

DIRITTO CIVILE
MANUALE PER CONCORSI PUBBLICI
GRATUITO

Introduzione

Se stai partecipando ad un Concorso Pubblico in cui il diritto civile/diritto privato è tra le materie concorsuali, allora questo manuale fa a caso tuo.

Esso è stato redatto in funzione di quelli che sono gli argomenti della materia maggiormente richiesti nell'ambito dei concorsi pubblici.

Se devi sostenere una prova a quiz allora ti consigliamo di utilizzare il **Simulatore Quiz di Concorsando.it**. In relazione alla banca dati pubblicata per il tuo concorso potrai individuare le domande e le materie su cui sei più carente e sfidare i tuoi futuri colleghi.

Qualora invece per il tuo concorso non è stata e non verrà pubblicata una banca dati puoi crearne una apposita prelevando i quiz dai concorsi analoghi, oppure studiare le materie concorsuale utilizzando i relativi percorsi formativi.

Inoltre grazie alle nostre app mobile, iPhone e Android, potrai utilizzare il **Simulatore Quiz di Concorsando.it** anche in mobilità, sincronizzando da e verso il portale web tutti i tuoi progressi.

Per rimanere sempre aggiornato sul mondo dei Concorsi Pubblici diventa fan della **Pagina Facebook di Concorsando.it** e leggi il nostro **blog**.

Per qualsiasi tipo di delucidazione mandaci un messaggio tramite Messenger **cliccando qui**. Di solito rispondiamo entro qualche ora.

Buono studio!

Capitolo 1°
Nozioni iniziali

1.1. La principale distinzione fra diritto privato e diritto pubblico.

Benché il diritto rappresenti un fenomeno unitario in quanto destinato ad assicurare l'interesse collettivo della società, si opera rispetto ad esso una principale distinzione:

- diritto pubblico: è costituito dal complesso di norme che disciplinano la formazione, l'organizzazione e l'attività dello Stato e degli enti pubblici, nonché i loro rapporti con i privati nel caso in cui lo Stato e gli enti pubblici siano in posizione di superiorità derivante dal fatto che questi ultimi agiscono in veste di pubblica autorità[1].
- diritto privato: è l'insieme delle norme giuridiche che regolano i rapporti fra persone fisiche o giuridiche, oppure fra Stato e altro ente pubblico da un lato e persona fisica o giuridica dall'altro, quando Stato o ente pubblico abbandonano la naturale posizione di supremazia in cui si collocano per tratta da pari a pari[2].

Pertanto i rapporti giuridici (vedi *infra*) di diritto privato si svolgono su un piano di parità giuridica e secondo un principio di autonomia dei soggetti, mentre nei rapporti di diritto pubblico si assiste ad una posizione di supremazia dello Stato o dell'ente pubblico, stante la prevalenza degli interessi pubblici rispetto a quelli facenti capo al privato.

1.2. Le posizioni giuridiche in generale.

L'espressione "posizioni giuridiche soggettive" o "situazioni giuridiche soggettive" indica il complesso dei diritti, poteri, obblighi etc. di cui un soggetto giuridico può potenzialmente essere titolare.

Le posizioni soggettive si distinguono in attive (o di vantaggio) e passive (o di svantaggio). Le situazioni di vantaggio costituiscono esercizio di libertà o di discrezionalità, mentre le situazioni di svantaggio danno luogo a posizioni di assoggettamento, limitative della libertà dell'individuo.

1.2.1. Il concetto di *status*.

Dal concetto di posizione giuridica soggettiva, va distinto quello di "*status*". Lo *status* è la posizione complessiva di un soggetto nell'ambito della collettività o in un corpo sociale minore, caratterizzata da una particolare sfera di capacità, diritti, doveri etc.

Si parla così di *status* di cittadino o di straniero, riguardo allo stato di cittadinanza; di figlio naturale o legittimo, di celibe, vedovo, o coniugato, con riguardo allo stato di famiglia etc. Gli *status*, non rappresentano, quindi, delle posizioni giuridiche soggettive, ma le implicano.

[1] Sono rami del diritto pubblico pertanto il Diritto amministrativo nonché il Diritto costituzionale.
[2] Come avviene quando un Comune, invece di espropriare un terreno al proprietario, lo acquista da lui in seguito ad una normale trattativa.

1.3. Le posizioni soggettive attive.

Le posizioni soggettive attive sono: I) il diritto soggettivo; II) il diritto potestativo; III) la potestà; IV) l'interesse legittimo (vedi dispensa dir. amm.); VI) l'aspettativa.

1.3.1. Il diritto soggettivo.

1.3.1.1. Nozione e generalità.

Per diritto soggettivo, si intende il potere di agire ("*ágere–licéere*") riconosciuto ad un soggetto al fine di soddisfare un interesse che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela.

Il diritto soggettivo ha come contenuto facoltà, pretese e poteri di varia natura. In alcuni tipi di diritti il contenuto si sostanzia soprattutto in una pretesa ad un determinato comportamento da parte del soggetto obbligato, perché l'interesse del titolare si realizza appunto mediante tale comportamento (es. diritto di credito).

In altri casi, invece, come nel diritto di proprietà, assumono prevalente rilievo le facoltà, perché l'interesse tutelato e soddisfatto mediante l'utilizzazione indisturbata del bene (che ne è l'oggetto) da parte del titolare del diritto, mentre la pretesa verso altri soggetti è meramente strumentale rispetto alla facoltà di utilizzazione diretta.

1.3.1.2. Assoluti e relativi.

1.3.1.2.1. Assoluti.

I diritti soggettivi assoluti (cd. *erga omnes*) attribuiscono al titolare un potere che questi può far valere indistintamente verso tutti gli altri soggetti, a carico dei quali sussiste un generico obbligo negativo di non turbare l'esercizio del diritto stesso (es.: il diritto di proprietà).

La categoria dei diritti soggettivi assoluti comprende: I) i diritti reali; II) i diritti della personalità[3]; III) i diritti su beni immateriali (es.: diritti d'autore); IV) i diritti di monopolio.

---

[3] I diritti della personalità possono definirsi tali i diritti soggettivi che hanno per oggetto taluni attributi essenziali della persona umana. I diritti soggettivi della personalità sono:

- essenziali: in quanto mirano a garantire le ragioni fondamentali della vita e dello sviluppo fisico e morale della persona;
- personalissimi: in quanto hanno come oggetto un modo di essere della persona;
- originari: se sorgono con la nascita (come, per esempio, il diritto alla vita). Essi sono detti pure innati in quanto prescindono da qualsiasi riconoscimento giuridico;
- derivati: se si acquistano in seguito (come, per esempio, il diritto allo status di coniuge);
- non patrimoniali: in quanto alla stregua della coscienza sociale tali diritti non possono assumere un valore di scambio, anche se ciò non esclude che le prestazioni dovute ai loro titolari possano avere contenuto economico (es.: il diritto soggettivo del figlio al mantenimento da parte dei genitori è un diritto soggettivo non patrimoniale anche se le prestazioni sono economicamente valutabili);
- assoluti: cioè possono essere fatti valere nei confronti di tutti (*erga omnes*);
- inalienabili: in quanto al soggetto non è consentito, salvo eccezioni, alcun potere dispositivo su di essi;
- imprescrittibili: in quanto non si estinguono per non uso o per mancata difesa;
- irrinunciabili: in quanto, non sono possibili atti dismissivi;
- non trasmissibili: all'eventuale tutela dei diritti soggettivi stessi dopo la morte della persona (contro le offese all'onore o, per esempio, contro le violazioni dei diritti soggettivi morali d'autore) sono legittimati i parenti di sangue e non coloro che siano istituiti eredi.

Tra i diritti soggettivi della personalità si individuano il diritto soggettivo alla vita, integrità fisica, riservatezza, onore ed integrità morale, alla immagine e al nome.

1.3.1.2.2. Relativi.

I diritti soggettivi relativi (cd. *in personam*) sono quelli che assicurano al titolare un potere che si può far valere solo verso una o più persone determinate, a carico delle quali sussiste un obbligo di dare, fare o non fare qualcosa (es.: il diritto del creditore di ottenere la prestazione del debitore), così che il rapporto giuridico si presenta determinato (o determinabile) nel soggetto attivo e passivo sin dalla nascita. La categoria dei diritti soggettivi relativi coincide con quella dei diritti di credito.

1.3.1.3. Patrimoniali e non patrimoniali.

I diritti patrimoniali tutelano interessi economici dei soggetti e, pertanto, sono suscettibili di valutazione in danaro.

I diritto non patrimoniali realizzano interessi di prevalente natura morale (es.: i diritti che attengono ai rapporti familiari).

1.3.1.4. Reali e di credito.

I diritti patrimoniali a loro volta possono essere di credito o reali.

1.3.1.4.1. I diritti di credito.

I diritti o di credito (o soggettivi di obbligazione o personali) sono diritti soggettivi relativi e pertanto attribuiscono al loro titolare un potere che può farsi valere solo verso una o più persone determinate, a cui si richiede un particolare comportamento (c.d. prestazione).

Si ha, in questo caso, un soggetto passivo determinato, tenuto ad una determinata condotta nei confronti del titolare del diritto, il quale ha, pertanto, bisogno della cooperazione dello stesso soggetto passivo (debitore) per realizzare il proprio interesse.

1.3.1.4.2. I diritti reali.

I diritti soggettivi reali costituiscono la categoria più importante dei diritti assoluti ed attribuiscono al loro titolare una signoria piena (es.: proprietà) o limitata (diritti soggettivi reali su cosa altrui o diritti soggettivi reali limitati) su un bene.

Il diritto soggettivo reale è, quindi, la facoltà di agire di un soggetto sopra un bene per la soddisfazione di un proprio interesse.

1.3.1.4.2.1. Classificazioni.

Ancora oggi, i diritti reali si distinguono in due grandi gruppi:

- la proprietà (*ius in re propria*), che, fra i diritti reali, è quello che consente la più ampia sfera di facoltà che l'ordinamento riconosce ai soggetti sulle cose;
- i diritti reali sulla cosa altrui (*iura in re aliena*), detti anche diritti reali limitati, che si esercitano su cose di cui altri è proprietario e si caratterizzano per un contenuto più limitato di quello della proprietà. I diritti *in re aliena* si distinguono a loro volta in:
    - diritti reali di godimento: sono quelli che limitano il potere di godimento del proprietario della cosa, cioè il potere di trarre dalla cosa l'utilità che essa può dare. In particolare sono: la superficie, l'enfiteusi, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, e le servitù;

- diritti reali di garanzia: sono quelli che conferiscono al titolare il potere di farsi assegnare, con prelazione rispetto agli altri creditori, il ricavato dell'alienazione forzata del bene, in caso di mancato adempimento dell'obbligo garantito. I diritti reali di garanzia sono il pegno e l'ipoteca.

1.3.1.5. Trasmissibili ed intrasmissibili.

I diritti soggettivi trasmissibili sono quelli normalmente trasferibili ad altri soggetti.

I diritti soggettivi intrasmissibili sono quelli che non possono essere trasferiti ad altri soggetti, così come i cd. diritti soggettivi personalissimi (alla vita, onore etc.), alcuni diritti soggettivi patrimoniali (agli alimenti legali etc.), e in genere quelli che disciplinano rapporti che soddisfano un interesse superiore (es.: diritti familiari).

1.3.1.6. Diritti condizionati

Si distinguono due categorie di diritti condizionati.

1.3.1.6.1. Diritto sospensivamente condizionati.

Diritti sospensivamente condizionati (detti anche "diritti in attesa di espansione") sono quei diritti il cui esercizio è inizialmente limitato da un ostacolo giuridico, per la cui rimozione è necessario un provvedimento amministrativo permissivo (cd. autorizzazione) che, rimuovendo tale ostacolo, consenta al diritto di espandersi ed acquistare la sua pienezza.

È il caso del diritto di edificare sul proprio fondo, per il cui esercizio occorre il rilascio della licenza edilizia (atto autorizzativo) o del diritto all'esercizio della professione, per il cui espletamento occorre l'iscrizione nel relativo albo.

1.3.1.6.2. Diritto risolutivamente condizionati.

Diritti risolutivamente condizionati (cd. fenomeno dell'affievolimento dei diritti); si ha diritto risolutivamente condizionato tutte le volte in cui il diritto, scontrandosi con l'esercizio unilaterale ed autoritativo di una potestà amministrativa, affievolisce ad interesse legittimo.

La P.A., infatti, nel perseguimento dei suoi fini pubblici può essere, ostacolata dai diritti di privati; in questi casi la legge può attribuire alla P.A. il potere di sacrificare tali diritti individuali a vantaggio dell'interesse collettivo, per cui i diritti stessi, davanti a tale potere, "affievoliscono" ad interessi legittimi.

Così il diritto del proprietario espropriato affievolisce ad interesse legittimo qualora la P.A. eserciti legittimamente il potere di esproprio riconosciutole dalla Costituzione (art. 42) e dalla legge.

1.3.2. I diritti potestativi.

I diritti potestativi sono situazioni giuridiche attive che consentono al titolare, mediante una manifestazione unilaterale di volontà, di incidere sulla sfera giuridica di un terzo, senza che questo possa opporsi (es.: diritto di affrancazione dell'enfiteuta, art. 971 c.c.; recesso unilaterale, art. 1373 c.c., diritto di chiedere lo scioglimento della comunione, art. 1111 c.c.). Il terzo quindi si trova in una posizione passiva di soggezione.

1.3.3. Le potestà.

Le potestà rappresentano poteri attribuiti ad un soggetto per la realizzazione di interessi che non fanno capo direttamente a lui: come esempio di tale posizione soggettiva si ricordi il potere del rappresentante, che può agire e compiere atti giuridici in nome e per conto non proprio ma del soggetto che egli rappresenta (può, ad esempio, acquistare un bene per lui)[4]. La natura di tale posizione soggettiva comporta che chi ne è investito è vincolato alla tutela degli interessi per cui la potestà è attribuita: si parla perciò di potestà-dovere, o *munus*.

1.3.4. L'aspettativa.

L'aspettativa è la posizione in cui si trova il soggetto a favore del quale viene maturando un diritto soggettivo[5]. Può essere anche definita come una posizione di attesa cui l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica favorendone la conservazione e l'attitudine a trasformarsi in diritto soggettivo.

Tanto è vero che l'art. 1356 c.c. concede al titolare di un'aspettativa il potere di compiere atti conservativi a tutela del diritto sotto condizione sospensiva (si pensi ad un'eredità lasciata ad un soggetto a condizione che si laurei: prima della laurea, questi potrà compiere atti conservativi e cautelari del suo diritto).

1.4. Le posizioni soggettive passive.

Le posizioni soggettive passive sono: I) l'obbligo; II) l'onere; III) la soggezione; IV) il dovere generico di astensione.

1.4.1. L'obbligo.

L'obbligo può definirsi come il dovere di tenere un comportamento di contenuto specifico che risulti funzionalmente rivolto alla realizzazione di un interesse particolare facente capo ad un determinato soggetto. Tale dovere è dunque correlato ad un diritto soggettivo altrui, nell'ambito di un rapporto giuridico.

1.4.2. L'onere.

Per onere si intende il comportamento, imposto ad un soggetto come condizione necessaria per l'esercizio di un proprio diritto. Ad esempio per poter partecipare ad un concorso pubblico gli interessati avranno l'onere di presentare la relativa domanda entro un certo termine, scaduto il quale il loro diritto decade (vedi in seguito).

1.4.3. La soggezione.

La soggezione è una posizione giuridica soggettiva passiva, correlativa all'esercizio di un diritto potestativo di cui altro soggetto sia titolare. La soggezione è caratterizzata da un ruolo meramente passivo, in quanto, a differenza del dovere, non richiede una attività di cooperazione o di adempimento.

[4] Fuori dal campo dei diritti patrimoniali, esempio tipico, è la potestà parentale, che attribuisce ai genitori un insieme di poteri, concessi nell'interesse dei figli (art. 316 c.c.).

[5] Va precisato l'aspettativa propriamente detta (aspettativa giuridica o di diritto) non è né la speranza di un futuro diritto soggettivo: tale sarebbe ad esempio la speranza di un soggetto a che le contrattazioni per l'acquisto di una casa vadano a buon fine.

1.4.4. Il dovere generico di astensione.

Il dovere generico di astensione consiste nella situazione giuridica di chi si deve limitare a rispettare una situazione di supremazia altrui.

1.5. L'acquisto e la perdita dei diritti soggettivi.

1.5.1. L'influenza del tempo in relazione all'acquisto e alla perdita dei diritti: il computo del tempo.

Prima di analizzare i vari modi di acquisto e perdita dei diritti soggettivi, è necessario evidenziare che in molti casi tali vicende sono determinate dal decorso del tempo (come avviene per l'usucapione, per la prescrizione e per la decadenza). È opportuno quindi in via preliminare chiarire in che modo viene computato il tempo.

Il computo del tempo avviene sulla base del calendario comune; quanto ai giorni si distingue tra:

- giorno civile: che va da un mezzanotte all'altra;
- giorno naturale: che dall'alba al tramonto.

Di regola la computazione civile prevale su quella naturale.

Si ricordi ancora che:

- l'anno decorre da una determinato giorno al giorno corrispondente all'anno successivo (indipendentemente da eventuali bisestilità);
- i mesi sono calcolati da un determinato giorno al giorno corrispondente del mese successivo (indipendentemente dal numero di giorni di ogni mese, es.: 1 febbraio – 1 marzo).

Nel computo non si calcola il giorno iniziale, ma si tiene conto del giorno finale. Si distinguono infine:

- il tempo utile: è quello fuori dal quale non è possibile esercitare un diritto soggettivo o compiere un atto giuridico. In esso non si computano i giorni festivi, ma se il giorno di scadenza è festivo il termine si proroga al giorno seguente non festivo;
- il tempo continuo: costituisce l'eccezione e si computa per intero comprendendo anche i giorni festivi.

1.5.2. L'acquisto.

L'acquisto dei diritti può avvenire a titolo originario o a titolo derivativo.

1.5.2.1. A titolo derivativo.

Si ha acquisto a titolo derivativo quando il diritto viene trasmesso da un soggetto (autore o *dante causa*) ad altro (successore o *avente causa*). Si ha, in questo caso, un fenomeno di successione che, a sua volta, può essere:

- a titolo universale: se il soggetto subentra complessivamente in tutti i rapporti di un'altra persona (es.: successione *mortis causa*);
- a titolo particolare: se, invece, il soggetto subentra solo in determinati rapporti (es.: compravendita, ove l'acquirente subentra nel diritto di proprietà del precedente titolare).

1.5.2.2. A titolo originario.

L'acquisto avviene a titolo originario se il diritto sorge a favore di un soggetto senza esser stato trasmesso da un precedente titolare (es.: il pescatore acquista a titolo originario i pesci caduti nella rete)[6].

1.5.3. La perdita dei diritti soggettivi.

1.5.3.1. La prescrizione.

1.5.3.1.1. Nozione.

Il codice definisce la prescrizione come una causa di estinzione del diritto soggettivo a seguito dell'inerzia (in riferimento ai diritti di credito) o del non uso (in riferimento ai diritti reali limitati) da parte del titolare di esso protrattosi per un periodo di tempo determinato dalla legge.

1.5.3.1.2. Presupposti.

Dalla definizione emergono i presupposti dell'istituto che sono:

- un diritto soggettivo che può essere esercitato;
- il mancato esercizio di tale diritto;
- il decorso del tempo previsto dalla legge.

1.5.3.1.3. La *ratio*.

II fondamento dell'istituto della prescrizione è solitamente ravvisato nella esigenza di certezza dei rapporti giuridici ed, in generale, del diritto. Infatti il non esercizio del diritto per un lungo periodo di tempo potrebbe determinare nella generalità delle persone la convinzione che esso non esiste o è stato abbandonato. Di conseguenza la ragione della prescrizione è anche individuabile nell'opportunità di adeguare la situazione di diritto a quella di fatto.

1.5.3.1.1. Inderogabilità ed operatività della prescrizione.

Considerata l'importanza del suo fondamento nei deriva che la prescrizione è un istituto di ordine pubblico e la sua disciplina è inderogabile. Di conseguenza:

- è nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione[7];
- le parti non possono rinunciare alla prescrizione prima che questa si compia (art. 2937). Tuttavia, la rinuncia, se fatta mentre è in corso il termine prescrizionale, vale come riconoscimento del diritto e produce l'interruzione della prescrizione[8].

[6] È importante notare, a questo proposito, come il titolo d'acquisto originario non comporta necessariamente che il diritto sulla cosa sorga per la prima volta in capo al soggetto attivo: l'originarietà del titolo si sostanzia nella sola mancanza di trasmissione da un soggetto ad un altro: si pensi, difatti, all'usucapione che è modo d'acquisto a titolo originario dei diritti reali in seguito al decorso dei tempo ed al possesso continuo della *res*: in tal caso, pur esistendo un precedente diritto sul bene (da parte del proprietario legittimo) chi usucapisce acquista il diritto a titolo originario - non essendogli questo stato trasmesso dal precedente titolare - e, quindi, libero da ogni vincolo gravante su esso (ad es.: una servitù).

[7] In particolare si è affermata la nullità *ex* art. 1344 di un patto con cui le parti utilizzano un termine di decadenza allo scopo di abbreviare quello di prescrizione.

[8] È dunque, ammissibile la rinunzia dopo il compimento della prescrizione. Tale rinunzia può esser tanto espressa che tacita, cioè risultare da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione (es.: pagamento di un acconto, promessa di pagare). In linea con quanto esposto l'art. 2940 prevede che non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto, in quanto nell'adempimento spontaneo del debito prescritto va ravvisato una rinuncia tacita alla prescrizione.

La prescrizione non opera automaticamente, ma solo in quanto sia opposta alla parte interessata, in modo che il giudice non potrà rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta (art. 2938).

Tuttavia la prescrizione potrà essere opposta dai creditori e da chiunque vi ha interesse, qualora la parte non la faccia valere ed anche se vi ha rinunziato (art. 2939).

1.5.3.1.2. Diritti soggetti a prescrizione.

Ogni diritto si estingue per prescrizione con esclusione dei diritti indisponibili e degli altri indicati dalla legge (2934).

L'imprescrittibilità di alcuni diritti deriva, dunque, dalla circostanza che sono sottratti alla sfera di disponibilità del privato e rispondono anche ad un interesse generale. Sono imprescrittibili:

- il diritto di proprietà[9] e dunque l'azione di rivendicazione della proprietà;
- i diritti della personalità;
- le potestà di diritto familiare (es.: potestà parentale);
- altri particolari diritti indicati dalla legge, come: il diritto dell'erede a "chiedere il riconoscimento della sua qualità ereditaria contro chiunque possegga beni ereditari": i diritti dello Stato sui beni appartenenti al demanio pubblico; il diritto di chiedere la nullità di un contratto etc.

1.5.3.1.3. Inizio e durata della prescrizione

1.5.3.1.3.1. Inizio

La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (2935). Tale norma, tuttavia, ha riguardo alla sola possibilità legale dell'esercizio e non alla mera impossibilità di fatto in cui venga a trovarsi il titolare.

1.5.3.1.3.2. Durata

Quanto alla durata (e cioè al termine necessario perché la prescrizione si realizzi) occorre distinguere tra:

- prescrizione ordinaria: si realizza col decorso di dieci anni; questo termine è applicabile in tutti i casi cui la legge non dispone diversamente[10].
- prescrizioni brevi: inferiore al termine ordinario. In particolare:
  - si prescrivono in cinque anni: I) il diritto al risarcimento della danno (tuttavia, per l'azione di risarcimento danni prodotti dalla circolazione dei veicoli, il termine prescrizione è di due anni); II) le prestazione periodiche (crediti per pigione, annualità di rendite e pensioni, interessi);

[9] L'imprescrittibilità del diritto di proprietà non è giustificata, come alcuni affermano, dal fatto che il non uso è pur sempre una forma di esercizio del diritto, bensì dalla considerazione che la prescrizione non svolgerebbe qui la funzione di adeguare la situazione di diritto alla composizione di interessi realizzatesi in fatto, ma creerebbe una nuova situazione, perché il bene diventerebbe *res nullius*:

[10] Per i diritti reali su cosa altrui, il periodo di prescrizione è di 20 anni, in armonia con il termine per la realizzazione dell'usucapione.

- si prescrivono in un anno: I) i diritti derivante dal contratto di mediazione, trasporto ed assicurazione; II) l'azione di rescisione.

1.5.3.1.4. Sospensione e interruzione della prescrizione.

Si è detto che la prescrizione presuppone un'inerzia ingiustificata del titolare del diritto. Pertanto, se tale inerzia è giustificata o viene a mancare, la prescrizione non decorre più: si profilano, così, i due istituti della sospensione e della interruzione della prescrizione.

1.5.3.1.4.1. La sospensione

La sospensione si verifica quando l'inerzia del titolare permane, ma trova giustificazione in particolari situazioni espressamente previste dalla legge. Presupposto della sospensione è, dunque, il verificarsi di una particolare situazione espressamente prevista.

I casi di sospensione sono tassativi (cioè sono solo quelli previsti dalla legge) e riguardano:

- particolari rapporti tra le parti (tra coniugi, tra l'esercente la potestà parentale e le persone sottoposte: vedi art. 2941);
- una particolare condizione soggettiva del titolare del diritto (esempio: un militare richiamato al fronte non può esercitare un proprio diritto)[11].

Quanto agli effetti, la sospensione opera come una parentesi nel corso della prescrizione. Infatti, il periodo in cui sussiste la causa di sospensione non si calcola ai fini del periodo prescrizionale; cessata la causa di sospensione, la prescrizione riprende il suo corso ed il nuovo periodo si somma con quello maturato prima del fatto sospensivo[12].

1.5.3.1.4.2. L'interruzione e gli "atti interruttivi"

Si ha interruzione della prescrizione quando l'inerzia del titolare del diritto viene a mancare:

- o perché egli compie un atto col quale esercita il suo diritto (esempio: messa in mora del debitore, domanda giudiziale, esercizio del diritto di passaggio nella relativa servitù, etc.);
- ovvero perché il diritto stesso viene riconosciuto dal soggetto passivo del rapporto (atto di ricognizione di debito, pagamento parziale del debito, etc.). Il riconoscimento può anche essere implicito (es.: pagamento di un acconto, richiesta di una dilazione).

Mentre la sospensione apre una parentesi nel decorso del termine, l'interruzione opera una vera e propria frattura che impedisce di tenere in alcun conto il tempo già trascorso, cosicché inizia a decorre un nuovo periodo di prescrizione[13].

[11] I semplici inadempimenti di fatto (es.: uno sciopero che impedisce l'esercizio del diritto) sono del tutto irrilevanti.

[12] Così, ad esempio, se Caio vantava un diritto di credito verso Tizio, contratto nel 1940, e nel 1943 è andato come militare in guerra, restandovi fino al 1945, il suo diritto si prescriverà non nel 1950 ma nel 1952, in quanto i due anni passati in guerra, ai sensi del n. 2 dell'art. 2942, sono, appunto, causa di sospensione.

[13] Così, se dopo nove anni di inattività ho richiesto con lettera raccomandata al mio debitore il pagamento del debito, perché il mio diritto si prescriva dovranno passare nuovamente. dalla data della lettera. altri dieci anni (non sarebbe sufficiente, invece, una richiesta orale, in quanto. perché si abbia interruzione. occorre che l'intimazione o la richiesta sia fatta per iscritto: combinato disposto articoli 2943, ultimo comma, 1219 cod. civ.).

1.5.3.1.5. La prescrizione presuntiva.

Nelle prescrizioni presuntive, il decorso del tempo determina la nascita, a favore del debitore, di una presunzione legale di pagamento, e, quindi, di estinzione dell'obbligazione.

Le ipotesi previste dalla legge sono varie, ma tutte accomunate dall'essere rapporti che, nella vita di tutti i giorni, sorgono e si estinguono senza particolari formalità: il fondamento di questa disciplina va, dunque, ricercato in un'esigenza di tutela del debitore (es. art. 2854 c.c.).

L'unico rimedio offerto al creditore consiste nella possibilità di deferire il giuramento al debitore, ossia ad invitarlo a confermare, sotto giuramento, che l'obbligazione sia estinta. Ove il debitore giuri in tal senso, il creditore più nulla potrà.

1.5.3.2. La decadenza

1.5.3.2.1. Nozione.

Anche la decadenza, come la prescrizione, è una causa di estinzione del diritto collegata al decorso del tempo: essa, infatti, si sostanzia nella perdita della possibilità di esercitare un diritto per il mancato compimento di una determinata attività, o di un dato atto, nel termine perentorio previsto dalla legge.

Quindi alla base non c'è l'inerzia ma il mancato adempimento di un onere che il titolare doveva compiere per potere esercitare il suo diritto (es.: si ha decadenza quando colui che ha interesse a partecipare ad un concorso non presenta la domanda nell'arco di tempo previsto dalla legge).

1.5.3.2.2. *Ratio.*

Il fondamento della decadenza risiede nell'esigenza di certezza di rapporti giuridici, in relazione a situazioni giuridiche soggettive che non sono suscettibili di esercizio ripetuto, ma dipendono da un adempimento di un atto e per le quali è opportuno circoscrivere l'incertezza in un tempo limitato.

Il presupposto della decadenza, a differenza della prescrizione, non risiede nella fatto soggettivo dell'inerzia del titolare, ma nel fatto soggettivo della mancanza di esercizio del diritto nel tempo stabilito.

1.5.3.2.3. Disciplina

Per quanto attiene la disciplina va precisato che non trovano applicazione, in materia di decadenza, la sospensione e la interruzione, alla cui base stanno situazioni di carattere soggettivo; talvolta, però, le leggi prevedono forme di proroga di termini per l'esercizio di atti civili,o processuali, in occasione di disastri, inondazioni, scioperi, etc;

1.5.3.2.4. Tipi di decadenza.

La decadenza può essere legale o convenzionale.

1.5.3.2.4.1. La decadenza legale.

La decadenza legale è prevista dalla legge o da un provvedimento amministrativo o giurisdizionale ed è sempre istituto eccezionale, perché deroga al principio secondo cui le'esercizio dei diritti soggettivi non è sottoposto a limiti di tempo. Tale decadenza può essere stabilita:

- nell'interesse generale: ossia in relazione a diritti indisponibili (es. rapporti familiari). In tale caso la sua disciplina è inderogabile, la decadenza è irrinunciabile dalle parti ed è rilevabile d'ufficio dal giudice;
- nell'interesse individuale di una delle parti (es. art. 1945, co. 1°): in tale caso trattandosi di diritti disponibili, la sua disciplina è derogabile dalle parti, la decadenza è rinunciabile e può essere fatta valere solo se eccepita da una parte; inoltre può essere impedita anche dal riconoscimento del soggetto contro cui il diritto è fatto valere.

1.5.3.2.4.2. La decadenza convenzionale o negoziale.

La decadenza convenzionale o negoziale si ha quando i termini di decadenza sono stabiliti dalla volontà privata[14]. Sono condizione indispensabili al tal fine:

- che la decadenza sia prevista per l'esercizio di diritto disponibili;
- che il termine stabilito non renda troppo gravoso l'esercizio del diritto stesso.

1.5.3.3. Le principali distinzioni tra prescrizione e decadenza.

Prescrizione e decadenza hanno un sostrato in comune: in entrambe l'azione de tempo determina la perdita di un diritto. Essendo diversa la funzione e la disciplina, la dottrina ha identificato le seguenti differenze:

- nella prescrizione si ha riguardo a condizione soggettivo del titolare del diritto mentre nelle decadenza si ha riguardo solo al fatto obiettivo del mancato esercizio del diritto;
- nella prescrizione il tempo è considerato come durata (si parla, cioè, di mancato esercizio del diritto per un certo periodo), mentre nella decadenza il tempo è considerato come distanza (mancato esercizio del diritto entro un certo periodo);
- la prescrizione, data la sua funzione, ha sempre un fondamento di ordine pubblico, mentre la decadenza può tutelare anche un interesse privato come la decadenza negoziale;
- la prescrizione ha la sua unica fonte nella legge, le cui norme sono inderogabili, mentre la decadenza può anche essere stabilita dalla volontà dei privati;
- nella prescrizione vi è un'intenzione sanzionatoria da parte dell'ordinamento a carico dei negligenti, mentre nella decadenza l'effetto preclusivo è previsto anche se al soggetto non può addebitarsi un contegno negligente;
- la prescrizione è sempre correlata ad un diritto soggettivo, mentre la decadenza può essere anche correlata a diritti potestativi;
- mentre la prescrizione comporta la perdita di un diritto che era già nella sfera giuridica del soggetto, la decadenza impedisce, invece, l'acquisto di un nuovo diritto e ciò comporta la perdita della possibilità dell'acquisto di un diritto.

Dalla diversità degli istituti deriva che uno stesso diritto che è esposto a decadenza, può essere in un secondo momento (quando è stata evitata la decadenza) soggetto a prescrizione[15].

[14] Si ricordi che i privata non possono invece creare termini di prescrizione.

1.6. Il rapporto giuridico

1.6.1. Nozione.

Per ricomprendere in un'unica definizione tutti i rapporti giuridici, anche quelli non caratterizzati da una posizione di diritto-dovere (come il rapporto di coniugio, di parentela, di filiazione), può dirsi r a p p o r t o g i u r i d i c o ogni relazione interpersonale regolata dal diritto.

Nella sua forma più semplice, però, il rapporto giuridico è la relazione fra il titolare di un interesse giuridicamente protetto (s o g g e t t o a t t i v o del rapporto) e chi è tenuto a realizzare o a rispettare quell'interesse (s o g g e t t o p a s s i v o del rapporto)[16].

Come esempi più comuni possono addursi: il rapporto tra il creditore ed il debitore di una somma di danaro; nonché il rapporto fra il proprietario di un bene e tutti gli altri componenti della collettività che devono astenersi dall'impedire il pacifico esercizio dei diritto di proprietà.

1.6.2. Classificazioni.

Dal punto di vista strutturale i rapporti giuridici si distinguono in rapporti assoluti e rapporti relativi.

1.6.2.1. I rapporti giuridici assoluti

I r a p p o r t i g i u r i d i c i a s s o l u t i, sono quelli in cui, al soggetto attivo è titolare di un diritto assoluto, e pertanto gli è riconosciuto il potere di pretendere *erga omnes*, ossia da tutti i consociati (che assumono, indistintamente, la qualifica di soggetti passivi) un dovere generico di astensione, al fine di non essere disturbato nell'esercizio del proprio diritto.

1.6.2.2. I rapporti giuridici relativi.

I r a p p o r t i r e l a t i v i sono quelli in cui ad uno o più soggetti passivi determinati o determinabili è imposto un certo comportamento (di dare, di fare, di non fare) al fine di soddisfare l'interesse del soggetto attivo il quale è titolare di un diritto relativo nei loro confronti.

---

[15] Vedi, ad esempio, l'art. 1495 co. 1° e 3°. Il 1° comma dell'art. stabilisce che se il compratore non denuncia al venditore, entro 8 giorni, dalla scoperta, i vizi occulti della cosa che gli è stata venduta, decade dal potere di proporre azione di garanzia per i vizi stessi (termine di decadenza).
Secondo il 3° comma, invece, se l'azione di garanzia non è proposta entro un anno dalla consegna della cosa, il relativo diritto si prescrive (termine di prescrizione).

[16] È fondamentale tener presente che tutto il diritto privato si articola su questa struttura: non c'è diritto senza obbligo e non c'è obbligo senza diritto

Capitolo 2°
La persona fisica

2.1. I soggetti giuridici.

Con il termine s o g g e t t i g i u r i d i c i si fa riferimento a tutti i centri di imputazione giuridica, cioè a tutti gli organismi che hanno la capacità di essere titolari di situazioni giuridiche soggettive.

Nel nostro ordinamento, soggetti dell'attività giuridica sono:

- le persone fisiche;
- le persone giuridiche;
- gli enti di fatto.

2.2. L'uomo come soggetto di diritto: la persona fisica.

È p e r s o n a f i s i c a per l'ordinamento giuridico qualsiasi essere umano nato vivo, anche se non vitale ossia inidoneo a restare in vita.

Principi fondamentali relativi alle p e r s o n e f i s i c h e sono i seguenti: ogni essere umano, in base al solo requisito dell'esistenza, è considerato dall'ordinamento anche soggetto di diritto; tutti gli uomini hanno uguale grado di soggettività giuridica.

2.2.1. La capacità giuridica.

Con il termine c a p a c i t à g i u r i d i c a si intende l'*attitudine di un soggetto ad essere titolare di situazioni giuridiche*.

La capacità giuridica compete a tutte le persone fisiche ed alle persone giuridiche e non può essere oggetto di rinuncia o transazione.

2.2.1.1. Acquisito.

Ai sensi dell'art. 1 c.c., la capacità giuridica s i a c q u i s t a a l m o m e n t o d e l l a n a s c i t a . La nascita, intesa come separazione del feto dal corpo materno, è fata coincidere dalla medicina legale con l'inizio della respirazione polmonare. E' inoltre che per acquisire la capacità giuridica è necessario nascere vivi.

Dalla nascita sono acquisiti nel patrimonio del neonato i beni donati e i diritti successori , di conseguenza in caso di decesso immediatamente successivo al parto si aprirà la successione secondo la disciplina disposta dal codice.

2.2.1.1.1. Eccezionale capacità del concepito e del *concepturus*.

Benché l'acquisto della capacità giuridica coincida, per la persona fisica, con la nascita, la legge riconosce eccezionalmente alcuni diritti a soggetti non ancora venuti ad esistenza, subordinatamente, però, all'evento della nascita:

- ai nascituri concepiti la legge riconosce la piena capacità di succedere a causa di morte (art. 4621 c.c.) e la capacità di ricevere per donazione (art. 784 c.c.);
- ai nascituri non concepiti la legge riconosce la capacità di succedere a causa di morte, ma solo in caso di vocazione testamentaria (art. 4623 c.c.), e la capacità di

ricevere per donazione (art. 784 c.c.), purché si tratti di figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore o della donazione.

2.2.1.2. Perdita.

La capacità giuridica di una persona fisica cessa solo a seguito dell'evento naturale della morte del soggetto in quanto per l'art. 22 della Costituzione nessuno può essere privato, per motivi politici, della propria capacità giuridica.

2.2.1.2.1. Il problema della commorienza.

Si ha commorienza quando più persone muoiono a causa dello stesso evento (es. naufragio, incidente automobilistico) e non si può stabilire la priorità della morte dell'una o dell'altra.

Questa ipotesi ha rilievo per il diritto, in quanto la morte costituisce il presupposto (da provare) per l'apertura della successione. Si pensi al caso in cu in una sciagura ferroviaria (stesso evento) periscono (senza che si possa stabilire la priorità delle morti) due coniugi senza discendenti diretti. In tal caso gli eredi di ciascuno hanno interesse a dimostrare che il loro parente, essendo morto dopo, ha ereditato le sostanze dell'altro.

A riguardo l'art. 4 del c.c. prevede che:

- i soggetti si presumono morti tutti nello stesso istante (con presunzione relativa);
- è consentito provare, a chi ne abbia interesse, la sopravvivenza di un commoriente rispetto ad un altro, secondo le regole sull'onere della prova.

2.2.1.3. Incertezza sull'esistenza della persona.

A volte accade che si sappia se una persona sia viva o morta. Tale dubbio è rilevante giuridicamente in quanto la legge ricollega ad esso alcune conseguenze, che risalgono ai tre istituti della scomparsa, dell'assenza e della morte presunta.

2.2.1.3.1. La scomparsa.

2.2.1.3.1.1. Nozione.

La scomparsa è una situazione di fatto, derivante da:

- allontanamento della persona dal suo ultimo domicilio o residenza;
- mancanza di notizie intorno alla persona stessa, tanto che sia incerto se essa sia tuttora vivente.

2.2.1.3.1.2. Conseguenze giuridiche.

Per quanto attiene le conseguenze giuridiche, si ricordi che:

- lo scomparso non può ricevere eredità (all'eventuale successione, aperta in suo favore, saranno chiamati colo ai quali sarebbe spettata in sua mancanza), né può acquistare altro diritto, in ossequio al principio che il fatto dell'esistenza deve essere provato in relazione al momento dell'acquisto del diritto stesso;

- il Tribunale dell'ultimo domicilio (o residenza) dello scomparso può – su istanza di qualunque interessato o del P.M. – nominare un curatore che provveda alla conservazione del patrimonio dello scomparso[1];
- la situazione di scomparso, comunque, non modifica la posizione giuridica del soggetto.

2.2.1.3.2. L'assenza.

2.2.1.3.2.1. Nozione.

L'assenza è, al contrario della scomparsa, una situazione di diritto. In particolare, è la situazione che si verifica quando la persona è scomparsa da oltre due anni, dando luogo ad una incertezza sulla sua esistenza.

L'assenza viene dichiarata con sentenza su ricorso dei presunti successori legittimi e di chiunque creda ragionevolmente di avere sui beni dello scomparso diritti dipendenti dalla morte di lui; la competenza è del Tribunale dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza.

2.2.1.3.2.1. Gli effetti dell'assenza.

L'assenza opera solo nel campo dei diritti patrimoniali. In particolare alla dichiarazione di assenza può far seguito:

- l'apertura del testamento dell'assente (se questi lo ha redatto) su istanza di qualunque interessato o del P.M.;
- l'immissione del possesso temporaneo dei beni, su domanda dell'erede testamentario o legittimo (si tutela in tal modo l'aspettativa di fatto alla successione). Tale immissione non attribuisce la titolarità dei beni dell'assente, ma solo l'amministrazione degli stessi, la rappresentanza dell'assente in giudizio e il godimento delle rendite. Pertanto l'erede non può compiere atti di disposizione, se non nei casi di necessità o utilità evidente, e previa autorizzazione del Tribunale;
- l'esercizio temporaneo dei diritti che spetterebbero, a seguito della nomina dell'assente, ai suoi successori;
- il temporaneo esonero dall'adempimento delle obbligazioni, delle quali la morte dell'assente produrrebbe la liberazione.

L'assenza non scioglie il matrimonio, ciononostante, qualora il coniuge dello scomparso contragga nuovo matrimonio questo non potrà essere impugnato finché dura l'assenza.

2.2.1.3.2.1. Cessazione dell'assenza.

L'assenza cessa:

- con l'accertamento della morte dell'assente;
- con la dichiarazione di morte presunta;
- col ritorno dell'assente o con la prova che egli è vivente: in tal caso, in maniera retroattiva, è ripristinato ogni diritto dell'assente e cessano gli effetti della dichiarazione di assenza.

[1] Si ricordi che si è un legale rappresentante (ad es. genitore del minore scomparso), non si fa luogo alla nomina del curatore; se vi è un procuratore il Tribunale provvede solo per gli atti che il medesimo non può compiere. In queste ipotesi, infatti, esiste già un soggetto che cura gli interessi dello scomparso.

2.2.1.3.3. La dichiarazione di morte presunta.

2.2.1.3.3.1. Nozione.

La morte presunta può essere dichiarata giudizialmente[2] quando:

- la scomparsa si protrae per dieci anni;
- la scomparsa è avvenuta in seguito ad operazione belliche, cattura in guerra, internamento o deportazione e, si protrae da oltre due anni dal trattato di pace, o tre anni dalla fine delle ostilità;
- la scomparsa è avvenuta in seguito ad infortunio e si protrae da due anni.

2.2.1.3.3.2. Nozione.

Sono analoghi agli effetti della morte accertata e pertanto:

- si estinguono i diritti personali:
- si apre la successione testamentaria, ma è obbligatorio procedere all'inventario dei beni;
- se vi è stata immissione nel possesso dei beni, in seguito a dichiarazione di assenza, l'immissione diviene definitiva e cadono i limiti di disposizione e gli obblighi di accantonamento.

2.2.1.3.3.3. Il ritorno o la prova dell'esistenza del presunto morto.

Il verificarsi di una di tali circostanze fa cessare gli effetti della dichiarazione *ex nunc*; infatti:

- i beni sono restituiti al "presunto morto" nello stato in cui si trovano al momento del suo ritorno (e non come li ha lasciati);
- l'eventuale matrimonio contratto dal coniuge è nullo;

2.2.2. La capacità di agire.

La capacità di agire è l'idoneità di un soggetto ad acquistare e ad esercitare da solo diritti soggettivi e ad assumere obblighi, cioè è l'attitudine a creare, modificare, estinguere uno o più rapporti giuridici.

2.2.2.1. Acquisto.

Essa si acquista con la maggiore età e cioè al compimento del diciottesimo anno, età in cui si presume che l'individuo[3] possa consapevolmente curare i propri interessi e sia in grado di valutare la portata degli atti da porre in essere.

Per il compimento di alcuni atti di natura particolare, è richiesta dalla legge una differente età, così:

- per gli relativi all'opere di ingegno: sedici anni;
- per il riconoscimento del figlio naturale: sedici anni;

[2] La morte presunta è dichiarata con sentenza del Tribunale su ricorso dei presunti eredi o di chiunque crede di avere sui beni dello scomparso diritti dipendenti dalla morte di lui o (a differenza dell'assenza) su ricorso del P.M.

[3] La capacità d'agire è propria, sia pure entro certi limiti, anche dei soggetti collettivi che, però, la estrinsecano attraverso persone fisiche ad essi legate da un rapporto organico.

- per l'adozione di persone maggiori di età: trentacinque anni e differenza di diciotto anni tra l'età dell'adottante e l'età dell'adottato;
- per il matrimonio si richiede l'età maggiore, ma il Tribunale, per fondate ragioni e pur sempre previo accertamento della maturità del richiedente, può ammettervi chi abbia compiuto i sedici anni (vedi *infra*)

2.2.2.1.1. L'emancipazione del minore.

2.2.2.1.1.1. Nozione.

Si parla di e m a n c i p a z i o n e , per indicare lo *status* di limitata capacità di agire che il minore degli anni 18, purché ultrasedicenne, acquista se è autorizzato giudizialmente, e per gravi motivi, a contrarre matrimonio. Trattasi di un effetto che consegue *ipso iure* al matrimonio.

2.2.2.1.1.2. Effetti.

Gli effetti dell'emancipazione sono:

- la cessazione della potestà dei genitori o della tutela: vi si sostituisce un altro potere, in quanto l'emancipato è sottoposto a curatela (*vedi infra*);
- l'acquisto di una limitata capacità di agire circoscritta dalla legge agli atti non eccedenti l'ordinaria amministrazione. Per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, la volontà dell'emancipato va integrata da quella del curatore, ed è di regola necessaria anche l'autorizzazione del giudice tutelare[4].

2.2.2.2. Estinzione o di limitazione della capacità d'agire.

La capacità di agire, si conserva, di regola, fino alla morte. Essa comunque è legata alla idoneità del soggetto a curare i propri interessi. Tanto è vero che la capacità d'agire è limitata o esclusa anche dopo il compimento degli anni diciotto, se un soggetto si trova in condizione psicofisiche che lo rendono (in tutto o in parte) incapace di provvedere ai propri interessi ovvero abbia riportato particolari condanne penali (vedi *infra*).

2.2.3. L'incapacità di agire.

Con il termine, i n c a p a c i t à d i a g i r e si intende la condizione di una persona che non è idonea da sola ad acquistare ed esercitare diritti e ad assumere obblighi.

L'incapacità d'agire di agire si distingue in due figure, aventi entrambe carattere generale:

- l'incapacità legale di agire;
- l'incapacità di intendere o di volere (incapacità naturale).

La loro sfera di rilevanza non è limitata a questo o quel settore di atti giuridici, ma li riguarda tendenzialmente tutti.

2.2.3.1. L'incapacità legale.

Le cause di i n c a p a c i t à l e g a l e d i a g i r e sono tassativamente determinate dalla legge: I) minore età; II) interdizione; III) inabilitazione; IV) emancipazione (vedi par. 2.2.2.1.1).

[4] Tuttavia qualora l'emancipato sia autorizzato dal Tribunale all'esercizio da solo di una impresa commerciale, acquista la piena capacità di agire anche fuori dell'ambito delle attività inerenti all'impresa (tranne la capacità di donare o fare testamento).

L'incapacità può essere assoluta, nel caso di minore o persona interdetta, oppure relativa per il minore emancipato o l'inabilitato: a questi ultimi soggetti è consentito di compiere solo atti di ordinaria amministrazione essendo necessaria l'assistenza del curatore per quelli di straordinaria amministrazione.

2.2.3.1.1. L'interdizione.

L'interdizione è una ipotesi di incapacità prevista dalla legge. Si distingue in giudiziale e legale:

2.2.3.1.1.1. Giudiziale.

Si ha l'interdizione giudiziale quando colui che si trova affetto da abituale e grave infermità di mente è dichiarato, con sentenza costitutiva[5], incapace di provvedere ai propri interessi[6].

L'interdizione per infermità di mente si base dunque su due presupposti:

- esistenza di un'infermità mentale, caratterizzata dal duplice requisito della gravità e dell'abitualità;
- incapacità di provvedere ai propri interessi.

In presenza di tali presupposti l'interdizione può essere chiesta, mediante ricorso al Tribunale, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore o curatore ovvero dal pubblico ministero. Invece, se l'interdicendo è sottoposto a potestà genitoria o a curatela di un genitore, solo il genitore o il P.M. possono promuovere l'interdizione.

Sulla base della sentenza di interdizione, il giudice tutelare nomina con decreto il tutore definitivo, mentre nelle more del relativo giudizio ha facoltà di nominare, ex art. 4193 c.c., un tutore provvisorio. La interdizione giudiziale è revocata quando viene meno uno dei suoi due presupposti (l'infermità mentale o l'incapacità di provvedere ai propri interessi).

Dalla sentenza di interdizione deriva l'incapacità totale di agire dell'interdetto in materia di negozi patrimoniali e familiari. Tuttavia il giudice, nella sentenza che pronuncia l'interdizione, può dispensare l'interdetto dall'intervento o dall'assistenza del tutore per il compimento di taluni atti di ordinaria amministrazione (art. 427).

2.2.3.1.1.2. Legale (art. 32 c.p.).

L'interdizione legale è una pena accessoria che comporta la perdita della capacità di agire e che consegue alla condanna all'ergastolo o alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni. Ai sensi dell'art. 32 c.p. la durata di tale incapacità è pari alla durata della pena principale.

---

[5] Tale sentenza è, inoltre, provvisoriamente esecutiva: i suoi effetti si producono con la sola pubblicazione, senza attendere il passaggio in giudicato. La sentenza va annotata secondo le modalità previste dall'art. 423: la norma mira a tutelare gli interessi dei terzi, che entrano in relazione con l'interdetto. Tali formalità hanno carattere meramente conoscitivo (pubblicità-notizia), pertanto il loro mancato adempimento non impedisce di prodursi degli effetti della sentenza che dipendono dalla pubblicazione della stessa *ex art.* 421.

[6] Con la L. 9-1-2004, n. 6, l'interdizione non è più obbligatoria, ma deve essere disposta solo qualora ciò si riveli necessario ai fini dell'adeguata protezione dell'incapace. Infatti, qualora il giudice, nel corso del giudizio di interdizione, ritenga opportuno applicare il diverso istituto dell'amministrazione di sostegno, dispone a tal fine la trasmissione degli atti al giudice tutelare.

È qualificata legale in quanto si applica *ex lege* allorché viene emanata la decisione giudiziale e decorre dal momento in cui la condanna diviene definitiva, perdurando anche durante la latitanza del condannato.

Va precisato che l'incapacità dell'interdetto legale concerne tutti gli atti di natura patrimoniale, ma non si estende agli atti aventi carattere personale o familiare (l'interdetto legale può quindi contrarre matrimonio o riconoscere il figlio naturale). Infine si ricordi che l'interdetto legale può testare.

2.2.3.1.2. Inabilitazione.

Il termine "inabilitazione" indica lo stato, giudizialmente dichiarato, di diminuita capacità d'agire di una persona maggiorenne che, per le sue condizioni psichiche e fisiche, non è in grado di provvedere alla cura dei propri interessi patrimoniali.

2.2.3.1.2.1. Ipotesi.

I casi in cui possibile dichiarare un soggetto inabilitato sono tassativamente indicati e sono:

- infermità abituale di mente non così grave da giustificare l'interdizione;
- prodigalità (abitudine a spendere in modo disordinato e smisurato in relazione alle condizioni economiche del soggetto, dedizione a giochi di azzardo) che esponga il soggetto o la sua famiglia a gravi pregiudizi economici;
- abuso di bevande alcooliche o di stupefacenti, quando tali pratiche espongano il soggetto o la sua famiglia a grave pregiudizio economico;
- alcune imperfezioni o menomazioni fisiche, come il sordomutismo o la cecità dalla nascita o dalla prima infanzia, che non siano state accompagnate da un'educazione correttiva tale da assicurare al soggetto una sufficiente autonomia psico-fisica.

2.2.3.1.2.2. Procedimento.

In presenza di tale presupposti, la persona può essere inabilitata (il giudice è chiamato ad accertare in concreto se le condizioni del soggetto rendono necessaria nel suo interesse una limitazione della capacità di agire)

L'inabilitazione può essere chiesta mediante ricorso al Tribunale da: il coniuge; la persona stabilmente convivente; i parenti entro il quarto grado; gli affini entro il secondo grado; il tutore o curatore, il pubblico ministero.

Invece, se l'inabilitando è sottoposto alla potestà dei genitori o a curatela di un genitore, solo il genitore o il P.M., possono promuovere l'inabilitazione.

L'inabilitazione è dichiarata con sentenza costitutiva e provvisoriamente esecutiva, i cui effetti si producono dalla data di pubblicazione

2.2.3.1.2.3. Effetti.

Dal provvedimento l'inabilitazione deriva una incapacità parziale di agire dell'inabilitato. A differenza dell'interdetto, l'inabilitato conserva un margine di capacità di agire in base alla quale:

- l'inabilitato può compiere da solo gli atti di ordinaria amministrazione;
- l'inabilitato ha altresì la capacità di compiere gli atti personali (matrimonio, disconoscimento del figlio naturale);

- per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, invece sono necessari l'autorizzazione del giudice tutelare e il consenso del curatore; tuttavia il giudice, nella sentenza che pronuncia l'inabilitazione, può stabilire che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore;
- per gli atti di disposizione di cui all'art. 375, sono necessari sia l'autorizzazione del tribunale (su parere del giudice tutelare) che l'assistenza del curatore, sole se il curatore non è uno dei genitori dell'incapace.
- infine l'inabilitato (al pari dell'emancipato) può essere autorizzato all'esercizio di impresa commerciale.

2.2.3.2. Incapacità naturale di agire o incapacità di intendere e di volere.

L'incapacità naturale è l'incapacità di intendere e di volere, dovuta a qualsiasi causa, anche transitoria (infermità di mente, sonnambulismo, suggestione ipnotica, delirio febbrile, ubriachezza etc.).

L'incapacità di intendere indica l'incapacità del soggetto a rendersi conto del significato delle proprie azioni; l'incapacità di volere, invece, indica l'incapacità di autodeterminarsi liberamente. In altri termini si fa riferimento alla mancanza di quel minimo di attitudine psichica a rendersi conto delle conseguenze dannose della propria condotta.

L'incapacità di intendere e di volere ha rilevanza giuridica solo quando si può dare la prova rigorosa che il soggetto era effettivamente incapace nel momento in cui compiva l'atto. Tale prova può essere data con qualunque mezzo, anche con test e per presunzioni.

2.2.4. Gli istituti di protezione degli incapaci.

Allo scopo di assicurare una tutela giuridica ai soggetti affetti dalle accennate cause di minorazione, il legislatore ha previsto alcuni istituti detti di "protezione degli incapaci".

2.2.4.1. La potestà dei genitori.

La potestà dei genitori consiste nel potere-dovere di proteggere, educare, istruire i figli minorenni non emancipati e di curarne gli interessi patrimoniali.

La potestà dei genitori, dunque, ricomprende: la cura dei beni e la cura delle persona del minore.

2.2.4.1.1. La cura dei beni del minore.

Per quanto concerne la cura dei beni ciascun genitore può compiere disgiuntamente gli atti di ordinaria amministrazione agendo quale rappresentate del minore.

Gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possono essere compiuti congiuntamente, soltanto allorché ricorrano la necessità o utilità evidente per il figlio o l'autorizzazione del giudice tutelare.

I genitori che esercitano la potestà, hanno infine, l'usufrutto legale dei beni del minore (esclusi quelle di cui all'art. 324, co. 3°). I frutti percepiti devono essere destinati al mantenimento della famiglia.

2.2.4.1.1. La cura della persona del minore.

Per quanto concerne, invece, la cura della persona del minore i genitori devono, nell'esercizio della potestà, proteggere:

- la sicurezza: si tratta in generale del potere di sorveglianza che comprende anche lo specifico potere dio impedire che al figlio l'abbandono della casa dei genitori;
- la salute; i genitori devono adottare provvedimenti idonei a tutelare la salute del minore;
- la moralità: i genitori, ai sensi dell'art. 120, co. 2°, c.p., possono presentare querela per ottenere la punizione di una reato che offenda la persona del minore.

2.2.4.1.2. L'esercizio della potestà parentale.

La potestà sui figli minore è esercitata di comune accordo e, in caso di contrasto su questioni di particolare importanza, ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice (tribunale dei minorenni), il quale suggerisce la soluzione più utile nell'interesse dei figli e dell'unità della famiglia, e, se il contrasto permane, attribuisce il potere di decisione al genitore che ritiene più idoneo a curare l'interesse dei figli.

Si noti che potestà parentale non cessa per separazione, scioglimento, annullamento, né per cessazione degli effetti civili del matrimonio con affidamento dei figli ad uno dei coniugi. L'esercizio esclusivo spetta comunque al genitore non incapace e non impedito; nonché al genitore convivente con il figlio, se i due genitori convivono.

2.2.4.2. La tutela.

2.2.4.2.1. Nozione e natura giuridica.

La t u t e l a è un istituto volto alla protezione di persone ritenute non idonee al perseguimento dei propri interessi, che comporta l'attribuzione di un insieme di poteri e doveri ad un soggetto (il cd. tutore), per provvedere alle necessità dei minori non sottoposti alla potestà dei genitori, e degli interdetti. Esso, pertanto, si configura come un ufficio di diritto privato, gratuito ed irrinunciabile.

2.2.4.2.1. Tipi.

Si conoscono i seguenti tipi di tutela:

- v o l o n t a r i a : quando la designazione del tutore è compiuta dal genitore che esercitato per ultimo la potestà sul minore;
- l e g i t t i m a : quando, mancanza di designazione, la tutela è affidata a perenti prossimi o affini del minore, cominciando dagli ascendenti;
- d a t i v a : quando, sempre in mancanza di designazione, la tutela è affidata ad altre persone scelte liberamente dal giudice tutelare;
- a s s i s t e n z i a l e : si tratta di una tutela residuale che ricorre quando è affidata ad un ente di assistenza o all'ospizio in cui il minore è ricoverato.

2.2.4.2.2. Tutore e protutore.

Per quanto attiene il t u t o r e va detto innanzitutto che, non possono essere nominati tutori:

- persone escluse dalla tutela per disposizione scritta dell'ultimo genitore che ha esercitato la potestà;
- coloro che non hanno libera disponibilità del loro patrimonio;
- tutti gli altri soggetti a cui si riferisce l'art. 350[7].

Insieme al tutore, viene nominato un p r o t u t o r e il quale non è un mero supplente del tutore, ma esercita:

- funzioni ordinari di collaborazione col tutore e di controllo della sua amministrazione;
- funzione straordinarie di promozione della nomina di un nuovo tutore nell'ipotesi in cui il precedente sia venuto meno e di rappresentanza dell'incapace in caso di conflitto di interessi tra questi e il tutore.

2.2.4.2.2.1. Obblighi e poteri del tutore.

Anche il tutore, come il genitore titolare della potestà sui figli, esercita la sua funzione provvedendo alla cura dei beni e alla cura della persona dell'incapace.

Per quanto concerne l'a m m i n i s t r a z i o n e d e i b e n i dell'incapace, il tutore hai i seguenti obblighi:

- procedere all'inventario dei beni dell'incapace;
- tenere regolare contabilità della sua amministrazione, rendendone conto annualmente al giudice tutelare;
- presentare, al termine della tutela, il conto finale dell'amministrazione al giudice tutelare per l'approvazione.

Il tutore:

- compie da solo gli atti di ordinaria amministrazione del patrimonio dell'incapace e quelli necessari per il suo mantenimento;
- compie gli atti di cui all'art. 374 con l'autorizzazione del giudice tutelare;
- compie gli atti di maggiore rilievo di cui all'art. 375 con l'autorizzazione del tribunale, sentito il giudice tutelare.

La funzione di c u r a d e l l a p e r s o n a si esplica essenzialmente mediante l'esecuzione delle direttive dal giudice tutelare e l'adozione di provvedimenti che si rendano necessari per tutelare la sicurezza, la salite e la moralità analogamente a quanto si è visto a proposito della potestà dei genitori.

2.2.4.3. La curatela.

La c u r a t e l a o r d i n a r i a è un ufficio di diritto privato posto a tutela di soggetti parzialmente incapaci legalmente. In virtù di questo istituto, la volontà dell'inabilitato o del minore emancipato viene integrata dall'intervento di un terzo: il curatore, il quale, in particolare, ha funzioni di assistenza, intervenendo negli atti di natura patrimoniale eccedenti l'ordinaria amministrazione compiuti dall'inabilitato o dall'emancipato.

[7] Nel caso in cui l'incapacità all'ufficio tutelare sia sopravvenuta alla nomina, il tutore non decade automaticamente dall'ufficio, ma deve comunque mantenere l'incarico fino a quando non venga sostituito dall'autorità giudiziaria competente.

2.2.4.4. L'amministrazione di sostegno.

AI fine di tutelare le persone prive in tutto o in parte di autonomia, il legislatore ha introdotto, con la L. 9-1-2004, n. 6 (in vigore dal 19-3-2004), l'istituto dell'amministrazione di sostegno, apportando le opportune modifiche alle rigide e talvolta obsolete disposizioni del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, le quali escludono del tutto ovvero limitano fortemente la capacità d'agire.

Per effetto della nuova disciplina, colui il quale sia incapace di provvedere ai propri interessi a causa di infermità ovvero di menomazione fisica o psichica (dipendente da alcolismo, tossicodipendenza, ma anche dall'età avanzata, dal disagio psicofisico di uno stato di degenza o dalla condizione di detenuto), pur non versando dunque in stato di «abituale infermità di mente», può ricorrere al giudice tutelare affinché nomini con decreto un «amministratore di sostegno» indicato dal beneficiario ovvero, in mancanza o in presenza di gravi ragioni che impongano una diversa designazione, scelto dal giudice nell'interesse esclusivo del beneficiario stesso. Possono proporre ricorso (eventualmente congiunto all'istanza di revoca dell'interdizione o inabilitazione) anche il minore, l'interdetto o l'inabilitato, ovvero per lui uno dei soggetti indicati dall'art. 417.

A differenza dell'interdetto (il quale non può donare alcunché, né fare testamento, né unirsi in matrimonio etc.), il beneficiario dell'amministrazione di sostegno conserva la capacità di agire per tutti gli alti che non richiedono la necessaria la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore di sostegno[8].

2.2.5. La sede giuridica della persona.

Il luogo in cui le persone vivono e svolgono la propria attività assume rilevanza per l'ordinamento giuridico, in quanto è necessario che si conosca il luogo dove il soggetto opera e può essere reperito.

2.2.5.1. La dimora.

La dimora è il luogo nel quale il soggetto si trova occasionalmente; ha scarso rilievo giuridico e viene presa in considerazione solo quando non si conosca la residenza, per la notifica di alcuni atti giudiziari, nonché come criterio residuale per determinare la competenza.

2.2.5.2. La residenza.

La residenza implica l'effettiva e abituale presenza del soggetto in un dato luogo, quindi il luogo di abituale dimora. La residenza può essere scelta e mutata liberamente, ma il trasferimento deve essere denunciato nei modi prescritti dalla legge. Si possa avere anche più di una residenza, se la dimora abituale è in più luoghi.

[8] Quest'ultimo, per converso, nel provvedere alla cura ed agli interessi dell'assistito ha l'obbligo di informarlo tempestivamente degli atti da compiere. Gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione delle disposizioni dettate dalla legge, ovvero oltrepassando i limiti fissati dal giudice nel conferimento dell'incarico, o che siano, comunque in contrasto con l'interesse del beneficiario, possono essere annullati su istanza dell'amministratore di sostegno medesimo, del pubblico ministero, del beneficiario e degli eredi o aventi causa di quest'ultimo. Parimenti annullabili sono gli atti compiuti dal beneficiario personalmente in violazione della legge o delle prescrizioni del giudice.

2.2.5.3. Il domicilio.

Il d o m i c i l i o è il luogo ove il soggetto stabilisce la sede principale dei propri affari ed interessi[9]. Non è necessario che il soggetto, di fatto, dimore nel luogo del domicilio.

Esso costituisce una situazione di diritto che consegue alla localizzazione degli affari o interessi, non essendo necessario che di fatto il soggetto dimori nel luogo di domicilio. Il domicilio può essere generale e speciale .

2.2.5.3.1. Generale.

Si denomina domicilio g e n e r a l e quello sopra indicato. Ogni soggetto può avere un solo domicilio generale, il quale può essere:

- v o l o n t a r i o : è quello scelto liberamente dal soggetto, cioè il risultato della sua determinazione e volontà;
- n e c e s s a r i o e l e g a l e : è invece espressamente stabilito dalla legge. Così, ad esempio, il domicilio del minore è nel luogo di residenza della famiglia o del genitore con il quale convive; l'interdetto ha il domicilio del tutore.

2.2.5.4. Speciale o eletto.

Mentre il domicilio, s p e c i a l e o e l e t t o . Si riferisce a determinati atti o affari di una persona e vige per la sola durata del compimento dell'atto o dell'affare: l'elezione di domicilio speciale va fatta espressamente e con atto scritto.

[9] Per le persone giuridiche non si parla di domicilio ma di s e d e . La sede è il luogo ove le persone giuridiche e, in generale, gli enti collettivi svolgono la propria attività ovvero il luogo ove l'imprenditore esercita la sua attività. L'imprenditore deve, all'atto dell'iscrizione nel registro delle imprese, indicare tra l'altro anche la sede dell'impresa. Così la sede delle persone giuridiche e delle società in genere deve essere resa nota nell'atto costitutivo: di conseguenza, il trasferimento della sede sociale, comportando una variazione dell'atto costitutivo, deve essere deliberato dall'assemblea in seduta straordinaria.

Capitolo 3°
Le persone giuridiche e gli enti di fatto

3.1. Le persone giuridiche.

3.1.1. Nozione.

Il nostro ordinamento attribuisce soggettività giuridica sia all'uomo inteso come persona fisica, che a particolari organizzazioni collettive, considerate come soggetti distinti dalle persone fisiche che le compongono e che si definiscono p e r s o n e g i u r i d i c h e .

Per persona giuridica si intende, quindi, quel complesso organizzato di persone e di beni, rivolto alla realizzazione di fini generali o individuali che la singola persona fisica non è in grado di perseguire. La personalità giuridica si acquista automaticamente in presenza di determinate condizioni (società) ovvero in seguito a provvedimento dell'autorità competente.

3.1.2. Autonomia patrimoniale perfetta.

Ogni persona giuridica gode di a u t o n o m i a p a t r i m o n i a l e p e r f e t t a , che consiste nell'autonomia del patrimonio della persona giuridica rispetto a quello dei suoi componenti. Conseguentemente, i beni della persona giuridica appartengono ad essa e non ai singoli partecipanti: ciò significa che i creditori dei singoli partecipanti non possono rivalersi sul patrimonio dell'ente[1].

3.1.3. Tipologie: corporazioni e istituzioni.

Le persone giuridiche si distinguono tradizionalmente in corporazioni e istituzioni.

3.1.3.1. Corporazioni

Per c o r p o r a z i o n e si intende il complesso di persone fisiche, riuniti per il conseguimento di uno scopo, nel quale predomina l'elemento personale.

Le corporazioni in particolare si distinguono in:

- a s s o c i a z i o n i r i c o n o s c i u t e (in senso stretto): se il loro scopo principale non è di natura perfettamente economica (es.: culturale, sportivo, politico);
- s o c i e t à : se perseguono uno scopo lucrativo (società di capitali) o mutualistico (società mutualistiche).

3.1.3.2. Istituzioni.

Per i s t i t u z i o n e si intende, invece, il complesso organizzato di beni destinati ad una determinata opera dalla volontà di uno o più fondatori; nell'istituzione predomina pertanto l'elemento patrimoniale.

---

[1] L'autonomia patrimoniale perfetta, va distintala dall'a u t o n o m i a p a t r i m o n i a l e i m p e r f e t t a che è propria degli enti non riconosciuti e delle società di persone Tale autonomia si dice «imperfetta» in quanto, pur esistendo un fondo comune (su cui, in primo luogo, i creditori fanno valere i loro diritti), sono, inoltre, dalla legge considerati responsabili solidalmente e personalmente con i propri beni, nelle associazioni non riconosciute, anche coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione medesima. Anche le società di persone sono caratterizzate da autonomia imperfetta, in quanto la loro disciplina prevede (limitatamente alle società semplici) casi di liquidazione della quota del socio per suoi debiti personali e sancisce, in generale, la responsabilità illimitata e solidale dei soci (ad eccezione degli accomandanti, nell'accomandita semplice) per le obbligazioni sociali.

Le istituzioni si distinguono in:

- f o n d a z i o n i , caratterizzate, dalla destinazione di un patrimonio privato ad un determinato scopo di pubblica utilità (assistenziale, culturale, scientifico).
- c o m i t a t i r i c o n o s c i u t i : generalmente costituiti per la raccolta di fondi vincolati ad una finalità determinata.

3.1.4. Elementi costitutivi.

Sono e l e m e n t i c o s t i t u t i v i di una persona giuridica: I) una pluralità di persone (elemento personale); II) il patrimonio (elemento reale); III) lo scopo (elemento teleologico); IV) il riconoscimento (elemento formale).

3.1.4.1. Una pluralità di persone.

Una p l u r a l i t à d i p e r s o n e è essenziale per la vita dell'ente, o come soggetti che ne formano la volontà o come destinatari della sua attività. Ed infatti, il venir meno di tutti gli associati è causa di estinzione delle persone giuridiche (art. 27, co. 2°).

3.1.4.2. Il patrimonio.

L'esistenza di un p a t r i m o n i o sufficiente per il raggiungimento dello scopo è essenziale per tutte le persone giuridiche; infatti:

- l'insufficienza del patrimonio è prevista come causa di estinzione delle fondazioni, o, eventualmente, di trasformazione (art. 28);
- la riduzione del capitale sotto il minimo legale è causa di scioglimento delle società di capitali (art. 2484 n. 4);
- nelle associazioni, l'insufficienza del patrimonio è causa di estinzione dell'ente in quanto determina l'impossibilità di conseguire lo scopo (art. 27);

3.1.4.3. Lo scopo.

Lo s c o p o deve essere determinabile e lecito. L'esistenza e il permanere dello scopo, avente i requisiti indicati, giustificano la costituzione e la conservazione di una persona giuridica. Infatti:

- essere deve espressamente indicato nell'atto costitutivo e nello statuto (art. 16);
- l'estinzione, il raggiungimento o la impossibilità sopravvenuta dello scopo sono causa di estinzione della persona giuridica (art. 27); in particolare la fondazione può estinguersi anche perché lo scopo è divenuto di scarsa utilità (art. 28).

3.1.4.4. Il riconoscimento.

I primi tre elementi esaminati (il c.d. substrato materiale) anche se necessari all'esistenza della "persona", non sono però, da soli, sufficienti all'acquisto, da parte di essa, della personalità giuridica, a tal fine occorre un ulteriore elemento formale il r i c o n o s c i m e n t o .

Il riconoscimento è attribuito dalla Regione per le persone giuridiche private che operano nelle materie delegato *ex* D.P.R. 616/77 e le cui finalità si esauriscono nell'ambito di una sola Regione; è attribuito dal Prefetto in tutti gli altri casi.

3.1.5. Vicende delle persone giuridiche.

3.1.5.1. La costituzione.

Affinché la persona giuridica possa entrare a far parte del mondo del diritto, il riconoscimento deve essere preceduto dalla costituzione o formazione dell'ente. Riguardo alla costituzione occorre distinguere tra associazioni e fondazioni:

- la costituzione delle associazioni (in senso lato) si ha attraverso:
  - atto costitutivo: che è il negozio plurilaterale di natura contrattuale da stipulare nella forma dell'atto pubblico, in forza del quale si costituisce l'associazione;
  - lo statuto: che è il documento, redatto nella forma dell'atto pubblico, contemplante le norme che regoleranno la vita dell'ente.
- la costituzione delle fondazioni si ha attraverso:
  - il negozio unilaterale di fondazione: che ha come contenuto la volontà del fondatore a che sorga la fondazione, e può rivestire sia la forma dell'atto pubblico tra vivi che quella del testamento;
  - l'atto di dotazione che opera l'attribuzione dei beni, a titolo gratuito, all'ente da costituire;
  - lo statuto per il quale vale quanto detto per la costituzione delle associazioni.

3.1.5.2. L'estinzione

Fra le cause di estinzione distinguiamo:

- cause comuni ad ogni persona giuridica:
  - cause previste dalla volontà degli associati o del fondatore, es.: scadenza del termine di durata;
  - venir meno dello scopo, per il raggiungimento o per sopravvenuta impossibilità di esso.
- cause di estinzione proprie delle sole associazioni, che sono:
  - il venir meno degli associati;
  - lo scioglimento disposto dall'assemblea.

3.2. Gli enti di fatto

3.2.1. Nozione.

Si intendono per enti di fatto quei complessi organizzati si soggetti e di beni diretti alla realizzazione di uno scopo economico o meno, che non abbino ottenuto o richiesto il riconoscimento.

Sono enti di fatto le associazioni non riconosciute e i comitati non riconosciuti.

3.2.2. Le associazioni non riconosciute.

3.2.2.1. Nozione.

Le associazioni non riconosciute sono organizzazioni stabili di persone per il perseguimento di uno scopo non lucrativo.

Si sostiene pertanto sostenuto che la figura della associazione non riconosciuta si distingue da quella riconosciuta soltanto per un elemento negativo, cioè la mancanza di riconoscimento

3.2.2.2. Autonomia patrimoniale imperfetta.

Anche in tali tipi di enti esiste un autonomia patrimoniale, perché il patrimonio delle associazioni non riconosciute si distingue e si differenzia da quella degli associati.

Tale autonomia è, però imperfetta perché pur esistendo un fondo comune (su, cui, in primo luogo, i creditori fanno valere i loro diritti), per soddisfare le obbligazioni dell'associazione, sono tuttavia responsabili solidalmente e personalmente coloro che hanno agito per conto della associazione.

3.2.2.3. L'organizzazione.

L'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute sono regolati dagli accordi degli associati; anche tali associazioni, quindi, hanno la loro fonte in un atto costitutivo e sono organizzate mediante uno statuto.

3.2.2.4. Il fondo comune,

I contributi degli associati e i beni acquistati dall'ente costituiscono il c.d. "fondo comune" e su di esso possono eventualmente soddisfare i terzi creditori dell'associazione.

3.2.3. I comitati.

3.2.3.1. Nozione.

Il comitato è composto da un gruppo di persone che, attraverso un'aggregazione di mezzi materiali, si propone il raggiungimento di uno scopo, generalmente nell'interesse pubblico e all'uopo cerca contributi per mezzo di pubbliche sottoscrizione o inviti ad offrire.

3.2.3.2. Organizzazione.

Quanto alla struttura giuridica, nell'ambito del comitato, si distingue:

- aspetto soggettivo: costituito dai componenti del comitato (c.d. promotori o organizzatori);
- aspetto oggettivo: che è il risultato dell'attività dei promotori è da luogo ad un aggregazione di mezzi materiali coi quali si persegue lo scopo.

3.2.3.3. Fondo.

Il fondo del comitato si costituisce con le offerte ("oblazioni") dei singoli promotori. Tali oblazione sono versate, di regola, in seguito a richieste del comitato ed hanno il carattere di donazioni manuali (e come tali sono esenti dall'onere della forma dell'atto pubblico).

3.2.3.4. Responsabilità.

Circa la responsabilità dei membri del comitato, distinguiamo:

- responsabilità verso gli oblatori: i componenti del comitato sono responsabili personalmente e solidalmente verso gli oblatori della conservazione del patrimonio e della sua destinazione allo scopo stabilito;

- responsabilità verso i terzi creditori: tutti i componenti del comitato (non solo quelli che hanno agito, come nel caso delle associazioni non riconosciute) sono risposabili solidalmente e personalmente delle obbligazioni assunte dal comitato sempre che quest'ultimo non abbia acquistato la personalità giuridica. Essi però, possono esigere che gli oblatori effettuino le oblazioni promesse e lasciate ineseguite.

In conclusione, non sussiste mai una responsabilità del "comitato come tale", ma dei suoi componenti.

Capitolo 4°
I fatti e gli atti giuridici

4.1. I fatti giuridici in generale.

4.1.1. Nozione

Sono qualificati giuridici quei fatti, cioè quei comportamenti umani o quelli accadimenti naturali, al cui verificarsi l'ordinamento ricollega il prodursi di effetti giuridici.

4.1.2. Classificazione.

La principale distinzione che si opera in seno alla categoria dei fatti giuridici è tra:

- fatti giuridici in senso stretto: sono tali quei fatti in cui manca del tutto la volontà umana (es.: fulmine) o tale volontà, secondo la considerazione fatta dall'ordinamento giuridico, gioca un ruolo indifferente (es.: semina);
- atti giuridici (detti anche atti umani): questi sono invece i fatti caratterizzati da un'attività umana consapevole e voluta, posta in essere da un soggetto capace (non è, pertanto, rilevante, l'atto di volontà di un demente), cui l'ordinamento attribuisce il potere di modificare la realtà esterna.

4.2. Gli atti giuridici.

Riepilogando quindi, atti giuridici sono tutti quei comportamenti consapevoli e volontari che danno luogo ad effetti giuridici.

Ora in relazione al rapporto intercorrente tra la volontà dei soggetti e le conseguenze giuridiche che l'atto produce, gli atti giuridici si distinguono in atti giuridici in senso stretto e negozi giuridici.

4.2.1. Gli atti giuridici in senso stretto.

Gli atti giuridici in senso stretto (o meri atti giuridici) sono quei comportamenti consapevoli e volontari che rilevano come meri presupposti di effetti giuridici. In essi, infatti, gli effetti giuridici non sono disposti dagli autori, ma predeterminati dalla legge.

Pertanto, la volontà dei soggetti ha ad oggetto solo il compimento dell'atto (e talora la generica determinazione del contenuto) e non la determinazione degli effetti (ad es.: l'intimidazione a pagare produce la mora del debitore inadempiente anche se il creditore in ipotesi non conosce quest'effetto).

4.2.2. I negozi giuridici.

I negozi giuridici (o atti di autonomia negoziale) sono, invece, quegli atti (consapevoli e volontari), le cui conseguenze giuridiche sono determinate, nei limiti del rispetto delle norme imperative, dai soggetti agenti (es. compravendita). In tali atti, cioè, la volontà del soggetto è volta non solo al compimento dell'atto, ma anche alla determinazione degli effetti.

4.3. La pubblicità dei fatti giuridici.

La legge prescrive e organizza la p u b b l i c i t à di alcune categorie di fatti giuridici per soddisfare l'interesse generale a che tale fatti sia riconoscibili da chiunque. Si distinguono tre forme di pubblicità:

- la p u b b l i c i t à - n o t i z i a : ha lo scopo di rendere determinati fatti giuridici conoscibili da chiunque, ma sua omissione pur potendo dar luogo a sanzioni pecuniari o penali, non incide sulla validità e sull'opponibilità ai terzi del fatto che ne costituisce oggetto (es.: la pubblicazioni matrimoniali);
- la p u b b l i c i t à - d i c h i a r a t i v a : ha lo scopo di rendere opponibile ai terzi il fatto giuridico "pubblicizzato": in sua mancanza l'atto resta valido tra le parti ma non è opponibile ai terzi (es. la trascrizione in ordine ai negozi dispositivi di beni immobili);
- la p u b b l i c i t à - c o s t i t u t i v a : si ha quando la pubblicità è un requisito necessario per la costituzione di un rapporto giuridico es., il diritto di ipoteca nasce solo con l'iscrizione nei registri immobiliari (art. 2808);
- la p u b b l i c i t à - s a n a n t e : è una eccezionale ipotesi in cui la trascrizione ha la funzione di sanare gli eventuali vizi dell'atto. I n. 6, 7, 8, 9, dell'art. 2652 prevedono l'inopponibilità ai terzi (in presenza di determinate circostanze) dei vizi dell'atto, seppure annullabile, di modo che ulteriori aventi causa possano acquistare i diritti validamente (effetto conservativo della trascrizione).

4.3.1. La pubblicità in relazione alle varie categorie di beni.

I modi di rendere pubbliche le situazioni giuridiche mutano a seconda della natura del bene al quale si riferiscono, infatti:

- per i beni mobili vige la regola il possesso vale titolo: in generale è sufficiente la materiale apprensione del bene per giustificarne la titolarità (c.d. pubblicità di fatto);
- per i beni mobili registrati, ai fini della pubblicità, è necessaria l'iscrizione negli appositi registri (es.: nella vendita di automobili la registrazione al P.R.A.);
- per i beni immobili è necessaria, infine, la trascrizione nei registri immobiliari.

Capitolo 5°
Il negozio giuridico

5.1. Nozione.

Il negozio giuridico è una manifestazione di volontà proveniente da una o più parti diretta a creare, modificare o estinguere una situazione giuridica meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

Detto in altri termini il negozio giuridico è una manifestazione di volontà diretta alla produzione di effetti giuridici riconosciuti e garantiti dall'ordinamento.

Il negozio giuridico, costituisce la manifestazione più importante della c.d. autonomia privata, e cioè della potestà riconosciuta ai soggetti privati di regolare da sé i propri interessi.

5.2. Elementi del negozio.

Tradizionalmente gli elementi del negozio giuridico si distinguono in: I) elementi essenziali ("*essentialia negotii*"); II) elementi c.d. naturali ("*naturalia negotii*"); III) elementi accidentali ("*accidentalia negotii"*).

5.2.1. Gli elementi essenziali.

Sono generalmente considerati elementi essenziali: 1) uno o più parti; 2) la volontà; 3) la forma; 4) la causa.

Accanto a tali elementi, comuni a tutti i negozi, ve ne sono altri che sono richiesti solo per alcuni (così ad esempio l'oggetto è richiesto solo nei negozi "patrimoniali", per l'assicurazione è richiesto un rischio, etc.).

5.2.2. Gli elementi naturali.

Oltre agli elementi essenziali, tradizionalmente si parla anche di elementi naturali (per es. nella compravendita sono naturali la garanzia per i vizi della cosa e la garanzia per la evizione altrui).

Tuttavia essi non sono veri e propri elementi, ma piuttosto debbono considerarsi effetti impliciti di un particolare negozio o del negozio in generale. infatti per la loro produzione non è necessario un esplicito richiamo da parte degli autori del negozio, pur rilevando una volontà contraria.

5.2.3. Gli elementi accidentali.

Sono quegli elementi che non fanno parte del tipo astratto, ma che in concreto possono essere, in ossequio al principio dell'autonomia negoziale, liberamente apposti dalle parti. Essi, a differenza degli elementi essenziali, non incidono sul piano della validità del negozio ma ne condizionano solo l'efficacia. I principali elementi accidentali, comuni a tutti i negozi, sono il termine, la condizione ed il *modus*.

5.3. I requisiti soggettivi.

Sono le condizioni che mettono il soggetto in grado di porre in essere il negozio e cioè:

- la capacità giuridica e d'agire;

- la legittimazione: cioè il potere del soggetto dì disporre di una determinata situazione giuridica. Solitamente la mancanza di legittimazione comporta l'inefficacia dell'atto. Di regola il soggetto è legittimato a disporre delle situazioni soggettive di cui è titolare (salvo alcuni casi: es. il fallito) e solo eccezionalmente può disporre della sfera giuridica altrui per legge (es. azione surrogatoria) o per mezzo di un autorizzazione privata (es. rappresentanza volontaria).

5.4. La classificazione dei negozi giuridici.

5.4.1. In relazione alla struttura soggettiva.

Per quanto attiene la classificazione del negozio giuridici in base alla struttura soggettiva vedi il capitolo successivo.

5.4.2. In relazione alla natura dei rapporti.

A seconda della natura dei rapporti oggetto del negozio (familiari, personali etc.) distinguiamo i negozi non patrimoniali che generalmente attengono alla sfera dei rapporti familiari (es. matrimonio) e negozi patrimoniali, che riguardano rapporti economicamente valutabili (ad esempio, tutti i contratti).

5.4.3. In relazione al corrispettivo.

I negozi patrimoniali, possono essere a loro volta:

- onerosi o a titolo oneroso, quando all'attribuzione in favore di un soggetto faccia riscontro un corrispettivo a carico dello stesso (es. compravendita);
- gratuiti o a titolo gratuito, quando manchi tale corrispettivo, essendo il negozio diretto ad accrescere il patrimonio altrui senza controprestazione[1].

Di taluni negozi la legge presume la gratuità (es. contratto di deposito), di altri, invece presume l'onerosità (es. contratto di mutuo, di mandato)[2].

5.4.4. In relazione all'evento "morte".

Quanto all'incidenza sul negozio "dell'evento morte", distinguiamo:

- negozi a causa di morte (o *mortis causa*): nel nostro ordinamento è previsto un solo negozio *mortis causa*, il testamento, e sono vietati tutti i patti successori (art. 458[3]) e le "donazioni *mortis causa*". Nel testamento la morte della persona incide nel senso che soltanto al suo verificarsi si producono gli effetti;

---

[1] Il negozio gratuito è comunque caratterizzato da un interesse patrimoniale di chi si obbliga o trasferisce, come ad esempio nel caso di un pianista che si esibisce gratuitamente per farsi conoscere dal pubblico. Il ritorno pubblicitario non può considerarsi una controprestazione, tale da qualificare il contratto come oneroso, ma rappresenta pur sempre un interesse economico, che ne esclude il carattere liberale.
È necessario quindi distinguere, il negozio gratuito dal contratto di donazione, che è un atto di liberalità caratterizzato da un interesse non patrimoniale. Tutti gli atti di liberalità sono atti gratuiti, ma quest'ultimo non presentano necessariamente l'intento di compiere una liberalità.

[2] La differenza tra negozi gratuiti e negozi onerosi incide sulla disciplina: l'acquirente a titolo gratuito generalmente protetto meno intensamente rispetto a quello a titolo oneroso.

[3] L'art. 458 c.c. sancisce la nullità di ogni convenzione con cui taluno si impegna a disporre della propria successione (patti successori istitutivi) e di qualsiasi altro atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta (patti successori dispositivi), o rinunzia ai medesimi (patti successori rinunziativi).

- negozi *inter vivos* sono tutti gli altri, che prescindono da tale presupposto.

5.4.5. In relazione alla manifestazione di volontà.

In relazione alla manifestazione di volontà si distinguono:

- negozi di dichiarazione: sono quelli in cui il soggetto (espressamente o tacitamente) esprime la proprio volontà dichiarandola;
- negozi di attuazione: sono quelli in cui l'agente, senza porsi in relazione con altri soggetti, attua, attraverso un comportamento concludente, immediatamente la propria volontà: es. distruzione del testamento olografo.

5.4.6. In relazione agli effetti.

In relazione agli effetti si distinguono:

- negozi dispositivi: che modificano una situazione preesistente. Esse possono essere costitutivi (es. costituzione d servitù), modificativi (es. cessione del credito), estintivi (es. remissione);
- negozi dichiarativi: che comportano delle trasformazioni nelle situazioni giuridiche senza tuttavia mutarne il contenuto esterno. Esempio tipico di questa trasformazione interne si ha nel caso della ricognizione di debito (art. 1988) ove si produce il "rafforzamento" del credito attraverso l'eliminazione di una eventuale situazione di incertezza e tramite l'interruzione della prescrizione.

Capitolo 6°
La parte

6.1. La parte.

6.1.1. Nozione

Il negozio giuridico è espressione della volontà di uno o più parti.

Per "parte" del negozio giuridico, infatti, non è da intendere il singolo soggetto, bensì ciascun centro di interessi. All'interno, poi, di ciascuna "parte" può aver rilevanza il numero di persone che forma la parte stessa.

6.1.2. Parte in senso formale e parte in sostanziale.

Dall'identificazione della parte con il centro di interessi di cui il negozio è espressione, deriva la distinzione tra:

- parte in senso formale, con la quale si indica l'autore del negozio, cioè colui che emette dichiarazioni negoziali con le quali si costituisce il rapporto. La parte in senso formale deve essere determinata, pena l'inesistenza del negozio.
- parte in senso sostanziale, con la quale si indica il soggetto cui sono direttamente imputati gli effetti giuridici del negozio. La parte in senso sostanziale è sufficiente che si determinabile, come avviene ad esempio, nel contratto a favore del terzo; deve invece essere determinabile fin dall'inizio nei negozio c.d. *intuitu personae*.

6.1.3. La cooperazione e la sostituzione.

Normalmente il negozio giuridico è posto in essere e concluso dal soggetto nella cui sfera giuridica è destinato a produrre gli effetti giuridici e, pertanto, parte formale e parte sostanziale coincidono.

Ricorrono però dei casi in cui al soggetto interessato si affianca o si sostituisce un'altra persona che collabora con lui.

Si parla genericamente di cooperazione per indicare le ipotesi in cui il soggetto che si affianca resta estraneo al rapporto che si costituisce, senza cioè divenirne parte (come avviene nel caso del *nuncius*, o del mediatore).

Si parla invece di sostituzione nell'attività giuridica nei casi in cui un soggetto ha il potere di sostituirsi ad un altro nel compimento di un negozio, divenendo parte (in senso formale) del negozio stesso ma rimanendo estraneo agli effetti che da questo scaturiscono (es.: rappresentanza: vedi *infra*).

6.2. Classificazione dei negozi giuridici in base alla loro struttura soggettiva.

La distinzione dei negozi giuridici in relazione alla loro struttura soggettiva si fonda non già sul numero delle persone che partecipano alla formazione, bensì sul concetto di parte.

Pertanto, a seconda del numero delle parti, distinguiamo: I) negozi unilaterali (se composti da una sola parte); II) negozi bilaterali e plurilaterali (se composti da due o più parti).

6.2.1. Negozi unilaterali.

6.2.1.1. Unipersonali e pluripersonali.

I negozi unilaterali si distinguono in:

- negozi soggettivamente semplici o unipersonali: in cui la manifestazione di volontà proviene da una sola persona fisica;
- negozi unilaterali pluripersonali: che promano da più persone, le quali costituiscono, però una parte unica. Nell'ambito di tale categoria si distinguono le seguenti figure:
  - atto collettivo: le dichiarazioni di volontà, provenienti da più persone e tendenti ad un comune effetto giuridico, si fondono in un unico atto; all'interno esse restano distinte perché riferibili ad interessi facenti capo a più soggetti, anche se eventualmente identici;
  - atto collegiale: in cui le dichiarazioni di volontà di fondono e formano la volontà di un soggetto diverso e propriamente di una persona giuridica. Es.: deliberazione dell'assemblea di una società per azioni. Esso si forma sulla base del principio maggioritario, a differenza dell'atto collettivo e di quello complesso che esigono la volontà concorde di tutti i soggetti;
  - atto complesso: più manifestazioni di volontà, che aventi lo stesso contenuto ed espressione di un unico interesse si fondono in una sola volontà unitaria[1].

6.2.1.2. Recettizi e non recettizi.

I negozi unilaterali, inoltre, si distinguono in:

- negozi recettizi: sono quelli che, per produrre effetti, devono essere portati a conoscenza di una determinata persona, alla quale devono essere comunicati o notificati[2] (esempio: una disdetta);
- negozi non recettizi: sono quelli che producono effetti in virtù della sola manifestazione di volontà (esempio: il testamento).

6.2.2. Negozi bilaterali o plurilaterali

Se le parti sono più di una, si ha il negozio bilaterale (se sono due) o plurilaterale (se sono più di due)[3].

6.2.3. Le differenze tra negozi bi-plurilaterali e negozi unilaterali.

Le differenze tra negozi bi-plurilaterali e negozi unilaterali riguardano:

[1] La rilevanza della distinzione tra atto collettivo e complesso risiede nel fatto che mentre nell'atto collettivo le volontà non si fondono, e quindi il vizio di una dichiarazione non vizia la deliberazione collettiva, nell'atto complesso le volontà si fondono, ne consegue che il vizio di una dichiarazione vizia tutta la deliberazione.

[2] L'art. 1335 stabilisce una presunzione di conoscenza valida per tutte le dichiarazione recettizie (e quindi anche per la proposta, l'accettazione e la loro revoca), che si reputano conosciute al momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di esser stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia

[3] Esempi di negozi bilaterali sono: la compravendita, il mandato, etc. Esempio di negozio plurilaterale è invece, il contratto di società.

- la formazione della volontà: i negozi unilaterali si perfezionano quando la manifestazione di consenso ha avuto luogo (negozi non recettizi) o è giunta a conoscenza del destinatario (negozi recettizi), mentre quelli bi-plurilaterali si perfezionano a seguito dell'incontro della volontà delle parti;
- l'interpretazione del negozio: nei negozi unilaterali si deve indagare sulla volontà di una parte, negli altri sulla volontà comune;
- la disciplina dei singoli negozi: nei casi in cui manca una controparte o un destinatario dell'atto viene a mancare la ragione di essere di taluni istituti (es. requisiti di riconoscibili dell'errore, simulazione, etc.).

6.3. La rappresentanza.

6.3.1. Nozione.

La rappresentanza, può definirsi come quella figura di sostituzione per cui un determinato soggetto (rappresentante) compie il negozio nell'interesse di un altro soggetto (rappresentato).

Caratteristica peculiare della rappresentanza è, appunto, l'intervento del rappresentante a gestire un interesse altrui, di guisa che un eventuale interesse proprio del rappresentante ha rilevanza solo nei rapporti interni.

6.3.2. Rappresentanza diretta e indiretta.

Della rappresentanza abbiamo due forme: diretta e indiretta

6.3.2.1. Diretta.

Si ha rappresentanza diretta, quando il rappresentante agisce non solo per conto (e cioè nell'interesse), ma anche in nome del rappresentato. In tal caso si ha la spendita del nome altrui (*contemplatio domini*[4]) e il verificarsi degli effetti del negozio direttamente ed unicamente nella sfera giuridica del rappresentato.

Il rappresentante che stipula in nome del rappresentane è parte in senso formale del negozio; parte in senso sostanziale è il rappresentato, che assume la titolarità del rapporto negoziale.

La rappresentanza diretta implica l'esistenza di dure differenti rapporti tra rappresentante e rappresentato:

- un rapporto avente rilevanza esterna, in virtù del quale il rappresentante acquista la legittimazione spendere il nome del rappresentato nei rapporti coi terzi: tale rapporto trova la sua fonte nella procura (vedi *infra*);
- un rapporto interno, detto di gestione, in virtù del quale il rappresentante è tenuto a compiere un'attività giuridica che incide nella sfera d'interessi del rappresentato; tale rapporto trova di solito la sua fonte, nel mandato (vedi *infra*), ma può derivare anche da figure contrattuali)es. società, lavoro subordinato, agenzia etc.).

[4] La *contemplatio domini* consiste nella dichiarazione, resa ai terzi, di agire nell'interesse e nel nome del rappresentato alla fine di compiere le scelte di gestione e di formare ala volontà negoziale. Essa non richiede particolari forma, ma deve essere esplicita e non equivoca.

6.3.2.2. Indiretta.

Si ha rappresentanza indiretta, quando il rappresentante agisce solo per conto, ma non in nome del rappresentato.

In tal caso il rappresentante agisce in nome proprio, senza spendere il nome del rappresentato e gli effetti giuridici del negozio si realizzano nella sfera giuridica del rappresentante, per cui sarà necessario il compimento di un'ulteriore attività affinché tali effetti possano riversarsi definitivamente in capo al rappresentato; ciò comporta che, nonostante taluni effetti traslativi si producano direttamente in capo al rappresentato, questi non assume la veste di parte dei contratto, né in senso formale, né sostanziale[5].

6.3.3. Rappresentanza legale e volontaria.

La rappresentanza può essere:

- legale: trova la sua fonte esclusivamente nella legge e nei soli casi dalla legge previsti: es.: i genitori hanno la rappresentanza legale dei figli minori di età;
- volontaria: trova la sua fonte esclusivamente nella volontà dei soggetti. Essa è conferita attraverso un apposito negozio, la procura[6].

A riguardo, si ricordi, che non si può avere rappresentanza legale (né volontaria) in tutti quei casi in cui, anziché di incapacità di agire, ricorre una limitazione della capacità giuridica, come l'incapacità di contrarre matrimonio prima dei 16 anni.

6.3.4. Procura.

6.3.4.1. Nozione e natura.

La procura, è il negozio giuridico unilaterale recettizio col quale una persona conferisce ad un'altra il potere di rappresentarla.

È un atto a rilevanza esterna, perché incide sui rapporti esterni tra il rappresentato ed i terzi: il rappresentante, infatti, acquista il potere di impegnare direttamente il rappresentato con i terzi coi quali viene in contatto.

6.3.4.2. Differenze con il mandato.

Mentre il mandato è un contratto stipulato tra il mandante (rappresentato) e mandatario (rappresentante), in forza del quale il mandatario si impegna a compiere uno o più negozi, per conto del mandante, con la conseguenza che effetti negoziali cadranno nella sfera giuridica del mandatario, il quale però è obbligato, attraverso atti successivi, a riversare questi effetti nella sfera giuridica del mandante.

Quindi mentre la procura attribuisce un potere al rappresentate il mandato fa sorgere un obbligo giuridico in capo al mandatario. Il mandato può essere con o senza procura, nel primo caso abbiamo rappresentanza diretta nel secondo invece siamo di fronte ad una rappresentanza indiretta.

[5] La rappresentanza indiretta, per le sue caratteristiche e per il fatto che ad esse in genere ricorre chi vuole conseguire gli effetti di un atto pur non figurando come parte, è anche chiamata interposizione reale di persona. È detta "reale", cioè effettiva, proprio perché voluta dalle parti. Essa si distingue nettamente dalla c.d. interposizione fittizia che, invece, è un caso di simulazione soggettiva del negozio ed è, perciò non reale tra le parti.

[6] La rappresentanza volontaria non può trovar luogo in tutti quei negozi per il cui compimento la legge non ammette soggetti diversi dal titolare del diritto (testamento, donazione, matrimonio).

Ricapitolando dunque:

- la procura è un negozio unilaterale, costitutivo di poteri per il rappresentate, mentre il mandato è un contratto (pertanto un negozio bilaterale), costitutivo di obbligo per le parti e destinato a regolare i rapporti interni tra rappresentante e rappresentato (rapporto gestorio);
- la procura può essere connessa ad un negozio diverso dal mandato (es.: rapporto institorio, che è un rapporto di lavoro);
- il mandato può essere stipulato anche senza l'attribuzione del potere di rappresentanza: il mandatario assume l'obbligo di compiere un'attività giuridica per conto del mandante senza avere il potere di agire in nome di questi, il rapporto si riconduce nella figura della rappresentanza indiretta.

6.3.4.3. Forma.

La p r o c u r a deve essere conferita con la stessa forma prescritta dalla legge per il negozio che il rappresentante deve concludere (art. 1392 c.c.).

Pertanto, la procura a vendere un bene immobile esige la forma scritta a pena di nullità, giacché tale requisito formale è richiesto dalla legge *ad substantiam* per le compravendite immobiliari (art. 1350).

Se poi il negozio da concludere richiede la forma scritta *ad probationem* (es.: la transazione) anche la procura dovrà assolvere tale onere formale ai fini probatori.

Al di fuori di tali ipotesi, comunque, la forma della procura è libera, ed è perciò improprio definire l'atto in esame un negozio formale: essa può essere infatti conferita anche verbalmente o, per comportamenti concludenti (vedi *infra*).

6.3.4.4. Tipologia.

A seconda della forma la procura può essere:

- e s p r e s s a : se l'interessato esplicitamente conferisce ad un soggetto il potere di rappresentanza (anche verbalmente);
- t a c i t a : se risulta da fatti concludenti (es.: il commesso del negozio addetto alle vendite è autorizzato a vendere).

A seconda della portata dei poteri:

- g e n e r a l e : se riguarda tutti gli affari del rappresentato. La procura generale comprende, di regola, solo gli atti di ordinaria amministrazione;
- s p e c i a l e : se riguarda solo uno o più affari determinati;

Inoltre può essere:

- r e v o c a b i l e : lo è generalmente, essendo per lo più conferita nell'interesse del rappresentato;
- i r r e v o c a b i l e : tale è la c.d. *procura in rem propriam*, cioè quella conferita anche nell'interesse del rappresentante o di terzi; anche in questo caso, però può essere revocata se ricorre una giusta causa o se è diversamente stabilito.

6.3.4.5. Modalità di estinzione della procura.

La procura si estingue: I) per scadenza del termine o per verificarsi della condizione risolutiva; II) per effetto del compimento del negozio (nella procura speciale); II) per la morte, la sopravvenuta incapacità o il fallimento del rappresentato o del rappresentante; IV) per la rinuncia del rappresentate; V) per l'estinzione del rapporto di gestione; VI) di regola, per revoca del rappresentato, espressa o tacita[7].

6.3.4.6. Cautele poste dalla legge a tutela dei terzi.

Poiché la procura opera nei confronti dei terzi, la legge prescrive una serie di cautele diretta a tutela quest'ultimi. Infatti:

- il terzo che contratta col rappresentante ha diritto di chiedere a questo la giustificazione dei suoi poteri, e cioè l'esibizione della procura (art. 1393);
- al fine di salvaguardare i terzi dal pericolo che potrebbe loro derivare dal contrattare con un falso procuratore, l'art. 1397 sancisce l'obbligo per il rappresentante di restituire il documento dal quale risultano i suoi poteri quando questi sono cessati;
- l'art. 1396 sancisce l'obbligo di portare a conoscenza dei terzi, con mezzi idonei, la revoca (nonché ogni modificazione) della procura; in mancanza revoca e modificazione non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che gli stessi ne erano a conoscenza al momento della conclusione del contratto. Ugualmente le altre cause di estinzione del potere non sono opponibili ai terzi che le hanno senza colpa ignorate.

6.3.5. Capacità, vizi della volontà e stati soggettivi rilevanti nel negozio concluso dal rappresentante.

6.3.5.1. Capacità.

Affinché il negozio compiuto nell'esercizio del potere di rappresentanza, è necessario che il rappresentato abbia la capacità d'agire, non solo sotto il profilo della attribuzione del potere di spendita del nome, ma anche nel senso di essere in grado di subire le conseguenze dell'attività di gestione. Ne consegue che se ad una persona è vietato acquistare un certo diritto l'acquisto non potrà essere fatto neppure per mezzo di un rappresentante.

Mentre per il rappresentante è sufficiente in concreto la capacità di intendere e di volere avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto. Infatti poiché, gli effetti dell'atto stipulato dal rappresentante incidono sul patrimonio del rappresentato, la legge dà la facoltà a rappresentato di affidare la cura dei suoi intesse anche a un minorenne, purché questi sia in grado di rendersi conto del valore degli atti che compie: nello scioglierlo, il rappresentato esprime la sua fiducia in lui e assume il rischio delle conseguenze.

[7] Giova ribadire che la revoca è il negozio unilaterale col quale il rappresentato priva di efficacia la procura, estinguendo il potere del rappresentante. In questo caso la revoca opera *ex nunc*, quindi gli atti compiuti dal rappresentate fino a tale momento sono perfettamente efficaci.

6.3.5.2. Vizi della volontà e stati soggettivi rilevanti.

La volontà costitutiva del negozio compiuto nell'esercizio del potere di rappresentanza è quella del rappresentante. Per vizi della volontà e per gli stati soggettivi di buona o mala fede si guarda perciò alla persona del rappresentante. Di conseguenza, il negozio sarà annullabile se è viziata la volontà del rappresentante, per errore violenza o dolo.

Può però accadere che il rappresentato determini preventivamente alcuni elementi del negozio (ad esempio, scelga la cosa da acquistare lasciando al rappresentante il compito di negoziare il prezzo entro limiti determinati): con riferimento a tali ipotesi il codice sancisce che, se il vizio riguarda elementi predeterminati dal rappresentato, il negozio è annullabile se è viziata la volontà di questo.

Comunque, per il principio in base a cui la mala fede non riceve mai tutela, il contratto è sempre annullabile se il rappresentato era in mala fede, non potendogli giovare in nessun caso la buona fede del rappresentante[8].

6.3.6. Abuso di potere, eccesso e difetto di potere.

6.3.6.1. Abuso di potere.

Il rappresentante deve agire nell'interesse del rappresentato. Si ha quindi "abuso di potere" quando il rappresentate, pur fornito di potere di rappresentanza, abbia fatto cattivo uso di esso agendo per un fine diverso da quello da quello per cui il potere gli era stato conferito, cioè perseguendo un interesse proprio o di terzi in contrasto con gli interessi del rappresentato.

Va rilevato che per configurare l'abuso non è indispensabile l'esistenza di un danno patrimoniale attuale del *dominus*. Il danno infatti può anche conseguire alla lesione di un interesse morale del rappresentato o essere solo potenziale e comunque si considera insito nel fatto che l'interesse perseguito è contrastante con quello del *dominus*[9].

La legge prevede il fenomeno dell'abuso di rappresentanza in due norme della quali una (art. 1394) sancisce l'annullabilità dell'atto compiuto dal rappresentante in conflitto di'interessi col rappresentato, l'altra (art. 1395) prevede un ipotesi particolare, il "contratto con se stesso".

6.3.6.1.1. Il conflitto d'interessi.

Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo (art. 1394).

Un limite all'annullabilità del contratto deriva dunque dalla necessità di tutelare l'affidamento incolpevole del terzo: il contratto resta infatti valido se il terzo non conosceva o

[8] Cosi se conoscevo che fra Tizio e Caio era stata posta in essere una vendita simulata in base alla quale il fondo di Tizio era stato trasferito a Caio, la simulazione sarà a me opponibile anche se Sempronio (il rappresentante di cui mi sono servito per acquistare il fondo da Caio) era in buona fede.

[9] Si pensi ad esempio, al caso in cui il rappresentato dia facoltà al rappresentate di vender un appartamento per una somma non inferiore a 40 milioni e il rappresentante, pur avendo ricevuto un'offerta di 50 milioni, preferisca stipulare il negozio di vendita con un amico per la somma di 40 milioni. In tal caso, il rappresentante sacrifica l'interesse del rappresentato per soddisfare l'interesse proprio o di un terzo pur rimanendo formalmente nei limiti dei poteri a lui conferiti col negozio di procura.

non avrebbe potuto conoscere, usando l'ordinaria diligenza, il conflitto d'interessi tra il rappresentante e il rappresentato.

Il conflitto di interessi di cui all'art. 1394 sussiste se il rappresentanza persegue interessi propri e di terzi incompatibili con quello del rappresentato, cosicché l'utilità conseguita o conseguibile dal rappresentate o dal terzo corrisponda o possa corrispondere un danno del rappresentato[10].

Tale incompatibilità va accertata non in termini astratti ed ipotetici, ma con riferimento al singolo atto, di modo che è ravvisabile esclusivamente rispetto al contratto le cui intrinseche caratteristiche consentono al rappresentante di ottenere vantaggi solamente passando attraverso il sacrificio del rappresentato

Se il conflitto d'interessi si verifica nella rappresentanza legale è prevista la nomina di un curatore speciale o di un protutore.

6.3.6.1.2. Il contratto con se stesso.

Un'ipotesi particolare di conflitto d'interessi si ha nel contratto che il rappresentante conclude con se stesso, nella duplice veste di contraente in proprio o di rappresentante di un altro soggetto, o di rappresentante di due distinti soggetti (ad es. il rappresentante, incaricato nella vendita di una certa merce, la vende a se stesso o ad un'altra persona da lui stesso rappresentata, cd. doppia rappresentanza).

In questo caso, la possibilità di abuso da parte del rappresentante è evidente, per cu il contratto è annullabile su istanza del rappresentato, salvo due ipotesi: I) che via sia stata esplicita autorizzazione del rappresentato; II) che il contenuto del contratto sia determinato in modo da escluder la possibilità di conflitto d'interessi (es. il commesso di vendita acquista allo stesso prezzo di vendita imposto al pubblico il prodotto del suo datore).

6.3.6.2. Eccesso e difetto di potere.

L'art. 1388 sancisce che il contratto concluso dal rappresentato in nome e per conto del rappresentato vincola costui soltanto nei limiti della facoltà conferitegli. Pertanto:

- si ha eccesso di potere quando il rappresentante abbia oltrepassato i limiti conferitogli con la procura;
- si ha difetto di potere, invece nel caso di "*falsus procurator*", del soggetto cioè, che sia finto rappresentante senza aver i poteri.

In entrambi i casi il contratto resta inefficace, a meno che l'interessato non lo ratifichi. Tale inefficacia vale tanto verso il rappresentato, perché il potere di rappresentanza non esisteva, quanto verso il rappresentante, perché non era con questo che il terzo intendeva costituire il rapporto contrattuale.

Il rappresentante senza potere è tenuto a risarcire il terzo contraente del danno che questo abbia sofferto per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto

[10] Ad esempio ricorre conflitto di interessi se il rappresentante, senza essere specificatamente autorizzato, costituisce un'ipoteca sui beni del rappresentato per garantire non un debito di quest'ultimo ma di un terzo, poiché in tal caso cura l'interesse del terzo e non del rappresentato e compie quindi un atto in conflitto di interessi con quest'ultimo.

La responsabilità del *falsus procurator* è di natura patrimoniale ed egli è tenuto a risarcire l'interesse negativo (come dal danno emergente e dal lucro cessante), cioè l'interesse del terzo a non essere partecipe o destinatario di un atto inefficace o invalido.

6.3.6.3. Ratifica.

Tuttavia, in entrambi le ipotesi, la legge riconosce al rappresentato il potere di far acquistare efficacia al negozio concluso a mezzo della r a t i f i c a .

La ratifica è dunque il negozio unilaterale mediante il quale lo pseudo-rappresentato rende efficace nei propri confronti il negozio compiuto dal *falsus procurator* o dal rappresentante che abbia ecceduto i limiti della procura, accettandone gli effetti e sanando, in tal modo, l'originario difetto di legittimazione del rappresentante.

La ratifica è un negozio recettizio. Può essere espressa o tacita, cioè per *facta concludentia*; quanto alla forma è necessaria quella richiesta per il negozio da ratificare. La ratifica ha effetto retroattivo; sono però fatti salvi i diritti acquisiti nel frattempo dai terzi[11].

Il terzo e colui che ha contrattato come rappresentante possono però, d'accordo sciogliere il contratto prima della ratifica (art. 1399, co. 3°). Al terzo, poi la legge, riconosce la facoltà di invitare l'interessato a ratificare entro un certo termine, scaduto il quale si presume come diniego di ratifica[12].

[11] A tal proposito, nessun problema sorge per i beni mobili, per i quali vale il principio per cui il possesso vale titolo. Per i beni immobili, la regola dell'art. 1399, co. 2° va coordinata con l'art. 2644 che regola gli effetti della trascrizione: sarà salvo il diritto del terzo acquirente se egli ha trascritto il suo acquisto prima della trascrizione della ratifica.

[12] La facoltà di ratifica, essendo una facoltà a contenuto patrimoniale, fa parte del patrimonio dell'interessato e, come tale è trasferibile ai suoi eredi.

Capitolo 7°
La volontà

7.1. Concetto.

Per volontà si intende l'interesse delle parti a conseguire gli effetti previsti nel negozio che hanno posto in essere.

La volontà passa attraverso un momento di esteriorizzazione. Durante tali fasi possono intervenire dei fattori di disturbo a cagionare il formarsi di una volontà viziata o una divergenza tra dichiarazione e la volontà.

7.2. I vizi della volontà.

Si intendono per "vizi della volontà" quegli elementi perturbatori che si inseriscono nel processo formativo della volontà fuorviandola e determinandone una formazione anomala. I vizi della volontà cui la legge attribuisce rilevanza sono: I) l'errore; II) il dolo; III) e la violenza morale.

Tali vizi non producono quale conseguenza la nullità, bensì l'annullabilità del negozio viziato, e legittimano i soggetti interessati, all'impugnativa nel termine di cinque anni.

Bisogna precisare che in presenza di un vizio, la volontà non manca, né è difforme dalla dichiarazione. Essa nasce semplicemente "malata": in quanto a causa dell'incidenza del vizio, il soggetto ha posto in essere un atto che altrimenti non avrebbe compiuto.

7.2.1. L'errore vizio.

7.2.1.1. Nozione.

Per errore vizio o errore motivo si intende una falsa rappresentazione della realtà, che ha indotto un soggetto a concludere un negozio che, in assenza di errore, non avrebbe concluso. Es.: compro aceto credendo di comprare vino.

L'errore è di fatto quando cade sugli elementi del contratto o su circostanze esterne ad esso, mente è di diritto quando riguarda norme giuridiche.

7.2.1.2. I requisiti di rilevanza dell'errore.

Affinché l'errore possa essere causa di annullabilità del negozio deve essere riconoscibile e essenziale[1].

7.2.1.2.1. Riconoscibilità.

L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo in quanto palese.

[1] A riguardo si ricordi che la parte che è caduta in errore non può domandare l'annullamento del contratto se, prima che possa derivargliene pregiudizio, l'altra parte offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che essa intendeva concludere (mantenimento del contratto rettificato: art. 1432).

In altri termini affinché l'errore possa essere considerato causa di annullabilità è necessario, che l'altra parte abbia la possibilità di riconoscerlo. Il requisito della riconoscibilità risponde al generale criterio di protezione dell'affidamento; è giusto venir incontro al contraente che è caduto in errore, ma non per questo si deve sacrificare l'altra parte che ha concluso il contratto in buona fede.

7.2.1.2.2. Essenzialità

L'errore oltre ad essere riconoscibile, deve anche essere essenziale, cioè tale da avere determinato la parte a concludere il negozio.

In base all'art. 1429 c.c. è essenziale:

- innanzitutto quando ricade sul tipo di negozio (*error in negotio*), es. credevo di aver concluso una compravendita invece ho concluso una donazione;
- quando ricade sull'oggetto del negozio (*error in corpore*), es. credevo di aver comprato vino invece ho comprato aceto;
- sulla quantità e qualità dell'oggetto (*error in substantia*), es. credevo di aver comprato un vino di 10° invece ne ho comprato uno di 7°;
- sull'identità e sulla qualità della persona, es. credevo di aver a che fare con una persona solvibile invece ho a che fare con una persona piena di debiti;
- quando trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del negozio.

7.2.1.2.3. Errore di diritto.

Il concetto di "errore di diritto" deve essere rettamente inteso se non si vuol creare un contrasto tra il principio della sua rilevanza e quello "*error iuris non excusat*". A tal proposito bisogna distinguere tra: I) errore sulle conseguenze giuridiche del negozio; II) errore nella valutazione di una situazione giuridica.

Nel primo caso l'errore non scusa in quanto la sua rilevanza si traduce nell'elusione del principio suddetto ("*error iuris non excusat*").

Nel secondo caso invece, l'errore rileva e legittima la richiesta di annullamento (sempreché l'errore sia riconoscibile dall'altro contraente) del negozio per errore di diritto in quanto il soggetto in tal caso non intende sottrarsi alla forza imperativa della legge, bensì semplicemente chiedere l'eliminazione di un negozio che è frutto di una volontà formatasi in modo viziato (purché naturalmente sussistano gli altri requisiti: essenzialità e riconoscibilità).

È ad esempio annullabile il negozio col quale Tizio ignorando l'esistenza di un divieto di costruire, acquista un fondo col chiaro intento di costruirvi un edificio.

7.2.1.3. Altri tipi di errori.

7.2.1.3.1. Errore su motivi.

Non è considerato essenziale e quindi non rileva ai fini dell'annullabilità l'errore sui motivi che hanno indotto il soggetto a porre in essere il negozio[2].

[2] C'è l'esempio tradizionale de funzionario statale che acquista una casa di abitazione dove crede – ma erroneamente – di essere trasferito.

Tuttavia l'errore sui motivi, purché risulti dall'atto e sia stato determinante del consenso, ha rilevanza in due negozi a titolo gratuito: I) donazione; II) testamento.

7.2.1.3.2. Errore di calcolo.

L'errore di calcolo non dà luogo ad annullamento del contratto, ma solo a rettifica, tranne che concretandosi in errore sulla quantità, sia stato determinante del consenso.

7.2.2. Il dolo.

Si intende per dolo ogni artificio o raggiro[3] con cui un soggetto (*deceptor*), induce un altro soggetto (*deceptus*) a concludere un negozio, che, in assenza di dolo, non avrebbe concluso o avrebbe concluso a condizioni diverse.

Il dolo, quindi, vizia la volontà agendo sull'intelligenza mediante l'inganno con l'indurre in errore l'autore del negozio: un tale errore, proprio perché dipende dall'altrui inganno, è sempre rilevante, indipendentemente dal fatto che sia essenziale o meno; riconoscibile o meno, di fatto, di diritto o ricadente sui motivi.

Con il dolo inoltre si lede la libertà negoziale della vittima, costituendo il comportamento doloso un illecito, l'ingannato può limitarsi a chiedere il risarcimento del anche danno anche senza agire per l'annullamento del contratto.

7.2.2.1. Requisiti.

Il dolo, per poter essere rilevante a fini dell'annullamento del negozio:

- deve essere determinante, cioè tale che senza di esso l'altra parte non avrebbe contrattato;
- deve provenire da uno o più contraenti, ovvero qualora provenga da un terzo, deve essere noto alla parte che ha tratto vantaggio[4].

7.2.2.2. Differenza tra violenza e dolo.

Prima di concludere è utile rilevare la differenza tra violenza e dolo:

- Il dolo, per aver rilevanza deve provenire dall'altro contraente o, quando meno essergli noto (ovviamente sempreché si tratta di negozio bi o plurilaterali);
- La violenza produce l'annullabilità del negozio anche se esercitata da un terzo e ciò anche se l'altra parte sia ignara della violenza.

7.2.2.3. *Dolus bonus e dolus malus.*

Bisogna fare una distinzione tra *dolus bonus* e *dolus malus*. Per *dolus bonus* si intendono quegli accorgimenti pubblicitari che utilizzano i commercianti per vendere i loro prodotti; questo tipo di dolo è assolutamente legale e non rileva ai fini dell'annullamento del negozio.

Mentre il *dolus malus* è il vero e proprio dolo di cui già si è data la definizione.

---

[3] Per raggiro si intende ogni avvolgimento subdolo della psiche altrui tale da indurre in errore. L'artifizio è una finzione idonea a dare ad altri una falsa percezione della realtà.

[4] Nei negozi unilaterali mancando la controparte, il dolo invalida in ogni caso il negozio da chiunque esercitato ed anche se resti del tutto ignoto agli interessati. La regola è stata costantemente applicata ai *negozi mortis causa* in relazione ai quali il dolo assume comunemente il nome di captazione.

7.2.2.4. *Dolus incidens e dolus causam dans*

Rispetto all'incidenza del dolo si distingue tra:

- dolo determinante (*dolus causam dans*) è quello senza il quale il negozio non sarebbe stato concluso: esso determina l'annullabilità del negozio cui si aggiunge la responsabilità dell'autore del dolo, tenuto a risarcire il danno[5];
- dolo incidente (*dolus incidens*) è quello senza il quale il negozio sarebbe stato ugualmente concluso, ma a condizioni meno gravose: in tal caso il negozio resta valido, ma il contraente in mala fede è tenuto a risarcire i danni all'altro.

7.2.3. La violenza morale.

La violenza morale consiste nella minaccia di un male ingiusto e notevole posta in essere per determinare un soggetto a compiere un negozio, che in assenza di violenza non avrebbe concluso.

7.2.3.1. Differenza con la violenza fisica.

Dalla definizione data di violenza morale si evince la differenza con la violenza fisica:

- nella violenza fisica il soggetto è materialmente costretto a compiere l'atto senza averne minimamente la volontà;
- in caso di violenza morale, invece, è la sua volontà ad essere coartata in un determinato senso, per cui volontà vi è, ma è viziata.

Ciò giustifica la differenza di regime delle due figure: nullità assoluta in caso di violenza fisica, annullabilità in caso di violenza morale.

7.2.3.2. Differenza con il timore reverenziale.

La violenza morale va tenuta distinta dal c.d. timore reverenziale cioè il timore che il soggetto nutre, a prescindere da specifiche, minacce esterne nei confronti di una persona che si presenta ai suoi occhi, per le più svariate ragioni, gravemente severa ed autorevole. In tal caso il negozio non è annullabile.

7.2.3.3. Requisiti.

La violenza consiste nella minaccia di un male, ma non ogni minaccia rende il negozio annullabile. Il male minacciato deve infatti essere:

- notevole: nel senso che ci deve essere un grande divario tra il male è la capacità di reazione di chi lo subisce;
- ingiusto: ci si riferisce allo strumento antigiuridico che è stato utilizzato per operare la minaccia. È ovvio che la violenza non è ingiusta quando si minaccia di far valere un diritto[6]. Quando però la minaccia di far valere un diritto è diretta a conseguire vantaggi ingiusti, essa può essere causa di annullamento del contratto[7];

[5] Il comportamento del *deceptor* costituisce di per sé un illecito che obbliga a risarcire il danno. Pertanto l'azione di danni può essere esperita anche senza proporre l'azione di annullamento del contratto.

[6] Es.: un creditore, di fronte all'inadempimento della controparte, al fine di ottenere una garanzia che rafforzi il suo credito, minaccia di agire in giudizio a tutela del suo diritto.

[7] Es.: un individuo aspira da molto tempo ad acquistare un bene immobile e si è sempre trovato di fronte al rifiuto del proprietario. Si supponga che l'aspirante acquirente, presumendo di essere a conoscenza di un illecito penale commesso dal proprietario dell'immobile, minacci di denunciarlo all'autorità giudiziaria arsolo fine di

- diretto alla persona o ai beni dello stesso contraente: tuttavia va precisato che la violenza è causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni del coniuge contraente o di un discendente o ascendente di costui[8].

Si ricordi inoltre che qualora la violenza fisica sia esercitata da un terzo il contratto sarà ugualmente annullabile e, a differenza di quanto dettato in materia di dolo, è irrilevante che il contraente sia stata a conoscenza di quanto compiuto dal terzo.

7.3. Casi di mancanza di volontà (c'è manifestazione o dichiarazione, ma non volontà).

7.3.1. Dichiarazioni non serie ("*Docendi causa*", "*ioci causa*" etc.).

Abbiamo evidenziato, che nell'ipotesi in cui vi sia un vizio della volontà, quest'ultima benché si sia formata "male", è conforme alla dichiarazione. Ci sono casi invece in cui c'è dichiarazione ma non volontà.

Tali dichiarazioni, dal contenuto apparentemente giuridico, non hanno alcun valore in quanto mancano di quei caratteri di riconoscibilità necessari per attribuire ad una condotta umana il valore di impegno; chi le recepisce è perfettamente in grado di rendersi conto di una mancanza della volontà dell'atto.

Si tratta delle dichiarazioni fatte durante una rappresentazione (es.: teatrale) o emesse a scopo didattico (*docendi causa*) o per scherzo (*ioci causa*).

7.3.2. Violenza fisica (o assoluta).

Va inoltre ricordata che un ulteriore caso in cui si ha assenza totale della volontà, che ricorre quando un soggetto emette una manifestazione di volontà negoziale perché costretto a viva forza da un altro soggetto (violenza fisica o assoluta).

Un negozio concluso in queste condizioni è assolutamente nullo (o addirittura inesistente) in quanto manca del tutto non solo la volontà ma la stessa dichiarazione, che è imputabile all'autore della violenza, e non già al soggetto che ne diviene lo strumento; quest'ultimo, non può rimanere impegnato essendo la dichiarazione a lui riferibile soltanto materialmente.

7.4. Casi di divergenza tra volontà e dichiarazione.

Ci sono casi in cui invece c'è una volontà, ma non corrisponde ad essa una dichiarazione conforme. Si tratta delle ipotesi della riserva mentale, dell'errore ostativo, e della simulazione.

7.4.1. Riserva mentale.

Si ha riserva mentale quando il soggetto intenzionalmente dichiara cosa diversa da quella che vuole, senza alcuna intesa col destinatario della dichiarazione stessa e senza che quest'ultimo sia in grado di accorgersi della divergenza: è evidente, in questo caso, che la riserva, rimanendo esclusivamente interna al dichiarante, non ha alcuna conseguenza ed il negozio è perfettamente valido ed efficace.

---

indurlo a vendere il bene. Il proprietario, acconsente suo malgrado a stipulare il contratto, che deve pertanto ritenersi annullabile.

[8] Va osservato che il legislatore ha limitato la possibilità di addurre come cause perturbatrici del volere i pericoli incombenti su più lontani congiunti o amici, rimettendo in tal coso l'annullabilità del contratto al prudente valutazione del giudice.

7.4.2. Errore ostativo.

L'errore ostativo[9] è quello che cade sulla dichiarazione (es.: dico 100 e volevo 1000) oppure sulla trasmissione della dichiarazione stessa (es. volevo telegrafare "10" ma per errore l'addetto al telegrafo trasmette "100").

È chiaro che, l'errore ostativo, a differenza dell'errore vizio, non è un vizio della volontà, in quanto non incide sul processo formativo della stessa, ma determina una divergenza tra la volontà, che si è esattamente formata, e la dichiarazione a causa di una svista materiale sulla dichiarazione.

Riepilogando quindi nel caso di errore vizio la dichiarazione è quindi voluta, sia pure in base ad una volontà difforme da quella ipotetica, mentre nel caso di errore ostativo essa è del tutto divergente dalla volontà

7.4.2.1. Disciplina.

Questa fattispecie è stata assimilata dal legislatore *tout court* a quella del c.d. errore vizio con conseguente unitarietà della disciplina. La spiegazione sta nel fatto che il legislatore ha dato rilevanza alla dichiarazione più che alla volontà, al fine di tutelare l'affidamento del non errante. In altri termini il legislatore ha prevista l'annullabilità del negozio viziato, sia in presenza di un errore vizio sia in presenza di un errore ostativo.

7.4.3. Simulazione.

7.4.3.1. Nozione ed elementi essenziali.

Si ha simulazione quando le parti d'accordo, pongono in essere deliberatamente dichiarazioni difformi dall'interno volere; le parti cioè pongono in essere un negozio giuridico del quale non vogliono gli effetti (simulazione assoluta), ovvero si propongono di realizzare effetti diversi da quelli tipici del negozio posto in essere (simulazione relativa).

Tre sono gli elementi della simulazione:

- divergenza voluta: cioè un consapevole contrasto tre la dichiarazione e l'effettiva intenzione di chi la pone in essere;
- accordo simulatorio: cioè un intesa, precedente e coeva alla dichiarazione, reciproca delle parti sulla divergenza tra il negozio stipulato e il loro effettivo rapporto. Tale elemento vale a distinguere la simulazione dalla riserva mentale, in cui manca intesa tra i soggetti;
- intenzione di ingannare i terzi: il fine di ingannare è immanente nella simulazione e, come tale, di per sé non illecito.

7.4.3.2. Simulazione assoluta.

Si ha simulazione assoluta quando le parti pongono in essere un dato negozio (c.d. negozio simulato o fittizio), ma in realtà non vogliono alcun negozio (è il caso di chi simula di vendere i suoi beni per sottrarli ad un'esecuzione forzata).

[9] È importante distinguere l'errore ostativo dalla *falsa demostratio*, la quale consiste nell'indicazione erronea di una persona (ad esempio, con un nome, anziché un altro) o di un bene (ad esempi, in una planimetria, con un colore anziché un altro) quando, peraltro, non vi è incertezza alcuna in ordine alla sua identificazione. Proprio tale certezza rende l'erronea indicazione del tutto irrilevante.

7.4.3.3. Simulazione relativa.

Ricorre, invece, la s i m u l a z i o n e r e l a t i v a quando le parti pongono in essere un dato negozio (c.d. negozio simulato o fittizio), ma in realtà vogliono un negozio diverso (c.d. negozio dissimulato o occulto).

Si pensi, ad esempio, ad una donazione a cui corrisponde in apparenza una compravendita, allo scopo di sottrarre il bene all'azione di riduzione ad opera di eredi legittimari.

La simulazione relativa può essere:

- s o g g e t t i v a (c.d. interposizione fittizia): si ha i n t e r p o s i z i o n e f i t t i z i a quando la parte sostanziale del contratto è diversa da quella che appare e che, invece presta solo il proprio nome. L'interposizione fittizia presuppone l'accordo simulatorio tra i tre soggetti che vi partecipano (contraente apparente, contraente effettivo e controparte), occorre perciò che l'altro contraente, oltre ad essere informato dell'intesa raggiunta, dia ad essa la propria consensuale adesione, sicché il negozio si conclude con la costituzione di un vincolo contrattuale da cui effetti il prestanome resta nella sostanza escluso[10];
- o g g e t t i v a : la quale a sua volta può riguardare:
  - la natura del negozio: ad esempio si fa apparire vendita ciò che è donazione;
  - un suo elemento, quale l'oggetto, il prezzo o anche un elemento accidentale, come nel caso in cui si faccia apparire condizionata un negozio puro e viceversa.

7.4.3.4. Effetti della simulazione.

7.4.3.4.1.1. Tra le parti.

Tra le parti h a e f f e t t o l a r e a l t à d e l l a s i t u a z i o n e o c c u l t a t a sotto l'apparenza del negozio simulato. In particolare bisogna distinguere:

- in caso di simulazione assoluta, il negozio simulato non produce effetto alcuno[11];
- in caso di simulazione relativo, distinguiamo:
  - in negozio simulato (fittizio) non produce alcun effetto;
  - il negozio dissimulato (occultato), in quanto voluto produce gli effetti se ha i requisiti di sostanza (es. liceità) o di forma (es. atto pubblico) richiesti dalla legge[12].

7.4.3.4.1.2. Di fronte ai terzi.

Il problema degli effetti della simulazione nei confronti dei terzi[13] va risolto in base al principio della tutela del'affidamento, per cui:

[10] L'interposizione fittizia va distinta dalla i n t e r p o s i z i o n e r e a l e che si verifica nella rappresentanza indiretta quando il rappresentante agisce solo per conto, ma non nel nome del rappresentato: egli è parte del negozio e perciò non c'è simulazione.

[11] Esempio: se in seguito ad un vendita simulata, il simulato acquirente pretende di esercitare i diritti nascenti dall'atto simulato, il simulato alienante può far dichiarare (con sentenza di accertamento) la simulazione della vendita.

[12] Quindi, nello stipulare un atto di compravendita che cela in realtà una donazione, è necessario che le parti rispettino i requisiti prescritti per la donazione stessa (atto pubblico di due testimoni).

- i terzi pregiudicato dal contratto simulato sono, senz'altro, interessati a dedurre la simulazione e posso farne dichiararne la nullità;
- i terzi subacquirenti in buona fede che, avendo fatto affidamento sulla dichiarazione, hanno acquistato diritti dal titolare apparente fanno salvo il loro diritto; la simulazione infatti, non può essere loro opposto ne dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione[14].

7.4.3.4.1.3. Nei confronti dei creditori.

A riguardo bisogna opera la seguente distinzione:

- i creditori del simulante alienante possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti (quando ad esempio, essendo uscito un bene dal patrimonio del loro debitore, diminuisce la garanzia del loro credito).
- i creditori del simulato acquirente si distinguono in:
  - creditori garantiti da pegno o da ipoteca sui beni che hanno formato oggetto della simulata alienazione: la simulazione è in opponibile nei loro confronti perché vantano un diritto reale sui beni stessi;
  - creditori chirografari, cioè non garantiti poiché essi non vantano un diritto specifico sui beni: la simulazione è loro opponibile, a meno che non abbiano già compiuto, in buon fede, atti di esecuzione sui beni stessi.

7.4.3.4.1.4. Conflitto tra creditori.

Ricorre tale conflitto se i creditori del simulato alienante e del simulato acquirente vogliono, tutti soddisfarsi – in mancanza di altri beni – sui beni oggetto del contratto simulato. La legge tutela:

- i creditori del simulato alienante, quando il loro credito è anteriore all'atto simulato (in tal caso, infatti, essi hanno fatto affidamento su quei beni che sono usciti dal patrimonio sono apparentemente)[15];
- i creditori del simulato acquirente, quando il credito dei creditori del simulato alienante è successivo all'atto simulato; manca, infatti, il motivo anzidetto per tutela quest'ultimi.

7.4.3.5. L'azione di simulazione.

Per fare accettare la simulazione, il soggetto interessato deve adire l'Autorità Giudiziale con una speciale azione, la c.d. azione di simulazione. È questa un'azione di mero accertamento.

---

[13] Sono terzi tutti coloro che in base alla situazione reale vantano un diritto che risulta escluso, in opponibile o ridotto rispetto all'atto simulato.

[14] Si faccia l'ipotesi di Tizio che, con vendita simulata, aliena il fondo Tuscolano a Caio, il quali profittando dell'apparenza che lo rende proprietario di quel bene, lo vende a Sempronio che è in buona fede. In questo caso, Tizio non può apporre a sempronio la simulazione, salvo che la trascrizione della domanda di simulazione si avvenuta prima della trascrizione dell'acquisto di Sempronio.

[15] Prevalgono, in ogni caso (anche quindi, se il credito posteriore), se hanno trascritto la domanda di simulazione prima della trascrizione del pignoramento ad opera dei creditori del simulato acquirente

Legittimati attivi sono le parti ed i terzi interessati, cioè i terzi attualmente o potenzialmente pregiudicati dalla situazione apparente.

7.4.4. Distinzione con il negozio indiretto e il negozio fiduciario.

La simulazione deve essere distinta dal negozio indiretto e dal negozio simulato

7.4.4.1. Il negozio indiretto.

Ricorre la figura del n e g o z i o i n d i r e t t o quando i soggetti, per raggiungere, l'effetto perseguibile attraverso un determinato negozio, seguono una via indiretta, servendosi di un negozio tipico che viene adattato ad uno scopo diverso che ne costituisce la causa

Esempio: anziché vendere un immobile ad soggetto, gli si rilascia un mandato irrevocabile ad amministrare l'immobile, senza obbligo di rendiconto, e ad alienarlo: il mandatario avrà poteri equivalenti a quelli del proprietario.

Tale negozio è valido, purché non si in frode alla legge e non tenda a realizzare motivi illeciti comuni ad entrambe le parti.

Il negozio indiretto di distingue da quello simulato in quanto le parti vogliono realmente gli effetti giuridici del negozio, che sono strumentali rispetto al fine ulteriore perseguito.

7.4.4.2. Il negozio fiduciario.

La figura del n e g o z i o f i d u c i a r i o ricorre quando un soggetto, per un fine ristretto, conferisce un ampio potere ad un'altra parte, che assume l'obbligo personali di servirsi della posizione acquisita entro i limiti di quel fino.

Esempio: vendita a scopo di garanzia (Tizio ottiene un prestito da Caio al quale trasferisce come garanzia, la proprietà di un immobile, nella fiducia che l'immobile gli sarà restituivo al pagamento del debito).

Va distinto dal negozio simulato, in quanto questo trasferisce il diritto solo in apparenza, mentre il negozio fiduciario trasferisce realmente il diritto, al fiduciario, anche se solo temporaneamente.

Capitolo 8°
La forma

8.1. La forma come manifestazione di volontà.

8.1.1. Nozione.

Affinché, la volontà del soggetto sia idonea a produrre gli effetti che si propone, cioè ad acquistare rilevanza giuridica, è necessario che essa sia manifestata, affinché sia resa riconoscibile ai terzi.

Il mezzo con cui si manifesta la volontà negoziale, è la forma. Essa è elemento essenziale del negozio giuridico, in quanto non può mancare in nessuno negozio: una volontà puramente interna, cioè non manifestata all'esterno, è infatti giuridicamente irrilevante.

8.1.2. Le modalità della manifestazione

A seconda dei modi in cui la volontà viene manifestata, si distingue tra:

- dichiarazione espressa: si attua con parole, scritti, cenni..., cioè con qualunque mezzo che renda palese agli altri il nostro pensiero;
- manifestazione tacita (cd. "*per facta concludentia*"): consistente in un comportamento che sarebbe incompatibile, "secondo il comune modo di pensare e di agire", con una volontà contraria, (c.d. fatti dimostrativi): per es. la restituzione del documento del credito equivale alla dichiarazione che si vuole rimettere il debito.

8.1.2.1. Il valore del silenzio.

Ci si chiede se il silenzio possa costituire una valida manifestazione di volontà: di per sé esso costituisce un "contegno equivoco e neutro", insuscettibile quindi a dar vita ad un negozio.

Ciò non esclude peraltro che un precedente accordo delle parti, la legge o la consuetudine, possa attribuire al silenzio un significato positivo o negativo: in tal caso, esso costituisce, per la dottrina, una dichiarazione espressa di volontà, perché idoneo a rendere direttamente palese agli altri la volontà dei soggetto.

Al di fuori dei casi in cui il silenzio, per le circostanze che lo accompagnano, assume un significato sicuro, comunque, nessuno può unilateralmente attribuire un significato particolare al silenzio altrui: non è ammissibile, quindi, inviare ad altri una proposta di contratto con l'avvertenza che il silenzio verrà interpretato come accettazione, qualora non vi sia stato un precedente accordo in tal senso tra le parti[1].

[1] Non si confondi questo caso con l'ipotesi in cui, data la natura del contratto o data la volontà del proponente, l'accettante può dare esecuzione al contratto prima che l'accettazione arrivi al proponente (vedi capitolo dei contratti).

8.2. Il principio della libertà.

Nel nostro ordinamento vige il principio della libertà della forma, espressione di quello dell'autonomia contrattuale, che consente al dichiarante di emettere la dichiarazione di volontà nella forma che preferisce.

8.2.1. Limiti al principio della libertà

8.2.1.1. Forma "*ad substantiam*".

In alcuni casi, però, l'ordinamento subordina la validità del negozio all'uso di una forma determinata ("*ad substantiam*"). Solo in tal caso la forma è requisito giuridico dell'atto, ne diviene, cioè elemento essenziale con conseguente nullità in caso di mancata osservanza (negozi solenni o formali).

L'art. 1350 elenca i casi in cui è prevista la forma scritta *ad substantiam*, casi che riguardano quasi sempre negozi che hanno per oggetto cose immobili. Inoltre per molti contratti la legge prescrive la forma pubblica, vuol dire che il negozio deve essere concluso da un pubblico ufficiale.

8.2.1.2. Forma "*ad probationem*".

Talora la forma scritta è richiesta dalla legge per la prova del negozio (forma *ad probationem*). Esempio: per l'art. 1967 la transazione deve essere provata per iscritto.

In tal caso, la mancata osservanza dell'onere formale non influisce sulla validità del negozio, ma solo sulla possibilità di provarlo: quando la forma scritta è richiesta "*ad probationem*" viene infatti esclusa la prova per testimoni o per presunzioni semplici, ma basta un documento scritto, anche posteriore, dal quale risulti che una volontà sia stata comunque manifestata[2].

8.2.1.2.1. Forma volontaria o convenzionale

Le parti, infine, possono stabilire la necessità di una forma particolare per un futuro negozio che dovranno stipulare (forma convenzionale).

A riguardo l'art. 1352. c.c. afferma che "Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo."

Tale determinazione volontaria, comunque, non è possibile quando è stabilita dalla legge una determinata forma o una forma più rigorosa.

[2] Va rilevato che anche quando la forma è prevista "*ad substantiam*" si applicano le limitazioni di cui sopra.

Capitolo 9°
La causa

9.1. Nozione.

La manifestazione di volontà non è fine a se stessa né tanto meno può costituire l'espressione di un irragionevole capriccio, ma deve tendere a realizzare uno scopo che sia oggettivamente apprezzabile.

Ogni atto di autonomia privata deve avere una sua ragione d'essere, una sua funzione che corrisponda a un'esigenza normalmente avvertita nell'ambito sociale ed economico. Non ci si può seriamente obbligare senza un adeguata giustificazione dell'obbligo che vogliamo assumere, ossia senza una causa.

Ad esempio, non è configurabile come causa giuridica la semplice intenzione di trasferire la proprietà di una cosa, ma deve essere individuato lo "scopo" del trasferimento, che può essere quello della vendita, della donazione, del conferimento in società.

Pochi concetti giuridici hanno avuto una elaborazione altrettanto travagliata (con risultati diametralmente opposti l'uno dall'altro) come quello di causa. La spiegazione è nel fatto che lo strumento della causa è senza dubbio il punto di passaggio obbligato dell'indagine sui rapporti tra autonomia privata e ordinamento giuridico e relativi controlli.

Tradizionalmente la causa viene indicata, come la f u n z i o n e e c o n o m i c o - s o c i a l e che il contratto è obiettivamente idoneo a produrre (es.: lo scambio del bene con il prezzo, nel contratto di compravendita); tuttavia, oggi trova un seguito sempre maggiore, sia in dottrina che in giurisprudenza, la teoria della causa in concreto, secondo la quale la causa del contratto non coincide con la funzione economico-sociale che il contratto è, in astratto, in grado di perseguire (la quale in realtà costituisce il "tipo"), bensì è la funzione pratica che le parti concretamente perseguono mediante l'accordo contrattuale.

La necessità di distinguere la "causa" dal "tipo" emerge chiara e netta se si considera che qualora la causa venisse identificata con la funzione economico–sociale, cioè con il tipo, dovrebbe negarsi la possibilità che ci si possa essere un problema di liceità della causa in presenza di contratti tipici, perché non sarebbe possibili concepire un tipo legale contra legem.

9.1.1. Differenza con i motivi.

La causa deve essere distinta dallo scopo particolare che ciascuno dei contraenti persegue, vale a dire dai m o t i v i che possono aver indotto il soggetto a stipulare il contratto. I motivi sono impulsi, desideri, bisogni puramente individuali, che non entrano a far parte della struttura dell'atto ma restano nella sfera personale del soggetto e appunto per questo, di norma, sono irrilevanti per il diritto[1].

[1] Un esempio chiarirà meglio la differenza. In tema di locazione, vari e molteplici possono essere i motivi che inducono il locatore a locare la sua proprietà (egli può locare in quanto è stato trasferito in altra città, o perché ha deciso di investire così il suo danaro, etc.) e vari e molteplici possono essere i motivi che spingono il locatario (può darsi che egli trovi conveniente quell'immobile in quanto vicino al posto di lavoro, o confortevole, o panoramico. etc.). Comunque, per quali e quanti siano i motivi che spingono entrambe le parti, lo scopo oggettivo, costante ed immutabile che esse si propongono di raggiungere con la locazione è sempre uno solo: far godere ad altri un bene dietro corrispettivo.

Dalla differenza tra causa e motivi discende una diversità di disciplina: mentre, infatti, la causa è elemento essenziale del negozio ed è rilevante a molteplici fini, i motivi sono normalmente irrilevanti, salvo particolari eccezioni.

9.2. Negozi causali e astratti.

In funzione della causa si suole distinguere tra i negozi casuali e i negozi astratti. Nei negozi causali la causa, è desumibile dal contesto dell'atto (causa interna)

Mentre nei negozi astratti la causa non è desumibile dal contesto dell'atto, ma da elementi esterni, cioè la giustificazione causale va rinvenuta all'esterno (causa esterna)

9.3. La causa come canone di differenziazione tra differenti categorie negoziali.

In base alla causa, i negozi giuridici possono essere:

9.3.1. Negozi tipici (o nominati).

Sono quelli corrispondenti ai tipi fissati dalla legge, forniti di una propria denominazione (e perciò detti "nominati") e di una specifica ed autonoma disciplina (vendita, locazione...). Sono detti pure negozi a causa tipica.

Tra gli altri, sono tipici tutti i negozi personali e di diritto familiare (nel cui ambito minore rilievo assume l'autonomia privata), nonché tutti i negozi unilaterali.

9.3.2. Negozi atipici (o innominati: art. 1322 c. 2°).

L'art. 1322 c.c.[2] concede la possibilità alle pari oltre che di arricchire un tipo contrattuale già fissato, anche di dar vita a "schemi atipici", in quanto meglio adattatisi all'interesse perseguito.

I negozi atipici sono quindi quei negozi che non rispondono a tipi previsti e particolarmente disciplinati e denominati dalla legge.

9.3.2.1. Il giudizio di meritevolezza.

Secondo l'art. 1323 c.c.[3] il contratto atipico è egualmente soggetto alle norme generali sul contratto a condizione però di aver previamente superato l'esame circa la meritevolezza dell'interesse perseguito, esame previsto e quindi imposto dal secondo comma dell'art. 1322 c.c.

Il giudizio di meritevolezza si incentra nella valutazione dell'idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa.

9.3.3. Negozi misti.

I negozi misti costituiscono una categoria particolare di negozi atipici: essi, infatti, sono il risultato della combinazione di una pluralità di frammenti di schemi tipici che si

[2] Art. 1322 (autonomia contrattuale): "Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico."

[3] Art. 1323 (norme regolatrici dei contratti): "Tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo."

fondono e si condizionano vicendevolmente. Tali schemi non sono dunque suscettibili di autonoma e separata considerazione, perché perdono la loro individualità.

La giurisprudenza considera ad esempio, contratto misto di vendita e mandato quello con cui un soggetto, obbligandosi allo svolgimento di un attività promozionale per la diffusione di un prodotto, ottiene l'esclusiva per la vendita del prodotto stesso.

A riguardo si contrappongono in sostanza due diverse teorie. Secondo la teoria dell'assorbimento la disciplina del contratto sarebbe quella del tipo contrattuale prevalente. Secondo la teoria della combinazione la disciplina sarebbe complessa nel senso che i vari profili andrebbero disciplinati sulla base del riferimento del tipo contrattuale

9.3.4. Negozi collegati.

Non bisogna confondere il contratto misto con il contratto collegato il quale è frutto della fusione di più tipi contrattuali presi nella loro interezza, e non di singoli frammenti di schemi tipici.

Ciascuno dei negozi utilizzati produce effetti giuridici che gli sono propri, ma tali effetti, in stretta interdipendenza funzionale, concorrono ad un unico risultato complesso per cui se un negozio manca, cade anche la funzione degli altri,

Un esempio di negozio complesso è la promessa di vendita con immediata locazione, oppure l'appalto e promessa di vendita.

9.4. Il negozio illecito.

Si ha negozio illecito quando:

- ne è illecita la causa (ciò è possibile nei negozi innominati);
- quando contiene una condizione illecita;
- ne è illecito l'oggetto;
- quanto tutte le parti si sono determinate a concluderlo solamente per un motivo illecito a loro comune[4].

L'illiceità si ha quando uno di questi elementi è contrario

- a norme imperative: cioè a quelle norme inderogabili e perfette che prevedono anche se non espressamente intendiamo come sanzione la nullità del negozio (es.: art. 458 c.c. sul divieto dei patti successori);
- all'ordine pubblico: cioè a quei principi non necessariamente espressi in norme, ma ricavabili dalle disposizioni inderogabili che costituiscono postulati essenziali, adeguati elasticamente alle contingenti esigenze di vita e di sviluppo della società organizzata, deducibili anzitutto dalle norme costituzionali, in cui vengono cristallizzati i valori di fondo cui s'ispira il nostro ordinamento;

[4] A riguardo del motivo illecito bisogna fare una distinzione: quando si tratta di negozio unilaterale il motivo illecito, per essere illecito il negozio, deve essere l'unico elemento che ha determinato la volontà della parte (es.: io redigo un testamento a tuo favore per il semplice motivo che tu mi hai ucciso un mio nemico); mentre quando si tratta di un negozio bilaterale il motivo illecito deve essere comune ad entrambi le parti (es. è nullo il contratto con cui un soggetto loca la propria casa affinché il locatario vi instauri una casa di appuntamenti).

- a n o r m e d i b u o n c o s t u m e che va inteso come quel complesso di principi, elastici e non limitati alla sola sfera sessuale, che costituiscono la morale sociale corrente (n e g o z i o i m m o r a l e)[5].

9.4.1. Negozio in frode alla legge.

Al negozio illecito è assimilato anche il n e g o z i o i n f r o d e a l l a l e g g e, ossia quel contratto con cui si cerca di eludere l'applicazione di una norma imperativa pur nel rispetto formale della legge (art. 1344 c.c.).

In tal modo, la norma imperativa viene violata indirettamente perché il contratto in sé è lecito, ma considerato nella sua combinazione con altri atti giuridici, realizza il risultato vietato dalla norma.

Esempio: si licenzia e si riassume più volte con un contratto a tempo determinato un lavoratore per impedire la nascita di un contratto di lavoro a tempo indeterminato; si stipula una vendita con patto di riscatto per nascondere un patto commissorio.

Per siffatti negozi la legge sancisce la nullità e la ripetibilità della prestazione, salvo che il negozio sia immorale, ex art. 2035 c.c..

[5] A riguardo l'art. 2035 dice c h e c h i h a e s e g u i t o u n a p r e s t a z i o n e p e r u n o s c o p o, c h e a n c h e d a p a r t e s u a, c o s t i t u i s c a o f f e s a a l b u o n c o s t u m e n o n p u ò r i p e t e r e (cioè chiedere in dietro) q u a n t o h a p a g a t o (contrariamente al principio generale per cui essendo il negozio nullo, avrebbe diritto alla restituzione di quanto dato).

Capitolo 10°
Gli elementi accidentali

10.1. Nozione.

Sono elementi accidentali del negozio giuridico quegli elementi che possono essere apposti liberamente dalla volontà delle parti; essi dunque, possono indifferentemente essere o meno inclusi nel negozio.

Bisogna, tuttavia, intendere rettamente il concetto di "accidentalità": i c.d. elementi accidentali, infatti, una volta apposti ad un negozio fanno parte del contenuto dello stesso ed alla loro osservanza non può sottrarsi nessuna delle parti; essi quindi sono "accidentali" solo nel senso che le parti possono introdurli o meno, ma un volta inseriti nel negozio diventano obbligatori condizionandone la stessa efficacia.

Non tutti i negozi ammettono clausole ulteriori rispetto agli elementi previsti per legge, questi sono i cosiddetti negozi puri o legittimi (es.: il matrimonio). Mentre altri negozi ammettono solo alcuni tipi di clausole, ad esempio il testamento ammette solo la condizione ma non il termine.

10.2. La condizione.

10.2.1. Nozione.

Si intende per condizione quell'avvenimento futuro e incerto al cui verificarsi è subordinato l'inizio (condizione sospensiva) o la cessazione (condizione risolutiva) dell'efficacia del negozio.

Pertanto l'evento a cui fa riferimento la condizione deve essere:

- futuro, e cioè non ancora verificatosi[1];
- incerto occorre cioè che al momento in cui la condizione è apposta, sia obiettivamente impossibile prevedere con certezza il suo verificarsi
- ed infine deve essere possibile e lecito.

10.2.1.1. Illiceità ed impossibilità della condizione.

Si è detto che la condizione deve essere possibile e lecita. Vediamo le conseguenze dell'impossibilità e della illiceità.

10.2.1.1.1. La condizione illecita.

Si ha condizione illecita quando la stessa è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume. La condizione illecita

- negli atti tra vivi rende nullo il negozio,
- mentre negli atti *mortis causa* la condizione illecita sarà considerata come non apposta, almeno che non sia stato l'unico motivo a determinare la volontà del *de cuius*, in questo caso è nullo l'intero negozio.

[1] Non possono costituire condizione gli avvenimenti presenti o passati sebbene se ne ignori l'accadimento, perché in tal caso l'evento è certo obiettivamente, nonostante l'incertezza soggettiva (es.: ti do cento se la nave è arrivata dall'Asia).

10.2.1.1.2. La condizione impossibile.

La condizione può essere impossibile sul piano giuridico (es.: se mi vendi il tuo rene) o sul piano naturale (es.: se tocchi un cielo con un dito). In particolare:

- negli atti tra vivi se la condizione impossibile (sempre che l'impossibilità non sia sopravenuta) è sospensiva allora il negozio si considera nullo, mentre se è risolutiva si considera non apposta.
- mentre negli atti *mortis causa* si considera sempre non apposta.

10.2.2. Classificazioni.

10.2.2.1. Riguardo agli effetti.

Da punto di vista degli effetti la condizione si distingue in condizione sospensiva e risolutiva.

10.2.2.1.1. Condizione sospensiva.

La condizione sospensiva subordina l'inizio degli effetti del negozio, al verificarsi dell'evento futuro e incerto (es.: di darò cento, se verrà la nave dall'Asia).

10.2.2.1.2. Condizione risolutiva.

Mentre la condizione risolutiva subordina la fine degli effetti del negozio al verificarsi dell'evento futuro e incerto (es.: di darò cento, fino a quando verrà la nave dall'Asia).

10.2.2.2. Rispetto alla causa produttrice dell'avvenimento.

Rispetto alla causa produttrice dell'avvenimento si distingue tra: I9 condizione casuale; II) condizione potestativa; III) condizione mista.

10.2.2.2.1. Condizione casuale.

La condizione casuale è quella il cui verificarsi dipende dal caso o dalla volontà di terzi (es.: se verrà la nave dall'Asia).

10.2.2.2.2. Condizione potestativa.

La condizione potestativa è quella il cui verificarsi dipende dalla volontà di una parte. Si distingue a riguardo:

- condizione potestativa vera e propria: consiste in un fatto che, pur essendo volontario, non è indifferente perché si riferisce a qualche apprezzabile interesse per la parte (es.: se aprirò un certo stabilimento, ti assumerò nel personale);
- condizione meramente potestativa (o arbitraria) si riferisce ad un fatto che è indifferente compiere (es.: io ti darò 100 se vorrò). La legge (art. 1355) stabilisce che quando questa condizione è sospensiva il negozio è nullo.

10.2.2.2.3. Condizione mista.

La condizione mista è quella il cui verificarsi dipende in parte dalla volontà di un terzo o del caso, e in parte dalla volontà di una delle parti (es.: ti farò un regalo se l'esame andrà bene).

10.2.3. Vicende della condizione.

10.2.3.1. La pendenza.

La pendenza della condizione è quell'intervallo di tempo che decorre dalla formazione del contratto sino al momento in cui si verificherà o non si verificherà l'evento dedotto in condizione.

Durante tale fase è incerto se la condizione si verificherà o meno: se la condizione è sospensiva gli effetti del contratto non si producono sino al suo verificarsi; se la condizione è risolutiva il contratto continua a produrre effetti sin dal momento della sua formazione per cessare poi, nel caso in cui la condizione si verifichi.

10.2.3.1.1. Disciplina del negozio condizionato durante la pendenza.

Durante tale fase, anche se gli effetti tipici del contratto non si sono ancora prodotti o possono essere posti nel nulla, dal contratto condizionato scaturiscono taluni effetti preliminari. In particolare

- chi ha acquistato un diritto sotto condizione sospensiva, può compiere atti conservativi e cautelari del suo diritto (es. richiesta di sequestro preventivo);
- chi ha acquistato sotto condizione risolutiva può esercitare il diritto, ma l'aliennate può compiere atti conservativi e cautelari.

Entrambe le parti hanno la disponibilità del diritto condizionato (es. possono alienarlo ma sempre sotto condizione).

Entrambe le parti inoltre devono comportarsi secondo le regole della buona fede, in particolare devono astenersi dal compiere atti che possono impedire l'avveramento della condizione; in caso contrario è prevista la sanzione specifica della finzione di avveramento della condizione, per cui la condizione deve considerarsi verificata se colui che aveva interesse contrario al suo avveramento lo ha impedito (art. 1359 c.c.).

10.2.3.2. Il verificarsi della condizione: la retroattività.

Quando la condizione si verifica, la situazione giuridica diventa definitiva, con efficacia retroattiva. In particolare:

- se la condizione è sospensiva, gli effetti del negozio si considerano prodotti "*ex tunc*", cioè dal momento della formazione del negozio, non da quello del verificarsi della condizione. In altri termini il negozio si considera come se fosse nato incondizionato;
- mentre se si tratta di condizione risolutiva, gli effetti cadono "*ex tunc*". In altri termini il negozio è come se non fossa mai sorto.

10.2.3.2.1. Limiti alla retroattività.

La retroattività manca se:

- è esclusa dalle parti o dalla natura del rapporto (art. 1360 1° co. c.c.)
- nei contratti ad esecuzione continuata o periodica sottoposti a condizione risolutiva, per le prestazioni già eseguite; ad esempio in un contratto di lavoro sottoposto alla condizione risolutiva del ritorno di un dipendente malato, l'avveramento di questa condizione, non fa cadere gli effetti delle prestazioni di

lavoro già eseguite, per cui il lavoratore "supplente" avrà diritto alla retribuzione di queste (art. 1360 1° co. c.c.).

10.2.3.3. Mancanza della condizione.

Si ha "mancanza della condizione" quando è certo che l'evento non si è verificato, né può verificarsi, per causa non imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento (art. 1359). In questo caso:

- se la condizione è sospensiva il negozio resta privo di effetti negoziali;
- se la condizione è risolutiva gli effetti del negozio diventano definitivi.

10.2.4. Differenza con la presupposizione.

La condizione va distinta dalla presupposizione. Ricorre tale figura quando le parti, nel concludere il negozio, fanno riferimento ad una circostanza esterna o futura, che, senza essere espressamente menzionata nel negozio, ne costituisce il presupposto oggettivo.

L'esempio tradizionale è quello di chi prende in locazione un balcone prospiciente la strada dove si svolgerà una manifestazione, per assistervi: il contratto trova il suo evidente presupposto nel fatto della manifestazione, anche se ciò non risulta espressamente dal suo contenuto.

Comunemente si ritiene che la presupposizione qualora si risolve in una erronea previsione non può certo influire sul negozio

Altra dottrina invece ritiene che, qualora la presupposizione sia comune ad entrambi le parti, e sia risolta in una errane previsione determinato un squilibrio sopravenuto del valore economico delle contrapposte prestazione, sarebbe causa di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, dovendosi ritenere che in ogni programma contrattuale è presenta la clausola *rebus sic stantibus*.

10.3. Il termine.

10.3.1. Nozione.

Il termine è quell'avvenimento futuro e certo[2], al cui verificarsi si fa dipendere l'inizio (termine iniziale) o la cessazione (termine finale) dell'efficacia del negozio (quasi sempre si riferisce ad un data, es.: io ti darò 100 il 15 ottobre del prossimo anno).

10.3.2. Tipologia.

Del termine possono farsi varie classificazioni.

10.3.2.1. Termine di efficacia e termine di scadenza.

A seconda che il termine riguardi l'efficacia del negozio o la scadenza dell'obbligazione si distingue tra:

- termine di efficacia: è quello da cui si fanno dipendere gli effetti del negozio (ed in questo senso il termine è inteso come elemento accidentale);
- termine di scadenza o di adempimento: è quello che riguarda il momento in cui un'obbligazione deve essere eseguita[3]. In particolare, si ha

[2] È proprio in relazione al carattere della certezza dell'evento che si distingue tra condizione e termine.
[3] Un termine può essere stabilito a favore dell'una o dell'altra parte del rapporto; se non risulta una volontà diversa, si presume a favore del debitore (1184); pertanto il debitore, se vuole, può adempiere anche prima della

termine essenziale quando il debitore è tenuto ad eseguire la prestazione in momento ben preciso, in modo che una prestazione successiva non può farsi o non avrebbe più valore (ad esempio il vestito per una cerimonia, deve essere consegnato prima della cerimonia stessa). L'essenzialità del termine ha grande rilievo perché il mancato rispetto del termine siffatto importa la risoluzione del contratto *ipso iure*.

10.3.2.2. Termine iniziale e finale.

Il termine di efficacia, si distingue a sua volta:

- termine iniziale, nel caso in cui dal verificarsi del termine si fa dipendere l'inizio della produzione degli effetti;
- termine finale, nel caso in cui dal verificarsi del termine si fa dipendere la fine della produzione degli effetti.

10.3.2.3. L'avverarsi del termine.

Il termine, a differenza della condizione, esplica la sua efficacia *ex nunc*. Pertanto se il termine è iniziale, gli effetti inizieranno a prodursi del suo verificarsi. Se è finale, gli effetti termineranno al prodursi del suo verificarsi.

10.4. Il *modus* o onere.

10.4.1. Nozione.

Il *modus* è un elemento accessorio dei negozi gratuiti (testamento; donazione) e costituisce un peso imposto ai destinatari di essi (es.: ti dono un immobile con l'obbligo di costruire un ospedale). In ogni caso si ritiene che il beneficiario di un atto di liberalità non è tenuto oltre il valore di ciò che ha ricevuto.

Il *modus*, pur riducendo gli effetti dell'attribuzione patrimoniale, non ne costituisce un corrispettivo, sicché la causa del negozio attributivo conserva il suo carattere gratuito, senza che il negozio si modifichi in atto a titolo oneroso.

10.4.2. Modo impossibile e modo illecito.

Il *modus* impossibile originariamente o illecito si considera come non apposto, salvo che abbia costituito l'unico motivo determinante, perché allora l'atto è nullo. Mentre l'impossibilità sopravvenuto del modo libera l'obbligato.

10.4.3. Adempimento e inadempimento.

Se l'onere non viene adempiuto, di regola l'atto di liberalità non cade, ma gli interessati agiranno per ottenere l'adempimento dell'obbligo in esso contenuto (di dice che il *modus* costringe ma non risolve).

---

scadenza. Del pari, il creditore quando il termine è stabilito esclusivamente a suo favore, potrà esigere la prestazione prima della scadenza (1185 1° co.). Il termine in sostanza è un vantaggio per la parte in favore della quale è stabilito; e tale lo considera la legge.
Tuttavia non sempre viene conservato al debitore tale beneficio. A norma dell'art. 1186, il debitore perde il beneficio del termine (decadenza del termine), e il creditore può richiedere subito la prestazione, se esiste un pericolo che minaccia il soddisfacimento del credito, per sopraggiunta insolvenza del debitore.
Va infine rilevato che la parte che adempie la prestazione prima della scadenza del termine non può chiederne la restituzione, e potrà solo essere rimborsata del vantaggio arrecato all'altra parte adempiendo prima.

Inoltre a seguito di inadempimento, può essere chiesta la risoluzione: 1) nel caso in cui il *modus* è stato l'unico elemento che ha determinato la volontà di chi ha posto in essere l'atto di liberalità; 2) e nel caso in cui una la risoluzione stessa sia stata prevista nell'atto di liberalità.

Capitolo 11°
La patologia del negozio giuridico

11.1. La patologia dell'atto.

Un atto di autonomia negoziale è affetto da patologia quando non presenta tutti i connotati che una norma giuridica prevede perché possa considerarsi come fonte di autoregolamento di privati interessi.

Ora a seconda o meno se tale patologia, venga sanzionata con una modificazione del regime giuridico dell'atto, si parla di invalidità o irregolarità dell'atto.

L'invalidità può assumere a sua volta due aspetti: la nullità e la annullabilità a seconda che le norme violate siano state poste a tutela di un interesse generale o di un interesse particolare dei contraenti.

La dottrina individua il fondamento della nullità nell'esigenza di approntare un forma di sanzione a tutela di interessi generali dell'ordinamento. Nel caso dell'annullabilità viene in considerazione l'interesse particolare del contraente, che viene tutelato attribuendo alla stessa parte un potere di scelta in ordine alle sorti del negozio.

11.2. La nullità.

11.2.1. Cause

La nullità[1] è uno dei due aspetti (il più grave) che può assumere l'invalidità di un negozio. Il negozio è nullo (art. 1418) quando:

- manca di uno dei suoi elementi essenziali (cd. nullità strutturale);
- è illecito (vedi par. 9.4) o in frode alla legge (vedi par. 9.4.1);
- l'oggetto è impossibile o indeterminabile (ovviamente nei soli contratti);
- è sottoposto ad una condizione sospensiva impossibile (vedi par. 10.2.1.1.2);
- e negli altri casi previsti dalla legge.

11.2.2. Caratteristiche della nullità.

I caratteri tipici della nullità sono:

- improduttività di effetti: il negozio nullo non produce gli effetti della categoria cui appartiene;
- opera di diritto: con la conseguenza che non necessità di una dichiarazione costitutiva in tal senso e che il negozio nullo non gode di una efficacia interinale;

[1] Parte della dottrina distingue la nullità dell'inesistenza che si avrebbe quando il negozio giuridico manca di quel "*minimum*" richiesto per la sua stessa esistenza. Così per esempio se un testamento olografo è stata scritto a macchina, lo stesso sarà nullo in quanto non è stata rispettata la forma *ad substantiam* prescritta dalla legge (scrittura a mano), non sarà invece "inesistente" per la ragione che è stato osservato quel *minimum* di forma che la legge richiede (scrittura). Se, invece, il testamento stesso, anziché per iscritto, è stato dettato a voce, allora mancherà anche quel "*minimum*" di forma richiesto dalla legge per il testamento, anziché nullo, sarà addirittura inesistente, e cioè "un non–testamento".

- rilevabilità d'ufficio: la nullità può essere rilevata d'ufficio (in qualsiasi stato e grado) dal giudice in via incidentale, senza domanda di parte, e può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse;
- insanabilità: il negozio nullo non può sanarsi, né per la convalida (art. 1423), né per prescrizione dell'azione (art. 1422). La dottrina dominante considera un'eccezione a tale principio gli artt. 590 e 799, che prevedono la conferma ed esecuzione volontaria di disposizione testamentarie nulle o di donazioni nulle.

11.2.3. Nullità "testuale" e nullità totale.

La nullità può essere testuale e virtuale a differenza dell'annullabilità che è sempre testuale:

- 1a nullità è testuale quando è sancita da specifiche norme;
- la nullità è virtuale quando, pur non essendo stabilita espressamente in una norma *hoc*; risulta dal sistema nel suo complesso.

11.2.4. Nullità parziale e nullità totale.

La nullità inoltre può essere totale o parziale.

11.2.4.1. Totale.

La nullità totale è quella che riguarda l'intero negozio.

11.2.4.2. Parziale

La nullità parziale può essere oggettiva è soggettiva.

La nullità parziale è oggettiva quando colpisce una parte del contenuto del negozio, ossia quando si riferisce ad uno o più clausole del negozio. In questo caso bisogna distinguere due ipotesi:

- se risulta che le parti non avrebbero posto in essere il negozio senza quella clausola o quella parte che è colpita da nullità, la nullità si estende all'intero negozio. Tuttavia la nullità di una singola clausola non importa nullità dell'intero negozio, quanto la clausola nulla è sostituita di diritto da norme imperative (art. 1419 2° co.). Tale ipotesi costituisce un caso di integrazione legale del contenuto del negozio (c.d. inserzione automatica di clausole)[2];
- se invece risulta che le parti avrebbero ugualmente concluso il negozio anche senza quella clausola (e pertanto si tratta di clausola di volare non preminente, ma accessorio), è invalida solo la clausola, mentre l'altra parte del negozio resta in vita (in applicazione del principio "*utile per inutile non vitatur*").

La nullità parziale è soggettiva, quando nei negozi plurilaterali con comunione di scopo[3] colpisce il vincolo di una delle parti. In questo caso, non vi è la nullità del contratto,

[2] Ad esempio l'art. 1573 afferma che: "Salvo diverse norme di legge, la locazione non può stipularsi per un tempo eccedente i trent'anni. Se stipulata per un periodo più lungo o in perpetuo, è ridotta al termine suddetto".

[3] Contratti plurilaterali con comunione di scopo: sono tali quei contratti nei quali alla pluralità di prestazioni (es.: i singoli conferimenti in un contratto di società) fa riscontro la comunanza e quindi l'unicità del fine perseguito dai contraenti (es.: l'esercizio in comune di un'attività economica per dividerne gli utili). Ulteriori esempi possono essere rinvenuti nel contratto di associazione o di consorzio.

salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale (art. 1420)[4];

11.2.5. L'azione di nullità.

11.2.5.1. Natura.

L'azione di nullità è un'azione dichiarativa (o di mero accertamento), perché non tende a mutare la situazione giuridica preesistente, ma si limita semplicemente ad accettarla: infatti la nullità opera di diritto.

11.2.5.2. Imprescrittibilità.

L'azione di nullità è imprescrittibile, cioè è esercitabile senza limiti di tempo, tuttavia sono salvi gli effetti dell'usucapione di beni acquistati col contratto nullo (es.: in base ad un contratto di vendita nullo, Tizio, acquirente, riceve il possesso del bene; successivamente Caio, il venditore, esercita l'azione di nullità chiedendo la restituzione; sebbene Tizio non possa aver acquistato la proprietà del bene in base al contratto nullo, se il possesso è protratto per il periodo previsto dalla legge, acquisterà il bene per usucapione).

Va inoltre precisato che benché l'azione di nullità è imprescrittibile, l'azione di ripetizione dell'indebito si prescrive in dieci anni.

11.2.5.3. Legittimazione assoluta.

Diversamente dall'annullabilità, per la quale è prevista una legittimazione relativa, nel caso dell'annullabilità vi è una legittimazione assoluta, nel senso che l'iniziativa per la dichiarazione di nullità dell'atto può partire da chiunque vi abbi interesse (le parti ed i terzi pregiudicati dal negozio).

11.2.6. Gli effetti delle dichiarazioni di nullità

11.2.6.1. Effetti tra le parti.

Il negozio dichiarato nullo non produce effetti[5], di conseguenza se il negozio è stato eseguito, le prestazioni già effettuate costituiscono un indebito (indebito oggettivo) in quanto prive di titolo e pertanto devono essere restituite (si applicano al riguardo le regole sulla ripetizione dell'indebito). Eccezione a tale principio, si ha nel caso del negozio immorale (art. 2035).

L'azione di nullità può poi accompagnarsi alla domanda di risarcimento del danno (nei limiti dell'interesse negativo) se ricorrono gli estremi della responsabilità precontrattuale (art. 1338).

11.2.6.2. Effetti nei confronti dei terzi.

La dichiarazione di nullità di regola ha rilievo anche nei confronti dei terzi. Infatti, se un terzo ha acquistato un diritto da colui al quale il diritto stesso è stato trasferito in base ad un

[4] Analogamente l'art. 1446. afferma che: "Nei contratti indicati dall'articolo 1420 l'annullabilità che riguarda il vincolo di una sola delle parti non importa annullamento del contratto, salvo che la partecipazione di questa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale".

[5] Tuttavia esso, in quanto giuridicamente esistente, può produrre effetti indiretti: ad esempio, *ex* art. 1338, la parte che conosceva o doveva conoscere l'esistenza di una ragione di nullità e non ha dato notizia all'altra, deve risarcire il danno, se questa ha confidato nella validità del contratto senza colpa. Altri effetti possono scaturire inoltre, come vedremo, dalla conservazione del negozio (art. 1424).

negozio nullo, la sentenza che ha dichiarato la nullità del negozio di trasferimento travolge anche il diritto del terzo.

Tuttavia, se la domanda di nullità concernente un bene immobile (o un bene mobile registrato) è stata trascritta dopo cinque anni (o tre anni in caso di bene mobile registrato) dalla trascrizione del negozio nullo, la sentenza dichiarativa della nullità non pregiudica il diritto del terzo che ha acquistato in buona fede in base ad un atto trascritto o iscritto prima della trascrizione della domanda di nullità[6].

11.2.7. Conversione del negozio nullo (art. 1424)

11.2.7.1. Conversione sostanziale.

La conversione sostanziale è il procedimento per cui un negozio nullo produce gli effetti di un negozio diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza o di forma, qualora avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, si possa ritenere che esse lo avrebbero, voluto se avessero conosciuto la nullità. Es.: la costituzione di un usufrutto immobiliare, verso un corrispettivo periodico, che si converte in contratto di locazione.

11.2.7.2. La conversione formale.

Si ha conversione formale quando un negozio che può compiersi in due forme diverse, risulti invalido nella forma in cui è stato compiuto e pertanto viene convertito nell'altra forma, qualora nei presentii requisiti. Es.: testamento segreto che manchi di qualche requisito vale come testamento olografo qualora di questi abbia i requisiti[7].

11.3. L'annullabilità.

11.3.1. Nozione.

L'annullabilità è l'altro aspetto che può assumere l'invalidità del negozio e si ha in quei negozi per cui, per essendo essi difformi dall'ordinamento, la sanzione della nullità sarebbe troppo grave.

Essa di regola deriva dalla violazione di norme che mirano a tutelare l'interesse delle parte che si trova in posizione menomata a causa delle condizioni o della sua situazione individuale; per proteggere tale interesse l'ordinamento concede al soggetto tutelato la facoltà di scegliere se mantenere o meno in vita il negozio (proponendo o meno l'azione di annullamento).

11.3.2. Cause di annullabilità.

Si deve innanzitutto precisare che l'annullabilità, a differenza della nullità è soltanto testuale. Essa sussiste, cioè esclusivamente nei casi previsti espressamente dalla legge: ne deriva che di fronte ad un caso di invalidità non precisato, l'interprete si orienta per la nullità.

[6] Esempio: se A vende B un immobile con un atto il quale viene trascritto il 1° febbraio 2005, e la domanda di nullità viene trascritto entro il 1° febbraio 2010, la nullità che poi sarà dichiarata sarà opponibile a tutti i terzi; se viceversa, la domanda di nullità viene trascritta dopo il 1° febbraio 2010, allora la nullità non sarà opponibile ai terzi in buona che abbiano trascritto il loro atto di acquisto prima della domanda di nullità.

[7] Sia la conversione sostanziale che la conversione formale costituiscono, come la convalida, applicazione del principio di conservazione, in base al quale, il nostro ordinamento, per un'esigenza di economia giuridica, tende a «salvare» laddove è possibile l'atto di autonomia privata.

La disciplina generale del negozio indica come cause di annullabilità:I) l'incapacità legale o naturale della parte[8]; II) i vizi del consenso o della volontà.

Sono poi previste nel codice ipotesi di annullabilità giustificate da abusi a danno di una parte (es.: contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato; contratto con se stesso, etc.).

11.3.3. Caratteristiche dell'annullabilità.

L'annullabilità, poiché costituisce un generale rimedio a tutela della parte, presenta le seguenti caratteristiche:

- non opera di diritto: con la conseguenza che necessità di una dichiarazione costitutiva in tal senso e che il negozio annullabile gode di una efficacia interinale. In altri termini il negozio annullabile produce i suoi effetti a differenza del negozio nullo, ma questi possono venir meno allorché viene proposta ed accolta l'azione di annullamento;
- irrilevabilità d'ufficio: il giudice non può, senza domanda di parte, rilevare l'annullabilità;
- sanabilità: il negozio annullabile può sanarsi: I) per effetto della prescrizione dell'azione di annullamento (vedi *infra*); II) per effetto di convalida (vedi *infra*).

11.3.4. L'azione di annullamento.

11.3.4.1. Natura.

L'azione di annullamento è un'azione costitutiva (non dichiarativa), in quanto mira a modificare una situazione preesistente: il negozio aveva prodotto i suoi effetti e la sentenza di annullamento li elimina.

11.3.4.2. Legittimazione (art. 1441).

L'annullamento può essere domandato di regola soltanto dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge, cioè dalla parte che la legge intende tutelare. A tale principio la legge pone delle eccezioni. In considerazione di ciò l'annullabilità è tradizionalmente distinta in:

- annullabilità relativa (che costituisce la regola): che può essere fatta valere solo dalla parte nel cui interesse la legge l'abbia prevista; tali soggetti sono la parte che ha contrattato in stato d'incapacità, e quella il cui consenso è stato viziato da errore, dolo o violenza[9]. La legittimazione, inoltre, spetta agli eredi e agli aventi causa delle parti contrattuali predette.
- annullabilità assoluta: che ricorre quando legittimato ad agire per l'annullamento è chiunque vi abbia interesse,, come nell'ipotesi di interdizione legale (art. 1441 2° co.), testamento inficiato da vizi della volontà (art. 624), in alcune ipotesi di annullamento del matrimonio (per parentela, età, etc.).

[8] Eccezione a tale regola è posta dall'art. 1426 c.c., per cui il contratto non è annullabile se il minore ha dolosamente, con raggiri, occultato alla controparte la sua età. Viceversa, la semplice dichiarazione di essere maggiorenne da parte del minore non impedisce l'azione di annullamento da parte di quest'ultimo, perché la controparte deve sempre accertarsi, usando l'ordinaria diligenza, della situazione giuridica di colui con il quale contrae.

[9] L'art. 1427 afferma che: "Il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti"

11.3.4.2.1. Legittimati a far valere l'annullabilità degli atti compiuti da soggetti affetti da incapacità (legale o naturale).

Per quanto attiene gli atti compiuti in stato di incapacità legale, va detto che:

- gli atti compiuti dall'inabilitato sono annullabili dal minore, dal suo rappresentante, dagli ere e aventi causa del minore;
- gli atti compiuti dall'inabilitato compiuti senza l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge (autorizzazione del giudice e consenso del curatore) sono annullabili su istanza dell'inabilitato o dei suoi eredi o aventi causa;
- gli atti di natura patrimoniale compiuti dall'interdetto legale sono annullabili su istanza di chiunque vi abbia interesse (annullabilità assoluta); in tal caso infatti, l'interdizione non si atteggia come istituto di protezione dell'incapace come una sanzione comminata dell'ordinamento ed è quindi logico che la legittimazione si allargata;
- infine tutti gli eventuali atti giuridici compiuti dall'interdetto giudiziale posteriormente al provvedimento d'interdizione sono annullabili su istanza del tutore, dell'interdetto o dei suoi eredi o aventi causa.

Invece gli atti compiuti dal soggetto affetto da incapacità naturale sono annullabili su istanza dell'interessato o dei suo eredi o aventi causa; tuttavia, nell'ipotesi di incapacità naturale si pone l'esigenza di tutelare l'affidamento delle persone che hanno confidato nella validità dell'atto e pertanto:

- per gli atti unilaterali: l'annullabilità è ammessa in tutti i casi in cui dall'atto può derivare un grave pregiudizio per il suo autore;
- per i contratti: per l'annullabilità si richiede la malafede dell'altro contraente (cioè la conoscenza della condizione di anormalità in cui si trovava l'altra parte), desumibile o dal pregiudizio derivabile dal contratto o, anche, da altri elementi[10];
- mentre per gli atti personali (testamento, donazione, riconoscimento di figlio naturale, matrimonio) è sufficiente la dimostrazione della sola incapacità naturale per esperire l'azione di annullamento.

Tuttavia si ricordi che, sia in caso di incapacità legale che naturale sono considerati validi gli atti che non arrecano pregiudizio all'autore, ma piuttosto un vantaggio.

11.3.4.3. Prescrizione.

L'azione di annullamento si prescrive in cinque anni (art. 1442). In particolare quando l'annullabilità dipende:

- violenza: dal giorno in cui è cessata la violenza;

[10] Il pregiudizio dell'incapace, pertanto nei contratti, non si pone (come avviene per gli atti unilaterali) quale autonomo presupposto per l'esercizio dell'azione, ma solo come uno degli indizi rilevatori della malafede.

- errore: dal giorno in cui è stato scoperto l'errore;
- dolo: dal giorno in cui è stato scoperto il dolo;
- minore età: dal giorno in cui il minore ha raggiunto la minore età
- interdizione legale: dal giorno in cui cessa lo stato di interdizione;
- interdizione giudiziale: dal giorno in cui passa in giudicato la sentenza che revoca l'interdizione oppure dalla morte dell'interdetto;
- inabilitazione: dal giorno in cui passa in giudica la sentenza che revoca l'inabilitazione oppure dalla morte dell'inabilitato.

In altri termini in questi casi il termine comincia a decorre dal giorno in cui è cessata la causa che ha dato luogo al vizio del negozio.

Negli altri casi (ad es. incapacità naturale) il termine decorre dal giorno della conclusione del contratto.

11.3.4.3.1. Perpetuità dell'eccezione.

Mentre l'azione di annullamento è soggetta a prescrizione, per cui, una volta decorso il relativo termine, non può più essere fatta valere davanti al giudice l'annullabilità del contratto, l'eccezione di annullamento è imprescrittibile.

Difatti, l'ultimo comma del 1422 stabilisce che la parte (convenuta) chiamata in giudizio dall'attore (es.: la controparte) che fa valere un diritto derivante dal contratto, può sempre respingere la domanda dell'attore facendo valere l'annullabilità del contratto in via di eccezione. L'eccezione di annullamento, una volta opposta e accolta, comporta l'annullamento del contratto.

11.3.4.4. Effetti dell'annullamento.

11.3.4.4.1. Nei confronti delle parti.

Se l'azione di annullamento viene accolta, il negozio è annullato e la situazione giuridica è ricondotta allo "*status quo ante*". L'annullamento infatti ha efficacia retroattiva (*ex tunc*): esso distrugge gli effetti prodotti dal negozio precedentemente posto in essere, come se questi non si fossero mai verificati (efficacia retroattiva).

Da ciò deriva che colui che ha ricevuto una prestazione in base a negozio, che è stato poi annullato, è tenuto a restituirla[11] secondo le regole delle ripetizione dell'indebito oggettivo (vedi in seguito).

11.3.4.4.2. Nei confronti dei terzi.

Mentre l'annullamento cancella gli effetti del contratto prodotti nei confronti delle parti, sono salvi i diritti acquistati a titolo oneroso (dietro corrispettivo) dai terzi (soggetti estranei al contratto) in buona fede (che ignorano il motivo di annullamento) da una delle parti del contratto annullato.

[11] Fa eccezione il caso in cui il negozio è annullato per incapacità di uno dei contraenti: in tal caso questi è tenuto a restituire all'altra la prestazione ricevuta solo nei limiti in cui è stata rivolta a suo vantaggio (art. 1443).

Ad es.: Tizio e Caio stipulano un contratto di vendita annullabile, Caio vende a sua volta il bene a Sempronio. Quest'ultimo, essendo terzo rispetto ai primi due, farà salvo il suo acquisto anche se Tizio eserciti vittoriosamente l'azione di annullamento contro Caio.

Tuttavia l'inefficacia dell'annullamento nei confronti dei terzi, subisce due eccezioni:

- i terzi non sono tutelati quando l'annullamento viene pronunciato per l'incapacità legale della parte perché, in tal caso, prevale l'esigenza di tutela dell'incapace;
- quando la trascrizione dell'acquisto (ovviamente per i beni immobili e i beni mobili registrati) viene effettuata dopo la trascrizione della domanda giudiziale diretta a far valere l'annullamento, allora la sentenza di annullamento farà stato pure nei confronti dei terzi, che perderanno il diritto acquistato.

11.3.5. Convalida.

Il negozio annullabile può essere sanato mediante la convalida. La convalida è l'atto unilaterale mediante il quale il soggetto al quale spetta l'azione di annullamento sana il vizio che inficia il contratto rendendo quest'ultimo definitivamente efficace[12]. Essa essere:

- espressa: quando la parte manifesta la volontà di conferma il negozio con un apposito atto che contenga (art. 1442 1° co.):
  - la menzione del contratto;
  - la menzione del motivo di annullabilità;
  - e la dichiarazione che s'intende convalidarlo.
- tacita: quando il contraente al quale spettava l'azione di annullamento ha dato volontaria esecuzione al contratto, conoscendo il motivo di annullabilità (art. 1442 2° co.).

Si ricordi inoltre che la convalida non ha effetti, se chi la esegue non è in condizione di concludere validamente il contratto: in altri termini, la convalida non ha effetto se persiste lo stesso vizio che ha cagionato l'annullabilità del negozio (es.: se il negozio è stato posto in essere da un minore è necessario che questi abbia raggiunto la maggiore età.

11.3.5.1. Distinzione della convalida con figure affini.

11.3.5.1.1. Con la ratifica.

La convalida non va confusa con la ratifica (art. 1399) che è l'atto con cui l'interessato approva e fa proprio il negozio compiuto dal rappresentante senza potere, anche se spesso si parla, in senso atecnico di "ratifica" per indicare la convalida.

11.3.5.1.2. Con la rettifica.

Una particolare tipo di convalida, è la rettifica (art. 1432). La rettifica è il negozio unilaterale recettizio mediante il quale, nell'ambito di un contratto viziato da errore la parte non in errore, prima che possa derivarne pregiudizio all'altra parte, rende definitivamente efficace il contratto modificandone il contenuto conformemente all'originario intento della stessa. L'esercizio della facoltà di rettificare ha l'effetto immediato

[12] A seguito della convalida, il contratto non è più annullabile da parte del convalidante

di rendere il contratto definitivamente efficace, precludendo il diritto di annullamento della controparte.

11.4. Irregolarità

Il negozio giuridico si dice i r r e g o l a r e quando, pur non avendo difetti che ne comportino l'invalidità o l'inefficacia, non sia, comunque, completamente conforme al modello indicato dalla norma giuridica. In tal caso la sanzione non si riflette sull'atto, ma consiste in una penalità a carico di chi lo ha posto in essere.

Così è per alcune norme del diritto matrimoniale: la mancata pubblicazione (art. 134 c.c.); inosservanza del lutto vedovile (art. 140 c.c.) etc.

NULLITÀ	
Cause	*manca di uno dei suoi elementi essenziali;* è *illecito o in frode alla legge; l'oggetto è impossibile o indeterminabile; è sottoposto ad una condizione sospensiva impossibile*
Soggetto e legittimazione ad agire	*chiunque vi abbia interesse; può essere rilevata d'ufficio dal giudice*
Prescrizione dell'azione	*imprescrittibile*
Natura della sentenza	*dichiarativa*
Efficacia della sentenza	*retroattiva (ex tunc) ed opponibile erga omnes*
Sanabilità del contratto nullo	*è sanabile solo nei casi indicati dalla legge* (art. 590 e 799)*; non è convalidabile; è convertibile*

ANNULLABILITÀ	
Cause	*l'annullabilità opera nei soli casi previsti dall'art. 1425 e ss.*
Soggetto e legittimazione ad agire	*solo la parte nel cui interesse è stabilita dalla legge*; *non è rilevabile d'ufficio dal giudice*
Prescrizione dell'azione	*in 5 anni; è imprescrittibile l'eccezione di annullamento*
Natura della sentenza	*Costitutiva*
Efficacia della sentenza	*retroattiva (ex tunc) tra le parti; non è opponibile ai terzi in buona fede che hanno acquistato a titolo oneroso salvi gli effetti della trascrizione della domanda*
Sanabilità	*è convalidabile in forma espressa o tacita*

Capitolo 12°
I contratti

12.1. Generalità.

L'economia di mercato si basa su rapporti di scambio o di collaborazione poste in essere dai privati mediante liberi accordi. Tali accordi sono regolati dalla legge attraverso l'istituto giuridico del contratto, che risulta essere dunque il più diffuso tra i negozi giuridici.

Il contratto rappresenta in altri termini lo strumento essenziale mediante il quale i privati acquisiscono o trasferiscono beni e diritti, danno vita a nuovi rapporti giuridici, sciolgono o modificano quelli esistenti, effettuano operazioni di scambio e forme di collaborazione in ogni campo della vita economica.

12.1.1. Definizione e caratteristiche.

L'art. 1321 c.c. definisce il contratto come: "l'accordo di due o più parti per costituire, regolare, o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale".

Da tale definizione si deduce che:

- il contratto ha sempre natura patrimoniale, in quanto ha per oggetto rapporti suscettibili di valutazione economica. Pertanto un accordo diretto a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico non patrimoniale (es.: il matrimonio) esula dalla nozione di contratto pur rientrando nella categoria del negozio giuridico (bilaterale);
- il contratto è un negozio necessariamente bi o plurilaterale: affinché vi sia contratto occorre che via siano almeno due "parti", le quali trovino e manifestino il loro "accordo" circa l'affare che interessa entrambi, circa i diritti e gli obblighi che ne derivano.

12.1.2. Regime giuridico.

Va precisato che il nostro codice civile, non prevede il negozio giuridico come categoria di diritto positivo e quindi non sottopone a una regolamentazione unitaria tutte le manifestazioni di volontà privata.

Il legislatore ha preferito tenere separata la disciplina giuridica delle varie specie di atti per meglio adeguarla alla loro diversa natura e funzione, e ha configurato in modo unitario la sola categoria dei contratti, che costituisce l'espressione più significativa dell'autonomia privata in campo economico

La disciplina generale del contratto è contenuto nel titolo II del Libro quarto del codice civile. Le stesse norme sono applicabili anche agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. Pertanto la disciplina giuridica del contratto si estende a tutti gli atti in cui si esplica l'iniziativa economa dei privati[1].

[1] Gli atti mortis causa e gli atti non patrimoniali hanno una regolamentazione a sé stante, connessa con quella dei rapporti a cui si riferiscono: così, la disciplina giuridica del testamento è inquadrata nell'istituto giuridico della successione a causa di morte, e quella del matrimonio nel diritto di famiglia.

12.1.3. Elementi del contratto.

II "contratto" è un "negozio giuridico", e come tale presenta gli elementi (essenziali e accidentali) propri di ogni negozio giuridico.

L'art. 1325 enuncia tali elementi essenziali: I) l'accordo o consenso delle parti: derivante dalla combinazione delle volontà degli stipulanti; II) la causa; III) la forma, quando è richiesta "*ad substantiam*"; IV) l'oggetto.

Non può nascere un (valido) contratto se non è stato raggiunto un accordo tra le parti, se lo spostamento patrimoniale non è giustificato sul piano causale, se la contrattazione non ha un termine di riferimento oggettivo ed infine se non è stata rispettata la forma richiesta *ad substantiam*.

12.1.3.1. L'oggetto del contratto.

12.1.3.1.1. Definizione

L'oggetto del contratto è l'entità reale, ossia, il bene oggetto dell'operazione economica (es.: la casa)[2].

L'oggetto del contratto si distingue dal contenuto del contratto, che è costituito dal regolamento contrattuale, cioè dall'insieme delle clausole volute dalle parti o inserite in esso per forza di legge (1374).

12.1.3.1.2. Requisiti dell'oggetto

Ai sensi dell'art. 1346, l'oggetto del contratto deve essere:

- possibile[3]: la possibilità va intesa sia in un senso materiale che giuridico (es.: è impossibile materialmente l'impegno di vendere un bene distrutto, come è impossibile giuridicamente l'impegno di vendere un bene che non è commerciabile, quale un bene demaniale). L'impossibilità può essere: originaria o sopravvenuta.
  - l'impossibilità originaria rende il contratto nullo (1418 co. 2).
  - l'impossibilità sopravvenuta è invece causa di risoluzione del contratto se non è imputabile al debitore (1463), di responsabilità per inadempimento se essa è imputabile al debitore (1218);
- lecito: cioè non contrario alla legge, ordine pubblico, buon costume (es. è illecito il contratto con cui si vende droga)[4];

[2] Dall'oggetto del contratto si distingue l'oggetto o contenuto dell'obbligazione, che è la prestazione, cioè il comportamento cui il debitore è tenuto. Ad esempio, nel contratto di locazione di una casa, oggetto del contratto è l'immobile locato, oggetto dell'obbligazione del locatore è, invece, il comportamento cui questi è tenuto per lasciar godere la casa al conduttore.

[3] La possibilità dell'oggetto deve sussistere non al momento in cui si raggiunge l'accordo, ma in quello in cui si producono gli effetti. Tanto è vero che l'art. 1347 prevede che "il contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine è valido, se la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine".

[4] L'illiceità, a differenza della possibilità, va valutata al momento in cui il contratto è stipulato ed in base alla legge in quel momento vigente, cosicché in caso di illiceità sopravvenuta si porrà eventualmente solo un problema di successione di leggi nel tempo, da risolversi con riferimento al criterio dei diritti quesiti, ovvero un problema di impossibilità sopravvenuta per *factum principis* con riferimento all'adempimento della prestazione.

- determinato o determinabile[5]: l'oggetto è determinato quando esso è indicato dalle parti nella qualità e nella quantità in modo esauriente; è, invece, determinabile quando i criteri di individuazione della sua qualità e quantità sono enunciati nel contratto stesso o altrimenti ricavabili (es. facendo riferimento al prezzo corrente di mercato)[6].

12.2. La classificazione dei contratti.

II codice civile vigente non contiene alcuna classificazione di contratti. La dottrina ha provveduto pertanto ad una sistemazione sulla base si vari criteri distintivi.

12.2.1. Contratti tipici e atipici

Tale distinzione attiene al contenuto ed alla funzione economica del contratto. Di essa si è già detto a proposito del negozio giuridico.

12.2.2. Contratti a titolo oneroso e a titolo gratuito.

Anche di tale distinzione si è gia detto a proposito del negozio giuridico cui si fa rinvio.

12.2.3. Rispetto al perfezionamento del vincolo contrattuale.

Rispetto al modo di formazione dei contratti, cioè al perfezionamento del vincolo contrattuale, i contratti si distinguono in consensuali e reali.

12.2.3.1. Contratti consensuali.

I contratti consensuali sono quelli che si perfezionano con il semplice consenso (se voglio vendere la mia automobile, il contratto sì perfeziona quando si forma l'accordo con il compratore, indipendentemente dalla consegna dell'auto).

12.2.3.2. Contratti reali.

I contratti reali sono quelli che richiedono, per il loro perfezionarsi, oltre al consenso delle parti, anche la consegna della cosa ("*re perficitur obligatio*"), che, pertanto, non è un effetto obbligatorio del contratto, ma un elemento costitutivo dello stesso[7].

12.2.3.2.1. I contratti reali sono tutti unilaterali.

I contratti reali sono tutti unilaterali cioè danno origine all'obbligazione di una sola parte; infatti al momento della perfezione del contratto e già avvenuta la consegna e relativamente alla cosa consegnata sorgono obblighi in restituzione, di custodia, o altro, a carico di chi la cosa ha ricevuto.

12.2.4. Riguardo agli effetti del contratto.

Con riguardo agli effetti si opera una distinzione tra contratti con effetti reali e contratti con effetti obbligatori.

Parimenti se una legge sopravvenuta alla conclusione di un contratto abroga un'altra legge vigente a quel momento che ne determina l'illiceità, non per questo il contratto diverrà lecito.

[5] Anche un bene futuro può essere oggetto di un contratto (1348) salvo i divieti previsti dalla legge (es. la donazione, art. 771 co. 1).

[6] Le parti possono conferire ad un terzo il potere di determinare l'oggetto del contratto (es.: la misura del prezzo). Si parla, in questo caso, di arbitramento, ed il terzo viene detto arbitratore.

[7] La legge per i contratti reali stabilisce il *numerus clausus*; quindi le parti non possono creare altre figure oltre quelle tipicamente previste dal legislatore, cioè: I) il comodato; II) il mutuo; III) il deposito; IV) il pegno; V) la donazione di modico valore; VI) il contratto estimatorio; VII) il contratto di trasporto per ferrovia di cose.

12.2.4.1. Contratti ad effetti reali o traslativi (o contratti con efficacia reale)

I contratti ad effetti reali o traslativi sono quelli che producono, come effetto, il trasferimento della proprietà di un bene determinato o la costituzione o il trasferimento di un diritto reale su un bene determinato o il trasferimento di altro diritto (di natura non reale).

Ad esempio la vendita o la cessione del credito sono contratti ad effetto reale perché trasferiscono un diritto da un soggetto ad un altro (rispettivamente, l'una, la proprietà, l'altra, un credito)[8].

12.2.4.1.1. I contratti ed effetti reali sono sempre consensuali.

Dall'art. 1376 si evince i contratti ad effetti reali sono, dal punto di vista del perfezionamento, consensuali, nel senso che il trasferimento o la costituzione del diritto avviene per effetto immediato del consenso delle parti, senza la necessità di consegnare (*traditio*) il bene oggetto del contratto (pertanto nella vendita di un alloggio, al momento della sottoscrizione del contratto l'acquirente diventa immediatamente proprietario, senza necessità che gli siano consegnate le chiavi o che materialmente si insedi nell'immobile).

12.2.4.2. Contratti ad effetti obbligatori.

I contratti ad effetti obbligatori (o obbligatori): sono quelli che danno luogo alla nascita di un rapporto obbligatorio, cioè non fanno sorgere diritti reali, ma solo diritti personali di obbligazione. Ad esempio il mutuo ha effetti obbligatori, perché obbliga alla restituzione di quanto ricevuto in prestito.

12.2.5. Riguardo al tempo di esecuzione

Riguardo il momento di produzione degli effetti contrattuali ed il loro perdurare nel tempo, si opera una distinzione contratti ad esecuzione istantanea e di durata.

12.2.5.1. I contratti ad esecuzione istantanea

I contratti ad esecuzione istantanea sono quelli che esauriscono i loro effetti in un solo momento. Possono essere:

- ad esecuzione immediata: quando l'esecuzione è contestuale alla costituzione (es. contratti reali);
- ad esecuzione differita: quando l'esecuzione è successiva al momento della costituzione (es. vendita a termine).

12.2.5.2. I contratti di durata.

I contratti di durata sono quelli la cui esecuzione si protrae nel tempo per soddisfare un bisogno del creditore che si estende anch'esso nel tempo. Si distinguono in:

[8] L'efficacia reale può essere differita o eventuale, quando il trasferimento della proprietà avviene in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto. Ciò si verifica nella vendita di cosa generica, nella vendita di cosa futura o di cose altrui, nella vendita alternativa, nella vendita sottoposta a condizione sospensiva etc.:

- contratti ad esecuzione continuata in cui la prestazione è unica ed ininterrotta nel tempo (es.: locazione, affitto, somministrazione di energie, comodato, etc.);
- contratti ad esecuzione periodica: in cui si hanno più prestazioni, che sono ricorrenti a date prestabilite (es.: rendita, contratto vitalizio, etc.) oppure saltuarie, su richiesta di una delle parti (es.: conto corrente, apertura di credito di conto corrente, etc.)[9].

12.2.6. Riguardo al nesso tra le attribuzione patrimoniali.

12.2.6.1. Contratti unilaterali.

I contratti unilaterali o con obbligazioni a carico di una sola parte sono quei contratti che, pur implicando l'esistenza di due parti e di due distinte dichiarazioni di volontà, generano l'obbligo della prestazione per una sola parte, che si trova nella posizione esclusiva di debitore (es.: donazione, mutuo senza interesse, etc.).

In tali contratti l'unilateralità delle attribuzioni patrimoniali fa si che la legge non richieda l'accettazione espressa del beneficiario, consentendo a quest'ultimo il rifiuto nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi (art. 1333). In altri termini in questi casi il consenso è espresso in forma di rifiuto mancato (vedi par. 13.4.1.3.).

12.2.6.2. Contratti bilaterali o a prestazioni corrispettive.

I contratti a prestazioni corrispettive o bilaterali sono caratterizzati dal fatto che:

- il contratto genera due attribuzioni patrimoniali contrapposte e ciascuna delle parti è tenuta ad una prestazione (vi è, cioè, prestazione e controprestazione);
- tra le due prestazioni si stabilisce uno speciale nesso di corrispettività (sinallagma) che consiste nella interdipendenza fra esse, per cui, ciascuna parte non è tenuta alla propria prestazione, se non è effettuata anche la prestazione dell'altra parte.

12.2.6.3. Contratti bilaterali imperfetti.

Sono poi detti bilaterali imperfetti quei contratti nei quali, anche se ciascuna parte può pretendere una prestazione dall'altra, le prestazioni reciproche non sono legate dal nesso di corrispettività.

Un esempio è rappresentato dal mandato in forza del quale il mandatario si obbliga ad agire per il mandante, e quest'ultimo assume l'obbligo di rimborsare al mandatario le spese sostenute o di anticipargli i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato. Ciò in quanto l'attività del mandatario non trova la sua causa nel compenso, giacché l'elemento caratterizzante il rapporto è piuttosto la fiducia: tanto è vero che il venir meno della fiducia per giusta causa po' determinare la risoluzione del contratto da parte del mandante, mentre il

[9] Nei contratti di durata (ad esecuzione continuata o periodica) la risoluzione o il recesso non hanno efficacia retroattiva, cioè non incidono sulle prestazioni già eseguite (1458 co. I, 1373 co.2): ciò perché tali prestazioni non sono rese inutili dalla cessazione dei rapporto, avendo già soddisfatto l'interesse del creditore per il tempo nel quale sono state eseguite. Si ricordi inoltre che solo nei contratti di durata nonché in quelli ad esecuzione differita può aversi risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467).

mancato pagamento del compenso non è sufficiente per la risoluzione del contratto da parte del mandatario.

12.2.6.4. Contratti a struttura associativa.

I contratti a struttura associativa (o con comunione di scopo) sono quelli in cui due o più parti conferiscono beni o servizi per conseguimento di uno scopo comune (es.: contratto di associazione o di società).

12.2.7. Riguardo al rapporto tra i corrispettivi nei contratti a prestazioni corrispettive..

In relazione al rapporto tra la prestazione e la controprestazione si distingue tra contratti commutativi e aleatori

12.2.7.1. Contratti commutativi,

I contratti commutativi sono caratterizzati dal fatto, che fin dal momento della conclusione, ciascuna delle parti conosce l'entità del vantaggio e del sacrificio che riceverà dal contratto (es.: vendita, nella quale il venditore sa che si spoglierà del bene e che in cambio riceverà una certa somma di danaro).

12.2.7.2. Contratti aleatori.

I contratti aleatori sono caratterizzati dal fatto che, l'entità o l'esistenza della prestazione o della controprestazione è collegata ad un elemento incerto, e nei quali, pertanto, il rischio contrattuale (cd. alea) è più ampio ed assume rilevanza causale. Pertanto, all'atto della stipulazione, le parti non sono in grado di prevedere il vantaggio o lo svantaggio che deriverà loro. Tipici esempi di contratti aleatori sono i contratti assicurativi.

Si ricordi che ai contratti aleatori, poiché non v'è un'iniziale corrispondenza economica da tutelare non si applicano gli istituti della: I) rescissione per lesione; II) risoluzione per eccessiva onerosità.

Capitolo 13°
Formazione del contratto

13.1. Generalità.

Il nostro codice non detta norme particolari per la formazione di atti negoziali in generale, ma si limita a disciplinare dettagliatamente solo la formazione del contratto, che avviene con l'incontro della volontà (c.d. accordo delle parti), in particolare l'incontro tra proposta e accettazione.

Proposta ed accettazione non sono pertanto negozio giuridici, ma (anche se da esse possono discendere particolari obblighi giuridici) costituiscono le "fasi" attraverso cui, di regola, il contratto si perfeziona.

13.2. Tipi di formazione del contratto

Quanto alla formazione il contratto può essere:

- a formazione istantanea quando le parti siano presenti nello stesso luogo, o il prezzo della cosa o del servizio è fisso o fissato, o le clausole sono predisposte unilateralmente e che li ha predisposte non consente che la controparte le discuta o ne ottenga la modificazione (contratto per adesione).
- a formazione progressiva, quando alla stipulazione si arriva attraverso una serie, spesso complessa, di negoziati. Questo modo di formazione del contratto costituisce la regola.

13.3. Le trattative.

I negoziati che precedono la stipulazione si chiamano "trattative". Le trattative hanno carattere preparatorio e strumentale, in quanto hanno valore soltanto nel caso che si arrivi ad un accordo, mentre perdono ogni valore in caso contrario. Esse pertanto non sono vincolanti.

13.3.1. L'obbligo giuridico di comportarsi secondo buona fede

Tuttavia va tenuto ben presente, che anche se le parti durante le trattative sono libere di concludere o meno un contratto, l'art. 1337 afferma che "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede[1]", cioè il comportamento delle parti deve essere ispirato a correttezza e lealtà. Il modello di condotta imposto in questo articolo implica il dovere di:

- non coinvolgere l'altra parte in trattative inutili: lo svolgimento delle trattative non comporta alcun obbligo di contrarre, tuttavia è contrario a buona fede suscitare nell'altra parte la ragionevole convinzione sulla conclusione del contratto;
- recedere ingiustificatamente dalle trattative che erano state condotte a tal punto da ingenerare nella controparte la ragionevole aspettativa della conclusione del contratto;

[1] Buona fede: situazione psicologica rilevante per il diritto in quanto produttiva di conseguenze giuridiche. Essa può essere intesa in un duplice senso: soggettivo, quale ignoranza di ledere una situazione giuridica altrui; oggettivo, quale generale dovere di correttezza e di reciproca lealtà di condotta nei rapporti tra i soggetti.

- informare l'altra parte sulle circostanze che possono rendere invalido il contratto. L'art. 1338 afferma infatti che: "La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità[2] del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto".
- chiarezza, al fine di evitare qualsiasi fraintendimento all'altra parte;
- compiere tutti gli atti necessari per la validità o efficacia del contratto (es.: domanda per ottenere un'autorizzazione ove questa sia richiesta a pena di nullità o inefficacia del contratto);
- non coartare l'altrui volontà negoziale, cioè di non ingannare l'altra parte al fine di indurla ad un contratto che non avrebbe altrimenti concluso oppure avrebbe stipulato a condizioni diverse ovvero di non indurre colposamente l'altra parte in errore.

13.3.1.1. La responsabilità precontrattuale.

La violazione del dovere di correttezza comporta una responsabilità (ossia il dovere di risarcire il danno) che prende il nome di responsabilità precontrattuale o "*culpa in contraendo*"[3].

La misura dei danni riparabili è, comunque, diversa da quella dovuta nell'ipotesi di inadempimento di un contratto. Occorre, al riguardo, premettere la distinzione tra:

- l'interesse contrattuale positivo, costituito dai vantaggi che si sarebbero conseguiti e dai danni che si sarebbero evitati ottenendo l'esecuzione del contratto;
- l'interesse negativo, rappresentato invece dai vantaggi che si sarebbero conseguiti e dai danni che si sarebbero evitati non impegnandosi nelle trattative contrattuali (es.: spese inutilmente sostenute per le trattative e altre occasioni favorevoli trascurate).

Orbene, l'interesse leso, in caso di responsabilità precontrattuale, non è l'interesse alla conclusione del contratto, bensì l'interesse a non ricevere menomazioni patrimoniali dal fatto di svolgere trattative contrattuali con un altro soggetto (interesse negativo). Il danno risarcibile, quindi, comprende:

- le spese e le perdite connesse strettamente con le trattative (es.: spese di viaggio e di corrispondenza): c.d. danno emergente;
- il vantaggio che la parte avrebbe potuto procurarsi con altre contrattazioni: c.d. lucro cessante.

13.4. La proposta.

Le trattative si iniziano con la proposta, è la dichiarazione mediante la quale una parte (proponente) manifesta all'altra (oblato) l'intenzione di vincolarsi ad un contratto,

[2] Per invalidità s'intende sia la nullità che l'annullabilità.
[3] Si tratta, secondo l'orientamento prevalente, di un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, poiché trova il suo fondamento nella violazione di un dovere generale di condotta.

indicandone tutti gli elementi essenziali (es.: Tizio propone a Caio di effettuare il trasporto della merce per un determinato tragitto e dietro versamento di un dato prezzo).

La proposta non è un negozio giuridico unilaterale, bensì una dichiarazione unilaterale di volontà, di regola recettizia, che diventa impegnativa soltanto dal momento in cui è accettata dal destinatario. Da ciò discende che:

- proponente può revocare la proposta finché il contratto non sia concluso, cioè fino al momento in cui egli viene a conoscenza dell'accettazione dell'altra parte[4];
- il proponente può rivolgere la stessa proposta a più persone;
- la proposta perde efficacia e libera il proponente qualora l'accettazione non intervenga entro il termine stabilito dal proponente, o entro quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi;
- la proposta è caducata dalla morte o dalla sopravvenuta incapacità di contrattare del proponente, anteriore alla conoscenza dell'intervenuta accettazione[5].

La proposta, come si è detto, è di regola revocabile fino alla conclusione del contratto. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto ad indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione (interesse negativo). Deve trattarsi, però, di un'ipotesi in cui non trova applicazione l'art. 1327 co. 1°, perché in tal caso il contratto sarebbe già concluso con l'inizio dell'esecuzione e la revoca non sarebbe più possibile (vedi par. 13.6.1.)

13.4.1. Eccezioni alla revocabilità della proposta

13.4.1.1. Proposta ferma o irrevocabile.

La proposta ferma o irrevocabile è quella in cui il proponente s'impegna a non ritirare la proposta per un certo tempo, rinunciando preventivamente al diritto di revoca per tutta la durata del termine. Ove il proponente ritiri la proposta, la revoca non avrà effetto (art. 1329 1° co.).

In questo caso la morte o la sopravvenuta incapacità del proponente non toglie efficacia alla proposta, salvo che la natura dell'affare o altre circostanze escludano tale efficacia[6] (art. 1329 2° co.).

13.4.1.2. Opzione.

L'opzione, consiste in una convenzione in forza della quale una delle parti resta vincolato (concendente) alla propria proposta (irrevocabile) e l'altra (opzionario) ha, entro un determinato termine, facoltà di accettarla o meno (es.: una s.p.a. è vincolata ad

[4] Eccezioni alla revocabilità della proposta sono: I) la proposta ferma; II) l'opzione; III) la proposta del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente.

[5] Quest'ultima regola incontra però due eccezioni: I) quando la proposta è stata fatta irrevocabilmente (1329); II) quando la proposta è stata fatta da un imprenditore (che non sia piccolo imprenditore) nell'esercizio della sua impresa (1330): in tal caso, infatti, si ritiene che il rapporto contrattuale sia connesso con l'organizzazione oggettiva dell'impresa piuttosto che con la persona dei suo titolare.

[6] Si tratta di un'eccezione alla regola generale secondo cui, in caso di morte o di sopravvenuta incapacità di contrattare del proponente, prima che questi giunga a conoscenza dell'accettazione, la proposta perde efficacia. Quest'eccezione si spiega considerando che il legislatore ha, in tal caso, inteso privilegiare l'interesse perseguito dal proponente al tempo in cui si è obbligato a mantenere ferma la proposta.

offrire le azioni di nuova emissione agli azionisti e costoro sono liberi di accettare o meno l'offerta).

L'opzione determina pertanto la nascita in capo all'opzionario di un diritto potestativo che se esercitato conclude automaticamente il contratto di vendita. Qualora l'esercizio del diritto avviene dopo la scadenza del termine esso varrà come nuova proposta e non già come accettazione.

L'opzione può essere onerosa, con pagamento da parte dell'opzionario al concedente di una somma (c.d. premio) quale corrispettivo per la concessione del diritto e conseguente soggezione[7].

13.4.1.3. Contratti con obbligazioni a carico del solo proponente (contratti unilaterali).

La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivano obbligazioni a carico del solo proponente (c.d. contratti unilaterali) è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata (art. 1333).

Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso (c.d. accettazione tacita).

13.4.2. La promessa al pubblico.

La promessa al pubblico è una promessa unilaterale a destinatario indeterminato (*in incertam personam*), che ha per contenuto l'assunzione di un obbligo di contrarre nei confronti di chi si trovi in una determinata situazione (es.: riporti 30/30 all'esame di diritto privato) o compia una data azione (es.: ritrovi un bassotto smarrito). Diviene vincolante per il promittente appena è portata a conoscenza del pubblico.

La promessa è revocabile purché (art. 1990 c.c.): la revoca avvenga per giusta causa e sia resa pubblica nella forma stessa della promessa; non si sia già verificata la situazione o non sia stata già compiuta l'azione prevista nella promessa.

Se alla promessa non sia apposto un termine, o questo non risulta dalla natura o dallo scopo della medesima, l'obbligatorietà cessa se, entro l'anno dalla promessa non sia stato comunicato al promittente l'avveramento della situazione o il compimento dell'azione prevista.

13.4.3. L'offerta al pubblico.

È un particolare tipo dì "proposta" consistente in una offerta diretta al pubblico, cioè in *incertam personam*, e fatta col sistema dei "pubblici proclami[8]" affinché sia eventualmente accettata da persona cui essa convenga.

---

[7] Differenza con la proposta irrevocabile. Si noti che, mentre la proposta "ferma", o "irrevocabile", dipende dalla volontà esclusiva dell'offerente, nell'opzione l'irrevocabilità dipende dall'accordo delle partì (patto di opzione). Inoltre la proposta irrevocabile è sempre gratuita mentre l'opzione può essere anche onerosa.
Differenza con il contratto preliminare unilaterale. Bisogna distinguere il contratto di opzione dal contratto preliminare unilaterale, quando cioè l'obbligo di contrarre è assunto da una sola parte. In tal caso alla dichiarazione dell'altra di voler concludere il contratto deve poi seguire la stipula del definitivo, mentre in caso di opzione la dichiarazione da parte dell'opzionario perfeziona il contratto finale. In ipotesi di preliminare unilaterale si avranno allora tre fasi (conclusione del preliminare, dichiarazione di voler concludere il contratto definitivo e successiva conclusione) e non già due come l'opzione.

L'offerta deve essere completa, cioè contenere gli elementi essenziale del contratto alla cui conclusione è diretta; in caso contrario, non è suscettibile di accettazione e vale come invito a trattare.

L'offerta al pubblico costituisce proposta revocabile: non è necessario che la revoca giunga a conoscenza di tutti coloro che hanno preso cognizione della proposta, ma è sufficiente che sia fatta nella stessa forma della proposta (art. 1336[9]).

13.4.3.1. La differenza fra offerta e promessa al pubblico.

La differenza fra offerta e la promessa al pubblico sta nel fatto che: I) l'offerta è un atto prenegoziale e costituisce il nucleo di un eventuale e futuro contratto che si perfezionerà soltanto con l'accettazione; II) la promessa è, invece, vero e proprio negozio giuridico, fonte di obbligazione, e vincola il promittente indipendentemente dall'accettazione, appena resa pubblica.

13.4.4. Il diritto di prelazione.

Il diritto di prelazione è il diritto ad esser preferito ad ogni altro soggetto, a parità di condizioni, nella stipula di un determinato contratto. Tale diritto può trovare la sua fonte costitutiva nella legge o nell'accordo delle parti (patto di prelazione[10]), distinguendosi in tal modo la prelazione legale da quella convenzionale.

La violazione della prelazione convenzionale determina il sorgere, in capo al prelazionario, del diritto al risarcimento del danno (cd. efficacia obbligatoria), mentre maggiore è la tutela offerta nelle ipotesi di prelazione legale, in quanto il prelazionario potrà far valere il suo diritto anche nei confronti dei terzi, così che, se si trattasse ad esempio di una prelazione rispetto ad una compravendita, il titolare del diritto di prelazione violato potrebbe riscattare il bene, facendo venire meno l'acquisto operato dal terzo (cd. efficacia reale).

13.5. L'accettazione.

13.5.1. Nozione

L'accettazione è la dichiarazione mediante la quale la parte (oblato) cui è diretta la proposta manifesta l'intenzione di accoglierla in tutti i suoi elementi (es.: Caio accetta la

---

[8] Da un punto di vista pratico l'espressione "per pubblici proclami" va intesa come ogni forma che renda l'offerta facilmente conoscibile al pubblico: come la pubblicità sui giornali, l'affissione di manifesti murali, etc. Anche l'offerta di dolciumi o sigarette attraverso un apparecchio automatico rientra nella figura dell'offerta al pubblico.

[9] L'art. 1336 afferma che "L'offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi.
La revoca dell'offerta, se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia."

[10] Si ha patto di prelazione quando un soggetto (c.d. promittente o concedente) promette ad un altro (c.d. prelazionario) di preferirlo, a parità di condizioni, rispetto ai terzi qualora in futuro decida di addivenire ad una certa contrattazione ad esempio la vendita della propria abitazione (es. il patto di preferenza nel contratto di somministrazione). La promessa può essere gratuita o onerosa e avrà allora struttura contrattuale.
Dal patto di prelazione non nasce dunque per il promittente un obbligo a contrarre ma nascono due obblighi diversi: il primo, a carattere positivo (*facere*), di render nota al prelazionario l'intenzione di concludere il contratto a certe condizione (c.d. *denuntiatio*) e il secondo, a carattere negativo (*non facere*), di non stipulare il contratto stesso con terzi prima o in pendenza della *denutiatio*.

proposta di Tizio di trasportare la merce per lo stesso tragitto e per lo stesso prezzo indicati nella proposta)

13.5.2. Requisiti.

13.5.2.1. Tempestività.

L'art. 1326 2° co.: "L'accettazione deve giungere al proponente nel termine da lui stabilito o in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi.".

D'altra parte il 3° co. del medesimo articolo afferma che "Il proponente può ritenere efficace l'accettazione tardiva, purché ne dia immediatamente avviso all'altra parte"

13.5.2.2. Forma.

L'art. 1326 4° co. afferma che "Qualora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in forma diversa". Tuttavia il proponente potrebbe rinunciarvi, accontentandosi dell'adesione manifestata in modo diverso.

13.5.2.3. Contenuto.

L'accettazione deve essere totalmente corrispondente alla proposta[11].

Le modifiche apportate, alla proposta, anche se secondarie, non valgono come accettazione bensì come controproposta, ossia come nuova proposta (es.: Caio accetta la proposta di Tizio di trasportare la merce per quello stesso tragitto e dietro versamento del medesimo prezzo propostogli, ma richiede un mezzo di trasporto diverso).

13.5.3. Revoca.

Anche l'accettazione può esse revocata purché la revoca giunga al proponente prima dell'accettazione stessa (es.: dopo che è partita la lettera di accettazione viene dato immediatamente un contrordine telegrafico).

13.6. Conclusione del contratto

L'art. 1326 1° co. afferma che "Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte".

Data la difficoltà di provare che il proponente abbia effettivamente ricevuto l'accettazione dell'oblato, il legislatore ha stabilito una presunzione legale di conoscenza, in base alla quale l'accettazione si reputa conosciuta nel momento in cui perviene all'indirizzo del destinatario, a meno che quest'ultimo provi di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia.

Tale presunzione vige anche per la proposta, per la revoca della proposta e dell'accettazione, e per ogni altra dichiarazione recettizia (vedi art. 1335). È chiaro comunque che questa presunzione *iuris tantum* può essere superata, se il destinatario prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia.

[11] Art. 1326 5° co.: "Un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta"

13.6.1. La conclusione mediante inizio di esecuzione.

Secondo l'art. 1327 co. 1° qualora su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione.

La norma si discosta dalla regola secondo la quale il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta giunge a conoscenza dell'accettazione dell'altra parte.

Infatti, nel caso in cui vi sia l'esigenza di prontezza della prestazione, il destinatario della proposta contrattuale può eseguire la prestazione prima di comunicare la sua accettazione al proponente. Si pensi al caso in cui Tizio ha interesse a ricevere molto presto un libro per cui ordina al libraio di spedirglielo senza attendere la risposta.

In tal caso, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione (conclusione mediante inizio di esecuzione); da questo momento il proponente non potrà più revocare la proposta.

Comunque, l'accettante deve dare prontamente avviso all'altra parte dell'iniziata esecuzione, altrimenti risponderà dei danni arrecati al proponente che aveva confidato nella mancata accettazione (art. 1327 2° co.).

13.7. Il contratto preliminare proprio.

13.7.1. Nozione e funzione.

Il contratto preliminare proprio è il contratto mediante il quale, una parte (preliminare unilaterale) o entrambe le parti (preliminare bilaterale), si obbligano a stipulare un successivo contratto, detto definitivo.

L'effetto di tale contratto consiste in una prestazione di fare, e cioè, nell'impegno (obbligazione) a prestare un futuro consenso, mentre la definitiva regolamentazione dell'affare deriva dal contratto definitivo.

13.7.2. Forma.

L'art. 1351 prevede che il contratto preliminare abbia la stessa forma che la legge prescrive per quello definitivo (forma *ad relationem*). Così è nullo il preliminare di un contratto di compravendita immobiliare se non è utilizzata la forma scritta.

13.7.3. Reazione dell'inosservanza del contratto preliminare.

Se il soggetto obbligato a contrarre non adempie, l'altra parte può:

- chiedere la risoluzione del contratto preliminare per inadempimento, con la condanna dell'inadempiente al risarcimento del danno (caso raro nella pratica);
- provocare, mediante domanda giudiziale, l'emanazione di una sentenza costitutiva (qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, cioè dal preliminare) che produce gli stessi effetti del contratto definitivo non concluso[12].

[12] Va rilevato che non è sempre possibile richiedere l'emanazione di una sentenza costitutiva, come avviene nel caso in cui il contratto preliminare prevedeva la conclusione di un contratto obbligatorio con prestazioni di fare. Lo stesse attiene ai contratti reali, per i quali non può concepirsi una consegna coattiva.

13.7.4. Obbligo di trascrizione dei preliminari relativi ad operazioni sui beni immobili.

L'art. 2645*bis*, introdotto dalla L. 300/1997, ha stabilito l'obbligo di trascrizione dei preliminari relativi ad operazioni sui beni immobili con prevalenza sulle trascrizioni o sulle iscrizione (es. ipoteca) avvenute dopo la trascrizione del preliminare relative al bene immobile oggetto del preliminare.

13.8. Il preliminare improprio o compromesso.

Il preliminare proprio va tenuto distinto dal preliminare improprio o compromesso, in forza del quale le parti si impegnano a ripetere il consenso già dato in una forma particolare (ripetizione del contratto).

Ad esempio i contraenti redigono il primo documento del contratto immobiliare non per un atto notarile, impegnandosi di rifare l'atto nella forma pubblica, necessaria come documento per la trascrizione.

Capitolo 14°
Il contenuto del contratto

14.1. Introduzione.

Il contenuto è dato da tutto ciò che viene stabilito dalle parti per regolare i loro privati interessi.

La nozione di contenuto è rilevante, in quanto ad essa si fa riferimento per determinare: l'oggetto dell'attività interpretativa; la qualificazione giuridica della fattispecie, ossia l'identificazione del tipo di contratto posto in essere dalle parti.

Il contenuto è stabilito dalla parti, tuttavia, l'art. 1374 stabilisce che le parti sono tenute non soltanto a quanto incluso volontariamente nel contratto, ma anche alle conseguenze che derivano dalla legge, o – in mancanza – dagli usi e dall'equità.

In altre parole, per quanto le parti non abbiamo disposto o previsto, si vi è una norma do carattere dispositivo, questa interviene a disciplinare quella parte del rapporto che non è stata oggetto della specifica previsione.

In particolare il contratto può essere integrato dal c.d. clausole d'uso, dette anche usi negoziali o suppletivi, che si intendono inserite per consuetudine, salvo che risulti che non sono state volute dalle parti (art. 1340); tali clausole completano la fattispecie negoziale, in virtù della loro applicazione costante e generalizzata in un dato luogo o settore di affari.

14.2. Il contratto normativo.

Il contratto normativo è quell'atto che racchiude la previsione di una serie omogenea di futuri contratti che saranno eventualmente stipulati o tra i soggetti stessi che hanno dato vita al contratto normativo, ovvero tra altri soggetti componenti di categorie, classi o gruppi, dei quali i partecipanti alla conclusione dei contratto normativo abbiano avuto la rappresentanza.

Da quanto detto si deduce che gli effetti essenziali del contratto normativo sono: I) la preventiva determinazione della materia negoziale; II) la libertà assoluta delle parti di stipulare i futuri contratti, libertà che differenzia il contratto normativo da quello preliminare.

14.3. Il contratto per adesione o contratti *standard*.

La produzione in serie di beni, destinata ad massa di consumatori, utenti e clienti, ha imposto alle grandi imprese, anche per di economicità nella gestione, di accelerare la stipulazione dei contratto (c.d. contratti in serie).

Caratteristica quindi dei contratti standard è la predisposizione, in tutto o in parte, del contenuto del contratto da parte di un solo dei contraenti; si parla perciò anche di contratti per adesione avendo riguardo alla condizione del contraente economicamente più debole che si limita a prestarvi adesione.

14.3.1. Le condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente da uno dei contraenti.

Le condizioni generali di contratto sono le clausole che soggetto, il predisponente, utilizza per regolare uniformemente i suoi rapporti contrattuali; si tratta, quindi di condizioni destinate a regolare una serie indefinita di rapporti.

Il predisponente e solitamente un imprenditore che ha interesse a mantenere uniforme la contrattazione con la sua clientela: di fatto il contenuto di tali contratti viene imposto ai consumatori, i quali aderiscono ad un regolamento che non possono negoziare.

A riguardo l'art. 1341 c.c. afferma che: "Le condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza".

Si impone, pertanto, al predisponente[1] di rendere conoscibili all'altra parte contrattuale le clausole, utilizzando un testo comprensibile e rendendolo accessibile; d'altro canto, la controparte deve usare l'ordinaria diligenza, per accertare la sussistenza e il contenuto delle clausole.

Così le condizioni generali di trasporto saranno efficaci per il semplice fatto di essere esposte al pubblico nella stazione delle autocorriere, anche se il passeggero ha stipulato il contratto di trasporto acquistando frettolosamente il biglietto e non preoccupandosi d'altro.

14.3.2. Clausole vessatorie.

14.3.2.1. Nozione

Inoltre sempre per tutelare chi si appresta a concludere un contratto *standard*, l'art. 1341 2 co.[2], prevede che alcune clausole, prestabilite dal proponente e particolarmente gravemente gravose per l'altro, debbano essere espressamente approvate separatamente per iscritto (c.d. clausole vessatorie).

La mancata approvazione separata e per iscritto di tali clausole comporta la nullità delle stesse.

14.3.2.2. Tipologia.

La clausole vessatorie sono tassative, ossia sono solo quelle indicate dalla norma; tuttavia, la giurisprudenza tende ad ampliare la portata di tali clausole. Per comodità, le clausole vessatorie possono essere suddivise in tre gruppi:

- clausole che collocano il proponente in una condizione di vantaggio rispetto alla controparte (clausole che stabiliscono a favore di chi le ha predisposte limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto, facoltà di sospendere l'esecuzione);
- clausole che collocano la controparte in condizione di "svantaggio" rispetto al proponente" (clausole che sanciscono a carico dell'aderente decadenze, limitazione alla facoltà di opporre eccezioni, restrizione dalla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi);

[1]

[2] Art. 1341 2° co. "In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria."

- clausole pericolose per l'aderente, benché non privilegino nessuno delle due parti (clausole che prevedono tacito proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie, deroghe dalla competenza dell'autorità giudiziaria).

14.3.2.3. Applicabilità della disciplina della clausole vessatorie alla P.A.

La giurisprudenza ha sempre negato che l'art. 1341 2° co., dettato per la tutela del contraente più debole, abbia ragione di essere applicato ai contratti stipulati con la P.A., in quanto l'operato di quest'ultima è istituzionalmente ispirato a criteri di imparzialità e giustizia.

A riguardo la Cassazione (sentenza 29 settembre 1984 n. 4832) ha affermato che la disciplina di cui all'art. 1341 2° co. (secondo cui hanno effetto, se non sono specificatamente approvate per iscritto, le clausole onere ivi contemplate), trova applicazione anche nei contratti stipulati "*iure privatum*" dalla P.A., sulla base di condizioni unilateralmente predisposte dalla stessa amministrazione per una serie limitata di contratti.

14.3.3. *Ratio* della disciplina

Lo scopo dell'intera disciplina va ravvisto nell'esigenza di evitare che le imprese approfittino della disattenzione dei clienti per imporre loro, senza che se ne rendano ben conto, condizioni particolarmente gravose.

Nel caso dovessero sorgere dubbi sull'interpretazione di tali clausole, l'art. 1370 dispone che esse vada interpretate *contra stipulatarem*, cioè nel senso più favorevole all'aderente (che non ha avuto modo di intervenire sulla loro formulazione).

14.4. I contratti tipo o contratti conclusi mediante moduli o formulari.

Il contratto tipo, racchiude l'intero schema contrattuale, ed utilizzabile mediante il reperimento dei punti in bianco e la sottoscrizione.

L'art. 1342 stabilisce che nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, la clausole aggiunte (ad. es. a penna) prevalgono su quelle del modulo o del formulario, qualora siano incompatibili con esse ed anche se queste ultime non siano state cancellate.

La fattispecie è assimilabile alle condizioni generali di contratto: ma in quest'ultima ipotesi le clausole sono disposte unilateralmente e restano interno alla parte che la predisposte e non vengono a far parte di un testo contrattuale da accettare espressamente, sì da determinare in capo alla controparte un onere di conoscenza.

Invece, nell'art. 1342 "si prevede un moduli contenente tutta la serie di clausole predisposte per la sottoscrizione di entrambe le parti, quindi, per una formale accettazione espressa.

Capitolo 15°
Effetti del contratto nei confronti dei terzi

15.1. Nozione di terzo e principio di relativa del contratto.

È terzo il soggetto che non è parte sostanziale del contratto, ossia è estraneo agli interessi regolati contrattualmente[1]

L'art. 1372 2° co. c.c. afferma che: "Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge". La norma esprime il principio di relatività del contratto, in base al quale gli effetti di esso sono limitati alle sole parti, per cui non produce effetto rispetto ai terzi, salvo che nei casi previsti dalla legge; in quest'ultima ipotesi, l'effetto non può mai essere pregiudizievole, ma sempre favorevole al terzo e salva la facoltà di rifiuto del destinatario[2].

Si tratta di un principio che poggia sul concetto di libertà che, in materia di autonomia patrimoniale, impedisce all'autonomia dei singoli di imporre limiti alla libertà di comportamento di un terzo rimasto assolutamente estraneo alla contrattazione, e che poggia sul divieto di ingerenza nell'altrui sfera giuridica, in considerazione della reciproca indipendenza tra le situazione patrimoniali dei singoli.

15.2. Applicazioni del principio di relatività

Costituiscono applicazione del principio di relatività degli effetti: I) la promesso del fatto del terzo; II) il divieto contrattuale di alienazione.

15.2.1. La promessa del fatto del terzo.

Il principio di relatività trova piena applicazione in relazione all'istituto della promessa del fatto del terzo. Tanto è vero che nel caso in cui si promette, mediante un contratto, l'obbligazione o il fatto di un terzo, quest'ultimo non assume alcun obbligo, perché la sua sfera giuridica resta estranea all'attività negoziale nella quale sono stati dedotti fatti relativi alla sua persona; è, invece, il promittente a restare obbligato per la promessa e a dovere indennizzare l'altro contraente se il terzo non si obbliga o non compie il fatto (art. 1381).

15.2.2. Il divieto contrattuale di alienazione.

Il divieto contrattuale di alienazione è il patto con il quale una parte si obbliga verso l'altra a non alienare una data cosa per un certo tempo (ammesso dalle legge solo se risponde ad un rilevante interesse delle parti ed è contenuto entro convenienti di limiti di tempo). Esso non ha effetto nei confronti dei terzi, eventuali acquirenti ed estranei; colui

[1] Terzo può essere, quindi, anche il soggetto che è parte formale del contratto, partecipando solamente alla formazione della volontà contrattuale (rappresentante).

[2] Gli effetti che il contratto non può, di regola, produrre nei confronti dei terzi sono, però, solo gli effetti diretti, cioè quelli che trovano la loro causa produttiva direttamente nel contratto. In una compravendita, ad esempio, gli effetti diretti sono il trasferimento della proprietà del bene (o di altro diritto) e le obbligazioni che nascono dal contratto. Vi sono, invece, effetti ricollegabili al contratto soltanto indirettamente (effetti riflessi), i quali possono ripercuotersi pure sui terzi; ad esempio, il trasferimento della proprietà di una cosa ha conseguenze riflesse sul soggetto estraneo al contratto di compravendita (terzo) conduttore (inquilino) dell'immobile, avrà di fronte un nuovo locatore.

che si è obbliga non vendere e vede dovrà risarcire il danno alla controparte ma la vendita, come tale, è valida ed efficace.

15.3. Deroghe al principio di relatività.

Sono invece eccezioni al principio di relatività: I) il contratto a favore del terzo; III) il contratto per persona da nominare. Istituti questi con i quali si possono produrre effetti direttei nei confronti dei terzi.

15.3.1. Contratto a favore del terzo.

15.3.1.1. Nozione.

Il contratto a favore del terzo è il contratto con il quale una parte (cd. stipulante) indica un terzo quale titolare del diritto alla prestazione dovuta dall'altro contraente (cd. promittente)[3].

Perché si possa parlare di contratto a favore del terzo occorre che le parti esprimano la volontà di attribuire al terzo la titolarità del diritto alla controprestazione, senza tuttavia che il terzo sia (o diventi) parte del contratto.

Bisogna inoltre evidenziare che:

- lo stipulante deve avere un interesse che giustifichi l'atto dispositivo. Esso può essere anche morale, ma comunque meritevole di tutela *ex art.* 1322. Se l'interesse manca o è illecito, la disposizione è nulla, ma rimane fermo il contratto, per cui la prestazione è dovuta allo stipulante;
- il beneficio del terzo non può risolversi in un vantaggio di fatto, meramente economico (es.: un trasporto o cure mediche), bensì deve consistere nell'attribuzione della titolarità di un diritto ad esigere dall'obbligato l'esecuzione della prestazione promessa;
- la modificazione della sfera giuridica del terzo determinata dall'attribuzione del diritto può avere la natura più varia (acquisto di un credito, di un diritto reale, liberazione da un debito).

15.3.1.2. Disciplina.

Quanto alla disciplina, principali regole sono:

- il terzo acquista il diritto verso il promettente, di regola sin dal momento della stipulazione del contratto, ma non diviene parte.
- il terzo ha, l'onere di dichiarare se vuole profittare del beneficio, così come può dichiarare di rifiutare la stipulazione in suo favore. Fino al momento in cui non abbia emesso tale dichiarazione la legge espressamente prevede la possibilità che nel frattempo lo stipulanti revochi o modifichi la stipulazione.
- la dichiarazione del terzo di voler profittare della stipulazione non esclude tuttavia la possibilità che lo stipulante revochi il beneficio "se la prestazione deve fatto al

[3] Es.: un genitore decide di stipulare un'assicurazione sulla vita a favore si suo figlio. A tale scopo egli si rivolge ad un società assicuratrice, la quale si assume di versare l'importo dell'assicurazione al figlio nel caso di morte del genitore. In questo esempio, il genitore è lo stipulante, la società assicuratrice è il promittente e il figlio e il beneficiario del diritto di credito derivante dal contratto di assicurazione stipulato a suo vantaggio.

terzo dopo la morte dello stipulante" (art. 1412, co. 1°). In tal caso la revoca può essere fatta anche con una dichiarazione testamentaria ed è esclusa solo quando lo stipulante vi abbia rinunciato per iscritto;

- nel caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittare, la prestazione rimane a beneficio dello stipulate, salvo che risulti diversamente dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto;
- premessa la distinzione tra rapporto di valuta, intercorrente tra stipulante e terzo, e rapporto di provvista, che si stabilisce tra stipulante e promittente, quest'ultimo ai sensi dell'art. 1413, può opporre a al terzo solo le eccezioni sul contratto dal quale deriva il suo dritto (ossia le eccezioni fondante sul rapporto di provvista) e non invece quelle fondate su altri eventuali rapporti tra lui e lo stipulante[4].

Il contratto a favore del terzo rappresenta un'eccezione al principio sancito dall'art. 1372 c.c. (cd. principio di relatività del contratto: il contratto ha forza di legge tra le parti, e solo tra esse): l'eccezione si giustifica in considerazione del fatto che, per effetto del contratto a favore del terzo, si producono nella sfera del terzo soltanto effetti favorevoli.

15.3.2. Il contratto per persona da nominare.

15.3.2.1. Nozione.

Si ha c o n t r a t t o p e r p e r s o n a d a n o m i n a r e nel caso in cui, una delle parti, al momento della conclusione del contratto, si riserva la facoltà di nominare successivamente la persona nella cui sfera giuridica il negozio deve produrre gli effetti (art. 1401)[5].

Con l'atto di nomina (c.d. *electio amici*) il terzo subentra, quale parte sostanziale del contratto, in sostituzione o in aggiunta allo stipulante acquistando con effetto retroattivo diritti ed obblighi derivanti dal contratto (art. 1404)[6].

15.3.2.2. La dichiarazione di nomina

La d i c h i a r a z i o n e d i n o m i n a , per avere effetto, deve essere:

- comunicata all'altra parte nel termine di tre giorni dalla stipulazione del contratto, salvo che le parti stesse non abbiano stabilito un termine diverso (art. 1402);
- preceduta da un procura anteriore alla stipulazione del contratto ovvero accompagnata dall'accettazione della persona nominata;
- espressa nella stessa forma che le parti hanno usato per il contratto anche si tratta di una forma non prescritta dalla legge.

[4] Ad esempio, il promittente può rifiutare di eseguire la prestazione al terzo beneficiario se il contratto, in virtù del quale egli ha assunto l'impegno, è nullo, annullabile, risolubile o rescindibile.

[5] Si tratta di una ipotesti di r a p p r e s e n t a n z a e v e n t u a l e *i n i n c e r t a m p e r s o n a m* .

[6] In particolare, il contratto per persona da nominare è sorto per soddisfare un duplice esigenza: consentire a certe persone, dotato di ingenti mezzi economici, di partecipare alle aste pubbliche senza esporre il proprio nome e di pagare un unico tributo per il trasferimento del diritto nonché promettere a taluno di concludere tempestivamente un affare riservandosi la possibilità di mantenere una posizione di intermediazione, evitando in tal modo un duplice pagamento dei tributi.

Se la dichiarazione di nomina è conforme ai requisiti suddetti, la persona nominata acquista retroattivamente, ossia al momento della stipulazione, i diritti e assume gli obblighi derivanti dal contratto.

Se invece la dichiarazione di nomina non è fatta validamente nel termine stabilito il contratto produce effetti tra i contraenti originari (art. 1405)

15.4. Conflitti fra aventi diritto sullo stesso oggetto.

Si parla di c o n f l i t t o nell'ipotesi in cui una persone cede un suo diritto a due soggetti: prima a Tizio e poi, con successivo contratto, a Caio; in tale ipotesi occorre accertare quale dei due debba essere considerato dalla legge il nuovo titolare del diritto.

In via generale, si applica, la regola della priorità nella conclusione del contratto, per cui viene preferito colui al quale il diritto è stato attribuito per primo, poiché chi si è spogliato di un diritto non può più disporre dello stesso a favore di altri.

Tuttavia le esigenze di protezione della buona e dell'affidamento, nonché quelle di favorire la circolazione dei beni, introducono notevoli eccezioni a quel principio, per cui:

- nel caso di acquisto di beni mobili (non registrati) è preferito chi, per primo, ne ha acquistato il possesso in buon fede (art. 1153);
- nel caso di acquisto di immobili (o mobili registrati) è preferito chi, per primo, ha curato la trascrizione del titolo (art. 2644);
- nel caso di acquisto di diritto reali di godimento su cosa altrui (es. locazione) è preferito chi, per primo, ha conseguito il godimento ella cosa (art. 1380).

Quanto alle conseguenze si noti che il contraente sacrificato ha diritto al risarcimento dei danni nei confronti della parte che attribuito ad altri lo stesso diritto.

Capitolo 16°
Interpretazione del contratto

16.1. Nozione.

L'interpretazione del contratto consiste nell'attività "ermeneutica" rivolta ad indagare e ricostruire il significato da attribuire alle dichiarazioni delle parti.

Può infatti accadere che le dichiarazioni negoziali abbiano un significato equivoco, in quanto siano intese diversamente dal dichiarante, dal destinatario della dichiarazione e dai terzi interessati.

16.2. Le regole di interpretazione: introduzione.

La legge, pertanto, detta un serie di regola da seguire per l'interpretazione del contratto (art.. 1362-1371 c.c.) e da applicare, in quanto compatibili, anche ai negozi unilaterali e agli atti *mortis causa*.

Tali regole vengono suddivise in:

- regole di interpretazione soggettiva (o storica), quando sono dirette a ricostruire la reale comune intenzione delle parti (artt. 1362-1365 c.c.).
- regole di interpretazione oggettiva, dirette a determinare un congruo significato della clausola o dell'intero contratto, quando è incerta o dubbia la volontà comune. Le regole di interpretazione oggettiva hanno carattere sussidiario, si applicano cioè quando l'applicazione delle norme sull'interpretazione soggettiva non è valsa a rendere chiara la volontà delle parti contraenti.

16.3. Criteri di interpretazione soggettiva.

Le più importanti regole di interpretazione soggettiva sono fissate:

- dall'art. 1362, secondo il quale l'interpretazione deve accertare che la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale che emerge dalle parole adoperate. A tal fine si deve tener conto del comportamento complessivo delle parti, anche posterie alla conclusione del contratto;
- all'art. 1363 secondo il quale le clausole del contratto devono essere interpretate le une per mezzo delle altre attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto (interpretazione sistematica);
- dall'art. 1364: le espressioni generali usate nel contratto si intendono circoscritte all'oggetto materiale contrattato;
- nell'art. 1365: quando si è utilizzato un caso esemplificativo al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi ai quali può estendersi lo stesso patto.

16.4. Criteri di interpretazione oggettiva.

Sono contenuti nei seguenti articoli:

- l'art. 1366 c.c., poi, pone una norma interpretativa che si riferisce ad entrambe le interpretazione, soggettiva ed oggettiva, disponendo che il contratto deve, in ogni caso, essere interpretato secondo buona fede. Tale buona fede non va intesa in senso soggettivo, ma è rappresentata dal comportamento leale dei soggetti, da apprezzarsi secondo la media coscienza sociale;
- l'art. 1367 c.c.: nel dubbio, il contratto e le singole clausole si devono interpretare nel senso in cui possono avere qualche effetto anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (il principio di conservazione del contratto);
- l'art. 1368 c.c.: le clausole ambigue si interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo di conclusione del contratto (c.d. usi interpretativi);
- l'art. 1369 c.c.: nel dubbio le espressioni con più sensi devono esser intese nel significato più conveniente alla natura ed all'oggetto del contratto (c.d. interpretazione funzionale)
- l'art. 1370 c.c.: le clausole inserite nelle condizione generali di contratto e nei moduli e formulari vanno, nel dubbio, interpretate contro l'autore delle clausole stesse.

16.5. Interpretazione del c.d. contratto oscuro.

L'art. 1371 detta una norma di chiusura, cui si fa ricorso nel caso in cui il contratto, nonostante l'applicazione delle norme interpretative soggettive ed oggettive, rimanga oscuro. Il legislatore ha distinto due ipotesi:

- se il contratto è a titolo gratuito, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato;
- se il contratto è, invece, a titolo oneroso, va interpretato in modo da realizzare un equo contemperamento degli interessi delle parti.

Capitolo 17°
Estinzione del contratto

17.1. Premessa.

In precedenza, è stato detto che nei contratti a prestazioni corrispettive (vedi par. 12.2.6.2), le prestazioni sono legate dal sinallagma, in forza del quale esse risultano essere proporzionali (nel senso che i loro valori non devono essere eccessivamente squilibrati) e interdipendenti (nel senso che tanto una prestazione, o meglio l'obbligo di eseguire una prestazione, ha ragione di esistere quando esiste la possibilità di eseguire anche la controprestazione).

A riguardo, va aggiunto che, il sinallagma, cioè il legame tra le reciproche obbligazioni che sorgono contemporaneamente dallo stesso contratto, non solo deve esistere al momento della stipulazione del contratto (cd. sinallagma genetico), ma deve persistere per tutta la durata del rapporto giuridico relativo (cd. sinallagma funzionale) che intercorre tra le parti (ossia per tutto il periodo in cui viene data esecuzione al contratto).

In altri termini la prestazione di una parte rimane legata, non solo all'esistenza originaria, ma anche al perdurare dell'obbligazione corrispondente della controparte, e quindi all'adempimento o alla passibilità di adempimento[1].

Ricapitolando dunque in forza del sinallagma:

- nel momento in cui viene concluso il contratto e per tutto il corso del rapporto, le due prestazioni devono essere possibili, in quanto l'impossibilità (per causa non imputabile al debitore) di una prestazione estingue anche l'obbligo di eseguire la controprestazione (essendo le due prestazione interdipendenti):
- nel momento in cui viene concluso il contratto e per tutto il corso del rapporto, non vi deve essere un eccessivo squilibrio tra il valore delle due prestazioni;
- in fase di esecuzione, tanto una parte è tenuta ad eseguire la prestazione quando l'altra parte si dichiara pronta ad eseguire la controprestazione (ovviamente questi nei contratti "mano contro mano", in cui le prestazioni devono eseguirsi contestualmente); viceversa tanto una parte può pretendere la prestazione dall'altra parte quando si dichiari pronta ad eseguire la sua prestazione.

Ora qualora tali "corollari" del sinallagma non vengano rispettati, le parti hanno a disposizione specifici mezzi di tutela:

- innanzitutto va detto che qualora una delle prestazioni risulti impossibile già al momento della conclusione del contratto, quest'ultimo risulta essere nullo;
- se nel corso del rapporto una delle due prestazioni diviene impossibile per causa non imputabile al debitore, allora si avrà la risoluzione di diritto del contratto per impossibilità sopravvenuta;

[1] Per volontà delle parti talora si attua una specie di separazione o di distacco, almeno temporale tra le due prestazioni, mediante la clausola "*solvet et repete"* di cui parleremo in seguito.

- se nel momento in cui viene stipulato il contratto esiste un eccessivo squilibrio tra il valore delle due prestazioni, allora la parte danneggiata potrà utilizzare l'istituto della rescissione;
- se nel corso del rapporto il valore delle due prestazione, che inizialmente era bilanciato, si sbilancia eccessivamente, allora la parte danneggiata potrà chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità;
- nel caso in cui una delle parti nonostante non si sia dichiarata pronta ad eseguire la prestazione, richieda l'adempimento della prestazione all'altra parte, questa può sollevare l'eccezione di inadempimento, cioè può richiamare l'inadempimento o il non perfetto adempimento della controprestazione per non eseguire a sua volta la sua prestazione.

17.2. Rescissione

17.2.1. Nozione

Innanzitutto va detto che la rescissione è un modo di scioglimento dei contratti a prestazioni corrispettive, che presentano un'anomalia all'atto della loro formazione: tale anomalia consiste in uno squilibrio tra i valori delle prestazioni contrattuali, che si verifica quando una parte contraente approfitta dell'alterazione della libertà contrattuale della controparte che si trova in uno stato di bisogno o di pericolo.

Pertanto la rescissione può essere chiesta qualora ci siano nel sinallagma contrattuale anomalie genetiche, cioè contemporanee alla conclusione del contratto.

Come il contratto annullabile, il contratto rescindibile è provvisoriamente efficace (efficacia interinale) sino a quando non interviene la pronuncia di rescissione del contratto, che elimina gli effetti giuridici prodotti con efficacia retroattiva (ex tunc).

Il codice ha disciplinato due figure di rescissione: I) rescissione del contratto concluso in stato di pericolo (art. 1447); II) rescissione per lesione *ultra dimidium* (art. 1448).

17.2.2. La rescissione del contratto concluso in stato di pericolo.

L'art. 1447 afferma che il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso su domanda della parte che si è obbligata.

I presupposti generali per rescindere il contratto concluso in stato di pericolo sono:

- lo stato di pericolo in cui si trova uno dei contraenti al momento della conclusione del contratto[2]. Esso, deve essere:
  - attuale: deve cioè essersi già verificato;
  - deve aver riguardo alla persona e non a cose e beni, come, ad esempio in caso di minaccia di devastazione o di saccheggio;

[2]Il contratto può essere rescisso anche qualora il soggetto stesso si sia posto volontariamente e per colpa nella situazione pericolosa.

- grave e si deve porre come causa efficiente della contrattazione, nel senso che la parte deve essere convinta di trovarsi di fronte alla alternativa tra subire il danno o stipulare il contratto;

- oltre al presupposto soggettivo dello stato di pericolo è pero anche necessario che la parte abbia assunto obbligazioni a condizioni inique, ove per iniquità s'intende una sproporzione tra il valore delle prestazioni;
- infine è necessario la conoscenza dello stato di pericolo da parte di colui che ne ha tratto vantaggio (al quale tuttavia può essere attribuito un giusto vantaggio per l'opera svolta).

I primi due presupposti hanno carattere oggettivo, il terzo soggettivo.

17.2.3. La rescissione del contratto per lesione *ultra dimidium* .

L'art. 1448 afferma che se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra ed essa è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarre vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.

Da quanto detto si evince che i presupposti dell'azione sono:

- la lesione *ultra dimidium*: ossia la sproporzione fra le due prestazioni superiore della metà (il valore della prestazione cui è tenuta la parte danneggiata deve essere di oltre il doppio del valore della controprestazione); la lesione deve essere accertata con riferimento all'epoca della conclusione del contratto (art. 1448): tuttavia il contratto non è più rescindibile se, a causa di circostanze sopravvenute, lo sproporzione è venuta a mancare al momento della presentazione della domanda di rescissione;
- lo stato di bisogno della parte danneggiata, che va interpretata non come assoluta indigenza o incapacità patrimoniale, ma come situazione di difficoltà economica, anche transitoria, che incide sulla libera determinazione del contraente. In ogni caso, gli interessi minacciati devono essere strettamente patrimoniali, se sono personali si rientra nella rescissione per stato di pericolo. Lo stato di bisogno deve essere stato determinate per la contrattazione nel senso dell'esistenza di un nesso di causalità psicologica tra stato di bisogno e decisione di contrarre, che a sua volta deve presentarsi come necessaria;
- l'approfittamento dello stato di bisogno si risolve in una condizione psicologica di mera conoscenza (mala fede soggettiva) delle circostanze cui si ricollega la rescindibilità del contratto; non si richiede necessariamente un comportamento attivo, ovvero un'iniziativa fraudolenta della parte, in quanto può essere sufficiente anche un contegno semplicemente passivo.

Inoltre, si sottolinea che l'azione generale di recisione per lesione prevista dall'art. 1448 richiede la simultanea ricorrenza dei tre requisiti sopra evidenziati. Fra i tre elementi predetti non sussiste alcun ordine di priorità o precedenza, per cui, in caso di mancanza o di mancata dimostrazione dell'esistenza di uno dei tre elementi, diventa superfluo indagare sulla sussistenza degli altri due, e l'azione di rescissione deve essere senz'altro respinta.

17.2.4. Disciplina.

17.2.4.1. Campo di applicazione.

Si ricordi che, ai sensi dell'art. 1448 4° co., l'azione di rescissione non è esperibile nei confronti dei contratti aleatori, perché è ad essi connaturata la possibilità – legata alla sorte – che nasca un vantaggio sproporzionato a favore di una parte.

17.2.4.2. Legittimazione e rilevabilità.

Legittimata all'esercizio dell'azione di rescissione è la parte danneggiata, ossia la parte che ha stipulato il contratto in stato di bisogno o di pericolo; legittimato è anche l'erede della parte danneggiata (ma non l'avente causa a titolo particolare).

Il giudice non è legittimato a rilevarla d'ufficio.

La sentenza che accoglie la domanda ha natura costitutiva, poiché priva il contratto della sua efficacia.

17.2.4.3. Prescrizione dell'azione.

L'azione si prescrive nel breve termine di un anno, che decorre dalla conclusione del contratto. Se ricorrono gli estremi di un reato il termine di prescrizione coinciderà con quello del reato.

Inoltre si ricordi che a differenza dell'annullabilità, la rescindibilità, una volta prescritta l'azione di rescissione, non può essere fatta valere, in via di eccezione, dalla parte danneggiata chiamata in giudizio dalla controparte, che invoca l'esecuzione del contratto: ciò significa che al di là di tale termine, il negozio rescindibile è valido.

17.2.4.4. La mancanza di convalida e la riconduzione ad equità.

Il contratto rescindibile non ammette convalida (art. 1451) per cui la parte danneggiata, anche se dichiara espressamente di rinunciare all'azione di rescissione ovvero esegua spontaneamente la prestazione, avrà pur sempre la possibilità di agire in giudizio ed ottenere la restituzione della prestazione eseguita.

Tuttavia la parte contraente contro la quale si fa valere la rescissione del contratto, può evitare quest'ultima offrendo alla parte danneggiata di modificare il contenuto del contratto riconducendo il valore economico delle prestazioni contrattuali ad un giusto rapporto di scambio (riconduzione ad equità).

L'offerta di riduzione ad equità è in sostanza un potere di rettifica; infatti, come per la rettifica del contratto viziato da errore, anche in questo caso, si tratta di un negozio unilaterale e recettizio: anche la rettifica del contratto rescindibile non richiede l'accettazione della controparte, per cui il contratto risulta modificato ed è efficace non appena l'offerta giunge a conoscenza della parte danneggiata; se quest'ultima rifiuta l'offerta, è il giudice che deve decidere se la modifica è sufficiente a ricondurre il contratto ad equità.

17.2.4.5. Gli effetti.

17.2.4.5.1. Nei confronti delle parti.

La rescissione cancella gli effetti del contratto a partire dal giorno in cui questi sono stati prodotti (ex tunc): le parti contraenti sono liberate dall'obbligo di eseguire le prestazioni contrattuali e sono obbligate a restituire quelle ricevute, giacché queste ultime, essendo

divenute, per effetto della caducazione del negozio, prive di giustificazioni causali, costituiscono un indebito oggettivo.

17.2.4.5.2. Nei confronti delle parti.

Mentre la rescissione cancella gli effetti del contratto prodotti nei confronti delle parti contraenti sono salvi i diritti acquistati dai terzi (soggetti estranei al contratto) da una delle parti del contratto rescisso, anche se l'acquisto è avvenuto in malafede.

Quando la domanda di rescissione è soggetta a trascrizione, l'acquisto dei terzi è salvo, purché esso sia trascritto prima della trascrizione della domanda giudiziale diretta a far valere la rescissione; nel caso contrario, la sentenza di rescissione farà stato pure nei confronti dei terzi, che perderanno il diritto acquisito.

17.3. Risoluzione legale del contratto.

17.3.1. Nozione.

Innanzitutto va detto che la risoluzione, al pari della rescissione è un modo di scioglimento dei contratti a prestazioni corrispettive, dovuto al verificarsi di eventi che alterano il sinallagma tra le prestazioni.

Può accadere infatti, che un contratto benché valido, al momento della sua esecuzione, non sia in grado di soddisfare gli interessi delle parti a causa di un evento sopravvenuto, quale l'inadempimento di una delle parti, l'impossibilità sopravvenuta o l'eccessiva onerosità di una delle prestazioni.

In relazione a tali eventi, il codice disciplina tre ipotesi di risoluzione: a) la risoluzione per inadempimento; b) la risoluzione per impossibilità sopravvenuta; c) la risoluzione per eccessiva onerosità.

In tutti questi casi lo scioglimento del contratto consente di porre rimedio all'alterazione del sinallagma (funzionale) ed al conseguente squilibrio tra gli interessi delle parti contraenti, le quali non sono più obbligate ad eseguire la propria prestazione, quando questa non trovi più la sua remunerazione nella controprestazione.

È chiaro quindi che mentre la nullità, l'annullabilità e la rescindibilità colpiscono vizi intrinseci del contratto, la risolvibilità colpisce il contratto per vicende anomale del rapporto giuridico da esso sorto.

17.3.2. Risoluzione per inadempimento.

L'azione di risoluzione per inadempimento può essere proposta quando una parte, pur avendo già eseguito (ovvero essendo pronta ad eseguire) la sua controprestazione non riceva la controprestazione per l'inadempimento del quale è responsabile, per dolo o per colpa, la controparte (c.d. inadempimento colpevole).

D'altra parte, si ricordi fin da ora che, il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra (art. 1455)

La risoluzione per inadempimento può essere: I) giudiziale (per la quale è necessaria una sentenza costitutiva del giudice); II) di diritto (per la quale non è necessaria una sentenza costitutiva del giudice).

17.3.2.1. Risoluzione giudiziale.

Per quanto concerne la risoluzione giudiziale, il codice stabilisce all'art. 1453 1° co. che: "Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno[3]".

In ordine al rapporto tra l'azione di adempimento e l'azione di risoluzione è utile precisare che: I) mentre la domanda di risoluzione può essere proposta anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; II) la richiesta di adempimento non e più ammessa quando è stata domandata la risoluzione[4].

Il giudice accertata l'esistenza dei presupposti, dichiara risolto il contratto con sentenza costitutiva.

17.3.2.2. Risoluzione di diritto

La risoluzione per inadempimento è detta *ope legis* (o di diritto) allorquando si produce senza necessità di ricorrere ad una pronuncia costitutiva del giudice.

Ciò non toglie tuttavia che le parti, in caso di contestazione, adiscano l'autorità giudiziaria: in tale ipotesi, però la pronuncia si limiterà ad accertare se la risoluzione si è verificata o meno: sarò cioè una sentenza dichiarativa volta a prendere atto di certi effetti che si sono già prodotti nella realtà giuridica..

I casi di risoluzione di diritto espressamente regolati dal codice sono tre: I) la diffida ad adempiere; II) la clausola risolutiva espressa; III) il termine essenziale.

17.3.2.2.1. La diffida ad adempiere

La diffida ad adempiere è una dichiarazione scritta attraverso la quale la parte non inadempiente intima alla parte inadempiente di eseguire la prestazione entro un congruo termine (non inferiore a 15 gg.) e contemporaneamente avverte la controparte che decorso inutilmente detto termine, il contratto dovrà considerarsi automaticamente sciolto (risoluto).

17.3.2.2.2. La clausola risolutiva espressa.

La clausola risolutiva espressa è quella pattuizione con cui le parti prevedono che il contratto dovrà considerarsi automaticamente risolto se una o più obbligazioni determinate non siano adempiute o siano adempiute secondo modalità diverse da quelle pattuite.

Tuttavia, in presenza di una clausola risolutiva espressa, la risoluzione non consegue automaticamente all'inadempimento, ma si verifica solo qualora la parte non inadempiente

[3] Nel caso in cui si chiede la risoluzione, il danno risarcibile è costituito dalle spese inutilmente sostenute per preparare l'adempimento, più il vantaggio patrimoniale che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto; mentre quando si chiede l'adempimento, il risarcimento del danno è pari al vantaggio economico che sarebbe derivato da una esecuzione tempestiva.

[4] Il codice stabilisce che non può chiedersi l'adempimento dopo che è stata domandata la risoluzione, perché si presume che nel momento in cui la parte ha chiesto la risoluzione del contratto, non ha più alcun interesse ad ottenere la prestazione contrattuale.
Per la stessa ragione dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione.

eserciti il diritto potestativo acquisito con la clausola e comunichi all'altra parte che intende avvalersi della stessa.

17.3.2.2.3. Il termine essenziale.

Il termine essenziale fissa il momento al di là dei quale il creditore non ha più interesse ad ottenere l'esecuzione della prestazione, (si pensi all'artista che deve presentarsi a teatro all'ora fissata per la rappresentazione).

L'essenzialità del termine può essere espressamente pattuita dalle parti, oppure può derivare dal tipo di contratto stipulato o dal contenuto di esso. Si pensi alla prestazione del sarto che ha ad oggetto la confezione di un abito da sposa, che ovviamente deve essere pronto per il giorno del matrimonio; successivamente, il creditore non ha più interesse alla prestazione.

Decorso inutilmente il termine, il contratto si scioglie automaticamente (risoluzione di diritto), senza necessità di una sentenza del giudice. Il codice ha, però, previsto la possibilità che, nonostante la scadenza del termine, il creditore possa «paralizzare» l'effetto risolutorio manifestando espressamente, salvo patto o uso contrario, la volontà di esigere entro tre giorni l'esecuzione della prestazione (art. 1457 1° co.[5]).

17.3.3. Risoluzione per impossibilita sopravvenuta.

In via generale se la prestazione diviene impossibile per causa non imputabile a debitore essa si estingue in applicazione di quanto stabilito dall'art. 1256[6] prima comma.

Il secondo comma dell'art. 1256, aggiunge che si ha estinzione anche nel caso di impossibilità temporanea quando, avuto riguardo alla natura del contratto e al suo contenuto concreto, il creditore non può più pretendere la prestazione ovvero non ha più interesse a riceverla. In caso contrario l'impossibilità temporanea, avrà soltanto un effetto sospensivo, e non andrà a sciogliere il contratto[7].

Ora nei contratti a prestazioni corrispettive, dato il sinallagma funzionale che unisce le prestazioni, l'impossibilità di una di esse, estingue anche la controprestazione, e dunque da luogo così come previsto dall'art. 1463[8] alla risoluzione automatica del contratto[9].

---

[5] Art. 1457 1° co.: "Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni"

[6] Art. 1256 (impossibilità definitiva e impossibilità temporanea): "L'obbligazione si estingue quando per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea il debitore, finché essa perdura non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla".

[7] Per quanto attiene i contratti plurilaterali l'art. 1466 prevede che "l'impossibilità delle prestazioni di una delle parti non importa scioglimento del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze considerarsi essenziale".

[8] Art. 1463 (impossibilità totale): "Nei contratti con prestazioni corrispettive la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito".

[9] Tuttavia va precisato che tale effetto si produce solo nei contratti ad efficacia obbligatoria. In quanto in relazione ai contratti ad efficacia reale l'art. 1465 1° afferma che: "Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali, il

Tuttavia affinché si abbia la risoluzione del contratto è necessario che l'impossibilità sia:

- oggettiva, cioè dipenda da fatti estranei alla volontà o alla sfera di controllo del debitore, ossia da eventi che non si possono dominare o prevedere (es.: terremoto, sciopero generale, espropriazione). La impossibilità imputabile al debitore configura, invece, un vero e proprio inadempimento, generatore, in quanto tale, di responsabilità;
- sopravvenuta: cioè successiva alla conclusione del contratto, in quanto l'impossibilità originaria di una prestazione da luogo a nullità del contratto;
- sia totale e non parziale: in caso di impossibilità parziale, secondo art. 1258 1° co.[10] il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile. Tuttavia il dettato dell'art. 1258 non può essere applicato ai contratti a prestazioni corrispettive, in quanto determinerebbe un grave squilibrio del sinallagma. Per tale motivo l'art. 1464[11] legittima il creditore o a pretendere una corrispondente riduzione della propria prestazione o a recedere dal contratto, se non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale, interesse da valutarsi oggettivamente secondo il criterio della non scarsa importanza di cui all'art. 1455.

La risoluzione per impossibilità sopravvenuta opera di diritto, cosicché l'eventuale sentenza che dirime una controversia in ordine alla sussistenza dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore, sarà di mero accertamento.

17.3.4. Risoluzione per eccessiva onerosità.

L'art. 1467 prevede che nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili (es. guerra), la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, sempre che la sopravvenuta onerosità non rientri nell'alea normale del contratto.

Dunque ricapitolando affinché di possa richiedere la risoluzione per eccessiva onerosità è necessario:

- che si tratti di contratti nei quali è previsto il decorso del tempo nell'esecuzione: deve trattarsi di contratti di durata o di contratti istantanei ad esecuzione differita;

perimento della cosa per una causa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli è stata consegnata". Ciò è facilmente comprensibile se si considera, cosi come si deduce dall'art. 1376, i contratti ad effetti reali sono sempre consensuali.

[10] Art. 1258 1° co. "Se la prestazione è divenuta impossibile solo in parte, il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile"

[11] Art. 1464 "Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale"

- che l'eccessiva onerosità si sia verificata successivamente alla conclusione del contratto e prima che abbia avuto inizio l'adempimento della prestazione a cui l'eccessiva onerosità si riferisce. E' necessario inoltre che il debitore non sia in mora (si ricordi che se è a carico del contraente moroso l'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta, a maggior ragione è a suo carico l'onerosità sopravvenuta durante la mora). L'onerosità fine deve riguardare una prestazione non ancora adempiuta;
- che la sopravvenuta onerosità non rientri nell'alea normale del contratto. Non sembra opportuno infatti che si rimetta in discussione un vincolo, quando le parti abbiano preventivamente accettato un rischio particolare (es.: assicurazione) che entra a far parte del contenuto del contratto. È chiaro infatti che la risoluzione per eccessività onerosità non si applica ai contratti aleatori.
- che tale onerosità dipenda da avvenimenti straordinari ed imprevedibili (es. guerra);

17.3.4.1. Riconduzione ad equità.

Analogamente a ciò che avviene per la rescissione, la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

17.3.4.2. Sentenza costitutiva del giudice.

In caso di eccessiva onerosità la risoluzione non opera di diritto come nel caso di impossibilità sopravvenuta, ma accorre una sentenza costitutiva del giudice.

17.3.5. Effetti della risoluzione.

Gli effetti della risoluzione sono retroattivi, significa che se sono state eseguite parte delle prestazioni queste devono essere ripetute, deve essere cioè ripristinato lo *status quoandi* che esisteva al momento della contrattazione.

La retroattività non opera nei confronti di contratti ad esecuzione continuata o periodica riguardo ai quali il codice stabilisce che "l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite".

Sono fatti salvi i diritti dei terzi acquisiti in buona fede, sempreché il terzo abbia trascritto il proprio acquisto anteriormente alla trascrizione della domanda di risoluzione.

17.3.6. Strumenti di autotutela.

17.3.6.1. Eccezioni di inadempimento *ex* art. 1460 c.c.

Nei contratti a prestazioni corrispettive, quando le prestazioni devono esser eseguite, *mano contro mano*, nel caso in cui una delle parti nonostante non si sia dichiarata pronta ad eseguire la prestazione, richieda l'adempimento della prestazione all'altra parte, questa può sollevare l'eccezione di inadempimento, al fine di richiamare l'inadempimento (*exceptio inadimpleti contractus*) o il non perfetto adempimento (*exceptio non rite adimpleti contractus*) dell'altra parte per non eseguire a sua volta la sua prestazione.

L'eccezione di inadempimento prevista dell'art. 1460 è una forma di tutela innanzitutto immediata in quanto non comporta l'intervento del giudice, e in secondo luogo preventiva in quanto l'eccipiente rimane sempre obbligato al contratto, e quindi se l'altra parte fa la prestazione egli sarà obbligato a sua volta ad eseguire la controprestazione.

Va rilevato che non può essere sollevata l'eccezione, nonostante l'inadempienza dell'altra parte, quando il rifiuto della propria prestazione sia contrario alla buona fede (oggettiva): ciò si avvera soprattutto nel caso in cui la prestazione non eseguita sia di scarsa importanza[12].

17.3.6.2. Sospensione dell'esecuzione *ex* art. 1461 c.c.

L'art. 1461 prevede la possibilità che il contraente sospenda l'esecuzione della propria prestazione se le condizioni patrimoniali dell'altro (anche senza sua colpa) sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione (anche se non ancora scaduta, né liquida), salvo che sia prestata idonea garanzia.

Anche questa norma si inquadra nel più generale contesto dell'autotutela e delle eccezioni che il contraente può opporre al fine di garantirsi nei confronti dei possibili futuri inadempimenti della controparte, i rapporti con l'art. 1460 sono pertanto strettissimi.

In particolare la sospensione può invocarsi quando la controparte deve eseguire la propria prestazione in un secondo momento mentre l'eccezione di inadempimento può opporsi quando le prestazioni devono essere eseguite *mano contro mano*.

Ciò non impedisce comunque l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento anche quando la prestazione va eseguita in un secondo momento ma il debitore ha già dichiarato di non voler adempiere o il suo inadempimento appare probabile.

Così come, d'altra parte, la sospensione, può essere invocata se le prestazioni devono essere eseguite in astratto *mano contro mano* ma non possono essere contemporanee da un punto di vista concreto, a causa di effettive esigenze esecutive. Anche in caso di sospensione si applica il secondo comma dell'art. 1460, cosicché varrà sempre il limite della buona fede.

17.3.6.3. La clausola dei "*solve et repete*".

La *clausola solve et repete*, è una clausola scritta (vessatoria e coma tale da approvare a parte), con la quale le parti escludono la proponibilità delle eccezioni al fine di ritardare o evitare la prestazione dovuta.

L'art. 1462 riconosce l'ammissibilità di detta clausola, per le eccezioni che attengono al momento funzionale del rapporto quali la risoluzione, l'eccezione di inadempimento, ecc.; ma ne esclude il valore per le eccezioni che attengono al momento genetico del rapporto, quali la nullità, l'annullabilità e la rescindibilità del contratto. L'inefficacia della clausola, in tal caso, si spiega perché non sarebbe giustificata una prestazione in base ad un contratto invalido.

[12] L'eccezione può anche essere opposta per paralizzare una domanda di risoluzione. Non sembra dubbio infatti che le eccezione possa essere sia giudiziale che stragiudiziale, come nel caso della diffida ad adempiere o di dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa ovvero di costituzione in mora.

Va rilevato infine che al clausola *solve et repete* ha lo scopo di sospendere e non esclude in via definitiva l'opponibilità delle eccezioni, rinviando tale possibilità a dopo l'adempimento. Tuttavia il giudice, se accerta l'esistenza di gravi motivi, può sospendere la condanna all'adempimento della prestazione.

17.4. Risoluzione volontaria.

17.4.1. Il muto consenso

La risoluzione è volontaria innanzitutto quando sono le stesse parti che sciolgono il contratto attraverso un mutuo consenso (art. 1372 1° co.[13])

Il mutuo consenso: è l'accordo delle parti sullo scioglimento di un contratto già stipulato e richiede la stessa forma del contratto che viene sciolto; viene anche denominato mutuo dissenso. Il mutuo consenso ha efficacia retroattiva (*ex tunc*), per cui il contratto si considera come se non fosse mai stato concluso.

17.4.2. Il diritto di recesso unilaterale.

Inoltre si può avere risoluzione volontaria quando una delle parti esercita il diritto di recesso, ossia il diritto (potestativo) di sciogliere, *ex nunc*, il contratto concluso, mediante una dichiarazione unilaterale comunicata all'altra parte[14].

Tale diritto può essere:

- legale: se è previsto dalla legge; ciò vale per alcuni contratti nominati (società, locazione, mandato, mutuo, appalto, deposito, contratto di deposito): si tratta per lo più si contratti la cui esecuzione si protrae nel tempo, quando non è stabilito in anticipo il momento della cessazione;
- convenzionale: quando è previsto contrattualmente con apposita clausola. I contraenti, in tale ipotesi, possono anche fissare la prestazione di un corrispettivo per il recesso, che può essere versato anticipatamente (c.d. caparra penitenziale) o al momento del recesso stesso (c.d. multa penitenziale).

Occorre poi distinguere:

- nei contratti ad esecuzione istantanea (immediata o differita) il recesso può essere esercitato, salvo patto contrario, solo prima che cominci l'esecuzione del contratto (art. 1373 1° co. c.c.);
- nei contratti di durata (ad esecuzione continuata o periodica), invece il recesso (che in tal caso viene detto disdetta) è ammissibile anche dopo che l'esecuzione del contratto sia cominciata, ma esso, salvo patto contrario, non ha effetto per le prestazione già eseguite o in corso di esecuzione (art. 1373 2° co.). Di conseguenza le parti non possono pretendere la restituzione delle prestazione già eseguite.

[13] Art. 1372 1° co.:"Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge".
[14] In ossequio al principio di buona fede si ritiene che chi recede debba preavvisare l'altro contraente con un congruo anticipo di tempo.

Capitolo 18°
Le obbligazioni

18.1. Nozione.

La produzione, la circolazione e il consumo della ricchezza si svolgono attraverso rapporti economici che consentono a ciascun soggetto di attuare il proprio interesse mediante prestazioni fornite da altri. La realizzazione di tali interessi è assicurata dalla legge mediante la disciplina giuridica delle obbligazioni.

Ogni qualvolta nasce un'obbligazione (dal latino *ligatio*, legame) si è in presenza di un vincolo giuridico che impone ad un soggetto determinato o determinabile, detto debitore, di tenere un dato comportamento, cioè di eseguire una data prestazione, economicamente valutabile, al fine di soddisfare un interesse, anche non patrimoniale, proprio di un soggetto, determinato o determinabile, detto creditore, il quale vanta nei confronti del primo un diritto di credito.

La giuridicità del vincolo si esprime nella correlazione fra il dovere di adempimento del debitore e la sua responsabilità. Non essendo concepibile un dovere senza responsabilità, la legge dispone che il debitore, se si sottrae ai sui obblighi, risponde dell'adempimento con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.) [1]. Si realizza in tal modo la tutela del creditore il quale può, nonostante l'inadempimento dell'obbligato, realizzare le proprie ragioni, chiedendo all'autorità giudiziaria la vendita forzata dei beni del suo debitore per soddisfarsi sul ricavato.

18.2. Il dovere di correttezza e la buona fede.

18.2.1. Il dovere di correttezza.

Per tutta la durata del rapporto obbligatorio il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.). Di conseguenza essi, pur tutelando i propri interessi devono essere leali, e non devono ledere ingiustamente i diritti dell'altra parte.

Tal norma costituisce, nel campo dei rapporti obbligatori, del generale principio etico - giuridico di buona nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri.

La regola dell'art. 1175 consente di individuare con maggiore esattezza il contenuto del rapporto obbligatorio. In particolare si osserva:

- il debitore deve eseguire tutte quelle prestazioni strumentali o accessorie che siano dovute secondo un criterio di correttezza, al fine di realizzare compiutamente l'interesse del creditore alla prestazione; es.: il venditore deve informare il compratore degli eventuali pericoli non riconoscibili che possono derivare dall'utilizzazione della cosa;
- il creditore è tenuto a quello della cooperazione che è d'uso tra le persone corrette, per facilitare al debitore l'adempimento o almeno, per evitargli inutili aggravi.

[1] La norma richiama la c.d. garanzia generica, quella che, cioè, ha ad oggetto tutti i beni del debitore, in contrapposizione ai diritti reali di garanzia (pegno ed ipoteca) che hanno ad oggetto solo alcuni beni del debitore.

18.2.2. Buona fede.

La buona fede è una nozione che può essere intesa:

- in senso soggettivo, come condizione della coscienza, che può consistere nell'erronea convinzione di agire secondo diritto, nell'ignoranza di ledere un diritto altrui e nell'affidamento in una situazione giuridica apparente, cioè difforme da quella reale;
- in senso oggettivo, come regola di condotta alla quale devono attenersi le parti del negozio. Tra le applicazione più importanti troviamo gli artt. 1337, 1358, 1375. La buona fede in senso oggettivo si atteggia, quindi, come un obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laeder*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte.

18.3. Le fonti dell'obbligazione.

È fonte dell'obbligazione ogni fatto dal quale trae origine il rapporto obbligatorio. Dall'art. 1173 risulta che le obbligazioni derivano da:

- contratto;
- fatto illecito
- ogni altro fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

È chiaro quindi, che solo alcune delle fonti dell'obbligazione, hanno natura negoziale, e in esse la volontà del soggetto che diventa debitore è essenziale per la nascita del rapporto, altre invece, hanno natura non negoziale e danno vita al rapporto obbligatorio anche senza o contro la volontà di chi diviene obbligato.

18.3.1. Fonti negoziali.

Fonti negoziali sono:

- il contratto: è da notare che rapporti obbligatori di qualsiasi genere e del più vario contenuto possono derivare sia dai contratti tipicamente previsti dalla legge, sia da contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322);
- la volontà unilaterale (in particolare le promesse unilaterali e i titoli di credito): diversamente dal contratto la promessa unilaterale può essere fonte di obbligazione solamente nei casi ammessi dalla legge (art. 1987).

18.3.2. Fonti non negoziali.

Fonti non negoziali sono:

- il fatto illecito: tale è ogni fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto (art. 2043), che è fonte dell'obbligazione di risarcire il danno;
- circostanze di fatto (es. la relazione familiare in una situazione di bisogno, quale fonte dell'obbligazione alimentare: art. 433) o particolari atti o fatti leciti quali, ad esempio la gestione di affari altrui (art. 2028), il pagamento dell'indebito (art. 2033 e 2035) e l'arricchimento senza causa (art. 2041).

18.4. Elementi del rapporto obbligatorio.

Poiché il rapporto obbligatorio consiste in un vincolo che lega un soggetto ad un altro per l'esecuzione di una certa prestazione, gli elementi dell'obbligazione possono così individuarsi:

- un soggetto attivo, o **creditore**, che ha diritto ad esigere una prestazione;
- un soggetto passivo, o **debitore**, che è tenuto ad eseguire la prestazione;
- un oggetto, che è la **prestazione**, ossia il comportamento cui il debitore è tenuto.

18.4.1. I soggetti.

I soggetti, **creditore** e **debitore**, sono i cardini essenziali per l'esistenza del rapporto obbligatorio, perché non può esservi pretesa senza un creditore che la sostenga e un debitore al quale rivolgersi.

In ogni caso, al momento in cui sorge l'obbligazione i **soggetti** devono essere **determinati** o **almeno determinabili**: in altri termini, deve essere *ab origine* certo chi è il creditore e chi è il debitore, o, quanto meno, dev'essere stabilito un criterio che consenta la loro identificazione.

In particolare possono ricorrere le seguenti ipotesi:

- **soggetto attivo indeterminato, ma determinabile**: è il caso delle obbligazioni nascenti da promesse al pubblico (es. si promette una ricompensa a chi troverà un oggetto smarrito) e di quelle nascenti da titoli di credito. Mentre nella prima ipotesi il creditore, già determinabile in astratto, è concretamente individuato dal fatto di trovarsi in una determinata situazione o dal compimento di un'azione determinata (nell'esempio suddetto, dal ritrovamento dell'oggetto smarrito), nei titoli di credito il creditore è individuato dal possesso del titolo legittimato nelle forme previste dalla legge;
- **soggetto passivo indeterminato, ma determinabile**: è il caso delle obbligazioni *propter rem* (c.d. obbligazioni ambulatorie) in cui il debitore sarà colui che verrà a trovarsi in un dato rapporto di natura reale con una determinata cosa[2].

Si ricordi infine che i soggetti possono essere anche più di due, nei casi in cui una delle parti del rapporto, o entrambe, sia **soggettivamente complessa**, in quanto formata di più soggetti.

18.4.2. L'oggetto: la prestazione.

L'**oggetto** dell'obbligazione è la **prestazione**, ossia il comportamento cui è tenuto il debitore. Può consistere in un dare (es.: una somma di danaro, una cosa determinata), in un

[2] **Le obbligazioni reali**, o ***propter rem***, consistono in prestazioni accessorie ad un diritto reale e ad esso strumentalmente collegate (es.: il proprietario del fondo servente può essere tenuto, per legge o in virtù del titolo costitutivo della servitù, a prestazioni accessorie che rendano possibile l'esercizio della servitù da parte del proprietario del fondo dominante: si pensi al dovere di manutenzione di una strada adibita a servitù di passaggio).

fare (es.: l'obbligazione del lavoratore subordinato, o dell'appaltatore), o in un non fare (es.: l'obbligazione di non concorrenza).

Non si deve confondere l'oggetto dell'obbligazione, che è il comportamento dovuto come prestazione, con il bene dedotto nel rapporto, cioè l'oggetto della prestazione (e del contratto) che è eventualmente fonte dell'obbligazione.

Se, ad esempio, si concede in locazione una casa:

- oggetto dell'obbligazione è il comportamento del locatore che deve lasciar godere la casa al conduttore;
- oggetto della prestazione (e del contratto) è il bene dedotto nel rapporto, ossia la casa.

18.4.2.1. La patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore.

L'art. 1174 dispone che la prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore.

18.4.2.1.1. La patrimonialità della prestazione.

La prestazione ha un contenuto economicamente apprezzabile quando è possibile stabilirne il valore patrimoniale. Non è indispensabile la previsione di un corrispettivo, purché si tratti di Beni o di attività che normalmente sono soggetto di scambio sul mercato sicché è possibile quantificarne il valore in termini monetari (così, la prestazione di un artigiano ha sempre valore economico, anche quando viene eseguita gratuitamente).

La patrimonialità differenzia l'obbligazione da altri doveri giuridici che non hanno tale carattere; così, non rientra nel concetto di obbligazione il dovere di rispettare i genitori (art. 315 c.c.), mentre vi è compreso l'obbligo degli alimenti ai medesimi genitori (art. 433 c.c.) che è suscettibile di valutazione economica.

18.4.2.1.2. L'interesse del creditore.

Sebbene la prestazione debba avere carattere patrimoniale, l'interesse del creditore a conseguirla – essenziale per l'esistenza stessa del diritto – può essere anche soltanto scientifico, culturale, affettivo o ideale (si pensi, ad esempio, all'interesse ad assistere ad uno spettacolo teatrale o sportivo), purché "socialmente apprezzabile" e, come tale, degno di tutela giuridica.

18.4.2.2. Altri requisiti della prestazione.

Nel disegno del legislatore la prestazione, oltre ad essere suscettibile di valutazione economica, deve essere possibile, lecita, e determinata o determinabile[3].

18.4.2.2.1. Possibilità.

La prestazione deve essere possibile, ossia suscettibile di esecuzione. L'impossibilità, in particolare, può essere d'ordine materiale (obbligo di consegnare un bene inesistente) o d'ordine giuridico (obbligo a vendere un bene demaniale che è, per sua natura, inalienabile).

[3] I requisiti della possibilità, liceità e determinabilità della prestazione si deducono dall'art. 1346, che si riferisce all'oggetto del contratto ma indubbiamente vale anche per l'obbligazione, che proprio nel contratto trova la sua fonte primaria.

La possibilità della prestazione deve sussistere non al momento in cui si raggiunge l'accordo, ma in quello in cui si producono gli effetti.

Tanto è vero che l'art. 1347 prevede che "il contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine è valido, se la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine".

18.4.2.2.2. Liceità.

La prestazione non deve essere contraria a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume.

Illecite perché contrarie a norme imperative sono, per esempio, le obbligazioni relative al commercio di stupefacenti; contro l'ordine pubblico può essere l'assumere un'obbligazione di partecipare ad un'"azione violenta contro persone"; mentre un esempio di obbligazione contraria al buon costume può aversi nel campo delle prestazioni sessuali.

18.4.2.2.3. Determinatezza o determinabilità.

La prestazione, sé non determinata sin dall'inizio, deve essere per lo meno determinabile alla stregua di criteri esclusivamente oggettivi.

In tale ultima ipotesi, le parti possono deferire ad un terzo la determinazione della prestazione dedotta (es. il prezzo di una cosa) e se "non risulta che vollero rimettersi al suo mero arbitrio", il terzo (c.d. "arbitratore") dovrà decidere con equo apprezzamento.

Se, invece, le parti si rimettono al mero arbitrio del terzo, nessuna di esse, può, in seguito, recriminare contro l'operato di questo. a meno che non si provi che abbia agito con male fede.

Capitolo 19°
I principali tipi di obbligazione

19.1. Obbligazioni soggettivamente complesse.

Il rapporto obbligatorio più semplice è quello che si instaura fra due soggetti: un creditore e un debitore. Quando i soggetti, dal lato attivo o da quello passivo, sono più di uno, sia ha un obbligazione soggettivamente complessa, cioè con più creditori e un debitore, o con più debitori e un creditore (o anche con più creditori e debitori). Queste obbligazioni possono essere: parziarie e solidali, divisibili e indivisibili.

19.1.1. Le obbligazioni parziarie.

Le obbligazioni parziarie sono quelle obbligazioni (divisibili: vedi in seguito) soggettivamente complesse, in cui ciascun dei soggetti del rapporto obbligatorio e portatore di un diritto o di un obbligo parziale, proporzionato alla sua partecipazione al vincolo obbligatorio.

Se la parziarietà è attiva, ossia quando vi sono più creditori, ogni creditore può chiedere al debitore, solo la sua quota di credito, mentre se la parziarietà è passiva, ossia quando vi sono più debitori, ogni debitore è tenuto nei confronti del creditore solo per la sua parte di prestazione.

19.1.2. Le obbligazioni solidali.

Sono obbligazioni solidali, quelle obbligazioni (indivisibili: vedi *infra*) soggettivamente complesse, le cui prestazioni vanno eseguite e richieste per l'intero.

Se la solidarietà è attiva ogni creditore potrà chiedere la prestazione per intero al debitore; se uno dei creditori ottiene la prestazione da parte del debitore, si estingue l'obbligazione per tutti gli altri creditori, salvo azioni di regresso all'interno tra i concreditori[1].

Mentre se la solidarietà è passiva il creditore potrà chiedere la prestazione per intero ad uno dei debitori, l'adempimento da parte di un debitore estingue l'obbligazione per tutti gli altri debitori, salvo azioni di regresso all'interno tra i condebitori. Se uno dei debitori è insolvibile la suo quota all'interno viene trasferita agli altri debitori[2].

A riguardo va evidenziato che la solidarietà passiva si presume per legge, mentre la solidarietà attiva è stabilita caso per caso dalle parti o dalla legge[3].

19.1.2.1. Disciplina della solidarietà

Il codice disciplina la solidarietà prevedendo una serie di regole che si riferiscono a:

- l'azione di regresso: il debitore che ha pagato l'intero ammontare al creditore, si rivolgerà con l'azione di regresso agli altri condebitori per ottenere da

[1] Il debitore ha la scelta di pagare all'uno o all'altro dei creditori in solido, ma tale possibilità di scelta dura fino al momento in cui uno dei creditori prevenga gli altri proponendo domanda giudiziale (art. 1296).
[2] La solidarietà passiva ha la funzione di mettere a disposizione dei creditori più patrimoni, in modo da rafforzare le loro garanzie.
[3] Quindi se ci sono più debitori e un solo creditore e l'oggetto della prestazione è indivisibile ci troviamo di fronte ad una obbligazione solidale passiva, salvo diverso accordo tra le parti o diversa disposizione di legge.

ciascuno, il rimborso delle rispettive quote di debito; egli può agire in regresso anche se ha eseguito un pagamento parziale, avendo diritto al rimborso delle rispettive quote di debito; se però l'obbligazione è stata contratta nell'interesse esclusivo di uno degli obbligati, questi dovrà rimborsare per l'intero chi ha pagato (es. il fideiussore che ha pagato, ha diritto al rimborso integrale del debitore principale). Similmente il creditore che ha riscosso il credito per l'intero ammontare, dovrà corrispondere le rispettive quote agli altri creditori.

- la non estensione degli atti pregiudizievoli: se si verifica un fatto o un atto sfavorevole ad uno dei debitori solidali, gli effetti non si comunicano agli altri; così la costituzione in mora di uno dei debitori in solido non effetto riguardo agli altri; la rinuncia alla prescrizione fatta da uno non ha effetto verso gli altri. Eccezionalmente, tuttavia l'interruzione della prescrizione nei confronti di uno ha effetto verso tutti i debitori;
- l'estensione dei fatti favorevoli: se si verifica un fatto un atto favorevole nei confronti di un debitore solidale, gli effetti si comunicano agli altri; così il pagamento, fatto da uno debitori solidali estingue l'obbligazione, liberando gli altri condebitori.

19.1.3. Obbligazioni divisibili e indivisibili.

19.1.3.1. Premessa.

La distinzione delle obbligazioni divisibili ed indivisibili attiene alla natura dell'oggetto dedotto nel rapporto obbligatorio. In rapporto a questa differenza nulla rileva che i soggetti dell'obbligazione – creditori e debitori – siano più di uno per ciascuna parte creditoria e debitoria (es.: un cavallo in quanto tale, forma oggetto di una obbligazione indivisibile). Né trattiamo in questa parte perché solo in presenza di una pluralità di soggetti la divisibilità o indivisibilità acquista rilevanza giuridica.

19.1.3.2. Obbligazioni divisibili.

Sono obbligazioni divisibili, quelle obbligazioni, la cui prestazione ha ad oggetto cose o fatti divisibili, ossia che conservano, in proporzione, la funzione e il valore del tutto (es. somma di denaro), sempreché gli stessi non sia stati considerati indivisibili dalle parti.

Se più sono i debitori o i creditori di una prestazione divisibile e l'obbligazione non è solidale, ciascuno dei creditori non può domandare il soddisfacimento del credito che per la sua parte e ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte (art. 1314)

19.1.3.3. Obbligazioni indivisibili.

Sono obbligazioni indivisibili, quelle obbligazioni la cui prestazione ha ad oggetto una cosa o un fatto indivisibile per natura (invisibilità assoluta o oggettiva: ad es. un cavallo vivo) per legge (indivisibilità per legge; tali sono p. es., alcune parti comuni delle cose in condominio), oppure per volere dei soggetti (indivisibilità soggettiva: una costruzione edile).

19.1.3.3.1. Disciplina.

L'art. 1317 prescrive che le obbligazioni indivisibili sono regolate dalle stesse norme delle obbligazioni solidali, con la conseguenza che ogni debitore è obbligato ad eseguire per l'intero la prestazione al creditore e ogni creditore può esigere l'intera prestazione dal debitore. Sono tuttavia previste alcune eccezioni:

- l'indivisibilità opera nei confronti degli eredi in deroga al principio per cui ogni successore del debitore risponde solo per la suo quota (art. 752);
- se interviene un fatto estintivo dell'obbligazione nei confronti di uno dei creditori (es. remissione del debito fatto da uno dei creditori), il debitore non è liberato verso gli altri creditori, i quali hanno diritto alla prestazione per l'intero, pur dovendo poi restituire al debitore il valore della parte di colui nei cui confronti si è verificato il fatto estintivo (art. 1320)

19.1.3.3.2. Differenza tra obbligazioni indivisibili e obbligazioni solidali.

Le obbligazioni indivisibili si distinguono dalle obbligazioni solidali:

- quanto alla funzione: la solidarietà ha lo scopo di agevolare la riscossione del creditore; l'indivisibilità ha lo scopo di proteggere, anche in fase di esecuzione, l'unità della prestazione, assicurando che l'adempimento avvenga con unico atto;
- quando alla struttura: mentre nella solidarietà è da ravvisare una pluralità di obbligazioni, nell'indivisibilità si ha un obbligazione unica.

19.2. Obbligazioni oggettivamente complesse.

Nell'ipotesi più semplice il rapporto obbligatorio prevede una sola prestazione. Tuttavia vi possono essere obbligazioni oggettivamente complesse, ossia obbligazione che hanno ad oggetto due o più prestazioni. Nell'ambito delle obbligazioni oggettivamente complesse si è soliti ricomprendere le obbligazioni cumulative, e alternative e facoltative.

19.2.1. Obbligazioni cumulative.

Si parla di obbligazione cumulativa tutte le volte in cui il debitore è tenuto ad eseguire "insieme" due o più prestazioni, sicché l'obbligazione ha contenuto "multiplo" e la liberazione del debitore ha luogo solo se siano eseguite tutte le prestazioni, pur con la possibilità di eseguirle separatamente.

È chiaro che le due o più prestazioni possono avere uguale natura (es. vendita di due libri); oppure natura diversa (in tal caso si parla di obbligazioni miste: es. l'una di consegnare, l'altra di fare in senso stretto).

19.2.2. Obbligazioni alternative.

L'obbligazione alternativa è quella in cui sono previste due o più prestazioni, ma il debitore si libera eseguendone una soltanto[4].

Esempio: Tizio è obbligato a consegnare un'automobile Fiat o un'automobile Lancia; è obbligato a trasportare una merce fino a Milano oppure a fornire un mezzo di trasporto per il

[4] Non rientrano tra le obbligazioni alternative quelle in cui sussiste una facoltà di scelta circa le modalità della prestazione (in tal caso si rientra nel normale margine di discrezionalità spettante al debitore nell'adempimento).

viaggio corrispondente. In tali casi Tizio è liberato quando abbia consegnato uno delle automobili, quando abbia eseguito una delle prestazioni.

A riguardo l'art. 1285 precisa che il debitore non può costringere il creditore a ricevere parte di una e parte dell'altra prestazione: infatti, due o più adempimenti parziali non costituiscono un adempimento integrale.

La fonte dell'obbligazione alternativa può essere sia la legge sia la volontà delle parti.

19.2.2.1. Diritto di scelta.

L'art. 1286 stabilisce che il diritto di scelta tra le varie prestazioni che sono oggetto dell'obbligazione spetta al debitore, a meno che le parti non l'abbiano attribuito al creditore o a un terzo.

La scelta (c.d. concentrazione) diviene irrevocabile con l'esecuzione di una delle due prestazioni, ovvero con la dichiarazione di scelta, comunicata all'altra parte, o ad entrambe se la scelta è fatta da un terzo.

19.2.2.1.1. Disciplina del mancato esercizio del diritto di scelta

Il problema che si pone a riguardo è di stabilire cosa avviene se il titolare del diritto di scelta non esercita tale diritto. In particolare.

- se il debitore non esegue alcuna delle due prestazioni alternative, nel termine previsto (o in quello fissato dal giudice) la scelta passa al creditore;
- se il creditore non esercita la scelta nel termine stabilito o in quello fissatogli dal debitore, il diritto di scelta passa al debitore medesimo;
- se il terzo non esercita la scelta nel termine assegnatogli, essa diviene competenza del giudice.

19.2.2.1.2. Effetto della scelta.

La scelta dà luogo alla concentrazione, ossia alla riduzione delle prestazioni ad una sola, trasformando così l'obbligazione alternativa in obbligazione semplice.

19.2.2.2. Impossibilità di una delle due prestazioni.

Nell'ipotesi in cui una delle due prestazioni divenga impossibile (ovviamente per causa non imputabile al debitore), la legge ha dettato la seguente disciplina:

- prima della concentrazione, se una delle due prestazioni diviene impossibile, il debitore sarà tenuto ad eseguire l'altra, in questo caso l'obbligazione da complessa diverrà semplice.
- dopo la concentrazione, l'impossibilità della prestazione scelta estingue l'obbligazione, poiché dopo la concentrazione l'obbligazione era divenuta semplice.

Ovviamente se l'impossibilità preesiste al rapporto obbligatorio, l'obbligazione si considera semplice sin da suo sorgere.

19.2.3. Obbligazioni facoltative.

Diversa da quella alternativa è l'obbligazione facoltativa, in cui il debitore è obbligato a eseguire una determinata prestazione ma, nel suo interesse, ha la facoltà di liberarsi eseguendone una diversa, purché equivalente a quella dovuta sia in relazione al suo valore

economico sia all'interesse del creditore a riceverla Es: un canone d'affitto è stabilito in derrate, ma il debitore si può liberare pagandone il relativo valore.

L'obbligazione facoltativa, non è un'obbligazione oggettivamente complessa bensì semplice (a differenza delle obbligazioni alternative), in quanto è una sola la prestazione dedotta nel rapporto.

Di conseguenza, l'obbligazione si estingue, anche quando la prestazione diviene impossibile prima della scelta della prestazione da eseguire.

19.2.3.1. Distinzioni dall'obbligazione alternativa.

Ricapitolando l'obbligazione facoltativa si distingue dall'obbligazione alternativa: in quanto, mentre l'obbligazione alternativa è complessa (sono dedotte più prestazioni), quella facoltativa è semplice (è dedotta una sola prestazione).

Inoltre nell'obbligazione alternativa le due prestazioni sono sullo stesso piano, sicché la sorte dell'una non influisce sull'altra (l'impossibilità di una prestazione fa cadere solo la facoltà di scelta); mentre nell'obbligazione facoltativa, se diventa impossibile l'unica prestazione dedotta, l'obbligazione si estingue.

19.3. Classificazione delle obbligazioni rispetto alle prestazioni.

19.3.1. Obbligazioni positive o affermative.

Le obbligazione positive o affermative hanno per oggetto un comportamento "attivo" da parte del debitore, possono essere:

- obbligazioni di dare: tali obbligazioni comportano la effettiva consegna di una cosa con l'obbligo di custodire il bene (obbligazione accessoria) fino alla sua consegna. Particolare obbligazione di dare è quella di restituire;
- obbligazioni di fare: hanno per oggetto un'attività in senso proprio del debitore (es.: un servizio). Possono essere infungibili quando l'adempimento deve essere fatto dal debitore e soltanto da lui (l'esecuzione di un quadro, di un vestito); sono, invece, fungibili quando la prestazione può essere anche eseguita da un terzo;
- obbligazioni miste di dare e fare: si realizzano in alcune figure complesse, come nei contratti di somministrazione, di appalto e nei contratti atipici misti.

19.3.2. Obbligazioni negative.

Le obbligazioni negative sono quelle in cui la prestazione consiste in un comportamento negativo, ossia in un "non facere" o in un "patì" (cioè in un "sopportare" da parte del debitore). Pertanto nelle obbligazioni negative oggetto della prestazione è il non verificarsi di un determinato atto o fatto (esempio: prestazione di non fare concorrenza, di non edificare, di non alienare).

19.4. Altre distinzioni

19.4.1. Obbligazione "di mezzi" e obbligazione "di risultato"

Si ha obbligazione di risultato quando l'oggetto dell'obbligazione non è costituito dall'attività, ma dal risultato della stessa; con la conseguenza che il debitore non

può dirsi adempiente (e non ha diritto al corrispettivo), fino a quando non abbia procurato il risultato. Esempi di obbligazioni di risultato sono: l'obbligazione del prestatore d'opera (art. 2222), l'obbligazione dell'appaltatore, quella del vettore, del somministrante, etc.

Si ha obbligazione di mezzi quando l'oggetto dell'obbligazione è un comportamento diligente, cioè l'impiego diligente di mezzi idonei a realizzare un risultato, e non, come nelle obbligazioni di risultato, la realizzazione del risultato; con la conseguenza che il debitore è adempiente (ed ha il diritto al compenso), se ha agito con la dovuta diligenza. Esempi di obbligazioni di mezzi sono: l'obbligazione del professionista (art. 2230), quella del gestore di affari (art. 2028), etc.

19.4.2. Obbligazioni generiche e specifiche.

19.4.2.1. Nozione.

È "generica" l'obbligazione che ha per oggetto della prestazione una cosa generica o una certa quantità di cose fungibili (esempio: dieci quintali di granturco). Per le obbligazioni generiche l'art. 1178 prescrive che il debitore deve consegnare una cosa appartenente al genere dedotto, ma di qualità non inferiore alla media.

L'obbligazione è "specifica" quando ha per oggetto della prestazione una cosa specifica (compro il cavallo Ribot).

19.4.2.2. Rilevanza giuridica.

Particolare rilevanza hanno alcuni istituti giuridici nei confronti delle obbligazioni generiche:

- estinzione delle obbligazioni per impossibilità sopravvenuta: l'impossibilità non può mai verificarsi rispetto alle cose generiche, perché il "*genus*" non perisce mai ed il debitore può sempre procurare cose dello stesso genere anche se sono perdute quelle in suo possesso;
- contratti con effetti reali: mentre la proprietà delle cose specifiche si acquista col consenso, la proprietà delle cose generiche si acquista solo con la "specificazione", cioè con l'individuazione dell'oggetto della prestazione nell'ambito del genere (art. 1378)[5].

19.5. Tipi particolari di obbligazioni.

19.5.1. Le obbligazioni pecuniarie.

19.5.1.1. Nozione

Le obbligazioni pecuniarie sono obbligazioni (generiche) di dare che hanno come oggetto la consegna di somme di denaro (es. l'obbligazione del compratore di pagare il prezzo o del mutuatario di restituire la somma avuta in prestito).

È appena il caso di notare che questo tipo di obbligazioni costituisce il cardine dell'economia di mercato, poiché qualunque attività economica presuppone l'uso della moneta.

[5] In seguito all'individuazione della cosa con la specificazione diventa configurabile anche l'impossibilità sopravvenuta di adempiere all'obbligazione. Cosi nella compravendita dal momento della specificazione non solo si trasferisce la proprietà, ma sorge anche a carico del compratore il rischio del perimento della cosa.

19.5.1.2. Il principio nominalistico.

L'art. 1277 ha introdotto il principio per cui i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al momento del pagamento, ed al suo valore nominale.

Si tratta del c.d. p r i n c i p i o n o m i n a l i s t i c o, in virtù del quale si deve aver riguardo al valore nominale che alla moneta è stato attribuito dallo Stato e non al valore effettivo di essa in base al potere di acquisto. Pertanto il debitore deve dare la quantità di moneta stabilita, anche se il suo valore di scambio o il suo potere di acquisto si sia frattanto modificato.

Un esempio chiarirà meglio: se Tizio ha assunto nel 2008 un debito di € 100.000, con l'obbligo di pagare nel 2050, egli a tale data dovrà pagare sempre €. 100.000, anche se le originarie € 100.000 hanno – per effetto della svalutazione – un valore, ossia un potere d'acquisto, fortemente diminuito. Se si volesse restituire il "*tantundem*" (cioè l'altrettanto), il debitore non dovrebbe restituire la somma originaria, ma quella che rappresenta ('"identico potere d'acquisto").

19.5.1.2.1. Debiti di valuta e di valore.

Sotto il profilo dell'applicazione del principio nominalistico, viene in rilievo la distinzione tra:

- d e b i t i d i v a l u t a (per i quali trova applicazione il principio nominalistico) il cui oggetto è fin dall'origine una somma di denaro (es.: pagamento del prezzo da parte del compratore);
- d e b i t i d i v a l o r e (per i quali, invece, non trova applicazione il principio nominalistico), nei quali la moneta esprime il valore attuale della "*res* debita" e viene, perciò, considerata in relazione al suo potere d'acquisto, talché le modifiche di quest'ultimo assumono rilievo al fine di determinare l'ammontare dovuto (es.: risarcimento del danno).

19.5.1.2.2. I rimedi all'applicazione rigorosa del principio nominalistico.

L'assoggettamento dei debiti di valuta al principio nominalistico comporta notevoli svantaggio per il creditore, dato che il fenomeno della svalutazione della moneta costituisce regola economica costante. Per ovviare a tale inconveniente alcuni rimedi sono stati elaborati dalla giurisprudenza e dalla prassi. Tra questi ricordiamo:

- le c l a u s o l e d i g a r a n z i a m o n e t a r i a, quali la clausola di pagamento effettivo in moneta estera o la c l a u s o l a d ' o r o, nella quale le quantità di moneta viene determinata in riferimento all'oro;
- le o b b l i g a z i o n i i n d i c i z z a t e: nelle quali la quantità di moneta è determinata dal rapporto di valore con un determinato parametro, quale il prezzo di mercato di particolari beni o l'indice del costo della vita (clausola ISTAT).

Altri rimedi sono previsti dal codice civile. In particolare l'art. 1224, co. 1°, stabilisce che, in caso di mora, il debitore deve al creditore gli interessi al tasso legale, indipendentemente dalla prova del danno: tali interessi se pattuiti in misura superiore al tasso legale, dovranno essere corrisposti nella stessa misura. Al co. 2° l'art. 1224 riconosce un ulteriore risarcimento al creditore che dimostri di aver subito un danno maggiore.

19.5.1.3. Gli interessi.

19.5.1.3.1. Nozione.

La moneta, oltre che mezzo di scambio costituisce merce, nel senso che può essere ceduto al altri dietro corrispettivo. Da un punti vista economico tale corrispettivo, ossia il costo del denaro, è rappresentato dagli i n t e r e s s i , ossia da quella somma accessoria che il debitore deve, oltre quella principale, a chi gli ha prestato il c.d. capitale. Cosi, il mutuatario dovrà corrispondere, oltre la somma avuta in prestito, la somma aggiuntiva degli interessi.

19.5.1.3.2. Caratteri.

Caratteri dell'obbligazione degli interessi sono:

- a c c e s s o r i e t à : l'obbligazione degli interessi è accessoria a quella principale del capitale. Se questa è nulla o risolta, viene meno anche quella accessoria degli interessi;
- p e c u n i a r i e t à o f u n g i b i l i t à : oggetto dell'obbligazione di interessi può essere solo una cosa fungibile (danaro) dello stesso genere del capitale. L'obbligazione degli interessi è, quindi, anch'essa un'obbligazione pecuniaria;
- p e r c e n t u a l i t à : gli interessi sono dovuti in misura percentuale al capitale dell'obbligazione principale;
- p e r i o d i c i t à : gli interessi sorgono (maturano) e quindi diventano esigibili con il decorso del tempo, in ragione della durata del diritto. Possono essere pagati man mano che scadono (ogni se mesi, ogni anno, etc.), anticipatamente oppure contestualmente al rimborso rateale del capitale.

19.5.1.3.3. Distinzioni in base alla fonte.

Circa la fonte, si hanno interessi:

- l e g a l i : la cui fonte è nella legge. Infatti l'art. 1282 c.c. stabilisce che ogni credito di somme liquide ed esigibili produce interessi di pieno diritto[6];
- c o n v e n z i o n a l i : sono quelli previsti dalla volontà delle parti, le quali possono fissare un tasso diverso da quello legale, che, tuttavia, deve essere stabilito dalle parti per iscritto: in mancanza gli interessi, anche se convenzionali, sono dovuti nella misura legale[7].

19.5.1.3.4. Distinzioni in base alla funzioni.

In base alla funzione, si hanno interessi:

- m o r a t o r i (art. 1224 c.c.), che conseguono ad un ritardo dell'adempimento. Si tratta di una forma di risarcimento del danno provocato al creditore per il mancato godimento, di quanto dovutogli per un certo periodo di tempo.
- c o r r i s p e t t i v i (artt. 1282, 1815 c.c.): sono dovuti per la sola esistenza di un credito in denaro liquido ed esigibile, anche se non vi è stata mora del debitore, ossia non gli è stato richiesto il pagamento in via informale;

[6] Il saggio di interesse legale è determinato dal Ministro del tesoro (ora Ministero dell'economia e delle Finanze) con proprio decreto da pubblicare in Gazzetta Ufficiale non il oltre il 15 dicembre dell'anno precedente a quello cui il nuovo saggio intende riferirsi.

[7] La pattuizione di interessi usurari rende nulla la relativa clausola e fa sì che gli interessi non siano dovuti.

- c o m p e n s a t i v i (artt. 1499 c.c.): sono dovuti nei contratti di scambio, valgono a compensare il venditore del mancato godimento dei frutti della cosa consegnata prima del ricevimento della controprestazione; la particolarità in tali interessi sta nel fatto che essi sono dovuti anche se il credito non è né liquido né esigibile.

19.5.1.3.5. Anatocismo

La legge (art 1283) vieta l'a n a t o c i s m o ossia la produzione di interessi sugli interessi, gli interessi scaduti producono a loro volta interessi soltanto in due casi:

- dal giorno della domanda giudiziale specificatamente diretta ad ottenere il pagamento degli interessi sugli interessi scaduti o per effetto di convenzione posteriore alla scadenza degli interessi (sempre che siano dovuti almeno per sei mesi);
- se esistono usi che espressamente li prevedono[8].

19.5.2. Le obbligazioni naturali o obbligazione imperfette.

Gli obblighi non giuridici non hanno alcuna rilevanza per il diritto: nel senso che non possono essere fatti valere in giudizio da coloro che ne vantano l'esecuzione.

Tuttavia, l'ordinamento riconosce, in maniera per così indiretta, rilevanza giuridica a semplici doveri sociali e morali, prevedendo non la possibilità di farli valere in giudizio, bensì la i r r i p e t i b i l i t à della prestazione eseguita in forza di essi (c.d. o b b l i g a z i o n i n a t u r a l i o i m p e r f e t t e).

Ad esempio non si può, far valere in via giudiziale un debito di gioco (o un debito prescritto), ma colui che adempie ad un debito di gioco (o a un debito prescritto), non potrà più richiedere la ripetizione della sua prestazione, benché la stessa non sia giustificata da una obbligazione vera e propria.

Tuttavia si ricordi che è c o m u n q u e a m m e s s a l a r i p e t i z i o n e d e l l a p r e s t a z i o n e , d o v u t a i n f o r z a d i u n ' o b b l i g a z i o n e n a t u r a l e , q u a n d o a d e s e g u i r l a s i a s t a t o u n ' i n c a p a c e .

[8] La possibilità di anatocismo prevista dall'art. 1283 con riferimento alla disciplina della obbligazioni pecuniarie, non è estensibili ai c.d. debito di valore, quale è quello derivante dalla responsabilità per danni.

Capitolo 20°
Le modificazioni dei soggetti dell'obbligazione

20.1. La successione nel credito.

20.1.1. Introduzione.

Il rapporto obbligatorio non sempre si svolge e si conclude tra i soggetti che lo pongono in essere. La tradizionale impostazione dell'obbligazione come vincolo personale, tipica del diritto romano, e come tale intrasferibile da un soggetto all'altro, ha subito una profondo evoluzione, che ha visto l'affermarsi del credito come "posta attiva" del patrimonio del creditore e non più come intrasferibile relazione interpersonale.

Si è così giunti ad affermare il principio della libera trasferibilità della posizione creditoria e, successivamente, della spersonalizzazione del rapporto obbligatorio anche attraverso la creazione dei titoli di credito, cioè di documenti nei quali il credito è "incorporato".

Il credito, oggi, al pari di ogni altro diritto patrimoniale può essere oggetto di atti disposizione i quali determinano la **successione nel lato attivo** dell'obbligazione.

La **successione nel credito** può essere: I) **a titolo universale** (ad esempio attraverso il testamento o in caso di fusione di due società); II) **a titolo particolare**.

La successione nel credito a titolo particolare può derivare: I) da un atto di disposizione a allora si parlerà di **cessione del credito**; II) oppure da un altro fatto (di solito un pagamento) e allora si tratterà di una **surrogazione** del terzo nei diritti del creditore; III) mediante la delegazione attiva (vedi par. 20.2.2.5)[1].

20.1.2. Cessione del credito.

20.1.2.1. Nozione.

La **cessione del credito** è il negozio con il quale il creditore (**cedente**) trasferisce ad altro soggetto (**cessionario**) il proprio diritto di credito. Per effetto della cessione, si sostituisce un nuovo creditore a quello originario: e pertanto, si verifica un caso di **successione a titolo particolare** nel credito.

20.1.2.2. Efficacia della cessione.

Per la validità della cessione, normalmente, non è necessaria l'accettazione o il consenso del debitore ceduto (art. 1260, co. 1°), al quale è solitamente indifferente adempiere all'uno o all'altro creditore[2].

Diversamente l'efficacia della cessione nei confronti del debitore ceduto e nei confronti dei terzi è subordinata all'espletamento di taluni oneri. Cosi la cessione è efficace

[1] La successione nel credito si distingue della novazione soggettiva attiva per il fatto che nel primo caso il lato attivo del rapporto obbligatorio passa da un soggetto ad un altro con tutti gli accessori, le garanzie, le azioni e le eccezioni che gravano sul primo titolare; nella novazione soggettiva attiva, invece, il credito passa nella titolarità di un altro soggetto ma il rapporto giuridico che ne risulta è diverso da quello che faceva capo al precedente titolare: si estinguono, così, tutte, le garanzie, gli accessori, le eccezioni inerenti al rapporto trasferito.

[2] Tuttavia in alcune ipotesi il consenso del debitore ceduto è essenziale per la validità e l'efficacia della cessione del credito: ciò si verifica quando il debitore ha un interesse giuridicamente rilevante a non essere costretto ad effettuare la prestazione a favore di un soggetto diverso dal creditore originario.

- nei confronti del debitore ceduto quando è stata accetta dal debitore oppure gli stata notificata;
- nei confronti dei terzi: se uno stesso credito è stato a più soggetti, l'acquisto si verifica solo a favore di chi, per primo, lo ha notificato al debitore o per primo ha ricevuto l'accettazione di questi, con atto di data certa.

20.1.2.3. Accessori del credito e garanzie del cedente. Eccezioni.

La cessione del credito modifica l'elemento soggettivo dell'obbligazione mediante una successione dei diritti; infatti il cessionario si trova nella stessa posizione in cui si trovava il cedente. Per la medesima ragione, insieme con il credito, si trasferiscono gli accessori comprese le garanzie.

In seguito alla cessione il debitore può opporre al cessionario le eccezioni personali (es.: pagamento) e reali (es.. invalidità del negozio di assunzione del debito) che egli avrebbe potuto far valere di fronte al cedente.

20.1.2.4. Cessione a titolo oneroso e a titolo gratuito.

Nel caso di cessione del credito occorre distinguere tra cessione a titolo oneroso e cessione a titolo gratuito.

La cessione a titolo oneroso può essere

- *pro soluto*: in questo caso il cedente è tenuto a garantire solo l'esistenza del credito (*nomen verum*), ma non anche la solvibilità del debitore, con la conseguenza che al momento del trasferimento si ha totale liberazione del cedente;
- *pro solvendo*, il cedente dovrà anche garantire anche la solvibilità del debitore (*nomen bonum*), con la conseguenza che se il debitore ceduto non paga, pagherà per lui il cedente ma solo nei limiti del corrispettivo ricevuto per la cessione, oltre a dover pagare gli interessi e rimborsare le spese. In altri termini nella cessione *pro solvendo* la liberazione del cedente si ha solo quando il cessionario abbia effettivamente riscosso il credito.

Per quanto attiene la cessione gratuita l'art. 1266 stabilisce che la garanzia dell'esistenza del credito è dovuto solo nei casi e nei limiti in cui la legge pone a carico del donante la garanzia per l'evizione. Cioè la garanzia è dovuta: se il donante l'ha espressamente promessa; se l'inesistenza del credito dipende da dolo o da fatto personale del cedente–donante; etc.

20.1.3. La surrogazione del terzo nei diritti del creditore.

20.1.3.1. Nozione.

Si ha surrogazione del terzo nei diritti del creditore quando il pagamento del terzo, non estingue l'obbligazione (come avviene normalmente ai sensi dell'art. 1180), ma realizza solo una modificazione soggettiva attiva, in quanto ad un creditore se ne sostituisce un altro (ossia il terzo che ha pagato), il quale si surroga appunto nei diritti che il primo vantava nei confronti del debitori.

20.1.3.2. Tipi.

La surrogazione del terzo nei diritti del creditore può essere:

- per volontà del creditore (art. 1201) che , ricevendo il pagamento da un terzo, dichiari espressamente di volerlo far subentrare nei propri diritti verso il debitore (detta anche surroga per quietanza);
- per volontà del debitore (art. 1202) che, prendendo a mutuo una somma per pagare il creditore, può surrogare il mutuante nella posizione del creditore pagato sempre che ricorrano le condizione previste dalla legge (detta anche surroga per imprestito);
- per volontà della legge (surrogazione legale): ricorre in tutti quei casi previsti art. 1203 in cui la legge autorizza il terzo (che paga un debito altrui) a surrogarsi nei diritti del creditore, indipendentemente dalla volontà del creditore e del debitore, in deroga al principio secondo cui il pagamento fatto dal terzo ha sempre effetto estintivo dell'obbligazione[3].

20.1.3.3. Posizione del surrogato.

Si ritiene generalmente, cha al surrogato, che subentra nella stessa posizione del creditore originario, si trasferiscono tutti gli accessori (garanzie,privilegi), le eccezioni e le azioni relative alla tutela del credito, ma anche le limitazioni (prescrizione, decadenze).

20.1.3.4. Differenza con figure affini.

La surrogazione per pagamento differisce dalla:

- cessione del credito: in quanto mentre questa presuppone che adempimento non si sia ancora verificato, la surrogazione, al contrario, presuppone che l'obbligazione sia stata adempiuta e che, quindi, il creditore sia stato soddisfatto. Inoltre nella surrogazione non occorre quella notifica al debitore (o accettazione di lui) che è richiesta nella cessione;
- surrogazione reale, in quanto in questa vi è sostituzione dell'oggetto, mentre nella surrogazione vi è sostituzione del creditore.

20.2. La successione nel debito.

20.2.1. Introduzione.

Per quanto riguarda la cessione del debito, la regola generale è che il nuovo debitore potrà entrare nel rapporto, e quindi sostituirsi al vecchio debitore, solo in seguito al consenso del creditore. È ovvio infatti che, per il creditore, non è indifferente la persona del debitore a causa della maggiore o minore solvibilità che offre il suo patrimonio[4].

Le tre figure che realizzano il mutamento nel lato passivo sono la delegazione, l'espromissione, e l'accollo. Par ciascuno di tali istituti l'assunzione del debito può essere:

[3] Casi di surrogazione legale sono, per esempio, quello del fideiussore che paga il debito; quella dell'avallante, che abbia pagato il luogo dell'avvallato; quello dell'assicuratore che abbia risarcito il danno all'assicurato.

[4] Unico caso in cui si prescinde da tale consenso è quello della successione universale "*mortis causa*": in tale ipotesi, infatti, il debito del "*de cuius*" si trasferisce automaticamente al successore con l'accettazione dell'eredità. Diversamente negli altri casi di successione universale è sempre necessario l'assenso del creditore (es. cessione dell'azienda) o, almeno è possibile per questi presentare opposizione (es. fusione di società).

- cumulativa: il nuove debitore si aggiunge al precedente e si ha così un cumulo dei debitori. In tal caso si parla di delegazione cumulativa o semplice, di espromissione cumulativa, e di accollo cumulativo[5].
- liberatoria: il nuovo debitore si sostituisce (ovviamente con il consenso del creditore) al precedente il quale viene liberato. In tal caso si parla di delegazione liberatoria, espromissione liberatoria e accollo liberatorio. A riguardo si ricordi che:
  - secondo l'art. 1275 (garanzie del credito) in tutti i casi nei quali il creditore libera il debitore originario, si estinguono le garanzie annesse al credito, se colui che le ha prestate non consente espressamente a mantenerle;
  - secondo l'art. 1276 (invalidità della nuova obbligazione) se il titolo dell'obbligazione assunta dal nuovo debitore verso il creditore è dichiarato nullo o annullato e il creditore aveva liberato il debitore originario, l'obbligazione di costui rivive, ma il creditore non può valersi delle garanzie prestate dai terzi[6].

20.2.2. Delegazione.

20.2.2.1. Nozione.

Si ha delegazione quando un soggetto, delegante, ordina[7] ad un altro, delegato, di assumersi (delegazione di debito) o di estinguere (delegazione di pagamento) un debito nei confronti di un suo creditore, delegatario.

È evidente che il delegante è in grado di dare un ordine al delegato perché, almeno di regola, è a sua volta, nei confronti di questi, creditore[8]. Dunque nella delegazione si assiste normalmente ad un doppia vicenda obbligatoria da un lato il delegante è creditore del delegato ma dall'altro egli è debitore del delegatario.

---

[5] A riguardo va evidenziato che tradizionalmente mentre per l'accollo e l'espromissione cumulativa, vi è una responsabilità solidale del nuovo debitore con quella del debitore originario (nel senso che il creditore potrà chiedere l'adempimento a uno qualsiasi dei debitori), nella delegazione cumulativa la responsabilità del debitore originario è sussidiaria a quella del nuovo debitore (art. 1268 co. 2), nel senso che il delegatario non potrà rivolgersi al delegante, se prima non ha richiesto l'adempimento al delegato (cd. *beneficium ordinis*), pur se non è necessario per il creditore escutere in senso tecnico il patrimonio del nuovo debitore per potersi rivolgere a quello originario (come avviene nella fideiussione in cui è previsto il cd. *beneficium excussionis*).

[6] La norma si ritiene applicabile anche al caso in cui la nuova obbligazione venga risolta, rescissa o sia inefficace.

[7] Il delegante può revocare la delegazione, fino a quando il delegato non abbia assunto l'obbligazione in confronti del delegatario (nella delegazione di debito) o non abbia eseguito il pagamento a favore di questo (nella delegazione di pagamento). L'art. 1270 2° co. completa la disciplina prevedendo che il delegato possa assumere l'obbligazione o eseguire il pagamento a favore del delegatario anche se il delegante muore o diviene incapace dopo aver dato l'ordine.

[8] Tuttavia può anche darsi che il rapporto di provvista non sia stato costituito (ed esempio: il delegante prende a mutuo una somma dal delegato ordinandogli nel contempo di promettere il pagamento al delegatario, utilizzando la somma mutuata), in questo caso si parla di delegazione allo scoperto. Nella delegazione allo scoperto il peso del debito si sposta solo all'esterno e non anche all'interno. Infatti se a pagare il debito è il delegante questi non potrà agire con l'azione di regresso nei confronti del delegato.
Nel caso invece di sussistenza del rapporto di provvista cioè di un preesistente credito del delegante nei confronti del delegato, si parla di delegazione coperta.

Il rapporto che intercorre tra delegante e delegato, in base al quale il secondo assume il debito o paga, si chiama rapporto di provvista, mentre il rapporto che intercorre tra delegante e il delegatario, in base al quale il primo deve adempire un obbligo, si chiama rapporto di valuta.

Qualora il delegato, in esecuzione di un ordine del delegante, prometta od adempie la prestazione senza richiamare alcuno dei rapporti sottostanti, siamo in presenza di una delegazione astratta o pura. Diversamente, quanto il debitore fa espresso riferimento a questi rapporti sottostanti o ad di esso, sia ha la delegazione titolata o causale.

20.2.2.2. Delegazione di debito e delegazione di pagamento.

Si ha delegazione di debito o *delegatio promittendi*, quando il delegato assume un debito su ordine del delegante (art. 1268 2° co.).

Diversamente quando il delegante incarica il delegato, non di assumersi il debito, ma direttamente di eseguire il pagamento al delegatario siamo in presenza di una delegazione di pagamento o *delegatio solvendi* (art. 1269)[9], la quale quindi non implica l'assunzione di un obbligo accanto o in sostituzione dell'obbligo originario, ma determina l'estinzione della obbligazione del delegante, ed eventualmente anche di quella del delegato verso il delegante, se sussiste un rapporto di provvista.

20.2.2.3. Delegazione cumulativa e liberatoria.

La distinzione più importante in materia di delegazione è quella, comune anche all'espromissione e all'accollo, tra delegazione cumulativa e delegazione liberatoria.

La delegazione cumulativa si quando il delegatario aderisce ad una stipulazione non condizionata alla liberazione del debitore originario. In altri termini la delegazione cumulativa si ha quando il nuove debitore si aggiunge a quello originario.

Va precisato tuttavia, che l'art. 1268 2° comma prevede a favore del delegante il cd. *beneficium ordinis*, nel senso che il delegatario dovrà chiedere l'adempimento prima al delegato e poi al delegante. Pertanto la responsabilità del delegante è sussidiaria rispetto a quella del delegato, pur se non è necessario per il creditore escutere in senso tecnico il patrimonio del nuovo debitore per potersi rivolgere a quello originario (cosa che avviene nella fideiussione).

Si ha invece delegazione liberatoria quando il creditore aderisce ad una proposta espressamente condizionata alla liberazione del debitore originario. Tale forma di delegazione può realizzarsi, o tramite novazione (delegazione novativa) o attraverso una successione particolare nel debito (delegazione privativa).

Secondo l'art. 1274 (insolvenza del nuovo debitore) in caso di delegazione liberatoria il creditore non ha azione contro il debitore originario liberato se il nuovo debitore diviene insolvente. Tale regola non si applica, e quindi il creditore potrò ugualmente rivolgersi al debitore originario, di due casi (art. 1274):

[9] Tipico esempio è l'assegno bancario che contiene un ordine incondizionato (rivolto alla banca-delegata) di pagare una somma determinata a favore del beneficiario dell'assegno (delegatario).

- se il delegatario ha fatto espressa riserva di agire contro il delegante qualora il delegato diventi insolvente;
- se il delegato era insolvente al tempo in cui assunse il debito[10].

20.2.2.4. Regime delle eccezioni.

Le conseguenze pratiche della distinzione tra delegazione pura e delegazione titolata, riguardano il regime delle eccezioni. Infatti in base all'art. 1271:

- in ogni caso (sia nella delegazione pura, sia in quella titolata) il debitore può opporre al creditore delegatario le eccezioni relative ai suoi rapporti con questo (art. 1271 1° comma): quindi sia quelle relative al rapporto contrattuale di assunzione del debito (vizi della volontà), sia quelle derivanti da eventuali rapporti personali preesistenti (es. compensazione);
- diversamente solo in caso di delegazione titolata il debitore delegato può opporre al creditore delegatario le eccezioni relative al rapporto di provvista (cioè quelle che avrebbe potuto opporre al delegante: art. 1271 2° comma) e le eccezioni concernenti il rapporto di valuta (cioè quelle che avrebbe potuto opporre il delegante al delegatario: art. 1271 3° comma).
- invece in caso di delegazione pura, poiché il debitore delegato promette semplicemente una certa prestazione al delegatario senza richiamare alcuno dei rapporti di base, non potrà eccepire nessuna eccezione che concerne tali rapporti, anche se il delegatario ne fosse a conoscenza[11].

20.2.2.5. Delegazione attiva.

L'istituto fin qui descritto realizza una modificazione nel lato passivo del rapporto e può essere quindi definito delegazione passiva. Diversamente quando la medesima struttura realizza la successione nel lato attivo del rapporto, abbiamo delegazione attiva.

Anche nell'ambito di quest'ultima si distingue tra delegazione attiva di credito (*delegatio credendi*) e delegazione di pagamento (*delegatio accipiendi*). Nella delegazione attiva di credito, il creditore delegante assegna al debitore un nuovo creditore, verso il quale il debitore si obbliga.

Invece per delegazione attiva di pagamento, viene intesa l'autorizzazione che il creditore delegante fa ad un terzo, di ricevere il pagamento di una obbligazione scaduta, con la conseguenza che il debitore, pur potendo pagare al creditore, è tenuto prima ad offrire la prestazione al terzo.

[10] Le medesime disposizioni si osservano, quando il creditore ha aderito all'accollo, stipulato a suo favore e la liberazione del debitore originario era condizione espressa della stipulazione, in quanto in entrambi i casi, essendo la liberazione imputabile al debitore stesso è giusto che costui sopporti il rischio dell'insolvenza.

[11] Dottrina e giurisprudenza, tuttavia ritengono che, in deroga a tale principio, il debitore delegato possa sempre eccepire la nullità o l'inesistenza di entrambi i rapporti (c.d. nullità della doppia causa).

20.2.3. Espromissione.

20.2.3.1. Nozione e tipi.

L'espromissione è il contratto (contratto espromissorio) con cui una parte (espromittente), senza delegazione del debitore (o quantomeno senza dichiarare la sua qualità di delegato), assume, cioè fa proprio, verso l'altra parte (creditore espromissario) il debito di un terzo (debitore espromesso), pattuendo (espromissione liberatoria) o no (espromissione cumulativa) la liberazione di quest'ultimo.

Va evidenziato che l'espromissione è il solo negozio ad *hoc*, predisposto appositamente per l'assunzione del debito altrui, in quanto produce tale effetto indipendentemente dall'interesse perseguito dall'assuntore nei confronti del debitore.

20.2.3.2. Il regime delle eccezioni.

Secondo l'art. 1272 3° co. l'espromittente non può opporre (salvo diversa convenzione) al creditore le eccezioni relative ai suoi rapporti col debitore originario (ossia relative al rapporto di provvista) ; egli può invece opporre le eccezioni che al creditore avrebbe potuto opporre il debitore originario (ossia quelle relative al rapporto di valuta) tranne: I) le eccezione personali (incapacità del debitore, etc.); II) le eccezioni derivanti da fatti successivi all'espromissione; III) le eccezioni di compensazione, quantunque si sia verificata prima dell'espromissione[12].

20.2.3.3. Rapporti tra espromittente e ed estromesso.

L'espromittente che paga al creditore può avare un diritto di rivalsa nei confronti del debitore originario, sulla base di un precedente rapporto contrattuale (es.: l'espromittente è mandatario del debitore originario).

Ove manchi tale rapporto parte della dottrina ritiene che l'espromittente possa far valere nei confronti dell'espromesso un diritto di rimborso, ove ricorrano gli estremi della gestione di affari altrui, o che possa avvalersi dell'azione di arricchimento.

20.2.3.4. Differenza tra espromissione e delegazione.

Comunemente l'elemento distintivo tra l'espromissione e la delegazione è ravvisato nella circostanza che mentre l'espromittente assume il debito spontaneamente e senza iniziativa del debitore, invece il delegato si obbliga su ordine del delegante. La spontaneità dell'intervento del terzo, in particolare viene intesa come mancanza di un obbligo di questi nei confronti del debitore.

Di contro parte della dottrina ritiene che ciò che conta non è la preesistenza o meno di un obbligo di delega ma il riferimento o meno nel negozio di assunzione alla delega. Di conseguenza quando la delega è richiamata siamo sempre in presenza di una delegazione, quando invece non è richiamata si tratta di un'espromissione.

[12] Sono infine in ogni caso opponibili le eccezioni che attengono all'esistenza e alla validità dell'obbligazione promessa. La giustificazione causale dell'espromissione va infatti ravvisata nell'assunzione di un debito altrui cosicché l'espromissione viene meno se il diritto all'espromissario non esiste o si è prescritto.

20.2.3.5. Differenza tra espromissione e fideiussione.

L'espromissione cumulativa si avvicina alla fideiussione: in entrambe le figure infatti, al debitore originario si aggiunge un nuovo debitore, in virtù di un accordo tra quest'ultimo e il creditore.

La dottrina dominante individua la distinzione tra questi due istituti nella circostanza che mentre la causa dell'espromissione è costituita unicamente dall'assunzione del debito altrui e la finalità di garantirlo costituisce solo un risultato indiretto, diversamente l'unico scopo della fideiussione è quello di garantire l'altrui adempimento.

Invero, si osserva che mentre l'obbligazione dell'espromittente ha natura autonoma, quella del fideiussore ha, invece, natura accessoria.

20.2.4. Accollo.

20.2.4.1. Nozione.

L'accollo è il contratto che intercorre tra accollante, terza persona, e accollato, debitore originario, con il quale l'accollante si assumere il debito dell'accollato nei confronti del creditore accollatario.

20.2.4.2. Accollo esterno e interno

Rispetto all'accollo si opera la distinzione tra accollo interno e accollo esterno. Si ha accollo semplice o interno quando il creditore rimane esterno al rapporto. In tal caso l'efficacia del contratto di accollo rimane circoscritta *inter partes*. Cioè può accadere o perché il creditore non aderisce alla convenzione, o perché non ne ha proprio conoscenza, o perché le parti hanno escluso la possibilità per lui di aderirvi.

Cosicché il creditore non avrà azione diretta verso il terzo per il pagamento ma potrà semmai agire contro costui *ex* art. 2900 in via surrogatoria del debitore accollato ovvero a seguito di eventuale cessione dell'azione da parte del debitore stesso.

Si ha accollo esterno, quando invece il creditore aderisce alla convenzione. Con l'accettazione egli rende irrevocabile la stipulazione a suo favore (art. 1273 1° co.).

20.2.4.3. Accollo cumulativo e liberatorio

L'accollo esterno, al pari della delegazione e della espromissione, può essere cumulativo o libertario. È cumulativo quando il creditore aderisce ad una stipulazione non condizionata alla liberazione del debitore originario. In tal caso il debitore originario rimane obbligato in solido con il terzo che si è accollato il debito.

È liberatorio quando aderisce alla stipulazione espressamente condizionata alla liberazione del debitore oppure il creditore dichiara espressamente di liberare il debitore (art. 1273 co. 2°)[13].

Sotto il profilo della struttura dell'atto, dunque, tra accollo cumulativo e accollo liberatorio v'è questa differenza. L'accollo cumulativo è una stipulazione a favore del terzo non sottoposta ad alcuna condizione volontaria, nel senso che è già perfetta e la sua efficacia esterna dipende dal consenso del creditore (*condicio iuris*).

[13] L'accollo liberatorio può realizzarsi tramite successione particolare nel debito (accollo privativo) o tramite novazione (accollo novativo).

Mentre l'accollo liberatorio è una stipulazione a favore del terzo sottoposta alla condizione della liberazione del debitore originario, nel senso che si perfeziona con la dichiarazione liberatoria del creditore (*condictio facti*) che peraltro è contenuta nella stessa accettazione[14].

20.2.4.4. Regime delle eccezioni.

Il terzo accollante può, ai sensi dell'art. 1273 4° comma, opporre al creditore: I) le eccezioni fondate sul contratto in base al quale è avvenuta l'assunzione (eccezioni causali), ma non quelle relative ad altri rapporti intercorsi con il debitore originario (es. compensazione); II) le eccezioni relative al rapporto di valuta tra il debitore originario ed il creditore.

Va rilevato infine che il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito.

20.2.5. Differenza tra delegazione, espromissione e accollo.

Per concorde opinione di dottrina e giurisprudenza, mentre il creditore è parte nel contratto di espromissione e in quello di delegazione, è invece terzo rispetto all'accollo (questo, infatti, è configurato come contratto a favore del terzo)

Inoltre mentre nell'accollo si ha un accordo tra debitore e terzo con il quale questi assume l'obbligazione dell'altro, nell'espromissione il terzo si obbliga verso il creditore senza del delega del debitore (o quantomeno senza dichiararla); nella delegazione il momento centrale dell'operazione è l'incarico del delegante al delegato di pagare o di obbligarsi nei confronti del delegatario.

20.3. La cessione del contratto.

20.3.1. Nozione e campo di applicazione.

La cessione del contratto è il negozio con cui si realizza la successione *inter vivos* a titolo particolare di un terzo nella posizione contrattuale di uno dei contraenti originari.

La cessione del contratto può avvenire soltanto in materia di contratti con prestazioni corrispettive, fino a quando le relative prestazioni non siano state ancora eseguite.

20.3.2. Il consenso del contraente ceduto.

Mentre il trasferimento del credito non richiede l'assenso del debitore, controparte contrattuale, la cessione della situazione debitoria non è realizzabile senza il consenso del creditore. Di conseguenza, l'art. 1406 c.c. stabilisce che non si può sostituire un terzo nella propria posizione contrattuale senza il consenso della controparte.

L'assenso può essere tacito, ma deve essere provato da chi intende avvalersi della cessione; oppure può risultare da un atto scritto qualora il contratto di cessione preveda tale forma.

[14] La liberazione del debitore originario, si ribadisce, non è effetto dell'accollo, ma è effetto della dichiarazione unilaterale del creditore implicita nella adesione all'accollo cd. liberatorio, cioè l'accollo condizionato a detta liberazione (*condicio facti*): l'adesione del creditore, dati termini della convenzione a cui si riferisce, importa la liberazione del debitore.

Il consenso del contraente ceduto oltre ad essere successivo può essere anche preventivo, mediante apposita clausola inserita nel contratto. In tal caso il contratto nasce validamente tra cedente e cessionario, ma la sostituzione è efficace dal momento in cui essa è notificata al ceduto o dal momento in cui egli l'ha accettata.

20.3.3. Rapporti.

20.3.3.1. Rapporti tra ceduto e cedente.

Il contraente cedente è liberato dalle sue obbligazione verso il contraente, a meno che non dichiari di volerlo liberare. In questo caso il cedente diviene responsabile dell'eventuale inadempimento del cessionario.

20.3.3.2. Rapporti tra ceduto e cessionario.

Il cessionario è sostituito nella posizione del cedente, perciò il contraente ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezione derivanti dal contratto non però quelle fondate sui rapporti personali col cedente e non dipendenti dal contratto

20.3.3.3. Rapporti tra cedente e cessionario.

L'art. 1410 1° comma prevede che, come nella cessione dei crediti, il cedente di un contratto debba garantire, al cessionario, la validità e l'esistenza del contratto (*nomen verum*).

Il cedente pertanto, è responsabile in tutte le ipotesi in cui il contratto viene a cadere (perché nullo, annullabile) o inefficace, sia o meno la causa di invalidità o inefficacia conosciuta dal cedente o lui imputabile,

Se ha assunto anche la garanzia dell'adempimento del contratto (*nomen bonum*), egli risponde come fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto[15].

[15] Mentre l'art. 1267 1° co., afferma che il cedente di un credito risponde nei limiti di quanto ha ricevuto, cioè non è obbligato a soddisfare l'intero credito ceduto, ma solo deve restituire il corrispettivo ricevuto. Secondo CICALA, tale diversità riguarda solo un effetto e non la struttura delle due cessioni che rimangono perfettamente identiche: infatti tale scelta legislativa si spiega considerando che nella cessione del credito la limitazione della garanzia del "*nomen bonum*" nella cessione del credito è dettata dal sospetto di speculazioni usuraie; questa speculazione non può mai avvenire nella cessione del contratto.

Capitolo 21°
Modi di estinzione dell'obbligazione

21.1. Introduzione.

Contrariamente ai diritti reali che sono destinati a durare nel tempo, i diritti di obbligazione tendono ad estinguersi in un breve periodo. Modo di estinzione tipico dell'obbligazione è l'adempimento del debitore. Tuttavia l'obbligazione può estinguersi anche in altri modi:

- alcuni di essi concernono, più propriamente, il negozio da cui è nata l'obbligazione (es. avveramento di una condizione risolutiva);
- altri hanno una incidenza generale su tutti i diritti (es. prescrizione);
- altri, comunque, realizzano l'adempimento anche se con forme o modalità diverse da quelle programmate (es. adempimento del terzo);
- altri, infine, si ricollegano ad interessi e vicende del tutto particolari e sono disciplinati nel capo IV del libro IV del codice (novazione, remissione, compensazione, confusione, impossibilità sopravvenuta).

A riguardo la dottrina è solita distinguere tra modi di estinzione:

- s a t i s f a t t o r i: quando soddisfano l'interesse del creditore (adempimento, compensazione, confusione);
- n o n s a t i s f a t t o r i: quando, invece, estinguono l'obbligazione senza soddisfare l'interesse creditorio (novazione, remissione, impossibilità sopravvenuta).

21.2. Modi satisfattori di estinzione dell'obbligazione.

21.2.1. Adempimento.

21.2.1.1. Nozione.

L'a d e m p i m e n t o è la forma di estinzione tipica e perfetta dell'obbligazione. Generalmente, in base all'art. 1218, esso si definisce come l'e s a t t a e s e c u z i o n e d e l l a p r e s t a z i o n e d o v u t a, che estingue, in via diretta e contemporanea, sia l'obbligo del debitore, sia il diritto del creditore.

L'adempimento assume connotazioni diverse a secondo che le obbligazioni abbia per oggetto una prestazione di mezzi o di risultato. Nell'adempimento delle obbligazioni di mezzi al debitore si richiede la diligenza del comportamento al quale è tenuto, indipendentemente dal risultato raggiunto. Invece l'obbligazione di risultato è adempiuta solo se è raggiunto lo scopo a cui è finalizzato il rapporto obbligatorio, indipendentemente dal modo in cui il debitore ha svolto la propria attività.

L'esattezza dell'adempimento, cioè l'idoneità a conseguire l'estinzione del creditore e la liberazione del debitore va valutata sotto diversi aspetti: I) modalità di adempimento; II) persona destinataria dell'adempimento; III) persona autrice dell'adempimento; IV) luogo di adempimento; V) tempo di adempimento.

21.2.1.2. Modalità di adempimento.

21.2.1.2.1. Oggetto dell'adempimento.

In base all'art. 1218 l'adempimento deve essere esatto, cioè il suo oggetto deve corrispondere al contenuto della prestazione obbligatoria.

Di conseguenza, come stabilisce l'art. 1181, il creditore può rifiutare un adempimento parziale anche se la prestazione è divisibile, salvo che la legge o gli usi dispongano diversamente (es. il portatore di una cambiale o di un assegno non può rifiutare un pagamento parziale).

II creditore non potrà, tuttavia, rifiutare la parziale esecuzione della prestazione in caso di impossibilità parziale sopravvenuta (art. 1258 1° co.[1])[2].

21.2.1.2.2. Diligenza nell'adempimento

L'art. 1176 impone al debitore di usare, nell'adempimento dell'obbligazione, la diligenza del buon padre di famiglia per evitare la responsabilità contrattuale.

La diligenza ha una duplice valenza: oltre ad individuare le modalità dell'esecuzione della prestazione, rileva anche (e soprattutto) quale criterio di valutazione di responsabilità del debitore, anche in relazione all'art. 1218: uno standard elevato di diligenza comporta che il debitore sia in colpa già quando viola in misura minima il dovere di diligenza (colpa lieve); al contrario, se si richiede uno standard più contenuto di diligenza, il debitore è in colpa solo quando violi in misura consistente il dovere di diligenza (colpa grave)[3].

21.2.1.3. Persona destinataria dell'adempimento.

Ai sensi dell'art. 1188 c.c., il pagamento deve essere fatto

- al creditore che abbia la capacità di ricevere (art. 1190). Altrimenti il pagamento deve essere fatto al legale rappresentante. Tuttavia, il pagamento fatto al creditore incapace libera ugualmente il debitore se questi prova che la prestazione è stata rivolta a vantaggio dell'incapace (art. 1190 c.c.) Ad esempio, chi effettua un pagamento a un minorenne è liberato se dimostra che questi consegnò al proprio genitore la somma ricevuta, corrispondente a quanto era dovuto ;
- al rappresentante del creditore;
- alla persona indicata dal creditore (ad esempio, il creditore dichiara che la somma di denaro potrà essere versata presso una certa banca);

[1] Art. 1258 1° co.: "Se la prestazione è divenuta impossibile solo in parte, il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile"

[2] Si ricordi ovviamente che questa regola, nei contratti a prestazioni corrispettive, va coordinata con l'art. 1464: "Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale."

[3] Regole particolari di diligenza sono dettate per le obbligazioni di dare. Se oggetto dell'obbligazione è una cosa determinata, il debitore ha l'obbligo di custodirla fino alla consegna, nelle obbligazioni generiche il debitore deve prestare cose di qualità non inferiore alla media. Quando l'obbligazione è inerente all'esercizio, di un'attività professionale, la diligenza deve essere specifica, cioè adeguata alla natura dell'attività esercitata. Cosi il medico (o il commercialista, l'ingegnere, il tecnico specializzato) nell'adempiere la prestazione deve usare la diligenza richiesta dalla natura dell'attività economica esercitata e agire con "perizia professionale".

- alla persona autorizzata dalla legge o dal giudice (ad esempio, i rappresentanti legali dei minori: genitori, tutori).

II pagamento effettuato a persona non rientrante in una delle precedenti categorie non ha efficacia liberatoria per il "*solvens*"; però il secondo comma dell'art. 1188, sulla base del principio secondo cui l'adempimento è valido se da esso il creditore ne ha tratto affettivo vantaggio, stabilisce che tale pagamento diviene liberatorio se il creditore lo ratifica o ne ha approfittato.

Può accadere, infine, che il debitore paghi a persona che appare, in base a circostanze oggettive ed univoche, legittimato a ricevere (creditore apparente: art. 1189); in tal caso il debitore è liberato se prova di essere stato in buona fede.

21.2.1.4. Persona autrice dell'adempimento.

Il pagamento de debito è un atto dovuto e non una libera scelta; di conseguenza è valido anche quando colui che lo esegue sia incapace di agire (minorenne, interdetto) o incapace di intendere e di volere (ad esempio, ubriaco o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti).

Quel che conta e che il creditore abbia ricevuto ciò che gli spettava, sicché il debitore che ha eseguito la prestazione dovuta non può chiederne la restituzione a causa della propria incapacità (1191 c.c.).

21.2.1.4.1. Gli ausiliari.

L'ipotesi normale di adempimento consiste nell'esecuzione della prestazione da parte dello stesso debitore. Questi può avvalersi dell'opera di ausiliari, se ciò è reso necessario dalla natura della prestazione (perché, ad esempio, l'esecuzione richiede un'organizzazione di persone e di mezzi o comporta un'attività di lavoro che non è strettamente personale).

Si considerano ausiliari sia i dipendenti del debitore sia i suoi collaboratori esterni (ad esempio, l'appaltatore per eseguire la costruzione dovuta si avvale del lavoro dei propri operai, della consulenza di un ingegnere ecc.). in ogni caso il debitore deve assicurare l'esatto adempimento dell'obbligazione e risponde dei danni cagionati del comportamento dei suoi ausiliari (art. 1228 c.c.).

21.2.1.4.2. L'adempimento del terzo.

L'adempimento può anche essere eseguito da un terzo, estraneo al rapporto obbligatorio, purché la prestazione sia conforme agli obblighi che il debitore aveva assunto (art. 1180 c.c.).

L'adempimento del terzo si ha quando la prestazione è effettuata da un terzo anziché dal debitore. Naturalmente ciò può accadere solo per le obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di cose fungibili per le quali, cioè, è indifferente per il creditore che il pagamento sia fatto dal debitore o da un terzo.

II creditore normalmente non può opporsi all'adempimento del terzo tranne che in due casi:

- se egli ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione (come avviene se la prestazione è infungibile; esempio: se mi sono rivolto a un noto architetto per un progetto edilizio);
- ovvero se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione, che, comunque, non è vincolante per lui.

L'adempimento del terzo non va confuso con la delegazione di pagamento, dove il terzo (delegato) deve rendere noto al creditore di adempiere su ordine del debitore. Nell'adempimento del terzo, invece, quest'ultimo deve agire muto proprio.

21.2.1.5. Il luogo dell'adempimento.

La prestazione deve essere eseguita nel luogo stabilito dalle parti o in quello determinato dagli usi, dalla natura della prestazione e da altre circostanze (art. 1182). In mancanza si osservano le seguenti regole:

- l'obbligazione di consegnare una cosa certa e determinata deve essere adempiuta nel luogo in cui si trovava la cosa quando l'obbligazione è sorta;
- l'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro deve essere adempiuta al domicilio del creditore al tempo della scadenza (obbligazioni portabili);
- negli altri casi l'obbligazione deve essere adempiuta al domicilio del debitore al momento della scadenza (obbligazioni chiedibili).

21.2.1.6. Tempo dell'adempimento.

La prestazione deve essere eseguita nel tempo stabilito dalle parti. Nel caso in cui non via sia stato uno specifico accordo, il creditore può pretendere immediatamente la prestazione; ma se in base agli uso o per la natura della prestazione o per altre ragioni, sia necessario un termine di adempimento, questo in mancanza di un'intersa fra le parti è stabilito dal giudice (art. 1183 c.c.).

In base agli artt. 1184-1185 c.c., il termine di adempimento concordato fra le parti si presume a favore del debitore; la conseguenza e che questi può eseguire la prestazione anche prima della scadenza, ma altrettanto non può pretendere il creditore.

Tuttavia le parti possono convenire che il termine sia stabilito a favore del creditore o di entrambi. Quando il termine è stabilito nell'interesse del creditore questi può chiedere l'adempimento prima della scadenza. Mentre se il termine è stabilito a favore di entrambe le parti, nessuna di esse può pretendere di riceve o di eseguire la prestazione prima della scadenza.

Va evidenziato che anche se il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può pretendere l'adempimento immediato qualora il debitore si venga a trovare in una situazione di insolvenza o faccia perdere al creditore le proprie garanzie patrimoniali (art. 1186).

21.2.1.7. Imputazione dei pagamenti.

Se il debitore ha verso la stessa persona più debiti della medesima specie (ad esempio, di somme di denaro), tutti liquidi ed esigibili, nell'effettuare un pagamento ha facoltà di dichiarare quale di essi intende soddisfare (art. 1193 c.c.). In mancanza, il pagamento viene imputato (attribuito) secondo i seguenti criteri:

- il pagamento deve essere imputato prima ai debiti scaduti;
- fra i debiti scaduti hanno la priorità i debiti che sono meno garantiti;
- fra debiti ugualmente garantiti è preferito il più oneroso per il debitore;
- tra debiti ugualmente onerosi, il più antico.

Se nessuno di questi criteri è applicabile, il pagamento viene imputato proporzionalmente a tutti i debiti. Al debitore non è consentito, senza il consenso del creditore, imputare il pagamento al capitale piuttosto che agli interessi (art. 1194 c.c.).

21.2.2. La prestazione in luogo dell'adempimento.

Quando il creditore lo consente, il debitore può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta (es. ti devo un cavallo, mi libero pagandoti una somma di denaro).

In tal caso, la legge prevede, che l'obbligazione si estingue con l'effettiva esecuzione della prestazione in luogo dell'adempimento ("*datio in solutum*"). Tale istituto si realizza tramite contratto[4].

21.2.3. La compensazione.

La compensazione si ha fra due soggetti che siano contestualmente creditore e debitore l'uno dell'altro (Tizio deve a Caio 1000, Caio deve a Tizio 800); la legge in tal caso dispone che, senza dar luogo a due adempimenti, le obbligazioni reciproche si estinguono sino a concorrenza dell'ammontare comune, rimanendo in vita, per il residuo, quella eventualmente di ammontare maggiore (Tizio dovrà 200 a Caio).

21.2.3.1. Tipi di compensazione.

Il codice elenca tra diversi tipi di compensazione:

- legale (ossia di diritto): opera in presenza di debiti:
  - omogenei, che cioè hanno per oggetto somme di denaro od altre quantità di cose fungibili dello stesso genere);
  - liquidi, cioè di ammontare determinato in qualità e quantità;
  - ed esigibili, cioè non sottoposti né a termine iniziale, né a condizione sospensiva[5].
- giudiziale: in questo caso, invece, la compensazione opera per effetto della sentenza che ha, pertanto, carattere costitutivo. Per tale tipo di compensazione la legge richiede che il debito opposto, anche se non liquido, sia di "facile pronta liquidazione": in tale ipotesi il giudice può – con efficacia "*ex nunc*" – pronunciare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente o, addirittura, sospendere la condanna per il credito liquido fino all'accertamento di quello opposto in compensazione;
- volontaria (o facoltativa): opera in virtù di un accordo tra le parti, pur mancando le condizioni richieste dalla legge per la compensazione legale o giudiziale (es.: in relazione a debiti di cose non omogenee).

[4] Oggetto della prestazione in luogo dell'adempimento può essere anche la cessione di un credito. In tal caso, in base all'art. 1198, l'obbligazione si estingue con riscossione del credito, se non risulta da un diversa volontà delle parti. Si realizza, dunque, in questa ipotesi un "*cessio pro solvendo*" del credito, nel senso che l'obbligazione si estinguerà solo nel momento in cui il creditore cessionario avrà riscosso il credito ceduto.

[5] L'estinzione dei due debiti opera dal giorno della loro consistenza. Tuttavia il giudice non può rilevare d'ufficio la compensazione e, pertanto, la parte vuole avvalersene, ha l'onere di sollevare la relativa eccezione.

21.2.3.2. Crediti che non ammettono compensazione.

Alcuni crediti, per la loro causa, esigono che la prestazione sia comunque eseguita, sicché non possono essere oggetto di compensazione ai sensi dell'art. 1246:

- i crediti per restituzione di cose di cui il proprietario sia stato ingiustamente spogliato;
- i crediti per la restituzione di cose depositate o date in comodato;
- i crediti dichiarati impignorabili;
- i crediti per i quali è stato stabilità un divieto dalla legge.

21.2.4. La confusione

Si ha c o n f u s i o n e quando le qualità di creditore e debitore vengono a riunirsi in capo alla stessa persona, nel qual caso si avrebbe l'assurdo dei debitore che paga a se stesso.

Questa situazione può verificarsi: I) per atto fra vivi (per es. cessione dell'azienda verso la quale il cessionario aveva delle partite di debito); II) per atto "*mortis causa*", quando il creditore divenga erede del debitore o viceversa.

La confusione comporta l'estinzione dell'obbligazione e l'estinzione delle garanzie eventualmente prestate dai terzi.

Quando la confusione si verifica in relazione ai diritti reali limitati esse prende il nome di c o n s o l i d a z i o n e (es.: usufruttuario che divenga proprietario del bene che aveva in usufrutto).

21.3. Modi non satisfattori di estinzione dell'obbligazione.

21.3.1. Novazione.

21.3.1.1. Nozione e tipologia.

Si ha n o v a z i o n e, quando attraverso un contratto, debitore e creditore, estinguono la vecchia obbligazione, sostituendola con una nuova[6].

Quando la nuova obbligazione si caratterizza per un oggetto diverso o un titolo diverso, si parla di n o v a z i o n e o g g e t t i v a, mentre si parla di n o v a z i o n e s o g g e t t i v a, quando la nuova obbligazione presenta una diversità di soggetti.

21.3.1.2. Presupposti.

In base all'art. 1230 per aversi novazione sono necessari:

- *o b l i g a t i o n o v a n d a*: ossia l'obbligazione originaria da sostituire[7];
- *a l i q u i d n o v i*: ossia l'esistenza di un mutamento dell'oggetto o del titolo dell'obbligazione. Non produce novazione il mutamento di un elemento accessorio dell'obbligazione: infatti la legge espressamente stabilisce che non importano

[6] Da non confondere la novazione con la d a z i o n e i n p a g a m e n t o, in quanto nella prima ad un obbligazione se ne sostituisce un'altra mentre nella dazione in pagamento si esegue una prestazione diversa da quella prevista nell'obbligazione.

[7] L'inesistenza della precedente obbligazione rende la novazione nulla: pertanto, in caso di nullità dell'obbligazione originaria sarà nullo anche la novazione in quanto priva di causa.
In caso, invece, di annullabilità dell'obbligazione originaria la novazione è valida se il debitore ha assunto validamente il nuovo debito conoscendo il vizio del titolo originario.

novazione il rilascio o la rinnovazione di un documento, l'eliminazione di un termine etc. (art. 1231);

- *animus novandi*: ossia la volontà di estinguere l'obbligazione precedente creandone un nuova: tale volontà non si presume, ma deve risultare in modo non equivoco, altrimenti si avrà soltanto confusione di un nuovo rapporto obbligatorio accanto a quello già esistente.

21.3.1.3. Effetti.

La novazione determina l'estinzione dell'obbligazione originaria delle garanzie e dei diritti accessori, come i privilegi, il pegno e le ipoteche del credito originario, salvo espressa volontà contraria dei soggetti interessati (art. 1232).

21.3.2. La remissione del debito.

La remissione è una rinunzia del creditore, in tutto o in parte, al suo diritto con la necessaria conseguenza che l'obbligazione si estingue ed il debitore viene liberato, pur non avendo ottenuto, il creditore, la prestazione. In ogni caso, il debitore può opporsi, dichiarando in un "congruo termine" di non volerne approfittare.

La remissione del debito non comporta l'estinzione delle relative garanzie reali e personali, mentre, al contrario, la rinunzia alle garanzie non fa presumere la remissione.

La remissione può essere:

- espressa: quando il creditore dichiara di rimettere il debito con comunicazione al debitore
- tacita: quando il comportamento del creditore sia incompatibile con volontà di far valere il suo diritto.

21.3.3. L'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore.

L'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore è una causa di estinzione dell'obbligazione a carattere non satisfattorio perché non fa conseguire al creditore la prestazione dovutagli.

Affinché si abbia estinzione dell'obbligazione e conseguente liberazione del debitore deve trattarsi di impossibilità:

- oggettiva: l'impedimento che determina l'impossibilitò deve essere oggettivo, ossia deve riguardare la prestazione in sé per sé e non le vicende soggettive del debitore (così, colui che è obbligato a versare una certa somma non potrà eccepire come impedimento la cattiva situazione finanziaria). Ciò comporta che, l'impossibilità derivante da causa non imputabile, ha effetto liberatorio per il debitore, solo per le obbligazioni di dare cose di specie (es.: la cassapanca restaurata che si trova in vetrina dall'antiquario) o di genere limitato (es.: la bicicletta facente parte di una serie limitata). Tanto è vero che l'effetto liberatorio non si configura:
  - nelle obbligazioni pecuniarie: in quanto è inammissibile una causa liberatoria dalla obbligazione di pagare una somma di danaro, essendo tale prestazione sempre possibile;

- nelle obbligazioni generiche: in quanto il debitore avrà sempre la possibilità di procurarsi cose dello stesso genere anche in caso di distruzione o altro impedimento a pagare con quelle nella sua disponibilità;
- nelle obbligazione negative: in quanto la prestazione consiste in un non fare che, per sua natura, non è suscettibile di impossibilità sopravvenuta;
- nelle obbligazione di fare, l'impossibilità sopravvenuta consente in ogni caso un esecuzione della prestazione perlomeno "equivalente" a quella dovuta[8].

- s o p r a v v e n u t a , che intervenga cioè dopo la conclusione del negozio o il verificarsi del fatto o atto che ha dato origine all'obbligazione. Diversamente, la nullità originaria determina ai sensi dell'art. 1346 c.c., la nullità del negozio;
- a s s o l u t a (o inventabile), tale cioè da non consentire in alcun modo di adempiere. La dottrina tradizionalmente riscontra tale invincibilità od inevitabilità nel caso fortuito e nella forza maggiore, ossia in un fatto accidentale e non prevedibile o in un fatto, anche umano, che impedisca il debitore di adempiere.
- t o t a l e , nel senso che per aversi estinzione dell'obbligazione e liberazione del debitore è necessario inoltre che l'impossibilità riguardi tutta la prestazione. Se, invece, la prestazione è divenuta impossibile solo in parte, il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile (art. 1258 c.c.). In caso di contratto con obbligazioni corrispettive, quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale (art. 1464 c.c.).
- d e f i n i t i v a : solo l'impossibilità definitiva determina l'estinzione, ovvero l'impossibilità temporanea che perduri, però, fino, al momento in cui il creditore non ha più interesse a conseguire la prestazione (art. 1256);

21.3.3.1. Effetti.

L'art. 1256 dispone, per il caso di impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore, l'estinzione dell'obbligazione e la liberazione del debitore. Di conseguenza, in questa prima semplice ipotesi, il rischio è supportato interamente dal creditore, il quale perde il diritto a ricevere la prestazione.

Questa regola, tuttavia non è sufficiente a disciplinare i riflessi dell'impossibilità sopravvenuta di una prestazione di un contratto a prestazione corrispettive. In tal caso infatti il debito, liberato dall'obbligazione a causa della sopravvenuta impossibilità ad adempiere, non può chiederne la controprestazione, e deve restituire quella che abbai già ricevuto (art. 1463) e quindi il rischio ricade nella sfera giuridica del debitore.

[8] Es.: se l'imprima che fabbrica cucine si è impegnata a costruire cappe con acciaio di un determinato tipo e questo materiale non è più reperibile sul mercato, l'adempimento dovrà essere effettuato utilizzando materiale dalle caratteristiche corrispondenti e sempre che il creditore abbia ancora interesse alla realizzazione del prodotto in questione).

In caso di impossibilità di prestare un cosa determinata, il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento (art. 1259). Così ad esempio, il creditore potrà agire contro colui che distruggendo la cosa ha causato l'impossibilità.

Capitolo 22°
L'inadempimento e la mora

22.1. L'inadempimento.

Si ha inadempimento quando il debitore non esegue la prestazione dovuta (inadempimento totale), o la esegue in modo tardivo o inesatto, es. in un luogo diverso da quello stabilito, o con modalità diverse da quelle pattuite (inadempimento parziale).

L'art. 1218 afferma che: "Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta 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" (c.d. responsabilità contrattuale). Infatti come sappiamo se l'impossibilità della prestazione non dipende da causa imputabile al debitore, l'obbligazione è estinta e il debitore è liberato (e non è tenuto al risarcimento del danno).

La responsabilità del debitore inadempiente sembra discendere esclusivamente dalla mancata (o inesatta o tardiva) esecuzione della prestazione, a prescindere dal dolo o dalla colpa: si dovrebbe concludere che il debitore è responsabile in ogni caso in cui non ha adempiuto, a meno che provi che l'inadempimento sia dovuto a caso fortuito o a forza maggiore.

In realtà l'art. 1218 va coordinato con l'art. 1176, il quale obbliga il debitore ad adempiere con una diligenza media (diligenza del buon padre di famiglia), senza imporgli di fare tutto il possibile per evitare l'inadempimento[1].

Ne risulta, quindi, che il debitore, nell'adempiere, non è tenuto ad adoperarsi fino al limite dell'impossibile, ma solo nei limiti della diligenza e della correttezza. In altri termini, il debitore è responsabile per inadempimento solo se vi è sua colpa.

In altri termini, deve escludersi la responsabilità per inadempimento del debitore qualora il creditore agisca in contrasto con l'obbligo di buona fede, esigendo una prestazione che richieda, da parte del debitore l'utilizzo dei mezzi eccezionali che non sono connaturati alla prestazione stessa[2].

22.2. Mora del debitore.

22.2.1. Introduzione.

L'adempimento dell'obbligazione può essere definitivo oppure temporaneo (ritardo nell'adempimento); in altre parole, a volte tra il momento in cui scade il tempo per l'esecuzione della prestazione e il momento in cui l'inadempimento diviene definitivo, intercorre un lasso di tempo in cui il debitore potrebbe ancora adempiere, sebbene in ritardo.

La distinzione tra ritardo e inadempimento è talvolta ardua, in quanto è difficile dedurre *sic et simpliciter* dal mero comportamento di non adempie l'intenzione di non adempiere

[1] È chiaro che in relazione alla diligenza viene in rilievo la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato.
[2] Da questo punto di vista potremmo affermare che l'inesigibilità della prestazione è paragonata all'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore.

definitivamente[3]: nel dubbio si applicano le regole sulla mora, salvo poi a considerare il debitore totalmente inadempiente.

22.2.2. Nozione.

La mora del debitore (o *solvendi*), è la situazione giuridica, produttiva di determinata effetti, in cui viene a trovarsi il debitore che ritarda in maniera ingiustificata l'adempimento della prestazione.

Quindi affinché si abbia mora del debitore devono verificarsi i seguenti presupposti: esigibilità del credito e ritardo nell'adempimento, imputabile al debitore.

Va chiarito fin da ora che la costituzione in mora, non preclude al debitore la possibilità di adempiere comunque l'obbligazione.

22.2.3. Modi in cui il debitore cade in mora

Il debitore può cadere in mora in due modi diversi:

- mora *ex re*, nei casi in cui il debitore è in mora senza bisogno di alcuna attività del creditore. Questo avviene (art. 12192 c.c.):
  - quando si tratta di obbligazioni a termine da eseguirsi presso il domicilio del creditore ed il termine sia scaduto;
  - quando il debito derivi da atto illecito per cui si incorre nella mora fin dal momento in cui l'atto fu compiuto;
  - quando il debitore dichiari per iscritto di non voler adempiere rendendo superflua una richiesta del creditore;
- mora *ex persona*, nei casi in cui è richiesta un'intimazione formale ad adempiere (c.d. atto di costituzione in mora, per mezzo dell'ufficiale giudiziario o più semplicemente per iscritto senza bisogno di formule sacramentali); ad essa deve farsi ricorso:
  - se il debito è pagabile presso il debitore (c.d. *querable*);
  - quando manchi il termine per l'adempimento ed il creditore non l'abbia fatto fissare dal giudice.

22.2.4. Gli effetti.

Gli effetti della mora sono:

- la *perpetuatio obligationis*: prima della mora l'impossibilità sopravvenuta della prestazione del debitore (a lui non imputabile) liberava quest'ultimo, facendo di fatto cadere sul creditore il rischio del caso fortuito. Successivamente alla mora tale rischio passa in capo al debitore, nel senso che qualora la prestazione divenga impossibile, il debitore non si libererà dal vincolo contrattuale ma sarà considerato semplicemente inadempiente, con la

[3] È chiaro che ciò non vale quando il ritardo coincide necessariamente con l'inadempimento e, precisamente, quando è previsto un termine cd. essenziale nell'interesse del creditore; in questo caso, infatti, la prestazione eseguita dopo il termine non arrecherebbe alcuna utilità al creditore stesso.

conseguenza che il ceditore potrà chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento[4].

- il risarcimento del danno: in base ai principi generali, il debitore è responsabile del ritardo ed è tenuto a risarcire il danno che il creditore per esso abbia subito[5];
- l'interruzione della prescrizione del diritto di credito (art. 2943).

22.2.5. La c.d. "purgazione della mora".

La c.d. purgazione della mora consiste nella rimozione dello stato di illegittimo ritardo e dei relativi effetti.

Essa si effettua con la rinunzia:

- o al credito;
- o solo alla mora (es.: il debitore accorda una dilazione di pagamento, rimettendo così il debitore nei termini).

La rinunzia deve essere esplicita, cioè non si presume. Per effetto della purgazione il debitore non risponde più degli interessi moratori ed il rischio dell'impossibilità della prestazione torna a gravare sul creditore[6].

22.3. La mora del creditore.

22.3.1. Nozione

Si ha mora del creditore (mora *accipiendi* o *credendi*) quando il creditore rifiuti, senza legittimo motivo[7], di ricevere il pagamento offertogli dal debitore, ovvero ometta di compiere gli atti preparatori per il ricevimento della prestazione (es.: mettere a disposizione dei locali per ricevere la merce).

22.3.2. L'offerta solenne del debitore.

Per costituire in mora il creditore, è necessario che il debitore faccio un offerta di adempimento della prestazione al creditore.

L'offerte deve essere: solenne , cioè fatta da un pubblico ufficiale e eseguita con il rispetto delle formalità di cui all'art. 1208. L'offerte solenne si distingue in:

- offerta reale: se l'obbligazione ha per oggetto danaro, titoli di credito o cose mobili da consegnare al domicilio del creditore (l'offerta è reale in quanto la *res debita* è effettivamente esibita e messa a disposizione del creditore da parte del pubblico ufficiale);

[4] Tuttavia, il debitore può superare tale responsabilità dimostrando che, se pure egli avesse adempiuto per tempo, l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore (ad es.: causa di una calamità naturale).
[5] Per le obbligazioni pecuniarie sono previsti, comunque, i cd. interessi moratori che valgono come risarcimento del danno senza che il creditore dimostri di aver subito pregiudizio. Se invece questi dimostri di aver subito un danno maggiore da quello risarcito con gli interessi moratori dovrà essere tenuto indenne anche da tale maggiore danno.
[6] Si può avere anche: I) interruzione della mora, se il creditore rifiuta senza giusto motivo la prestazione; II) cancellazione della mora, in caso di rinnovazione del termine di adempiere; III) sospensione della mora, per mera tolleranza del creditore.
[7] Il motivo è legittimo quando, ad esempio, il debitore offre di adempiere in un tempo o luogo tali da rendere difficoltoso o impossibile il ricevimento della prestazione.

- offerta per intimazione:
  - a ricevere la *res* debita, se si tratta di cosa mobile da consegnare in luogo diverso dal domicilio del creditore (art. 1209);
  - a prendere possesso della *res* debita, se si tratta di beni immobili;
  - a ricevere la prestazione o a compiere gli atti necessari per renderla possibile, se si tratta di prestazione di fare.

Quando l'offerta è eseguita dal debitore nel modo dovuto, il creditore è in mora se rifiuta di ricevere la prestazione senza giustificato motivo.

22.3.3. Gli effetti della mora.

La mora del creditore produce i seguenti effetti:

- il rischio dell'impossibilità sopravvenuta (verificatesi successivamente alla mora) della prestazione resta a carico del creditore. Naturalmente affinché tale rischio ricada sul creditore è necessario che l'impossibilità sopravvenuta sia imputabile al debitore;
- il debitore deve essere risarcito dei danni derivanti dalla mora, nonché rimborsato dalle spese sostenute per la custodia e la conservazione della cosa dovuta fino al momento della consegna;
- il debitore non è più tenuto a corrispondere gli interessi e i frutti della cosa, tranne quelli che ha già percepito fino alla costituzione in mora..

22.3.4. L'estinzione dell'obbligazione.

La *mora credendi* rappresenta la prima fase per la liberazione del debitore dell'obbligazione, liberazione che la legge gli consente anche senza la collaborazione del creditore.

Pertanto se questi rifiuta l'offerta reale, oppure non si presenta per ricevere le cose offertogli con l'intimazione, il debitore per liberarsi deve anzitutto depositare la *res debita*, nella forma di cui all'art. 1212.

Qualora poi il deposito si accertato del creditore o sia dichiarato valido con la sentenza (passata in giudicato) che conclude il c.d. giudizio di convalida, il debitore è liberato e non potrà più ritirato quanto depositato. Naturalmente a questo punto l'obbligazione si è estinta[8].

[8] Nell'ipotesi che la prestazione da eseguire consista nella consegna di un immobile, il debitore è liberato nel momento in cui consegna la cosa dovuta al sequestratario nominato dal giudice.

Capitolo 23°
La responsabilità patrimoniale e le garanzie dell'obbligazione

23.1. La responsabilità patrimoniale.

La responsabilità patrimoniale si può definire come «l'assoggettamento del patrimonio del debitore inadempiente al soddisfacimento forzoso delle ragioni del creditore.

La responsabilità si manifesta come conseguenza dell'inadempimento del debitore e concorre a realizzare la tutela giuridica del diritto di credito.

L'azione personale che il creditore può esercitare contro il debitore è diretta:

- all'esecuzione forzata in forma specifica, così da ottenere la soddisfazione diretta del proprio interesse, attraverso il conseguimento del bene dovuto;
- quando ciò non è possibile, o non è utile per il creditore, l'azione è diretta al risarcimento del danno: in questa ipotesi, il contenuto dell'obbligazione si trasforma nell'obbligazione di pagare una somma di denaro.

La conversione della pretesa creditoria e del danno in somma di denaro (c.d. liquidazione) è oggetto di un procedimento di cognizione. Esso però, non è da solo sufficiente ad assicurare la soddisfazione materiale del creditore.

Intervengono, a questo punto, due norme fondamentali contenute nel codice civile:

- l'art. 2740 il quale stabilisce che il debitore risponde dell'adempimento con tutti i suoi beni presenti e futuri, cioè sia quelli che aveva al momento dell'assunzione dell'obbligo, sia quelli successivamente pervenutigli (c.d. garanzia patrimoniale generica);
- l'art. 2741, in forza del quale i creditori hanno tutti un egual diritto ad essere soddisfatti sui beni del debitore (*par condicio creditorum*). Se tutti i credito non possono essere soddisfatti si procede ad una ripartizione proporzionale fra tutti coloro che hanno intrapreso o che sono intervenuti nella procedura esecutiva.

23.2. Le garanzie del creditore.

23.2.1. Introduzione.

La garanzia generica posta dall'art. 2740 c.c., che assoggetta tutti i beni presenti e futuri del debitore al soddisfacimento forzoso delle ragioni del creditore, può essere insufficiente a rassicurare il creditore sul buon fine dell'obbligazione, soprattutto se il debitore contrae numerosi debiti e sottrae al patrimonio quei beni sui quali si fondava la fiducia del creditore.

La legge, pertanto, predispone un sistema di garanzie, offrendo così al creditore, per rafforzare il proprio credito, la scelta fra tre possibilità:

- l'aumento dei soggettivi passivi, e quindi dei patrimoni assoggettati, attraverso garanzie personali offerte da terze persone che si impegnano personalmente accanto al debitore originario. Rientrano nella categoria delle garanzie personali (o semplici): I) la fideiussione; II) l'avallo; III) il mandato di credito;
- la costituzione di garanzia reale su alcuni beni del debitore che vengono così sottratti al soddisfacimento degli altri creditori (pegno e ipoteca);
- il conseguimento in anticipo di esecuzione della prestazione attraverso la caparra.

Non dipendono, invece, dalla volontà del creditore i privilegi, che costituiscono ugualmente un'eccezione al principio della *par condicio credito rum*, in quanto accordano un prelazione al credito

23.2.2. Cause legittime di prelazione.

23.2.2.1. Nozione.

La regola della *par condicio* è derogata se sussiste a favore di un creditore una legittima causa di prelazione: cioè un titolo in base al quale il c.d. creditore "privilegiato" è preferito nel riparto del prezzo ricavato dalla vendita forzata rispetto agli altri creditori, detti anche chirografari.

Quando esiste, infatti una causa di prelazione, il creditore non entra in concorso con i creditori chirografari, ma ha diritto di far valere per intero il suo credito sul bene oggetto di prelazione: gli altri creditori concorreranno proporzionalmente su ciò che rimane (c.d. *relictum*).

23.2.2.2. Tipologie.

L'art. 2741 co. 2° prevede le tipiche cause di prelazione, che sono: privilegio, pegno, ipoteca. Esse sono sottoposte ad alcune regole comuni:

- diritto di seguito: spetta al creditore titolare di una causa di prelazione su un bene determinato, che può aggredire, anche se alienato a terzi;
- surrogazione reale: spetta al creditore sulla indennità dovuta all'assicurazione per il perimento o deterioramento della cosa soggetta a privilegio, pegno o ipoteca;
- principio di conservazione della garanzia: quando la cosa data in garanzia perisca o si deteriori in modo da essere insufficiente a garantire il creditore, questi ha la facoltà di chiedere una idonea garanzia su altri beni o, in subordine, l'immediato pagamento del suo credito;
- in tema di pignoramento, l'art. 2911 stabilisce che il creditore garantito da pegno, ipoteca o privilegio speciale non può procedere su altri beni del debitore, se prima non sottopone ad esecuzione il bene oggetto della garanzia;
- il divieto del patto commissorio: è nullo il patto con cui si stabilisce che, ove il debitore sia inadempiente, la proprietà della cosa oggetto di pegno o ipoteca passi al creditore (art. 2744). La *ratio* del divieto è di tutelare i creditori estranei al patto contro un soddisfacimento preferenziale e al di fuori delle cause di

prelazione previste dalla legge, e di tutelare il debitore contro un'abusiva pressione del creditore.

23.2.3. I privilegi.

23.2.3.1. Nozione.

Il p r i v i l e g i o è un titolo di prelazione che la legge riconosce al creditore in considerazione della particolare natura o causa del credito.

Determinati crediti, per motivi di particolare considerazione sociale (crediti per alimenti), o perché derivanti da spese sostenute nell'interesse comune (spese di esecuzione iniziata da uno dei creditori), oppure perché concernono l'interesse dello Stato (tributi), sono privilegiati, nel senso che vanno pagati prima degli altri.

Fonte dei privilegi è soltanto la legge: i privilegi pertanto sono a numero chiuso.

I privilegi si distinguono in due categorie:

- g e n e r a l e , che è, di regola, solo mobiliare e si fa valere sul ricavato della vendita coattiva eseguita su tutti i beni mobili del debitore[1]. Il privilegio generale esaurisce la sua funzione nell'attribuire al suo titolare il diritto di essere pagato prima dei credi tori non privilegiati. Esso non può essere esercitato sui beni mobili che formano oggetto di diritti spettanti a terzi (art. 2747 c.c.). Ad esempio, se un quadro appartenente al debitore viene sequestrato o pignorato da un terzo, il creditore non può soddisfare su di esso il suo credito.
- s p e c i a l e , che può invece essere mobiliare o immobiliare e grava soltanto su determinati beni del debitore[2]. Esso è giustificato dal particolare rapporto di connessione esistente tra il credito e la cosa su cui esso si esercita. I privilegi speciali (a differenza si quelli generali), se la legge non dispone diversamente, hanno un diritto di seguito, cioè possono esercitarsi anche in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi posteriormente al loro sorgere (art. 2747 c.c.)[3].

23.2.3.2. Graduazione fra cause di prelazioni.

Qualora coesistano più crediti privilegiati, la legge (artt. 2777-2783 c.c.) stabilisce un ordine di preferenza fra gli stessi fondato esclusivamente sulla causa del credito e non sulla priorità nel tempo di costituzione dell'uno o dell'altro. Ad esempio, alle spese di giustizia è sempre accordata preferenza assoluta.

Si ricordi inoltre, che il privilegio speciale sui beni mobili non può essere esercitato di regola in pregiudizio del credito garantito da pegno. Invece, il credito munito di privilegio speciale immobiliare è preferito al credito garantito da ipoteca.

---

[1] Sono assistiti da privilegio generale sui mobili i crediti derivanti da rapporti di lavoro, quelli per il pagamento dei contributi previdenziali e assicurativi, delle imposte sui redditi, dell'Iva, dei tributi locali, i crediti per alimenti e altri specificamente elencati nell'art. 2751 c.c.

[2] Ad esempio, il credito del trasportatore ha privilegio sulle cose trasportate, il credito del venditore ha privilegio sulle macchine vendute e consegnate, il credito per lavori di riparazione ha privilegio sulle cose riparate, il credito per contributi di bonifica ha privilegio sui terreni agricoli migliorati ecc.

[3] Se oggetto del privilegio è un bene mobile, l'opponibilità ai terzi opera solo in quanto sia mantenuta la situazione di fatto alla quale il privilegio si riferisce (art. 2747, comma 2, c.c.). Ad esempio, il credito del carrozziere per lavori di riparazione sull'automobile continua ad essere assistito da privilegio finché essa sia rimasta nell'officina del carrozziere, pur se il suo proprietario l'abbia nel frattempo venduta ad altri.

23.2.3.3. Differenze tra privilegio e diritti reali di garanzia.

Le differenze tra privilegio e diritto reali di garanzia riguardano:

- la fonte: mentre il privilegio si fonda sulla volontà del legislatore e, mediamente sulla causa del credito, i diritto reali di garanzia (pegno o ipoteca) traggono immediatamente origine dalla volontà delle parti, che prescinde sempre dalla causa del credito;
- il possesso del pegno: il pegno richiede come condizione eccezionale il possesso della cosa presso il creditore; il privilegio, invece, prescinde da tale elemento non avendo così modo di manifestarsi ai terzi; solo in alcuni casi la legge accorda al creditore privilegiato un diritto di ritenzione;
- iscrizione dell'ipoteca: per la costituzione dell'ipoteca è necessaria l'iscrizione, che non è invece richiesta per il privilegio. Inoltre mentre il diritto di prelazione incenerente all'ipoteca prende grado dalla data di iscrizione, il grado di preferenza nei privilegi è stabilito in base al maggiore o minore favore attribuito dalla legge.

23.2.4. Le garanzie reali.

23.2.4.1. Introduzione.

I diritti reali di garanzia o diritti reali di garanzia assicurano al creditore la possibilità di sottoporre ad esecuzione forzata un bene del debitore o del terzo, vincolato a tale scopo, con preferenza rispetto ad altri eventuali creditori.

A differenza dei privilegi, che sono connaturati per legge a determinati crediti e quindi sorgono automaticamente con il credito stesso, le garanzie reali nascono solo se vengono costituite dagli interessati in base a un titolo.

I diritti reali di garanzia presentano le seguenti caratteristiche:

- l'immediatezza: per il loro esercizio non occorre la cooperazione di alcun soggetto;
- l'assolutezza: sono opponibili *erga omnes*;
- il diritto di sequela (di "inseguire" cioè il bene): nel senso che il creditore ha il potere di soddisfarsi sul bene anche se la proprietà è passata ad altra persona.

23.2.4.2. Le analogie e le differenze tra pegno e ipoteca

A tutela dei terzi, che fanno affidamento sulla piena e libera proprietà dei beni, la costituzione delle garanzie reali è subordinata alla riconoscibilità esterna del vincolo che grava sul bene.

Infatti il pegno, che ha per oggetto cose mobili non registrate, viene costituito con la consegna della cosa al creditore (art. 2786, comma l, c.c.) e l'ipoteca, che ha per oggetto beni immobili o mobili registrati, si costituisce mediante l'iscrizione nei registri immobiliari o negli altri pubblici registri (art. 2808 c.c.). La trasmissione del possesso, nel primo caso, e l'iscrizione nel secondo, hanno una funzione di pubblicità perché mettono i terzi in condizione di rendersi conto dell'esistenza del vincolo gravante sul bene.

L'ipoteca e il pegno destinano il bene al soddisfacimento del creditore pignoratizio o ipotecario, al quale sarà assegnato, con preferenza sugli altri creditori, il ricavato della vendita forzata del bene (diritto di prelazione). Tale destinazione perdura anche nei confronti dei terzi acquirenti perché il pegno e l'ipoteca, data la loro natura di diritti reali, sono inerenti alla cosa c la seguono quali che siano le sue vicende (diritto di seguito).

Il pegno e l'ipoteca hanno soltanto funzione di garanzia e, di conseguenza, il creditore non può utilizzare in alcun modo il bene vincolato: nel pegno, la cosa mobile viene consegnata al creditore solo per rendere il vincolo conoscibile ai terzi e non per trame utilità diretta; nell'ipoteca, il possesso dell'immobile rimane al debitore.

Sia per il pegno sia per l'ipoteca è stabilita la nullità di qualunque patto con cui si convenga che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato la proprietà del bene passi al creditore (art. 2744 c.c.).

Tale accordo, detto patto commissorio, è vietato per tutelare il debitore che, pur di ottenere il credito e fiducioso di poter pagare alla scadenza, può essere indotto a consentire, per il caso di inadempimento, il trasferimento del bene dato in garanzia (il cui valore spesso è molto più consistente dell'ammontare del debito).

Un'altra caratteristica comune ai due diritti è la loro indivisibilità perché il bene, anche se divisibile, è vincolato nella sua interezza (art. 2809, co° 2, c.c.). Se, ad esempio, il debito ammonta a 100.000 euro e l'ipoteca è istituita su un terreno che vale 300.000 euro, il vincolo ipotecario grava tutto il bene, e non soltanto sulla terza parte di esso.

Si ricordi infine che sono diritti accessori, pertanto se manca o si estingue l'obbligazione garantita viene meno o si estingue anche la garanzia.

23.2.4.3. Il pegno.

23.2.4.3.1. Nozione.

Il p e g n o è un diritto reale di garanzia, concesso dal debitore (o da un terzo) su cosa mobile (di sua proprietà) a garanzia di un credito.

23.2.4.4. Oggetto

Oggetto del pegno possono essere i beni mobili (eccetto quelli registrati), le universalità di mobili, i crediti ed altri diritti aventi per oggetto beni mobili (art. 2784 c.c.) purché siano infungibili ricorrendo altrimenti la figura del pegno irregolare.

23.2.4.5. Contratto di pegno

Il diritto di pegno si costituisce mediante contratto (contratto di pegno), tra il creditore e il debitore o un terzo datore del bene. Il contratto si perfeziona con la consegna al creditore della cosa (è dunque un contratto reale), o del documento che ne conferisce la disponibilità (titoli rappresentativi di merci, titoli di credito, titoli azionari ecc.).

Quando il pegno ha per oggetto un credito, la sua costituzione deve risultare per iscritto e deve essere notificata al debitore del credito dato in garanzia (art. 2800 c.c.).

23.2.4.6. Effetti.

La costituzione del pegno produce i seguenti effetti:

- il creditore acquista temporaneamente il possesso (ma non l'uso e la disponibilità) della cosa data in pegno[4]. In particolare la legge gli attribuisce una limitata facoltà di godimento in quanto:
  - il creditore ha l'obbligo di custodire la cosa e restituirla quando l'obbligazione viene adempiuta (art. 2794 c.c.);
  - se il pegno ha per oggetto denaro, titoli o altre cose fungibili, il ereditare ne acquista la piena disponibilità e quindi ha solo l'obbligo di restituire altrettanti beni della stessa specie e qualità (art. 1851 c.c.). È questo il pegno irregolare.
  - il creditore può esercitare le azioni possessorie e l'azione di rivendicazione (solo nei limiti in cui spetta al proprietario e, quindi, in via di surrogazione);
  - può ritenere i frutti, imputandoli prima alle spese, poi, agli interessi e, quindi al capitale;
  - tuttavia, non può usare la cosa o meno che non vi sia il consenso del debitore. Non può compiere atti di disposizione della cosa. Egli, comunque, ha un diritto di ritenzione della cosa fino all'integrale pagamento delle somme dovute, ma, di converso, ha l'obbligo di custodire la cosa nello stato in cui trovava al momento della costituzione del pegno;
- l'effetto più saliente e caratteristico del pegno è l'attribuzione al creditore del diritto di prelazione: se il debitore non adempie infatti, il creditore può far vendere la cosa, secondo le modalità dei pubblici incanti, ed ha diritto di conseguire il pagamento, con preferenza rispetto agli altri creditori, sul prezzo ricavato dalla vendita.
- il creditore può anche domandare al giudice l'assegnazione in pagamento del bene pignorato, fino alla concorrenza del credito. In tal caso la cosa viene stimata dal giudice, a meno che non abbia un prezzo di mercato[5].

Si ricordi infine che nel pegno di crediti il creditore pignoratizio (che nella maggior parte dei casi è una banca) deve curare la riscossione del credito, depositare le somme ricevute e, quando scadrà il proprio credito, potrà trattenere quanto gli è dovuto e restituire il residuo al debitore (art. 2803 c.c.).

23.2.4.7. L'ipoteca.

23.2.4.7.1. Nozione ed oggetto.

L'ipoteca è un diritto reale di garanzia, concesso dal debitore (o da un terzo) su un bene, a garanzia di un credito, che attribuisce al creditore il potere di espropriare il bene e di essere soddisfatto con preferenza, rispetto ad eventuali altri creditori, sul prezzo ricavato.

4

5 L'assegnazione in pagamento non è in contrasto col divieto del c.d. patto commissorio: infatti la cosa viene ceduta al creditore solo nei limiti del credito garantito, con la conseguenza che se il bene ha un valore superiore, la differenza tra tale valore e l'entità del credito deve corrisposta al debitore (o al terzo datore)

Possono essere oggetto di ipoteca:

- beni immobili con le loro pertinenze;
- beni mobili registrati;
- il diritto di superficie, il diritto dell'enfiteuta, quello del concedente sul fondo enfiteutico e l'usufrutto;
- le rendite dello Stato.

23.2.4.8. Iscrizione.

L'ipoteca viene costituita mediante l'iscrizione del titolo (pubblicità costitutiva). L'iscrizione ha effetto sia nei rapporti fra le parti sia nei confronti dei terzi (art. 2808 c.c.) perché attribuisce al creditore il diritto di procedere a esecuzione forzata sia nei confronti del debitore, sia nei confronti di un eventuale acquirente del bene, e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall' espropriazione.

Nel registro immobiliare devono essere specificatamente indicati i beni sui quali cade il vincolo ipotecario e deve pure essere determinato l'ammontare massimo del credito al cui pagamento il bene è vincolato (art. 2809, comma l, c.c.).

L'iscrizione viene effettuata nei registri immobiliari del luogo ove si trova l'immobile (o nei registri in cui sono immatricolati i mobili registrati), con l'osservanza di particolari formalità (art. 2839 c.c.). Conserva il suo effetto per venti anni dalla sua data (art. 2847 c.c.) e va rinnovata prima della scadenza se si vuole evitare l'inefficacia dell'iscrizione (art. 2847 c.c.).

Nell'iscrizione viene attribuito un numero d'ordine che determina il grado di priorità dell'ipoteca rispetto ad altre eventualmente iscritte sullo stesso bene (artt. 2852 e 2853 c.c.). Se più persone si presentano contemporaneamente per ottenere iscrizione di ipoteca contro lo stesso soggetto e sui medesimi immobili, le iscrizioni avranno tutte lo stesso numero e le ipoteche uguale grado (pertanto, i creditori concorreranno tra loro in proporzione dell'importo dei rispettivi crediti).

A seconda del numero d'ordine delle iscrizioni, su uno stesso immobile si ha un'ipoteca di primo grado, una di secondo, una di terzo ecc., con conseguente priorità nel pagamento dei vari crediti: venduto coattivamente il bene e realizzato il prezzo, viene pagato il creditore ipotecario di primo grado e poi, se vi è capienza nell'ammontare del prezzo ricavato, quello di secondo e così via finché ci sono somme disponibili.

Quando i beni indicati nell'iscrizione ipotecaria hanno un valore eccessivo rispetto al credito garantito (come può accadere in conseguenza di pagamenti parziali), è prevista la possibilità di ridurre l'ipoteca in deroga al principio dell'indivisibilità (art. 2872 e sgg. c.c.). La riduzione si ottiene diminuendo la somma per la quale è stata presa l'iscrizione oppure restringendo l'iscrizione stessa a una parte dei beni.

23.2.4.9. Prescrizione ed estinzione.

Il diritto di ipoteca è imprescrittibile, ma l'effetto dell'iscrizione è limitato a venti anni: prima del compimento del ventennio, pertanto, il creditore deve provvedere a rinnovare l'iscrizione, affinché l'l'ipoteca conservi i suoi effetti ed il suo grado per altri venti anni. Se,

invece, la rinnovazione viene chiesta dopo la scadenza dei venti anni, l'ipoteca si considera di nuova iscrizione e perde il grado che aveva precedentemente

Per estinguere l'ipoteca è necessaria la cancellazione dai registri immobiliari (art. 2882 c.c.). Oltre che per effetto dell'estinzione dell'obbligazione, la cancellazione si effettua per tutte le cause di estinzione del diritto di ipoteca (mancata rinnovazione dell'iscrizione dopo la sua scadenza, perimento del bene, rinuncia del creditore all'ipoteca, vendita forzata dell'immobile ipotecato). Con la cancellazione, che va richiesta dal debitore o da chiunque vi abbia interesse, l'immobile è liberato dal vincolo ipotecario.

23.2.4.10. Fonti.

In relazione alle fonti, la legge distingue:

- l'ipoteca legale: si ha quando è la legge che attribuisce ad alcuni creditori, in considerazione della causa del credito o della qualità o posizione assunta dal creditore stesso, il diritto ad ottenere l'iscrizione ipotecaria, senza il concorso della volontà del debitore (art. 2817);
- l'ipoteca giudiziale chi ha ottenuto una sentenza di condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di un'altra obbligazione o al risarcimento dei danni (da liquidarsi successivamente), ha titolo per iscrivere ipoteca, anche se la sentenza non ha forza esecutiva o è sottoposta a gravame;
- l'ipoteca volontaria: nasce da contratto o da dichiarazione unilaterale di volontà da parte del concedente. Tale contratto o dichiarazione deve farsi per atto pubblico o per scrittura privata sotto pena di nullità[6].

Ciascuno di questi atti costituisce il titolo di ipoteca, cioè rappresenta il fondamento giuridico del vincolo ipotecario perché attribuisce al creditore il dritto di iscrivere l'ipoteca nei registri immobiliari.

23.2.4.11. L'ipoteca e i terzi.

23.2.4.11.1. Il terzo acquirente del bene ipotecato.

L'ipoteca, per la sua natura di diritto reale, ha efficacia anche nei confronti di chi acquisti l'immobile dopo l'iscrizione: infatti i creditori ipotecari possono far espropria i beni anche dopo l'alienazione. Il terzo che voglia evitare ciò, può esercitare una delle seguenti facoltà:

- pagare i debiti iscritti;
- rilasciare i beni ipotecati, in modo che l'espropriazione avverrà nei confronti dell'amministratore dei beni, nominato dal tribunale;
- ricorrere alla c.d. purgazione delle ipoteche, offrendo ai creditori il prezzo stipulato per l'acquisto o il valore da lui stesso dichiarato per i beni di cui non sia determinato il prezzo.

[6] Non rientra tra le fonti dell'ipoteca il testamento, e ciò per evitare che il debitore alteri la situazione dei suoi creditori per il tempo successivo alla sua morte (la legge tende a garantire la *par condicio* dei creditori del defunto dopo l'apertura della successione).

23.2.4.11.2. Il terzo datore di ipoteca.

Il bene ipotecato può appartenere a un terzo il quale volontariamente lo abbia concesso a garanzia di un debito altrui. È questa l'ipotesi del terzo datore di ipoteca, che è diversa da quella del terzo acquirente (il quale non concede ipoteca ma acquista un immobile ipotecato).

Per la sua volontà di garantire un debito altrui il terzo datore di ipoteca può essere paragonato al fideiussore, dal quale si distingue perché risponde solo con il bene su cui ha concesso ipoteca, mentre il fideiussore risponde con i suoi beni.

Se paga i creditori iscritti o se subisce l'espropriazione, il terzo datore ha il diritto di rivalersi nei confronti del debitore (diritto di regresso).

23.2.5. Le garanzie semplici.

L'interesse del creditore all'attuazione del suo diritto è tutelato anche m mediante le garanzie personali o semplici, che rafforzano anch'esse la tutela del credito A differenza delle garanzie reali, che vincolano al soddisfacimento del credito un bene determinato, le garanzie personali aggiungono alla responsabilità del debitore quella di un altro soggetto il quale garantisce, con tutti i suoi beni presenti e futuri, l'adempimento del debito altrui.

23.2.5.1. Fideiussione.

23.2.5.1.1. Nozione e fonte.

Tipica garanzia personale è la fideiussione. L'art. 1936 c.c. definisce fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui.

La fideiussione, rendendo più sicura la posizione del creditore, consente debitore di ottenere più facilmente il credito e agevola le operazioni di finanziamento che sono alla base dalla produzione e del commercio.

Fonte dell'obbligo del fideiussore può essere sia legge che la volontà privata. Solitamente esso si costituisce in forza del contratto fra il creditore e il terzo che si rende garante del debito altrui[7].

Generalmente il contratto di fideiussione è gratuito (in particolare è un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente) è gratuito, ma è possibile che le parti dispongano che il creditore debba un compenso al fideiussore per il fatto che questi si è assunto la garanzia dell'obbligazione[8].

23.2.5.1.2. Oggetto.

Il fideiussore non assume il debito altrui; egli è titolare di un obbligo proprio che ha per oggetto la personale assunzione di responsabilità per il caso che il debitore garantito non adempia: in questo senso l'obbligazione del fideiussore ha carattere accessorio.

[7] Si ritiene tuttavia che la fideiussione possa essere validamente costituita anche tramite promessa unilaterale, testamento e contratto (fra debitore e fideiussore) a favore del terzo creditore

[8] Il contratto di fideiussione rimane gratuito (c.d. bilaterale imperfetto) anche se è previsto che il debitore paghi un compenso al fideiussore: in questo caso si tratta di rapporto interno tra fideiussore e debitore che rimane però terzo rispetto al contratto di fideiussione.

Inoltre la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale, nonché alle spese per la denunzia al fideiussore della causa promossa contro il debitore principale e alle spese successive eventualmente sostenute dal creditore (art. 1942).

Dalla natura accessoria della garanzia fideiussoria discende che:

- la fideiussione non è valida se è invalida l'obbligazione principale, salvo che sia prestata per un obbligazione assunta da un incapace (art. 1939);
- la fideiussione non è può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizione più onerose (art. 1941);
- fideiussore può opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante da incapacità (art. 1945).

23.2.5.1.3. Rapporti tra fideiussore e creditore.

Il fideiussore è obbligato in solido con il debitore principale al pagamento del debito; le parti possono tuttavia convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima della escussione del debitore principale (cd. beneficio di escussione art. 1944 c.c.).

23.2.5.1.4. Rapporti tra fideiussore e debitore principale.

Il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore vantava verso il debitore (art. 1949 c.c.). Inoltre egli può esperire contro il debitore azione di regresso, cioè può farsi rimborsare tutto ciò che ha pagato al creditore (art. 1950 c.c.).

23.2.5.1.5. Rapporti fra più fideiussori.

Se più persone hanno prestato fideiussione per un medesimo debitore, ed a garanzia di un medesimo debito, ciascuna di esse è obbligata per l'intero debito, salvo che sia stato pattuito il beneficio della divisione (art. 1947 c.c.): in questo caso il fideiussore che sia convenuto per il pagamento dell'intero debito può esigere che il creditore riduca l'azione soltanto alla parte da lui dovuta.

23.2.5.1.6. Fideiussione omnibus

Oggetto della fideiussione può anche essere un'obbligazione futura (art. 1938 c.c.) purché sia determinato l'importo massimo che dovrà essere garantito.

In applicazione di questo principio è considerata valida la cosiddetta fideiussione omnibus, il contratto col quale il fideiussore garantisce l'adempimento di tutte le obbligazioni che un soggetto, di regola un imprenditore, assumerà nei confronti di un altro soggetto, di norma una banca, in dipendenza di una determinata specie di rapporti che verranno intrattenuti tra il debitore principale e il creditore.

Secondo il modello contrattuale adottato dalle banche, il fideiussore garantisce l'adempimento delle obbligazioni dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura, già consentite o che venissero consentite, ad un determinato soggetto o a chi gli fosse subentrato.

23.2.5.2. L'avallo.

L'avallo è una dichiarazione cambiaria, con la quale taluno garantisce il pagamento della cambiale per uno degli obbligati cambiari (il traente, l'emittente o un girante).

A differenza della fideiussione, trattasi di un'obbligazione di garanzia autonoma ed indipendente rispetto all'obbligazione cambiaria alla quale inerisce, per cui l'avallante non

può opporre al portatore del titolo le eccezioni personali da lui opponibili ai precedenti portatori, né quelle opponibili dall'avallato allo stesso creditore cambiario.

L'avallante non può pretendere che il portatore escuta preventivamente l'avallato, essendo tenuto in solido con questo al pagamento; però, effettuando il pagamento della cambiale, acquista i diritti ad essa inerenti contro l'avallato e contro coloro che sono obbligati cambiariamente verso quest'ultimo.

23.2.5.3. Mandato di credito.

Il mandato di credito è il contratto con cui un soggetto (A) si obbliga verso un altro (B) a far credito ad un terzo (C): il soggetto (B) che ha richiesto all'altro (A) di far credito risponde come fideiussore di un debito futuro (quello che sarà assunto da C). Nonostante il nome, questo contratto non deve essere confuso con il mandato, in quanto il mandatario, nella stipula del negozio di concessione del credito, agisce in nome e per conto proprio, non in nome o per conto del mandante.

23.2.6. Lettera di gradimento (o di "patronage").

La lettere di gradimento è una dichiarazione con la quale una società capo-gruppo si rivolge ad un istituto di credito affinché lo stesso conceda, mantenga o rinnovi un credito ad una società controllata dalla capogruppo stessa.

Le lettere di gradimento, dette anche lettere di conforto, sono dichiarazioni generalmente ricognitive con cui la società capogruppo: da un lato afferma di essere a conoscenza dei rapporti di credito instaurati tra l'istituto bancario e la società controllata; dall'altro conferma il proprio rapporto di partecipazione, controllo etc. con la società controllata.

Dal patronage deriverà soltanto una responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) della società capo-gruppo, qualora la stessa tenga un comportamento contrario al contenuto della dichiarazione.

23.2.7. La clausola penale.

La clausola penale è il patto mediante il quale le parti stabiliscono che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, la parte che non ha ottemperato a quanto previsto nel contratto, sarà tenuta ad una determinata prestazione che solitamente consiste nel pagamento di una somma di denaro.

Questo patto accessorio ha la funzione primaria di liquidare preventivamente i danni, ma rappresenta, altresì, una specie di pena per l'inadempimento, in quanto è dovuta indipendentemente dalla prova dell'esistenza stessa del danno (agevolando il creditore, che non deve dimostrare il pregiudizio subito).

In caso di inadempimento è previsto:

- che la penale sia stabilita ed il creditore non potrà esigere un ulteriore risarcimento;
- un divieto di cumulo: il creditore può scegliere tra il pagamento della penale e l'esecuzione coattiva della prestazione principale, ma non può domandare entrambe le prestazione a meno che la penale sia stata stipulata per il semplice ritardo.

23.2.8. La caparra.

23.2.8.1. Nozione e funzione.

Per i soli contratti a prestazioni corrispettive, per rafforzare il diritto del creditore all'adempimento e al risarcimento del danno in caso di inadempimento, le parti possono convenire che una consegni all'altra una caparra, ossia una somma di denaro una quantità di cose fungibili.

La caparra ha la funzione di rafforzare il diritto del creditore all'adempimento e al risarcimento del danno in caso di inadempimento; essa è costituita mediante un patto reale, che si perfeziona cioè con la consegna. La caparra può essere confirmatoria o penitenziale

23.2.8.2. Confirmatoria.

La caparra confirmatoria è una somma di danaro o una quantità di cose fungibili che, al momento della costituzione del rapporto obbligatorio, una parte dà all'altra quale conferma dell'adempimento, di cui costituisce quasi un'anticipata e parziale esecuzione. Una volta versata la caparra confirmatoria:

- se il contratto viene adempiuto, la caparra deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta;
- in caso di inadempimento, invece:
  - se inadempiente è la parte che ha dato la caparra, l'altra può recedere dal contratto e ritenere la caparra;
  - se inadempiente è la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra;
  - in entrambi casi, se la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali e la caparra sarò trattenuta in conto dei danni che saranno liquidati.

23.2.8.3. Penitenziale.

Nell'ipotesi di caparra penitenziale la somma che una parte dà all'altra è il corrispettivo per l'attribuzione della facoltà di recesso dal rapporto contrattuale.

Una volta versata la caparra penitenziale, i contraenti si riservano la scelta tra l'adempimento ed il recesso. Il recesso si attua per volontà unilaterale: rinunziando alla caparra nelle mani della controparte, se recede il soggetto che l'ha consegnata, o provvedendo alla restituzione di una doppia caparra nell'ipotesi inversa[9].

23.2.8.4. Differenza tra caparra e clausola penale.

La caparra si differenzia dalla clausola penale per i seguenti motivi:

- in primo luogo è ammessa per i solo contratti a prestazioni corrispettive (e non in aggiunta a qualsiasi obbligazione);

[9] L'esercizio del potere di recesso può essere conferito anche disponendo a carico del recedente una multa penitenziale. In quest'ultima però a differenza della caparra penitenziale, il corrispettivo non è versato al momento della stipulazione, ma solo promesso. In questo caso il recesso sarà efficace solo dopo il versamento del corrispettivo.

- in secondo luogo, è dovuta solo in caso di inadempimento (e non anche per il ritardo nell'adempimento);
- infatti, non ha la funzione di liquidare preventivamente il danno: perciò la parte adempiente può incamerarla come anticipo per il pagamento dei danni che saranno liquidati dal giudice qualora, invece di ritenerla e credere dal contratto, intenda chiedere l'esecuzione del contratto stesso oppure la risoluzione dell'obbligazione, oltre al risarcimento del danno secondo le regole generali.

Capitolo 24°
La conservazione della garanzia patrimoniale

24.1. Introduzione.

Il patrimonio del debitore costituisce una garanzia generica per i creditori, nel senso che è a disposizione del creditore solo potenzialmente, cioè solo in caso di inadempimento e solo in seguito al pignoramento si pone un vincolo di indisponibilità sui beni.

Prima di questo momento il debitore può compiere atti di disposizione, distruzione, occultamento dei propri beni per sottrarli alla garanzia dei creditori.

L'ordinamento, quindi, prevede mezzi di tutela preventiva al fine di conservare la garanzia patrimoniale, facendo dichiarare inefficaci o simulati gli atti di disposizione compiuti dal debitore prima dell'inadempimento. Tale tutela ha carattere generale e residuale rispetto a quella fornita dalle garanzie specifiche su uno o più beni del debitore.

24.2. L'azione surrogatoria.

24.2.1. Nozione e natura giuridica.

Può verificarsi che il debitore (per negligenza o intenzionalmente) trascuri di realizzare i suoi diritti patrimoniali (ad esempio, non riscuote un credito, non rivendica la proprietà di un bene ecc.) con danno non solo per il suo patrimonio, ma anche per il suo creditore che vede diminuire (o venir meno) la possibilità di soddisfare il proprio credito. La legge offre allora al creditore il mezzo (azione surrogatoria) per evitare o riparare i danni che possono derivare dell'inerzia del debitore.

L'azione surrogatoria è quella che consente al creditore di sostituirsi al debitore nell'esercizio di singoli diritti o azioni, nel proprio interesse (*utendo iuribus*).

In altri termini mediante l'azione surrogatoria i creditori possono esercitare, in sostituzione del debitore, la pretesa all'adempimento di una prestazione dovutagli da un terzo; così pure possono esercitare le azioni a difesa della proprietà o di altri diritti reali spettanti al debitore. Il fondamento giuridico dell'azione surrogatoria viene rinvenuto, pertanto, nell'interesse del creditore alla conservazione della garanzia del patrimonio del debitore.

Data l'autonomia del debitore, sulla quale interferisce l'iniziativa dei creditori, è necessario dimostrare che il suo patrimonio potrebbe non essere sufficiente per il pagamento dei debiti: ad esempio, non si potrà agire in surrogatoria a tutela di un modesto credito se il debitore, persona agiata, trascura di riscuotere una somma che gli è dovuta; l'azione invece è senz'altro ammissibile se egli è oberato di debiti.

24.2.2. Ambito di applicazione.

Sono esclusi dall'azione surrogatoria i diritti che, pur avendo contenuto patrimoniale, sono inerenti alla persona e possono essere esercitati soltanto dal titolare.

Così, i creditori non possono impugnare un testamento che non è stato impugnato dal debitore, né riscuotere un suo credito per alimenti; né è consentito ai credi tori l'esercizio di azioni relative allo stato giuridico o alla situazione familiare del debitore (ad esempio, disconoscimento di paternità, dichiarazione giudiziale dello stato giuridico di figlio naturale

ecc.), anche se tali azioni, qualora fossero accolte, potrebbero avere riflessi di carattere economico (mantenimento, diritti di successione ecc.).

24.2.3. Presupposti.

Presupposti della surrogatoria sono:

- inerzia del debitore nel realizzare ed esercitare i propri diritti e le proprie azioni verso terzi;
- natura patrimoniale e non personale di tali diritti;
- qualità di creditore di chi agisce in surrogatoria;
- danno (o pericolo di esso) che al creditore può derivare dall'inerzia del debitore.

24.2.4. Effetti.

La surrogatoria consente dunque al creditore di sostituirsi non nella gestione patrimoniale del debitore, ma solo nel compimento di singoli atti giuridici, il cui primo effetto sarà un vantaggio per il debitore: si recuperano, infatti, al patrimonio del debitore gli aumenti che altrimenti avrebbe perduto per inerzia.

Come effetto conseguente ci sarà un vantaggio anche per il creditore che avrà la possibilità di soddisfarsi sul patrimonio del debitore.

Dei risultati della surrogatoria potranno giovarsi (a differenza di quanto avviene in tema di revocatoria) anche altri eventuali creditori del debitore inerte (pur non avendo esercitato l'azione surrogatoria), grazie all'attivo recuperato al patrimonio del debitore.

24.3. L'azione revocatoria (o pauliana).

24.3.1. Nozione.

L'azione revocatoria è l'azione, denominata anche pauliana, concessa al creditore, a salvaguardia dell'integrità del patrimonio del debitore, nel presupposto che quest'ultimo consapevolmente compia atti con i quali si spogli dei propri beni, sottraendoli così all'azione esecutiva del creditore medesimo[1].

L'azione revocatoria ha lo scopo di fare dichiarare inefficaci nei confronti del creditore gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle ragioni dello stesso creditore (art. 2901 c.c.). Il suo effetto quindi è quello di ricostituire l'integrità della garanzia patrimoniale.

Mentre l'azione surrogatoria sopperisce all'inerzia del debitore, l'azione revocatoria è un rimedio per i casi in cui il debitore determina volontaria mente una diminuzione del proprio patrimonio.

24.3.2. Ambito di applicazione.

L'art 2901 c.c. assoggetta a revocatoria gli atti del debitore che fanno diminuire l'entità del suo patrimonio, ossia: gli atti di trasferimento (vendite, donazioni, cessioni di crediti); l'assunzione di obbligazioni che incidono notevolmente su patrimonio (fideiussioni a favore di terzi, locazioni ultranovennali); la costituzione di garanzie reali (pegno e ipoteca) e gli altri atti che possano fa diminuire la consistenza del patrimonio.

[1] La prescrizione dell'azione revocatoria è di cinque anni dalla data dell'atto.

Sono esclusi dalla revocatoria i pagamenti di debiti scaduti e in genere i normali atti estintivi di obbligazioni preesistenti.

24.3.3. Presupposti.

Presupposti di tale azione sono:

- la qualità di creditore del soggetto agente;
- un atto di disposizione *inter vivos* posto in essere dal debitore;
- l'*eventus damni*, ossia la diminuzione delle garanzie offerte dal patrimonio del debitore;
- il *consilium fraudis*, ossia la consapevolezza da parte del debitore di arrecare, col proprio atto, un pregiudizio al creditore. A questo proposito, tuttavia, occorre distinguere:
    - se l'atto dispositivo è a titolo gratuito, per l'esercizio dell'azione pauliana è sufficiente la semplice consapevolezza da parte del debitore, pur in presenza di buona fede del terzo;
    - se l'atto dispositivo è a titolo oneroso, occorre, per l'esauribilità dell'azione, la *partecipatio fraudis* del terzo, ossia la consapevolezza anche da parte del terzo del pregiudizio arrecante al creditore (art. 2901).

24.3.4. Effetti.

L'azione revocatoria, se è accolta, non invalida l'atto compiuto dal debitore, ma lo rende inefficace soltanto nei confronti del creditore che ha promosso l'azione (c.d. inefficacia relativa).

Ciò vuol dire che il bene alienato non ritorna nel patrimonio del debitore ma rimane in quello dell'acquirente, nei confronti del quale il creditore è legittimato a esercitare direttamente le azioni esecutive. Supponiamo che Caio abbia venduto un immobile a Sempronio e che Tizio, suo creditore abbia ottenuto la dichiarazione di inefficacia dell'atto: in questo caso Tizio può agire direttamente contro Sempronio per fare vendere coattivamente lo stesso bene e soddisfare il suo credito sul ricavato.

Poiché la dichiarazione di inefficacia (dell'atto di alienazione) ha valore solo nei confronti del creditore istante, gli altri eventuali creditori (dello stesso debitore) non potranno giovarsi degli effetti dell'azione revocatoria (a differenza di quanto si verifica in tema di azione surrogatoria)

24.4. Il sequestro conservativo.

Il sequestro conservativo ha la finalità di garantire il credito e di assicurarne la realizzazione, quando vi sia fondato timore di perdere la garanzia dello stesso.

Si risolve in un vincolo di indisponibilità sulla cosa oggetto di sequestro ed ha ad oggetto beni mobili o immobili del debitore o somme a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne permetta il pignoramento.

Il sequestro conservativo si converte in pignoramento nel momento in cui il creditore sequestrante ottiene sentenza di condanna esecutiva.

Condizioni per la concessione del sequestro conservativo sono: la ragionevole apparenza del diritto (fumus boni juris); il pericolo o il fondato timore di perdere la garanzia del credito (periculum in mora).

24.5. La soggezione volontaria alle conseguenza della responsabilità patrimoniale.

24.5.1. La cessione dei beni ai creditori.

La cessione dei beni ai creditori è un contratto con cui il debitore incarica tutti o alcuni creditori di liquidare tutte o parte delle sue attività e di ripartirne tra di loro il ricavato, in soddisfacimento dei rispettivi crediti (art. 1977 c.c.).

Esso quindi consiste in un accordo preordinato al soddisfacimento dei diritti dei creditori vantaggioso anche per lo stesso debitore.

Con tale cessione, infatti, i creditori ottengono una somma più elevata di quella che avrebbero avuto in seguito ad una procedura esecutiva (individuale o concorsuale) ed in un tempo minore, mentre il debitore riesce ad evitare gli effetti di una esecuzione.

24.5.2. Anticresi.

L'anticresi è un contratto con cui il debitore, o un terzo per lui, si obbliga a consegnare un immobile al creditore, affinché questi ne percepisca i frutti, imputandoli agli interessi, se dovuti, e quindi al capitale (art. 1960 c.c.). L'anticresi ha la funzione di costituire una garanzia a vantaggio del creditore.

Il creditore ha l'obbligo di conservare e amministrare il fondo con la diligenza del buon padre di famiglia, ma se vuole liberarsi da tale obbligo può restituire, in ogni tempo, l'immobile al debitore, salvo che abbia rinunciato a tale facoltà (art. 1961 c.c.).

Capitolo 25°

Le obbligazioni nascenti da atti unilaterali

25.1. Introduzione.

Come visto in precedenza l'art. 1173 elenca tra le fonti di obbligazioni oltre al contratto e al fatto illecito, "ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico".

Sono esempi di atti le promesse unilaterali e titoli di credito. Sono esempi di fatti (leciti) produttivi di obbligazioni la gestione di affare altrui, il pagamento dell'indebito, l'arricchimento ingiustificato.

25.2. Gestione di affare altrui.

25.2.1. Nozione.

Si ha gestione di affare altrui quando un soggetto (gestore) si prende cura spontaneamente, cioè senza esservi obbligato e senza averne avuto incarico dall'interessato (*dominus*), di uno o più affari patrimoniali altrui.

A tale circostanza la legge, concorrendo alcuni requisiti, ricollega il sorgere di obbligazioni sia a carico del gestore che a carico del *dominus*.

Oggetto della gestione può essere qualsiasi attività giuridica o materiale.

25.2.2. Requisiti

Requisiti della gestione di affari sono:

- l'impedimento dell'interessato (*absentia domini*): è necessario è sufficiente che l'interessato non sia in grado di provvedere al proprio interesse (art. 2028);
- l'utilità iniziale della gestione (*utiliter coeptum*), facendo riferimento alla valutazione che avrebbe effettuato il *dominus*, con la diligenza del buon padre di famiglia, al momento dell'inizio dell'affare (art. 2031);
- la mancanza di un divieto alla gestione da parte del *dominus* (*prohibitio domini*) (art. 2031, co 2°);
- la spontaneità dell'intervento, che viene esclusa in presenza di un obbligo giuridico in forza del quale la gestione rileva come adempimento dell'obbligazione (art. 2028);
- la consapevolezza dell'alienità dell'affare (cd. "*animus aliena negotia gerendi*"): il gestore deve cioè sapere di trattare affari altrui; se invece, egli credeva di trattare un affare proprio (es.: ha riparato la cosa credendo che fosse propria), non potrà giovarsi delle norme sulla gestione di affare altrui, bensì solo di quelle sull'arricchimento senza causa, a lui meno favorevoli (art. 2028);
- la liceità dell'affare;
- la capacità di agire del gestore (art. 2029 c.c.): con ciò si è voluto che le obbligazioni ex lege andassero a gravare su un soggetto incapace.

Tuttavia se l'interessato ratifica l'operato del gestore, la gestione è produttiva dei suoi effetti anche in mancanza dei presupposti legali.

25.2.3. Effetti della gestione.

La gestione di affari produce effetti:

- nei confronti del gestore: il gestore ha l'obbligo di continuare la gestione intrapresa, finché l'interessato (o l'erede in caso di morte del *dominus*) non sia in condizione di provvedervi da sé (art. 2028 c.c.), ed è sottoposto a tutti gli obblighi del mandatario (diligenza del buon padre di famiglia, obbligo di rendiconto etc.);
- nei confronti del *dominus*: egli deve adempiere, verso i terzi, agli obblighi che gli derivano dai negozi compiuti dal gestore in nome di lui e deve tenere indenne il gestore dalle obbligazioni che questi abbia assunto in nome proprio (da ciò si deduce che il gestore non agisce a proprio rischio).

25.2.4. Le azioni nascenti dalla gestione di affari.

Le azioni che ciascuna parte può esperire a tutela dei propri diritti sono:

- l'*actio negotorium gestorum directa*, che spetta al *dominus* per ottenere l'adempimento delle obbligazioni del gestore;
- l'*actio negotoriu gestorum contraria*, che spetta, invece, al gestore per ottenere l'adempimento delle obbligazione del *dominus*.

25.2.5. Gestione rappresentativa e gestione semplice.

La gestione rappresentativa è quella vera e propria di cui si è parlato finora; il gestore agisce in nome e per conto del *dominus* e gli effetti della gestione si avvicinano a quelli della rappresentanza.

La gestione semplice ricorre quando il gestore agisce in nome proprio nell'interesse altrui; in tal caso il *dominus* può fa suoi gli effetti della gestione con una ratifica: infatti, sorge soltanto un rapporto interno di indennizzo fra gestore e "dominus", mentre verso il terzo, risponde soltanto il gestore.

25.2.6. Nei confronti della P.A.

La gestione di affari può essere utilmente iniziata anche in favore della pubblica amministrazione[1]. In tal caso è però necessaria la successiva approvazione da parte della P.A.

Insomma la valutazione dell'elemento dell'*utiliter coeptum* necessario perché la gestione produca obblighi in capo all'interessato, affidata al giudice nei rapporti di diritto comune, si ritiene debba essere riservata all'Amministrazione, laddove l'interessato alla gestione sia un soggetto pubblico.

[1] Si badi bene questo avviene nell'ambito della situazione facenti capo all'Amministrazione come soggetto di diritto comune (quelle d'ordine patrimoniale) e non già con riferimento alle attività d'esercizio di poteri (e in genere alle funzioni e ai servi pubblici), in ordine alle opera in materia la figura del c.d. funzionario di fatto

25.3. L'arricchimento ingiustificato ed i sui rimedi.

Il nostro sistema giuridico attribuisce fondamentale rilievo alla causa intesa come giustificazione di un evento. Anche per l'arrochimento (come per il pagamento) deve esserci una causa altrimenti conseguirà la restituzione di ciò che è stato pagato senza essere dovuto.

Il legislatore ha, al riguardo, previsto i seguenti rimedi: I) il pagamento dell'indebito; II) l'azione generale di arrochimento.

25.3.1. Il pagamento dell'indebito.

25.3.1.1. Nozione di indebito.

Il pagamento dell'indebito è l'atto con cui taluno esegue un pagamento non dovuto. Esso dà luogo ad un'obbligazione di restituzione. La prestazione, in particolare, può consistere nel versamento di una somma di danaro, nella dazione di una cosa, nella restituzione per equivalente (come nel caso di adempimento di un obbligazione di fare non dovuta) etc.

25.3.1.2. Indebito oggettivo e soggettivo.

Si ha indebito oggettivo ("*ex re*") quando si adempie un debito che non esiste, ovvero un debito cui si è tenuti, ma ad una persona che non ha diritto a ricevere il pagamento: in entrambi casi quindi il credito dell'*accipiens* non esiste.

Si ha indebito soggettivo quando un soggetto che non è debitore paga ad un creditore quanto a costui è dovuto da un terzo: quindi in questo caso il credito dell'*accipiens* esiste, ma chi paga non è il debitore.

25.3.1.3. L'azione di ripetizione dell'indebito.

L'azione di ripetizione dell'indebito è una specie dell'azione di restituzione intesa ad ottenere la restituzione di quanto è stato dato o la corresponsione dell'equivalente.

Il suo valido esperimento è subordinato ad alcuni requisiti:

- nell'indebito oggettivo: per la restituzione è necessario e sufficiente che il *solvens* fornisca la prova di aver pagato un debito, senza esservi tenuto, a chi non ha alcun credito, o di aver pagato, essendovi obbligato, a chi non ha diritto al pagamento di cui si tratta;
- nell'indebito soggettivo: per la restituzione la legge (art. 2036 c.c.) richiede che il *solvens* abbia pagato in base ad un errore scusabile, cioè non causato da colpa (dovuto cioè a negligenza, imprudenza, imperizia).

25.3.1.4. Prescrizione.

L'azione di ripetizione dell'indebito si prescrive nel termine ordinario di dieci anni.

In ogni caso, il diritto alla ripetizione non è riconosciuto:

- se, in caso di indebito soggettivo, l'*accipiens* a seguito del pagamento si è privato in buona fede del titolo o delle garanzie del credito; in questo caso però è concessa al *solvens* (non debitore) la surrogazione nei diritti che il creditore vantava verso il debitore effettivo, per cui potrà agire verso quest'ultimo (lo stesso rimedio

competerà al *solvens* nell'ipotesi in cui non potrebbe esperire l'azione di ripetizione avendo effettuato un pagamento per errore inescusabile);

- quando la presentazione non dovuta costitutiva, anche da parte del *solvens*, offesa al buon costume.

25.3.1.5. Il contenuto dell'obbligo di restituzione.

La disciplina dettata nell'art. 2037 e 2038 concerne sia l'indebito oggettivo che quello soggettivo nei casi di *datio* di cosa determinata:

- se l'*accipiens* (colui che ha ricevuto il pagamento) e in buona fede è tenuto a restituire, oltre l'indebito in sé considerato, anche i frutti e gli interessi moratori dal giorno della domanda giudiziale di restituzione;
- se l'*accipiens* è in mala fede deve, oltre l'indebito, frutti ed interessi moratori dal giorno del pagamento ricevuto;
- se l'*accipiens* è un'incapace; è tenuto alla restituzione soltanto nei limiti in cui ciò che ha ricevuto sia stato rivolto a suo vantaggio o arricchimento.

25.3.1.6. Rimborso di spese e di miglioramenti. Il diritto di ritenzione.

La persona alla quale viene restituito l'indebito ha gli obblighi tipici del proprietario reintegrato nel possesso, pertanto deve rimborsare il corrispettivo delle spese e dei miglioramenti. L'*accipiens* da parte sua avrò diritto di ritenzione (per ottenere i rimborsi di cui sopra) se era in buona fede.

25.3.2. L'azione generale di arricchimento.

25.3.2.1. Nozione

L'azione generale di arricchimento è un rimedio di ordine generale concesso nei confronti di chi, senza giusta causa, si sia arricchito ai danni di un'altra persona, con conseguente depauperamento di questa (c.d. arricchimento senza causa): sono ad esempio, da rimborsare a titolo di arricchimento senza causa le spese sostenute per ospitare una persona smarrita e temporaneamente priva di memoria.

L'azione di arricchimento ha carattere sussidiario (art. 2042 c.c.), ossia non è proponibile quando il danneggiato ha a disposizione altre azioni specifiche (fondate sulla legge o sul contratto), per ottenere l'indennizzo.

25.3.2.2. Effetto dell'arricchimento senza causa.

Effetto dell'arricchimento senza causa è l'obbligazione di indennizzo o di restituzione, da parte dell'arricchito, in favore del depauperato.

In particolare della richiesta del danneggiato varia a seconda che l'arricchimento sia avvenuto o meno con la prestazione di una cosa determinata:

- nel primo caso (prestazione di cosa determinata) oggetto della richiesta sarà la restituzione della cosa;
- nel secondo caso sarà un indennizzo, il quale corrisponderà nella minor somma tra l'impoverimento subito e il corrispondente arricchimento ottenuto da altri.

25.3.2.3. L'azione di arricchimento nei confronti della P.A.

È pacifico che l'azione di arricchimento possa essere esercitata nei confronti dell'Amministrazione. La giurisprudenza ritiene tuttavia necessario, perché l'azione possa essere esperita, così come a fronte della gestione d'affari, che l'amministrazione riconosca, con esplicito atto ovvero implicitamente attraverso la concreta utilizzazione dell'opera, della fornitura, ecc., prestata dal terzo, l'utilità della stessa.

Capitolo 26°
I beni giuridici

26.1. I beni giuridici.

26.1.1. Introduzione

L'utilità cui tende l'interesse che è alla base del diritto soggettivo costituisce l'oggetto del diritto. L'oggetto del diritto si individua nei beni, vale a dire nelle entità utili a soddisfare bisogni umani e suscettibili di appropriazione.

Dall'oggetto del diritto va tenuto distinto il contenuto, il quale è costituito dalle facoltà e dai poteri che un soggetto (il titolare del diritto) ha può vantare nei confronti dell'oggetto.

Ne consegue che rispetto ad uno stesso oggetto possono esservi più titolari che vantano diritti di contenuto diverso (esempio: sul fondo Tusculano Tizio vanta un diritto di proprietà, Caio ne è usufruttuario, Mevio gode di una servitù di passaggio).

26.1.2. Nozione.

L'art. 810 c.c. definisce i beni come "le cose che possono formare oggetto di diritti". Da tale definizione si evince che la nozione di bene non coincide con quella di cosa:

- infatti, esistono cose che non sono beni e non possono pertanto formare oggetto di diritto: sono ad esempio, l'aria, lo spazio, la luce del sole, il mare (le c.d. *res communes omnium*);
- d'altro canto, vi sono beni che non sono cose (i c.d. beni immateriali o incorporali), come le opere dell'ingegno.

Dall'art. 810 si ricava che le cose ("*res*") si distinguono in due grandi categorie:

- cose in senso non giuridico, dette anche "*res extra commercium*", che, in quanto non presentano alcun interesse economico, non possono formare oggetto di rapporti giuridici: tali sono le *res communes omnium*, come il sole, l'aria, etc.;
- cose in senso giuridico, dette anche "*res in commercium*", che potendo formare oggetto di diritti costituiscono, appunto, la categoria dei beni.

26.1.3. Classificazioni

26.1.3.1. Beni corporali e beni incorporali.

I beni si distinguono secondo la loro struttura in:

- corporali: sono quelli dotati di materialità corporea, che occupano uno spazio o colpiscono i sensi (*res quae tangi possunt*);
- incorporali, che sono, invece, quei beni privi di materialità, ma che, tuttavia, sono percepibili o con i sensi o con l'intelligenza; tali sono le opere dell'ingegno, le invenzioni etc.

26.1.3.2. Beni mobili e beni immobili

Sotto altro profilo, i beni si distinguono in:

- i m m o b i l i : sono quelli che non possono essere spostati normalmente da un luogo all'altro senza che resti alterata la loro struttura e destinazione. Tali sono, secondo l'art. 812 c.c., il suolo, le sorgenti, i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite a scopo transitorio al suolo e, in genere, tutto ciò che è naturalmente o artificialmente incorporato al suolo;
- m o b i l i : si ricavano per esclusione. Si considerano, altresì, mobili le energie naturali che hanno valore economico (art. 814 c.c.).

26.1.3.2.1. Differenze nella disciplina giuridica

Diversa è la disciplina giuridica delle due categorie di beni in ordine a:

- forma degli atti: si richiede l'atto scritto per la validità dei negozi che si riferiscono ai diritti reali immobiliari (art. 1350 c.c.); per i negozi relativi ai beni mobili, vige, invece, il principio della libertà della forma;
- pubblicità: le vicende giuridiche riguardanti i beni immobili sono trascritte in pubblici registri, in modo da porre i terzi in condizione di conoscerli; per quelli mobili, invece, vale il possesso, perché il trapasso materiale consente ai terzi di venire a conoscenza del trasferimento del bene;
- garanzia: i beni immobili sono oggetto di ipoteca, mentre quelli mobili sono, invece, normalmente oggetto di pegno.

Alcuni beni mobili, tuttavia, in considerazione della loro rilevanza sono dalla legge equiparati, quanto ad alcuni aspetti della disciplina giuridica, a quelli immobili; tali beni sono chiamati b e n i m o b i l i r e g i s t r a t i (art. 815 c.c.) e sono, in genere, i cd. beni di locomozione e trasporto come le navi, gli aeromobili, gli autoveicoli.

26.1.3.3. Beni fungibili e infungibili.

Abbiamo, ancora, beni fungibili ed infungibili:

- sono f u n g i b i l i i beni che possono essere sostituiti con altri;
- sono i n f u n g i b i l i , quelli che non possono essere indifferentemente sostituiti con altri, in quanto individuati dalle parti in relazione ad un dato rapporto.

La fungibilità dipende non soltanto da qualità intrinseche delle cose, ma anche dalla volontà dei soggetti, i quali possono attribuire carattere infungibile ad un bene che, secondo la comune valutazione, dovrebbe essere considerato fungibile.

26.1.3.4. Beni consumali e inconsumabili.

Abbiamo poi beni consumabili ed inconsumabili:

- sono c o n s u m a b i l i quelli che non possono essere utilizzati senza essere consumati, fisicamente (es.: il cibo o i combustibili) o economicamente (es.: il danaro).
- sono i n c o n s u m a b i l i , invece, quelli che si prestano ad una utilizzazione continuata, senza che restino distrutti o alterati (es.: un fondo) ed indipendentemente dal fatto che, con l'uso, si deteriorino (es.: vestiti);

26.1.3.5. Beni divisibili e indivisibili

Inoltre ci sono i beni divisibili e indivisibili[1]:

- sono d i v i s i b i l i i beni che possono essere frazionati in modo omogeneo, senza che se ne alteri la destinazione economica, ed in modo che ciascuna delle parti rappresenti una porzione del tutto (es.: il denaro, bene divisibile per eccellenza; un edificio diviso per piani, un fondo etc.).
- sono i n d i v i s i b i l i tutti gli altri.

La indivisibilità del bene può derivare dalla natura dello stesso (es:. animale), dalla volontà delle parti o dalla legge (es.: sono invisibili le parti comuni di un edificio in condominio)

26.2. I rapporti di connessione tra i beni.

Oltre che nella loro individualità, i beni possono presentarsi come risultato dell'unione di più elementi o parti, ovvero in rapporto con altre cose. Sotto questo profilo occorre distinguere:

- beni s e m p l i c i : sono quelli i cui elementi sono talmente compenetrati fra loro che non possono staccarsi senza alterare la fisionomia del tutto (es. una pianta, un animale);
- beni c o m p o s t i : sono quelli, invece, in cui più beni complementari formano un nuovo bene, che viene ad avere funzione e valore economico diverso da quello dei beni che lo compongono (es. un'automobile). Nella cosa composta le cose semplici, che danno luogo al tutto, possono conservare la loro individualità ed essere separabili;
- beni c o n n e s s i : si ha c o n n e s s i o n e quando due o più beni (la cui connessione non è necessaria come nelle cose composte) vengono posti in una determinata relazione tra loro, per cui è possibile distinguere un bene p r i n c i p a l e ed uno a c c e s s o r i o . La regola fondamentale che vige al riguardo è che l'accessorio segue il bene principale, salvo qualche eccezione; Figure di connessione sono l'incorporazione e la pertinenza.
  - si ha i n c o r p o r a z i o n e quando una cosa mobile (accessoria) è naturalmente o artificialmente compenetrata in un'altra immobile (cosa principale), es.: statua incorporata in una nicchia. Entrambe le cose devono appartenere alla stessa persona.
  - si definiscono p e r t i n e n z e le "cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un'altra cosa" (art. 817), senza costituirne parte integrante e senza rappresentare elemento indispensabile per la sua esistenza, ma in guisa da accrescerne l'utilità o il pregio. Quando non sia diversamente disposto, gli atti ed i rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze: queste, però,

[1] Tale differenziazione ha rilievo in materia di prestazioni indivisibili per le quali, ad esempio, se ci sono più creditori, ciascuno può esigere l'esecuzione dell'intera prestazione, da parte del debitore, e il pagamento ha effetto liberatorio nei riguardi degli creditori (art. 1319).

conservano la loro piena individualità e possono pertanto formare oggetto di separati atti o rapporti giuridici.

26.3. Le universalità.

26.3.1. Universalità di fatto

26.3.1.1. Nozione.

Per universalità si intende il complesso di cose che appartengono alla stessa persona ed hanno una destinazione unitaria.

26.3.1.2. Elementi essenziali

Dalla formulazione dell'art. 816 c.c. si evince che tre sono gli elementi delle universalità

- pluralità di cose mobili;
- destinazione unitaria: le cose che compongono l'universalità, pur avendo ciascuna un proprio distinto valore economico, debbono assolvere una funzione comune (così i libri di una biblioteca);
- appartenenza al medesimo soggetto.

Le singole cose che compongono l'universalità non perdono, per effetto dell'unitarietà della destinazione, la loro autonomia, per cui possono formare oggetto di separati atti e rapporti giuridici (art. 816 2° co. c.c.)[2].

26.3.2. Universalità di diritto

Dalla figura di universalità di fatto occorre distinguere le c.d. universalità di diritto, nelle quali un pluralità di rapporti giuridici considerati come complesso unitario dalla legge, senza la necessità di un'aggregazione materiale tra i suoi eterogenei elementi (cd. *universitas iuris*). In pratica, nella universalità di diritto è la legge che considera e regola unitariamente una serie di rapporti giuridici; esempio più importante di tale universalità è l'eredità.

26.4. I frutti.

26.4.1. Nozione.

Per frutti si intende il prodotto derivante da un bene produttivo che si raccoglie periodicamente quando, però, con tale operazione si conservi e non si alteri la destinazione della cosa madre.

26.4.2. Tipologia.

Il codice distingue due tipi di frutti:

- naturali: sono quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o no l'opera dell'uomo (es.: i prodotti agricoli, la legna, i parti degli animali, i prodotti delle miniere, cave e torbiere). Essi diventano beni autonomi solo al momento della separazione. Di regola, i frutti naturali appartengono al proprietario della cosa che li produce (art. 821 c.c.); tuttavia, la

[2] Per certi fini le universalità sono regolate come cose immobili; ad esempio: esse non possono acquistarsi mediante il possesso in buona fede ai sensi degli artt. 1153-1155 c.c. (art. 1156 c.c.); sono tutelabili, in via possessoria, mediante l'esercizio dell'azione di manutenzione

loro proprietà può essere attribuita ad altri, dalla legge (es.: all'usufruttuario: art. 984 c.c.) o in virtù di un atto negoziale[3].

- c i v i l i : sono quelli che provengono indirettamente da altro bene e rappresentano il corrispettivo del godimento che altri ha su questo bene (es.: interessi, pigioni, canoni etc.). I frutti civili debbono presentare il carattere della periodicità; essi si acquistano col decorso del tempo (giorno per giorno, cioè con la maturazione) in ragione della durata del diritto.

[3] Una particolare disciplina è prevista per le restituzioni dei frutti a carico del possessore in buona fede e dell'accipiente di un pagamento indebito. Infatti, il possessore in buona fede fa suoi i frutti maturati fino alla domanda giudiziale, mentre deve restituire quelli percepiti e percipiendi dopo la domanda giudiziale. Diversamente, il possessore in mala fede deve restituire tutti i frutti maturati prima e dopo la domanda giudiziale.

Capitolo 27°
I diritti reali

27.1. I diritti reali.

I diritti soggettivi reali costituiscono la categoria più importante dei diritti assoluti ed attribuiscono al loro titolare una signoria piena (es.: proprietà) o limitata (diritti soggettivi reali su cosa altrui o diritti soggettivi reali limitati) su un bene.

Il diritto soggettivo reale è, quindi, la facoltà di agire di un soggetto sopra un bene per la soddisfazione di un proprio interesse.

27.1.1. Caratteristiche.

Le caratteristiche dei diritti soggettivi reali sono:

- immediatezza: il diritto reale consente al titolare la diretta soddisfazione dell'interesse attraverso la cosa, che costituisce l'oggetto del diritto, senza che sia necessaria l'altrui cooperazione (come invece per i diritti di credito);
- assolutezza: il titolare ha la possibilità di far valere il diritto nei confronti di tutti i soggetti (*erga omnes*);
- tipicità sta a significare che, a differenza dei diritti di credito, essi costituiscono un "*numerus clausus*": i privati non hanno la facoltà di costituire diritti reali diversi da quelli previsti espressamente dalla legge.
- diritto di sequela: esprime il potere di perseguire la cosa presso qualunque soggetto si trovi[1].

27.1.2. Classificazioni.

Ancora oggi, i diritti reali si distinguono in due grandi gruppi:

- la proprietà (*ius in re propria*), che, fra i diritti reali, è quello che consente la più ampia sfera di facoltà che l'ordinamento riconosce ai soggetti sulle cose;
- i diritti reali sulla cosa altrui (*iura in re aliena*), detti anche diritti reali limitati, che si esercitano su cose di cui altri è proprietario e si caratterizzano per un contenuto più limitato di quello della proprietà. I diritti *in re aliena* si distinguono a loro volta in:
    - diritti reali di godimento: sono quelli che limitano il potere di godimento del proprietario della cosa, cioè il potere di trarre dalla cosa l'utilità che essa può dare. In particolare sono: I) la superficie; II) l'enfiteusi; III) l'usufrutto; IV) l'uso; V) l'abitazione; VI) e le servitù prediali;

[1] In particolare, nei diritti reali sulla cosa altrui (*iura in re aliena*; vedi infra), il diritto di sequela o di seguito comporta che, se la cosa passa ad un nuovo proprietario, il diritto *in re aliena* continua ad investire la cosa ed è opponibile anche al nuovo proprietario (es.: Tizio vende a Caio un bene sul quale Sempronio ha un diritto di usufrutto; Sempronio, anche dopo la vendita, resta usufruttuario e potrà far valere il suo diritto nei confronti di Caio, nuovo proprietario).

- diritti reali di garanzia: sono quelli che conferiscono al titolare il potere di farsi assegnare, con prelazione rispetto agli altri creditori, il ricavato dell'alienazione forzata del bene, in caso di mancato adempimento dell'obbligo garantito. I diritti reali di garanzia sono il pegno e l'ipoteca.

27.2. Il diritto di proprietà.

27.2.1. Nozione.

Il diritto di proprietà è il diritto reale che attribuisce al titolare la facoltà di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo.

In particolare l'art. 832 c.c. afferma che: "Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico"

27.2.2. Caratteristiche.

Caratteri del diritto di proprietà sono:

- pienezza: secondo il dettato dell'art. 832 c.c., costituisce un diritto che consente al proprietario ogni lecita utilizzazione del bene. Nell'ampiezza di questo concetto, si individuano i due poteri (o facoltà) fondamentali del proprietario:
  - il potere di godimento del bene, relativo al suo valore d'uso (cd. utilità diretta);
  - il potere di disposizione del bene (es.: di alienarlo), relativo al suo valore di scambio (cd. utilità di scambio);
- esclusività: il rapporto che si instaura tra il proprietario e la cosa che forma oggetto del suo diritto è da intendersi esclusivo; non è concepibile, perciò, che su uno stesso bene coesistano distinti diritti di proprietà;
- elasticità: anche quando i poteri del proprietario sono limitati (es.: è stato costituito un diritto di usufrutto sulla cosa), il diritto di proprietà (che nell'esempio fatto è detto nuda proprietà) rimane potenzialmente integro: infatti, non appena viene meno il vincolo che la comprime (es.: si estingue l'usufrutto), la proprietà riprende automaticamente la sua originaria ampiezza;
- assolutezza: il diritto di proprietà impone a favore del proprietario un generico obbligo di astensione dal compimento di atti lesivi o turbativi;
- perpetuità ed imprescrittibilità: la proprietà non si perde per non uso, bensì soltanto per usucapione da parte di terzi.

27.2.3. Limiti.

Il limiti posi dalla legge al diritto di proprietà possono essere di due categorie, secondo le finalità da soddisfare:

- limiti posti nell'interesse pubblico:
  - l'espropriazione per pubblica utilità, che è il provvedimento con il quale la Pubblica Amministrazione priva un soggetto

del diritto di proprietà o di altro diritto reale su un bene immobile trasferendolo a sé, dietro pagamento di una giusta indennità;

- la requisizione: il provvedimento con il quale la Pubblica Amministrazione acquisisce temporaneamente diritti altrui (proprietà, uso) per soddisfare un bisogno pubblico;

- limiti posti nell'interesse privato: concernono la proprietà immobiliare e regolano i rapporti tra proprietà vicine ("diritti e doveri del vicinato").

27.2.4. I modi di acquisto della proprietà

I modi d'acquisto della proprietà, cioè i fatti giuridici cui la legge riconduce l'acquisto della proprietà, sono divisi dalla dottrina in due diverse categorie: I) modi di acquisto a titolo originario; II) modi di acquisto a titolo derivativo.

27.2.4.1. Modi di acquisto a titolo originario.

L'acquisto della proprietà è a titolo originario quando non dipende da un egual diritto di un precedente titolare, ma si afferma come diritto che nasce nel patrimonio dell'attuale titolare.

L'acquisto a titolo originario non si ha solo quando il diritto di proprietà su un bene sorge per la prima volta in capo ad un soggetto (es. pescatore che fa propri i pesci caduti nella sua rete), ma ricorre ogni volta che l'acquisto della proprietà è indipendente dal diritto del precedente titolare (es.: usucapione, acquisto di beni mobili in base all'art. 1153 c.c.). I modi di acquisto a titolo originario della proprietà operano *ipso iure*, senza la necessità che siano preventivamente accertati dinnanzi al giudice.

Sono modi di acquisto a titolo originario: I) l'occupazione; II) l'invenzione; III) l'accessione; IV) l'usucapione.

27.2.4.1.1. L'occupazione.

L'occupazione è un modo di acquisto a titolo originario della proprietà, che consegue alla presa di possesso delle cose mobili che non sono mai state (*res nullius*) di proprietà di alcuno (gli immobili vacanti, invece, sono di proprietà dello Stato: art. 827 c.c.) e le cose abbandonate (*res derelictae*).

Per aversi occupazione sono necessari: I) l'impossessamento del bene; II) l'intenzione di farlo proprio (*animus occupandi*).

27.2.4.1.2. L'invenzione.

L'invenzione è un modo di acquisto della proprietà. Esso opera a favore di chi ritrova un bene mobile smarrito quando il medesimo non sia rivendicato entro un anno dall'originario proprietario. Le cose smarrite devono, infatti, essere consegnate al proprietario o, se questi è ignoto, al Sindaco del luogo ove vengono rinvenute.

Se, dopo un anno dalla consegna della cosa, il proprietario non si è presentato a ritirarla, il diritto di proprietà su di essa spetta al ritrovatore; se il proprietario si presenta, si deve al ritrovatore un premio (*premium inventionis*), che è del 10% del valore della cosa stessa.

Una forma particolare di invenzione riguardo il tesoro, cioè le cose mobili di pregio, nascoste o sotterrate, di cui nessuno può provare di essere proprietario.

Il tesoro appartiene: I) al proprietario del fondo in cui si trova, se rinvenuto da costui; per metà al proprietario del fondo e per metà al ritrovatore, se viene ritrovato per caso, nel fondo altrui.

27.2.4.1.3. Accensione.

L'accessione è un modo di acquisto a titolo originario della proprietà, in base al quale viene ad appartenere al proprietario del fondo qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sotto o sopra di esso. Ciò avviene automaticamente e senza la necessità di una manifestazione di volontà del soggetto acquirente.

Requisito necessario per l'acquisto della proprietà è la definitiva incorporazione dell'opera al suolo, così che il materiale adoperato venga a perdere la propria individualità. Tale acquisto si verifica, in omaggio al principio della prevalenza, sempre a favore del proprietario della cosa principale.

Si distinguono, inoltre, le seguenti ipotesi di accessione:

- di mobile a immobile (artt. 935-938 c.c.);
- di immobile a immobile, che ricorre nelle ipotesi di alluvione[2] e avulsione[3] (artt. 941-947 c.c.);
- di mobile a mobile, ad esempio nella ipotesi di unione e commistione[4] (art. 939 c.c.).

27.2.4.2. Modi di acquisto a titolo derivativo.

Si ha acquisito a titolo derivativo quando l'acquisto del diritto a favore di un soggetto (avente causa) deriva e dipende dall'esistenza del medesimo diritto in capo ad un precedente proprietario (dante causa): l'acquisto della proprietà presuppone quindi il suo trasferimento dal precedente proprietario.

Il trasferimento può avvenire, per effetto di un contratto traslativo del diritto di proprietà (compravendita), per effetto di un trasferimento coattivo (espropriazione), per effetto di una successione *mortis causa* (eredità o legato).

27.2.5. Difesa della proprietà.

Le azioni poste a difesa della proprietà sono dette petitorie, le quali mirano ad accertare ed affermare la titolarità del diritto di proprietà contro chi la contesti direttamente (negandola) o indirettamente (vantando diritti reali limitati sul bene

In particolare, le azioni petitorie sono l'azione; I) di rivendicazione; II) negatoria; II) di regolamento dei confini; IV) e di apposizione dei termini.

---

[2] Per alluvione si intende l'insensibile e progressivo incremento portato dalle acque ad un fondo; il proprietario del fondo acquista la proprietà di tali incrementi di terreno.

[3] L'avulsione consiste nel distacco da un fondo, per opera di fiumi o torrenti, di una parte considerevole di terreno che si unisce ad altro fondo: il proprietario del fondo accresciuto ne acquista la proprietà, ma è tenuto ad indennizzare il proprietario che ha subito la diminuzione.

[4] Si verifica quando due o più cose mobili appartenenti a diversi proprietari, vengono ad unirsi in modo tale da formare una cosa sola e non è possibile separarle senza danno; in particolare, si ha unione quando le cose unite non perdono la loro individualità, mentre si ha commistione quando le cose unite non sono più distinguibili.

27.2.5.1. L'azione di rivendicazione.

L'azione di rivendicazione è l'azione con cui il proprietario rivendica la cosa propria da chiunque la possiede o la detiene senza titolo (art. 948 c.c.). È la principale delle azioni petitorie, e mira non solo ad accertare la titolarità del diritto di proprietà, ma anche a far recuperare al proprietario il bene.

Legittimato attivamente è chi sostiene di essere proprietario. Egli ha l'onere di provare il suo diritto: non basta provare la validità del proprio titolo d'acquisto, ma si deve dimostrare anche la validità del titolo d'acquisto del proprio dante causa, scorrendo tutti gli atti traslativi del bene (sulla cui proprietà si controverte) fino a risalire ad un acquisto a titolo originario, generalmente l'usucapione, al quale fanno capo i successivi titoli di trasferimento (c.d. *probatio diabolica*).

Legittimato passivamente è, invece, chi possiede o detiene la cosa abusivamente, cioè senza titolo.

L'azione è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'acquisto di proprietà da parte di altri per usucapione.

27.2.5.2. L'azione negatoria.

L'azione negatoria è quella azione con cui il titolare di un diritto di proprietà tende a far dichiarare l'inesistenza dei diritti affermati da altri sul bene oggetto del proprio diritto, quando ha motivo di temerne pregiudizio, o a far cessare le turbative o le molestie che altri arrechi al medesimo.

Presupposto dell'azione è, pertanto, l'affermazione, da parte di un terzo, di un diritto reale limitato sul bene (es.: una servitù, o un diritto di usufrutto), eventualmente accompagnata da molestie o turbative di fatto.

In base al principio di cui all'art. 832 c.c., per cui la proprietà si presume libera da pesi, nell'azione negatoria l'onere della prova incombe sul convenuto, che deve dimostrare l'esistenza di quei diritti che egli afferma di vantare.

Il proprietario, a sua volta, deve semplicemente limitarsi a dare la prova della sua proprietà, prova che tuttavia è molto più semplice e facile di quella prevista per la rivendica, bastando a tal fine che egli dimostri di essere proprietario in base ad un titolo idoneo.

27.2.5.3. L'azione di regolamento dei confini.

L'azione di regolamento dei confini è un'azione petitoria, di carattere reale, mediante la quale ciascuno dei proprietari di due o più fondi confinanti chiede che sia stabilito giudizialmente il confine tra gli stessi, quando tale confine sia incerto (art. 950 c.c.).

Legittimati, attivamente e passivamente, sono i due proprietari confinanti.

L'azione ha carattere duplice, perché le parti hanno un'analoga reciproca posizione di pretesa e difesa, con la conseguenza che l'onere della prova è diviso ugualmente fra le due parti; in mancanza di prova, il giudice provvede attenendosi al confine tracciato dalle mappe catastali.

27.2.5.4. L'azione di apposizione dei termini.

L'azione di apposizione dei termini è quell'azione con cui ciascuno dei proprietari limitrofi può chiedere, quando sia certo obiettivamente il confine dei fondi, che

siano apposti o ripristinati, a spese comuni, i segni materiali e tangibili di tale confine, che precedentemente mancavano o erano divenuti irriconoscibili.

Legittimati attivamente sono i due proprietari confinanti e l'enfiteuta, il superficiario e l'usufruttuario. Legittimato passivo è il proprietario confinante..

27.3. I diritti reali di godimento su cosa altrui.

27.3.1. La superficie.

Il diritto di superficie costituisce una deroga al principio dell'accessione, in base al quale tutto ciò che sta sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario del suolo.

Il diritto di superficie è il diritto di proprietà sulla costruzione già esistente su un suolo e distinto dalla proprietà del suolo medesimo; il diritto di superficie può anche identificarsi con il diritto a fare e mantenere al di sopra del suolo altrui una costruzione, evitando che la proprietà di questa venga acquisita dal titolare del fondo.

Il titolare del diritto di superficie ha la libera disponibilità della costruzione che altro non è che una proprietà separata: può alienarla e costituire su di essa diritti reali, ma se il diritto è costituito a tempo determinato, la scadenza del termine determina l'estinzione anche di questi diritti.

27.3.2. Enfiteusi.

L'enfiteusi è un diritto reale di godimento su cosa altrui che attribuisce al titolare (enfiteuta) lo stesso potere di godimento del fondo che spetta al proprietario, salvo l'obbligo di migliorare il fondo e di pagare al proprietario (concedente) un canone periodico che costituisce un onere reale.

L'enfiteusi è il più ampio dei diritti reali limitati, in quanto concede al suo titolare poteri quasi analoghi a quelli del proprietario.

L'enfiteusi può essere costituita in perpetuo o a tempo determinato. Se è costituita a tempo determinato la sua durata non può essere inferiore ai venti anni.

L'enfiteusi si estingue per:

- scadenza del termine, se si tratta di (—) temporanea;
- perimento totale del fondo;
- non uso del diritto da parte dell'enfiteuta, protratto per venti anni;
- affrancazione: è il diritto potestativo che conferisce all'enfiteuta il potere di acquistare la proprietà del fondo mediante il pagamento di una somma di denaro pari a quindici volte l'ammontare del canone.
- devoluzione: costituisce causa di estinzione del diritto dell'enfiteuta a seguito dell'inadempimento dei suoi obblighi fondamentali e precisamente del deterioramento o del mancato miglioramento del fondo o del mancato pagamento del canone. La domanda di devoluzione non preclude all'enfiteuta il diritto di affrancare.

27.3.3. Usufrutto.

L'usufrutto si concreta nel diritto riconosciuto all'usufruttuario di godere ed usare della cosa altrui, traendo da essa tutte le utilità che può dare, compresi i frutti che essa produce, con l'obbligo di non mutarne la destinazione economica (artt. 981, 984 c.c.).

All'usufruttuario non competono solo specifiche forme di utilizzazione del bene, come avviene negli altri diritti reali di godimento, ma tutte le forme di utilizzazione che non sono escluse dal titolo. Sotto questo profilo si può dire che l'usufrutto è il tipico diritto reale di godimento a contenuto generale, subordinato soltanto ai limiti della temporaneità e dell'obbligo di rispettare la destinazione economica del bene.

La situazione del proprietario del bene gravato da usufrutto, al quale è sottratto il potere di usare il bene e di farne propri i frutti, è comunemente detta nuda proprietà. Oggetto dell' usufrutto può essere qualunque specie di bene (mobile o immobile, crediti, azienda etc.). L'usufrutto, a differenza degli altri diritti reali, è caratterizzato dalla temporaneità: esso non può eccedere in nessun caso la vita dell'usufruttuario, se si tratta di persona fisica, o i trenta anni, se si tratta di persona giuridica.

27.3.4. L'uso.

Il diritto d'uso È un diritto reale limitato di godimento che attribuisce al suo titolare (cd. usuario) il potere di servirsi di un bene e, se esso è fruttifero, di raccoglierne i frutti, ma solo limitatamente a quanto occorre ai bisogni suoi e della sua famiglia. Il diritto d'uso ha carattere personalissimo e non può essere ceduto o dato in locazione; secondo la giurisprudenza il divieto di cessione può, tuttavia, essere superato con il consenso del nudo proprietario. È disciplinato dalle norme che regolano l'usufrutto, in quanto compatibili.

27.3.5. Diritto di abitazione

Il diritto di abitazione è il diritto di abitare una casa limitatamente ai bisogni del titolare e della sua famiglia. Esso rientra tra i diritti reali di godimento su cosa altrui. Ha carattere personalissimo, quindi non può essere ceduto (salvo, secondo un recente orientamento giurisprudenziale, il consenso del nudo proprietario), né locato, né sottoposto a sequestro.

Differisce dall'usufrutto perché le facoltà di godimento sono limitate appunto ai bisogni del titolare del diritto e della sua famiglia ed inoltre perché il carattere personale del diritto è ancora più accentuato che nell'usufrutto. Risultano applicabili peraltro le norme che disciplinano l'usufrutto in quanto compatibili (art. 1026 c.c.). Il diritto di abitazione può essere costituito oltre che per atto di volontà anche per legge: tra i diritti ereditari spettanti al coniuge, infatti, rientra anche il diritto sulla abitazione adibita a residenza familiare.

27.3.6. Servitù prediali.

27.3.6.1. Nozione.

La servitù prediale è un diritto reale di godimento consistente nel peso imposto su di un fondo (servente) per l'utilità di un altro fondo (dominante) appartenente ad un diverso proprietario.

27.3.6.2. Caratteri.

Le servitù presentano i seguenti caratteri essenziali:

- la predialità, nel senso che la servitù è posta a vantaggio del fondo (praedium) e non del proprietario, sicché questi riceve il vantaggio della servitù appunto attraverso il suo bene;
- l'ambulatorietà attiva e passiva, nel senso che le servitù si trasferiscono congiuntamente al trasferimento del fondo dominante o servente cui accedono;
- la servitù deve riguardare fondi appartenenti a diversi proprietari per il principio *nemini res sua servit*;
- la servitù non può consistere in un facere da parte del proprietario del fondo servente, ma solo in un suo non facere o pati;
- la vicinanza tra i fondi (praedia vicina esse debent) la quale, tuttavia, non va intesa in senso assoluto, ma solo in senso relativo, con la conseguenza che la materiale contiguità tra i fondi non necessariamente assurge a carattere essenziale della servitù;
- l'indivisibilità (servitutes dividi non possunt): essendo una qualità del fondo, la servitù si estende ad ogni parte di esso (art. 1071 c.c.).

Capitolo 28°
Il possesso e la detenzione

28.1. Il possesso.

28.1.1. Nozione.

A norma dell'art. 1140 c.c., il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale.

Da ciò si deduce che il possesso si concreta in una relazione di fatto intercorrente tra un soggetto e un bene, a prescindere dalla sussistenza nel soggetto stesso della titolarità del diritto di proprietà o di altro diritto reale.

Da ciò si evince che il *factum possessionis* non sempre è conforme allo *ius possidendi* (diritto di possedere del proprietario), ma è oggetto di considerazione da parte del legislatore che vi ricollega importanti effetti, nonché uno speciale tutela che, sia pure provvisoriamente, prevale su quella propria del diritto.

Anche se il possesso corrispondente all'esercizio della proprietà costituisce la forma tipica di tale istituto, è possesso anche l'esercizio in concreto di altro diritto reale su cosa altrui. Si tratta, infatti, del così detto possesso dei diritti (o quasi possesso), che fa capo a colui che esercita sul bene potere corrispondente ad un diritto reale di usufrutto, servitù, enfiteusi etc[1].

28.1.2. Elementi

Gli elementi del possesso sono:

- il *corpus possessionis*, che si identifica con il comportamento materiale (potere di fatto) che il soggetto assume nei confronti del bene, esercitando un'attività corrispondente a quella del proprietario o del titolare di un diritto reale (elemento oggettivo)[2];
- l'*animus possidendi*, che si identifica nell'intendimento del possessore di esercitare sul bene i poteri del proprietario o del titolare di altro diritto reale (elemento soggettivo).

28.1.3. Vicende del possesso.

28.1.3.1. L'acquisto.

L'acquisto originario del possesso si realizza con l'apprensione fisica della cosa, accompagnata dall'*animus possidendi*. L'apprensione, però, non fa acquistare il possesso se si verifica per tolleranza altrui (art. 1144). Per l'acquisto del possesso è sufficiente la sola capacità di intendere e di volere.

L'acquisto derivato si realizza con:

[1] Siffatta precisazione risulta di notevole importante ai fini dell'usucapione, in quanto l'effettivo potere sulla cosa o il godimento parziale della stessa, a titolo diverso da quella di proprietà, porterà all'acquisto sul bene, non della proprietà, ma dell'usufrutto, dell'enfiteusi, della servitù etc.

[2] Si noti che si può possedere, oltre che direttamente, anche a mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa (art. 1140, co. 2°).

- la consegna o *traditio* della cosa, che può essere effettiva se si trasferisce materialmente la stessa, o simbolica se, ad esempio, si trasferiscono i documenti riguardanti la cosa, le chiavi dell'immobile etc.;
- la successione (vedi *infra*).

Vi sono poi due figure di *traditio ficta*, caratterizzate entrambe dal fatto che la cosa resta nelle mani della stessa persona, ma muta l'*animus*, cioè l'elemento psicologico di questa:

- *constiutum possessorium*: il possessore cessa di possedere, trasferendo ad altri il possesso, ma conserva la semplice detenzione del bene (es.: proprietario che vende la casa, restandovi come inquilino);
- *traditio brevi manu*: chi aveva la mera detenzione della cosa nel acquista il possesso (inquilino che acquista l'appartamento già detenuto)

28.1.3.2. Durata ed intervisione del possesso.

28.1.3.2.1. Durata.

Il possesso dura fino a quando si ritengano sussistenti gli elementi che ad esso danno origine. Per i casi problematici, il possesso è assistito da due presunzioni di legge:

- un presunzione di possesso intermedio: se il possessore fornisce la prova di possedere ora e di aver posseduto in passato, si presume che abbia posseduto anche nel periodo intermedio; l'onere di provare l'interruzione spetta a chi afferma il contrario (art. 1142);
- una presunzione di possesso anteriore: la regola è che il possesso attuale non fa presumere il possesso anteriore. Tuttavia, se il possessore esercita il suo potere sulla base di un titolo, si presume che abbia cominciato a possedere dalla data del titolo stesso (art. 1143).

28.1.3.2.2. Interversione del possesso.

Le modificazione della situazione possessoria possono riguardare il *corpus* e l'*animus*. Il Codice prende in considerazione due ipotesi:

- l'art. 1141, co. 2° regola la possibilità di un mutamente della detenzione in possesso;
- l'art. 1164 stabilisce che chi esercita un possesso corrispondente ad diritto reale limitato, può mutare il titolo del suo possesso, affermandosi possessore *uti dominus*, così da poter usucapire il diritto di proprietà.

In entrambi i casi, il mutamento è ammesso nelle seguenti ipotesi, tassativamente previste:

- causa proveniente da un terzo: si pensi al caso di chi affermi di essere proprietario del bene (o titolare di un diritto reale sullo stesso) e trasferisce il diritto di proprietà (o il diritto reale) al detentore;
- opposizione proposta contro il proprietario e/o possessore. ad es,.il detentore che nota la proprietario la propria intenzione di continuare a tenere il bene non come detentore (cioè in nome del proprietario stesso) bensì per conto ed in nome proprio.

28.1.3.3. Perdita, successione ed accessione.

28.1.3.3.1. Perdita

Il possesso si perde quando viene meno uno dei suoi elementi: *corpus* o *animus*.

28.1.3.3.2. Successione ed accessione.

La legge prevede due forme di congiunzione per far godere all'attuale possessore gli effetti di un precedente possesso:

- la successione nel possesso (art. 1146, co. 1°): alla morte del possessore, il possesso continua (automaticamente) nel suo erede con gli stessi caratteri che aveva rispetto al defunto (buona o malafede, vizi etc.), essendo del tutto irrilevante la condizione psicologica dell'erede;
- l'accessione del possesso (art. 1146, co 2°): il successore a titolo particolare (legatario o acquirente per atto tra vivi) può unire al proprio possesso quello del suo autore (se era in buona fede e non viziato) ai fini dell'usucapione. Si parla in tal caso di accessione poiché il possesso non continua automaticamente, ma è facoltà del successore unire al proprio possesso quello del suo autore per goderne gli effetti. Se il successore è in malafede, non può tuttavia, avvalersi della buona fede del suo autore per qualificare anche il suo possesso.

28.1.4. Le qualificazioni del possesso.

28.1.4.1. Possesso ad *uscapionem*.

Affinché si abbia possesso ad *usucapionem*, il possesso deve essere: I) continuo; II) non interrotto; II) pacifico e pubblico, ossia non violento e non clandestino

28.1.4.2. Possesso di buona fede

Il possesso di buona fede È quello di chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto (purché tale ignoranza non dipenda da colpa grave). La buona fede si presume, ed è sufficiente che sussista al tempo dell'acquisto.

28.1.4.3. Possesso di buona fede titolato

Il possesso di buona fede titolato è qualificato dall'esistenza di un titolo astrattamente idoneo al trasferimento del diritto e consente il compiersi dell'usucapione abbreviata.

28.1.4.3.1. Acquisto immediato della proprietà di beni mobili ex art. 1153.

A norma del prima comma dell'art. 1153: "colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo al trasferimento della proprietà".

Si sancisce, cioè, in principio secondo cui – in materia mobiliare – il possesso vale titolo: il possesso dell'acquirente, infatti è – unitamente alla sua buona fede – il principale elemento costitutivo per l'acquisto della proprietà del bene mobile, mentre la consegna fatta dall'alienante ha solo una funzione strumentale rispetto al possesso.

Occorre altresì un titolo idoneo al trasferimento della proprietà del bene: contratto, negozio unilaterale (come la rinunzia), provvedimento dell'autorità amministrativa etc.; detto titolo, in pratica rappresenta la giustificazione e costituisce un limite alla buona fede[3].

28.1.4.3.1.1. Fondamento.

La norma posta dall'art. 1153 tende a favorire la circolazione dei beni mobili. In mancanza di tale norme, infatti, la circolazione diventerebbe complicata dovendo ciascun acquirente, prima dell'acquisto, accertare se il bene è di proprietà dell'alienante (accertamento difficile per i beni mobili), onde evitare di subire eventualmente l'evizione a seguito di rivendica di un ignoto proprietario.

28.1.4.3.1.2. Effetti.

L'acquisto del diritto ex art. 1153 avviene a titolo originario. Di conseguenza: I) il proprietario effettivo del bene perde il suo diritto e non può rivendicare il bene; II) l'acquirente acquista il bene libero dai vincoli che non risultano dal titolo e dei quali ignorava l'esistenza

28.1.4.4. Possesso di mala fede

Il possesso di mala fede è il possesso di chi possiede con la coscienza di ledere i diritti altrui o senza aver usato la normale diligenza nell'accertamento dell'esistenza di diritti altrui.

28.2. La detenzione.

28.2.1. Nozione.

La detenzione può definirsi come un mero potere di fatto sulla cosa non accompagnato dall'intenzione di compiere un'attività corrispondente all'esercizio di un diritto reale.

Il detentore, pertanto, si trova in un rapporto di mera contiguità fisica con la cosa, è consapevole ed esplicitamente riconosce di non poter vantare alcun diritto reale sulla cosa stessa, essendone altri i titolari.

28.2.2. Elementi della detenzione.

Sono elementi della detenzione:

- *corpus*: costituisce l'elemento materiale della detenzione, cioè il rapporto di fatto con il bene, ed ha le stesse, identiche caratteristiche del corrispondente elemento del possesso;
- *animus detinendi*: consiste nella volontà di avere la cosa a proprio disposizione per qualsiasi fine giuridico, senza intenzione, però, di esercitare su di essa i poteri del proprietario o del titolare di altro diritto reale. È su tale elemento che si basa la fondamentale distinzione tra possesso e detenzione;

[3] Un esempio potrà facilmente spiegare il principio: supponiamo che Tizio abbia rubato a Caio un orologio; se Tizio qualificandosi falsamente proprietario dell'orologio, viene da me e mi propone di acquistarlo ed io lo acquisto, il mio acquisto è pienamente valido se nel momento in cui Tizio me lo consegna ero mi buone fede, ne ignoravo cioè la provenienza furtiva e credevo veramente che l'orologio appartenesse a Tizio. In pratica l'acquisto della proprietà dell'orologio si produce a mio favore in virtù di un titolo astrattamente idoneo (es. vendita) congiunto ala possesso in buona fede.

- *laudatio possessoris*: consiste nel ricuocimento che altri abbia la veste di possessore della cosa su cui si esplica il potere.

28.2.3. Detenzione qualificata e non qualificata

La detenzione si definisce:

- qualificata: quando è esercitata nell'interesse proprio, per esercitare un diritto personale sulla cosa altrui (es.: locatario);
- non qualificata quando è esercitato nell'interesse altrui, in virtù di un rapporto di dipendenza (es.: domestico) o di amicizia o al fine di adempiere ad un obbligazione (es depositario),

La distinzione è importante in quanto il detentore qualificato è legittimato ad esercitare l'azione di reintegrazione sia contro i terzi, che contro lo stesso possessore.

28.2.4. Presunzione del possesso.

Sotto il profilo probatorio, a causa della difficoltà di accertare in concreto se il soggetto esercita il suo potere con *animus possidendi* o *animus detinendi*, la legge pone il principio generale della presunzione del possesso, in virtù del quale chi esercita di fatto si presume possessore, salvo che si provi che ha cominciato ad esercitarlo semplicemente come detentore (art. 1141)

Capitolo 29°
L'usucapione

29.1. Nozione.

L'usucapione è un modo di acquisto di diritti a titolo originario, in virtù del quale il possesso protratto per un certo tempo e, talora, la presenza di altri requisiti, produce l'acquisto della proprietà o dei diritti reali di godimento a seconda del differente animus del possessore.

Le ragioni che giustificano l'usucapione sono: l'esigenza di rendere certa e stabile la proprietà; l'esigenza di favorire colui che si occupa di un bene, rendendolo produttivo, rispetto al proprietario inerte.

29.2. Oggetto.

Oggetto del possesso deve essere un bene suscettibile di usucapione, deve trattarsi, cioè, di un bene: I) in commercio (non sono, infatti usucapibili le *res comune omnium*); II) non demaniale (sono, invece, usucapibili i beni del patrimonio indisponibile, sempre che il possesso non alteri la loro destinazione.

29.3. Requisiti.

Requisiti dell'usucapione sono: il possesso e il tempo (o la durata). Il possesso a sua volta deve essere: continuo e non interrotto; non violento né clandestino.

29.3.1. La continuità del possesso.

La continuità del possesso consiste nella permanente manifestazione della signoria sulla cosa, in relazione alla destinazione economica del bene. Il possesso, pertanto, deve essere ad *usacapionem*, non deve aver subito interruzioni naturali o civili e non deve essere frutto di mera tolleranza; in particolare:

- interruzioni naturali: l'usucapione è interrotta se il possessore si stato materialmente privato del possesso per oltre un anno salvo che, in tale periodo, non abbia esperito l'azione di reintegrazione, e il ben sia stato in tal modo recuperato (art. 1167);
- interruzioni civili sono gli atti giuridici con cui il titolare del diritto lo esercita nei confronti del possessore (es.: citazione del possessore con l'azione di rivendica), ovvero gli atti con cui il possessore stesso riconosce altrui diritto (artt. 2843-2945);
- frutto di mera tolleranza è quel complesso che deriva soltanto da spirito di condiscendenza, ragioni di amicizia o rapporto di buon vicinato (es.: il passaggio sul fondo altrui consentito dal proprietario del fondo amico).

29.3.2. Mancanza di vizi.

L'art. 1163 sancisce che il possesso acquistato in modo violento o clandestino non giova per l'usucapione se non dal momento in cui la violenza o la clandestinità è cessata.

Si ha violenza quando il possesso è acquistato con la volontà espressa o presunta del precedente possessore e mediante uso di forza fisica.

Si ha clandestinità quando l'acquisto avviene o con artifizi idonei a renderlo occulto allo spogliato o in condizioni tali che lo spogliato non possa accorgersene subito, perché, ad e. assente.

La violenza cessa, ai senza dell'art. 1163, quando cessa l'atteggiamento intimidatorio o minaccioso; la clandestinità cessa quando lo spogliato viene a conoscenza del subito spoglio.

29.3.3. La durata.

Il decorso del tempo ha inizio con l'acquisto del possesso, che si manifesta attraverso atti concreti i quali permettano di individuare, dal punto di vista temporale, il termine iniziale, nonché la volontà della persona. Si applicano poi, gli artt. 1442 1 1443 sulla presunzione di possesso anteriore e intermedio.

In relazione al tempo si distingue tra usucapione ordinaria e abbreviata,

29.3.3.1. Usucapione ordinaria

Il termine per tale usucapione si distingue rispetto all'oggetto in:

- venti anni: per l'acquisto della proprietà dei beni immobili, delle universalità di mobili e degli altri diritti reali di godimento sui beni suddetti; a tal fine è indifferente che il possessore sia in buona ovvero in mala fede;
- dieci anni: per l'acquisto della proprietà dei beni mobili registrati e degli altri diritti reali di godimento sui beni medesimi e la stessa regola vale in generale per i beni mobili;
- quindici anni: per l'acquisto della proprietà di fondi rustici con annessi fabbricati situati in comuni classificati montani dalla legge, o non montani, se hanno un reddito non superiore ai limiti fissati dalla legge (così la L. 10-5-1976, n. 346).

29.3.3.2. Usucapione abbreviata

Oltre ai due requisiti già visti (possesso e durata) per l'usucapione abbreviata occorrono anche:

- la buona fede e cioè l'ignoranza di ledere, col proprio possesso, l'altrui diritto; tale buona fede, per regola generale, deve esistere nel soggetto solo al momento dell'acquisto del possesso;
- un titolo valido e astrattamente idoneo a trasferire il diritto, ma inefficace, in pratica, per non essere il dante causa proprietario o titolare del diritto reale (cd. acquisto a non domino);
- la trascrizione del titolo, qualora si tratti di immobili o di beni registrati (in tal caso il tempo necessario per usucapire decorre dalla trascrizione).

Nell'usucapione abbreviata rileva in particolare la durata, cioè il tempo necessario per acquistare la proprietà del bene. A tal proposito bisogna distinguere tra:

- beni immobili per i quali occorrono dieci anni decorrenti dalla data della trascrizione;
- universalità di mobili per le quali occorrono dieci anni;

- beni mobili registrati per i quali bastano tre anni pure decorrenti dalla data della trascrizione;
- fondi rustici per i quali occorrono cinque anni decorrenti dalla data della trascrizione.

29.4. Usucapione di beni mobili

L'usucapione dei beni mobili acquista rilievo solo se manchi il titolo o la buona fede: altrimenti ai sensi dell'art. 1153 c.c., la proprietà si acquista istantaneamente. È necessario pertanto distinguere:

- se v'è titolo astrattamente idoneo e la buona fede, l'acquisto è immediato e non ad usucapionem;
- se manca il titolo, l'usucapione si realizza dopo: dieci anni se il possesso sia stato acquistato in buona fede; venti anni se il possessore è in mala fede (art. 1161 c.c.).

Si ricordi che in quest'ultimo caso, per l'usucapione non è necessario che l'acquisto del possesso avvenga a non domino (a differenza di quanto previsto negli artt. 1158-1159, 1162 c.c.) in quanto anche l'acquisto a domino sulla base di un titolo invalido, può produrre l'usucapione.

29.5. Disciplina dell'usucapione.

L'art. 1165 estende all'usucapione le disposizioni generali dettate in tema di prescrizione; per effetto di tale richiamo si ha che:

- la disciplina legale dell'usucapione è inderogabile;
- gli effetti dell'usucapione sono disponibili e rinunziabili;
- l'usucapione, una volta maturata, può essere fatta valere dai terzi interessati;
- in materia si usucapione vigono le cause di sospensione e interruzione previste per la prescrizione.

Capitolo 30°
Le azioni possessorie

30.1. Introduzione.

Le azioni possessorie sono rimedi giudiziari aventi come fine immediato la tutela del possesso contro qualsiasi turbativa. Attraverso queste azioni si mire a garantire il ripristino di una situazione che appare illegittimamente compromessa e turbata.

Sul piano sostanziale, il possessore è tutelato a prescindere dalla buona o mala fede, ed a prescindere dall'essere contemporaneamente proprietario o titolare del diritto reale

Le azioni possessorie, si differenziano dalle azioni petitorie in quanto assicurano soltanto una tutela provvisoria, che prescinde dall'accertamento del diritto, mentre le azioni petitorie mirano direttamente ad accertare la titolarità del diritto.

Le azioni possessorie sono: I) l'azione di reintegrazione o di spoglio; I) l'azione di manutenzione; III) le azioni di enunciazione.

30.2. L'azione di reintegrazione o di spoglio.

30.2.1. Nozione e funzione..

L'azione di reintegrazione o di spoglio è l'azione con cui il possessore (o il detentore qualificato), spogliato, violentemente o occultamente, del possesso, chiede entro l'anno del sofferto spoglio, di essere rapidamente reintegrato in esso (art. 1168 c.c.).

La funzione dell'azione di reintegrazione è, dunque, essenzialmente, recuperatoria, in quanto mira esclusivamente a reintegrare nel possesso del bene chi subito lo spoglio

30.2.2. Legittimazione attiva e passiva.

Legittimato attivo è il possessore o il detentore qualificato che abbi abbia un proprio interesse.

Legittimato passivo all'azione è tanto l'autore materiale dello spoglio quando l'autore morale (organizzatore, mandante, istigatore, etc.)

30.2.3. Il termine

Il termine per proporre l'azione è quello di anno dalla sofferta lesione. Tale termine decorre: I) in caso di spoglio palese, dalla data dello spoglio; II) in caso di spoglio clandestino, dal giorno della sua scoperta; III) in caso di più atti continuativi di spoglio, dal primo atto.

30.3. L'azione di manutenzione.

30.3.1. Nozione.

L'azione di manutenzione è diretta a tutelare i possessori (non i detentori) contro le molestie o le turbative, di fatto o di diritto, per ottenere dal giudice un provvedimento che ordini la immediata cessazione della turbativa; essa è altresì concessa contro lo spoglio non violento o non clandestino (art. 1170).

Essa è altresì, concesso contro lo spoglio c.d. semplice: ossia lo spoglio non violento e non clandestino che, data l'assenza di tali caratteri, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1168.

30.3.2. Il possesso tutelabile con l'azione di manutenzione.

Con l'azione di manutenzione è tutelabile soltanto il possesso avente ad oggetto un bene immobile o un'universalità di mobili.

Il possesso tutelabile, inoltre, deve essere ultrannuale, continuo e non interrotto, non acquistato con violenza o con clandestinità.

30.3.3. Termine,

Il termine per proporre l'azione è pari ad un anno dalla molestia o dallo spoglio e la domanda si propone al giudice dal luogo in cui è avvenuto il fatto denunciato (art. 212 c.p.c.).

30.4. L'azione di nunciazione.

Sono denominate azioni di nunciazione quelle azioni cautelari che tendono alla conservazione di uno stato di fatto, mirando a prevenire un danno o un pregiudizio che può derivare da una nuova opera o da una cosa altrui. Esse sono:

- denunzia di nuova opera (art. 1171 c.c.): è l'azione con cui il proprietario, il titolare di un altro diritto reale di godimento o il possessore denunzia un'opera da altri intrapresa e non terminata (se non è trascorso un anno dal suo inizio), quando abbia ragione di temere che da essa possa derivare danno alla cosa che forma oggetto del suo diritto o possesso;
- denunzia di danno temuto (art. 1172 c.c.): è quella azione con cui il proprietario, il titolare di altro diritto reale di godimento o il possessore si rivolge all'autorità giudiziaria, quando tema che da un albero, una costruzione od altro (cose, comunque, già esistenti) stia per derivare un danno grave e prossimo alla cosa che forma oggetto del suo diritto o del suo possesso.

Capitolo 31°
Alcuni contratti tipici

31.1. La compravendita.

31.1.1. Nozione e natura giuridica

La compravendita è il più importante contratto di scambio. Essa è definita dal codice come "il contratto avente per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo" (1470).

La compravendita è un contratto:

- consensuale: per il suo perfezionamento, è sufficiente il semplice consenso delle parti: non occorre anche la effettiva consegna della cosa (che costituisce, invece, solo uno degli obblighi cui è tenuto il venditore);
- a prestazioni corrispettive e quindi a titolo oneroso;
- commutativo: è possibile, infatti, valutare i vantaggi e gli svantaggi derivanti dall'atto fin dal momento della stipulazione;
- normalmente ad effetti reali, in quanto produce il trasferimento della proprietà della cosa, ovvero l'acquisto di altro di diritto. Vi sono, tuttavia, alcune ipotesi in cui la compravendita ha efficacia meramente obbligatoria: non trasferisce, cioè, immediatamente la proprietà della cosa, ma obbliga il venditore a trasferire successivamente la cosa medesima, conferendo al compratore soltanto un diritto di credito. Costituiscono ipotesi di vendita obbligatoria: la vendita alternativa; la vendita di cosa futura; la vendita di cosa generica; la vendita di cosa altrui; la vendita a termine di cose non determinate e la vendita rateale con riserva di proprietà (vedi infra).

31.1.2. Obbligazioni del venditore

Le principali obbligazioni che gravano sul venditore sono:

- consegnare la cosa: assicurare, cioè, la disponibilità fisica della cosa venduta al compratore (questa obbligazione riguarda un momento diverso dal trasferimento della proprietà, che al di fuori dei casi di vendita obbligatoria, si è già perfezionato alla conclusione del contratto);
- fare acquistare al compratore la proprietà della cosa, nel caso di vendita obbligatoria;
- garantire il compratore dall'evizione e da eventuali vizi della cosa.

31.1.2.1. La garanzia per l'evizione

Talvolta può accadere che il bene venduto non sia di proprietà del venditore, oppure che vi siano altri soggetti titolari di un diritto reale su di esso.

In tal caso il vero proprietario (o il titolare del diritto reale) possono promuovere un giudizio contro il compratore del bene (rivendicandone, ad esempio, la proprietà) il quale, anche se ignaro di tutto, dovrà soccombere.

Evizione si ha appunto in tal caso: quando, cioè, il compratore è spogliato dell'acquisto, in conseguenza di una pronunzia giudiziaria che accerta un difetto nel diritto del venditore, a vantaggio di un terzo.

L'evizione può essere:

- totale, se si riferisce a tutta quanta la cosa venduta;
- parziale, se riguarda solo una parte di essa.

Contro siffatta eventualità incombe sul venditore la garanzia. Effetti della garanzia sono:

- in caso di evizione totale: il venditore deve restituire al compratore il prezzo pagato e rimborsargli le spese di contratto e le spese successive e utili fatte per la cosa (1479-1482);
- in caso di evizione parziale: il compratore può ottenere una riduzione del prezzo, oltre al risarcimento del danno. Si applicano però le norme sull'evizione totale, qualora risulti, secondo le circostanze, che egli non avrebbe acquistato la cosa senza la parte di cui non è divenuto proprietario (1480).

La garanzia per evizione costituisce un effetto naturale del negozio e pertanto non occorre una specifica pattuizione che la preveda. II compratore può, però, rinunciarvi o contentarsi di una garanzia minore, come può pattuire che ne derivino effetti più gravi (1487). La clausola di esclusione della garanzia non vale, però, nel caso di dolo o colpa grave del venditore.

31.1.2.2. La garanzia per vizi occulti della cosa

Il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da difetti che la rendano inidonea all'uso o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore.

Si parla tradizionalmente di garanzia per vizi occulti: anche essa è un effetto naturale del contratto ed è dovuta solo quando i vizi erano ignoti al compratore e non facilmente riconoscibili al momento dell'acquisto.

In tal caso, il compratore ha diritto alla scelta tra:

- la risoluzione del contratto (c.d. "*actio redhibitoria* ")
- la riduzione del prezzo (c.d. "*actio aestimatoria*") salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno (art. 1494).

"Vizi" e "mancanza di qualità" debbono essere denunziati dal compratore entro 8 giorni dalla scoperta, a pena di decadenza dall'azione; e l'azione si prescrive, in ogni caso, in un anno dalla consegna della cosa viziata.

31.1.3. Obbligazioni del compratore

L'obbligazione principale del compratore consiste nel pagamento del prezzo nel modo e nel luogo stabiliti dal contratto. II prezzo, di regola, è determinato dalle parti; ma la determinazione può anche essere rimessa ad un terzo (c.d. arbitratore). Sono a carico del compratore le spese del contratto di vendita (art. 1475).

31.1.4. Le vendite sottoposte a condizione.

31.1.4.1. Vendita con patto di riscatto.

Si ricorre normalmente alla v e n d i t a c o n p a t t o d i r i s c a t t o quando il venditore è indotto a vendere per realizzare denaro contante, ma spera di potere, entro un certo termine, recuperare la proprietà della cosa vendita.

Si tratta, sotto il profilo giuridico, di una v e n d i t a s o t t o p o s t a a c o n d i z i o n e r i s o l u t i v a p o t e s t a t i v a: il venditore si riserva il diritto di riacquistare la proprietà della cosa venduta mediante la restituzione del prezzo.

II patto di restituire un prezzo superiore a quello stipulato per la vendita è nullo per l'eccedenza (art. 1500).

La legge, inoltre, stabilisce un termine massimo per il riscatto e a tale termine si riducono quelli eventualmente più lunghi apposti alle parti (art. 1501): 2 anni, per i beni mobili; 5 anni, per i beni immobili.

31.1.4.2. Vendita rateale con riserva di proprietà

È una forma particolare di vendita in cui le parti stabiliscono che il prezzo venga pagato frazionatamente entro un certo tempo: la cosa viene consegnata subito, ma la proprietà passa al compratore solo dopo il pagamento dell'ultima rata del prezzo medesimo (1523).

In sostanza, l'effetto reale della vendita è sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento integrale, mentre gli altri effetti (consegna, godimento della cosa, etc.) si verificano immediatamente, in conseguenza della conclusione del contratto.

Funzione di tale tipo di vendita è permettere l'acquisto di beni di un certo valore da parte di particolari categorie di soggetti che difficilmente potrebbero acquistarli in contanti.

La legge ha voluto tutelare il compratore contro patti vessatori in passato assai diffusi in questo tipo di vendita. Ha così dichiarato inefficace la clausola secondo cui il mancato pagamento di una sola rata dà luogo alla risoluzione, se questa rata non superi l'ottava parte del prezzo (art. 1525).

Inoltre, se il contratto è risolto per inadempimento del compratore, questi ha diritto alla restituzione delle rate pagate, salvo un equo compenso al venditore per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno (art. 1526 c.c.).

Colui che acquista a rate non può alienare il bene fino a quando non ne ha acquistato la proprietà: l'alienazione integra, anzi, gli estremi del delitto di appropriazione indebita (art. 646 C.P.).

31.1.5. Le singole ipotesi di vendita obbligatoria

31.1.5.1. La vendita alternativa

Tale tipo di vendita ricorre quando due o più cose sono dedotte nel contratto, ma una sola di esse dovrà essere trasferita al compratore (es.: ti vendo il mio fondo a Ischia o quello a Capri). Alla figura della v e n d i t a a l t e r n a t i v a (non prevista esplicitamente dalla legge) si applicano le norme degli artt. 1285 e segg.

Il carattere obbligatorio di tale vendita deriva dal fatto che in essa l'oggetto non è determinato, ma solo determinabile: per cui, non essendo concepibile un diritto di proprietà sopra un bene indeterminato, prima che si realizzi l'effetto traslativo è necessario che si

compia la concentrazione, cioè sia esercitata la facoltà di scelta con conseguente individuazione del bene. Una volta effettuata la scelta e comunicata all'altra parte, l'effetto traslativo si realizza senz'altro, senza necessità della materiale consegna.

31.1.5.2. Vendita di cose generiche

Anche la vendita di cose generiche, avente ad oggetto il trasferimento di cose determinate solo nel genere (es.: ti vendo un chilo di grano), rientra tra le ipotesi di vendita obbligatoria, per la indeterminatezza dell'oggetto.

Per potersi, infatti, verificare l'effetto traslativo occorre la individuazione, e cioè la determinazione in concreto (mediante pesatura, misurazione, etc.), dell'oggetto della vendita: se non sia stato diversamente stabilito, l'individuazione della cosa dovrà aver luogo alla presenza di entrambe le parti. Con l'individuazione si verifica senz'altro l'effetto traslativo, per cui può dirsi che è l'individuazione stessa che ha effetto traslativo.

31.1.5.3. Vendita di cosa futura

Parimenti obbligatoria è la vendita di cosa futura, cioè della cosa che non ancora è venuta ad esistenza. Nella vendita di cosa futura, l'effetto traslativo si realizza, per il legno e i frutti, quando essi siano, rispettivamente, tagliati o separati; per gli altri beni, invece, non appena siano venuti ad esistenza.

31.1.5.4. Vendita di cosa altrui

È vendita di cosa altrui quella avente ad oggetto una cosa che, al momento della stipulazione del contratto, non appartiene al venditore, ma fa parte del patrimonio di un terzo.

A norma dell'art. 1478 essa ha effetti solo tra gli stipulanti, nel senso che fa sorgere a carico del venditore l'obbligo di procurarsi la cosa e di consegnarla, quindi, al compratore.

Nell'ipotesi di vendita di cosa futura, dunque, il compratore diventa proprietario nel momento stesso in cui il suo venditore acquista la proprietà del bene dal titolare di essa; e da tale momento non potrà più essere rifiutato il pagamento del prezzo.

Importanti sono le conseguenze del mancato acquisto del bene da parte del venditore; al riguardo prevede l'art. 1479 che:

- se il compratore era consapevole dell'altruità della cosa, egli non avrà diritto alla risoluzione del contratto, ma solo al risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento;
- se invece il compratore era in buona fede (ignorava, cioè, che la cosa fosse di altri), avrà diritto alla risoluzione del contratto.

31.2. La locazione.

31.2.1. Nozione e caratteri

L'art. 1571 definisce la locazione come quel contratto col quale una parte si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile, per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo.

La locazione si distingue per i seguenti caratteri:

- è un contratto consensuale, e produce effetti obbligatori tra le parti: difatti, colui che prende in locazione un bene non diviene titolare di alcun

diritto reale sul medesimo, bensì solo del diritto a godere del bene nei confronti del locatore, per un dato tempo e per un uso determinato (ciò che distingue il contenuto di tale facoltà di godimento da quella che spetta al proprietario, all'usufruttuario, all'enfiteuta);

- a seconda dell'oggetto è possibile distinguere la locazione dall'affitto: ricorrerà, difatti, quest'ultima fattispecie nell'ipotesi in cui il bene sia produttivo, idoneo, cioè, a produrre frutti (es.: un'azienda);
- una particolare forma è richiesta, a pena di nullità, solo per le locazioni immobiliari, negli altri casi il contratto è a forma libera;
- quanto alla durata, la locazione non può eccedere i trent'anni: si riduce a tale tempo quello, eventualmente superiore, convenuto tra le parti. Se il proprietario aliena il bene locato, l'acquirente è tenuto a rispettare i diritti del locatore, purché la locazione risulti avente data certa anteriore all'alienazione.

31.2.2. Obblighi del locatore

II locatore (art. 1575) è obbligato:

- alla consegna della cosa;
- al mantenimento in buon uso, con il correlativo obbligo delle necessarie riparazioni;
- a garantire il pacifico godimento dei conduttore, per l'ipotesi che un terzo pretenda di avere diritti sulla cosa (ad. es.: una servitù di passaggio).

31.2.3. Obblighi del conduttore

Obblighi del conduttore sono:

- prendere in consegna la cosa e servirsene per l'uso stabilito;
- corrispondere il canone stabilito, commisurato alla durata del godimento del bene;
- restituire la cosa nello stato in cui l'aveva ricevuta, alla scadenza del contratto.

31.3. Il contratto di somministrazione.

31.3.1. Nozione

La somministrazione è "il contratto con il quale una parte si obbliga, dietro corrispettivo di un prezzo, ad eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche[1] o continuative[2] di cose"[3] (1559).

31.3.2. Disciplina

Si ricordi, in particolare, che:

- raramente nel contratto viene stabilita con esattezza l'entità della fornitura da somministrare (si usa indicare solitamente i quantitativi minimi e massimi). Se

[1] Prestazioni periodiche: sono quelle che si ripetono a distanza di tempo, a scadenze determinate (es.: somministrazione settimanale di foraggio per una scuderia).
[2] Prestazioni continuative: sono quelle che si prolungano ininterrottamente per tutta la durata del contratto (es.: erogazione di gas o di energia elettrica).
[3] La prestazione deve aver per oggetto « cose» (in proprietà o in uso), non servizi: in questo ultimo caso, infatti, ricorre l'istituto dell'appalto o contratto d'opera, contratti di scambio, cioè, che realizzano non già un «*do ut des*» bensì un «*do ut facias*».

nulla si è detto, comunque, s'intende pattuita la quantità corrispondente al normale fabbisogno del somministrato al tempo della conclusione del contratto;

- quanto al prezzo, esso è corrisposto:
- nel caso di prestazione periodica, all'atto delle singole prestazioni;
- nel caso di prestazioni continuative, alle scadenze d'uso (ogni mese, ogni tre mesi, etc.) in proporzione a ciascuna di esse (1562);
- l'inadempimento di una delle parti non comporta di per sé la risoluzione del contratto, a meno che esso non sia tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti (1564);
- il contratto di somministrazione non può avere durata perpetua: esso può essere a "termine" o a "tempo indeterminato" (in quest'ultimo caso è concessa a ciascuna delle parti la facoltà di recesso, previo congruo preavviso) (1569);
- l'articolo 1570 ritiene applicabili alla somministrazione, in quanto compatibili, anche le norme che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni.

31.3.3. La clausola di esclusiva

Spesso, nei contratti di somministrazione, è inserita la c.d. "clausola di esclusiva":

- a favore del somministrante: il somministrato non può ricevere da altri prestazioni della stessa natura, né procurarsele con mezzi propri;
- a favore del somministrato: il somministrante non può eseguire ad altri, nella zona contemplata e per la durata del contratto, forniture della stessa natura.

Trattasi di un mezzo apprestato per contenere la concorrenza fra imprenditori e la clausola . produce i suoi effetti per tutta la durata del contratto.

31.3.4. II patto di preferenza

È consentito dalla legge (art. 1566) ed è frequente nella pratica – purché duri, nel massimo, non oltre cinque anni – il patto con cui il somministrato si obbliga a dare la preferenza al somministrante (a parità di condizione) qualora gli occorra stipulare un successivo contratto di somministrazione per lo stesso oggetto.

Dal patto di preferenza deriva per il somministrato l'obbligo di comunicare al somministrante le condizioni fatte da terzi; il somministrante – a sua volta – dovrà comunicare, nel termine stabilito o d'uso, se intende o meno valersi del diritto di preferenza.

31.3.5. Differenze da figure affini

II contratto di somministrazione differisce da:

- appalto: la somministrazione è, infatti, prestazione di cose; l'appalto, invece, prestazione di servizi (però l'appalto può essere congiunto alla somministrazione quando l'appaltatore debba prestare anche i materiali);

- vendita a consegne ripartite: nella somministrazione si ha una pluralità di prestazioni; nella vendita a consegne ripartite, invece, la prestazione è unica, soltanto la sua esecuzione è dilazionata nel tempo. Per esempio l'abbonamento ad un periodico è somministrazione, mentre l'acquisto di una opera unica spedita a volumi o a fascicoli è vendita a consegne ripartite.

31.4. L'appalto.

31.4.1. Nozione.

L'appalto è "il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio, dietro corrispettivo in danaro" (1655).

L'organizzazione di mezzi e la gestione a proprio rischio sono, dunque, gli elementi caratteristici dell'appalto e sottolineano il nesso di interdipendenza che sussiste tra appalto e impresa:

- l'appaltatore è, infatti, imprenditore, in quanto organizza i mezzi, per la realizzazione di un risultato e per mettere a disposizione di altri il risultato stesso in cambio di un corrispettivo;
- gestione a proprio rischio, poi, significa che l'appaltatore risponde verso il committente degli eventuali difetti, vizi o difformità dell'opera, e non può imputare gli stessi ai suoi ausiliari.

31.4.2. Segue: obbligazioni dell'appaltatore

L'appaltatore deve compiere direttamente, e con la propria organizzazione, l'opera che ha assunto, senza affidarla in sub-appalto a terzi (a meno che il committente non sia d'accordo);

- i rischi che incidono sull'opera, durante il corso dell'esecuzione, ricadono sull'appaltatore;
- l'opera deve essere compiuta secondo le modalità convenute, a regola d'arte, e nel termine e al prezzo pattuito. È previsto un compenso aggiuntivo per le variazioni o le aggiunte all'opera (1659). Il committente ha un potere di controllo e di verifica nel corso di esecuzione dell'opera (1662); tale controllo viene svolto, per lo più, a mezzo di una persona incaricata: il c.d. " direttore dei lavori ". L'appaltatore, che non compie l'opera nel termine pattuito, è in mora ed è tenuto al risarcimento dei danni, mentre è talvolta previsto un premio di acceleramento qualora l'appaltatore completi il lavoro prima del termine previsto;
- l'appaltatore deve garantire l'opera da eventuali difformità e vizi (1667). II committente può chiedere: I) che le difformità ed i vizi siano eliminati; II) una diminuzione del prezzo in proporzione dei vizi accertati; III) la risoluzione del contratto (se i vizi sono tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione);
- il diritto dell'appaltatore al corrispettivo è subordinato all'accettazione dell'opera da parte del committente: l'appaltatore, pertanto - compiuta l'opera - deve invitare quest'ultimo a verificare la stessa, per constatare se essa sia stata eseguita a regola

d'arte: tale verifica si chiama collaudo. Avvenuta l'accettazione, se i vizi e le difformità erano conosciuti o riconoscibili dal committente, la garanzia ad essi relativa viene meno.

31.4.3. Obbligazioni del committente

Sono:

- il pagamento del prezzo: l'appalto, infatti, perla sua stessa essenza, è un contratto a titolo oneroso. Il prezzo può essere stabilito o globalmente (rispetto all'opera nel suo complesso, e cioè a " forfait") oppure a " misura " (es.: tot lire a metro quadrato);
- l'esecuzione del collaudo dell'opera, appena ricevuto l'invito di verifica da parte dell'appaltatore: nel caso di ingiustificato ritardo (mora) l'opera si intende accettata.

31.4.4. II diritto alla revisione del prezzo

In ogni caso, l'appaltatore o il committente possono chiedere la revisione del prezzo qualora, per effetto di circostanze imprevedibili, si siano verificate, successivamente alla conclusione del contratto, variazioni (aumenti o diminuzioni) superiori al decimo del prezzo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare una variazione superiore al decimo del prezzo complessivo convenuto (art. 1664).

La revisione, comunque, può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo.

L'appaltatore, inoltre, ha diritto ad un equo compenso, quando, nel corso dell'opera, si manifestino difficoltà impreviste di esecuzione, derivanti da cause geologiche, idriche e simili tali da rendere notevolmente più onerosa la sua prestazione.

31.4.5. Estinzione dell'appalto.

Causa peculiare di estinzione, oltre quelle tipiche previste per ciascun contratto, è il recesso da parte del committente: questi, infatti, può, . in qualsiasi momento, recedere dal contratto, e tale sua facoltà non è subordinata alla esistenza o alla ragionevolezza di un motivo. Egli, però, deve tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno (1671).

La morte dell'appaltatore non è ragione di scioglimento dei contratto in corso di esecuzione, salvo che la considerazione della persona dell'appaltatore abbia costituito motivo determinante dei contratto e gli eredi non diano affidamento per la buona esecuzione dell'opera.

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO 1° 2
Nozioni iniziali 2
1.1. La principale distinzione fra diritto privato e diritto pubblico. 2
1.2. Le posizioni giuridiche in generale. 2
1.2.1. Il concetto di *status*. 2
1.3. Le posizioni soggettive attive. 3
1.3.1. Il diritto soggettivo. 3
1.3.1.1. Nozione e generalità. 3
1.3.1.2. Assoluti e relativi. 3
1.3.1.2.1. Assoluti. 3
1.3.1.2.2. Relativi. 4
1.3.1.3. Patrimoniali e non patrimoniali. 4
1.3.1.4. Reali e di credito. 4
1.3.1.4.1. I diritti di credito. 4
1.3.1.4.2. I diritti reali. 4
1.3.1.4.2.1. Classificazioni. 4
1.3.1.5. Trasmissibili ed intrasmissibili. 5
1.3.1.6. Diritti condizionati 5
1.3.1.6.1. Diritto sospensivamente condizionati. 5
1.3.1.6.2. Diritto risolutivamente condizionati. 5
1.3.2. I diritti potestativi. 5
1.3.3. Le potestà. 6
1.3.4. L'aspettativa. 6
1.4. Le posizioni soggettive passive. 6
1.4.1. L'obbligo. 6
1.4.2. L'onere. 6
1.4.3. La soggezione. 6
1.4.4. Il dovere generico di astensione. 7
1.5. L'acquisto e la perdita dei diritti soggettivi. 7
1.5.1. L'influenza del tempo in relazione all'acquisto e alla perdita dei diritti: il computo del tempo. 7
1.5.2. L'acquisto. 7
1.5.2.1. A titolo derivativo. 7
1.5.2.2. A titolo originario. 8
1.5.3. La perdita dei diritti soggettivi. 8
1.5.3.1. La prescrizione. 8
1.5.3.1.1. Nozione. 8
1.5.3.1.2. Presupposti. 8
1.5.3.1.3. La *ratio*. 8
1.5.3.1.1. Inderogabilità ed operatività della prescrizione. 8
1.5.3.1.2. Diritti soggetti a prescrizione. 9
1.5.3.1.3. Inizio e durata della prescrizione 9
1.5.3.1.3.1. Inizio 9
1.5.3.1.3.2. Durata 9
1.5.3.1.4. Sospensione e interruzione della prescrizione. 10
1.5.3.1.4.1. La sospensione 10
1.5.3.1.4.2. L'interruzione e gli "atti interruttivi" 10
1.5.3.1.5. La prescrizione presuntiva. 11
1.5.3.2. La decadenza 11
1.5.3.2.1. Nozione. 11
1.5.3.2.2. *Ratio*. 11
1.5.3.2.3. Disciplina 11
1.5.3.2.4. Tipi di decadenza 11
1.5.3.2.4.1. La decadenza legale. 11
1.5.3.2.4.2. La decadenza convenzionale o negoziale. 12
1.5.3.3. Le principali distinzioni tra prescrizione e decadenza. 12
1.6. Il rapporto giuridico 13

1.6.1. Nozione. 13
1.6.2. Classificazioni. 13
1.6.2.1. I rapporti giuridici assoluti 13
1.6.2.2. I rapporti giuridici relativi. 13

CAPITOLO 2° 14
La persona fisica 14
2.1. I soggetti giuridici. 14
2.2. L'uomo come soggetto di diritto: la persona fisica. 14
2.2.1. La capacità giuridica. 14
2.2.1.1. Acquisito. 14
2.2.1.1.1. Eccezionale capacità del concepito e del *concepturus*. 14
2.2.1.2. Perdita. 15
2.2.1.2.1. Il problema della commorienza. 15
2.2.1.3. Incertezza sull'esistenza della persona. 15
2.2.1.3.1. La scomparsa. 15
2.2.1.3.1.1. Nozione. 15
2.2.1.3.1.2. Conseguenze giuridiche. 15
2.2.1.3.2. L'assenza. 16
2.2.1.3.2.1. Nozione. 16
2.2.1.3.2.1. Gli effetti dell'assenza. 16
2.2.1.3.2.1. Cessazione dell'assenza. 16
2.2.1.3.3. La dichiarazione di morte presunta. 17
2.2.1.3.3.1. Nozione. 17
2.2.1.3.3.2. Nozione. 17
2.2.1.3.3.3. Il ritorno o la prova dell'esistenza del presunto morto. 17
2.2.2. La capacità di agire. 17
2.2.2.1. Acquisto. 17
2.2.2.1.1. L'emancipazione del minore. 18
2.2.2.1.1.1. Nozione. 18
2.2.2.1.1.2. Effetti. 18
2.2.2.2. Estinzione o di limitazione della capacità d'agire. 18
2.2.3. L'incapacità di agire. 18
2.2.3.1. L'incapacità legale. 18
2.2.3.1.1. L'interdizione. 19
2.2.3.1.1.1. Giudiziale. 19
2.2.3.1.1.2. Legale (art. 32 c.p.). 19
2.2.3.1.2. Inabilitazione. 20
2.2.3.1.2.1. Ipotesi. 20
2.2.3.1.2.2. Procedimento. 20
2.2.3.1.2.3. Effetti. 20
2.2.3.2. Incapacità naturale di agire o incapacità di intendere e di volere. 21
2.2.4. Gli istituti di protezione degli incapaci. 21
2.2.4.1. La potestà dei genitori. 21
2.2.4.1.1. La cura dei beni del minore. 21
2.2.4.1.1. La cura della persona del minore. 22
2.2.4.1.2. L'esercizio della potestà parentale. 22
2.2.4.2. La tutela. 22
2.2.4.2.1. Nozione e natura giuridica. 22
2.2.4.2.1. Tipi. 22
2.2.4.2.2. Tutore e protutore. 22
2.2.4.2.2.1. Obblighi e poteri del tutore. 23
2.2.4.3. La curatela. 23
2.2.4.4. L'amministrazione di sostegno. 24
2.2.5. La sede giuridica della persona. 24
2.2.5.1. La dimora. 24
2.2.5.2. La residenza. 24
2.2.5.3. Il domicilio. 25
2.2.5.3.1. Generale. 25
2.2.5.4. Speciale o eletto. 25

CAPITOLO 3° 26
Le persone giuridiche e gli enti di fatto 26
3.1. Le persone giuridiche. 26
3.1.1. Nozione. 26
3.1.2. Autonomia patrimoniale perfetta. 26
3.1.3. Tipologie: corporazioni e istituzioni. 26
3.1.3.1. Corporazioni 26
3.1.3.2. Istituzioni. 26
3.1.4. Elementi costitutivi. 27
3.1.4.1. Una pluralità di persone. 27
3.1.4.2. Il patrimonio. 27
3.1.4.3. Lo scopo. 27
3.1.4.4. Il riconoscimento. 27
3.1.5. Vicende delle persone giuridiche. 28
3.1.5.1. La costituzione. 28
3.1.5.2. L'estinzione 28
3.2. Gli enti di fatto 28
3.2.1. Nozione. 28
3.2.2. Le associazioni non riconosciute. 29
3.2.2.1. Nozione. 29
3.2.2.2. Autonomia patrimoniale imperfetta. 29
3.2.2.3. L'organizzazione. 29
3.2.2.4. Il fondo comune, ... 29
3.2.3. I comitati. 29
3.2.3.1. Nozione. 29
3.2.3.2. Organizzazione. 29
3.2.3.3. Fondo. 29
3.2.3.4. Responsabilità. 29

CAPITOLO 4° 31
I fatti e gli atti giuridici 31
4.1. I fatti giuridici in generale. 31
4.1.1. Nozione 31
4.1.2. Classificazione. 31
4.2. Gli atti giuridici. 31
4.2.1. Gli atti giuridici in senso stretto. 31
4.2.2. I negozi giuridici. 31
4.3. La pubblicità dei fatti giuridici. 32
4.3.1. La pubblicità in relazione alle varie categorie di beni 32

CAPITOLO 5° 33
Il negozio giuridico 33
5.1. Nozione. 33
5.2. Elementi del negozio. 33
5.2.1. Gli elementi essenziali. 33
5.2.2. Gli elementi naturali. 33
5.2.3. Gli elementi accidentali. 33
5.3. I requisiti soggettivi. 33
5.4. La classificazione dei negozi giuridici. 34
5.4.1. In relazione alla struttura soggettiva. 34
5.4.2. In relazione alla natura dei rapporti. 34
5.4.3. In relazione al corrispettivo. 34
5.4.4. In relazione all'evento "morte". 34
5.4.5. In relazione alla manifestazione di volontà. 35
5.4.6. In relazione agli effetti. 35

CAPITOLO 6° 36
La parte 36

6.1. La parte. 36
6.1.1. Nozione 36
6.1.2. Parte in senso formale e parte in sostanziale. 36
6.1.3. La cooperazione e la sostituzione. 36
6.2. Classificazione dei negozi giuridici in base alla loro struttura soggettiva. 36
6.2.1. Negozi unilaterali. 37
6.2.1.1. Unipersonali e pluripersonali. 37
6.2.1.2. Recettizi e non recettizi. 37
6.2.2. Negozi bilaterali o plurilaterali 37
6.2.3. Le differenze tra negozi bi-plurilaterali e negozi unilaterali. 37
6.3. La rappresentanza. 38
6.3.1. Nozione. 38
6.3.2. Rappresentanza diretta e indiretta. 38
6.3.2.1. Diretta. 38
6.3.2.2. Indiretta. 39
6.3.3. Rappresentanza legale e volontaria. 39
6.3.4. Procura. 39
6.3.4.1. Nozione e natura. 39
6.3.4.2. Differenze con il mandato. 39
6.3.4.3. Forma. 40
6.3.4.4. Tipologia. 40
6.3.4.5. Modalità di estinzione della procura. 41
6.3.4.6. Cautele poste dalla legge a tutela dei terzi. 41
6.3.5. Capacità, vizi della volontà e stati soggettivi rilevanti nel negozio concluso dal rappresentante. 41
6.3.5.1. Capacità. 41
6.3.5.2. Vizi della volontà e stati soggettivi rilevanti. 42
6.3.6. Abuso di potere, eccesso e difetto di potere. 42
6.3.6.1. Abuso di potere. 42
6.3.6.1.1. Il conflitto d'interessi. 42
6.3.6.1.2. Il contratto con se stesso. 43
6.3.6.2. Eccesso e difetto di potere. 43
6.3.6.3. Ratifica. 44

CAPITOLO 7° 45
La volontà 45
7.1. Concetto. 45
7.2. I vizi della volontà. 45
7.2.1. L'errore vizio. 45
7.2.1.1. Nozione. 45
7.2.1.2. I requisiti di rilevanza dell'errore. 45
7.2.1.2.1. Riconoscibilità. 45
7.2.1.2.2. Essenzialità 46
7.2.1.2.3. Errore di diritto. 46
7.2.1.3. Altri tipi di errori. 46
7.2.1.3.1. Errore su motivi. 46
7.2.1.3.2. Errore di calcolo. 47
7.2.2. Il dolo. 47
7.2.2.1. Requisiti. 47
7.2.2.2. Differenza tra violenza e dolo. 47
7.2.2.3. *Dolus bonus e dolus malus.* 47
7.2.2.4. *Dolus incidens e dolus causam dans* 48
7.2.3. La violenza morale. 48
7.2.3.1. Differenza con la violenza fisica. 48
7.2.3.2. Differenza con il timore reverenziale. 48
7.2.3.3. Requisiti. 48
7.3. Casi di mancanza di volontà (c'è manifestazione o dichiarazione, ma non volontà). 49
7.3.1. Dichiarazioni non serie ("*Docendi causa*", "*ioci causa*" etc.). 49
7.3.2. Violenza fisica (o assoluta). 49
7.4. Casi di divergenza tra volontà e dichiarazione. 49
7.4.1. Riserva mentale. 49

7.4.2. Errore ostativo. 50
7.4.2.1. Disciplina. 50
7.4.3. Simulazione. 50
7.4.3.1. Nozione ed elementi essenziali. 50
7.4.3.2. Simulazione assoluta. 50
7.4.3.3. Simulazione relativa. 51
7.4.3.4. Effetti della simulazione. 51
7.4.3.4.1.1. Tra le parti. 51
7.4.3.4.1.2. Di fronte ai terzi. 51
7.4.3.4.1.3. Nei confronti dei creditori. 52
7.4.3.4.1.4. Conflitto tra creditori. 52
7.4.3.5. L'azione di simulazione. 52
7.4.4. Distinzione con il negozio indiretto e il negozio fiduciario. 53
7.4.4.1. Il negozio indiretto. 53
7.4.4.2. Il negozio fiduciario. 53

CAPITOLO 8° 54
La forma 54
8.1. La forma come manifestazione di volontà. 54
8.1.1. Nozione. 54
8.1.2. Le modalità della manifestazione 54
8.1.2.1. Il valore del silenzio. 54
8.2. Il principio della libertà. 55
8.2.1. Limiti al principio della libertà 55
8.2.1.1. Forma "*ad substantiam*" 55
8.2.1.2. Forma "*ad probationem*". 55
8.2.1.2.1. Forma volontaria o convenzionale 55

CAPITOLO 9° 56
La causa 56
9.1. Nozione. 56
9.1.1. Differenza con i motivi. 56
9.2. Negozi causali e astratti. 57
9.3. La causa come canone di differenziazione tra differenti categorie negoziali. 57
9.3.1. Negozi tipici (o nominati). 57
9.3.2. Negozi atipici (o innominati: art. 1322 c. 2°). 57
9.3.2.1. Il giudizio di meritevolezza. 57
9.3.3. Negozi misti. 57
9.3.4. Negozi collegati. 58
9.4. Il negozio illecito. 58
9.4.1. Negozio in frode alla legge. 59

CAPITOLO 10° 60
Gli elementi accidentali 60
10.1. Nozione. 60
10.2. La condizione. 60
10.2.1. Nozione. 60
10.2.1.1. Illiceità ed impossibilità della condizione. 60
10.2.1.1.1. La condizione illecita. 60
10.2.1.1.2. La condizione impossibile. 61
10.2.2. Classificazioni. 61
10.2.2.1. Riguardo agli effetti. 61
10.2.2.1.1. Condizione sospensiva. 61
10.2.2.1.2. Condizione risolutiva. 61
10.2.2.2. Rispetto alla causa produttrice dell'avvenimento. 61
10.2.2.2.1. Condizione casuale. 61
10.2.2.2.2. Condizione potestativa. 61
10.2.2.2.3. Condizione mista. 61

10.2.3. Vicende della condizione. 62
10.2.3.1. La pendenza. 62
10.2.3.1.1. Disciplina del negozio condizionato durante la pendenza. 62
10.2.3.2. Il verificarsi della condizione: la retroattività. 62
10.2.3.2.1. Limiti alla retroattività. 62
10.2.3.3. Mancanza della condizione. 63
10.2.4. Differenza con la presupposizione. 63
10.3. Il termine. 63
10.3.1. Nozione. 63
10.3.2. Tipologia. 63
10.3.2.1. Termine di efficacia e termine di scadenza. 63
10.3.2.2. Termine iniziale e finale. 64
10.3.2.3. L'avverarsi del termine. 64
10.4. Il *modus* o onere. 64
10.4.1. Nozione. 64
10.4.2. Modo impossibile e modo illecito. 64
10.4.3. Adempimento e inadempimento. 64

CAPITOLO 11° 66
La patologia del negozio giuridico 66
11.1. La patologia dell'atto. 66
11.2. La nullità. 66
11.2.1. Cause 66
11.2.2. Caratteristiche della nullità. 66
11.2.3. Nullità "testuale" e nullità totale. 67
11.2.4. Nullità parziale e nullità totale. 67
11.2.4.1. Totale. 67
11.2.4.2. Parziale 67
11.2.5. L'azione di nullità. 68
11.2.5.1. Natura. 68
11.2.5.2. Imprescrittibilità. 68
11.2.5.3. Legittimazione assoluta. 68
11.2.6. Gli effetti delle dichiarazioni di nullità 68
11.2.6.1. Effetti tra le parti. 68
11.2.6.2. Effetti nei confronti dei terzi. 68
11.2.7. Conversione del negozio nullo (art. 1424) 69
11.2.7.1. Conversione sostanziale. 69
11.2.7.2. La conversione formale. 69
11.3. L'annullabilità. 69
11.3.1. Nozione. 69
11.3.2. Cause di annullabilità. 69
11.3.3. Caratteristiche dell'annullabilità. 70
11.3.4. L'azione di annullamento. 70
11.3.4.1. Natura. 70
11.3.4.2. Legittimazione (art. 1441). 70
11.3.4.2.1. Legittimati a far valere l'annullabilità degli atti compiuti da soggetti affetti da incapacità (legale o naturale). 71
11.3.4.3. Prescrizione. 71
11.3.4.3.1. Perpetuità dell'eccezione. 72
11.3.4.4. Effetti dell'annullamento. 72
11.3.4.4.1. Nei confronti delle parti. 72
11.3.4.4.2. Nei confronti dei terzi. 72
11.3.5. Convalida. 73
11.3.5.1. Distinzione della convalida con figure affini. 73
11.3.5.1.1. Con la ratifica. 73
11.3.5.1.2. Con la rettifica. 73
11.4. Irregolarità 74

CAPITOLO 12° 76

I contratti 76
12.1. Generalità..... 76
12.1.1. Definizione e caratteristiche..... 76
12.1.2. Regime giuridico..... 76
12.1.3. Elementi del contratto..... 77
12.1.3.1. L'oggetto del contratto..... 77
12.1.3.1.1. Definizione 77
12.1.3.1.2. Requisiti dell'oggetto 77
12.2. La classificazione dei contratti. 78
12.2.1. Contratti tipici e atipici 78
12.2.2. Contratti a titolo oneroso e a titolo gratuito. 78
12.2.3. Rispetto al perfezionamento del vincolo contrattuale. 78
12.2.3.1. Contratti consensuali. 78
12.2.3.2. Contratti reali. 78
12.2.3.2.1. I contratti reali sono tutti unilaterali. 78
12.2.4. Riguardo agli effetti del contratto. 78
12.2.4.1. Contratti ad effetti reali o traslativi (o contratti con efficacia reale) 79
12.2.4.1.1. I contratti ed effetti reali sono sempre consensuali..... 79
12.2.4.2. Contratti ad effetti obbligatori..... 79
12.2.5. Riguardo al tempo di esecuzione 79
12.2.5.1. I contratti ad esecuzione istantanea 79
12.2.5.2. I contratti di durata. 79
12.2.6. Riguardo al nesso tra le attribuzione patrimoniali..... 80
12.2.6.1. Contratti unilaterali. 80
12.2.6.2. Contratti bilaterali o a prestazioni corrispettive. 80
12.2.6.3. Contratti bilaterali imperfetti..... 80
12.2.6.4. Contratti a struttura associativa. 81
12.2.7. Riguardo al rapporto tra i corrispettivi nei contratti a prestazioni corrispettive..... 81
12.2.7.1. Contratti commutativi, ... 81
12.2.7.2. Contratti aleatori..... 81

CAPITOLO 13° 82
Formazione del contratto 82
13.1. Generalità..... 82
13.2. Tipi di formazione del contratto 82
13.3. Le trattative..... 82
13.3.1. L'obbligo giuridico di comportarsi secondo buona fede..... 82
13.3.1.1. La responsabilità precontrattuale..... 83
13.4. La proposta. 83
13.4.1. Eccezioni alla revocabilità della proposta 84
13.4.1.1. Proposta ferma o irrevocabile..... 84
13.4.1.2. Opzione. 84
13.4.1.3. Contratti con obbligazioni a carico del solo proponente (contratti unilaterali). 85
13.4.2. La promessa al pubblico. 85
13.4.3. L'offerta al pubblico. 85
13.4.3.1. La differenza fra offerta e promessa al pubblico. 86
13.4.4. Il diritto di prelazione..... 86
13.5. L'accettazione..... 86
13.5.1. Nozione..... 86
13.5.2. Requisiti. 87
13.5.2.1. Tempestività..... 87
13.5.2.2. Forma. 87
13.5.2.3. Contenuto. 87
13.5.3. Revoca. 87
13.6. Conclusione del contratto 87
13.6.1. La conclusione mediante inizio di esecuzione. 88
13.7. Il contratto preliminare proprio..... 88
13.7.1. Nozione e funzione. 88
13.7.2. Forma..... 88
13.7.3. Reazione dell'inosservanza del contratto preliminare..... 88

13.7.4. Obbligo di trascrizione dei preliminari relativi ad operazioni sui beni immobili. 89
13.8. Il preliminare improprio o compromesso. 89

CAPITOLO 14° 90
Il contenuto del contratto 90
14.1. Introduzione. 90
14.2. Il contratto normativo. 90
14.3. Il contratto per adesione o contratti *standard*. 90
14.3.1. Le condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente da uno dei contraenti. 90
14.3.2. Clausole vessatorie. 91
14.3.2.1. Nozione 91
14.3.2.2. Tipologia. 91
14.3.2.3. Applicabilità della disciplina della clausole vessatorie alla P.A. 92
14.3.3. *Ratio* della disciplina 92
14.4. I contratti tipo o contratti conclusi mediante moduli o formulari. 92

CAPITOLO 15° 93
Effetti del contratto nei confronti dei terzi 93
15.1. Nozione di terzo e principio di relativa del contratto. 93
15.2. Applicazioni del principio di relatività 93
15.2.1. La promessa del fatto del terzo. 93
15.2.2. Il divieto contrattuale di alienazione. 93
15.3. Deroghe al principio di relatività. 94
15.3.1. Contratto a favore del terzo. 94
15.3.1.1. Nozione. 94
15.3.1.2. Disciplina. 94
15.3.2. Il contratto per persona da nominare. 95
15.3.2.1. Nozione. 95
15.3.2.2. La dichiarazione di nomina 95
15.4. Conflitti fra aventi diritto sullo stesso oggetto. 96

CAPITOLO 16° 97
Interpretazione del contratto 97
16.1. Nozione. 97
16.2. Le regole di interpretazione: introduzione. 97
16.3. Criteri di interpretazione soggettiva. 97
16.4. Criteri di interpretazione oggettiva. 97
16.5. Interpretazione del c.d. contratto oscuro. 98

CAPITOLO 17° 99
Estinzione del contratto 99
17.1. Premessa. 99
17.2. Rescissione 100
17.2.1. Nozione 100
17.2.2. La rescissione del contratto concluso in stato di pericolo. 100
17.2.3. La rescissione del contratto per lesione *ultra dimidium* 101
17.2.4. Disciplina. 102
17.2.4.1. Campo di applicazione. 102
17.2.4.2. Legittimazione e rilevabilità. 102
17.2.4.3. Prescrizione dell'azione. 102
17.2.4.4. La mancanza di convalida e la riconduzione ad equità. 102
17.2.4.5. Gli effetti. 102
17.2.4.5.1. Nei confronti delle parti. 102
17.2.4.5.2. Nei confronti delle parti. 103
17.3. Risoluzione legale del contratto. 103
17.3.1. Nozione. 103
17.3.2. Risoluzione per inadempimento. 103

17.3.2.1. Risoluzione giudiziale. 104
17.3.2.2. Risoluzione di diritto 104
17.3.2.2.1. La diffida ad adempiere 104
17.3.2.2.2. La clausola risolutiva espressa. 104
17.3.2.2.3. Il termine essenziale. 105
17.3.3. Risoluzione per impossibilita sopravvenuta. 105
17.3.4. Risoluzione per eccessiva onerosità. 106
17.3.4.1. Riconduzione ad equità. 107
17.3.4.2. Sentenza costitutiva del giudice. 107
17.3.5. Effetti della risoluzione. 107
17.3.6. Strumenti di autotutela. 107
17.3.6.1. Eccezioni di inadempimento *ex* art. 1460 c.c. 107
17.3.6.2. Sospensione dell'esecuzione *ex* art. 1461 c.c. 108
17.3.6.3. La clausola dei "*solve et repete*". 108
17.4. Risoluzione volontaria. 109
17.4.1. Il muto consenso 109
17.4.2. Il diritto di recesso unilaterale. 109

CAPITOLO 18° 110
Le obbligazioni 110
18.1. Nozione. 110
18.2. Il dovere di correttezza e la buona fede. 110
18.2.1. Il dovere di correttezza. 110
18.2.2. Buona fede. 111
18.3. Le fonti dell'obbligazione. 111
18.3.1. Fonti negoziali. 111
18.3.2. Fonti non negoziali. 111
18.4. Elementi del rapporto obbligatorio. 112
18.4.1. I soggetti. 112
18.4.2. L'oggetto: la prestazione. 112
18.4.2.1. La patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore. 113
18.4.2.1.1. La patrimonialità della prestazione. 113
18.4.2.1.2. L'interesse del creditore. 113
18.4.2.2. Altri requisiti della prestazione. 113
18.4.2.2.1. Possibilità. 113
18.4.2.2.2. Liceità. 114
18.4.2.2.3. Determinatezza o determinabilità. 114

CAPITOLO 19° 115
I principali tipi di obbligazione 115
19.1. Obbligazioni soggettivamente complesse. 115
19.1.1. Le obbligazioni parziarie. 115
19.1.2. Le obbligazioni solidali. 115
19.1.2.1. Disciplina della solidarietà 115
19.1.3. Obbligazioni divisibili e indivisibili. 116
19.1.3.1. Premessa. 116
19.1.3.2. Obbligazioni divisibili. 116
19.1.3.3. Obbligazioni indivisibili. 116
19.1.3.3.1. Disciplina. 117
19.1.3.3.2. Differenza tra obbligazioni indivisibili e obbligazioni solidali. 117
19.2. Obbligazioni oggettivamente complesse. 117
19.2.1. Obbligazioni cumulative. 117
19.2.2. Obbligazioni alternative. 117
19.2.2.1. Diritto di scelta. 118
19.2.2.1.1. Disciplina del mancato esercizio del diritto di scelta 118
19.2.2.1.2. Effetto della scelta. 118
19.2.2.2. Impossibilità di una delle due prestazioni. 118
19.2.3. Obbligazioni facoltative. 118
19.2.3.1. Distinzioni dall'obbligazione alternativa. 119

19.3. Classificazione delle obbligazioni rispetto alle prestazioni. 119
19.3.1. Obbligazioni positive o affermative. 119
19.3.2. Obbligazioni negative. 119
19.4. Altre distinzioni 119
19.4.1. Obbligazione "di mezzi" e obbligazione "di risultato" 119
19.4.2. Obbligazioni generiche e specifiche. 120
19.4.2.1. Nozione. 120
19.4.2.2. Rilevanza giuridica. 120
19.5. Tipi particolari di obbligazioni. 120
19.5.1. Le obbligazioni pecuniarie. 120
19.5.1.1. Nozione 120
19.5.1.2. Il principio nominalistico. 121
19.5.1.2.1. Debiti di valuta e di valore. 121
19.5.1.2.2. I rimedi all'applicazione rigorosa del principio nominalistico. 121
19.5.1.3. Gli interessi. 122
19.5.1.3.1. Nozione. 122
19.5.1.3.2. Caratteri. 122
19.5.1.3.3. Distinzioni in base alla fonte. 122
19.5.1.3.4. Distinzioni in base alla funzioni. 122
19.5.1.3.5. Anatocismo 123
19.5.2. Le obbligazioni naturali o obbligazione imperfette. 123

CAPITOLO 20° 124
Le modificazioni dei soggetti dell'obbligazione 124
20.1. La successione nel credito. 124
20.1.1. Introduzione. 124
20.1.2. Cessione del credito. 124
20.1.2.1. Nozione. 124
20.1.2.2. Efficacia della cessione. 124
20.1.2.3. Accessori del credito e garanzie del cedente. Eccezioni. 125
20.1.2.4. Cessione a titolo oneroso e a titolo gratuito. 125
20.1.3. La surrogazione del terzo nei diritti del creditore. 125
20.1.3.1. Nozione. 125
20.1.3.2. Tipi. 125
20.1.3.3. Posizione del surrogato. 126
20.1.3.4. Differenza con figure affini. 126
20.2. La successione nel debito. 126
20.2.1. Introduzione. 126
20.2.2. Delegazione 127
20.2.2.1. Nozione. 127
20.2.2.2. Delegazione di debito e delegazione di pagamento. 128
20.2.2.3. Delegazione cumulativa e liberatoria. 128
20.2.2.4. Regime delle eccezioni. 129
20.2.2.5. Delegazione attiva. 129
20.2.3. Espromissione. 130
20.2.3.1. Nozione e tipi. 130
20.2.3.2. Il regime delle eccezioni 130
20.2.3.3. Rapporti tra espromittente e ed estromesso. 130
20.2.3.4. Differenza tra espromissione e delegazione. 130
20.2.3.5. Differenza tra espromissione e fideiussione. 131
20.2.4. Accollo. 131
20.2.4.1. Nozione. 131
20.2.4.2. Accollo esterno e interno 131
20.2.4.3. Accollo cumulativo e liberatorio 131
20.2.4.4. Regime delle eccezioni. 132
20.2.5. Differenza tra delegazione, espromissione e accollo. 132
20.3. La cessione del contratto. 132
20.3.1. Nozione e campo di applicazione. 132
20.3.2. Il consenso del contraente ceduto. 132
20.3.3. Rapporti. 133

20.3.3.1. Rapporti tra ceduto e cedente. 133
20.3.3.2. Rapporti tra ceduto e cessionario. 133
20.3.3.3. Rapporti tra cedente e cessionario. 133

CAPITOLO 21° 134
Modi di estinzione dell'obbligazione 134
21.1. Introduzione. 134
21.2. Modi satisfattori di estinzione dell'obbligazione. 134
21.2.1. Adempimento. 134
21.2.1.1. Nozione. 134
21.2.1.2. Modalità di adempimento. 135
21.2.1.2.1. Oggetto dell'adempimento. 135
21.2.1.2.2. Diligenza nell'adempimento 135
21.2.1.3. Persona destinataria dell'adempimento. 135
21.2.1.4. Persona autrice dell'adempimento. 136
21.2.1.4.1. Gli ausiliari. 136
21.2.1.4.2. L'adempimento del terzo. 136
21.2.1.5. Il luogo dell'adempimento. 137
21.2.1.6. Tempo dell'adempimento. 137
21.2.1.7. Imputazione dei pagamenti. 137
21.2.2. La prestazione in luogo dell'adempimento. 138
21.2.3. La compensazione. 138
21.2.3.1. Tipi di compensazione. 138
21.2.3.2. Crediti che non ammettono compensazione. 139
21.2.4. La confusione 139
21.3. Modi non satisfattori di estinzione dell'obbligazione. 139
21.3.1. Novazione. 139
21.3.1.1. Nozione e tipologia. 139
21.3.1.2. Presupposti. 139
21.3.1.3. Effetti. 140
21.3.2. La remissione del debito. 140
21.3.3. L'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore. 140
21.3.3.1. Effetti. 141

CAPITOLO 22° 143
L'inadempimento e la mora 143
22.1. L'inadempimento. 143
22.2. Mora del debitore. 143
22.2.1. Introduzione. 143
22.2.2. Nozione. 144
22.2.3. Modi in cui il debitore cade in mora 144
22.2.4. Gli effetti. 144
22.2.5. La c.d. "purgazione della mora". 145
22.3. La mora del creditore. 145
22.3.1. Nozione 145
22.3.2. L'offerta solenne del debitore. 145
22.3.3. Gli effetti della mora. 146
22.3.4. L'estinzione dell'obbligazione. 146

CAPITOLO 23° 147
La responsabilità patrimoniale e le garanzie dell'obbligazione 147
23.1. La responsabilità patrimoniale. 147
23.2. Le garanzie del creditore. 147
23.2.1. Introduzione. 147
23.2.2. Cause legittime di prelazione. 148
23.2.2.1. Nozione. 148
23.2.2.2. Tipologie. 148
23.2.3. I privilegi. 149

23.2.3.1. Nozione. 149
23.2.3.2. Graduazione fra cause di prelazioni. 149
23.2.3.3. Differenze tra privilegio e diritti reali di garanzia. 150
23.2.4. Le garanzie reali. 150
23.2.4.1. Introduzione. 150
23.2.4.2. Le analogie e le differenze tra pegno e ipoteca 150
23.2.4.3. Il pegno. 151
23.2.4.3.1. Nozione. 151
23.2.4.4. Oggetto 151
23.2.4.5. Contratto di pegno 151
23.2.4.6. Effetti. 151
23.2.4.7. L'ipoteca. 152
23.2.4.7.1. Nozione ed oggetto. 152
23.2.4.8. Iscrizione. 153
23.2.4.9. Prescrizione ed estinzione. 153
23.2.4.10. Fonti. 154
23.2.4.11. L'ipoteca e i terzi 154
23.2.4.11.1. Il terzo acquirente del bene ipotecato. 154
23.2.4.11.2. Il terzo datore di ipoteca. 155
23.2.5. Le garanzie semplici. 155
23.2.5.1. Fideiussione 155
23.2.5.1.1. Nozione e fonte 155
23.2.5.1.2. Oggetto. 155
23.2.5.1.3. Rapporti tra fideiussore e creditore 156
23.2.5.1.4. Rapporti tra fideiussore e debitore principale. 156
23.2.5.1.5. Rapporti fra più fideiussori. 156
23.2.5.1.6. Fideiussione omnibus 156
23.2.5.2. L'avallo. 156
23.2.5.3. Mandato di credito. 157
23.2.6. Lettera di gradimento (o di "patronage"). 157
23.2.7. La clausola penale. 157
23.2.8. La caparra. 158
23.2.8.1. Nozione e funzione 158
23.2.8.2. Confirmatoria. 158
23.2.8.3. Penitenziale. 158
23.2.8.4. Differenza tra caparra e clausola penale. 158

CAPITOLO 24° 160
La conservazione della garanzia patrimoniale 160
24.1. Introduzione. 160
24.2. L'azione surrogatoria. 160
24.2.1. Nozione e natura giuridica. 160
24.2.2. Ambito di applicazione. 160
24.2.3. Presupposti. 161
24.2.4. Effetti. 161
24.3. L'azione revocatoria (o pauliana). 161
24.3.1. Nozione. 161
24.3.2. Ambito di applicazione. 161
24.3.3. Presupposti. 162
24.3.4. Effetti. 162
24.4. Il sequestro conservativo. 162
24.5. La soggezione volontaria alle conseguenza della responsabilità patrimoniale. 163
24.5.1. La cessione dei beni ai creditori. 163
24.5.2. Anticresi. 163

CAPITOLO 25° 164
Le obbligazioni nascenti da atti unilaterali 164
25.1. Introduzione. 164
25.2. Gestione di affare altrui. 164

25.2.1. Nozione. 164
25.2.2. Requisiti 164
25.2.3. Effetti della gestione. 165
25.2.4. Le azioni nascenti dalla gestione di affari. 165
25.2.5. Gestione rappresentativa e gestione semplice. 165
25.2.6. Nei confronti della P.A. 165
25.3. L'arricchimento ingiustificato ed i sui rimedi. 166
25.3.1. Il pagamento dell'indebito. 166
25.3.1.1. Nozione di indebito. 166
25.3.1.2. Indebito oggettivo e soggettivo. 166
25.3.1.3. L'azione di ripetizione dell'indebito. 166
25.3.1.4. Prescrizione. 166
25.3.1.5. Il contenuto dell'obbligo di restituzione. 167
25.3.1.6. Rimborso di spese e di miglioramenti. Il diritto di ritenzione. 167
25.3.2. L'azione generale di arricchimento. 167
25.3.2.1. Nozione 167
25.3.2.2. Effetto dell'arricchimento senza causa. 167
25.3.2.3. L'azione di arricchimento nei confronti della P.A. 168

CAPITOLO 26° 169
I beni giuridici 169
26.1. I beni giuridici. 169
26.1.1. Introduzione 169
26.1.2. Nozione. 169
26.1.3. Classificazioni 169
26.1.3.1. Beni corporali e beni incorporali. 169
26.1.3.2. Beni mobili e beni immobili 169
26.1.3.2.1. Differenze nella disciplina giuridica 170
26.1.3.3. Beni fungibili e infungibili. 170
26.1.3.4. Beni consumali e inconsumabili. 170
26.1.3.5. Beni divisibili e indivisibili 171
26.2. I rapporti di connessione tra i beni. 171
26.3. Le universalità. 172
26.3.1. Universalità di fatto 172
26.3.1.1. Nozione. 172
26.3.1.2. Elementi essenziali 172
26.3.2. Universalità di diritto 172
26.4. I frutti. 172
26.4.1. Nozione. 172
26.4.2. Tipologia. 172

CAPITOLO 27° 174
I diritti reali 174
27.1. I diritti reali. 174
27.1.1. Caratteristiche. 174
27.1.2. Classificazioni. 174
27.2. Il diritto di proprietà. 175
27.2.1. Nozione. 175
27.2.2. Caratteristiche. 175
27.2.3. Limiti. 175
27.2.4. I modi di acquisto della proprietà 176
27.2.4.1. Modi di acquisto a titolo originario. 176
27.2.4.1.1. L'occupazione. 176
27.2.4.1.2. L'invenzione. 176
27.2.4.1.3. Accensione. 177
27.2.4.2. Modi di acquisto a titolo derivativo. 177
27.2.5. Difesa della proprietà. 177
27.2.5.1. L'azione di rivendicazione. 178
27.2.5.2. L'azione negatoria. 178

27.2.5.3. L'azione di regolamento dei confini.....178
27.2.5.4. L'azione di apposizione dei termini. 178
27.3. I diritti reali di godimento su cosa altrui. 179
27.3.1. La superficie.....179
27.3.2. Enfiteusi. 179
27.3.3. Usufrutto. 180
27.3.4. L'uso. 180
27.3.5. Diritto di abitazione 180
27.3.6. Servitù prediali. 180
27.3.6.1. Nozione. 180
27.3.6.2. Caratteri. 180

CAPITOLO 28° 182
Il possesso e la detenzione 182
28.1. Il possesso. 182
28.1.1. Nozione. 182
28.1.2. Elementi 182
28.1.3. Vicende del possesso. 182
28.1.3.1. L'acquisto. 182
28.1.3.2. Durata ed intervisione del possesso. 183
28.1.3.2.1. Durata. 183
28.1.3.2.2. Interversione del possesso. 183
28.1.3.3. Perdita, successione ed accessione. 184
28.1.3.3.1. Perdita. 184
28.1.3.3.2. Successione ed accessione. 184
28.1.4. Le qualificazioni del possesso. 184
28.1.4.1. Possesso ad *uscapionem*. 184
28.1.4.2. Possesso di buona fede 184
28.1.4.3. Possesso di buona fede titolato 184
28.1.4.3.1. Acquisto immediato della proprietà di beni mobili ex art. 1153. 184
28.1.4.3.1.1. Fondamento. 185
28.1.4.3.1.2. Effetti. 185
28.1.4.4. Possesso di mala fede 185
28.2. La detenzione. 185
28.2.1. Nozione. 185
28.2.2. Elementi della detenzione. 185
28.2.3. Detenzione qualificata e non qualificata 186
28.2.4. Presunzione del possesso. 186

CAPITOLO 29° 187
L'usucapione 187
29.1. Nozione. 187
29.2. Oggetto. 187
29.3. Requisiti. 187
29.3.1. La continuità del possesso. 187
29.3.2. Mancanza di vizi. 187
29.3.3. La durata. 188
29.3.3.1. Usucapione ordinaria. 188
29.3.3.2. Usucapione abbreviata 188
29.4. Usucapione di beni mobili 189
29.5. Disciplina dell'usucapione. 189

CAPITOLO 30° 190
Le azioni possessorie 190
30.1. Introduzione. 190
30.2. L'azione di reintegrazione o di spoglio. 190
30.2.1. Nozione e funzione.. 190
30.2.2. Legittimazione attiva e passiva. 190

30.2.3. Il termine 190
30.3. L'azione di manutenzione. 190
30.3.1. Nozione. 190
30.3.2. Il possesso tutelabile con l'azione di manutenzione. 191
30.3.3. Termine, ... 191
30.4. L'azione di nunciazione. 191

CAPITOLO 31° 192
Alcuni contratti tipici 192
31.1. La compravendita. 192
31.1.1. Nozione e natura giuridica 192
31.1.2. Obbligazioni del venditore 192
31.1.2.1. La garanzia per l'evizione 192
31.1.2.2. La garanzia per vizi occulti della cosa 193
31.1.3. Obbligazioni del compratore 193
31.1.4. Le vendite sottoposte a condizione. 194
31.1.4.1. Vendita con patto di riscatto. 194
31.1.4.2. Vendita rateale con riserva di proprietà 194
31.1.5. Le singole ipotesi di vendita obbligatoria 194
31.1.5.1. La vendita alternativa 194
31.1.5.2. Vendita di cose generiche 195
31.1.5.3. Vendita di cosa futura 195
31.1.5.4. Vendita di cosa altrui 195
31.2. La locazione. 195
31.2.1. Nozione e caratteri 195
31.2.2. Obblighi del locatore 196
31.2.3. Obblighi del conduttore 196
31.3. Il contratto di somministrazione. 196
31.3.1. Nozione 196
31.3.2. Disciplina 196
31.3.3. La clausola di esclusiva 197
31.3.4. II patto di preferenza 197
31.3.5. Differenze da figure affini 197
31.4. L'appalto. 198
31.4.1. Nozione. 198
31.4.2. Segue: obbligazioni dell'appaltatore 198
31.4.3. Obbligazioni del committente 199
31.4.4. II diritto alla revisione del prezzo 199
31.4.5. Estinzione dell'appalto. 199