civ., sez. un., sent. 27 febbraio 2008, n. 5090*).

Le lettere di patronaggio (o *lettres de patronage*) consistono in **dichiarazioni in uso nei rapporti commerciali con cui il dichiarante, con diversa intensità ed efficacia, presenta al potenziale creditore un soggetto terzo, al fine di rafforzare il convincimento che costui farà fronte ai propri impegni futuri**.

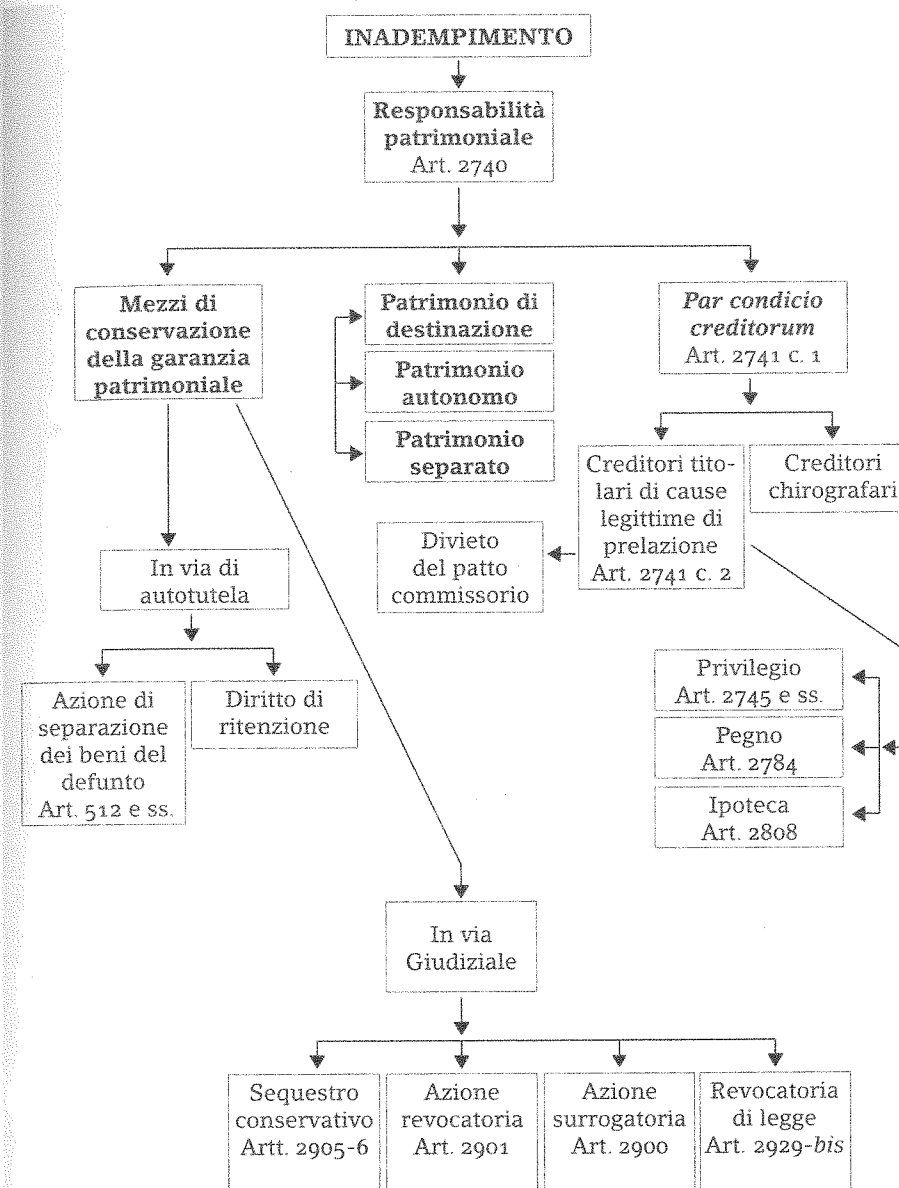
La "forza" di garanzia della lettera di patronaggio può variare: da quella minimale di una mera raccomandazione, senza alcun particolare valore giuridico, a quella di vera e propria fideiussione.

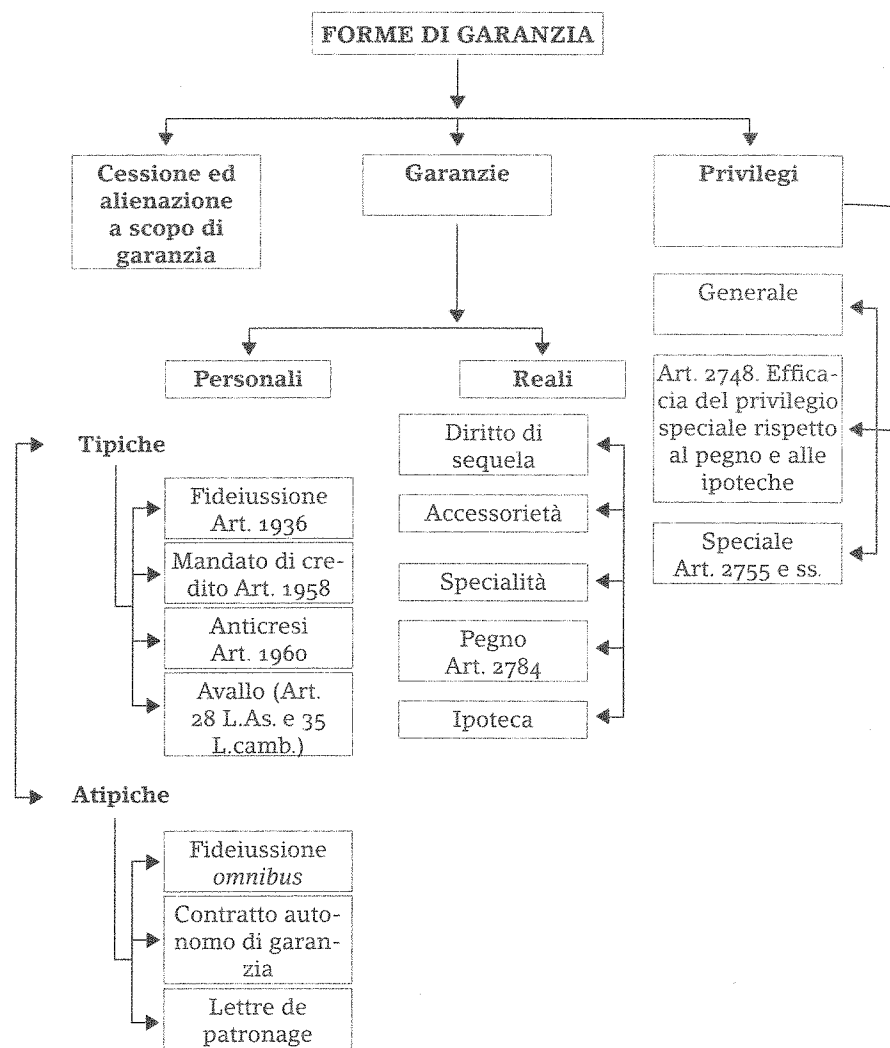
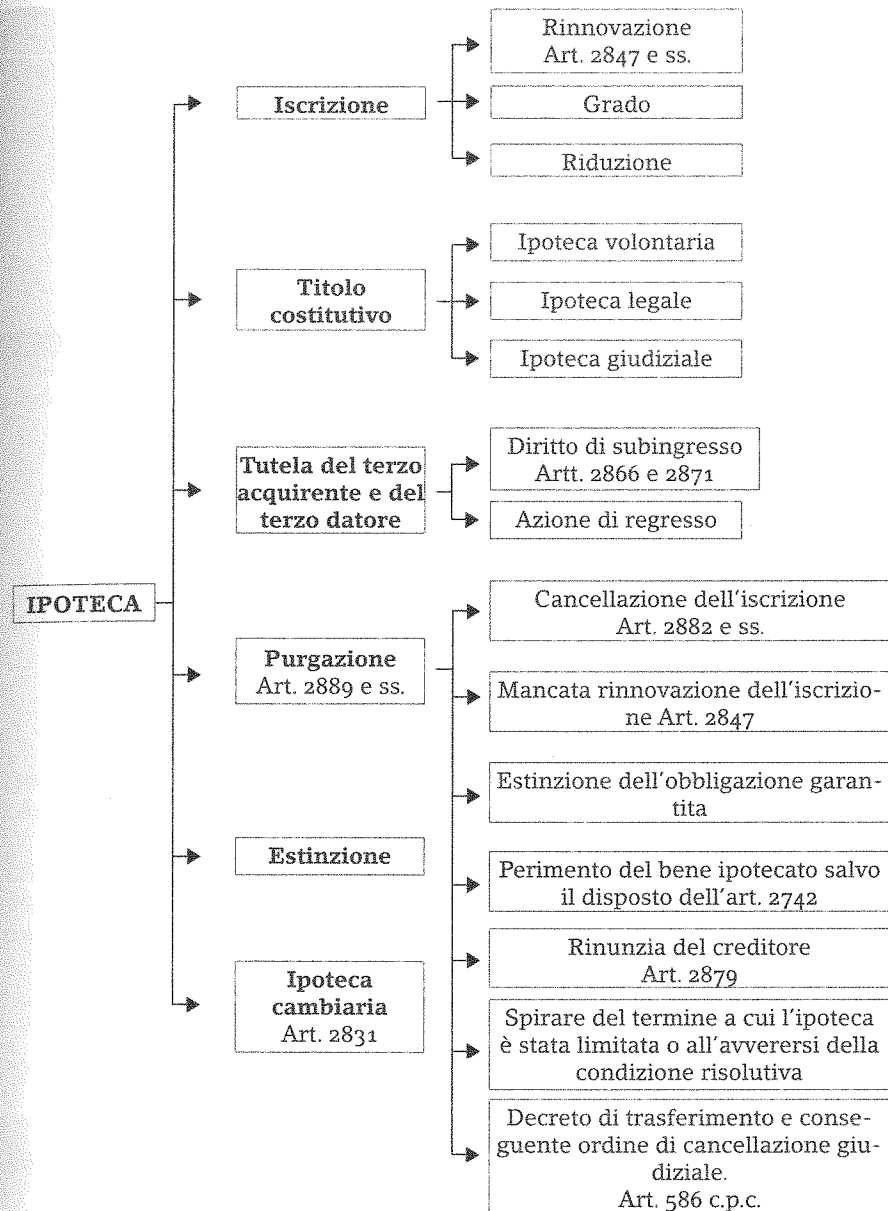
Esistono, da ultimo, delle forme di garanzia che, in realtà, costituiscono dei veri e propri **contratti traslativi** (anche tipici), i quali tuttavia vengono **utilizzati dalle parti come garanzia dell'adempimento di un'obbligazione**. Si pensi, a titolo di esempio, all'alienazione di una cosa o alla cessione di un credito a scopo di garanzia, alla vendita con patto di riscatto o di retrovendita, al riporto, al *sale and lease back*.

In tutte queste ipotesi il bene ceduto (immobile, credito, ecc.) garantisce, in caso di inadempimento, il soddisfacimento del credito; in modo, tra l'altro, anche più vantaggioso rispetto alle normali garanzie reali, poiché qui non occorre dar luogo alla complessa procedura esecutiva, visto che il creditore — al momento

dell'inadempimento del debitore — già si trova nella titolarità del bene alienato in garanzia. Dall'altra parte, però, esse corrono — come già detto — il pericolo di rientrare nell'ambito del **divieto del patto commissorio** (art. 2744), che la giurisprudenza tende a dilatare il più possibile.

SCHEMA 18 La responsabilità patrimoniale



SCHEMA 19 Le garanzie reali e personali**SCHEMA 20** L'ipoteca

un affare, incarichi altri di svolgere un'attività di ricerca di una persona interessata alla conclusione del medesimo affare. La distinzione tra le due fattispecie va ravvivata nella imparzialità del mediatore tipico, laddove il secondo presta invece la propria attività nell'interesse di una sola delle parti. Ciò tuttavia non esclude, in astratto, che si instauri un rapporto di mediazione anche con l'altra parte e che, per l'attività prestata in suo favore, il mediatore maturi il diritto alla provvigione anche verso il contraente che non ha conferito un formale incarico (Trib. Pavia, sent. 19 luglio 2023, n. 948).

SEZIONE V

I CONTRATTI BANCARI

1. Le operazioni bancarie in generale.

L'attività di impresa bancaria rappresenta una intermediazione nella circolazione di un particolare tipo di bene: il denaro. Detta attività contempla operazioni bancarie riconducibili sostanzialmente nell'ambito di **tre categorie**:

operazioni **passive**, volte al reperimento dei fondi (c.d. raccolta del risparmio);

operazioni **attive**, finalizzata alla concessione ed all'esercizio del credito (c.d. impiego del risparmio);

operazioni **accessorie**, consistenti in attività complementari alle prime due.

Da un punto di vista tecnico-giuridico, lo svolgimento dell'attività bancaria avviene attraverso l'utilizzo di forme contrattuali caratterizzate dalla circostanza che una delle parti contraenti è un istituto di credito, il quale esercita professionalmente tale impresa.

Le **fonti** della disciplina dei contratti bancari sono il codice civile, il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. n. 385/1993 c.d. TUB), cui si aggiungono altre leggi e regolamenti. In forza dell'art. 117, comma 1 TUB i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti e nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo (art. 117, comma 3), fatta eccezione per i contratti di credito disciplinati dai capi I-bis e II (art. 115, comma 3 TUB). Trattasi di nullità che operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice (art. 127 TUB).

2. Il deposito bancario (artt. 1834-1838).

È il **contratto** in virtù del quale un soggetto deposita una somma di danaro presso una banca, la quale ne diventa proprietaria, restando però obbligata a

restituirli alla scadenza pattuita (deposito c.d. vincolato) oppure a richiesta del depositante (deposito c.d. libero), nel rispetto del periodo di preavviso fissato dalle parti o dagli usi (art. 1834).

Circa la **natura** di tale tipo di contratto esistono tesi discordanti. C'è chi sostiene una identità strutturale con il mutuo (MAJELLO), chi, invece, rileva una affinità con il deposito irregolare (CAMPOBASSO), chi, infine, ritiene che si tratti di una figura autonoma (MOLLE).

Quanto alla **classificazione** si possono distinguere i seguenti tipi di deposito:

semplice. In esso non è prevista per il cliente la possibilità di modificare l'entità del deposito mediante versamenti o prelievi successivi;

a risparmio. Esiste per il cliente la facoltà di modificare l'entità del deposito mediante versamenti e prelievi successivi, ed il rapporto tra le parti è provato da un documento di legittimazione chiamato libretto di deposito a risparmio;

Con il varo del d.lgs. n. 90/2017, che ha recepito la IV direttiva comunitaria in materia di antiriciclaggio, i libretti di deposito a risparmio non possono più essere al portatore ed è consentita esclusivamente l'emissione di libretti di deposito, bancari o postali, nominativi.

in conto corrente. Alla facoltà del cliente di variare l'entità della somma depositata in costanza di rapporto, si affianca la cosiddetta convenzione di assegno. Questa figura di deposito rientra nel più ampio novero delle operazioni bancarie regolate in conto corrente.

Giurisprudenza

Nel deposito bancario l'obbligo restitutorio della banca sorge, salvo il caso di previsione di un termine convenzionale di scadenza del contratto, solo a seguito della richiesta del cliente, quale condizione di esigibilità del credito del medesimo, con la conseguenza che la prescrizione del diritto del depositante ad ottenere la restituzione delle somme depositate non inizia a decorrere prima che il cliente abbia richiesto la somma in restituzione, facendo in tal modo sorgere il corrispondente obbligo della banca (Cass. civ., sent. 31 marzo 2021, n. 8998).

3. L'apertura di credito bancario (artt. 1842-1845).

L'art. 1842 definisce l'**apertura di credito bancario** come quel "contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato".

Oggetto del contratto è la disponibilità di una somma di danaro. Secondo una autorevole dottrina, su detta somma il cliente non vanta un vero e proprio diritto di credito, bensì solo un potere di utilizzazione (GIORGIANI, *contra* FIORENTINO),

con la conseguenza che tale diritto non è assoggettabile ad esecuzione forzata dei crediti presso terzi.

L'apertura di credito può essere **semplice** o **in conto corrente**. Nel primo caso il cliente ha la facoltà di utilizzare il credito una volta sola, anche se con più prelievi, mentre nel secondo caso può utilizzarlo varie volte, ricostituendo la disponibilità durante il rapporto attraverso versamenti.

Può, infine, essere assistita o meno dalla prestazione di una garanzia ed avremo rispettivamente una apertura di credito **garantita** o allo **scoperto** (art. 1844).

In tema di apertura di credito, l'art. 1845 esclude la facoltà di recesso a favore della banca nei contratti a tempo determinato prima della scadenza del termine, in assenza di una giusta causa. Detta norma ha però natura dispositiva, per cui sono valide le deroghe pattizie.

L'**apertura di credito** regolata in conto corrente si distingue dal **fido**, che consiste in un credito concesso dalla banca al cliente, del quale rappresenta uno dei modi di utilizzo. Il contratto di apertura di credito presenta elementi distintivi anche rispetto allo **sconto con cessione di credito**, concretizzandosi il primo in un affidamento della banca al cliente ed il secondo in un'anticipazione previa cessione *pro solvendo* del credito.

Giurisprudenza

È sufficiente, da parte della banca, eccepire il decorso del tempo e far valere la prescrizione dall'annotazione delle singole rimesse; senza, dunque, alcun onere di indicare il dies a quo del decorso della prescrizione, di specificare le singole rimesse, né di provare l'inesistenza di un contratto di apertura di credito (Cass. civ., sent. 28 febbraio 2020, n. 5610).

4. L'anticipazione bancaria (artt. 1846-1851).

Questa operazione bancaria consiste in una **apertura di credito garantita** da pegno su titoli o su merci.

Nella prassi bancaria si distingue tra:

anticipazione semplice o a scadenza fissa. Implica per la banca la concreta dazione di una somma di denaro con conseguente obbligo, a carico del cliente, di restituzione ad una data prefissata, salva la possibilità di anticipare in tutto o in parte il rimborso;

anticipazione in conto corrente. Si tratta di una messa a disposizione di una somma di denaro da parte della banca e comporta la facoltà per il cliente di un utilizzo nel tempo, attraverso prelievi discrezionali e ricostituzioni di tale disponibilità mediante versamenti.

L'anticipazione bancaria può essere **propria** se le cose date in pegno riman-

gono di proprietà del cliente, o **impropria** se, trattandosi di cose fungibili, è dato alla banca il potere di disporne.

L'**anticipazione impropria** va distinta dal **pegno irregolare**, poiché nella prima la prestazione della garanzia assolve ad una funzione identica a quella della anticipazione propria, mentre nel pegno le merci, i titoli ed il denaro svolgono una funzione accessoria di garanzia.

Elemento essenziale del contratto è la prestazione di garanzia, per cui se viene meno questa il rapporto si estingue.

Oggetto del pegno possono essere solo cose mobili suscettibili di agevole e pronta valutazione ed aventi un vasto mercato o comunque di grande commerciabilità.

Grava sulla banca un obbligo di custodia delle cose ricevute in pegno, che devono essere restituite.

5. Il conto corrente bancario (artt. 1852-1857).

Il **conto corrente bancario** è un **contratto** con il quale la banca riceve l'incarico ed assume l'impegno di compiere una serie di pagamenti e di riscossioni di somme di denaro per conto del cliente e dietro suo ordine, sia diretto che indiretto.

Si tratta di un contratto **innominato misto** in cui confluiscono le prestazioni tipiche di altre figure contrattuali.

Presupposto per l'espletamento del servizio da parte dell'istituto di credito è la costituzione di una **provvista** della quale il cliente possa disporre. La disponibilità del correntista può essere rappresentata da un deposito di denaro o da una concessione di credito.

Il servizio svolto dalla banca è detto **servizio di cassa**.

Giurisprudenza

In tema di contratto di conto corrente bancario, considerato che il Testo Unico Bancario non prescrive che la procura per operare su conto corrente ad altri intestato debba rivestire forma scritta ad substantiam, l'esistenza di una delega in favore di terzi ad operare sul conto corrente — e quindi il consenso del titolare del rapporto al conferimento ad altri di tale potere — può essere desunta anche dal comportamento del soggetto presunto delegante (Cass. civ., sent. 21 novembre 2019, n. 30313).

Secondo la disciplina del testo unico bancario e creditizio, la banca deve inviare annualmente al cliente un estratto conto, ma è consentito a quest'ultimo di scegliere una diversa periodicità (ad esempio, trimestrale). L'estratto conto si

intende accettato se il correntista non avanza una contestazione scritta entro sessanta giorni dalla ricezione (art. 119 TUB).

6. Lo sconto bancario (artt. 1858-1860).

È il **contratto** con il quale la banca anticipa al cliente l'importo di un suo credito vantato verso terzi e non ancora scaduto, salvo buon fine e detraendo in via anticipata gli interessi (art. 1858).

Circa la **natura** di questo contratto diverse sono le posizioni esistenti. C'è chi ritiene lo sconto una compravendita di un credito con la garanzia del cedente in ordine all'adempimento del debitore (MINERVINI); chi, al contrario, sostiene che sia un prestito (FERRI); chi, ancora, propende per la tesi del contratto a prestazioni corrispettive, in quanto la banca adempirebbe volontariamente il debito del terzo nei confronti del cliente, il quale ne garantirebbe il buon esito (MESSINEO).

Caratteristica essenziale dello sconto è la **deduzione anticipata dell'interesse**, che lo distingue da altre figure, quali il mandato all'incasso o la vendita di crediti. L'interesse viene calcolato sul tempo intercorrente tra l'anticipazione del credito e la sua scadenza. Deve trattarsi, dunque, di credito **non ancora scaduto**. La cessione avviene sempre *pro solvendo*.

Il credito anticipato deve, inoltre, esistere, pena la nullità del contratto per mancanza della causa.

In passato si riteneva che lo sconto fosse un contratto a forma libera, eccetto che con riguardo alle cambiali, per le quali andava applicata la legge sulla circolazione del titolo. Tale tesi, sostenuta per tempo dalla giurisprudenza, sembra oggi discutibile alla luce delle predette disposizioni del TUB.

È controverso in dottrina se sia da inquadrare tra i contratti consensuali o reali.

Effettuata l'anticipazione della somma di denaro al cliente, sulla banca non gravano altri obblighi, ma solo l'onere di richiedere il pagamento prima al debitore ceduto.

È **obbligo** dello scontatario di **corrispondere** alla banca l'**interesse** sulla somma anticipata e di **restituire** tale somma in caso di mancato pagamento da parte del debitore ceduto.

Lo sconto rappresenta una delle principali operazioni di banca dato che soddisfa un'esigenza del cliente molto spesso ricorrente, quella di liquidità, specie quando si tratta di cliente-imprenditore.

Si differenzia dal **factoring** perché quest'ultimo prevede la cessione globale dei crediti di una impresa, cessione che può essere anche *pro soluto* e perché in esso l'anticipazione del credito non è essenziale, come nello sconto, ma solo eventuale.

Giurisprudenza

Nel contratto di conto corrente bancario, che è caratterizzato dall'esplicazione di un servizio di cassa, in relazione alle operazioni di pagamento o di riscossione di somme da effettuarsi, a qualsiasi titolo, per conto del cliente e che, come tale, ha ad oggetto una prestazione — cui possono aggiungersene altre — che si inquadra in quella tipica del contratto di mandato, la banca ha l'obbligo di rendiconto ex art. 1832 c.c., che si attua attraverso l'invio periodico degli estratti conto, sicché la stessa è ad esso inadempiente ove non provi di avervi provveduto (Cass. civ., sent. 20 gennaio 2017, n. 1584).

Non può più darsi seguito all'orientamento della Suprema Corte secondo il quale "il contratto di sconto non richiede la forma scritta né ad substantiam né ad probationem". Esso costituisce operazione bancaria a tutti gli effetti e come tale non sfugge alla regola formale imposta dagli artt. 117 e 127 TUB (Trib. Avezzano, sent. 16 gennaio 2017).

SEZIONE VI

I CONTRATTI ALEATORI

1. L'assicurazione (artt. 1882-1927).

L'**assicurazione** è il **contratto** con il quale una parte (assicuratore), dietro corrispettivo (premio), si obbliga a indennizzare un'altra parte (assicurato) del danno che questa può subire a causa di un sinistro, nei limiti pattuiti, o a corrispondere un capitale o una rendita al verificarsi di un evento riguardante la vita umana (art. 1882).

Si tratta di un contratto **consensuale, oneroso, a prestazioni corrispettive, di durata e ad esecuzione continuata, non formale**, ma soprattutto **aleatorio**.

La **causa** del contratto di assicurazione è, infatti, il **trasferimento** di un **rischio** dall'assicurato all'assicuratore.

Elementi caratterizzanti del rapporto assicurativo sono le **parti**, il **rischio**, il **premio** e la **polizza**.

Sono **parti** del contratto l'assicuratore e l'assicurato:

L'**assicuratore** copre il rischio dedotto nell'accordo o paga un capitale o una rendita al verificarsi di un determinato evento. In forza di quanto stabilito dalla legge, deve essere una impresa esercitata da un istituto di diritto pubblico o una società per azioni (art. 1883), o da una società cooperativa a responsabilità limitata o da una società mutua di assicurazione (l. n. 295/1978).

L'**assicurato** è il titolare dell'interesse protetto. Nell'assicurazione sulla vita è detto beneficiario. Può essere un soggetto diverso da quello che ha stipulato il contratto (contraente) e che paga il premio.

to, quali saranno i reciproci sacrifici, posto che questi verranno **determinati sulla base della durata della vita del beneficiario**, ovviamente incerta. Se manca l'alea (ove, ad esempio, il vitaliziato abbia un'età troppo avanzata e/o sia affetto da una grave malattia) il contratto è nullo.

La **forma** del contratto è sempre **scritta a pena di nullità**, anche nell'ipotesi in cui il bene alienato sia mobile (art. 1350 n. 10).

Il debitore della rendita **non è titolare**, per legge, del **diritto di riscatto** (art. 1879, 2° comma), ma questo può essere introdotto convenzionalmente dalle parti.

Il contratto di rendita vitalizia è soggetto a **risoluzione per inadempimento** soltanto nel caso in cui il vitaliziante **non dà o diminuisce le garanzie** promesse al vitaliziato (art. 1877); la risoluzione non è invece invocabile per **inadempimento del pagamento delle rate scadute**, giacché in tale ipotesi il vitaliziato può solo far **sequestrare e vendere** i beni del vitaliziante affinché con il ricavato sia costituito un capitale sufficiente ad assicurare il pagamento della rendita (art. 1878).

Si distingue dalla rendita vitalizia il **contratto di mantenimento** (noto anche come **vitalizio alimentare** o improprio), nel quale, a differenza che nella rendita, l'obbligazione a carico del soggetto passivo consiste nel fornire al beneficiario, sua vita natural durante, **assistenza materiale (vitto, alloggio, cure mediche e quant'altro necessario per il suo sostentamento) e spirituale (compagnia, conforto morale, ecc.)**.

Come si vede questo contratto ha ad oggetto, oltre ad un dare (cibi, medicine, ecc.), anche un fare (compagnia, assistenza, ecc.). Inoltre l'alea, pure in esso presente, è più accentuata rispetto alla rendita vitalizia, visto che l'entità ed il tipo di prestazione a carico dell'obbligato dipendono, oltre che dalla durata della vita del beneficiario, anche dal suo stato di salute e dalle sue condizioni patrimoniali (tanto che si è parlato, in proposito, di "doppia alea").

Tutto ciò ha spinto la dottrina e la giurisprudenza prevalenti a considerarlo un **contratto atipico**, al quale l'estensione analogica della disciplina della rendita vitalizia non può avvenire *tout court* ma va valutata caso per caso.

Giurisprudenza

Il c.d. vitalizio alimentare è un contratto atipico nato dalla prassi, in virtù del quale un soggetto (vitaliziante) si obbliga ad effettuare in favore di un altro (vitaliziato) prestazioni alimentari o assistenziali per tutta la durata della vita, come corrispettivo del trasferimento di un bene immobile o dell'attribuzione di altri beni od utilità. Esso è un contratto aleatorio in cui l'aleatorietà costituisce elemento essenziale, tant'è che per tale elemento si differenzia dalla donazione, eventualmente gravata da modus. Per l'accentuata spiritualità delle prestazioni assistenziali che ne costituiscono il contenuto, si tratta di un contratto che può essere eseguito solo da un vitaliziante specificamente individuato alla luce delle proprie qualità personali, per cui non può avere rilievo il fatto che altri soggetti siano in grado di assicurare

quanto previsto nel contratto di vitalizio (Trib. Frosinone, sent. 19 maggio 2023, n. 570).

SEZIONE VII

I CONTRATTI DI PRESTITO

1. Il mutuo (artt. 1813-1822).

Il **mutuo** è il contratto col quale una parte (detta **mutuante**) consegna all'altra (detta **mutuatario**) una determinata quantità di denaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità (art. 1813).

Le cose date a mutuo passano in proprietà del mutuatario (art. 1814): questa caratteristica lo distingue dal **comodato**, nel quale invece le cose concesse in uso rimangono di proprietà del comodante, e il comodatario deve restituirle al termine del rapporto (perciò il mutuo è definito prestito di consumo, mentre il comodato prestito d'uso). Più complicato è individuare la differenza con altre figure, nelle quali la proprietà delle cose oggetto del contratto pure si trasferiscono da una parte all'altra: il **deposito irregolare** (art. 1782) e il **quasi-usufrutto** (art. 995). In queste ipotesi il vero motivo di distinzione cade sulla causa del contratto, posto che quella del mutuo va identificata sempre nella concessione di un prestito, mentre quella degli altri istituti attiene alla custodia del denaro depositato o al godimento diretto del bene dato in usufrutto.

Il mutuo costituisce un contratto **reale**, in quanto **si perfeziona soltanto con la consegna del denaro** (arg. ex art. 1813). La **promessa di mutuo** prevista dall'art. 1822, allora, deve essere interpretata come un contratto preliminare di mutuo e non come un mutuo consensuale ad effetti obbligatori.

Esso, inoltre, si presume **oneroso**, giacché, salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere al mutuante gli **interessi** (art. 1815, 1° comma; c.d. mutuo feneratizio). Se la misura degli interessi non è pattuita, si applica il tasso legale; se, invece, sono convenuti **interessi usurari**, la clausola relativa è nulla e gli interessi non sono dovuti affatto (art. 1815, 2° comma). Ma come si fa a determinare quando gli interessi sono da considerarsi usurari? L'art. 2 della l. 7 marzo 1996, n. 108 ha stabilito che lo sono se superano il tasso medio che, per ciascuna categoria di operazioni, viene pubblicato ogni tre mesi sulla Gazzetta Ufficiale, sulla base di rilevazioni fatte dal Ministero del Tesoro, di concerto con la Banca d'Italia.

Obblighi del mutuante sono quelli di **consegnare** una cosa non viziata, di farne acquistare la **proprietà** al mutuatario e di prestare la **garanzia** per evizione. L'obbligo **del mutuatario** consiste nel pagamento del **corrispettivo** (se sono

dovuti interessi) e nella **restituzione** del *tantundem eiusdem generis* al termine del rapporto.

Il **mutuo** si dice **di scopo** quando viene concesso con l'obbligo per il **mutuatario di impiegare la somma mutuata per un determinato fine** (ad esempio il mutuo edilizio). Se non viene perseguito il fine convenuto il mutuante può chiedere la risoluzione del contratto. In tale ipotesi il contratto è consensuale e non reale. Inoltre, si discute se lo scopo entri nella causa del contratto (realizzando un contratto atipico, diverso dal mutuo vero e proprio) oppure se costituisca una semplice condizione apposta ad un tipico contratto di mutuo.

Giurisprudenza

Nel contratto di mutuo, l'unicità dell'obbligazione di pagamento dei ratei (il cui debito non può considerarsi scaduto prima della scadenza dell'ultima rata) fa sì, da un lato, che la prescrizione del diritto al rimborso della somma mutuata inizi a decorrere dalla scadenza dell'ultima rata, e dall'altro che, con riguardo agli interessi previsti nel piano di ammortamento, non operi la prescrizione quinquennale ex art. 2948 c.c. (Cass. civ., ord. 10 febbraio 2023, n. 4232).

Il contratto di mutuo si può configurare anche in assenza della fissazione convenzionale del termine per la restituzione. In tale ipotesi, il mutuante ha diritto di pretendere la restituzione del mutuatario dalla data della stipula, previa la fissazione del termine di adempimento con la speciale azione di cui all'art. 1817 c.c. Dalla data di cui sopra, di conseguenza, decorre anche la prescrizione del diritto alla restituzione del denaro mutuato (Cass. civ., ord. 13 febbraio 2023, n. 4339).

In tema di validità del contratto di mutuo, la consegna materiale del denaro non è più l'unico elemento costitutivo del contratto. La disponibilità giuridica della somma mutuata è altrettanto importante e sufficiente per la sussistenza di un valido contratto di mutuo. Pertanto, il mutuante deve creare un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario o le parti devono inserire specifiche pattuizioni nel contratto per garantire l'acquisizione della disponibilità giuridica della somma mutuata. La giuridica disponibilità della somma mutuata da parte del mutuatario può essere equipollente alla traditio, a patto che il mutuante crei un titolo di disponibilità autonomo in favore del mutuatario (Cass. civ., ord. 27 febbraio 2023, n. 5921).

La pattuizione di un tasso di interesse moratorio usurario non comporta la gratuità del contratto, poiché la sanzione della non debenza di alcun interesse, prevista dall'art. 1815, comma 2, c.c., non coinvolge anche gli interessi corrispettivi lecitamente pattuiti, che continuano ad essere applicati ai sensi dell'art. 1224, comma 1, c.c. (Cass. civ., ord. 21 marzo 2023, n. 8103).

2. Il comodato (artt. 1803-1812).

Il **comodato** è il contratto col quale una parte (**comodante**) consegna all'altra (**comodatario**) una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per

un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta (art. 1803, 1° comma).

È un contratto, oltre che **reale**, essenzialmente **gratuito** (art. 1803, 2° comma): se fosse oneroso si configurerebbe una locazione. La gratuità, come è noto, non esclude che possa essere convenuto un determinato obbligo a carico del comodatario, sotto forma di **onere o modo**, che non configura però corrispettivo.

La differenza con il **mutuo** è già stata esaminata al § precedente, e concerne il passaggio della proprietà delle cose concesse a mutuo: nel comodato, il comodatario deve restituire le stesse cose oggetto del contratto. Mentre la differenza con il **deposito** riguarda la funzione dei contratti: il comodato è un prestito d'uso, il deposito serve per far custodire la cosa (quindi, un'automobile oggetto di deposito non potrebbe essere utilizzata dal depositario, al contrario del comodato, nel quale il comodatario ha tutto il diritto di farlo, salvo restituire la medesima automobile al termine convenuto). Proprio per tali caratteristiche, oggetto del comodato possono essere solo cose non consumabili; tuttavia, è ipotizzabile anche un **comodato su cose consumabili**: si pensi al caso di colui che, per fare bella figura (*ad pompam*) in una determinata occasione (es. un ricevimento), si fa concedere in uso una gran quantità di cibo (bene consumabile) con l'intesa che, al termine del rapporto, esso verrà restituito al comodante.

Il carattere della gratuità comporta che il comodatario è tenuto a restituire la cosa concessa in comodato non appena il comodante la richiede (c.d. **precario**, art. 1810), a meno che non sia stato convenuto un **termine** o questo risulti dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata. Non solo ma, anche se il termine venga convenuto, ove sopravvenga un **urgente e impreveduto bisogno** del comodante, questi può in ogni caso esigere l'immediata restituzione del bene (art. 1809, 2° comma).

Giurisprudenza

Quello di non recedere pretestuosamente è un obbligo contrattuale e non un generale dovere ed anch'esso andrà adempiuto — come tutte le obbligazioni contrattuali — con correttezza e buona fede. In tema di comodato, quest'obbligo di uberrima bona fides ha per corollario che il giudizio sulla esistenza del bisogno impreveduto ed urgente del comodante, quando il comodato sia soggetto a termine, debba essere compiuto comparando il bisogno che il comodante intende soddisfare attraverso la richiesta di restituzione, con il pregiudizio che il comodatario dovrà sopportare per effetto di questa e, dunque, comparando il rischio cui sarebbe esposto il comodante se non gli fosse restituita la cosa, col rischio cui sarebbe esposto il comodatario se di quella fosse privato ante tempus ed, infine, comparando le alternative possibili per ciascuna delle parti (Cass. civ., ord. 27 giugno 2023, n. 18334).

In tema di comodato, ove il comodante richieda il rilascio del bene assumendo di doverlo utilizzare per ospitare una badante, non è applicabile il disposto di cui all'art. 1809 secondo comma c.c. nel caso in cui la parte comodante abbia disponi-

bilità di altro alloggio da destinare all'uso, anche perché la necessità di una futura particolare assistenza non rappresenta affatto una condizione imprevedibile ed imprevista (Cass. civ., ord. 29 settembre 2023, n. 27634).

SEZIONE VII

CONTRATTI DIRETTI A DIRIMERE UNA CONTROVERSIA

1. La transazione (artt. 1965-1976).

La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro (art. 1965, 1° comma).

Naturalmente, perché i diritti siano transigibili devono essere diritti non sottratti alla disponibilità delle parti (art. 1966, 2° comma), quali, ad esempio, il diritto agli alimenti o quelli in materia di lavoro subordinato (art. 2113).

La forma del contratto è di per sé libera, essendo richiesta solo ai fini della prova (art. 1967) (Cass. civ., sent. 30 maggio 2008, n. 14469). Tuttavia, se la lite oggetto della transazione concerne uno dei rapporti per i quali occorre la forma scritta a pena di nullità (elencati dall'art. 1350), anche la transazione dovrà rivestire la medesima forma (art. 1350 n. 12); ed inoltre sarà soggetto a trascrizione (art. 2643 n. 13).

La transazione si differenzia dal negozio di mero accertamento in quanto, diversamente da questo (che è diretto a rendere certa una situazione incerta), ha carattere **dispositivo**, nel senso che incide necessariamente sulla situazione giuridica pregressa, modificandola.

Elementi essenziali di tale contratto sono quelli della *res litigiosa* e della *res dubia*. Il primo implica che ricorra sempre una **controversia**, pur se solo potenziale, nel senso che non sia ancora sfociata in un processo. La seconda significa che deve necessariamente esservi un dubbio, in punto di diritto, in ordine alla sussistenza e fondatezza dei propri vicendevoli diritti.

Altro elemento strutturale è quello delle **reciproche concessioni** (*aliquid datum, aliquid retentum*), cioè occorre che, al termine della transazione, ogni parte deve aver, anche parzialmente, **modificato le proprie iniziali pretese**.

Se, mediante queste reciproche concessioni, i contraenti **creano, modificano o estinguono (anche) rapporti diversi** da quello che ha formato oggetto della contestazione, la transazione — ugualmente valida (art. 1965, 2° comma) — viene definita **mista**; mentre viene indicata come **novativa** la transazione con cui le parti **sostituiscono integralmente l'oggetto degli originari rapporti** (art. 1976).

La transazione, a norma degli artt. 1969 e 1970, **non può mai essere annullata**

per **errore di diritto** (relativo al *caput controversum*, cioè alle questioni oggetto di controversia) e per **causa di lesione**.

Inoltre l'art. 1971 detta, in tema di transazione, una norma analoga a quella contenuta nell'art. 96 c.p.c. in relazione al risarcimento del danno per lite temeraria: se una delle parti era consapevole della **temerarietà della sua pretesa**, l'altra può chiedere l'**annullamento del contratto**. La temerarietà si riscontra, secondo la giurisprudenza (Cass. civ., sent. 30 aprile 2003, n. 5129; Cass. civ., sent. 22 aprile 1999, n. 3984; Cass. civ., sent. 9 marzo 1995, n. 2730), quando la pretesa di una delle parti era assolutamente ed oggettivamente infondata, determinando la carenza della *res dubia*.

Uno speciale caso di **nullità** della transazione, che si aggiunge alle cause di nullità generali, si configura quando essa concerna un **contratto illecito**, anche se le parti abbiano trattato della nullità di questo (art. 1972, 1° comma). Altro caso peculiare di nullità riguarda la transazione su diritti indisponibili (es. alimenti, ecc.). Viceversa, nelle ipotesi di transazione **relativa a titolo nullo** ma non per illiceità (art. 1972, 2° comma) e di transazione fatta sulla base di **documenti falsi** (art. 1973) oppure fatta su **lite già decisa** con sentenza passata in giudicato (art. 1974), la sanzione comminata è quella dell'**annullabilità**.

Giurisprudenza

L'effetto novativo della transazione può essere ritenuto sussistente solo allorché esso discenda direttamente dal negozio transattivo che tale effetto contempla, mentre non può ritenersi immediatamente novativa la transazione che colleghi l'effetto novativo eventualmente contemplato, non alla conclusione in sé della transazione medesima, ma alla sua regolare esecuzione, ponendo quest'ultima come condizione dello stesso effetto novativo che, quindi, deve ritenersi precluso in caso di mancato avverarsi della suindicata condizione (Cass. civ., ord. 7 marzo 2023, n. 6821).

2. La cessione dei beni ai creditori (artt. 1977-1986).

La cessione dei beni ai creditori consiste in un **contratto con il quale il debitore conferisce l'incarico ad alcuni o a tutti i suoi creditori di procedere alla liquidazione, in parte o per la totalità, delle sue attività per poi distribuirne il ricavato a soddisfazione dei rispettivi crediti** (art. 1977).

Siffatto accordo presenta vantaggi sia per i creditori, che vedranno così rapidamente appagate le proprie ragioni, sia per lo stesso debitore, il quale si sottrae ad una onerosa e sempre poco piacevole esecuzione forzata.

Quanto alla sua **disciplina** va detto anzitutto che il contratto deve essere perfezionato con **atto scritto** a pena di nullità, mentre se tra i beni ceduti vi sono crediti è necessaria anche la notifica dell'atto di cessione al debitore ceduto (art. 1978).