

PARTE PRIMA - INTRODUZIONE

CAPITOLO 1: L'ORDINAMENTO GIURIDICO:

La parola DIRITTO può assumere diversi significati. Per quanto concerne l'origine di questa parola, essa si può ritrovare sia nel latino medievale, sia nel latino classico.

LATINO MEDIEVALE → Diritto = **DIRECTUS**. Con questa radice si vuole sottolineare il legame esistente tra l'idea di diritto (quindi la funzione di governare e indirizzare comportamenti umani) e le regole di cui il diritto consiste.

La parola REGOLA deriva da REGULA: essa permetteva di distinguere ciò che è lineare (quindi dritto, diritto) da ciò che non lo è (quindi da ciò che è irregolare); strettamente collegato alla Regula è la NORMA, che identifica una regola di comportamento (NORMA-lità; REGOLA-rità).

LATINO CLASSICO → Diritto = **IUS**. La radice si può ritrovare anche in "giudizio, giudice e giudicare". Con essa si vuole sottolineare invece il legame tra idea di diritto (come regola) e lo SCOPO di GIUSTIZIA (ovvero il PERSEGUIRE, IN UNA COMUNITA' BEN ORGANIZZATA, UN IDEALE DI GIUSTIZIA). In negativo si può dire che il diritto impedisce che ognuno si faccia giustizia da se (con questo si vuole evitare la violenza o la vendetta).

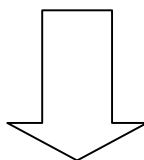
IL LEGAME CHE INTERCORRE TRA IUS-IUSTITIA è QUEL LEGAME PRESENTE ANCHE TRA DIRITTO-GIUDIZIO.

DIRITTO e LEGGI:

LEGGE → = LEX: termine di origine latina. Allude a un'idea di un patto vincolante, a una convenzione solenne → Complesso di regole stabilite in un testo.

Oggi, parlando di legge, si possono trovare ben 3 connotazioni:

- **LEGGE = INSIEME/UNIVERSO di REGOLE.** Uso comune → **LEGGE = DIRITTO** (universo di regole con caratteristiche di legalità e giuridicità).
- **LEGGE = TESTO LEGISLATIVO** (prodotto secondo certe procedure).
- **LEGGE = REGOLA/NORMA come PRESCRIZIONE di COMPORAMENTO o come DESCRIZIONE di REGOLARITA' FATTUALE.** (Legge come regola o come norma, sia in senso prescrittivo che in senso descrittivo).



LEGGE → DIRITTO, TESTO LEGISLATIVO, REGOLA

DIRITTO e DIRITTI:

Diritto = Universo di regole. La regola riconosce o attribuisce un DIRITTO (che può assumere significati diversi).

Il diritto italiano garantisce il diritto di proprietà. In quest'espressione possiamo distinguere due significati di diritto: il DIRITTO OGGETTIVO ed il DIRITTO SOGGETTIVO.

Per diritto OGGETTIVO s'intende un insieme di regole legali; per diritto SOGGETTIVO invece s'intende una possibilità, libertà, posizione di vantaggio garantita da una regola legale.

PRESCRIZIONI, REGOLE e NORME:

REGOLA = Proposizione con la FUNZIONE di PRESCRIVERE un COMPORTAMENTO, quindi di qualificarlo come obbligatorio, vietato o lecito.

Con la regola non si descrive ma si prescrive → indirizza comportamenti.

Possiamo trovare diversi tipi di regola (o prescrizione):

- **INDIVIDUALE:** il comportamento di uno o più individui determinati;
- **CONCRETA:** vale in una o più situazioni;
- **GENERALE:** comportamento di chiunque si trovi in una determinata situazione;
- **ASTRATTA:** la prescrizione vale in ogni situazione uguale a quella prevista.

REGOLA di DIRITTO: ci si riferisce a quella regola/e che prescrive/ono in modo generale ed astratto ciò che si può o che si deve fare in ogni situazione che corrisponde a situazioni tipo previste dalle regole stesse.

Ne è esempio l'art. 927 del c.c. → "Chi trova una cosa mobile deve restituirla al proprietario".

SINONIMO di REGOLA → NORMA: entrambi richiamano dei concetti che esprimono il ripetersi di fatti o comportamenti (REGOLA = REGOLARE; NORMA = NORMALE).

Funzione **in senso prescrittivo:** indirizzare i comportamenti umani in modo che un certo modello di comportamento divenga normale; prescrizione di comportamento (norma-precetto) può essere efficace dal collegamento con una regola "strumentale". Questa regola prevede delle conseguenze negative per chi viola determinate prescrizioni (SANZIONI = CONSEGUENZE = differenti tra loro).

COS'E' UNA REGOLA di DIRITTO?:

E' importante tracciare un confine tra diritto (legge, regola legale) e ciò che diritto non è → è necessario quindi stabilire un criterio di riconoscimento della regola legale che la differenzia da tutte le altre.

Una **REGOLA di DIRITTO** è quella regola che si forma in uno dei modi di produzione previsti dal sistema.

FONTI del DIRITTO:

Qualsiasi atto o fatto idoneo a produrre norme giuridiche in un sistema dato.

Una prima distinzione delle fonti del diritto si ha tra FONTI SCRITTE e FONTI NON SCRITTE:

- Fonti **SCRITTE**: la regola è formulata in un testo scritto;
- Fonti **NON SCRITTE**: la regola è ricavata da elementi diversi.

Nei sistemi contemporanei possiamo trovare: il PRECEDENTE GIUDIZIARIO e l' ATTO LEGISLATIVO:

- **II PRECEDENTE GIUDIZIARIO**: decisione già avvenuta di un caso, analogo a quello che si tratta di decidere → dalla decisione si ricava una regola (ossia un criterio di soluzione che può valere per ogni caso simile);
- **L' ATTO LEGISLATIVO**: procedimento con cui un'autorità ha il potere di legiferare. Questo produce un testo che contiene regole di diritto.

In ogni sistema troviamo delle regole che prevedono come si possono produrre ulteriori regole di quel sistema.

NORME di PRODUZIONE = Regole che disciplinano i modi di produzione delle norme di un sistema giuridico. Anche queste sono prodotte (come previsto dall'art. 70 della Costituzione → fa parte di un testo costituzionale approvato dall'assemblea costituente).

L'ORDINAMENTO GIURIDICO:

Per ordinamento giuridico s'intende un "universo di regole di diritto, che formano un insieme unitario e ordinato perché sono prodotte in conformità ad un apparato di fonti legittimato da un unico fatto costitutivo, che ha dato vita all'organizzazione di un gruppo sociale".

Diritto INTERNAZIONALE = regola i rapporti tra Stati, ha delle proprie fonti e proprie norme, che ogni Stato membro, è tenuto ad osservare. La condotta di quello Stato che viola norme internazionali è illecita anche per quanto concerne l'ambito dell'ordinamento internazionale. (Ciò che è illecito sotto il profilo internazionale può essere lecito sotto il profilo nazionale).

Nell'ordinamento Italiano → art. 10 della Cost. che prevede un adattamento automatico alle norme internazionali generalmente riconosciute.

LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO:

L' art. 1 del Codice Civile elenca le varie fonti del diritto:

- Le leggi;
- I regolamenti;
- Le norme corporative;
- Gli usi.

La Costituzione della Repubblica Italiana, entrata in vigore il 1° gennaio del 1948, è la fonte suprema dell'ordinamento italiano.

LE LEGGI → con questa espressione ci si riferisce a tutti quegli atti con cui si esercita la funzione legislativa secondo la nostra Costituzione (**leggi in senso materiale**):

- **Leggi in senso formale** → tutti quegli atti che vengono prodotti secondo le procedure previste negli artt. 70 e ss. Della Cost.: essi devono essere approvati dalle Camere, promulgati dal P.d.R. e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale;
- **Atti legislativi** → sono prodotti con una diversa procedura ed hanno la stessa forza della "legge" in senso stretto: tra questi ricordiamo il decreto legislativo delegato e il decreto legge;
- **Potestà legislativa** → attribuita dalla Cost., in determinati ambiti/ materie, anche alla Regioni (art. 117 Cost.); in queste materie la legge Statale può dettare dei principi fondamentali, che la Regione deve rispettare, esercitando la propria autonomia legislativa;

I REGOLAMENTI → costituiscono una fonte subordinata gerarchicamente alla legge. Essi possono essere emanati da differenti organi, ovvero: Governo, Regioni, Province e Comuni. I regolamenti Governativi hanno la funzione di disciplinare l'esecuzione di leggi: essi dettano norme applicative che non possono contrastare con quanto previsto dalla legge (*regolamenti di esecuzione*).

LE NORME CORPORATIVE → regole che trovano fonte nei contratti collettivi, hanno efficacia *erga omnes* (*efficacia generale*), in quanto stipulati da organizzazioni sindacali. Proprio questo trova fondamento nell'art. 39 della Cost.: esso prevede la stipulazione di contratti collettivi aventi efficacia normativa generale perché stipulati da rappresentanze sindacali.

GLI USI → sono una fonte di diritto *sussidiaria* (consuetudini) le cui regole fanno parte dell'ordinamento, a queste condizioni:

- In quanto richiamate da una fonte precedente;
- In materie non regolate da altre fonti → questa rappresenta la vera e propria consuetudine, che per essere tale deve presentare due requisiti: **A) una generale e costante uniformità di comportamento; B) la convinzione di osservare un obbligo giuridico.**

Le fonti comunitarie:

REGOLAMENTI → Essi hanno un'efficacia immediata nel diritto interno degli Stati membri e prevalgono su norme statuali difformi. La possibilità di emanare dei regolamenti è prevista in alcune materie contenute nel Trattato istitutivo della Comunità europea;

DIRETTIVE → Sono volte a ravvicinare il diritto interno dei singoli Stati in tutte quelle materie che hanno un'incidenza immediata sia sull'instaurazione, sia sul funzionamento del mercato comune. Le direttive hanno carattere rilevante: esse svolgono l'importante funzione di "armonizzazione delle legislazioni" di tutti gli stati membri.

Direttiva = prescrizione rivolta agli Stati perché provvedano all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e legislative.

Come si attuano le direttive? :

La legge 9 marzo del 1989, n° 86 e successivamente la l. 4 febbraio 2005 ha previsto una procedura costante per attuare le direttive comunitarie.

- ✓ Entro il 31 gennaio di ogni anno dev'essere presentato al Parlamento un d.d.l. concernente le "*Disposizioni per l'adempimento di obblighi che derivano dall'appartenenza dell'Italia alla C.E.*" → questa costituisce la **legge comunitaria** annuale (*essa contiene una delega al Governo che riguarda l'attuazione di determinate direttive, secondo criteri dettati dalla legge stessa. Il Governo ha l'importante funzione di provvedere tramite D.LGS.*).

RIASSUMENDO → Le fonti del diritto sono costituite da:

- 1) La **Costituzione** (con le relative **leggi costituzionali**);
- 2) Il **Trattato**, i **regolamenti** e le **direttive** della **Cee**;
- 3) Le **leggi Statali** e **Regionali**;
- 4) I **regolamenti**;
- 5) Le **norme corporative in vigore**;
- 6) Gli **usi**.

L'APPLICABILITA' DELLE NORME. L'ENTRATA IN VIGORE:

Una disposizione normativa, per essere definita parte integrante dell'ordinamento, deve **entrare in vigore**; la norma quindi dovrà essere pubblicata e, dalla data di pubblicazione, dovrà decorrere il periodo della **vacatio legis**.

Per *pubblicazione* s'intende la *riproduzione della norma nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica* (qualora si tratti di una legge o atto normativo statale) o *nel Bollettino Ufficiale della Regione* (se riguarda una legge/atto regionale) o *nell'affissione all'albo* (se si tratta di norme comunali).

La *pubblicazione* ha l'importante funzione di rendere conoscibile la norma/l'atto. Stessa funzione può essere attribuita al periodo della *vacatio legis* che intercorre tra la pubblicazione e l'entrata in vigore vera e propria dell'atto.

Una volta trascorso il termine di *vacatio* la norma è in vigore ed è applicabile e vincolante senza riguardo alla conoscenza/conoscibilità da parte dei destinatari.


(per alcune tipologie di leggi questo periodo di *vacatio legis* può essere sopperito, disponendo così di un'entrata in vigore immediata (*leggi catenaccio*)).

L'ABROGAZIONE DELLE NORME. IL PRINCIPIO DI IRRETROATIVITA':

Il testo dell'art. 15 delle Disp. Prel. Individua tre differenti tipologie di abrogazione:

- ✓ "per dichiarazione espressa del legislatore" → ESPRESSA;
- ✓ "per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti" → TACITA;
- ✓ Perché la "nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore" → PER DISCIPLINA DELLA NUOVA MATERIA (TACITA).

Quando entra in vigore una nuova norma può verificarsi un conflitto tra la nuova norma ed una norma preesistente. Per questo vennero introdotti delle modalità di risoluzione di conflitto, ossia:

- Qualora l'antinomia riguardi la **successione di norme nel tempo**, essa è risolta tramite il criterio **cronologico**: con questo criterio prevarrà la norma posta successivamente nel tempo (*lex posterior*) (in altre parole le norme prodotte da fonti omogenee si ordinano secondo la loro successione temporale) .  **LEX POSTERIOR DEROGAT PRIORI.**
- Oltre a questo criterio possiamo trovare un'altra modalità di abrogazione delle norme. Esse infatti possono essere abrogate secondo la procedura prevista dall'art. 75 della Cost., ossia tramite referendum popolare abrogativo indetto su richiesta di 500.000 elettori o di 5 Consigli regionali. Il secondo comma dell'art. 75 prevede poi che il referendum non può essere richiesto per leggi tributarie, di bilancio, di amnistia e indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali.

L'abrogazione di una norma giuridica non implica la sparizione di essa dall'ordinamento, bensì che questa perde la sua efficacia (vigore) dal momento in cui viene attuata l'abrogazione; la norma mantiene la propria forza prescrittiva per quanto riguarda i casi insorti prima dell'abrogazione, anche se la controversia sorge successivamente; la nuova disciplina, infine, regola fatti successivi alla sua entrata in vigore.

L'art. 11 disp. prel. al c.c., articolo che enuncia il principio di irretroattività delle leggi, afferma che "la legge non dispone che per l'avvenire". Un particolare riguardo si ha per tutte quelle leggi in materia penale: esse godono di una garanzia costituzionale, che si sviluppa sulla base del principio di legalità enunciato dal seguente " *nullum crimen sine lege*".

Per tutte le altre leggi questo principio può essere derogabile e disposto dal legislatore stesso.

RAPPORTI TRA FONTI DIVERSE. PARITA', PREVALENZA E COMPETENZA:

- Se le **regole** prodotte **non** sono in **contrasto tra loro**, la disciplina stabilita dalla legge si affianca e va unita alla disciplina prevista per l'altra materia → ciò accade se una legge segue un regolamento di esecuzione.
- Se invece il **conflitto** insorge **tra norme di fonte diversa** → in questo caso è decisivo il *rapporto tra fonti*, ovvero la reciproca posizione in termini di *grado* o *competenza*.

- Se il **conflitto** riguarda **fonti omogenee** (di pari grado) → il contrasto tra le discipline è risolto con il medesimo criterio che riguarda il conflitto di norme prodotte dalla stessa fonte (criterio cronologico).
- Se invece il **conflitto** è concerne a **fonti di grado diverso**, al criterio cronologico può essere affiancato il criterio gerarchico: esso non si basa più sulla successione delle norme nel tempo, bensì riguarda la posizione gerarchica che esse assumono nella gerarchia delle fonti (in questo caso prevarrà quella superiore di grado. La norma inferiore sarà classificata norma illegittima → *nel nostro ordinamento la Cost. e le leggi Cost. sono superiori alla legge ordinaria, che è superiore ai regolamenti*).

L' ILLEGITTIMITA' DELLE NORME:

Si definisce *illegittima* quella *norma che presenta un vizio nella sua formazione*, rendendola così *inidonea alla funzione regolatrice* che ad essa appartiene.

Nell' Ordinamento Italiano, come in ogni altro ordinamento giuridico, sono previsti dei meccanismi che consentono l'eliminazione delle norme illegittime.

La questione di illegittimità è sollevata dal giudice ben determinato, una volta richiesta l'applicazione della norma che appare incostituzionale (non è comunque risolta dal giudice stesso).

Per quanto riguarda i regolamenti invece, la valutazione di legittimità può essere sollevata da qualunque giudice che ha il fine ultimo di disapplicare il regolamento in un determinato caso (il potere di annullare le norme introdotte con il regolamento spetta al solo giudice amministrativo).

LE FONTI DI COGNIZIONE:

Le fonti di cognizione, definite anche fonti di conoscenza, sono tutte quelle fonti che comprendono *documenti in cui sono raccolti i testi delle norme giuridiche formate attraverso fonti di produzione*. La fonte di cognizione per eccellenza è il testo della Costituzione. Successivamente, in ambito della legge ordinaria, troviamo il sistema della codificazione → unico atto normativo che regola i differenti aspetti in modo organico, sistematico e completo. Il codice si forma attraverso la legge delega, emanato tramite d. l.g.s..

In Italia troviamo 5 differenti codici:

- Codice civile;
- Codice di procedura civile;
- Codice penale;
- Codice di procedura penale;
- Codice della navigazione.

CAPITOLO 4-LE SITUAZIONI GIURIDICHE

Chi trova la cosa e il proprietario della cosa trovata si trovano in due situazioni giuridiche: il primo di chi deve *restituire*, il secondo nella posizione di chi può pretendere dal primo il comportamento a lui favorevole. Si stabilisce tra i due un **rapporto giuridico**. Si dice situazione giuridica attiva quella in cui si trova la parte avvantaggiata, e passiva quella in cui si trova la parte svantaggiata.

SITUAZIONI ELEMENTARI: DOVERE-OBBLIGO, FACOLTA', POTERE:

Funzione primaria della norma giuridica è quella di imporre ai suoi destinatari un determinato comportamento: **un dovere**. Un comportamento come quello indicato nella norma soddisfa la prescrizione, un comportamento opposto, o diverso, la viola. La norma può indicare un comportamento che vuole *imporre*, o un comportamento che vuole sia *evitato*.

La situazione soggettiva della persona, che è tenuta ad un certo comportamento si chiama **obbligo**.

Facoltà è la situazione del soggetto che può lecitamente compiere un atto. **Potere** è dunque la situazione del soggetto che può efficacemente compiere un atto.

Facoltà e potere sono due concetti diversi: il primo indica la posizione di chi può compiere lecitamente un atto, il secondo la posizione di chi può compiere efficacemente un atto.

SOGGEZIONE E ONERE:

Soggezione indica la situazione di un soggetto che senza essere obbligato a un determinato comportamento, subisce le conseguenze dell'esercizio di un potere altrui (la posizione di chi riceve una richiesta è di soggezione).

La situazione di **onere** si verifica quando un soggetto può ottenere un determinato risultato soltanto se terrà un certo comportamento.

DIRITTO SOGGETTIVO:

Si parla di **diritto soggettivo** quando la legge attribuisce a un soggetto un potere per la tutela primaria e diretta del proprio interesse.

L'INTERESSE LEGITTIMO NEL DIRITTO PRIVATO:

Nel diritto pubblico si parla di **interesse legittimo** per indicare quelle situazioni in cui l'attribuzione di un potere ad un soggetto non avviene in vista di una protezione dell'interesse del titolare, immediata e diretta, ma ne garantisce una protezione mediata, dipendente cioè dalla coincidenza dell'interesse particolare con quello generale. Chi agisce per la tutela di un interesse legittimo deve rivolgersi anziché al giudice ordinario, agli organi di giurisdizione *amministrativa*.

Nell'ambito del diritto privato va ricordato che la lesione di un interesse legittimo può dar luogo alla pretesa di risarcimento del danno a norma dell'art. **2043**, pretesa che si fa valere davanti al giudice ordinario.

UFFICIO E POTESTÀ:

Le posizioni in cui si combinano insieme potere e dovere possono comprendersi tutte nell'idea di funzione o ufficio di diritto privato. Accade che un soggetto sia investito di un potere che gli è affidato non per la tutela di un proprio interesse, ma perché egli persegua e curi un interesse altrui (tutore di un minore o di un interdetto art.357, genitore che cura l'interesse del figlio minore art.320 ecc.).

Quindi l'attività giuridica oggetto del potere è anche oggetto di un dovere: il titolare *può e deve* compiere tutti gli atti che sono opportuni per curare l'interesse a lui affidato. Il potere stesso è vincolato allo *scopo*, cioè ogni atto di esercizio del potere che si discosti dallo scopo fissato dalla legge costituisce un **abuso**.

L'**autorità**, è quella situazione di "vantaggio" che ad esempio ha un genitore quando assume delle decisioni, e in certi limiti dispone degli interessi, senza il consenso dei propri figli.

Il termine **potestà** indica il complesso di poteri-doveri dei genitori. Alla potestà corrisponde la *soggezione* della persona su cui l'autorità si esercita.

DIRITTI ASSOLUTI E RELATIVI:

La categoria dei *diritti soggettivi* è varia. Una prima distinzione è quella tra:

- **diritti assoluti**: possono essere fatti valere verso chiunque (erga omnes); Esempi di diritti assoluti sono: la proprietà e i c.d. diritti reali limitati (uso, abitazione servitù ecc.). Diritti assoluti sono poi quelli che proteggono la persona: diritto alla vita e all'integrità fisica, al nome, alla vita privata e in genere tutti i diritti della personalità.
- **diritti relativi**: sono quelli che si fanno valere solo nei confronti di determinati soggetti. Esempio di diritti relativi è il **diritto di credito**: proteggono un interesse la cui soddisfazione può essere assicurata solo attraverso il comportamento di una determinata persona e consiste in una pretesa verso l'obbligato e solo lui può essere fatta valere. Anche i diritti non-patrimoniali hanno questa struttura.

DIRITTI POTESTATIVI:

Vi sono casi in cui ad un soggetto è attribuito un potere a cui non corrisponde un obbligo, ma una soggezione dell'altra parte (es. il proprietario di un fondo che chiede la comunione del muro di confine, il diritto di prelazione, il diritto di riscatto...). Il titolare di un **diritto potestativo** ha il potere di determinare un mutamento della situazione giuridica che l'altra parte subisce. Non sempre il diritto potestativo si può esercitare ad arbitrio. In certi casi c'è un **onere** da adempiere per ottenere il risultato. In altri è necessario che vi sia una **giusta causa** o un criterio di oggettiva **necessità**.

L'OBBLIGAZIONE:

Obbligazione è il vincolo da cui è gravato il debitore verso il creditore. Oggetto dell'obbligazione è una prestazione che deve essere suscettibile di valutazione economica, anche se l'interesse non è in sé e per sé di natura patrimoniale.

LA TITOLARITÀ. LA SUCCESSIONE:

La relazione di appartenenza di un diritto o di un obbligo si esprime con il concetto di **titolarità** del diritto o dell'obbligo. È anzitutto essenziale stabilire se l'acquisto (del diritto) è avvenuto a:

- **titolo originario:** significa che il diritto si costituisce, in capo a una persona, senza dipendere dalla posizione di un precedente titolare (pesce pescato, cosa smarrita, usucapione...);
- **titolo derivativo:** significa che il diritto dell'acquirente ha fonte nel diritto del precedente titolare. L'acquisto a titolo derivativo segue due principi-base:
 - nessuno può trasmettere a un'altra persona più di quello che ha;
 - se viene meno il diritto dell'alienante, viene meno anche il diritto dell'acquirente.

Entrambe i principi hanno eccezioni perché occorre proteggere chi acquista soprattutto se in buona fede..

L'acquisto a titolo derivativo può essere:

- **acquisto derivativo traslativo:** viene trasmesso lo stesso diritto che aveva il dante causa. Le due parti della vicenda traslativa sono il dante causa (chi trasmette ad altri il proprio diritto), e l'avente causa (chi acquista da altri un diritto). Si parla di **successione** quando si ha una sostituzione di un soggetto a un altro come titolare di un diritto o di un obbligo. La successione può essere a **titolo universale** (si verifica per causa di morte), o a **titolo particolare** (ogni successione tra vivi)
- **acquisto derivativo costitutivo:** viene a costituirsi un diritto nuovo, ma sulla base del diritto dell'autore (es. vendo la mia casa ma mi riservo l'usufrutto vitalizio).

L'ESTINZIONE DI DIRITTI E OBBLIGHI. LA RILEVANZA DEL TEMPO:

Diversi fatti possono determinare l'estinzione di un diritto o di un obbligo. Un diritto può cessare di esistere per **rinuncia** del titolare o per **abbandono** (rinascerà a titolo originario, in capo a chi occupi la cosa abbandonata. Per molti diritti l'estinzione è funzionale allo scopo stesso per cui il diritto nasce: così è per i diritti di credito, che si estinguono una volta soddisfatto un certo interesse. Vi sono diritti che durano quanto la persona a cui sono attribuiti: è il caso dei diritti fondamentali (diritto alla vita e all'integrità fisica, alla dignità, alla riservatezza, all'onore), essi si acquistano con la nascita o con lo sviluppo delle capacità naturali di intendere e di volere e si estinguono solo con la morte del titolare. Carattere perpetuo si riconosce alla proprietà il cui godimento è pieno ed esclusivo. Carattere temporaneo possono avere invece gli altri diritti sulle cose (come l'usufrutto che non può durare più della vita dell'usufruttuario).

ALTRE POSIZIONI PROTETTE:

Interessi diffusi: interessi riferibili a intere categorie, a classi sociali, o a collettività non delimitate.

Aspettativa legittima: indica una situazione ben distinta da quella che si avrà con l'acquisto del diritto, ma che richiede una qualche protezione proprio perché presenta già alcune premesse dell'acquisto del diritto (ti lascio l'eredità se riuscirai a laurearti).

Aspettativa di fatto: quella che si fonda su eventualità future rispetto alle quali nessun elemento della fattispecie si è definitivamente formato (possibilità, prospettive o speranze).

BOX

CAPITOLO 5-FATTI E ATTI NEL DIRITTO PRIVATO

ATTI GIURIDICI IN SENSO AMPIO:

Sono **fatti giuridici** tutti quegli accadimenti naturali che provocano determinati effetti giuridici come: la morte, il crollo di un edificio.

Sono **atti giuridici** tutti quei comportamenti, leciti o illeciti, imputabili ad una persona come sua propria azione che la legge prende in considerazione (contratto art.1321, testamento art. 578, matrimonio art.84, confessione art. 2730).

Siamo di fronte a un:

- **atto lecito:** quando una norma attribuisce rilevanza giuridica ad una condotta lecita;
- **atto illecito:** quando un comportamento viene in considerazione proprio perché è contrario ad una norma o ad un principio dell'ordinamento giuridico.

GLI ATTI ILLECITO. L'ILLECITO CIVILE:

Una condotta umana è giuridicamente **illecita** quando viola una regola di diritto, cioè quando corrisponde ad un comportamento vietato o quando non corrisponde al comportamento dovuto e perciò lede interessi protetti dalla norma. In campo penale vige il principio *nullum crimen sine lege*, ed è vietato il ricorso all'analogia.

In rapporto al tipo di regola violata si possono distinguere diverse specie di illecito.

L' **illecito penale** comprende tutti quei comportamenti che la legge considera lesivi di un bene la cui tutela è di interesse generale, e che espressamente prevede come fattispecie di reato, cui si collega una pena a carico dell'autore dell'illecito.

La categoria dell'**illecito amministrativo** comprende tutti i comportamenti che violano norme poste a tutela di quegli interessi di ordine generale, la cui soddisfazione è affidata alla Pubblica Amministrazione.

Con riferimento a **illecito civile** ci riferiamo invece ad un comportamento che:

- a) Lede direttamente un interesse particolare protetto da una norma giuridica;
- b) Provoca un pregiudizio per il soggetto leso.

L'illecito civile è fonte di **responsabilità** e cioè dell'obbligo di risarcire il danno cagionato.

L'**illecito contrattuale** (art. 1218 e ss): il debitore che non adempie la prestazione dovuta al creditore, viola la norma che lo obbliga ad adempiere e lede l'interesse del creditore.

L'**illecito extracontrattuale** (art. 2043): la lesione dell'interesse di un soggetto viene provocata dalla condotta di un altro soggetto al di fuori di ogni relazione precostituita (come quando Tizio danneggia una cosa di proprietà di Caio).

ATTI LECITI NEL CODICE CIVILE:

Il legislatore impiega il termine atto per riferirsi ad uno specifico campo dell'attività giuridica.

Abbiamo atti che sono **dichiarazioni o manifestazioni della volontà** di uno o più autori dell'atto (testamento, matrimonio e procura); altri invece sono **dichiarazioni di conoscenza o di verità** (riconoscimento di un figlio).

Al di là di questa differenza, tutti gli atti per i quali il legislatore richiede una specifica età presentano un connotato comune: essi consentono a chi li compie di disporre dei propri interessi.

N.B. Nel linguaggio del codice **atto giuridico** è lo strumento con cui si esterna, e insieme si attua, una decisione circa la sorte dei propri interessi, sia esso dichiarazione di volontà o di conoscenza o verità.

L'IDEA DI AUTONOMIA PRIVATA:

Autonomia significa dunque dare regole a se stessi, farsi da sé le proprie regole. Dire che gli atti giuridici sono atti di autonomia significa allora riconoscere che, con questi atti, i soggetti ottengono il risultato di regolare da sé i propri interessi.

L'ampiezza dell'autonomia privata dipende dal modo in cui, in un certo periodo storico, sono considerati gli interessi che si tratta di regolare: interessi privati o interessi che vanno garantiti anche contro la volontà delle parti (come nel testamento dove non si può escludere i figli dall'eredità ad es.).

L'autonomia non è quasi mai una soluzione pura: anche nei contratti molti effetti sono stabiliti da norme inderogabili.

Autonomia significa quindi che gli atti dei privati divengono fonte di un regolamento di interessi congruente con il contenuto dell'atto stesso, tale cioè da realizzare una corrispondenza tra la decisione e le conseguenze giuridiche dell'atto medesimo.

Le parti esprimono con l'atto, una decisione di fondo, a carattere pratico esprimono la loro volontà. Gli effetti dell'atto consistono in un regolamento di interessi che realizza, sempre nel complesso, la sistemazione voluta dalle parti. La corrispondenza tra volontà ed effetti può essere totale o parziale (quando la legge stabilisce che certi effetti si producano anche contro la volontà delle parti), può limitarsi all'essenziale. Nelle dichiarazioni di scienza gli effetti prodotti possono non essere affatto voluti dal dichiarante.

DISTINZIONE TRA ATTI GIURIDICI:

Per la struttura si distinguono:

- **atti unilaterali:** consistono in una dichiarazione proveniente da una sola parte (procura, diffida, disdetta); N.B. Unilaterale non significa una sola parte ma un unico centro d'interessi. Atto **unipersonale** è invece il testamento che può essere fatto da una sola persona.

- **atti bi-plurilaterali:** nei quali si combinano dichiarazioni provenienti da più parti.

L'atto collegiale è quella manifestazione di volontà che si forma attraverso le dichiarazioni di più soggetti, riuniti in un collegio.

Per l'oggetto si distinguono atti:

- **patrimoniali:** diretti a regolare primariamente interessi economici (contratto, testamento);
- **non patrimoniali:** diretti a regolare interessi di natura personale (matrimonio); N.b. Gli effetti di un atto non patrimoniale possono essere anche di ordine patrimoniale.

Atti personalissimi: atti compiuti solo personalmente e direttamente dall'interessato e non da suoi rappresentanti (matrimonio, riconoscimento di un figlio naturale), rientrano nella categoria anche alcuni atti patrimoniali come il testamento.

Per funzione si distinguono:

- **atti tra vivi:** atti destinati a regolare i rapporti tra viventi;
- **atti mortis causa:** destinati a regolare la successione nei diritti e negli obblighi dopo la morte del titolare (testamento).

ATTO E DOCUMENTO:

Quando una dichiarazione si consegna ad uno scritto si forma un documento. Il linguaggio giuridico usa la parola atto sia per indicare la manifestazione di volontà, sia per indicare il documento cui essa è consegnata.

LA DISCIPLINA DEGLI ATTI:

Nel codice esiste un corpo di norme organico e completo per la disciplina del contratto (art. 1321 ss.), per la disciplina del matrimonio, per il testamento, per la procura, per il riconoscimento del figlio naturale ecc.

Non esiste invece un complesso di regole unitario che preveda e risolva tutti i problemi comuni agli atti di autonomia.

Alcune regole sono comuni a tutti gli atti di autonomia: sia per il contratto che per il matrimonio che per il testamento il legislatore considera la questione delle **capacità**, della **forma** e della **volontà**. Il nostro legislatore ha concentrato gran parte della sua attenzione sul **contratto**: con l'art.1324 il legislatore attribuisce alle norme sul contratto un valore particolare: le dichiara applicabili direttamente a una serie di altri atti giuridici diversi dal contratto, e cioè a tutti gli atti *unilaterali, tra vivi, e con contenuto patrimoniale*.

Le regole dettate per il contratto sono quindi applicabili a tutti gli atti di autonomia nel campo degli interessi economici...

IL SISTEMA DEL CODICE E LA NOZIONE DI NEGOZIO GIURIDICO:

Si definisce **negozio giuridico** come una *manifestazione di volontà* diretta a costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici.

Al concetto di **negozio**, come manifestazione di volontà, rimangono estranee le *dichiarazioni di scienza* (esse possono rientrare nella nozione di atto).

EFFICACIA E VALIDITÀ DEGLI ATTI GIURIDICI:

Di fronte a un atto concreto esiste sempre un problema di corrispondenza con la fattispecie astratta: si tratta di verificare se sussistano tutti gli elementi e requisiti propri alla fattispecie e se si producano gli effetti previsti dalla legge. La valutazione assume caratteri diversi a seconda che riguardi un illecito o invece un atto di autonomia. Nel caso dell'illecito l'atto che cagiona danno è preso in considerazione come condizione, per ascrivere al danneggiante una responsabilità. I requisiti o elementi dell'illecito sono quei connotati della fattispecie che devono in concreto sussistere perché si produca la conseguenza giuridica consistente nell'obbligo di risarcire il danno: requisito di colpevolezza (dolo o colpa), requisito di imputabilità (soggetto capace di intendere e di volere), requisiti della causalità (cagionato in modo diretto e immediato), requisito dell'antigiuridicità (danno ingiusto). Se sussistono gli elementi indicati sussiste l'obbligo di risarcire il danno.

Nel campo degli atti di autonomia il discorso è più complicato: nel modello del contratto i requisiti sono l'accordo, la causa, l'oggetto e la forma.

Quando un atto di autonomia presenta tutti i requisiti, che la legge prevede come necessari perché quel tipo di atto possa valere come fonte di auto-disciplina, noi diciamo che quell'atto è *valido*, quindi *idoneo* a produrre i suoi specifici effetti giuridici.

Un atto può essere *valido* ma *inefficace*. Ciò avviene quando chi ha compiuto l'atto non aveva il potere di disporre dei beni e degli interessi cui l'atto si riferiva. Un atto è valido ma *inefficace* se è ad esempio posto condizione sospensiva o a un termine iniziale.

Quando un atto non ha tutti i requisiti stabiliti dalla legge presenta un vizio nei requisiti e si dice che è **invalido**.

Si distinguono gradi diversi di invalidità:

- la **nullità**: deriva dalla mancanza di un requisito essenziale o dall'illiceità dell'atto.

- l'**annullabilità** deriva da un vizio dei requisiti (ad es. del consenso, a causa di dolo, violenza, errore). L'atto annullabile non è in sé idoneo a produrre i suoi effetti in modo definitivo.

È sempre inefficace l'atto nullo, è invece efficace fino all'annullamento l'atto annullabile.

LA SOSTITUZIONE NELL'ATTIVITÀ GIURIDICA: LEGITTIMAZIONE, RAPPRESENTANZA:

Un atto giuridico qualsiasi è efficace solo se compiuto da un soggetto legittimato a compierlo. Si chiama **legittimazione** il potere di compiere (efficacemente) un atto giuridico con riguardo a un determinato rapporto.

Una fonte particolare di *legittimazione* è la **rappresentanza**, cioè il potere, conferito ad un soggetto di compiere atti giuridici che producano direttamente i loro effetti nei confronti di un altro soggetto. Il potere di rappresentanza può essere o *conferito dalla legge*, o *conferito dal rappresentato*.

L'atto con cui il potere si conferisce si chiama **procura**. La procura è un atto *unilaterale*, diretto a terzi di attribuzione del potere di rappresentanza.

Il rappresentante però ha dei doveri: se usa la procura, deve comportarsi in modo da fare l'interesse del rappresentato. Il conflitto di interessi e il contratto con se stesso sono casi di annullamento del contratto.

Talvolta, il sostituto ha soltanto il potere di trasmettere una dichiarazione dell'interessato: si tratta allora di un **messaggio**, un **nuncio**.

Il vero **rappresentante** è una persona che ha il potere di dare il suo consenso con effetti per il rappresentato. Si dice perciò che il rappresentante è **parte formale** dell'atto, mentre **parte sostanziale** è il *rappresentato*.

Si usa distinguere la rappresentanza:

1. **diretta**: un soggetto agisce per nome e per conto altrui.
2. **indiretta**: quando un soggetto agisce per conto di altri ma in nome proprio come rappresentante. In tal caso l'atto compiuto ha effetti immediati nella sfera di chi lo stipula e non in capo all'interessato, il quale se ne potrà appropriare in seguito tramite un atto di trasferimento.

Abbiamo detto che il potere di rappresentanza possa essere conferito dalla legge: è la c.d. 3. **Rappresentanza legale** (tutore di un minore o di un interdetto, alcuni atti dell'amministrazione di sostegno). La revoca del potere al rappresentante è legata alla violazione dei propri doveri o all'**abuso di potere** da parte del rappresentante.

Dalla rappresentanza legale va distinta l'**assistenza**, che si ha quando la volontà di un soggetto diverso si affianca, senza sostituirla, a quella dell'interessato: così nell'ipotesi del curatore dell'inabilitato e dell'amministratore di sostegno.

La legge attribuisce il potere di agire con effetti diretti nei confronti di un altro soggetto al **curatore fallimentare**: il fallito è ancora titolare del patrimonio fallimentare, e gli atti compiuti del curatore sono direttamente efficaci nei suoi confronti. La funzione è quella di assicurare una corretta e conveniente liquidazione del patrimonio.

LA RAPPRESENTANZA ORGANICA:

Quando il potere attribuito a un **organo** consiste nel compiere atti giuridici in nome e nell'interesse della collettività o dell'ente, si parla di **rappresentanza organica**. Nella rappresentanza organica c'è solo un soggetto, l'ente che agisce tramite organo.

CAPITOLO 6-I SOGGETTI

L'IDEA DI SOGGETTO DI DIRITTO:

Il protagonista delle relazioni e delle attività regolate dal diritto è indicato come il "**soggetto**":

- *soggetto di diritti e obblighi* o capo di imputazione di situazioni e rapporti giuridici;
- *soggetto di attività giuridica* o capo d'imputazione di atti e fatti giuridici.

L'idea di **soggetto di diritto** si riferisce comunemente al primo dei due ruoli.

LA DETERMINAZIONE DEI SOGGETTI. SOGGETTO E PERSONA:

Il nostro codice civile non contiene una regola che espressamente attribuisca la qualità di soggetto di diritto. I protagonisti della scena giuridica sono indicati con il termine **persona**, che subito si sdoppia in due specie: **persone fisiche** (artt. 11 e ss.) e **persone giuridiche**. La prima espressione indica gli esseri umani, la seconda una varietà di centri di interesse diversi dall'uomo singolo (enti pubblici, associazioni, società).

Per le *persone fisiche* la capacità giuridica si acquista con la *nascita* (art.1): è l'attitudine a essere titolari di diritti e obblighi. Alle sole persone fisiche è pure dedicato l'art.2, che disciplina la **capacità d'agire**, cioè l'attitudine a compiere validamente atti giuridici che producano effetti per l'agente.

Per quanto riguarda le **persone giuridiche**, la legge si limita a stabilire in qual modo gruppi e organizzazioni acquistano la personalità giuridica.

LA PERSONA FISICA – LA CAPACITA' GIURIDICA:

L'art.1 del c.c., al primo comma, enuncia il principio per cui la capacità giuridica si acquista con la nascita. L'art. 22 cost. dice che nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica.

La **capacità giuridica** è l'attitudine ad essere titolari di diritti e obblighi, ovvero di rapporti giuridici.

Degna di note è la particolare situazione dello straniero extracomunitario: hanno diritti civili tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato.

Circa i diritti che la legge riconosce al **nascituro**, sono da distinguere due aspetti. Nell'ambito *patrimoniale*, tutto si risolve nella capacità di succedere per successione legittima o per testamento e di ricevere una donazione. Per testamento può ricevere anche il *non-concepito*: in caso di mancata nascita, si considerano come mai avvenute, se invece la nascita si verifica, diventano definitive.

Nell'ambito non patrimoniale, a parte la disciplina dell'*interruzione di gravidanza*, che implica una protezione della vita del nascituro, problemi di disciplina del consenso al trattamento medico e professionale la possibilità di intervenire con trattamenti medici sul nascituro: al riguardo è concorde l'opinione secondo cui il feto debba essere trattato come un paziente, rappresentato naturalmente dai genitori.

Prova della **nascita** viene fatta coincidere con la prova dell'autonoma respirazione. La **morte** si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo (morte celebrale). Quest'unico evento si accerta con: 1) il rilievo empirico della cessazione del battito cardiaco 2) per arresto cardiaco(x un intervallo di tempo tale da comportare la perdita irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo: elettrocardiogramma piatto per 20 minuti) o nel caso di soggetti affetti da lesioni encefaliche sottoposti a rianimazione.

Non sempre la morte può essere sempre constatata: per i casi di **scomparsa** della persona si prevede la possibilità di accertamenti presuntivi della morte (dichiarazione di morte presunta).

N.B. In Italia è vietata in modo assoluto la sperimentazione sull'embrione umano e consente la ricerca clinica e sperimentale solo per finalità di diagnosi e terapia che siano dirette a vantaggio dell'embrione stesso.

Il termine **capacità giuridica speciale** è usato per stabilire se una persona è considerata dal nostro ordinamento idonea a essere titolare di un determinato tipo di rapporto giuridico (es. norme che stabiliscono un'età inferiore ai 18 per la capacità di prestare il proprio lavoro...).

SCOMPARSA ASSENZA E DICHIARAZIONE DI MORTE PRESUNTA:

Quando una persona si allontana dal suo domicilio, non dando più notizie di sé, in modo che si ignora se sia ancora in vita:

- il Tribunale può nominare un **curatore** che amministri i beni dello scomparso (situazione simile alla rappresentanza legale).
- dopo 2 anni si può chiedere la **dichiarazione di assenza**, che consente l'apertura del testamento, se esiste. Gli eredi ottengono così *l'immissione nel possesso temporaneo dei beni*. Il titolare rimane l'assente, ma l'impresso ha il potere di amministrare i beni lui affidati, usandoli e godendone i frutti.

La dichiarazione di assenza non scioglie il matrimonio, perciò il coniuge non si può risposare.

- dopo un termine di 10 anni, si può chiedere la **dichiarazione di morte presunta**: sentenza che accerta l'altissima probabilità della morte, e crea una *fictio iuris*: lo scomparso si considera morto. Dal punto di vista patrimoniale, la sentenza produce, in pratica gli effetti della morte: gli aventi diritto alla successione conseguono il pieno esercizio dei diritti loro spettanti: si verifica l'apertura della successione. Il coniuge del presunto morto può risposarsi, se però il morto presunto ricompare la *fictio* cade, e il matrimonio celebrato a norma dell'art. 65 è nullo.

I LUOGHI DELLA PERSONA: DOMICILIO, RESIDENZA, DIMORA:

Domicilio: è il luogo in cui una persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi (art.43). Questo è il domicilio generale dal quale si distingue il *domicilio speciale o elettivo*: il soggetto elegge domicilio una sede per determinati atti o affari

Domicilio *legale* è oggi solo quello dell'incapace di agire (minore→domicilio familiare, interdetto→domicilio tutore).

Residenza: è il luogo in cui la persona ha la dimora abituale. La *dimora* è il luogo in cui una persona si trova ad abitare.

LA CAPACITA' D'AGIRE:

L'art.2 c.c. dispone che con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita età diversa: la **capacità d'agire**.

La capacità d'agire implica l'attitudine a compiere *validamente* atti giuridici: l'atto compiuto da una persona che manca di capacità d'agire è *annullabile*, e finché non è annullato produce i suoi effetti.

Un atto giuridico può essere compiuto *validamente* da un incapace d'agire se questi agisce in nome altrui, in forza di una *procura* rilasciata da un soggetto capace.

Nel nostro ordinamento si prevedono ipotesi, in cui la capacità d'agire può essere perduta o limitata (interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno), inoltre sono previsti casi di *incapacità relativa* di **intendere o di volere** del soggetto capace d'agire.

Una persona può essere *totalmente* priva di capacità di agire per effetto di un *provvedimento* del giudice (sentenza di interdizione) che presuppone un'abituale infermità di mente di gravità tale da rendere la persona incapace di provvedere ai propri interessi. Può trovarsi privata della capacità d'agire per gli atti patrimoniali tra vivi per effetto di una condanna penale (ergastolo o una reclusione superiore ai 5 anni), che la pone in stato di interdizione legale.

La persona è sostituita nell'attività giuridica patrimoniale attraverso la **rappresentanza legale** attribuita al *tutore*.

La **sentenza di inabilitazione**, si fonda su una infermità di mente meno grave: l'inabilitato può partecipare all'attività giuridica, ma per determinati atti deve essere affiancato dal *curatore*.

Una limitazione della capacità con riferimento però soltanto a ad alcuni atti (specificamente indicati dal giudice) si verifica quando un soggetto è sottoposto ad **amministrazione di sostegno**.

Con la *procura* un soggetto capace di agire può attribuire il potere di rappresentanza anche a un incapace legale, purché questi abbia la capacità di intendere e di volere commisurata alla natura dell'atto da compiere.

È causa di annullamento degli atti giuridici l'*incapacità di intendere o di volere* che sussista, per qualsiasi causa anche transitoria al momento in cui l'atto è compiuto.

L'incapacità non è però causa sufficiente: occorre che l'atto sia gravemente pregiudizievole per l'incapace; se si tratta di un contratto, occorre invece la malafede dell'altra parte.

LA POSIZIONE DEL MINORE. LA POTESTA' DEI GENITORI:

Il figlio, fino all'età maggiore, è soggetto alla potestà dei genitori. La **potestà dei genitori** comprende:

- il *diritto-dovere* di mantenere, istruire ed educare i figli, tenendo conto della loro capacità, dell'inclinazione naturale, delle aspirazioni;
- un *potere-dovere* di amministrazione dei beni di cui i figli minori siano titolari;
- un potere di *rappresentanza legale*, per il quale i genitori sostituiscono il figlio nel compimento di tutti gli atti civili;

- *l'usufrutto legale* sui beni del figlio (tranne per i beni acquistati dal figlio con i proventi del proprio lavoro, per i beni lasciati e donati al figlio per intraprendere una carriera...), che consente ai genitori di percepirne i frutti, destinati al mantenimento della famiglia e all'istruzione ed educazione dei figli.

I genitori che amministrano male possono essere privati di questi poteri, o dell'usufrutto legale senza perdere la potestà.

La potestà si esercita di *comune accordo* tra i genitori; in caso di disaccordo, una decisione provvisoria può essere presa, in caso di urgenza, dal padre. Ma per risolvere il conflitto tra i genitori è previsto che ciascuno di essi possa ricorrere al Tribunale per i minorenni. Il giudice cerca di raggiungere una soluzione concordata, se non ci riesce, può affidare il potere di decidere, per la questione concreta, a quello dei due che gli sembri più idoneo a curare l'interesse del figlio.

La potestà si può perdere nell'ipotesi della **decadenza**, cioè per effetto di una sentenza del Tribunale per i minorenni in caso di **violazione di doveri** o di **abuso di poteri** da parte del genitore, che rechi grave pregiudizio al figlio (art. 330).

Se entrambi i genitori muoiono il minore è soggetto a **tutela**. Poteri del tutore sono simili a quelli del genitore: egli cura la persona del minore, provvede all'amministrazione dei beni del minore e ne ha la rappresentanza legale. In caso di cattiva amministrazione o di abuso di potere è prevista la *revoca* dall'ufficio.

Il minore è capace d'agire:

- può contrarre matrimonio, con l'autorizzazione del Tribunale per i minorenni, a 16 anni, alla stessa età può riconoscere un figlio naturale; può dare il consenso a essere riconosciuto da un genitore naturale.

- solo la donna minore può richiedere l'interruzione della gravidanza previo assenso di chi esercita la patria potestà, o nei primi 90 gg. Con un provvedimento del giudice tutelare che autorizza l'interruzione della gravidanza.

- il minore che abbia compiuto i 14 anni deve dare il proprio consenso per essere adottato, dopo i 12 deve essere sentito.

I minorenni che comprano, vanno in autobus, in treno, in taxi...agiscono per *procura tacita* dei genitori: tutti questi contratti si considerano validi.

Infine, il minore che si sposa assume lo status particolare di **minore emancipato**, egli è capace di compiere gli atti di ordinaria amministrazione, per gli altri è assistito da un curatore. Se l'emancipato è autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale, diventa *pienamente* capace di agire.

LA PROTEZIONE DEL SOGGETTO DEBOLE MAGGIORENNE:

L'**interdizione** e l'**inabilitazione** sono mezzi di protezione dell'incapace: sono legittimati a chiedere il provvedimento non solo il coniuge, ma i parenti entro il quarto grado e gli affini entro il secondo. Una volta pronunciata l'interdizione l'incapace, non può chiederne di persona la revoca.

La l. 9/01/2004 n.6 introduce la figura dell'**amministratore di sostegno**.

Presupposto dell'**interdizione giudiziale** è una abituale infermità di mente, tale da rendere l'infermo incapace di provvedere ai propri interessi. Tale situazione è accertata dal giudice senza l'obbligo di perizia psichiatrica.

La perdita della capacità a seguito dell'interdizione è totale: l'interdetto è incapace di compiere validamente qualsiasi atto patrimoniale. Tuttavia, il giudice può stabilire che l'interdetto conservi la capacità con riguardo a taluni atti di ordinaria amministrazione. La donna interdetta può richiedere personalmente l'interruzione della gravidanza.

L'attività giuridica è svolta per suo conto da un rappresentante legale: il **tutore**. Il potere di rappresentanza del tutore non si estende agli atti personalissimi. L'attività di amministrazione e rappresentanza del tutore si svolge sotto il controllo del giudice tutelare: gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione possono essere compiuti solo con l'autorizzazione del giudice tutelare o con l'autorizzazione del tribunale. Se compiuti senza le prescritte autorizzazioni, gli atti del tutore sono annullabili. Tutti i provvedimenti sono soggetti a una doppia pubblicità: essi debbono essere iscritti nel registro delle tutele tenuto presso la cancelleria del tribunale, ed essere poi trasmessi all'ufficiale dello stato civile che ne fa annotazione a margine dell'atto di nascita.

L'**interdizione legale** colpisce automaticamente chi sia condannato all'ergastolo o alla reclusione per periodo superiore ai 5 anni. La misura anziché protettiva è punitiva: l'interdizione è una pena accessoria rispetto alla sanzione primaria.

L'**inabilitazione** presuppone un'infermità di mente non così grave da richiedere l'interdizione (abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti). L'inabilitazione lascia all'inabilitato la capacità di compiere tutti gli atti di ordinaria amministrazione, nonché gli atti personali. Quanto al testamento, l'inabilitato è capace. Per gli atti di straordinaria amministrazione, l'inabilitato è solo sostituito dal curatore che deve dare il suo assenso. Il giudice però può prevedere che l'inabilitato possa compiere uno o più atti di straordinaria amministrazione senza l'assistenza del curatore. L'inabilitato può essere anch'è autorizzato dal Tribunale, su parere del giudice tutelare, a continuare l'esercizio di una impresa commerciale: non invece ad avviare un'attività nuova.

L'**amministrazione di sostegno** si applica alla persona che per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi.

Spetta al giudice di decidere per quali atti è richiesta la rappresentanza o l'assistenza dell'amministratore. Il provvedimento può anche essere temporaneo. L'amministratore di sostegno deve periodicamente riferire al giudice circa l'attività svolta e sulle condizioni di vita personale e sociale del beneficiario, e lo stesso soggetto interessato può designare un amministratore di sostegno in previsione di una propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata.

LE PERSONE GIURIDICHE E I SOGGETTI COLLETTIVI – UNIVERSITAS E SINGULI:

Il concetto di persona giuridica nasce dall'idea del giurista Sinibaldo de'Fieschi (futuro papa Innocenzo IV); di fronte a un insieme di singoli si poteva fingere una nuova persona, un nuovo attore della scena giuridica: l'*universitas* (considerato come distinto dai singoli): era nata la persona giuridica.

FUNZIONE DELLA PERSONALITA' GIURIDICA:

La personalità giuridica è riconosciuta a quelle forme di società che il legislatore concepisce come strumenti adatti alla grande o media impresa, e destinati anche a consentire di raccogliere le risorse di investitori, grandi o piccoli, che non intendono assumere rischi oltre a quanto conferiscono in società: le società di capitali come la società per azioni e la società a responsabilità limitata.

È l'*autonomia patrimoniale* che consente di parlare di beni della persona giuridica e di debiti della persona giuridica.

Nelle società di persone la collettività dei soci non è coperta dallo schermo della personalità giuridica (così come accade invece nelle società per azioni).

Finché la società dura, i creditori del singolo socio non possono aggredire direttamente i beni della società e la responsabilità del singolo per i debiti della società diviene sussidiaria o addirittura limitata solo alla quota.

In una situazione di semplice comproprietà ciascun comproprietario può cedere o ipotecare al propria quota del bene comune, nelle società di persone il socio non ha questo potere sui beni conferiti in società. Il *conferimento* quindi segna un vero passaggio di proprietà, tanto che ad esso si applicano le norme sulla vendita.

IL PANORAMA ATTUALE:

La prima grande classificazione delle organizzazioni riguarda lo *scopo*:

- *enti a scopo di profitto* (società di persone);
- *enti non profit* (associazioni, fondazioni, comitati);

Una seconda classificazione riguarda gli enti *provvisi di personalità giuridica* (associazioni, fondazioni, *società di capitali*) ed enti non personificati (associazioni non riconosciute, comitati e società di persone). Tra gli enti personificati, occorre distinguere le persone giuridiche private da quelle pubbliche.

Una terza distinzione è quella tra:

- **corporazioni**: organizzazioni a tipo associativo, dove prevale l'elemento personale (associazioni, comitati e società);
- **istituzioni**: organizzazioni, private e pubbliche, in cui l'elemento personale non è dominante, perché prevalgono l'aspetto patrimoniale o quello funzionale.

TIPI DI PERSONE GIURIDICHE PRIVATE:

Abbiamo 3 grandi tipi:

- le *associazioni* e le *fondazioni*;
- le *società* (spa, sapa, srl);

- i *consorzi*.

Nell'associazione anche se l'atto costitutivo costituisce lo scopo e i criteri per raggiungerlo, è determinante la volontà degli associati; nella fondazione, l'attività dell'istituzione rimane legata al rispetto della volontà del fondatore, espressa nell'atto di costituzione.

Questa differenza ha origine nella diversa natura dell'atto costitutivo; l'associazione nasce da accordo tra più persone che convengono di collaborare per il raggiungimento di uno scopo; la fondazione invece nasce da un atto unilaterale con il quale il fondatore destina certi beni ad uno scopo.

CONNOTATI GENERALI DELLE PERSONE GIURIDICHE:

In ogni persona giuridica si ritrovano due elementi costitutivi: un **elemento materiale**, e un **elemento formale**.

Le persone giuridiche private sono di regola caratterizzate dalla presenza di una pluralità di individui; la persona giuridica ha sempre una base patrimoniale; l'attività delle persone e l'impiego dei mezzi sono diretti a uno scopo determinato dall'atto costitutivo (qui una grande divisione separa le persone giuridiche con scopo di profitto da quelle no-profit).

Elementi secondari della persona giuridica sono la *denominazione* e la *sede*. La persona nasce soltanto quando agli elementi sostanziali si aggiunge il **riconoscimento formale**.

Tradizionalmente si distingueva tra due sistemi di riconoscimento della personalità giuridica:

- il **sistema concessorio**: in cui il riconoscimento si aveva per decreto dell'autorità governativa (art.12 abrogato); il sistema concessorio è rimasto per le associazioni e le fondazioni (cioè per le persone giuridiche senza fini di lucro).

- ed un **sistema normativo**: disposto per le società di capitali, in cui il riconoscimento si ha per effetto della iscrizione nel Registro delle Imprese.

Per le persone giuridiche l'acquisto della personalità giuridica avviene a seguito dell'iscrizione nel registro delle persone giuridiche istituito presso le prefetture e tenuto sotto la diretta sorveglianza del prefetto o istituito presso le Regioni. La domanda per il riconoscimento deve essere presentata alla prefettura nella cui provincia è stabilita la sede dell'ente (o della Regione) ad opera del notaio che ha ricevuto l'atto costitutivo su richiesta del fondatore o degli associati. La documentazione della consistenza del patrimonio deve essere legata alla domanda.

Carattere comune a tutte le persone giuridiche è la pubblicità. Per le persone funziona il registro delle persone giuridiche. Per le società è previsto il registro delle imprese. La pubblicità consente ai terzi di conoscere la dotazione patrimoniale di associazioni e fondatori, il capitale e i conferimenti della società, l'identità degli amministratori.

I diritti e obblighi che fanno capo alla persona giuridica finiscono per tradursi in obblighi o diritti degli individui che ne fanno parte o che agiscono per l'ente.

LE PERSONE GIURIDICHE PUBBLICHE (Regioni, Province e comuni):

Le **persone giuridiche private** sono costituite tramite un atto dell'autonomia privata e perseguono interessi particolari. I loro strumenti di attività sono esclusivamente quelli del diritto privato.

Gli **enti pubblici** sono di regola costituiti direttamente dalla legge, o da un atto dell'autorità amministrativa sulla base di una previsione di legge. Essi si caratterizzano per uno scopo di carattere pubblico: sono costituiti e debbono operare, per il soddisfacimento di interessi della collettività.

La struttura organizzativa delle s.p.a. viene utilizzata per costruire enti che debbono funzionare come s.p.a. ma che perseguono interessi di ordine generale (ENI, IRI, ENEL).

BOX

CAPITOLO 7-I BENI

IL CONCETTO DI BENE NEL CODICE CIVILE:

L'art. 810 c.c. definisce i beni come le cose che possono formare oggetto di diritti.

Quindi bene è:

- una **cosa**: perciò si riferisce a una realtà materiale; il carattere materiale va però inteso in sensi ampio; non significa visibile o tangibile o percepibile con i 5 sensi, ma più ampiamente si riferisce all'esistenza nel **mondo della materia**, dunque tutto ciò che è empiricamente verificabile e quantificabile.

- che può formare **oggetto di diritti**: non sono beni le cose sulle quali non può sussistere un diritto. Un conflitto sorge solo se c'è una relativa scarsità di ciò che può soddisfare un bisogno.

- che **può** formare oggetto di diritti: ci sono cose, che non sono oggetto di diritti, ma che possono diventarlo. Sono cose di nessuno – *res nullius*- (come il pesce pescato dal pescatore che ne acquista la proprietà tramite occupazione), o *res derelicta* cioè cosa abbandonata da proprietario e lasciata con l'intenzione di non tenerla più (non la cosa perduta).

RELAZIONI SU COSE:

L'art. 817 descrive il rapporto di **pertinenza** di cosa a cosa. È un rapporto nel quale si individua una cosa principale ed un'altra, chiamata appunto *pertinenza*, che è destinata in modo durevole al servizio o all'ornamento della prima. Il rapporto di pertinenza può essere stabilito tra beni mobili, tra un ben.e mobile e uno immobile (casse delle lettere di un condominio), tra immobile e immobile (garage separato da una villa).

N.B. Gli atti che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze se non è diversamente disposto.

Diverso dal rapporto di pertinenza è quello che si stabilisce fra varie cose che formano una **cosa composta**. La differenza sta in ciò, che eliminando la pertinenza la cosa principale non perde la sua integrità(identità)., mentre l'integrità della cosa composta esige la compresenza di tutti gli elementi essenziali.

DIVERSE CATEGORIE DI COSE:

Nelle obbligazioni di dare l'alienazione riguarda cose "generiche" o cose "specifiche".

Cose **generiche** sono quelle di cui non interessa alle parti l'identità, ma solo l'appartenenza a un genere, definito da certi connotati, e che sono perciò determinate solo per quantità, numero, misura.

Cose **specifiche** sono quelle che vengono in considerazione per la loro particolare identità: quel determinato quadro, quel mobile...

Nel rapporto tra un debitore e un creditore di cosa generica c'è un momento in cui la cosa dovuta viene individuata. L'*individuazione* trasforma l'oggetto del rapporto; non si tratta più di cosa generica, ma di cosa specifica.

Un discorso a parte merita il **denaro**. Una tradizione considera il denaro cosa generica: la **moneta** è un titolo di credito che circola al portatore.

Diversa è la distinzione tra **cose fungibili** e **infungibili** cioè *sostituibili* l'una all'altra o insostituibili. Bene fungibile per eccellenza è il denaro. La cosa generica è sempre fungibile, la cosa specifica non è sempre infungibile.

C'è infine la distinzione tra **cose consumabili** (l'uso ne implica l'estinzione) e **inconsumabili**.

COSE E VALORI. IL CORPO UMANO:

Il corpo fa parte del regno degli oggetti di diritto, ma non è sempre un oggetto disponibile. La legge si preoccupa, anzitutto di vietare quegli atti di disposizione da cui derivi una lesione permanente, o che siano contrari al buon costume.

Nei trapianti tra vivi si fa dono di un tessuto o di un organo. Anche il cadavere è per certi versi una cosa, di cui si può disporre se non nei modi stabiliti dalla legge e per fini pubblici. Sul cadavere si prolunga però il potere di disporre sul proprio corpo, attraverso la dichiarazione di volontà relativa al prelievo di organi e tessuti. L'embrione non è una cosa: non appartiene al regno degli oggetti del diritto.

OLTRE LE COSE:

Cose incorporali: sono tutti quei beni come l'opera dell'ingegno (scientifica, artistica, letteraria), e di beni che non sono cose, ma utilità economiche, che pure possono formare oggetto di diritti (software, biotecnologie, radiofrequenze).

L'art. 813 dispone che le regole relative ai beni mobili si applichino a tutti i diritti che non hanno per oggetto beni immobili: per es. il diritto a ricevere una somma di denaro o un'altra prestazione.

L'art. 2740 stabilisce che il debitore risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri non intende solo con le cose, ma con tutti i cespiti attivi del suo patrimonio, compresi i crediti (beni qui equivale quindi a sostanze).

Di beni dunque si può parlare in due sensi:

- **Bene** è qualsiasi utilità che può formare oggetto di un diritto;
- **Bene** è ogni diritto che abbia ad oggetto una utilità economica.

Esiste una terza nozione di *bene*: bene è qualsiasi interesse protetto dal diritto.

BENI MOBILI E IMMOBILI

La definizione di **beni immobili** è data dal legislatore tramite breve elenco: *suolo, alberi, sorgenti e corsi d'acqua, edifici, costruzioni e tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo*.

I **beni mobili** sono tutti gli altri beni, il cui significato si ricava per sottrazione (art.812 c.3).

La distinzione è molto importante, soprattutto dal punto di vista della *circolazione* dei diritti sui beni stessi. Nel caso di mobili, prevalgono criteri di semplicità e rapidità (basti pensare alla compravendita).

LE UNIVERSALITA'. IL PATRIMONIO:

Universalità di mobili: si tratta di pluralità di cose che appartengono a una stessa persona e hanno una destinazione unitaria (es. l'azienda).

La legge tratta come universalità, come unità un insieme di rapporti giuridici attivi e passivi: quando una persona muore, il suo patrimonio è considerato unitariamente come oggetto della successione ereditaria. L'**eredità** è definita perciò come *universalità di diritto*: l'unità dei suoi elementi dipende solo da un'esigenza giuridica, quella appunto di considerare il patrimonio come un insieme, ai fini della successione.

I FRUTTI:

Si distinguono due specie di *frutti*: **frutti naturali** e **frutti civili**.

I *frutti naturali* sono quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o no l'opera dell'uomo (es. frutti agricoli, i parti degli animali, i prodotti delle miniere...). I frutti naturali che per un certo tempo sono parte della cosa sono detti *pendenti*, poi con il raccolto, il parto, l'estrazione, se ne separano e sono considerati come cose con una loro distinta identità: possono essere oggetto di alienazione come *cosa mobile futura*. in tal caso l'acquirente ne acquista la proprietà con la separazione.

I *frutti civili* non sono altro che il corrispettivo (in denaro, o in altro genere di cose, o in opere) che si ricava da una cosa in cambio del godimento che si cede ad altri (gli interessi, il canone di locazione). I frutti civili si acquistano giorno per giorno, in ragione della durata del diritto.

I BENI PUBBLICI:

L'art. 42 cost. dice: "La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

Anche lo stato e gli enti pubblici possono essere titolari di proprietà privata. Perché un bene sia oggetto di proprietà pubblica non basta dunque che appartenga allo stato, ma occorre che faccia parte di certe categorie di *beni pubblici*, indicate negli artt.822 e ss. C.c.

Carattere comune a tutti i **beni pubblici sono**: di essere in proprietà dello Stato o di altri enti pubblici e di essere destinati all'utilità pubblica o a un pubblico servizio.

Tra i beni pubblici che appartengono allo Stato o ad enti territoriali si distinguono poi:

- i **beni demaniali** che appartengono allo stato alle province o ai comuni. Sono indicati nell'art. 822 e si distinguono in beni del demanio *naturale* (mare, spiaggia, rade e porti, fiumi torrenti, laghi), e beni del demanio *artificiale* (strade, autostrade, aeroporti). I beni demaniali sono *inalienabili* e non possono formare oggetto di diritti privati se non nei modi stabiliti dalle legge (es. concessione di spiagge).

- i beni del **patrimonio indisponibile** dello Stato, delle province e dei comuni come le foreste, le miniere e le cave, le torbiere, le cose mobili di interesse storico, archeologico o artistico, gli edifici appartenenti agli enti indicati e destinati a sede di uffici pubblici, e i loro arredi.

- beni del **patrimonio disponibile**: sono oggetto di un diritto di proprietà regolato dalle norme comuni del codice civile, salve le leggi speciali.

BOX

CAPITOLO 8-LA TUTELA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE

LA TUTELA DEI DIRITTI. LIBRO IV E DINTORNI:

Con l'espressione "*tutela dei diritti*" s'intende quella formula convenzionale con cui si fa riferimento a una gamma molto vasta di *strumenti di protezione e attuazione delle situazioni giuridiche soggettive (non si parla solo di diritti)*.

Un primo gruppo di strumenti è diretto ad assicurare la **certezza delle situazioni giuridiche**; in questo gruppo rientrano strumenti come i **mezzi di pubblicità, gli istituti della prescrizione e della decadenza**: questi possono essere definiti **strumenti di tutela sostanziale**. Nel campo della lite si colloca la disciplina dei **mezzi di prova** → AVERE UN DIRITTO E' UNA COSA IMPORTANTE, MA POTER PROVARE I FATTI CHE LO FONDANO E' CIO' CHE CONTA IN PRATICA.

Per una sicura attuazione dei diritti: Istituti della **tutela del credito** e, per quanto concerne l'attività imprenditoriale, le **procedure concorsuali**.

Lo strumento finale di attuazione del diritto è il giudizio: due sono gli aspetti fondamentali strettamente collegati al diritto privato → l'iniziativa, ovvero l'azione e la resistenza, nonché l'eccezione.

GLI STRUMENTI DI PUBBLICITA':

Funzione fondamentale del legislatore è quella di tener conto della certezza di determinate situazioni giuridiche. Gran parte del diritto privato, e dell'attività giuridica, ruota attorno alla circolazione della ricchezza (circolano per esempio le proprietà di beni, crediti e contratti, i titoli di partecipazione, ecc..).

Nei diritti moderni si vuole assicurare una circolazione di beni semplice e veloce.

A questo scopo si istituisce un sistema di pubblicità dei fatti e atti giuridici che tende ad assicurare la conoscibilità legale di diverse tipologie di atto, con effetti giuridici non sempre analoghi.

In base alle conseguenze giuridiche strettamente collegate alla pubblicità, possiamo trovare **tre tipologie di mezzi**:

1) Strumenti di mera **pubblicità-notizia**: la legge predispone lo strumento per assicurare la conoscibilità legale di determinati fatti e senza connettervi un particolare effetto riguardo l'efficacia del fatto o dell'atto reso pubblico (es. la sent. di interdizione o inabilitazione va annotata in margine all'atto di nascita);

2) Strumenti di **pubblicità dichiarativa**: la conoscibilità non è fine a se stessa, ma condiziona l'efficacia dell'atto → in mancanza della pubblicità, l'atto non può essere fatto valere verso determinati terzi (inefficacia relativa o inopponibilità) (es. atti di trasferimento della proprietà sui beni immobili: essi sono efficaci immediatamente tra le parti ma solo con la trascrizione nei registri immobiliari diventano opponibili a quei terzi che avessero acquistato diritti dallo stesso dante causa (art. 2644));

3) Strumenti di **pubblicità costitutiva**: grado più forte della pubblicità → l'atto non produce effetti se non quando è stato reso pubblico. Esempio tipico: concessione d'ipoteca che diventa efficace solo con l'iscrizione nei registri immobiliari.

PUBBLICITA' IMMOBILIARE E FORME ANALOGHE:

La trascrizione:

- Strumento di pubblicità predisposto per atti relativi all'acquisto della proprietà o di diritti reali su beni immobili e su alcune categorie di beni mobili (mobili registrati). Con la trascrizione si riporta il contenuto essenziale dell'atto in appositi registri, rendendolo così legalmente conoscibile;
- Si inerisce in un sistema di circolazione di beni immobili costruito sulla base del **principio consensualistico** → regola per cui la proprietà *e gli altri diritti si trasferiscono per effetto del solo consenso legittimamente manifestato tra le parti (art. 1376)*. Questo principio presenta dei vantaggi e dei rischi. I primi sono che i trasferimenti avvengono in modo semplice e trasparente mentre i secondi si possono configurare nel rischio di incertezza delle situazioni giuridiche. La trascrizione tende a ridurre i rischi garantendo la certezza dell'acquisto a chi utilizza lo strumento della pubblicità → per raggiungere questo risultato: la legge stabilisce che soltanto chi ha trascritto l'atto può opporlo (farlo valere) contro altri acquirenti che non hanno trascritto o l'hanno fatto in un momento successivo;
- NON HA EFFICACIA COSTITUTIVA → NON DETERMINA il trasferimento della proprietà o la costruzione di diritti reali: con essa si risolvono conflitti tra soggetti, non si assegnano invece le proprietà. **EFFETTO GIURIDICO DELLA TRASCRIZIONE: OPPONIBILITA'** degli atti trascritti ai terzi che vantano diritto sullo stesso bene in base ad un atto non trascritto o trascritto in data posteriore. Chi non provvede alla trascrizione va in contro all'inopponibilità o inefficacia relativa del proprio atto: l'atto rimane inefficace tra le parti, o verso terzi ma non nei confronti di coloro che hanno trascritto il titolo concorrente. TRASCRIVERE è un ONERE per la parte interessata. Costituisce un OBBLIGO per il pubblico ufficiale che redige l'atto (notaio);
- Secondo l'art. 2657: si esegue in forza di sentenza, atto pubblico o scrittura privata autenticata/accertata giudizialmente. La norma stabilisce che la funzione e gli effetti della trascrizione richiedono che sia legalmente certa la provenienza dell'atto dai soggetti che figurano come parti → LA TRASCRIZIONE NON è QUINDI MEZZO DI PROVA DELL'ATTO.
- Gli atti sono trascritti con riferimento alle parti che li compiono: ogni atto di alienazione/costituzione di diritti è trascritto sia contro l'alienante, sia a favore dell'acquirente (doppia trascrizione);
- La certezza dell'acquisto → si ha in base alla continuità delle trascrizioni, ovvero una sequenza non interrotta di trascrizioni che risale fino ad un acquisto a titolo originario (per es. usucapione) art. 2650;
- Gli atti soggetti a trascrizione → elencati nell'art. 2643: contratti, atti unilaterali e provvedimenti giudiziari con la quale si trasferisce la proprietà di beni immobili, si eseguono/estingono diritti reali limitati, si conferiscono immobili.

Effetti usucapione: acquisto a titolo originario. Esso può essere fatto valere contro chiunque, indipendentemente dalla trascrizione. Essa infatti è ugualmente utile sia in funzione di pubblicità-notizia, sia per stabilire la continuità delle trascrizioni.

- Art. 2652: elenco di domande giudiziali che devono essere trascritte qualora si riferiscono a diritti menzionati nell'art. 2643.

Per i beni mobili registrati: i registri sono organizzati su base reale (ordinati in base al numero di targa) che individua il bene con riguardo al quale sono poi trascritti gli atti di alienazione.

Una pubblicità costitutiva si realizza riguardo all'ipoteca con il sistema dell'iscrizione nel registro delle ipoteche dell'atto di concessione o altro atto costitutivo. L'atto produrrà un diritto alla costituzione dell'ipoteca, ovvero un diritto a iscrivere; l'ipoteca, diritto reale, si costituisce con l'avvenuta iscrizione.

ALTRI MEZZI DI PUBBLICITA':

Beni mobili non registrati → il meccanismo di certezza della circolazione è affidato a un sistema organizzato di pubblicità degli atti che trasferiscono o costituiscono diritti su questi beni. È affidato a un criterio di immediata evidenza che è quello del **possesso** (in particolare in buona fede).

Diritti di credito → notificazione della cessione al debitore (= funzione alla pubblicità).

Società → registro delle imprese.

Registri dello stato civile → Atti.

LE PROVE DOCUMENTALI:

Atto pubblico: documento redatto da un notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuire all'atto pubblica fede. Tipico atto pubblico: rogito notarile.

L'art. 2700 → valore di prova dell'atto pubblico: "questo tipo di atto fa **piena prova**, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e altri fatti che il p.u. attesta avvenuti in sua presenza o compiuti da lui".

Piena prova = prova legale.

Scrittura privata: semplice documento scritto, sottoscritto dalle parti. Può essere dattiloscritto, stampato, scritto da un terzo. Fondamentale è che sia firmato da colui alla quale si può attribuire la dichiarazione ivi espressa. Formalità: foglio di carta e una firma → efficacia prova limitata: firma può essere sempre contraffatta. Art. 2702.

Valore probatorio della scrittura: verte attorno alla sottoscrizione. (telegrammi, libri contabili, riproduzioni meccaniche ed informatiche).

Scrittura privata autenticata: documento redatto dalle parti (non dal p.u.) e sottoscritto davanti ad un p.u. che attesta che la firma è stata apposta in sua presenza, quindi è autentica.

L'autenticazione rende certa l'identità del sottoscrittore. Valore di prova legale, fino a querela del falso. Stesso valore ha la scrittura che non nasce autenticata ma ha come oggetto un procedimento di verifica.

Un problema particolare riguarda la data della scrittura. Se l'atto è pubblico, la data è certa, coperta da prova legale: ciò si ha anche nella scrittura privata autenticata. La semplice scrittura

privata non ha però una data certa. La può acquistare tramite la registrazione o per documenti informatici, con l'apposizione/associazione di marche temporali (sarà certa la data della registrazione). La data può anche risultare indirettamente, qualora muoia l'autore dell'atto o per una sopravvenuta impossibilità fisica.

LE PROVE PER TESTIMONI:

Dichiarazioni rese al giudice durante l'interrogatorio del testimone sui fatti di cui egli abbia avuto diretta conoscenza. Il problema della prova per testimoni è la sua diretta ammissibilità (art. 2721 e ss.).

Il limite generale alla prova testimoniale riguarda i contratti: le parti di essi sono spesso in grado di procurarsi la prova documentale; ponendo questo limite, la legge stimola le parti a comportarsi in modo più certo e meno litigioso.

In alcuni casi la prova testimoniale è sempre ammessa:

- Quando vi è un principio di prova per iscritto;
- Quando il contraente è stato nell'impossibilità morale/materiale di procurarsi la prova;
- Quando il documento di prova è stato perduto senza colpa.

La prova per testimoni è sempre ammessa nel caso di contratti di vendita internazionale di merci.

In altri casi invece il giudice non può ammettere la prova per testimoni. Ciò avviene quando si parla di contratti per i quali la legge impone, per evitare la litigiosità, una prova per iscritto: transazione (art. 1967), assicurazione (art. 1888). La perdita o la distruzione incolpevole del documento scritto consentono la prova testimoniale (art. 2725).

La prova testimoniale non costituisce mai una prova legale.

LA CONFESIONE E IL GIURAMENTO:

Confessione:

- art. 2730: "la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevole e favorevoli all'altra parte";
- art. 2733: la confessione resa in giudizio è prova legale dei fatti dichiarati, se verte su fatti relativi a diritti disponibili. Stessa efficacia ha la confessione extragiudiziale fatta alla parte o a chi la rappresenta. Requisito per entrambe è la capacità di disporre.

Giuramento:

Se una parte non dispone di prove sufficienti può allora deferire all'altra il giuramento, per farne dipendere la decisione della causa. Il rifiuto di giurare fa perdere la causa. **Il giuramento è prova legale.** Se la parte giura, non è più ammessa prova contraria; la sentenza deve dare ragione a chi ha giurato, e non può essere revocata neanche se poi fosse provata la falsità del giuramento (art. 2738).

Chi giura il falso, cosa rischia??

I) Il falso giuramento è reato;

II) Chi è stato sconfitto può richiedere il risarcimento del danno subito, anche se il reato è estinto (art. 2738);

LE PRESUNZIONI:

argomentazione che sulla base di un fatto noto risale a un fatto ignoto (Es: "Mi è noto che a tizio è arrivata una lettera. Presumo l'abbia letta). Questa definizione si attaglia bene all'uso che il giudice può fare di presunzione al fine di accertare fatti rilevanti per la decisione: da fatti noti o direttamente provati, il giudice trae la conclusione che anche altri fatti, non direttamente verificabili, possano ritenersi ragionevolmente seri.

La presunzione del giudice = presunzione semplice (modo di valutare i risultati delle prove).

Presunzione legale = (onere della prova); essa si ha quando è la legge stessa a prevedere che un fatto, rilevante come elemento di una fattispecie, si debba considerare per accaduto senza necessità di darne prova. Se la presunzione legale non ammette prova in contrario, si parla di **presunzione assoluta (iuris et de iure)**.

Presunzione relativa (o iuris tantum) = (è ammessa prova contraria); si risolve in una inversione dell'onere della prova: la legge tratta una situazione come se il fatto fosse provato, finché l'interessato non dimostri il contrario.

Diversa dalla presunzione è la finzione (fictio iuris) = si ha quando il legislatore assoggetta una determinata situazione di fatto alla disciplina prevista per una situazione diversa.

GLI ATTI DELLO STATO CIVILE:

Un' esigenza/funzione dello Stato è quella di assicurare certezza e conoscibilità dei fatti più rilevanti per la condizione giuridica della persona: la nascita, la paternità e la maternità, il matrimonio e la morte.

Registri dello stato civile = in essi devono essere riprodotti tutti quegli atti chiamati atti dello stato civile, proprio perché influiscono sulla condizione civile, sugli stati della persona.

Gli atti dello stato civile sono: l'atto di nascita, di matrimonio e di morte. L'efficacia di questi è molto complessa. Ciascuno dà prova legale dei fatti materiali o degli atti giuridici documentati. L'atto di stato civile costituisce di più che una prova. L'esistenza di una persona, la paternità o maternità, la morte possono essere provati solo allegando l'atto di stato civile da cui quei fatti risultano.

Atto di stato civile = funziona come un titolo di stato che ne dipende, ovvero come un elemento necessario per far valere la condizione di soggetto, figlio o coniuge, che l'atto stesso attesta.

La necessità di questo atto può essere superata:

- Quando i registri non siano tenuti, o smarriti o distrutti;

- Nelle ipotesi in cui ha rilevanza il possesso di stato, ovvero la stipulazione di fatto per cui una persona è creduta e trattata come coniuge, figlio, ecc.. .

Funzione atti e registri dello stato = mezzi di pubblicità.

LA PRESCRIZIONE:

Art. 2934: "Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge".

Prescrizione = modo di estinzione dei diritti fondato sull'inerzia del titolare. Per quanto concerne le ragioni della prescrizione, esse si fondano su:

- L'esigenza di certezza nelle relazioni giuridiche (compromessa quando un diritto non è esercitato per un lungo periodo di tempo);
- La tendenza dell'ordinamento a sfavorire l'inerzia.

L'equilibrio tra i due interessi segue un criterio che presenta utilità generale: la scelta di casi e tempi di prescrizione è fondamentale nel nostro ordinamento e rientra nell'ordine pubblico → le norme concernenti la prescrizione sono inderogabili dai privati (art. 2936: nn possono escludere, aggiungere casi di prescrizione e nemmeno modificare i termini).

Anche l'interesse protetto dalla norma che fa prescrivere un diritto è un interesse particolare: è possibile una rinuncia alla prescrizione già compiuta (art. 2937); non una rinuncia preventiva, che si scontra con l'inderogabilità delle norme sulla prescrizione. La rinuncia può avvenire anche tacitamente, da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione (art. 2937).

Art. 2938 = la prescrizione deve essere eccepita dall'interessato, ovvero opposta alla richiesta di adempimento e, in giudizio, non può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

La prescrizione non opera per tutti i diritti. L'art. 2934, 2° comma, esclude la prescrizione per:

- Diritti indisponibili (diritti di carattere personale relativi allo status familiare, i diritti personalissimi);
- Altri diritti indicati dalla legge (come il diritto di far valere la nullità del contratto). In questa categoria rientra il diritto di proprietà. Per questo diritto non esiste una norma che dichiara imprescrittibile la proprietà. La legge dispone che non si prescrive l'azione di rivendicazione. La norma suppone l'imprescrittibilità del diritto di proprietà: il problema dell'inerzia, con riguardo alla proprietà, è affrontato attraverso la tutela del possessore, tramite lo strumento dell'usucapione. Sono prescrittibili i diritti reali su cosa altrui.

Modi con i quali la prescrizione opera:

- DECORRENZA = non vi è inerzia se non in rapporto a un'attività possibile. La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (art. 2935);

- **SOSPENSIONE** = gli artt. 2941 e 2942 prevedono alcuni casi di sospensione del periodo di prescrizione. L'art. 2941 dà rilevanza ad alcuni rapporti tra le parti (tra chi dovrebbe esercitare il diritto e chi potrebbe subirne l'esercizio): non corre prescrizione tra coniugi, tra genitori e figli, tra tutore e pupillo, tra erede e eredità accettata con beneficio di inventario, tra persone giuridiche e i loro amministratori; l'art. 2942 considera invece come causa di sospensione la condizione del titolare, che impedisce l'esercizio del diritto: non corre prescrizione contro gli incapaci legali privi di rappresentante e contro i militari in servizio in tempo di guerra.
FONDAMENTO COMUNE TRA I DUE ARTICOLI: nei casi previsti, l'inerzia appare giustificata. Una volta cessata la causa di sospensione la prescrizione si rimette in moto: al periodo di tempo già trascorso prima della sospensione (se vi è) si aggiunge quello trascorso dopo.
- **INTERRUZIONE** = quando cessa l'inerzia del titolare, la prescrizione si interrompe: occorre o la notificazione di un atto con cui si inizia un giudizio, o un atto che valga a costituire in mora il debitore. L'interruzione può derivare dal riconoscimento del diritto da parte di colui contro il quale può essere fatto valere. L'interruzione azzerà il periodo di prescrizione, così il periodo della stessa ripartirà da zero (art. 2945).
- **DURATA** = il termine ordinario di prescrizione dei diritti è di dieci anni (art. 2946). Ordinario = si applica ogni volta che la legge non dispone diversamente. Gli artt. 2947 e ss. prevedono delle prescrizioni brevi in cui il termine è ridotto in varia misura (esempi: il diritto al risarcimento derivante da fatto illecito si prescrive in 5 anni; 5 anni anche per indennità di cessazione del rapporto di lavoro; 2 anni per danni derivanti da circolazione di veicoli. In questi casi se il titolare agisce in giudizio, ottenendo una sentenza definitiva di condanna, la prescrizione torna al termine ordinario di dieci anni, secondo disposizioni dell'art. 2953).

Le prescrizioni presuntive = non vanno confuse con quelle brevi. Rientrano nelle prescr. presunte tutti quei casi che riguardano prestazioni di commercio, di lavoro, opera professionale e in cui il termine è stato stabilito in sei mesi, un anno o tre anni.

LA DECADENZA:

Come la prescrizione, anche la decadenza è un istituto in cui il decorso del tempo la possibilità di esercitare il diritto.

Se nella prescrizione l'esigenza di certezza si combina con un riguardo alle ragioni dell'inerzia, nella decadenza l'esigenza di certezza è assoluta: il diritto deve essere esercitato entro un dato termine, in genere molto breve, per rendere la situazione definitivamente chiara. Questa necessità di certezza può essere stabilita dalla legge o anche da contratto: unico limite è che il termine pattuito non renda troppo difficile l'esercizio del diritto.

Se la decadenza è stabilita dalla legge, si distingue a seconda che essa riguardi diritti indisponibili o diritti disponibili. Nel caso di diritti indisponibili le parti non possono modificarne la disciplina e nemmeno rinunziarvi. Se si tratta invece di diritti disponibili il termine s'intende stabilito a tutela dell'interesse individuale di chi subisce l'esercizio del diritto, quindi le parti possono derogare alla disciplina legale (art. 2968).

LA LITE:

Un ulteriore aspetto della situazione è la possibilità di far valere in giudizio il proprio diritto, ovvero proporre al giudice una domanda che egli debba prendere in considerazione, tramite un giudizio che si concluda con una sentenza che dia torto o ragione a chi l'ha avviato → la cosiddetta azione, il potere di agire in giudizio.

Nel diritto romano = Azione = ACTIO. I giuristi romani individuavano le varie ACTIONES, ovvero le varie possibilità di agire in giudizio.

Art. 100 cod. proc. civ. → la legittimazione ad agire (potere di promuovere azione) suppone un interesse ad agire. Si tratta di un interesse protetto dalla legge in modo tale da consentire la domanda.

Ipotesi più frequente = l'interesse ad agire esiste in quanto l'attore (colui che propone la domanda) è il titolare di un diritto soggettivo. L'azione si configura come un aspetto del contenuto del diritto: uno dei poteri che lo compongono.

AZIONE, INTERESSI QUALIFICATI E INTERESSI DIFFUSI:

rapporto tra azione e la tutela degli interessi che fanno capo alla generalità, o alla collettività che non si identificano in gruppi costituiti a loro volta come soggetti di diritto. Si tratta degli interessi diffusi. → tutela ambientale e protezione dei consumatori.

LA PROTEZIONE DEL CONSUMATORE:

Si parla della protezione di interessi collettivi o diffusi → tutela del consumatore.

BOX

CAPITOLO 9-I DIRITTI DELLA PERSONA

PERSONALITA' E DIRITTI INVIOLABILI:

Art.2 cost. contiene il fondamento di tutti i rapporti tra la persona, i gruppi sociale e lo Stato: "La repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità".

Si riconosce perciò nell'art.2 della Costituzione la base normativa di un'ampia gamma di diritti che hanno in comune la funzione di garantire lo svolgimento della personalità: i **diritti della personalità**.

VITA, INTEGRITA' FISICA E SALUTE:

L'elementare **diritto alla vita** non è neppure menzionato nella costituzione, forse troppo ovvio per dover essere espressamente proclamato. È danno ingiusto per eccellenza la lesione del diritto alla vita.

La lesione all'**integrità fisica** è sempre stata considerata "danno ingiusto" e quindi fondamento di responsabilità civile (art.2043 c.c.). ma l'integrità fisica è un bene che la legge considera in certi limiti indisponibile. L'art. 5 del c.c. vieta gli **atti di disposizione del proprio corpo** quando ne consegua contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. I limiti dell'art. 5 sono espressamente derogati dalle leggi che consentono i **trapianti di organi** tra viventi, sul trapianto parziale di fegato e sui prelievi di cellule staminali e midollari.

Il **diritto alla salute** è protetto da norme di carattere pubblicistico che riguardano la sanità pubblica, l'igiene e l'ambiente. È riconosciuto da una ricca giurisprudenza come un *diritto soggettivo assoluto*, sulla base dell'art. 32 cost. e tutelato con il risarcimento del danno.

AUTODETERMINAZIONE, GESTIONE DEL PROPRIO CORPO, LIBERTA' FONDAMENTALI:

La necessità del consenso al trattamento medico da parte del paziente, purché capace di fatto, e il diritto di rifiutare le cure, si fondano, per giurisprudenza ormai consolidata, sul principio della **autodeterminazione**, fino al diritto a rifiutare le cure e lasciarsi morire (non va confuso con l'eutanasia). Le basi normative sono l'art.2 e 13 della cost., che garantisce l'invio labilità della libertà personale, e che trova riscontro nell'art. 32 cost. secondo cui nessuno può essere obbligato a trattamento sanitario fuori dai casi previsti dalla legge. Tutti i cittadini a seguito a formale richiesta del Ministero della Sanità, sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e tessuti dopo la morte: la mancata dichiarazione è considerata assenso alla donazione.

DIGNITA' E INTEGRITA' MORALE:

La **dignità della persona** è prevista in numerose norme della costituzione (4, 13, 15, 19, 21, 32, 41, 42). Spesso li rispetto della dignità si risolve in più specifici doveri e diritti, come il rispetto della autonomia, dell'intimità, del pudore, dell'onere.

L' **integrità morale** è un bene oggetto di tutela penale nei casi di ingiuria e diffamazione considerati delitti contro l'onore.

LA TUTELA DELL'IDENTITÀ:

Il **nome** è protetto contro l'uso che altri indebitamente ne faccia. Il cognome è attribuito secondo criteri legali: il figlio legittimo porta il cognome del padre; per il figlio naturale riconosciuto, giudizialmente dichiarato, legittimato, si seguono gli art.262, 283, 290. La moglie aggiunge al proprio il cognome del marito, e lo conserva fino a divorzio o annullamento del matrimonio; in caso di separazione il giudice può disporre che la moglie possa, o debba non usare il cognome del marito. L'adottato assume il cognome dell'adottante o lo premette al proprio (solo in caso di adozione di maggiorenni). Le modifiche al nome sono ammesse con le formalità indicate dalla legge.

Lo **pseudonimo** è tutelato quando abbia acquistato l'importanza del nome, per esempio per ragioni di protezione artistica. Prevista dal codice civile (art.10), la protezione dell'**immagine**; ne è vietata la riproduzione, sia la diffusione a meno che si tratti di personaggio o avvenimento di interesse pubblico. La norma protegge l'immagine fisica della persona (ritratto, caricatura, fotografia...); se ne ricava però per analogia, la protezione di altri aspetti identificativi, come la voce. La difesa avviene con l'*inibitoria* (ordine di cessare gli abusi) salvo il risarcimento dei danni.

Il diritto all'**identità personale**, è il diritto a non essere presentati agli occhi del pubblico in modo falsato rispetto ai valori e ai connotati fondamentali con i quali si caratterizza la presenza sociale della singola persona anche contro quella alterazione della sua identità che non aggredisce l'onore o la reputazione, ma semplicemente ne dà una rappresentazione infedele.

Infine insorge oggi il problema dell'**identità genetica**: la tutela contro la *manipolazione* e il diritto a conoscere le proprie origini genetiche.

DIRITTO ALLA VITA PRIVATA E ALLA RISERVATEZZA:

Con il termine diritto alla **riservatezza** si fa riferimento alla difesa di una zona di **intimità**, in cui essere lasciati in pace, si fa riferimento al **controllo sulle informazioni** che riguardano la nostra persona, in tutte le sue espressioni: fisiche, affettive, morali, di opinione, patrimoniali.

Sono costituzionalmente protetti: il domicilio e la corrispondenza (art.14). limiti e divieti, anche i carattere penale, sono stati imposti riguardo alle intercettazioni e riprese visive nei luoghi di privata dimora all'uso di schede informative sui cittadini militari alla raccolta di informazioni per la tutela della sicurezza pubblica, alla diffusione di informazioni sulle interruzione di gravidanza, sulle rettificazioni di sesso negli atti dello stato civile, o sulle adozioni.

Il **diritto alla vita privata** (*privacy*) nei confronti dell'elaborazione automatica dei dati di carattere personale. L'applicazione della legge è affidata a un **garante** cioè ad un collegio di quattro membri eletti, due dalla Camera dei Deputati e due dal Senato.

Per **trattamento** si intende la raccolta, la conservazione, l'elaborazione, l'utilizzazione, la comunicazione, la diffusione, la distribuzione ed altre operazioni proprie alle banche dati. Per **dati personali** la legge intende qualsiasi informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente o associazione che risultino identificate o identificabili anche indirettamente, cioè per mezzo di altre informazioni o anche di un numero di identificazione personale. Per **dati sensibili** si intendono quei dati personali che concernono l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso

filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali relativi allo stato di salute e alla vita sessuale.

Solo il consenso espresso e in forma scritta dell'interessato permette, normalmente, il trattamento dei dati, salvo che non si tratti di elementi risultanti dai pubblici registri, di raccolte di dati anonimi a soli fini statistici o di dati raccolti per l'attività giornalistica, o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria.

Per il trattamento dei dati *sensibili*, oltre al consenso scritto e dell'interessato è necessaria l'autorizzazione del Garante, salvo che la raccolta avvenga per l'esercizio di professioni sanitarie. Anche il giornalista può raccogliere dati sensibili senza autorizzazione ma solo nei limiti del diritto di cronaca e in particolare dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico. Alcuni particolari tipi di raccolta, o particolari categorie di dati sono però esenti da questa disciplina: il trattamento dei dati effettuato dalla pubblica sicurezza, dalla difesa, dalla Sicurezza dello Stato.

Colui che cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali deve risarcire il danno stesso a norma dell'art. 2050.

BOX

SEZIONE SECONDA – LA PROPRIETA'

CAPITOLO 11-IL DIRITTO DI PROPRIETA'

IL CONTENUTO DELLA PROPRIETA':

Il titolo II del libro III del c.c. si apre con l'art.832: 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. Dunque la pienezza può essere intaccata, ridotta; e la norma non dice fino a che punto.

Se proprietario è un **incapace legale** (minore o interdetto) nessuno ha facoltà di libero godimento né potere di libera disposizione; chi agisce per il minore ha poteri vincolati allo scopo, che è di conservare il bene e assicurarne un uso conveniente all'interesse del minore o dell'incapace.

Se la proprietà è in capo a **persone giuridiche**, le prerogative dei singoli individui si allontanano sempre più dal modello di proprietà individuale: ogni facoltà o potere risulta infatti limitata o alterata man mano che si fa più forte il vincolo allo scopo che il gruppo o l'ente debbono statutariamente perseguire. Allo stesso modo, la libertà di uso, godimento, alienazione manca là dove il bene anche come nell'eredità accettata con *beneficio di inventario nel* fondo patrimoniale costituito per i bisogni della famiglia, nel patrimonio dell'imprenditore soggetto a fallimento, ecc...

PROPRIETA' E NEW PROPERTIES:

Il codice predispose una normativa della proprietà che appare vincolata a due direttrici. La prima è la sequenza proprietà-possesso-res corporale: direttamente collegata a quella di possesso, potendo essere oggetto di proprietà soltanto ciò che può essere oggetto di possesso, e può essere oggetto di possesso soltanto una cosa, una res, un bene materiale. La seconda direttrice è una fictio, che converge sulla suddetta sequenza, nel senso che le cose non corporali vengono d'imperio equiparate a quelle corporali.

LA PROPRIETA' PRIVATA NEL CODICE CIVILE:

Nel codice civile la disciplina della proprietà tende a coincidere con quella della proprietà immobiliare.

Il contenuto della proprietà, secondo l'art.832, si concentra nei due aspetti del **godere** e nel **disporre**, ed è **pieno** ed **esclusivo**.

Disporre non è altro che decidere e attuare operazioni materiali sulla cosa: destinarla a un certo uso o trasformarla. Disporre, in senso stretto, è invece disporre del diritto di proprietà: vendere, donare, costituire diritti altrui sulla cosa, insomma determinare la sorte giuridica della cosa.

L'una e l'altra prerogativa spettano al proprietario in modo *pieno* (senza limiti). Se la legge non stabilisce limiti, il proprietario può fare ciò crede della cosa e del proprio diritto.

Il proprietario ha un potere *esclusivo*: si diceva *excludendi alios*, il diritto di escludere gli altri: vale a dire la pretesa, volta verso tutti, a un comportamento che non ostacoli il libero e pieno godimento del bene.

L'art. 833 dice che non rientra nelle facoltà del proprietario di usare la cosa in modo che abbia il solo scopo di nuocere ad altri (c.d. **atti emulativi**): basta però una minima utilità del proprietario per rendere lecito l'atto.

N.B. la *prescrizione* non si applica alla proprietà. L'*imprescrittibilità* del diritto non è espressamente prevista dalla legge che prevede però, all'art. 949, l'imprescrittibilità dell'azione con cui il proprietario può rivendicare la cosa da chiunque l'abbia in suo possesso. La proprietà è soggetta però a *usucapione*, modo di acquisto a *titolo originario*, quando la proprietà cade in effettivo possesso di una persona diversa dal titolare, la quale si comporta come proprietario per un lungo periodo di tempo.

LA PROPRIETA' FONDIARIA:

Il *bene immobile* è un bene la cui utilizzazione può incidere e anzi sempre incide, sugli interessi individuali di altri proprietari, i confinanti e più in generale i vicini, e sugli interessi della collettività. Nel c.c. compare una norma che sembra costituzionale: è l'art. 845: "la proprietà fondiaria è soggetta a regole particolari per il conseguimento di scopi di pubblico interesse". Le norme che tendono a risolvere i **rapporti di vicinato** sono in prima linea norme che risolvono conflitti di interessi tra proprietari; le norme invece che riguardano l'**urbanistica** e la **proprietà agricola** sono in prima linea norme che tendono a raggiungere obiettivi di interesse pubblico. La **proprietà del suolo** si concepiva come proprietà di tutto ciò che sta sotto il suolo, e nello spazio sopra il suolo. Nell'art 840 troviamo un criterio diverso: dunque la proprietà si estende al sottosuolo e allo spazio sovrastante, ma il diritto di escludere attività altrui cessa quando la profondità o l'altezza è tale che manca l'interesse ad escludere.

Il proprietario non può come tale, sfruttare le **miniere**, le **cave**, le **torbiere** che fanno parte del patrimonio *indisponibile* dello stato o delle Regioni; non può appropriarsi dei **reperti archeologici**; non può opporsi all'esecuzione di **opere idrauliche** di pubblico interesse...

L'art. 841 prevede che il proprietario possa in qualunque momento chiudere il fondo o compiere altre opere adatte a impedirne a chiunque l'accesso.

I RAPPORTI DI VICINATO:

Il rapporto di **vicinato** è fonte di vari limiti della proprietà privata che hanno tre caratteristiche comuni: l'**automaticità** (i limiti nascono direttamente dall'esistenza della situazione prevista dalla legge), la **reciprocità** (quel che vale per l'uno vale per l'altro) e di conseguenza la **gratuità**. Da tutti e tre i punti di vista i limiti di vicinato si distinguono, come vedremo, dalle servitù legali.

Un limite generale della proprietà fondiaria è il **divieto di immissioni**: la norma vuole risolvere il problema dei fastidi che si propagano da un fondo all'altro: le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni.

Il criterio di equilibrio prescelto dalla norma è quello della *normale tollerabilità*: il proprietario di un fondo non può impedire immissioni che non superino la normale tollerabilità; all'inverso nessun proprietario può produrre immissioni che superino quella soglia.

Ci sono due criteri che completano quello principale di cui si è detto. 1. Il giudice deve temperare le ragioni della proprietà con quelle della produzione: l'attività produttiva gode di una tutela particolare, in considerazione del fatto che l'eliminazione delle immissioni, non sempre

del tutto possibile, richiede dei costi che qualche volta possono essere sproporzionati rispetto all'interesse dell'altra parte. 2 il giudice può tener conto della priorità di un determinato uso.

I rimedi sono l'ordine di cessare l'abuso (**inibitoria**) o se ne sussistono i presupposti, il **risarcimento del danno**.

La seconda fonte di limiti di vicinato è data dalle norme sulle **distanze** nelle costruzioni, piantagioni, scavi, muri, ecc (art. 873 e ss.).

Distanze minime devono essere mantenute anzitutto tra le costruzioni. Il codice indica una distanza di 3 metri, che ha lo scopo di evitare intercapedini troppo strette: distanze maggiori sono imposte da leggi speciali e regolamenti comunali, per fini diversi.

Il proprietario che costruisce per primo può farlo sul confine: l'altro, a questo punto, ha una scelta: o costruisce in *aderenza*, o rispetta la distanza costruendo in posizione arretrata all'interno del proprio fondo. Se il primo proprietario costruisce non sul confine, ma a una distanza minore della metà di quella prescritta dal codice o dai regolamenti, l'altro ha un *diritto potestativo* di ottenere la **comunione forzosa del muro** (la proprietà della striscia di terra dal confine al muro di cui dovrà pagare il valore). Il primo, però, potrà impedire l'occupazione del suolo portando la sua costruzione al confine, o arretrandola fino alla metà della distanza prevista (1,5 metri).

La legge prevede una distanza tra la costruzione e il confine. Le finestre si distinguono in **vedute** o prospetti che permettono di affacciarsi e di guardare di fronte, e **luci** che danno solo passaggio alla luce e all'aria. Per le vedute è prevista una distanza minima pari alla metà di quella che deve esistere tra costruzioni. L'apertura di una veduta influisce però anche sulla distanza legale tra costruzioni, infatti il proprietario che costruisce dopo non può farlo in aderenza se il primo aveva costruito sul confine.

Invece, la presenza di luci in un muro non impedisce al vicino di acquistare la comunione del muro medesimo né di costruire in aderenza, salvo che per contratto sia stabilita una servitù di luce.

La **violazione** delle norme in materia di distanze e di quelle relative alle luci e vedute può determinare conseguenze diverse: **riduzione in ripristino**, che può consistere nell'abbattimento della costruzione o di una sua parte, nella chiusura di una luce o di una veduta, nella chiusura di pozzi o cisterne; e il **risarcimento del danno**.

LA PROPRIETA' EDILIZIA:

Il problema dominante è l'interesse generale ad assicurare uno sviluppo razionale dell'edilizia; di evitare la devastazione del paesaggio, la crescita incontrollata delle città, la scomparsa del verde urbano.

Queste diverse esigenze sono protette da norme (c.d. **norme di edilizia**) che derivano da varie **fonti**:

- il c.c. agli art. 873 e ss. Disciplina le distanze tra le costruzioni;
- le leggi speciali (norme antisismiche, standard urbanistici...);
- il piano regolatore generale (P.R.G. approvato dal comune e dalla regione);

- i regolamenti edilizi comunali cui fa rinvio lo stesso art. 871.

Il P.R.G. prevede quali aree possono essere destinate alla edificazione, quali devono essere mantenute a verde e quali devono essere destinate a pubblici servizi.

Il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia prevede che alcune opere edilizie possano essere eseguite senza alcun previo consenso della p.a.: gli interventi di manutenzione ordinaria e alcuni interventi diretti ad eliminare le barriere architettoniche. Per le opere interne alle costruzioni, che non siano in contrasto con i piani regolatori e edilizi non è necessario il permesso; all'inizio dei lavori il proprietario presenta al sindaco una denuncia di inizio attività (D.I.A.) sottoscritta da un professionista abilitato, che attesta la natura delle opere e il rispetto delle norme vigenti.

Il T.U. lascia invece immutata la disciplina del **contributo di costruzione** che consiste di una quota commisurata alle spese di urbanizzazione, e di una quota commisurata al costo di costruzione.

La violazione di queste regole (norme di edilizia) dà diritto alla riduzione in pristino, a norma dell'art. 872 c.2, oltre all'eventuale risarcimento danni.

LA PROPRIETA' AGRICOLA:

Il c.c. fissa la **minima unità culturale**, un'area minima da non dividere nemmeno in caso di successione ereditaria; prevede l'*obbligo di esecuzione di opere* per i proprietari di terreni dichiarati soggetti a bonifica, o sottoposti a vincoli per scopi idrogeologici. I proprietari possono essere riuniti obbligatoriamente in consorzi, che sono persone giuridiche pubbliche, il cui scopo è provvedere all'esecuzione, alla manutenzione e all'esercizio delle opere necessarie.

MODI DI ACQUISTO DELLA PROPRIETA':

I modi di acquisto a titolo derivativo sono i più frequenti ed importanti; si tratta infatti del **contratto** (art.1321 e ss.) e della **successioni a causa di morte** (artt. 456 e ss.).

L'**avente causa** acquista il diritto così come era in capo al dante causa; se il titolo del dante causa viene meno, viene meno anche il diritto dell'avente causa.

I modi di acquisto a titolo originario sono:

- l'**occupazione**: acquisto che riguarda le cose mobili che sono proprietà di alcuno (res nullius); esse si acquistano prendendone possesso (art.923). la **selvaggina** è invece parte del patrimonio indisponibile dello Stato; ma può essere acquistata dal cacciatore che se ne impossessi nel rispetto delle regole previste per la caccia.

- l'**invenzione**: invenire in latino significa trovare: riguarda quindi le cose mobili smarrite. Chi le trova, ha il dovere di restituire al proprietario o di consegnarle al sindaco. Dal ritrovamento può derivare o l'acquisto della proprietà dopo un anno. Una suggestiva ipotesi di invenzione è il ritrovamento del tesoro: appartiene metà al proprietario del fondo e metà al ritrovatore.

- l'**accessione**: quando un bene viene in rapporto con un altro, che lo attrae così che il tutto diventa proprietà del titolare del bene principale. Forme di accessione di immobile a immobile sono i casi previsti della **alluvione** e dell'**avulsione**. Una forma simile all'accessione si attua per

unione o commistione, cioè per LO Stato mescolanza di cose che non possono essere separate senza deterioramento (come la vernice). Se c'è una cosa principale o molto superiore di valore il proprietario della cosa principale acquista il tutto e deve pagare il valore della cosa unita o mescolata, nel secondo caso la proprietà diventa comune in proporzione del valore delle cose. Altra forma di accessione di mobile a mobile è la **specificazione**: una persona adopera una materia che non le apparteneva. Il principio è che il lavoro prevale sulla proprietà dei materiali. Se però il valore del materiale supera di molto quello della mano d'opera, la cosa spetta al proprietario della materia, per il quale deve pagare il prezzo della mano d'opera.

A titolo originario si acquista la proprietà anche per **usucapione** e per **acquisto del possesso di buona fede di cosa mobile**.

L'acquisto della proprietà derivante dall'esercizio del diritto di **riscatto**: riconosciuto a un soggetto di acquistare o riacquistare la proprietà di una cosa mediante una dichiarazione unilaterale di volontà. La legge riconosce a un soggetto il diritto di essere preferito ad altri acquirenti nel caso di alienazione di un bene (diritto di **prelazione**).

I MODI DI ACQUISTO DELLA PROPRIETA' PUBBLICA:

Lo stato e gli altri enti possono ad esempio comperare i beni sul mercato. In certi casi l'interesse pubblico può richiedere di uscire e assicurare d'autorità allo Stato a gli enti pubblici la proprietà di determinati beni. È prevista l'**espropriazione** per motivi di interesse generale. L'art. 834 prevede l'espropriazione per la necessità di una causa di pubblico interesse prevista dalla legge, il pagamento di una giusta indennità. La questione dell'indennizzo è segnata da ripetuti interventi della corte costituzionale, che ha consentito, da un lato, all'autorità amministrativa di provvedere alle opere dei pubblica utilità senza pagare a prezzo di mercato le aree espropriate, di non ledere, dall'altra il diritto del proprietario al ristoro del sacrificio a lui imposto. In mancanza di accordo, l'indennità di espropriazione si determina, sulla base di criteri stabiliti dalla legge, in misura pari al valore venale del bene, suscettibile di essere ridotto del 25% quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale.

L'espropriazione è anche menzionata nell'art. 43 della Costituzione, il quale prevede che, a fini di utilità generale, la legge possa riservare, originariamente, o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio che abbiano carattere di preminente interesse generale.

La cassazione ha stabilito che qualora la p.a. abbia occupato il fondo del privato durante il corso della procedura di espropriazione e tale occupazione sia divenuta illegittima per scadenza del termine previsto , ovvero qualora l'occupazione sia avvenuta senza titolo e quindi sia da considerarsi illegittima fin dall'inizio, la proprietà del fondo occupato che abbia subito un'irreversibile destinazione alla realizzazione di un'opera pubblica, non può essere rivendicata dal privato stesso (occupazione acquisitiva).

CAPITOLO 12-I DIRITTI SU COSA ALTRUI

I DIRITTI REALI LIMITATI:

I diritti reali su cosa altrui sono chiamati usualmente **diritti reali limitati**. La proprietà attribuisce al titolare ogni facoltà o potere sulla cosa, salvi i limiti espressamente imposti dalla legge. Nei diritti su cosa altrui vale il criterio opposto. Le facoltà e poteri dei titolari e i limiti imposti al proprietario sono solo quelli che possono ricavarsi da positive indicazioni normative.

Si usa distinguere diritti reali di **godimento** (superficie, enfiteusi, usufrutto, uso, abitazione, servitù) da diritti reali di **garanzia** (pegno e ipoteca), che assicurano al creditore pignoratizio o ipotecario la possibilità di soddisfarsi sul bene a preferenza di altri creditori.

È il caso di ricordare qui la sopravvivenza di diritti collettivi che consentono l'uso o il godimento limitato di proprietà altrui, pubbliche o anche private.

È il caso di ricordare qui la sopravvivenza di diritti collettivi che consentono l'uso o il godimento limitato di proprietà altrui, pubbliche o private. Sono i c.d. **usi civili**: diritti che spettano ai membri di una comunità locale, di carattere pubblico, imprescrittibile; residui di antiche concessioni e proprietà collettive.

USUFRUTTO, USO E ABITAZIONE:

L'**usufrutto** (art. 981 e ss.): l'usufruttuario ha il diritto di godere della cosa (uso diretto e indiretto e la percezione dei frutti naturali e civili). Per realizzare il godimento, l'usufruttuario ha diritto di ottenere il possesso della cosa. Quanto ai frutti civili, l'usufruttuario può dare in locazione la cosa; il rapporto così stabilito, se risulta da atto avente data certa, continua anche alla cessazione dell'usufrutto fino al termine stabilito, ma non oltre un quinquennio dalla data della cessazione. L'usufruttuario deve rispettare la destinazione economica della cosa, non può cioè alterare quelle caratteristiche del bene che ne delimitano gli impieghi economici. Può invece introdurre dei miglioramenti; in tal caso ha diritto a un'indennità da parte del proprietario, corrispondente alla somma minore tra quanto l'usufruttuario ha speso per i miglioramenti, e l'aumento di valore che essi hanno indotto.

Se l'usufrutto comprende cose *deteriorabili* l'usufruttuario ha diritto di servirsene, e alla fine dell'usufrutto è soltanto tenuto a restituirle nello stato in cui si trovano. Se l'usufrutto ha oggetto cose *consumabili* (denaro, alimenti) allora si verifica una situazione particolare, che si chiama **quasi-usufrutto**; l'usufruttuario ha diritto di servirsi delle cose, consumandole, e ha l'obbligo di pagarne il valore al termine dell'usufrutto: ne acquista la proprietà con l'obbligo di restituzione del solo valore.

L'usufruttuario deve inoltre: usare la *diligenza del buon padre di famiglia* (cioè una diligenza media) nel godimento, deve fare l'*inventario* e prestare *garanzia* (se non lo fa, il proprietario non è tenuto a consegnargli la cosa), deve pagare le spese per l'ordinaria manutenzione e amministrazione della cosa, deve pagare le imposte, i canoni, le rendite e tutti i pesi che gravano sul reddito.

Il proprietario è detto anche *nudo proprietario*: egli non ha la facoltà di godere; conserva però il controllo sulla cosa (solo con il suo consenso l'usufruttuario può mutare la destinazione economica del bene). È compito del proprietario provvedere a riparazioni straordinarie.

L'usufrutto nasce per volontà privata (testamento, contratto) o per usucapione. L'art. 978 prevede la costituzione ad opera della legge (**usufrutto legale** dei genitori sui beni del minore).

La durata dell'usufrutto non può eccedere la vita dell'usufruttuario, e se questi lo aliena, il diritto cessa comunque alla scadenza prevista nel titolo o alla morte del primo titolare. L'usufrutto a favore della persona giuridica non può durare più di trent'anni.

I casi di **estinzione** sono la *prescrizione* per non uso ventennale, la *riunione* di usufrutto e proprietà nella stessa persona (la c.d. **confusione**), e il totale *perimento* della cosa. Causa particolare di estinzione, per *provvedimento del giudice* è l'*abuso* che l'usufruttuario faccia del suo diritto alienando i beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in rovina per mancanza di riparazioni.

L'**uso** attribuisce al titolare non solo il diritto di servirsi della cosa, ma anche quello di goderne i frutti, limitatamente ai bisogni suoi e della famiglia. A differenza dell'usufrutto che può essere ceduto l'uso è *personalissimo*: è quindi incredibile, e si estingue con la morte dell'usuario.

Il diritto di **abitazione** attribuisce la facoltà d'uso di un immobile al solo scopo di abitarvi. Anche qui il diritto è incredibile, e il titolare può far godere dell'abitazione solo i membri della sua famiglia (figli legittimi, naturali, affidati, ma anche le persone conviventi per servizio).

SUPERFICIE E PROPRIETA' SUPERFICIARIA:

Per capire bene la superficie, è necessario ricordare che di regola ciò che è costituito sul suolo appartiene al proprietario del suolo (principio base dell'**accessione**). È però possibile che questo meccanismo sia escluso o per volontà delle parti o perché così prevede la legge: una separazione tra proprietà del suolo e proprietà di ciò che è costruito sopra o sotto il suolo.

Quando il proprietario di un'area costituisce, a favore di un altro soggetto, il **diritto di costruire**; si tratta di un diritto reale su cosa altrui (sull'area) determina l'acquisto della proprietà dell'edificio separatamente da quella del suolo: sul suolo c'è un diritto reale limitato che si esaurisce nella facoltà di edificare (c.d. **diritto di superficie**), sull'edificio c'è **proprietà superficaria** cioè proprietà piena ma limitata all'edificio, anziché estesa all'area.

Nel **condominio** il suolo è proprietà comune dei condomini, mentre i singoli appartamenti sono proprietà individuale di ciascun condomino: si dice che sul condominio si realizza una proprietà individuale orizzontale.

ENFITEUSI:

L'**enfiteusi** si realizza quando il proprietario di un fondo concede ad un'altra persona (l'enfiteuta) il diritto di goderne, con l'obbligo di migliorarlo e di pagare un canone annuo in denaro o in natura. L'istituto nasce soprattutto per porre rimedio all'abbandono di terreni agricoli.

Esigenze pratiche spiegano anche la durata minima, ventennale, necessita per consentire un impiego prolungato di lavoro e di capitale. L'enfiteuta può disporre del suo diritto per atto tra vivi o per testamento e ha il *diritto di affrancazione*, cioè il diritto ad acquistare in qualsiasi momento la piena proprietà del fondo, pagando una somma corrispondente a quindici volte l'ammontare del canone annuo.

LE SERVITU' PREDIALI:

L'art. 1027 recita: "la servitù prediale consiste nel peso posto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario. L'obbligo precisa l'art. 1030 non può essere un obbligo di fare qualcosa, ma un obbligo di *non fare* o un obbligo di *lasciar fare*. La servitù è un rapporto che si instaura tra i proprietari dei due fondi, come tali, e che quindi permane anche se l'uno o l'altro dei due fondi passano nella proprietà di persone diverse. La servitù determina un vero e proprio limite della proprietà. È necessario che i fondi siano *vicini*, non necessariamente confinanti, ma vicini quel tanto che consenta di legare lo svantaggio dell'uno all'oggettivo vantaggio dell'altro.

L'art. 1031 dice che le servitù prediali si possono costituire in quattro modi:

- *coattivamente*: sono quelle tassativamente elencate agli art. 1032 e ss. quali: servitù d'acquedotto, o per accedere alla strada pubblica da un fondo che non vi ha diretto accesso, o perché più adeguato per soggetti portatori di handicap, per la corrente elettrica.
- *volontariamente* (per contratto o per testamento): quando nasce per *contratto* le parti devono stabilire le modalità di esercizio della servitù e l'*indennità* che è sempre dovuta. Solo se il proprietario, tenuto a costituire la servitù, si rifiuta o comunque non arriva all'accordo, l'avente diritto può chiedere al giudice una **sentenza** che tiene luogo del contratto e costituisce il diritto. Finché non è pagata l'indennità, il proprietario del fondo servente può opporsi all'esercizio della servitù. I limiti di vicinato sono reciproci, le servitù legali unilaterali: i primi sono gratuiti, le seconde suppongono un'indennità; i primi sono automatici, le seconde nascono per contratto o per sentenza. **Servitù volontarie** sono quelle servitù la cui costituzione non è obbligatoria. Le **servitù apparenti** sono quelle servitù che richiedono un'opera visibile e permanente.
- per *usucapione*;
- per *destinazione del padre di famiglia*: si avvicina a quello volontario ma non richiede un atto giuridico.

Alle servitù apparenti si applica poi il modo di acquisto per **usucapione**, cioè tramite il possesso durato ininterrottamente per 20 anni o per il periodo minore previsto dalle norme sulla usucapione di diritti reali di godimento.

L'art. 1069 stabilisce due principi: il primo stabilisce che le opere necessarie all'esercizio devono essere costruite nel tempo e nel modo in cui rechino minore incomodo al proprietario del fondo servente; l'altro che le spese sono a carico del proprietario del fondo dominante, salvo che giovino anche al fondo servente.

CAPITOLO 13-LA COMUNIONE

LA COMUNIONE:

La comunione equivale a contitolarità di un diritto reale: comproprietà, cossufrutto, cossuperficie. Una contitolarità si può verificare però anche riguardo ai diritti su beni immateriali.

Si usa distinguere tre possibili origini della situazione di comunione:

- comunione *volontaria*: si realizza per volontà delle parti;
- comunione *incidentale*: si attua indipendentemente dalla volontà delle parti (es. è la comunione tra gli eredi);
- comunione *forzosa*: imposta dalla legge a una o a tutte le parti, come la comunione forzosa del muro.

Un particolare modo di costituzione della comunione è poi, oggi, quello della **comunione "legale" tra i coniugi** che riguarda i beni acquistati, anche separatamente, dopo il matrimonio. Qui le parti sono libere di evitare la comunione, scegliendo la separazione dei beni: ma, nel silenzio, si applica il regime legale, che è appunto la comunione. Quanto all'utilizzazione del bene è previsto che ciascun partecipante può servirsi dalla cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto: a tal fine egli può anche, a sue spese, fare quelle modificazioni che sono necessarie per un migliore godimento della cosa. L'**uso** è un diritto del singolo..

La seconda prerogativa di ciascun partecipante è quella di poter disporre del suo diritto, e cioè della quota. La proprietà sulla cosa spetta solo all'insieme dei partecipanti; ma a ciascuno spetta un diritto su una quota del bene, cioè non una parte materiale, ma una frazione ideale, matematica, dell'intero.

La quota è un bene, un cespite attivo nel patrimonio del singolo partecipante. Egli ne può disporre e di conseguenza ne può fare anche l'oggetto di una garanzia per i suoi creditori: sia una garanzia generica, che una garanzia reale, con l'ipoteca accesa sulla cosa comune. Il comproprietario può, nei limiti della quota, cedere ad altri il godimento della cosa.

Le prerogative del singolo si completano con il potere di chiedere in ogni momento lo **scioglimento** della comunione: se gli altri non consentono, la domanda va rivolta al giudice, che ordina lo scioglimento e procede alla divisione.

Può esserci però un patto di *non divisione* per un periodo massimo di 19 anni. Si può chiedere lo scioglimento quando si tratta di cose che, se divise, cesserebbero di servire all'uso cui sono destinate.

Per la **disposizione** del diritto sulla cosa comune è necessario il consenso di tutti i partecipanti: l'unanimità è una regola che protegge il singolo contro decisioni che non divide.

Per tutto ciò che riguarda l'**amministrazione** del bene comune, prevale un criterio di tutela dell'interesse collettivo, che si esprime nel principio di maggioranza. Per le innovazioni e la straordinaria amministrazione con la maggioranza di due terzi. Potere della maggioranza è quello di stabilire una **regolamento** per l'ordinaria amministrazione e per il godimento migliore della

cosa comune, nonché di delegare l'amministrazione a uno o più partecipanti, o anche a un estraneo. Il regolamento però non può intaccare i diritti dei singoli partecipanti all'uso della cosa, alla disposizione della quota. Una norma che lo facesse è prevista la possibilità di impugnare il regolamento entro 30 giorni.

IL CONDOMINIO DEGLI EDIFICI:

Il condominio è una particolare forma di proprietà degli edifici, che combina in sé la proprietà individuale e la comunione: proprietà individuale di piani o porzioni di piano. Tra loro si stabilisce immediatamente una situazione di comunione, e non di condominio. Supponiamo però che procedano alla divisione, assegnando a ciascuno la proprietà di uno degli appartamenti. Ecco che si realizza la situazione di condominio: il diritto di proprietà su ciascun appartamento spetterà in modo esclusivo ad ogni singolo fratello, mentre ai tre spetterà la proprietà delle c.d. parti comuni indicate nell'art. 1117.

La disciplina del condominio discende logicamente dalla convivenza dei due tipi di proprietà, individuale e collettiva.

Oggetto di proprietà collettiva sono le *parti comuni*: i muri maestri, i tetti, e i lastrici solari, le scale, cortili, in genere tutte le parti dell'edificio necessarie all'uso comune, portineria, lavanderia riscaldamento centrale (art.1117).

N.B. non c'è la possibilità per il condominio di liberarsi dell'obbligo per il contributo alle spese di manutenzione, rinunziano al diritto sulle cose comuni.

Tutto il problema della **amministrazione**, è regolato poi in modo più dettagliato che nella semplice comunione. Si distinguono tre gruppi di atti:

- **atti di ordinaria amministrazione** e riparazioni straordinaria amministrazione, per i quali ci vuole la maggioranza degli intervenuti e almeno la metà del valore dell'edificio.
- **atti di straordinaria amministrazione** qui è necessaria la presenza di almeno i 2/3 dei condomini per la prima votazione, 1/3 per la seconda; è necessaria la maggioranza.
- **innovazioni**: fermo il numero legale visto per gli atti di straordinaria amministrazione, ci vuole una maggioranza qualificata dei 2/3 dei condomini.

La **proprietà individuale** o per piani o porzioni di piano è regolata secondo norme comuni in tema di proprietà e comprende tutti i poteri e le facoltà che normalmente spettano al proprietario, con i limiti che derivano dalla comunione forzosa dei muri, degli impianti ecc. le norme del regolamento non possono in alcun modo menomare i diritti di ciascun condomino.

LA MULTIPROPRIETA':

Un immobile viene venduto con atti separati ad una pluralità di acquirenti. Si tratta in genere di complessi immobiliari in località turistiche. Il contratto prevede che ciascun acquirente abbia diritto ad una utilizzazione esclusiva dell'unità prescelta, solo per un determinato periodo di tempo, in genere, l'anno solare è diviso in settimane, e ogni settimana è assegnata a un acquirente.: si parla perciò anche di proprietà **turniara**.

Si potrebbe infatti vedere nella multiproprietà una comunione, in cui ogni multiproprietario è titolare di una micro-quota del bene.

Una diversa configurazione del diritto è quella della c.d. **multiproprietà azionaria**. L'immobile in questo caso è in proprietà di una società per il c.d. multiproprietario acquista solo la posizione di socio azionista della s.p.a. azionaria.

Si parla infine di **multiproprietà alberghiera** nei casi in cui il godimento turnario del bene sia assicurato, insieme a molti servizi, solo attraverso la cooperazione di un gestore chi l'acquirente si lega con un contratto misto.

BOX

CAPITOLO 14-IL POSSESSO

LA NOZIONE DI POSSESSO:

Nel significato tecnico-giuridico "*possesso*" non indica l'appartenenza giuridica di una cosa al possessore, ma solo il fatto che una persona si trovi ad averne la disponibilità, indipendentemente dalla circostanza che abbia o non abbia il diritto di farlo.

L'art. 1140 contiene una definizione di possesso: il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale.

Tutto quel che importa è che una persona si comporti di fatto come si comporterebbe il titolare di un diritto, indipendentemente dal fatto che il potere della cosa sia esercitato in modo lecito o non lecito.

Possessore è di fatto colui che ha in suo potere la cosa. Il possesso è il potere di fatto sulla cosa, che si manifesta... Il possesso non è solo la situazione corrispondente all'esercizio della proprietà, ma anche quella che riproduce l'esercizio di altri diritti reali. Si parla quindi di possesso a titolo di proprietà, a titolo di usufrutto, a titolo di servitù, a titolo di comunione.

LA RILEVANZA DEL POSSESSO:

Al possesso sono collegati due ordini di effetti:

- un sistema di protezione dello stato di fatto esistente contro spoliazioni, turbative e molestie (c.d. azioni *possessorie*);
- la possibilità di trasformare la situazione di possesso senza diritto nella titolarità del diritto corrispondente (acquisto a titolo *originario* della proprietà o di altro diritto reale per usucapione o nell'ipotesi prevista dall'art. 1153). Al diritto dell'una o dell'altra parte di comportarsi in un certo modo (di tenere la cosa o non tenerla, di usarla o di non usarla) è consentita un'azione in via immediata ma provvisoria, la c.d. azione possessoria, che ne consente il ripristino o la protezione.

I REQUISITI DEL POSSESSO. LA DETENZIONE:

N.B. Tolleranza non crea possesso!; Possessore è colui che tiene o utilizza la cosa come la terrebbe il titolare di un diritto: non è possessore, ma detentore, chi dà segno di riconoscere un diritto altrui (non ha quindi l'*animus possidendi*).

L'art. 1140 precisa al comma 2 che si può possedere direttamente o per mezzo di un'altra persona, che ha la **detenzione** della cosa (x esempio se io presto l'automobile a un mio amico, la possiedo tramite il mio amico che in quel momento la detiene).

Se non c'è un oggettivo cambiamento della situazione occorre un **atto di opposizione**, con cui il detentore dà segno di non riconoscere un "potere" altrui.

Quanto alla prova, se si tratti di possesso o detenzione, l'art. 1141 dispone che il possesso si presume in colui che esercita il potere di fatto: occorre invece provare che ha cominciato a esercitarlo come detenzione.

Se una persona possiede, per es. a titolo di usufrutto, non può mutare il suo possesso in possesso a titolo di proprietà se non compie atti di opposizione contro il potere del proprietario: questo mutamento si chiama **interversione del possesso**.

L'ACQUISTO DEL POSSESSO:

Il possesso si acquista in modo originario per **apprensione**, cioè per impossessamento d'iniziativa di chi diviene possessore, e in modo traslativo per **consegna**, che può essere anche *simbolica*.

L'acquisto derivativo del possesso può realizzarsi però anche senza la *consegna* quando:

- l'acquirente è già detentore e diviene possessore (l'inquilino che acquista l'appartamento che gli era stato dato in affitto);
- chi cede il possesso conserva la detenzione della cosa, e costituisce nel possesso l'acquirente.

Altra regola è che il possesso attuale non fa presumere il possesso anteriore. Tuttavia:

- se la persona ha posseduto in tempo più remoto, si presume il possesso intermedio;
- se la persona possiede in base a un titolo si presume che possiede dalla data del titolo, salva prova contraria.

GLI EFFETTI SOSTANZIALI DEL POSSESSO:

Si tratta del diritto di appropriarsi dei frutti, che spetta al possessore di buona fede (chi deve restituire i frutti indebitamente percepiti ha diritto al rimborso delle spese); del problema delle riparazioni, miglioramenti, addizioni portate alla cosa dal possessore.

Una norma attribuisce al solo possessore di buona fede, a tutela del diritto alle indennità a lui dovute, il diritto di *ritenzione*, cioè la facoltà di non restituire la cosa rivendicata finché non sia stata pagata l'indennità o siano state prestate idonee garanzie (art.1152).

L'art. successivo prevede che la persona, a cui è stato alienato un bene mobile (non registrato) ne acquisti la proprietà con il possesso, anche se l'alienante non era proprietario della cosa purché ricorrano due condizioni:

- che vi sia stato acquisto del possesso in buona fede;
- sulla base di un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà.

N.B. La regola non si applica alle universalità e ai beni mobili registrati.

Quanto all'espressione titolo astrattamente idoneo:

- a) **Titolo** significa un atto giuridico: compravendita, donazione, dazione in pagamento, ecc...
- b) **Astrattamente idoneo** vuol dire che l'atto deve avere tutti i requisiti che sono necessari perché sia idoneo a trasferire la proprietà: cioè deve essere **valido**.

L'acquisto del possesso di buona fede non sana i vizi dell'atto, ma solo il difetto di legittimazione.

Non rappresenta esattamente il diritto attuale l'antica massima secondo cui in fatto di mobili il possesso vale titolo: un titolo valido deve accompagnare il possesso.

Effetto del possesso prolungato nel tempo è l'**usucapione**, che premia l'attiva utilizzazione delle cose, e fa coincidere una situazione di diritto con una situazione di fatto consolidata nel tempo, in omaggio alla chiarezza e sicurezza dei rapporti giuridici. I requisiti dell'usucapione sono:

- che il possesso sia avvenuto in modo *pacifico* e *pubblico* (cioè non deve essere stato acquistato in modo violento e clandestino; se così fosse stato l'usucapione può decorrere dal tempo in cui la violenza o la clandestinità siano cessate).
- che il possesso sia *continuato*: cioè che il possessore non abbia cessato di possedere per qualche tempo – e che *non* sia stato *interrotto* per atto del proprietario o di terzi che ne abbiano privato il possessore per oltre un anno.

N.B. Tutti i *diritti reali* possono essere acquistati per usucapione. Nel caso delle servitù ci deve essere il caso dell'apparenza, senza il quale il possesso può esistere ma non porterà all'usucapione.

Il termine ordinario per l'usucapione è di vent'anni per gli immobili, per i beni mobili e per le universalità di mobili. Il termine ventennale si riduce a dieci anni, nel caso dei beni immobili se c'è *buona fede, un titolo idoneo a trasferire la proprietà, e la trascrizione dell'atto*. Si riduce a tre anni l'usucapione dei beni mobili registrati. Agli altri beni mobili la buona fede fa ridurre il termine a 10 anni, mentre la presenza di buona fede e titolo idoneo determina l'acquisto immediato della proprietà a norma dell'art. 1153 e quindi realizza un'ipotesi diversa dall'usucapione.

Il decorso del termine può essere *sospeso, o interrotto* per le stesse cause che valgono per la prescrizione (art. 1156).

BOX

CAPITOLO 15-LA TUTELA DELLA PROPRIETA' E DEL POSSESSO

LE AZIONI PETITORIE:

Proprietà e diritti reali limitati hanno in comune il carattere di diritti assoluti cioè che si possono far valere verso tutti (erga omnes). Questo carattere si riflette anche nelle **azioni** (c.d. petitorie) con cui il diritto reale si fa valere in giudizio. La persona dispone dunque di una azione reale

AZIONI A DIFESA DELLA PROPRIETA':

La prima azione a tutela del diritto di proprietà è l'antichissima rei vindicatio: la **rivendicazione**.

Ciò che si chiede è la consegna o la restituzione della cosa di cui il proprietario ha perduto. L'azione si volge contro chiunque tiene presso di sé la cosa (l'azione segue la cosa). Una volta che l'azione è iniziata, il convenuto non può liberarsene cedendo ad altri il possesso della cosa: anche se lo fa, rimane obbligato a recuperarla per l'attore e, in mancanza, a pagargliene il valore, oltre a risarcirgli il danno. Chi agisce in rivendicazione deve provare di essere proprietario secondo la regola generale dell'onere della prova.

La **prova della proprietà** si considera, nella tradizione, "*probatio diabolica*" cioè diabolicamente difficile. Ogni acquisto a titolo derivativo attribuisce all'acquirente solo ciò che l'alienante può trasferirgli: io divento proprietario solo se ho comprato da un vero proprietario, e quest'ultimo lo è soltanto se a sua volta lo ha: la prova di avere acquistato il diritto di proprietà non è raggiunto fino a quando non sia accertato un acquisto a titolo **originario** che dà l'anello fisso a cui attaccare tutta la catena.

Se il proprietario ha interesse solo alla restituzione della cosa in mano ad altri, e non anche all'accertamento del suo diritto di proprietà, può ricorrere ad azioni in cui non è richiesta la prova della proprietà: cioè alle azioni possessorie o all'azione che deriva da un contratto, per il quale egli abbia diritto alla restituzione o alla consegna.

L'accertamento della proprietà può essere anche chiesto senza la domanda di restituzione attraverso un'azione di **accertamento della proprietà**.

Come il diritto di proprietà non è *prescrittibile*, così non lo è l'azione di rivendicazione.

Un'altra azione che spetta al proprietario è l'**azione negatoria**, che è diretta a far chiarire l'inesistenza di diritti affermati da altri sulla cosa, quando il proprietario ha motivo di temere pregiudizio. Il proprietario può chiedere al giudice la cessazione delle eventuali turbative e molestie (**inibitoria**), e condanni l'altra parte al risarcimento del danno.

L'azione di **apposizione di termini** suppone che non ci sia controversia sui confini, ma che le parti non si accordino per mettere i segni di delimitazione delle due proprietà: ciascuno dei proprietari può chiedere che i termini(cioè i segni di confine) siano collocati o ricollocati a spese comuni.

AZIONI A DIFESA DI DIRITTI REALI LIMITATI:

Il titolare di una servitù ha la facoltà di: far riconoscere in giudizio l'esistenza contro chi ne contesta l'esercizio, far cessare le turbative e gli impedimenti; chiedere la rimessione in pristino, cioè che sia ricostituito lo stato di cose preesistente alle turbative e il risarcimento dei danni.

L'**azione confessoria** si presenta come l'immagine speculare dell'azione negatoria: l'interesse del titolare di un diritto reale su cosa altrui a farne dichiarare l'esistenza; entrambe sono azioni di accertamento, nelle quali la domanda si estende alla *cessazione delle turbative (inibitoria)*.

LE AZIONI POSSESSORIE:

Si distinguono due gradi diversi di protezione del possesso:

- a) Qualunque possessore che abbia acquistato il possesso in modo pacifico o violento, pubblico o clandestino, da lungo tempo o da breve tempo, è protetto contro lo **spoglio**, cioè la privazione violenta o clandestina del possesso; egli può chiedere al giudice entro un anno dallo spoglio, di essere reintegrato nella sua posizione: di qui il nome di azione di **reintegrazione**. La tutela del possesso ha un senso perché è immediata, e si basa solo sullo stato di fatto: il giudice deve ordinare la reintegrazione sulla semplice notorietà del fatto dello spoglio, e senza dilazione. Es. supponiamo che una persona occupi un appartamento sfitto. Il proprietario subisce, in questo caso, uno spoglio e può quindi agire in reintegrazione. Se però tollera la situazione per più di un anno, perde questa possibilità. Supponiamo allora che voglia sistemare le cose a modo suo, e, durante un'assenza degli occupanti, butti fuori le loro cose e faccia cambiare la serratura della porta. Il sistema di tutela del possesso funziona ora a favore dell'occupante, il quale può chiedere al giudice la reintegrazione. Il proprietario, convenuto non può opporre di aver diritto a possedere l'appartamento. In sede possessoria, ha torto, e deve restituire: potrà agire però in sede *petitoria, e cioè con l'azione di rivendicazione*.

Anche il detentore può agire per lo spoglio: ad es. un inquilino. L'azione non spetta se la detenzione è dovuta a ragioni di ospitalità o di servizio: gli ospiti si possono mettere fuori casa.

- b) Una più completa tutela è disposta a favore di un possessore di immobili o di universalità di mobili il cui possesso abbia i requisiti già visti per l'usucapione e sia durato almeno un anno (**azione di manutenzione**). Il possesso è protetto:
 - a. Contro le molestie;
 - b. Contro una privazione del possesso non violenta né clandestina. Anche qui l'azione può essere esperita solo entro l'anno dalla turbativa o dallo spoglio.

LE AZIONI DI NUNCIAZIONE:

Abbiamo due azioni che spettano sia al possessore che al proprietario, o titolare di altro diritto reale, anche se non possessore: le c.d. *azioni di nunciazione*.

- 1) La **denuncia di nuova opera** può essere esperita quando si ha ragione di temere che da una nuova opera intrapresa nel fondo altrui, possa derivare un danno alla propria cosa; si apre poi un giudizio in cui si decide se esista o non esista il diritto di fare l'opera;
- 2) Simile svolgimento ha la **denuncia di danno temuto** che si riferisce al pericolo di un danno grave e prossimo, ma derivante da uno stato di cose già esistente, cioè da un edificio, albero o altra cosa siti nel fondo altrui. Il giudice può disporre in via provvisoria che si prendano delle misure adatte ad evitare il pericolo.

SEZIONE TERZA – CREDITO

CAPITOLO 16-L'OBBLIGAZIONE

IL RAPPORTO OBBLIGATORIO E LE SUE FONTI:

La parola **obbligazione** indica il rapporto tra un debitore e un creditore; il primo obbligato verso il secondo a dare o fare o non fare qualcosa: in sintesi, ad una **prestazione** suscettibile di valutazione economica. In sostanza qualsiasi relazione economico-giuridica che preveda obblighi tra le parti riveste i caratteri dell'**obbligazione**.

Come ogni rapporto giuridico, l'obbligazione nasce da un fatto o da un atto che ne è **titolo** o **fonte**.

L'art. 1173 indica le **fonti** dell'obbligazione, elenca il *contratto*(art.1321 ss.), il fatto *illecito*(art. 2043), e ogni altro fatto idoneo a produrre in conformità dell'ordinamento giuridico.

Una promessa o dichiarazione unilaterale è fonte di obbligazione solo nei casi espressamente previsti dalla legge: **promessa al pubblico** e **ricognizione di debito, titoli di credito, la gestione d'affari il pagamento dell'indebito e l'arricchimento senza giusta causa** (art. 2041 e ss.).

Alcune fonti delle obbligazioni nascono da **provvedimenti del giudice** come le sentenze di condanna. In ambito pubblico, poi, la legge collega **obblighi fiscali** ad una quantità di altri "fatti": alla proprietà di determinati beni – come i beni immobili, i mobili registrati...

LA PRESTAZIONE:

È essenziale che la prestazione sia "suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore" (art. 1174).

L'**obbligazione** si caratterizza dunque per l'**oggetto**: è obbligazione quel rapporto nel quale una parte (il debitore) è tenuta ad una prestazione a carattere patrimoniale in vista della soddisfazione dell'interesse dell'altra parte.

Uno schema tradizionale di classificazione distingue, quanto al contesto della prestazione, obbligazioni di:

- **Dare:** quella in cui il debitore è tenuto alla consegna di una cosa specifica o di un certo numero o quantità di cose determinate solo nel genere (es. consegnare la cosa venduta all'acquirente). Il dare non va inteso solo in senso materiale, ma anche come trasferimento della proprietà. La prestazione non è la cosa, ma il dare la cosa: questo è l'oggetto dell'obbligazione.
- **Fare:** è quella in cui il debitore è tenuto a svolgere un'attività, il cui compimento soddisfa un interesse del creditore. Così è in gran parte dei contratti tipici (mandato, deposito, trasporto, nel contratto di lavoro di prestare la propria attività). La stessa obbligazione di *dare* una cosa specifica, comprende sempre un'obbligazione di *fare*, e cioè quella di **custodire** la cosa che dev'essere consegnata.
- **Non fare:** esse richiedono al debitore una omissione, cioè di astenersi da un'attività: si tratta insomma di un divieto.

La prestazione deve corrispondere a un interesse del creditore (art.1174). La norma sottolinea che il rapporto obbligatorio si regge su una relazione funzionale tra la prestazione e un interesse del creditore che la prestazione deve soddisfare. In certe obbligazioni l'interesse del debitore guarda ad un risultato, in certe altre invece a un diligente comportamento del debitore.

All'inverso ci saranno casi in cui il rapporto obbligatorio perde la sua ragione di essere perché viene meno l'interesse del creditore alla prestazione.

La **prestazione** dev'essere, come già detto, suscettibile di valutazione economica: dev'essere *possibile* determinarne un valore. Al comportamento del debitore (dare, fare, non fare) si potrà assegnare un valore perché si tratta di una prestazione comunemente apprezzata nei rapporti economici (che ha un mercato e un valore di mercato). Quel che conta è che il rapporto tra le parti sia caratterizzato da un indice di patrimonialità della prestazione. La patrimonialità della prestazione non implica la patrimonialità dell'interesse da soddisfare. La prestazione può corrispondere anche a un interesse non patrimoniale del creditore.

IL RAPPORTO TRA DEBITORE E CREDITORE:

Come vedremo il nostro sistema tende a favorire il creditore, perché un sistema in cui il credito è di regola più sicuro. La norma fondamentale del rapporto tra debitore e creditore è quella dell'art.1175, il quale impone a *entrambe* le parti del rapporto obbligatorio un **dovere di correttezza**.

Il creditore deve comportarsi correttamente: ha un dovere di collaborazione con il debitore perché questi possa adempiere; e in caso di inadempimento, deve a sua volta usare un'ordinaria diligenza perché siano evitate o limitate le conseguenze del danno dell'inadempimento.

CORRETTEZZA E BUONA FEDE:

Tutti i rapporti che fanno sorgere obbligazioni sono governati dalla regola fondamentale del dovere di correttezza e di buona fede.

L'espressione "buona fede" serve a definire un dovere di comportamento: il dovere di comportarsi da persone oneste e leali, o, come più speditamente si può dire, il dovere di correttezza.

L'ide di buona fede ha infatti varie applicazioni e diversi significati. Sia nella disciplina delle obbligazioni, sia in quella del contratto e più ampiamente degli atti giuridici, altre norme fanno riferimento alla buona fede non per stabilire un *dovere di comportamento* (**buona fede oggettiva**) ma per indicare una *situazione psicologica* (**buona fede soggettiva**) che giustifica la protezione accordata all'interessi di una delle parti.

L'art. 1189 prevede il caso del pagamento ad un altro soggetto che appare legittimato (ma non lo è) a ricevere la pressione: il debitore è liberato se prova di essere stato in buona fede.

La **buona fede soggettiva** consiste dunque in una ignoranza, che deve però essere incolpevole, cioè non dipende da negligenza o leggerezza.

Regola comune a tutti i casi in cui rileva la buona fede soggettiva è che essa si presume: è la controparte che deve provare la malafede. Fanno eccezione i casi in cui la legge impone espressamente l'onere di provare al buona fede al soggetto che la vuole far valere.

Esiste un sostrato comune a tutte le norme che fanno riferimento alla buona fede, sia in senso oggettivo che soggettivo: ed è il modello della persona **onesta e leale**.

OBBLIGO E RESPONSABILITA':

Quello che rimane, in più rispetto all'obbligo è il legame tra dovere e **responsabilità patrimoniale**. Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, il che significa che i creditori possono rivalersi sui beni del debitore per soddisfare il loro interesse quando il debitore manca di adempiere. Assumendo un'obbligazione il debitore espone i suoi beni all'azione dei creditori e stabilisce così un generico vincolo sul suo patrimonio: l'obbligazione comprende due elementi, e cioè l'**obbligo e responsabilità**.

BOX

CAPITOLO 17-DISCIPLINA E VICENDE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO

ADEMPIMENTO:

L'**adempimento**(1176 e ss.) è l'esatta esecuzione della prestazione dovuta: **inadempiente** è quel debitore che non esegue correttamente la prestazione (art. 1218).

- a) *Il criterio della diligenza nell'adempimento.* L'art. 1176 dispone che nell'adempiere il debitore deve usare la *diligenza del buon padre di famiglia*. Il buon padre di famiglia è, nel linguaggio del codice, una persona di buon senso, che non fa le cose male ma neppure si vota alla perfezione: una persona che usa una cura ragionevole, secondo ciò che comunemente si ritiene giusto e adeguato. La *negligenza* o *l'imperizia* costituisce **colpa** del debitore. Il criterio della diligenza si conferma, e si precisa, nel secondo comma dell'art. 1176, il quale riguarda l'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale. Qui la diligenza richiesta non è quella generica del buon padre di famiglia, ma la diligenza "tecnica" indicata dalla natura dell'attività esercitata. Se l'obbligazione ha per oggetto la prestazione di **cose generiche**, il debitore deve prestare cose di qualità non inferiore alla media.
- b) *La rilevanza del risultato nell'adempimento.* In molti casi la pretesa del creditore ha ad oggetto una prestazione vista come effettivo risultato del comportamento del debitore: *l'esatto adempimento* richiede la produzione del risultato (se l'obbligazione ha per oggetto il pagamento di una somma di denaro è adempiuta solo quando il creditore ha ottenuto la somma dovuta). In alcune obbligazioni di fare *la diligenza* diviene l'oggetto stesso dell'obbligazione (il professionista non è obbligato a vincere la causa o a far guarire l'ammalato; è tenuto invece a svolgere al meglio la propria attività secondo tutte le regole dell'arte). In altri rapporti il debitore sembra tenuto a produrre un certo risultato (come nel contratto di trasporto). La differenza dipende dalla *causa* del contratto, che addossa ad una parte piuttosto che all'altra il rischio dell'esecuzione della prestazione. Sulla base di queste considerazioni si è affermata la distinzione tra obbligazioni di **diligenza** o di **mezzi**, nelle quali il debitore è tenuto a una condotta diligente, e obbligazioni **di risultato**, nelle quali il debitore è tenuto a produrre un certo risultato concreto.

MODALITA' DELL'ADEMPIMENTO:

Se il debitore offre un **adempimento parziale**, il creditore può rifiutarlo, anche se la prestazione è *divisibile* (denaro), a meno che la legge o gli usi dispongano diversamente.

Per quanto riguarda il **luogo** dell'adempimento, l'art. 1182 dispone che prima di tutto si guardi all'*accordo* tra le parti, poi agli *usi*, poi alla *natura* della prestazione, poi ad altre *circostanze* dell'adempimento. Infine, si fa ricorso a tre regole suppletive:

- a) Consegna di cosa determinata: va fatta nel luogo in cui era la cosa quando è sorta l'obbligazione;
- b) Pagamento di somma di denaro: va fatto al domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza;
- c) Altre prestazioni: vanno eseguite al domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza.

I debiti che devono essere pagati al domicilio del creditore si dicono **portabili**, quelli che vanno pagati al domicilio del debitore si dicono **chiedibili**.

Quanto al **tempo** dell'adempimento: se la convenzione non stabilisce un termine va compiuta immediatamente; se però gli usi, la natura della prestazione, il modo o il luogo dell'adempimento richiedono un termine, questo è stabilito dal giudice. Il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente, o ha diminuito le garanzie date o non ha dato quelle promesse.

Quando un debitore ha più debiti della medesima specie verso un creditore la legge riserva al debitore il vantaggio di poter dichiarare quale debito intende soddisfare anche senza il consenso del creditore; l'unica cosa che non può fare se non d'accordo con il creditore, è imputare la somma pagata al capitale invece che agli interessi.

Se il debitore non dichiara quale debito vuole estinguere, si applica un ordine stabilito dall'art.1193: prima il debito *scaduto*, poi il più *oneroso* per il debitore, poi il più *vecchio*; se tutti i debiti sono alla pari rispetto a questi criteri, il pagamento è imputato *proporzionalmente*. Ma il debitore che non fa l'imputazione corre un altro rischio: che il creditore dichiari nella quietanza di imputarlo all'uno o all'altro dei debiti.

Il debitore non può liberarsi della prestazione eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore. Il creditore può accettare anche la prestazione offerta dal debitore in luogo dell'inadempimento (ad es. un anello o un credito ceduto invece di una somma di denaro).

Il debitore che paga ha diritto a ricevere a sue spese una **quietanza** cioè una dichiarazione del creditore con cui questi attesta l'avvenuto pagamento; egli ha pure diritto a vedere liberati i beni dalle garanzie reali date per il credito.

I SOGGETTI DELL'ADEMPIMENTO:

L'art.1191 prevede che il debitore che ha eseguito la prestazione dovuta non possa "impugnare il pagamento –cioè chiedere la restituzione- a causa della propria incapacità".

Se un interdetto o un minore pagano un debito, purché siano capaci di intendere e di volere, non possono impugnare il pagamento; ma se chi paga non è in grado di intendere e di volere, allora può chiedere e ottenere la restituzione.

Il creditore deve "accettare" la prestazione, cioè verificare che corrisponda a quella dovuta; inoltre deve rilasciare quietanza, liberare i beni dalle garanzie... sono tutte decisioni, atti di autonomia: logico quindi che debba essere capace d'agire, nonché di intendere e volere. Il pagamento fatto a persona incapace di riceverlo non libera il debitore, a meno che questi possa provare che ciò che fu pagato è stato rivolto a vantaggio dell'incapace.

È possibile che un terzo adempia all'obbligazione, e ciò può avvenire anche contro la volontà del creditore, " se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione".

Diversa dall'adempimento del terzo è l'ipotesi in cui il debitore si faccia sostituire nel pagamento: sostituzione prevista nel mandato. Il creditore può rifiutarsi solo quando ha interesse ad ottenere la prestazione direttamente dal debitore (così per es. nelle attività professionali).

Il destinatario finale del pagamento è ovviamente il creditore. Il debitore si libera anche se paga al rappresentante del creditore, o alla persona che, è indicata dal creditore o dalla legge come autorizzata a riceverlo. Se il debitore paga a chi non è legittimato a ricevere il pagamento può essere liberato se colui al quale ha pagato appariva legittimato in base a circostanze univoche (**creditore apparente**), e se il debitore ha pagato in *buona fede*.

L'INADEMPIMENTO:

Le ragioni che possono determinare un inadempimento in senso oggettivo sono:

La prestazione non è eseguita o non lo è puntualmente. Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta, deve risarcire il danno subito dal creditore se non prova che l'inadempimento o il ritardo sono stati determinati da **impossibilità** della prestazione, derivante da causa a lui non imputabile. Il debitore è tenuto a ogni *sforzo*, e sopporta tutto il rischio del mancato adempimento. La diligenza non è in sé sufficiente a liberare il debitore se non si è realizzato l'adempimento; e se invece l'adempimento è mancato per impossibilità, la negligenza, che abbia concorso a determinare l'impedimento, basta a far rispondere, ancora, il debitore. Giurisprudenza e dottrina hanno indicato due requisiti: l'impossibilità dev'essere **oggettiva** cioè non dipendere dalla particolare situazione del debitore, e dev'essere **assoluta**, cioè tale da escludere anche la minima possibilità di eseguire la prestazione.

Il debitore deve provare l'esistenza di una causalità a lui esterna, e cioè praticamente il **caso fortuito** (un fatto o una situazione, anche prevedibile cui non si può resistere) o un atto d'autorità.

Per intere categorie di obbligazioni la stessa liberazione per impossibilità è esclusa (come nelle obbligazioni di genere).

L'art.1176 riguarda il modo in cui si deve adempiere: la diligenza è un criterio di misura della precisione richiesta al debitore che adempie, non un criterio generale di liberazione dall'obbligo di adempiere (c.d. **obbligazioni di risultato**), il debitore non possa liberarsi provando di aver tenuto una condotta diligente, ma solo dimostrando che il creditore è stato effettivamente soddisfatto.

Nella disciplina di altri rapporti (c.d. obbligazioni di mezzi o di diligenza) il principio della diligenza prevale su quello del risultato: non ogni sforzo possibile è richiesto al debitore, ma solo quello commisurato al dovere di diligenza.

L'intero rapporto obbligatorio è dominato dal reciproco dovere di correttezza imposto al creditore e al debitore.

La correttezza vale non solo come dovere, ma come criterio di valutazione di ogni atto del debitore o del creditore, allora la pretesa di quest'ultimo, che esiga la prestazione nonostante essa sia ostacolata da circostanze che rendono il suo impegno oltremodo gravoso o difficoltoso, può apparire in concreto contraria a correttezza; esigere l'adempimento, in tali condizioni, può costituire **abuso** del diritto del creditore: la prestazione, benché **possibile**, sarebbe **inesigibile** (es. la cantante che non si presenta allo spettacolo per andare dal figlio gravemente malato).

GLI EFFETTI DELL'INADEMPIMENTO:

La prima conseguenza è stabilita dall'art. 1218: "il debitore è tenuto a risarcire il danno". All'interno della "non esatta esecuzione" il legislatore tende poi a distinguere l'*inadempimento* dal *ritardo* nell'adempimento. Si può tuttavia parlare di *inadempimento* in tutte e tre le ipotesi (mancanza, difetto, ritardo): e tutte danno origine a **responsabilità per inadempimento**, cioè all'obbligo di risarcire il danno causato dal mancato, al difettoso o dal ritardato adempimento. Il colpevole *ritardo* del debitore nell'adempire.

Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740). Si tratta della **responsabilità patrimoniale** che altro non è che una **garanzia patrimoniale generica**, distinta dalle specifiche garanzie date dal debitore, cioè le garanzie reali (pegno e ipoteca) o personali (fideiussione...). dal momento in cui viene assunta l'obbligazione il soggetto debitore ne risponde con tutti i suoi beni, cioè assoggetta i suoi beni presenti e futuri all'eventuale azione dei creditori. Per questo l'obbligazione è non solo dovere, ma responsabilità, e si considera un **vincolo**. Il potere dei creditori di agire per soddisfarsi sui beni del debitore, cioè di attivare la garanzia, presuppone l'inadempimento, e in questo senso ne è un effetto. Per creare una soddisfazione il creditore può ricorrere al giudice perché disponga l'**esecuzione coattiva o forzata**. L'art. 2910 prevede l'espropriazione dei beni che, posti in vendita, procureranno i mezzi per soddisfare l'interesse economico del creditore. Le obbligazioni di pagare una somma di denaro o di dare cose determinate solo nel genere: l'esecuzione forzata sarà diretta a procurare al debitore anche il risarcimento del danno. Per le altre obbligazioni, sono previste forme diverse di **esecuzione in forma specifica**: la consegna e il rilascio forzati di una cosa determinata; l'esecuzione a spese dell'obbligato di obblighi di fare; la sentenza costitutiva che tiene luogo di un contratto non concluso; la distruzione di quanto fatto in violazione di un obbligo di non fare.

L'inadempimento, il debitore non è liberato dalla vecchia obbligazione per assumere solo quella di risarcire il danno. Il creditore che ne abbia interesse può sempre esigere l'adempimento, più il anno per il ritardo: si **perpetua l'obbligazione**.

LA MORA DEL DEBITORE:

Negli artt. 1219 ss. si disciplina la **mora del debitore**. Mora è una parola che viene dal latino e significa pure ritardo. Il termine **mora** indica una situazione in cui il debitore è considerato giuridicamente inadempiente: essa non sempre coincide con il ritardo materiale dell'adempimento; può seguire al ritardo, o può prodursi anche indipendentemente dal ritardo. L'art. 1219 dice che il debitore, il quale manca di adempiere nel tempo dovuto deve essere costituito in mora mediante intimazione o richiesta di adempiere fatta per iscritto dal creditore. La costituzione in mora non è necessaria in tre casi:

- 1) Quando il debito deriva da fatto illecito;
- 2) Quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere adempiere;
- 3) Quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore (c.d. debiti portabili).

L'art. 1220 prevede il caso in cui il debitore sia pronto ad adempiere, ma non lo possa fare perché il creditore non riceve la prestazione; in tale ipotesi il debitore non può essere considerato in mora se ha tempestivamente fatto offerta della prestazione dovuta (c.d. offerta alla buona).

L'art. 1222 contempla il caso delle obbligazioni negative, cioè di **non fare**, e dispone che le norme sulla mora non si applicano a queste obbligazioni, perché ogni fatto compiuto in violazione di esse costituisce di per sé inadempimento.

Gli effetti della **mora** sono:

- a) Risarcire i danni provocati dal ritardo nell'adempimento;
- b) Il debitore sopporta il rischio della impossibilità sopravvenuta anche per causa a lui non imputabile.
- c) Se l'obbligazione aveva ad oggetto la consegna di una cosa determinata, il debitore può ancora liberarsi provando che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore; se però l'obbligazione era quella di restituire una cosa illecitamente sottratta allora nessuna prova libera dall'obbligo di restituire il valore..

LA MORA DEL CREDITORE:

Un debitore potrebbe essere pronto ad adempiere, ma non poter eseguire la prestazione perché il creditore non collabora. Ad es. nei contratti a prestazioni corrispettive una parte potrebbe rifiutare di ricevere per non dover dare ecc. In una situazione così fatta, il primo e più urgente interesse del debitore è *evitare la propria mora*, lo può fare mediante una semplice offerta "alla buona" della prestazione.

Ma il debitore ha anche altri interessi: liberarsi del debito e poter eseguire la prestazione che corrisponda ad un suo interesse professionale o imprenditoriale. Il debitore può tutelarsi provocando la **mora del creditore**. Se si tratta di **obbligazioni di dare**, il debitore farà una **offerta formale** o solenne della prestazione tramite un pubblico ufficiale autorizzato.

Se l'obbligazione ha per oggetto danaro, titoli di credito, cose mobili da consegnare al domicilio del creditore, l'offerta dev'essere reale; altrimenti va fatta per intimazione a ricevere. Se il creditore non riceve il pagamento, occorre un controllo del giudice, che accerti l'esistenza dei requisiti dell'offerta, e la dichiari valida con sentenza. Quando ciò avvenga, il creditore è considerato in mora fin dal giorno in cui l'offerta è stata fatta.

Se invece il debitore ha fatto un'*offerta secondo gli usi*, gli effetti della mora si verificano dal giorno in cui egli esegue il deposito.

Gli effetti della **mora del creditore** sono indicati nell'art. 1207:

- a) È a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore;
- b) Non sono più dovuti gli interessi né i frutti non percepiti dal debitore;
- c) Il creditore è tenuto a risarcire i danni derivanti dalla sua mora e a sostenere le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta.

se il debitore vuole liberarsi senz'altro dell'obbligazione, deve reagire al rifiuto dell'offerta da parte del creditore con il **deposito** che può essere accettato dal creditore o dichiarato valido con sentenza.

Il deposito riguarda, ovviamente, cose mobili e si esegue con le forme del sequestro. Il debitore si libera ottenendo dal giudice la nomina di un sequestratario.

Nelle obbligazioni di fare il deposito non è possibile. Il debitore perciò ottiene gli effetti della mora, ma non si libera finché la prestazione non diviene impossibile; l'adempimento non può più essere richiesto in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura della prestazione, o perché il creditore non ha più interesse ad esigerlo; interviene la prescrizione

IL RISARCIMENTO DEL DANNO:

Danno non è solo la **perdita**, dice l'art. 1223, ma anche il **mancato guadagno**.

Il danno risarcibile, poi, è delimitato secondo tre criteri:

- a) Il danno deve essere **conseguenza immediata e diretta** dell'inadempimento (***nesso di causalità***);
- b) Il danno dev'essere **prevedibile** al tempo in cui è sorta l'obbligazione, salvo che l'inadempimento sia doloso, nel qual caso il risarcimento si estende ai danni imprevedibili.
- c) Il danno dev'essere collegato ad un **fatto colposo del creditore**, come avviene se questi ha concorso a determinarlo, o se, usando l'ordinaria diligenza, poteva evitare o limitare l'entità del danno cagionato dal debitore.

L'art. 1223 richiede che il danno sia conseguenza *immediata* (cioè senza passaggi intermedi come avviene per le cause remote) e *diretta* (cioè senza il concorso di altri elementi causanti) dell'inadempimento.

Per distinguere tra cause forti e deboli e chiedersi se quel fatto sia potenzialmente idoneo a produrre il danno che storicamente ne è derivato a seguito del concentrarsi delle circostanze. Secondo questo criterio sono causate da un certo evento solo le conseguenze che l'evento stesso era adeguato a produrre secondo una legge di normalità, secondo ciò che normalmente accade (***causalità adeguata***) che consente di rispettare il criterio normativo di un rapporto immediato e diretto.

Quest'area è poi ulteriormente limitata dal requisito di prevedibilità, che è riferito al tempo in cui l'obbligazione è sorta.

La regola sul **concorso di colpa** (art. 1227) prevede un vero e proprio esonero da responsabilità del debitore nel caso in cui il creditore avrebbe potuto evitare il danno usando l'ordinaria diligenza; se invece il fatto colposo del creditore ha contribuito a causare il danno, si riduce il quantum del risarcimento. L'art.1226 stabilisce che quando il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare è liquidato dal giudice con ***valutazione equitativa***.

Per i debiti di denaro una norma disposta dall'art. 1224 solleva in parte il creditore dall'onere di provare il danno derivate dall'inadempimento. Quando il debitore è in mora, se erano stati previsti interessi moratori si applicano nella stessa misura. Se gli interessi non erano previsti o addirittura esclusi, sono comunque dovuti, dal giorno della mora, gli interessi legali. Il creditore non deve provare di aver subito un danno: può tuttavia dare la prova di un danno ulteriore.

Nei contratti una particolare tipo di clausola contrattuale, quella con cui una delle parti viene esonerata da responsabilità in caso di inadempimento. La norma stabilisce che sia radicalmente nullo ogni patto che esclude o limi preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave oppure derivante dalla violazione di obblighi imposti da norme di ordine pubblico.

I MODI DI ESTINZIONE DIVERSI DALL'ADEMPIMENTO:

Abbiamo i modi di estinzione **satisfattori** che sono la compensazione, la confusione..., in altri invece manca la soddisfazione ma si verifica comunque l'effetto estintivo (c.d. modi **non satisfattori**) e sono la novazione, remissione e l'impossibilità sopravvenuta.

Come già detto l'**impossibilità sopravvenuta** deve essere *oggettiva* e *assoluta*. Quando si ha **impossibilità temporanea**, finché la prestazione resta impossibile, il debitore non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Quando la situazione ritorna possibile, l'obbligazione possa comunque estinguersi se l'impossibilità è durata fin quando: in relazione al titolo, o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere obbligato a eseguire la prestazione; il creditore non ha più interesse.

L'interesse del creditore è invece sacrificato nella **impossibilità parziale**: il debitore si libera prestando la parte rimasta possibile. La **inesigibilità** della prestazione come situazione in cui l'obbligo si estingue perché è contrario a correttezza pretenderne l'adempimento.

Non satisfattoria è pure la **novazione**, che si ha quando le parti si accordano per sostituire all'obbligazione esistente una nuova.

Gli elementi in base ai quali noi possiamo identificare un rapporto obbligatorio sono tre: **titolo, oggetto, soggetti**.

La **novità** può riguardare il *titolo* quando ad es. devo pagare un canone di annuo arretrato e mi accordo per restituirlo a titolo di mutuo.

La **novità** può riguardare l'*oggetto*, in questo caso cambia l'oggetto dell'obbligazione (invece di darmi 1000€ mi danno un quadro).

Nella prima l'accordo produce l'estinzione del vecchio debito e la nascita del nuovo senza immediata soddisfazione del creditore, nella seconda, solo l'esecuzione della prestazione estingue il debito con la soddisfazione del creditore. La novità può consistere anche nei soggetti: si parla di **novazione soggettiva**, in cui un nuovo soggetto è obbligato, al posto di un vecchio debitore. L'accordo è senza effetto se l'obbligazione originaria non esisteva. Se invece derivava da un atto annullabile, la novazione è valida solo se il debitore conosceva il vizio del titolo originario.

La dichiarazione del creditore di **rimettere il debito** (cioè non vuole la prestazione) estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore, salvo che questi dichiari in un congruo termine di non volerne profittare.

La remissione pare dunque un *atto unilaterale* e può risultare, oltre che da una dichiarazione espressa, dalla restituzione del documento, che rappresenta il titolo originale del debito.

La **compensazione** si ha quando due persone sono obbligate reciprocamente l'una verso l'altra. I debiti si estinguono per **compensazione** per le quantità corrispondenti.

Dall'art.1243 si ricava che la **compensazione è legale** quando:

- a) I due debiti sono **omogenei**, cioè non abbiano per oggetto una somma di denaro o cose fungibili dello stesso genere;

- b) I debiti siano *liquidi*, che non vuol dire, espressi in denaro , ma solo *determinati nel loro preciso ammontare*;
- c) I debiti siano *esigibili*, cioè non sottoposti a condizione, e senza termine o con termine scaduto.

Quando sussistono tutti questi presupposti, l'effetto estintivo non si verifica automaticamente, ma a seguito della sola dichiarazione unilaterale della parte che vuole ottenere la compensazione.

Se esistono i requisiti visti in a e c ma i debiti non sono entrambi liquidi è prevista una compensazione **giudiziale**, purché i debiti siano di facile e pronta liquidazione.

È possibile una **compensazione volontaria**, anche a condizioni preventivamente stabilite.

Con il **contratto di conto corrente**, con il quale due soggetti, che hanno rapporti tali da determinare crediti e debiti reciproci, si accordano per considerare crediti e debiti non esigibili fino alla chiusura del conto.

Si ha **confusione** quando due posizioni giuridiche, che possono sussistere in capo a soggetti diversi, si riuniscono in capo a una sola persona.

OBBLIGAZIONI PECUNIARIE:

I debiti di somma di denaro sono una specie particolare del genere obbligazione: le **obbligazioni pecuniarie**.

Il denaro "smaterializzato" diventa **moneta contabile, moneta bancaria, moneta elettronica**.

Uno dei problemi che affliggono il creditore di denaro è la perdita di potere d'acquisto della moneta connessa ai provvedimenti di svalutazione ma ancor più all'inflazione, che diminuisce il potere d'acquisto del denaro in ragione di una certa percentuale annua. I debiti pecuniar si estinguono con moneta avete corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale: se il mio debito è di 1 milione, alla scadenza mi libero pagando 2 milione, cioè al valore nominale, senza riguardo all'eventuale perdita di valore d'acquisto della moneta (principio **nominalistico**).
→ debiti di **valuta**.

Vi sono casi in cui l'obbligazione ha per oggetto di trasferire all'altra parte un certo valore, in questi casi il denaro è solo il mezzo che rappresenta un certo valore reale, se varia il potere di acquisto del denaro, varia anche la somma che dev'essere pagata al creditore: si parla di **debiti di valore**, in contrapposizione ai debiti di valuta. Debito di valore è per es. il risarcimento dei danni derivanti da responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

Solo dopo che il danno è stato – di comune accordo o per sentenza – **liquidato**, cioè ne è stato determinato l'ammontare, espresso in denaro, oggetto del debito diviene la somma: il mio debito è ora di **valuta**.

Le parti possono evitare l'applicazione del principio nominalistico concordando certe clausole che agganciano la somma dovuta al valore di un bene che serve come termine di paragone (ad es. la clausola oro o l'indice statistico del costo della vita). Il denaro è bene fruttifero: i suoi frutti sono gli **interessi**. La doppia disciplina segue la distinzione tra **interessi corrispettivi** e **interessi moratori**; i primi sono i veri frutti del denaro, perché fungono da *corrispettivo per il godimento*

della somma da parte di chi ne dispone ma è obbligato a pagarla o a restituirla. Gli altri invece fungono da *riparazione del danno* derivate al creditore dal fatto di non aver potuto disporre della somma per ritardo nel pagamento.

Producono *interessi corrispettivi* tutti i debiti di denaro liquidi ed esigibili. L'obbligazione di interessi si presenta come una obbligazione accessoria rispetto a quella di pagare una somma di denaro, e si accompagna a quest'ultima di pieno diritto, cioè anche se le parti non l'hanno previsto: si tratta infatti di *frutti civili*, corrispettivo del godimento, concesso ad altri.

In mancanza di un diverso accordo delle parti, si applica il **saggio di interesse legale** stabilito dal Ministro del Tesoro.

Per pattuire un interesse diverso da quello legale è necessaria la **forma scritta**. Esiste però un limite alla libertà di contrarre un elevato tasso di interessi, ed è il divieto.

Sono **usurari**:

- a) I tassi che superano il tasso medio risultante da una rilevazione trimestrale del Ministero del Tesoro;
- b) I tassi che, pur non violando questo limite, risultino comunque sproporzionati rispetto alla prestazione della controparte, quando chi li ha dati o promessi si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

Gli interessi scaduti diventano a loro volta un qualsiasi debito di denaro: la norma sul c.d. **anatocismo** stabilisce che queste somme non producano a loro volta interessi se non dal giorno della domanda giudiziale, o per accordo successivo alla scadenza, e sempre purché riguardino un periodo non superiore ai 6 mesi.

Gli **interessi moratori** sono invece quelli dovuti a titolo di risarcimento del danno per il ritardo nel pagamento di un debito di denaro. Anche la misura degli interessi moratori può essere oggetto di accordo preventivo tra le parti. In mancanza, dal giorno della mora il danno è senz'altro ritenuto esistente, nella misura dell'interesse *legale*, senza che il creditore debba darne prova. Il creditore può però provare di aver subito un danno superiore a quella misura, in termini di perdita o di mancato guadagno:

- a) La perdita consiste nella quantità di potere d'acquisto perduto dalla moneta e non compensato dall'adeguamento annuale all'interesse legale;
- b) Il mancato guadagno nasce dal fatto che il creditore che non ha potuto disporre della somma per impieghi fruttiferi.

OBBLIGAZIONI CON PLURALITA' DI OGGETTI:

Spesso un debitore è obbligato a più prestazioni, di cui una principale e altre *accessorie*. Uno stesso rapporto obbligatorio ha ad oggetto due o più prestazioni: quando il debitore è obbligato a eseguirne l'una oppure l'altra delle prestazioni dedotte in obbligazione: **obbligazioni alternative**.

Il debitore si libera eseguendo una delle prestazioni dedotte in obbligazione. La scelta spetta al debitore se le parti non l'hanno attribuita al creditore o a un terzo.

Particolari regole sono stabilite per l'*impossibilità*, originaria o sopravvenuta, di una delle prestazioni. La scelta concentra l'obbligazione su un unico oggetto, e cioè la prestazione indicata da chi ha facoltà di scegliere: dopo la scelta, l'impossibilità della prestazione estingue l'obbligazione.

Dalla obbligazione alternativa si distingue quella **facoltativa**, che si ha quando il debitore è obbligato a eseguire una certa prestazione nel solo interesse del debitore, una facoltà di liberarsi con una diversa prestazione. Qui la prestazione dovuta è solo la prima, e perciò, se quella diviene impossibile, per causa non imputabile al debitore, questi è senz'altro liberato, anche se la prestazione sostitutiva è possibile.

OBBLIGAZIONI CON PLURALITA' DI SOGGETTI. LA SOLIDARIETA':

Quando più debitori sono obbligati a una medesima prestazione che sia divisibile, si possono avere due situazioni:

- si ha **solidarietà nel debito** quando ciascun debitore può essere costretto all'adempimento per la totalità; l'adempimento da parte di uno libera tutti gli altri; il debitore che ha pagato l'intero debito può rivalersi verso gli altri (azione di regresso);

- si ha invece **obbligazione parziaria** quando ciascuno dei debitori è tenuto a pagare solo la sua parte.

I condebitori sono tenuti in solido se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente.

In certi casi la legge prevede espressamente la solidarietà: sono tenuti solidamente al risarcimento del danno tutti i soggetti cui è imputabile il fatto dannoso. I condebitori rispondono per l'intero con tutti i loro beni presenti e futuri, il creditore non solo è più garantito, ma può scegliere la parte da cui esigere l'intero adempimento.

Se l'obbligazione è **parziaria**, la sorte di ciascun debitore è indipendente da quella degli altri. Se l'obbligazione è **solidale**, si ha una vera *contitolarità nel debito*. Ogni debitore può avere quindi eccezioni personali da opporre al creditore; e ciascuno non può opporre le eccezioni personali agli altri.

In base gli art. 1300 e ss. si può ricavare una tendenza: i fatti che hanno conseguenze favorevoli al debitore producono effetti per gli altri, i fatti che hanno conseguenze sfavorevoli invece, producono effetti solo nel rapporto tra il singolo debitore e il creditore. La solidarietà nel debito non resiste alla morte del debitore. Gli eredi son tenuti ciascuno solo per la quota anche verso il creditore.

La distinzione tra obbligazione solidale e obbligazione parziaria si presenta anche sul lato attivo, quando più creditori hanno diritto a una medesima prestazione. **Credito solidale** è quello in cui ciascun creditore può esigere dal debitore l'intera prestazione; **credito parziario** è invece quello in cui ciascun creditore può esigere solo una parte della prestazione. Qui la solidarietà esiste solo se prevista. In caso di successione ereditaria, un credito solidale del defunto si trasmette agli eredi come credito parziario.

L'alternativa tra solidarietà e parzialità non può porsi quando la prestazione è **indivisibile**; in questo caso l'obbligazione è regolata dalle norme sulla obbligazione solidale.

LA TITOLARITA' DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO:

Talvolta il debitore o il creditore non sono immediatamente determinati nella loro identità, ma individuati in modo indiretto o mediato, cioè in base alla titolarità di un diverso rapporto giuridico.

L'obbligazione assume allora due caratteri:

- è **obbligazione ambulatoria** nel senso che passa da un soggetto ad un altro in dipendenza dal trasferimento della situazione giuridica che le fa da supporto, cioè la proprietà;
- è poi **obbligazione reale** nel senso che il debito è legato alla titolarità del diritto reale. Si ritiene anche che alle obbligazioni reali debba applicarsi il principio della tipicità (ad es. gli obblighi derivanti dal contratto di locazione).

La realtà dell'obbligazione ha però una conseguenza: che il debitore si può liberare con l'abbandono della cosa o la rinuncia del suo diritto.

Spesso la legge collega la titolarità del credito alla proprietà di un documento, e la legittimazione all'esercizio del diritto al possesso del documento stesso: è il meccanismo proprio ai titoli di credito.

LA SUCCESSIONE NEL CREDITO: SURROGAZIONE, CESSIONE:

Una prima forma di successione nel rapporto di credito si ha per **surrogazione** (sostituzione) di un terzo nei diritti del creditore. Abbiamo la:

- surrogazione **per volontà del creditore**: il debito di Tizio verso Caio è pagato da un terzo. La surrogazione deve essere fatta in modo espresso e contemporaneo al pagamento;
- surrogazione **per volontà del debitore**: Tizio, debitore verso Caio di una somma di denaro o di una quantità di cose fungibili, si fa prestare da Sempronio quanto necessario per pagare il debito; anche senza il consenso del creditore;
- surrogazione **legale** quando: 1) un creditore chirografo paga un altro creditore che gode di privilegio o garanzia reale, e subentra in questi diritti; 2) l'acquirente di un immobile ipotecato paga il creditore ipotecario per liberare l'immobile 3) un terzo è obbligato a pagare un debito altrui o un debito che ha con altri; 4) l'erede che ha accettato con beneficio di inventario paga i debiti ereditari per evitare l'espropriazione dei beni dell'eredità.

Con la **cessione del credito**, che è un *contratto* con cui si realizza il *trasferimento* del diritto dal creditore ad un *cessionario*. La cessione può essere una vendita, se è ceduto dietro corrispettivo di prezzo; può essere anche una *donazione*.

Vi sono norme generali che valgono per qualsiasi cessione.

- a) **Garanzia**. Se la cessione è a *titolo oneroso*, il cedente risponde verso il cessionario dell'esistenza del credito, non della *solvenza* del debitore, salvo che ne abbia assunto espressamente la garanzia; in quest'ultima ipotesi, il cedente garantisce la solvenza del debitore ceduto ma il suo obbligo vien meno se il concessionario è negligente nel perseguire l'adempimento;

- b) Efficacia tra le parti e opponibilità. Il trasferimento del credito tra cedente e cessionario avviene per effetto del solo consenso.

La **notificazione** è la comunicazione la debitore di avvenuta cessione, ed è un onere del cessionario, perché fin quando la cessione non è opponibile al debitore questi potrebbe pagare al vecchio creditore ed essere liberato: a meno che il debitore abbia accettato la cessione oppure il cessionario provi che il debitore medesimo era a conoscenza dell'avvenuta cessione. La notificazione serve anche a risolvere conflitti tra più acquirenti dello stesso diritto: prevale chi ha notificato per primo la cessione al debitore ceduto.

LA SUCCESSIONE NEL DEBITO:

Se il debito è di denaro, è importante che il debitore sia solvente, cioè in grado di pagare. È importante che il debitore sia puntuale e diligente nell'adempimento. La situazione del debitore non può avvenire, per successione a titolo particolare, senza la volontà del creditore: se questa manca, si potrà aggiungere al vecchio debitore uno nuovo, ma il primo non sarà liberato. Secondo la regola ora indicata funzionano anche la **delegazione**, l'**espromissione**, l'**accollo**. Esse possono avere carattere **privativo** (o liberatorio) oppure **cumulativo**, a seconda che il creditore consenta o non consenta alla liberazione del vecchio debitore: solo nel primo caso si può parlare di trasferimento del debito; nel secondo si aggiunge un nuovo debitore ma il vecchio rimane obbligato.

La **delegazione** è l'operazione per cui un debitore assegna al creditore un nuovo debitore, il quale si obbliga verso il creditore. Gli elementi essenziali sono: l'esistenza di un debito, il debitore che invita un terzo a pagare quanto dovuto, e il terzo che promette di pagare. Il creditore può rifiutare o accettare, anche tacitamente, senza liberare il debitore originario (**delegazione privativa o liberatoria**). Un soggetto solitamente si delega ad un altro perché può essere che il delegato sia a sua volta debitore del delegante. Questo rapporto, che fornisce per così dire i mezzi dell'operazione si chiama **rapporto di provvista**, invece il rapporto tra delegante e creditore (quello da estinguere con il pagamento) si chiama **rapporto di valuta**.

Da ciascuno dei due rapporti possono nascere **eccezioni**, cioè ragioni per rifiutare il pagamento. Da entrambi i punti di vista si distinguerà una delegazione **astratta** (o pura), cioè slegata dal rapporto di valuta o dal rapporto di provvista, e una **delegazione causale** (o titolata), cioè legata al rapporto di valuta o al rapporto di provvista.

La **delegazione astratta** è lo schema di base su cui si costruisce la **cambiale tratta**. Nella **delegazione di pagamento** il delegato non è invitato a obbligarsi verso il delegatario, ma solo a pagare il debito del delegante. Il delegato, anche se debitore del delegante, non è tenuto ad accettare l'incarico. Il pagamento estingue il debito del delegante verso il delegatario, e se c'è, il debito del delegato verso il delegante.

Se un terzo estraneo al rapporto tra debitore e creditore promette al creditore, di sua iniziativa di pagare il debito, si ha l'**espromissione**, che non va confusa con l'adempimento di un terzo: nella espromissione, il terzo si obbliga a pagare, e nasce un rapporto obbligatorio tra terzo e creditore. Mancando l'invito, l'espromissione può avvenire solo menzionando il rapporto di valuta. L'effetto può essere **privativo** o **cumulativo**, a seconda che il creditore dichiari o non dichiari di liberare il debitore estromesso.

L'altra operazione con cui si può realizzare il trasferimento del debito è l'**accollo**, che consiste in un contratto tra debitore e terzo per cui questi si assume il debito. Nell'**accollo semplice** o **interno**, il debitore ed il creditore non acquista alcun diritto nei suoi confronti.

Se l'accollo è concepito come un *contratto a favore di un terzo*, si ha lo schema contrattuale dell'**accollo esterno**, il creditore può aderire alla convenzione: in tal caso, la stipulazione a suo favore diventa irrevocabile. Nell'accollo esterno il debitore originario resta obbligato (accollo cumulativo) a meno che il creditore consenta alla liberazione (accollo privativo).

BOX

CAPITOLO 18-LE GARANZIE

LA RESPONSABILITA' PATRIMONIALE DEL DEBITORE:

L'art. 2740 enuncia il principio della **responsabilità illimitata**: il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Al secondo comma, siamo avvertiti che esistono limitazioni di responsabilità, anche se solo nei casi stabiliti dalla legge;

l'art. 2741 enuncia il principio della **pari condizione** dei creditori: ciascuno ha un eguale diritto di soddisfarsi sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione.

LIMITAZIONI DI RESPONSABILITA' E PATRIMONI DI DESTINAZIONE:

L'art. 2740 espone a rischio tutto il suo patrimonio. Esiste soltanto l'esclusione di alcuni cespiti attivi, non soggetti ad espropriazione da parte dei creditori: gli oggetti di primaria necessità, il credito agli alimenti, e gli altri beni indicati negli artt. 514e 515 cod. proc. Civ.

Patrimonio separato è l'eredità accettata con beneficio di inventario. L'accettazione pura e semplice dell'eredità determina la *confusione* dei patrimoni in un unico patrimonio con un solo attivo e un solo passivo.

L'erede che teme un'eredità dannosa può evitare questa confusione accettando con beneficio di inventario: "l'effetto del beneficio di inventario consiste nel tener distinto il patrimonio del defunto da quello dell'erede": l'erede risponde dei debiti ereditari solo con i beni dell'eredità.

Il legislatore sembrerebbe aver introdotto una sorta di figura generale di patrimonio separato con il nuovo art.2645 ter. La norma prevede la trascrizione degli **atti di destinazione** relativi a beni *immobili*, diretti a stabilire un *vincolo di destinazione ad uno scopo* determinato dal disponente.

I beni vincolati allo scopo possono essere impiegati solo per la realizzazione del **vincolo di destinazione**: per i crediti contratti in funzione dello scopo di destinazione, rispondono tutti i beni del proprietario. Si realizza quindi il nucleo di un **patrimonio separato**, formato dall'insieme dei beni soggetti a vincolo e dei beni accesi in relazione al vincolo stesso.

LE CAUSE DI PRELAZIONE:

Secondo l'art. 2741, ciascun creditore ha eguale diritto di soddisfarsi sui beni del debitore. Non importa quale dei creditori abbia iniziato l'esecuzione; gli altri possono inserirsi nel procedimento, e il ricavato della vendita dei beni del debitore è distribuito in proporzione all'ammontare dei crediti.

Si parla di **prelazione** quando un creditore ha diritto di soddisfarsi a preferenza degli altri.

Le **cause di prelazione** sono: i privilegi, il pegno e l'ipoteca. Può succedere che esistano contemporaneamente più creditori con diritto di preferenza. La legge stabilisce un ordine di preferenza; se più persone hanno uguale diritto di preferenza si torna al criterio proporzionale.

Se la cosa soggetta a privilegi, pegno, ipoteca, va distrutta o deteriorata, le somme di denaro dovute dagli assicuratore come indennità sono vincolate al pagamento dei creditori privilegiati, pignorati o ipotecari, secondo il loro grado, salvo che vengano impiegate per riparare la perdita o il deterioramento; si parla di **surrogazione** dell'indennità alla cosa come oggetto del diritto di prelazione.

I PRIVILEGI:

Il privilegio è accordato in considerazione della causa del credito. I privati non possono creare privilegi se non previsti dalla legge.

È necessario un *ordine* di preferenza: al primo posto troviamo i crediti derivanti dal rapporto di lavoro. Si distingue un **privilegio generale**, che ha riguardo a tutti i beni mobili del debitore, e un **privilegio speciale**, che riguarda *determinati* beni, sia *mobili*, sia *immobili*.

Il *privilegio generale*, non è un diritto sulle cose del debitore, ma solo la pretesa a una particolare protezione del credito.

Il *privilegio speciale* invece funziona come un *diritto reale limitato* e si esercita su determinati beni. Il privilegio speciale comprende un *diritto di seguito*: il privilegio su beni mobili si può esercitare anche se i beni sono stati venduti *dopo* il sorgere del privilegio salvi gli effetti dell'acquisto del possesso di buona fede (art. 1153).

N.B. il *pegno* prevale sul *privilegio speciale mobiliare*, mentre il *privilegio sugli immobili* prevale rispetto all'*ipoteca*.

LE GARANZIE DEL CREDITO:

Si parla di **garanzie del credito** per indicare tutti quei meccanismi che hanno la funzione di procurare al creditore un *mezzo di sicura soddisfazione del credito* nel caso in cui l'adempimento spontaneo non si verifichi. Abbiamo due ordini di garanzie, le **garanzie personali** e le **garanzie reali** (o diritti reali di garanzia).

Nelle *garanzie personali* lo scopo di garanzia si raggiunge affiancando al debitore un *garante*, cioè un altro obbligato, a cui il creditore possa richiedere l'adempimento del debito, e i cui beni offrono un'ulteriore garanzia patrimoniale.

Nel caso delle *garanzie reali* (il pegno e l'ipoteca) la garanzia si fa *specificca*, ciò significa che al creditore è attribuito il potere di espropriare un determinato bene, e di *soddisfarsi con diritto di preferenza* sul ricavato della vendita, anche se la proprietà del ben sia passata ad altri.

In sostanza, le garanzie reali attribuiscono al creditore prelazione più diritto di seguito: e dunque non sono strutturalmente lontane dai privilegi speciali.

La *fonte* di questi diritti è però anche l'autonomia dei privati: l'offerta e la richiesta di garanzie sono fra gli strumenti con cui si negozia la concessione del credito. I diritti reali di garanzia possono essere costituiti anche su beni di proprietà di persona diversa dal debitore.

La costituzione di un diritto reale di garanzia determina un'alterazione, per volontà privata, delle possibilità di soddisfazione di tutti i creditori del costituente. Di qui l'esigenza di una conoscibilità da parte dei terzi, che si realizza, nel pegno, con la trasmissione del possesso, e nell'ipoteca, con l'*iscrizione* in un pubblico registro.

IL PEGNO E L'IPOTECA:

Il **pegno** è un **diritto di garanzia su cose mobili**, su *universalità di mobili*, su crediti, o su diritti aventi per oggetto beni mobili, che si costituisce tramite un **contratto di pegno**: si tratta di

contratto *reale*, la cui perfezione richiede cioè la consegna della cosa, o del documento che ne conferisce la disponibilità.

Cosa o documento possono essere consegnati ad un terzo designato dalle parti, o rimanere in custodia a entrambe le parti: essenziali, per la sicurezza della garanzia e per la pubblicità verso i terzi, è che il costituente sia nell'impossibilità di disporre senza la cooperazione del creditore.

Il creditore che riceve la cosa deve custodirla, e non può disporre né farne un salvo che per necessità di conservazione; però, se il pegno ha per oggetto denaro o altre cose fungibili, il ricevente è solo obbligato a restituire altrettante cose della stessa specie o qualità.

I **diritti** del creditore pignoratorio sono:

- di far vendere la cosa;
- di farsi pagare con prelazione sulla cosa ricevuta in pegno, che sia rimasta in possesso suo o del terzo designato; la restituzione fa perdere la prelazione;
- di chiedere al giudice che la cosa gli venga assegnata in pagamento fino a concorrenza del debito, a seguito di stima.
- di far suoi i frutti;
- nel pegno di crediti il creditore pignoratorio può riscuotere il credito e, se il suo credito è scaduto può trattenere il denaro ricevuto quanto basta per soddisfarsi.

L'**ipoteca** può avere per oggetto i *beni immobili*, l'*usufrutto* di beni immobili, la *superficie*, l'*enfiteusi*; inoltre i beni mobili registrati e le rendite dello Stato.

L'**iscrizione** nel pubblico registro non determina solo l'opponibilità del diritto del creditore, ma la stessa costituzione del vincolo: si parla di *pubblicità costitutiva*.

L'esistenza del **titolo** per la costituzione, e la **costituzione** tramite iscrizione.

Il diritto a iscrivere *ipoteca* può nascere da:

- **atti** che danno senz'altro diritto alla costituzione dell'ipoteca (ipoteca **legale**): secondo l'art.2817, l'alienazione di un immobile dà diritto all'alienante di iscrivere ipoteca sopra gli immobili alienati per i crediti che gli derivano dall'atto di alienazione; la *divisione* dà il diritto ai coeredi di iscrivere ipoteca sugli immobili assegnati ad altri dividendi a garanzia del pagamento di congrui.
- ogni **sentenza di condanna** al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione o al risarcimento dei danni (**ipoteca giudiziale**);
- **concessione** volontaria che può consistere sia in un **contratto**, sia in una **dichiarazione unilaterale tra vivi** con la forma dell'atto pubblico o della *scrittura privata autenticata o verificata giudizialmente*.

L'ipoteca nasce con la successiva *iscrizione*, che è regolata dagli art. 2827 e ss.

Si parla di **grado**: l'ipoteca prende grado dal momento della sua iscrizione e più precisamente dal numero d'ordine delle iscrizioni. I creditori ipotecari son in coda: chi sta davanti ha preferenza su chi sta dietro, e il criterio proporzionale si applica solo tra creditori che hanno lo stesso grado. I creditori possono scambiarsi il grado, sia se sono contigui, sia se sono distanti (si parla di **postergazione**, o di **permuta** del grado).

È poi prevista una **surrogazione legale** nel grado.

L'ipoteca attribuisce, come già detto, un diritto di espropriare i beni anche se la proprietà è passata a terzi. La posizione del **terzo acquirente**. Il terzo acquirente ha tre possibilità:

- 1) Pagare i creditori iscritti (e subentrare nel credito);
- 2) Rilasciare i beni stessi, in modo da non sopportare gli oneri dell'esecuzione forzata, che prosegue in confronto di un amministratore nominato dal tribunale;
- 3) Liberare il bene dall'ipoteca. In sostanza l'acquirente deve offrire ai creditori la somma pari al prezzo stipulato per l'acquisto; se il prezzo non è stato determinato, o l'acquisto non è avvenuto a titolo oneroso, un valore da lui stesso dichiarato.

Le **cause di estinzione** dell'ipoteca. L'ipoteca si estingue:

- se si estingue il credito garantito, o se si conclude l'esecuzione forzata e viene ordinata la cancellazione dell'ipoteca cadono insieme il *vincolo* e il *titolo* a costituirlo;

- se il creditore rinuncia all'ipoteca rinuncia anche al diritto di costituirlo.

La cancellazione, e la mancata rinnovazione fanno venir meno il diritto reale di garanzia, ma non impediscono una nuova iscrizione, se rimane il *titolo* per costituire l'ipoteca.

La *prescrizione del credito* determina l'estinzione dell'obbligazione e quindi anche dell'ipoteca. Verso il terzo acquirente, la *prescrizione ventennale fa estinguere l'ipoteca* anche se il credito è ancora in vita.

LA FIDEIUSSIONE:

Lo strumento principe della *garanzia personale* è il **contratto di fideiussione**; un soggetto garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui obbligandosi personalmente verso il creditore e quindi rispondendone con tutti i suoi beni presenti e futuri.

Parti del contratto sono il *fideiussore* e il *creditore*. La fideiussione può essere assunta anche se il debitore principale non ne ha conoscenza. L'art. 1937 stabilisce che la fideiussione debba risultare da una *dichiarazione espressa*.

Poiché la **causa** del contratto è la garanzia di un'obbligazione altrui, questa deve esistere; se il titolo dell'obbligazione garantita è invalido, invalida è la fideiussione, con l'eccezione del debito assunto dall'incapace; se la fideiussione *eccede* l'obbligazione garantita, o ha condizioni più onerose, è parzialmente priva di causa, ed è valida perciò solo nei limiti dell'obbligazione principale.

Il fideiussore e il debitore sono **obbligati in solido** verso il creditore garantito. Le parti possono pattuire il c.d. **beneficio di escussione**: il garante non è tenuto a pagare prima che il creditore

abbia "escusso" il debitore principale; il fideiussore però ha l'onere, se convenuto in giudizio dal creditore, di indicare i beni del debitore da sottoporre a esecuzione.

La solidarietà opera anche tra più fideiussori, cosicché ciascuno garantisce per l'intero, salvo che siastato pattuito il "**beneficio della divisione**".

Subentra cioè non solo nel credito, ma anche nelle garanzie. Ha poi una sua **azione di regresso**, che comprende il capitale, gli interessi dal giorno del pagamento e le spese sostenute.

Il **mandato di credito** è un contratto con cui un soggetto dà incarico a un altro di far credito a un terzo. La dichiarazione del mandante si chiama *lettera di credito, o credenziali*. Chi accetta il mandato si obbliga a fare credito in nome e per conto proprio; chi ha dato l'incarico, assume gli obblighi di un fideiussore.

Nella prassi bancaria, si è affermata la c.d. **fideiussione omnibus**: un fideiussore presta garanzia non per uno o più debiti determinati, ma per tutte le obbligazioni presenti e future del debitore verso la banca. Quando una fideiussione viene prestata per un'obbligazione futura, deve essere previsto un importo massimo garantito.

Nel c.d. **contratto autonomo di garanzia** lo schema base è quello della fideiussione bancaria. Nel contratto di fideiussione, però viene inserita la clausola di pagamento a prima richiesta: essa consente al creditore di esigere dal fideiussore il pagamento immediato, senza che il garante possa opporre le eccezioni che avrebbe potuto sollevare il debitore garantito.

Fuori dalla garanzia in senso proprio si pone invece la c.d. **lettera di patronage**. Il caso più frequente è quello di una società commerciale, che abbia il controllo di una o più altre società. Quando una delle società controllate chiede credito a una banca, la società A, capogruppo, invia alla banca una *dichiarazione*, con la quale comunica di avere il controllo della società B (da finanziare); assicura che tale rapporto non verrà meno fino all'estinzione del debito; dichiara infine che controllerà il puntuale adempimento degli obblighi assuntivi verso la banca dalla società B. Il *patron* non promette di garantire il futuro debito della società controllata. Il comportamento del *patron*, contrario a quanto aveva lui stesso fatto prevedere, può essere qualificato come illecito ex art.2043 ed essere quindi fonte di responsabilità *extracontrattuale*.

Fuori dall'ambito della garanzia si colloca l'**anticresi**, istituto di scarsa o nulla diffusione. È un contratto col quale il debitore si obbliga a consegnare un immobile al creditore a *garanzia* del credito; il creditore *percepisce i frutti* dell'immobile imputandoli agli interessi, se dovuti, altrimenti al capitale. Il contratto di anticresi deve essere redatto per *iscritto a pena di nullità*; per essere opponibile ai terzi deve essere *trascritto*.

I MEZZI DI CONSERVAZIONE DELLA GARANZIA PATRIMONIALE:

Il creditore è tutelato quando il debitore mette in pericolo la garanzia generica trascurando di esercitare i propri diritti, o tenta di sottrarre i propri beni all'azione dei creditori.

I rimedi che la legge offre al creditore per "conservare" la garanzia patrimoniale sono:

- 1) l'**azione surrogatoria**: l'art.2900 prevede che il creditore possa esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare.

Questo potere di sostituzione è però riconosciuto dal creditore solo "per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni".

il creditore invade in questo modo la sfera di autonomia del debitore, il quale in linea di principio è libero di amministrare il suo patrimonio.

N.B. il contegno del debitore deve essere tale da provocare o aggravare la in capienza del suo patrimonio, o comunque, da rendere più oneroso o difficoltoso il soddisfacimento coattivo delle ragioni del creditore.

Effetto dell'azione del creditore è un *acquisto al patrimonio* del debitore, e quindi la conservazione della garanzia anche a favore di altri creditori.

- 2) L'**azione revocatoria**: l'art. 2901 attribuisce al creditore il potere di chiedere che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni.

qui il controllo sull'autonomia del debitore non riguarda l'inerzia, ma atti di disposizione, con cui il debitore altera la consistenza del proprio patrimonio. È necessario per l'esercizio dell'azione revocatoria che: gli atti del debitore siano tali da recare **pregiudizio** alle ragioni del creditore o perché *diminuiscono* l'attivo su cui i creditori possono contare o perché rendono più difficile ed incerta l'eventuale esecuzione. Non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito *scaduto*. È necessaria che la c.d. **frode del debitore**, cioè la conoscenza del pregiudizio che l'atto arrecava ai creditori; se l'atto è anteriore al sorgere del credito di chi agisce, occorrerà dimostrare che l'atto era stato dolosamente preordinato allo scopo di sottrarre il bene alla garanzia; se l'atto è a *titolo oneroso*, anche il *terzo* deve essere stato partecipe della frode.

Sono in ogni caso *protetti* gli ulteriori terzi, cioè gli aventi causa dal terzo cui il debitore ha alienato, che abbiano acquistato i loro diritti in **buona fede** e a **titolo oneroso**.

L'atto, che è *valido*, resta anche *efficace* sia tra le parti, sia verso i terzi e anche verso i creditori che non hanno agito. È semplicemente *in opponibile al creditore*, il quale cioè può promuovere nei confronti dei terzi acquirenti. Il bene alienato è in proprietà di chi lo ha acquistato, e *non rientra* nel patrimonio del debitore. L'azione si prescrive in 5 anni dalla data dell'atto.

- 3) Il **sequestro conservativo**: si tratta di una *misura preventiva*, che il creditore può chiedere al giudice quando esistano ragioni oggettive per temere garanzie del credito. Il sequestro ha lo scopo di impedire l'alienazione dei beni e gli altri atti di disposizione.

PARTE QUARTA – SEZIONE PRIMA- IL CONTRATTO IN GENERALE

L'AUTONOMIA CONTRATTUALE

IL CONTRATTO. REALTA' E DEFINIZIONE:

La definizione del contratto si ha all'art. 1321: "è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale"; qualsiasi accordo è qualificabile come contratto se il rapporto su cui verte ha carattere patrimoniale. Ogni "patto" non ogni promessa reciproca è "contratto" per il diritto, ma solo quei patti che hanno per oggetto *relazioni economiche*". Non è un contratto il matrimonio, perché ha ad oggetto un rapporto in cui gli aspetti personali sono assolutamente prevalenti.

I **requisiti** elementari ed essenziale del contratto sono: **l'accordo, la causa, l'oggetto e la forma**.

FUNZIONE ED EFFICACIA DEL CONTRATTO:

La funzione del contratto è riassunta in 2 norme:

- l'art. 1321 definisce il contratto come un accordo che ha questa funzione. "*costituire, regolare o estinguere (...) un rapporto giuridico patrimoniale*". Dei tre verbi il più importante è regolare. La funzione del contratto è l'autoregolazione, l'autonomia.

- l'art. 1372 descrive l'**efficacia** del contratto: "il contratto ha forza di legge tra le parti".

Effetto del contratto è dunque regolare certi interessi patrimoniali e rapporti giuridici che li realizzano: di stabilire cioè un certo **regolamento di interessi**.

Il contratto ha una duplice funzione:

- una **traslativa**: trasferisce la proprietà della cosa (come nel contratto di compravendita);
- l'altra **obbligatoria**: fa nascere obbligazioni a carico del venditore.

Se guardiamo alla fattispecie, cioè all'accordo contrattuale, il contratto ci appare come un *atto giuridico*, formato con il consenso di due o più parti (c.d. contratto atto).

Se invece guardiamo alle conseguenze giuridiche dell'accordo, viene in evidenza il regolamento di interessi e quindi il rapporto contrattuale che si stabilisce fra le parti (c.d. contratto rapporto).

IL CONTRATTO COME ATTO GIURIDICO:

Il contratto è un **accordo**. L'accordo di cui parla l'art.1321 è un fatto osservabile e accettabile, cioè certa condotta di due o più contraenti.

Il contratto cioè si compone di manifestazioni di volontà concordi: parole, gesti, comportamenti che servono da segni con cui le parti manifestano reciprocamente la propria volontà di realizzare un certo assetto di interessi i cui significati convergono.

L'accordo non è l'incontro di due interne volontà, ma la **convergenza di dichiarazioni o manifestazioni di volontà** i cui significati combaciano.

L'elemento dell'accordo fa del contratto un **atto giuridico bi- o plurilaterale**, cioè che si compone di manifestazioni di volontà di due o più parti. Il contratto si distingue dagli atti unilaterali, nei quali si manifesta la volontà di una sola parte (procura, disdetta, diffida, rinuncia, il voto).

Nel contratto ci sono due o più parti, che portano interessi distinti. Il contratto è destinato a comporre questi interessi e soddisfarli entrambi. Il legislatore, quindi, deve stabilire regole che assicurino una equilibrata protezione delle due parti. Per ogni interesse di una parte, che merita protezione, c'è un contro interesse dell'altra, che spesso merita una eguale protezione.

Il legislatore all'art. 1324 dispone che le regole dettate per i contratti possano valere anche per gli atti unilaterali tra vivi che hanno contenuto patrimoniale, in quanto compatibili.

La distinzione tra **atti unilaterali ricettizi** (cioè diretti a un destinatario determinato) e **non ricettizi** (non rivolti a un destinatario determinato come nella dichiarazione di voto). Nei primi il destinatario dell'atto assume il ruolo di controinteressato e a lui si applicheranno quelle regole che, nella disciplina del contratto, presuppongono una controparte.

IL PRINCIPIO DI BUONA FEDE:

Il legislatore intende promuovere nella contrattazione alle clausole generali che impongono la *buona fede*. Nelle trattative e nella formazione dell'accordo le parti sono tenute a comportarsi secondo buona fede. È un dovere di correttezza (o buona fede oggettiva) che obbliga a tenere una condotta da persone oneste e leali sia nell'iniziare e nel condurre la contrattazione, sia nel recedere dalle trattative, sia nella stessa conclusione del contratto. La legge prevede un dovere reciproco di informazione con riguardo ad eventuali vizi del contratto.

La violazione del dovere di correttezza in sede di contrattazione non incide di per sé nulla sulla validità del contratto (salvo che la legge la prenda in considerazione come vizio ad es. il dolo). La condotta di malafede è però fonte di una particolare responsabilità per i danni eventualmente cagionati all'altra parte, che abbia confidato nella validità del contratto (art. 1388), o che abbia subito comunque un pregiudizio per effetto della malafede della controparte: è la c.d. **responsabilità precontrattuale**.

La buona fede è anche il criterio fondamentale per l'interpretazione del contratto: le dichiarazioni che le parti si scambiano vanno intese così come le intenderebbe una persona onesta e leale.

L'art.1375 impone una condotta di buona fede nell'esecuzione del contratto. un contratto obbliga i contraenti a comportarsi in tutto e per tutto, nello svolgimento del loro rapporto, come persone oneste e leali: la buona fede è una fonte di integrazione degli effetti del contratto.

Le tre clausole rappresentano le espressioni più evidenti di un **principio generale**, che pone la buona fede a fondamento e criterio di disciplina di tutta la materia contrattuale sia dal punto di vista dell'atto che da quello del rapporto.

L'AUTONOMIA CONTRATTUALE E I SUOI LIMITI:

Le finalità verso cui destinare capitali e lavoro e i modi per conseguirle sono lasciate alla libera scelta dei singoli e dei gruppi.

Compito dello Stato-legislatore è stabilire, come si usa dire, le regole del gioco: attrezzare il campo, non condurre la partita.

Il legislatore si limita a fornire:

- a) Una tutela di interessi tenuti prevalenti alla libertà di mercato. L'art. 41 della cost. tutela la libertà di iniziativa economica e dispone che essa non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.
- b) Tutela della libera concorrenza. La libertà del mercato va difesa anche contro se stessa. Sono previste norme che agevolino la libertà del mercato (le c.d. norme **antitrust**).
- c) Tutela delle parti deboli: nel mercato si affrontano soggetti più forti e soggetti più deboli. Lasciar soccombere il più debole in certi casi è criterio di salute del mercato, in altri è una scelta contraria a giustizia.

Da tutte queste esperienze viene una tendenza a stabilire dei **limiti all'autonomia contrattuale**.

LA FORZA DI LEGGE DEL CONTRATTO:

Autonomia significa che ognuno è signore dei propri interessi nei limiti stabiliti dalla legge. In altre parole, qualsiasi modificazione della sfera giuridica di un soggetto richiede il suo consenso. Il principio si legge nell'art. 1372, il quale dice che il *contratto ha forza di legge tra le parti* e non produce di regola, effetti per i terzi.

N.B. la donazione è un *contratto*, non un atto *unilaterale* e così pure la remissione del debito perché entrambe perdono di efficacia se rifiutati dal debitore.

LA LIBERTA' DI CONTRARRE:

L'art. 1328 stabilisce che fino al momento della conclusione del contratto si ha la facoltà di **revoca** della proposta o dell'accettazione del contratto. eccezioni si verificano quando una persona è obbligata a contrarre.

L'obbligo a contrarre può avvenire per determinazione di legge (**obbligo legale a contrarre**) o per un vincolo assunto in base a precedente contratto (**obbligo convenzionale a contrarre**). Un obbligo convenzionale a contrarre nasce dal *contratto preliminare* con le quali le parti si obbligano a concludere un contratto definitivo (come il mandato).

Il giudice, su domanda della parte interessata, può emettere una sentenza costitutiva che produce gli effetti del contratto non concluso.

AUTONOMIA CONTRATTUALE E CONTENUTO DEL CONTRATTO:

Gli schemi di accordo e di rapporto contrattuale sono inventati dalla realtà, non dal legislatore.

In tutti i sistemi giuridici, il legislatore predispone dei modelli di contratto raccogliendo dalla realtà le funzioni e gli schemi di rapporto più importanti e frequenti. Ciò serve a ridurre le liti e a dettare le regole del gioco per le mosse più diffuse della partita economica. Sono questi i contratti tipici o nominati.

La disciplina del tipo contrattuale è una cornice, che solo in parte prevede norme inderogabili. Dentro la cornice, le parti possono determinare liberamente il contenuto del contratto, nei limiti imposti dalla legge. I patti con cui le parti stabiliscono punto per punto il contenuto del contratto si chiamano **clausole**.

Lo stesso art. 1322 riconosce ai privati la libertà di concludere anche contratti che non appartengono ai tipi previsti dalla legge, purché diretti a realizzare un interesse meritevole di tutela: un limite che vale solo ad escludere i contratti illeciti.

Solo in certi settori l'ordinamento giuridico si orienta non lasciare campo libero all'inventiva dei privati, e crea una più o meno rigida **tipicità** delle convenzioni ammesse (per es. i diritti reali su cosa altrui sono un numero chiuso).

Una particolare categoria di contratti innominati è quella dei **contratti misti**, che risultano dalla combinazione di elementi propri a diversi contratti tipici (es. il contratto di albergo combina elementi della locazione, della somministrazione e del deposito).

I *limiti* alla libertà di determinare il contenuto del contratto possono avere origine *legale* o *convenzionale*.

Molti contratti hanno un contenuto rigidamente determinato dalla legge (es. nel contratto di locazione di immobili urbani sono regolati in modo inderogabile la durata e i casi di recesso).

Quando una o più clausole di un contratto sono **imposte** da norme imperative la clausola difforme inserita nel contratto dai privati è nulla, ed è *sostituita di diritto* da quella imposta, così che il contratto resta valido.

Il **contratto normativo** è quel contratto con cui si stabilisce il contenuto dei contratti che in futuro si potranno concludere fra le parti. A differenza del contratto preliminare il contratto normativo *non obbliga a contrarre*, ma solo ai inserire, nei futuri contratti, determinate clausole (come nei contratti collettivi di lavoro).

CAPITOLO 20-GLI ELEMENTI DEL CONTRATTO

I REQUISITI DEL CONTRATTO. L'ACCORDO:

L'art. 1325 indica i 4 **requisiti** del contratto: l'*accordo*, la *causa*, l'*oggetto* e la *forma*. La norma domina tutta la disciplina del contratto: la *manca*za, l'*illiceità*, il vizio di uno dei requisiti sono le cause della *nullità* o dell'*annullabilità* del contratto.

Il primo dei requisiti indicati è l'**accordo**. L'accordo è la sostanza stessa del contratto, il contratto come fatto giuridico: lo scambio e la convergenza di manifestazioni di volontà tra due o più parti.

Il requisito dell'accordo si può quindi scomporre in due aspetti: i soggetti e la volontà da questi manifestata.

I **soggetti** debbono essere dotati delle qualità che la legge richiede per poter essere titolari dei rapporti che derivano dal contratto.

LA MANIFESTAZIONE DELLA VOLONTÀ CONTRATTUALE:

Quando si parla di manifestazione ci si riferisce a fenomeni diversi, perché diversi possono essere i mezzi, i segni con cui i contraenti si comunicano reciprocamente la volontà di contrarre.

La manifestazione può essere **espressa** o **tacita**. Si ha manifestazione espressa quando la volontà è **dichiarata**, cioè comunicata con parole, per iscritto oppure oralmente, o quando si affida a gesti che nell'uso equivalgono a parole. Si ha manifestazione *tacita* quando non si impiegano segnali (parole o gesti) che abbiano lo scopo di comunicare la volontà, ma ci si comporta in un modo che implica la volontà di contrarre.

Un particolare caso di manifestazione tacita è il **rinnovo tacito** dei contratti che durano nel tempo, quando manca la dichiarazione di recesso entro il termine previsto. La manifestazione tacita richiede una condotta, intesa come segno di consenso. Non va quindi confusa con il puro silenzio.

LA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO:

Il legislatore considera l'**accordo** come uno scambio di due dichiarazioni di volontà: la **proposta** (o offerta) e l'**accettazione**.

La *proposta* è la dichiarazione con cui la parte che assume l'iniziativa offre all'altra la conclusione del contratto. L'*accettazione* è la dichiarazione (o diversa manifestazione di volontà) con cui la parte, che riceve la proposta, dà il suo consenso al contratto così come risulta dall'offerta. La proposta espone il proponente all'accettazione dell'altra parte, se l'altra parte accetta la proposta il contratto si conclude.

La proposta deve contenere tutti gli elementi essenziali del contratto. Altrimenti non si tratta di proposta, ma di *invito a proporre*, e la parte che lo riceve non è in posizione di poter senz'altro accettare, ma, se vuole concludere il contratto, deve assumere la posizione del proponente. L'*accettazione* deve *corrispondere esattamente alla proposta*; se è anche in parte diversa, non vale come accettazione, ma come nuova proposta (**controproposta**): i ruoli si scambiano, e il contratto non è concluso finché la parte, che per prima aveva assunto l'iniziativa, non ha accettato la controproposta. Inoltre l'accettazione deve giungere al proponente nel termine da lui stabilito.

L'offerta è una vera proposta contrattuale se contiene gli estremi essenziali del contratto, "salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi" (art.1336).

Ci sono casi in cui l'accordo risulta da una **dichiarazione congiunta** o **contestuale** delle parti e non è possibile distinguere la posizione di chi prende l'iniziativa e di chi accetta. Così, in un contratto che richiede forma scritta.

Lo *scambio di dichiarazioni* si verifica in modo praticamente **simultaneo**: così nei contratti conclusi a voce, o per telefono.

L'art.1326 risolve il problema del **momento di conclusione** del contratto con la seguente regola: " il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte".

La conoscenza si presume nel momento in cui la dichiarazione giunge all'indirizzo del destinatario (art.1335).

L'art. 1334 estende lo stesso criterio agli atti unilaterali diretti ad un destinatario determinato (atti ricettizi), i quali pure producono effetto nel momento in cui vengono a conoscenza della persona cui sono destinati. Si afferma un vero principio generale detto principio di **cognizione**, per il quale un atto diretto ad una persona determinata ha effetto nel momento in cui quest'ultima ne ha conoscenza. Lo schema dell'art. 1326 vale solo per i contratti che si concludono con il solo *consenso* (c.d. contratti consensuali).

Vi sono contratti che si concludono solo con la consegna delle cose o delle cose cui il contratto si riferisce (**contratti reali**, mutuo comodato, deposito, pegno); il consenso della parti è sempre necessario, ma non sufficiente: perciò il momento della decisione si conclude con quello della consegna.

N.B. L'accettazione anche se tacita dev'essere manifestata, perciò il silenzio non vale accettazione: non è vero per il diritto, che chi tace acconsente.

Non sempre però il contratto si conclude con lo scambio di due dichiarazioni di volontà:

- a) Esecuzione prima della risposta. È possibile che chi riceve la proposta debba eseguire senz'altro la sua prestazione, senza preventiva accettazione del contratto;
- b) Contratto con obbligazioni per il solo proponente. L'accettazione può del tutto mancare nel caso in cui una parte proponga all'altra un contratto da cui derivano obbligazioni solo per il proponente (es. l'offerta di una fideiussione); il contratto è concluso se la parte che ha ricevuto la proposta non rifiuta entro il termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi.

Fino al momento in cui il contratto è concluso, le parti conservano la propria libertà contrattuale e possono quindi **revocare** sia la proposta che l'accettazione. Anche alla revoca si applica il principio della *cognizione*: essa ha effetto quando giunge a conoscenza dell'altra parte.

La proposta può essere resa *irrevocabile* per volontà dello stesso proponente o per accordo delle parti:

- a) Per iniziativa dello stesso proponente, che dichiara di tenere ferma la proposta per un certo tempo (c.d. **proposta ferma**);

- b) Per effetto di un **patto di opzione** tra le due parti, le quali si accordano nel senso che una di esse rimane *vincolata* alla propria dichiarazione, per un certo tempo, mentre l'altra rimane *libera* di accettare o meno; il patto può prevedere anche un corrispettivo per la parte che resta vincolata, visto che può perdere qualche altra occasione.

In tutti i casi in cui la proposta è *irrevocabile*, anche la *morte* o la sopravvenuta *incapacità* del proponente *non tolgono efficacia* alla proposta. In caso di morte, il contratto si conclude vincolando gli eredi; in caso di sopravvenuta incapacità, è vincolato l'incapace, come se il contratto fosse stato concluso dal contraente quando ancora era capace. La regola non si applica quando il contratto fosse concluso in considerazione di particolari qualità della persona.

Si tratta della *adesione* ad un **contratto aperto** ad una cooperativa: il nuovo contraente non fa che dare il proprio consenso ad un contenuto contrattuale predisposto dai contraenti originari. La *proposta* è la richiesta di "iscrizione" o "ammissione" e va rivolta all'organo costituito per l'attuazione del contratto o a tutti i contraenti originari. L'atto con cui si ammette il nuovo socio è l'accettazione.

LE TRATTATIVE E LA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE:

I contratti più importanti o più delicati per le parti, sono il risultato di una *contrattazione o trattativa* più o meno difficile; richieste di informazione, inviti a trattare, offerte, controofferte, chiarimenti, si intrecciano fino a quando si arriva ad individuare una proposta completa destinata all'accettazione.

In tutta questa fase, le parti restano libere di decidere se vincolarsi o ritirarsi, procedere fino alla conclusione o recedere dalla trattativa anche revocando, come si è detto, la proposta o l'accettazione già manifestate. Ciascuna parte ha anche diritto di pretendere dall'altra nel rapporto di contrattazione, un comportamento onesto e leale.

L'art. 1337 impone alle parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, il **dovere di comportarsi secondo buona fede** (b.f. oggettiva), cioè con *correttezza e lealtà reciproca*. La violazione di questi obblighi costituisce un illecito, le cui conseguenze – il risarcimento del danno – sono indicate come **responsabilità precontrattuale**.

L'art. 1338 prevede un ca. so specifico di responsabilità precontrattuale. Una delle parti ne è a conoscenza, ma non ne informa l'altra; una volta accertata la nullità o pronunciato l'annullamento, la parte che era in buona fede ha diritto al risarcimento del danno.

La norma precisa anche che il risarcimento potrà riguardare le *perdite* e il *mancato guadagno* che non si sarebbero verificati se la parte non si fosse impegnata in quella contrattazione che non ha avuto buon esito; a questo danno ci si riferisce con l'espressione **interesse negativo**.

Un altro esempio, non previsto dalla legge, riguarda la rottura delle trattative. La libertà contrattuale vuole che le parti possano sempre rifiutarsi di concludere il contratto, revocando la proposta o l'accettazione o dichiarando che non intendono proseguire nella trattativa. Tuttavia, se una parte ingaggia trattative solo per distogliere l'altra da un affare la sua condotta scorretta. Anche un recesso *tardivo* ed *ingiustificato* delle trattative può in certe circostanze essere contrario alla correttezza.

IL CONTRATTO PRELIMINARE:

Può succedere che le parti abbiano interesse a vincolarsi l'una verso l'altra per avere la sicurezza che l'affare è in porto. Si può in questo caso concludere un **contratto preliminare**, con il quale le parti assumono l'obbligo di stipulare entro un dato termine, un **contratto definitivo**.

In senso proprio, il contratto preliminare è quell'accordo con cui le parti si obbligano a stipulare in data successiva un contratto dal quale soltanto nasceranno gli effetti propri al tipo di contratto in questione.

Il contratto preliminare è un contratto a effetti obbligatori, dal quale nasce un **obbligo a contrarre**.

Comunemente il nome preliminare è usato per indicare il definitivo consenso delle parti, ma che, mancando della forma richiesta non per la validità, ma per altre fini dovrà essere *riprodotto*. Si usa chiamare, ad esempio, "preliminare di compravendita" di un immobile concluso tra le parti per *scrittura privata*, con l'impegno di riprodurlo davanti al notaio ai fini della trascrizione. A differenza del vero preliminare, questo **preliminare improprio** (o meglio **compromesso**) produce senz'altro tutti gli effetti del contratto che le parti intendono concludere; in più fa nascere un obbligo a riprodurre il consenso in un'altra forma.

Il codice regola soltanto la forma del contratto preliminare, disponendo che sia *nullo* se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo. L'obbligo, assunto con il preliminare è rafforzato dalla norma generale che prevede la cosiddetta **esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre**. Se una delle due parti rifiuta di stipulare il contratto definitivo, l'altra può rivolgersi al giudice e chiedere una sentenza che produca gli effetti del contratto concluso. Si tratta di una sentenza *costitutiva*.

Il legislatore ha introdotto la **trascrizione** per quei preliminari che abbiano come oggetto il futuro trasferimento della proprietà o la costituzione di diritti reali limitati su beni immobili. Serve come una "prenotazione", serve ad anticipare alla data in cui il contratto preliminare è stato trascritto l'opponibilità del contratto definitivo o della sentenza costitutiva emessa.

L'effetto della trascrizione del preliminare è però limitato nel tempo: esso cade – e si considera mai prodotto – se il contratto definitivo o la domanda rivolta al giudice per ottenere la sentenza non sono a loro volta trascritti entro un anno dalla data in cui era prevista la stipulazione del contratto definitivo e comunque non oltre tre anni dalla trascrizione del preliminare.

Se chi ha sottoscritto un compromesso si rifiuta di produrre il consenso in forma d'atto pubblico, il rimedio è quello della domanda di **verificazione della scrittura privata**: l'accertamento giudiziale della autenticità della firma consente la trascrizione dell'atto.

La **minuta o puntualizzazione** si ha quando le parti, senza voler assumere l'obbligo di contrarre, vogliono però fermare per iscritto l'accordo che hanno raggiunto su certi punti, e continuare la trattativa su altri aspetti del contratto. qui non nasce un obbligo a contrarre.

CONTRATTI DI SERIE E CONTRATTI DEL CONSUMATORE:

Sono quei contratti dove di regola è esclusa tutta la fase delle trattative e si differenzia nettamente il ruolo giocato dalle parti. Il codice civile chiama **condizioni generali di contratto** le clausole contrattuali uniformi che caratterizzano i contratti standar. La norma prevede che nei contratti conclusi con questa modalità, le clausole predisposte da una parte netrinno nel contratto se l'altra parte le ha conosciute o se avrebbe potuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza. La sola possibilità di conoscere il contenuto del contratto, la **conoscibilità, equivale a conoscenza**; stipulando il contratto, accetto non solo le clausole che conoscevo e alle quali dunque si riferiva il mio consapevole consenso, ma anche quelle che mi erano sconosciute, se solo avrei potuto conoscerle con normale diligenza. Per alcune clausole, che stabiliscono particolari vantaggi per il predisponente o particolari oneri per l'altra parte (c.d. **clausole vessatorie**) si prevede che non abbiano effetto se sono specificamente approvate per iscritto.

C'è poi un altro onere generale del predisponente: quello di formulare con chiarezza le condizioni del contratto. nel dubbio, le clausole predisposte da una delle parti si devono interpretare nel senso più favorevole all'altra parte. Spesso le condizioni generali di contratto sono scritte in un **modulo** già predisposto, che il contraente è invitato a firmare. Se sono aggiunte al modulo clausole scritte a mano o a macchina, queste prevalgono su quelle prestampate, se incompatibili, anche se le clausole presi poste non sono state cancellate.

n.b. la legge n.229/2003 ha provveduto ad emanare il c.d. **codice del consumo**, ove si trova oggi quasi integralmente collocato il dritto positivo dei consumatori. Il codice ha abrogato pressoché tutti i provvedimenti normativi precedentemente in vigore in materia di consumatori.

Nell'ambito di questi contratti si considerano **vessatorie** tutte quelle clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto: e ciò indipendentemente dalla eventuale buona fede del professionista. Le clausole *vessatorie* sono elencate nel secondo comma dell'art.1341; sono *nulle* e, pertanto, *inefficaci*: la clausola cade, e il contratto resta valido e vincolante tra le parti.

Lo squilibrio che rende vessatoria una clausola non deve riguardare il corrispettivo o la scelta stessa del bene o del servizio offerto, purché quegli elementi siano stati individuati in modo *chiaro* e *comprensibile*: secondo un **principio di trasparenza**.

L'art.33 del codice civile contiene una lista di clausole per le quali vige una **presunzione di vessatori età**.

Nessuna clausola può ritenersi vessatoria se è stata oggetto di trattativa individuale. Per trattativa individuale si deve intendere non la semplice accettazione specifica da parte del consumatore ma una vera e propria negoziazione specifica proposta e accettazione in termini di effettiva conoscenza e consenso.

È prevista dall'art.37 del c.c. un **azione inibitoria**: le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti e le Camere di Commercio possono chiedere al giudice che **inibisca** l'uso delle condizioni di cui sia accertata la vessatori età.

L'art. 140 bis entrato in vigore il 1°gennaio 2009 prevede la possibilità che le associazioni di consumatori esperiscano una **azione collettiva risarcitoria** a tutela degli interessi di tutti quei

consumatori ed utenti che aderiscono per iscritto all'azione. La norma si riferisce solo ai contratti conclusi per *moduli o formulari*.

LA CAUSA DEL CONTRATTO:

il contratto deve essere diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela : deve avere cioè una funzione economico-sociale apprezzabile. Un contratto innominato o atipico è diretto a realizzare un assetto di interessi che il legislatore non ha previsto.

I giuristi chiamano "**causa**" questa logica interna al contratto, che lo caratterizza e ne giustifica i diversi effetti. L'art. 1325 indica la causa tra i requisiti essenziali di un contratto: non può mancare e dev'essere lecita.

Un atto che faccia nascere l'obbligazione in modo "astratto", cioè senza riferimento ad un rapporto causale è valido solo se espressamente previsto dalla legge, che si qualifica appunto come *negozio astratto*.

L'individuazione degli effetti più importanti che le parti vogliono produrre con l'accordo , ci dirà quale assetto di interessi le parti volessero realizzare, cioè la funzione economica ovvero la sua *causa*.

Individuata la *causa*, abbiamo la chiave per confrontare la fattispecie concreta con le fattispecie tipiche che il codice regola, o con quelle altre fattispecie che la prassi contrattuale ha consolidato (contratti innominati di uso corrente). Avremo raggiunto così la **qualificazione** del contratto.

Un'operazione economica può richiedere la conclusione in unico atto o in atti diversi di più **contratti collegati**, che rimangono distinti ma sono tra loro **connessi** in vista della finalità complessiva dell'operazione. Le vicende riguardanti un contratto si riflettono sull'altro

La causa manca quando il contratto non può fin dall'origine produrre uno dei suoi effetti essenziali, perché ne mancano i presupposti giuridici. Lo stesso legislatore parla di causa illecita per il *contratto in frode alla legge*, in cui una funzione di per sé lecita è distorta in concreto per servire a scopi pratici disapprovati dalla legge.

Distinzione tra *causa* e *motivo*: la causa è la funzione costante, tipica del contratto, che si conosce nel complesso dei suoi effetti essenziali; il motivo è la ragione individuale soggettiva che spinge la parte a utilizzare quel determinato schema. Nella vendita, funzione tipica è lo scambio di un bene con un prezzo. Il *motivo* per cui una parte vende può essere vario: può credere che la cosa perderà valore, ha bisogno di liquido...

Il legislatore tende a *non dare rilevanza* ai motivi. Che gli scopi individuali siano o non siano raggiunti è questione di che non influisce sulla validità o sulla efficacia del contratto, salvo nel caso del motivo illecito comune a entrambe le parti.

CLASSIFICAZIONE DEI CONTRATTI IN BASE ALLA CAUSA:

In base alla *causa* si distinguono contratti:

- 1) a **prestazioni corrispettive**: nei contratti a prestazioni corrispettive la causa sta nella funzione di scambio tra due prestazioni, che perciò si giustificano l'una con l'altra. Questo rapporto di reciprocità è chiamato *sinallagma* (che vuol dire in greco relazione di scambio), è per questo che questi contratti sono detti anche *sinallagmatici*. Il sinallagma può mancare fin dall'origine; si parla allora di **difetto genetico** della causa. Il rapporto fra le due prestazioni può anche alterarsi in un secondo momento: si parla in tal caso di *difetto funzionale* della causa. La disfunzione riguarda non più l'atto, che si è costituito con tutti i requisiti previsti dalla legge, ma il rapporto contrattuale (es. può accadere che una delle parti non adempia alla sua prestazione, o una delle prestazioni diventa impossibile per causa non imputabile al debitore, o ancora che la ragione di scambio sia alterata perché una prestazione diviene eccessivamente onerosa rispetto all'altra). Sono questi i tre casi di **risoluzione del contratto**.
- 2) e **contratti unilaterali**: qui le obbligazioni, o più ampiamente le *prestazioni*, sono a carico di una sola parte.

Esistono contratti che non hanno una funzione di scambio, ma di **collaborazione** fra più soggetti. Tra i contratti a prestazione corrispettive si distinguono i **contratti aleatori** e i **contratti commutativi**. Per contratto aleatorio si intende un contratto nel quale una parte è senz'altro gravata da una prestazione, mentre per l'altra rimane incerto se una prestazione dovrà essere o meno eseguita, cosicché lo scambio è caratterizzato da un rischio o **alea** (ad. Es nel superenalotto, totocalcio...). nel *contratto commutativo* lo scambio tra le prestazioni non si lega ad elementi di rischio, ma è previsto sulla base di un rapporto di corrispettività economica: il quadro delle prestazioni convenute a carico di ciascuna delle parti è certo e soggetto soltanto al normale rischio economico.

Una seconda distinzione è quella tra contratti a **titolo oneroso** e a **titolo gratuito**. Nei primi ciascuna parte, mentre ricava un vantaggio dal contratto, sopporta anche un sacrificio. Nei contratti a titolo gratuito invece il sacrificio è di una sola parte, mentre l'altra riceve solo un vantaggio (così è nel comodato cioè nel prestito gratuito di cose). I contratti a titolo gratuito hanno ciascuno una propria causa, che giustifica la prestazione unilaterale: per es., nel deposito gratuito la causa è la custodia, nel comodato la cessione in uso ecc.

Non si deve confondere, perciò, la gratuità del contratto con lo scopo di liberalità, che, fra i contratti, caratterizza tipicamente solo la donazione. Il mandato si presume oneroso, ma può anche essere gratuito.

L'OGGETTO:

Il terzo degli elementi del contratto previsto dall'art. 1325 è l'**oggetto**. Il codice non ne dà una definizione, ne stabilisce invece i requisiti che sono i seguenti: dev'essere *possibile, lecito, determinato o determinabile*.

Nei contratti traslativi dovrà essere identificata la cosa di cui si conviene l'alienazione, o, in caso di cosa generica, numero, misura o quantità delle cose alienate. Così per il prezzo della vendita è

previsto che anche se le parti non lo hanno precisato né hanno stabilito come precisarlo, si possa ricorrere a vari criteri: il prezzo normalmente praticato dal venditore o i listini di borsa o un giusto prezzo stabilito da un terzo nominato dal presidente del Tribunale. Le parti stesse naturalmente possono preferire un criterio di determinazione a una indicazione rigida: per esempio, le clausole-oro per sottrarre agli effetti della svalutazione il debito in denaro, o un listino non ufficiale, o una quotazione accettata da entrambe.

LA FORMA:

La forma è il mezzo attraverso il quale è manifestata la volontà. La forma è il quarto requisito previsto dall'art.1325, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità. Nessun contratto può essere rivo di forma. Il c.4 dell'art. 1325 stabilisce che la forma è vincolata, cioè deve seguire particolari requisiti. La forma dei contratti è di regola **libera**; le parti possono liberamente scegliere il modo con cui manifestare il consenso, purché il mezzo prescelto sia in concreto idoneo. La **libertà di forma** è la chiave della semplicità nella formazione dei contratti, e quindi la velocità di circolazione nel c.d. "traffico contrattuale". Naturalmente disporre di un contratto senza forma scritta, anche dove non richiesta dalla legge, è sempre utili per quanto riguarda la *prova*. Bisogna avere le idee chiare sulla forma minima richiesta perché un contratto sia *validamente concluso*; e non confondere le questioni.

Una forma determinata è necessaria per al validità dell'atto (ad substantiam la cui mancanza è causa di nullità) solo nei casi previsti dall'art. 1350, il quale richiede la forma scritta per gli atti che hanno ad oggetto diritti reali o diritti di godimento ultranovennali su beni immobili; la legge richiede poi l'**atto pubblico** per la donazione, per le convenzioni matrimoniali e per la costituzione di s.p.a di s.a.p.a o di s.r.l.

Un immobile è validamente venduto con scrittura privata; un quadro, un gioiello, o anche un'automobile sono validamente venduti anche per accordo verbale o per telefono. In altri casi la **forma scritta** non è richiesta a pena di nullità, ma solo per la prova in giudizio. La forma scritta per la prova può risultare anche da una dichiarazione collegata al contratto, che si è concluso verbalmente, per es. da una quietanza scritta che fa menzione del contratto concluso; essendo il contratto valido, la parte interessata a farlo valere può sempre deferire all'altra il giuramento. La **forma convenzionale** così pattuita si presume voluta per la validità del contratto; dunque il contratto concluso senza la forma solenne prescritta dalla legge la forma del contratto preliminare è quella richiesta per il contratto definitivo (art. 1351); tra gli atti unilaterali, la forma della **procura** segue quella del contratto per il quale è rilasciata.

FORMA SCRITTA E STRUMENTI INFORMATICI:

I mezzi di comunicazione a distanza (telefono, telex, telefax) non alterano profondamente la questione della forma del contratto: si trattava di variazioni sul tema della forma orale o della forma scritta. Una vera novità nasce invece con gli strumenti informatici. Il documento informatico "da chiunque formato" nonché la registrazione su supporto informatico e la trasmissione su strumenti telematici sono validi e rilevanti agli effetti di legge. La forma scritta non è più soltanto l'impressione fisica di segni alfabetici su un supporto materiale, ma anche l'impressione di impulsi elettronici in un supporto hardware+software che li raccoglie secondo un codice di traduzione del linguaggio alfabetico nel linguaggio informatico.

La firma elettronica può consistere in una semplice password o in uno username che siano idonei all'identificazione informatica del firmatario di un documento.

Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale soddisfa il requisito legale della forma scritta. Quando la legge richiede a pena di nullità che il contratto abbia forma scritta, il documento sottoscritto con **firma elettronica qualificata** o con **firma digitale** soddisfa il requisito richiesto.

Con la chiave privata si appone la propria firma digitale: chi riceve le informazioni, utilizzando la chiave pubblica potrà aprire il documento e accertarne così la provenienza e l'autenticità.

Nel caso del documento informatico semplice siamo nel campo della forma libera. Con la firma elettronica qualificata il documento informatico assume i caratteri e soddisfa il requisito legale della forma scritta.

GLI ELEMENTI ACCIDENTALI. CONDIZIONE TERMINE ONERE:

Gli elementi accidentali sono la **condizione, il termine, il modus e l'onere**. I cosiddetti elementi accidentali altro non sono che *clausole* contrattuali: fanno parte del contenuto dell'accordo, ma solo in modo accidentale, cioè eventuale.

Funzione comune è quella di adeguare lo schema contrattuale ai **particolari interessi** delle parti, collegando gli effetti del contratto ad avvenimenti estranei o collocando l'efficacia del contratto nel tempo, fissandone un inizio o una durata e una fine (**termine**) o, infine, *collegando la liberalità verso un donatario con un obbligo* a suo carico che serve a realizzare un particolare interesse del donante.

Si distinguono una **condizione sospensiva** (quella che sospende gli effetti del contratto sino a che non si verifichi l'avvenimento) da una **condizione risolutiva** (quella che scioglie il vincolo, fa venir meno gli effetti del contratto).

Gli effetti della condizione retroagiscono di regola al momento della conclusione del contratto: una volta che la condizione si sia verificata, la situazione giuridica che ne deriva si considera stabilita fin dal momento in cui il contratto è stato concluso. Finché la situazione non si verifica si ha un periodo di incertezza che la legge chiama *pendenza* della condizione.

L'acquirente sotto condizione sospensiva e l'alienante sotto condizione risolutiva sono, durante la pendenza, in una posizione simile: non hanno acquistato il diritto, ma potrebbero acquistarlo, e anzi risultare, titolari fin dal momento del contratto. È una situazione di **aspettativa**. L'aspettativa è poi protetta imponendo all'altra parte di comportarsi *secondo bona fide* per non pregiudicare le ragioni dell'altra parte. Se l'evento previsto non si verifica per causa imputabile a quella parte, che aveva interesse ad evitarne gli effetti, la condizione si considera avverata secondo il modello della *fictio iuris*.

La **condizione impossibile**: se sospensiva, rende nullo il contratto perché equivale alla impossibilità che il contratto abbia mai effetto, se risolutiva si considera non apposta, perché equivale alla certezza che il contratto non sarà mai sciolto.

La **condizione illecita** cioè contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume rende nullo il contratto al quale è apposta, tanto se sospensiva quanto se risolutiva.

La giurisprudenza ritiene che la condizione non debba necessariamente essere pattuita in modo espresso. Anche in mancanza di una esplicita formulazione, una clausola condizionale potrebbe essere ricostruita attraverso l'interpretazione del contratto.

Se il verificarsi dell'evento dedotto in condizione non dipende dalla volontà di una delle parti, bensì dal caso o dalla volontà di terzi, la condizione è **casuale**. La condizione è invece **mista** se, a realizzare l'evento, concorrono sia il caso o la volontà di terzi, sia la volontà di una delle parti. Se l'avveramento della condizione dipende soltanto dalla volontà di una delle parti, la condizione si definisce **potestativa**, perché attribuisce in pratica a una delle parti il potere di influire sugli effetti del contratto. non deve trattarsi però di puro arbitrio dell'alienante o dell'obbligato sotto condizione (condizione meramente potestativa): l'alienazione del diritto o l'alienazione dell'obbligo sarebbe nulla.

Per i contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione si prevede una approvazione o visto di un'autorità di controllo. Si parla in tal caso di condizione legale.

Il carattere *incerto* dell'avvenimento previsto distingue la condizione dal **termine**, cioè dalla clausola con cui si fissa nel tempo l'inizio o la cessazione degli effetti del contratto: come avviene quando si indica una data, o un periodo di tempo.

Il termine può **iniziale** o **finale**, stabilire cioè il principio o la cessazione degli effetti del contratto. il termine del quale si è detto (**termine di efficacia** o **termine del contratto**) si distingue dal termine che invece designa il momento in cui l'obbligazione deve essere adempiuta.

La scadenza del termine *non ha efficacia retroattiva*; gli effetti del contratto cominciano o cessano dal momento in cui il termine scade.

L'**onere** è previsto per la *donazione modale*. Si tratta di un **obbligo** imposto al beneficiario che è tenuto ad adempierlo nei limiti del valore della cosa donata. L'onere non muta la *causa* del contratto, che resta la libertà e non diventa lo scambio.

CAPITOLO 21-L'EFFICACIA DEL CONTRATTO

LA FORZA DI LEGGE:

Nel momento in cui un contratto è concluso, nasce tra i contraenti un **vincolo**, un legame giuridico. I contraenti, esercitando la loro autonomia, stabiliscono un **regolamento di interessi**, che sono tenuti a rispettare ed eseguire. È questo il significato del vincolo: le parti hanno disposto dei loro interessi, e sono ormai legate al regolamento contrattuale: il contratto ha forza di legge tra le parti (art.1372).

VINCOLO E RECESSI:

Le parti non possono sciogliersi con decisione unilaterale dagli impegni derivanti dal contratto. Un **diritto di recesso** può essere attribuito però dalla legge o dallo stesso contratto: l'esercizio del diritto provoca lo **scioglimento** del vincolo contrattuale, e il venir meno dei diritti ed obblighi nascenti dal contratto. es. di recesso sono la **revoca** del mandato da parte del mandante e la **rinuncia** da parte del mandatario.

La **facoltà** di recedere è talora **limitata**; si richiede l'esistenza di gravi motivi o di giusta causa o giustificato motivo. Il recesso previsto nel contratto si deve esercitare prima che il contratto abbia avuto un principio di esecuzione. La regola non vale nei **contratti di durata**.

Il recesso può essere collegato a un **corrispettivo**, cioè a una prestazione in denaro a carico del recedente: il recesso ha effetto solo con il pagamento, salvo patto contrario.

Anche la **caparra** può avere funzione di corrispettivo dell'eventuale recesso: si chiama allora **caparra penitenziale**. Se chi recede è la parte che ha dato la caparra, la perde, se è la parte che l'ha ricevuta, deve restituire il doppio.

La **facoltà di recesso** riconosciuta al consumatore è un vero e proprio "diritto di pentimento": più precisamente è un diritto potestativo a sciogliere il contratto, il cui esercizio non è subordinato ad alcuna giustificazione. La legge prevede soltanto, a tutela dell'operatore commerciale, alcune condizioni di certezza e di correttezza (come l'invito della comunicazione entro 10gg, l'integrità della merce restituita...).

I DIVERSI TIPI DI EFFICACIA:

L'accordo delle parti può avere una funzione **traslativa** e funzione **obbligatoria**. I contratti con funzione traslativa sono indicati dal codice come contratti con **effetti reali** o come si usa dire, a **efficacia reale**. L'art.1376 ne contiene una implicita definizione. Sono quei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale o il trasferimento di un altro diritto (cioè di un diritto non reale come il diritto di credito, i diritti sulle opere di ingegno, il diritto all'immagine...)

Il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato. Per assicurare la certezza di una situazione giuridica è necessaria la **pubblicità degli atti giuridici**. Nel caso di conflitto tra più acquirenti dello stesso bene, prevale il diritto di chi per primo acquista il **possesso** di una cosa mobile, di chi per primo trascrive l'atto di acquisto di un bene immobile o mobile registrato, di chi per primo notifica la cessione al debitore ceduto.

Se le cose devono essere trasportate, l'individuazione avviene mediante consegna al trasportatore. Per i contratti a **efficacia obbligatoria**: i loro effetti sono regolati dalle norme previste per i singoli contratti e dalle norme generali sull'obbligazione. L'art. 1380 risolve il conflitto tra più persone che hanno acquistato dallo stesso autore un diritto personale di godimento relativo alla stessa cosa: prevale chi ha per primo conseguito il godimento, e se nessuno lo ha conseguito, chi ha titolo di data certa anteriore.

Contratti con **efficacia immediata** o *istantanea* (compravendita, donazione...) e contratti c.d. **di durata**, i cui effetti si prolungano nel tempo, o perché l'esecuzione è *differita* (ad es. la vendita a termine) o perché l'esecuzione è *continuata* (es. contratto di opera professionale, contratto di lavoro, contratto di locazione) o *periodica* (ad es. la somministrazione periodica).

L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO:

Il contenuto dell'accordo si determina anzitutto attraverso l'**interpretazione** del contratto. interpretare vuol dire *attribuire un significato*.

L'art. 1362 c.1 dice: "nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole". Bisogna dare quindi significato alla volontà manifestata attraverso le parole o altri segni, cioè al significato che quelle parole o altri segni potevano avere in considerazione del tempo, del luogo, delle circostanze in cui sono stati usati.

"Comune intenzione" è la coincidenza o corrispondenza di significato tra le manifestazioni di volontà delle parti.

I **criteri interpretativi** con cui si attribuisce significato a una dichiarazione sono in gran parte *extra-legali*. Il legislatore però stabilisce propri criteri, che in parte coincidono con quelli comuni, in parte seguono ragioni proprie del mondo del diritto.

La **regola-base** dell'interpretazione è all'art.1366, per cui "il contratto deve essere interpretato secondo *buona fede*". Al testo del contratto o alle dichiarazioni che si scambiano, ai comportamenti dev'essere dato quel significato che ad essi attribuirebbe una persona corretta e leale. Non si deve dare un peso esclusivo al *significato letterale* delle parole, ma occorre tener conto della loro connessione, cioè del contesto.

L'art.1363 aggiunge che le varie clausole del contratto si "interpretano le une per mezzo delle altre" attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal *complesso* dell'atto.

Il contratto o singole clausole del contratto, possono rimanere oggettivamente ambivalenti, di dubbio significato. La legge scioglie il dubbio attribuendo al contratto uno dei due o più significati possibili, attraverso una pura e semplice scelta tra i diversi significati possibili, secondo i criteri di oggettiva opportunità. Comune ai due ordini di criteri è però il principio ispiratore e cioè la *buona fede*.

È possibile che, compiuta l'interpretazione si debba constatare che le due manifestazioni *non convergono* in un accordo: i loro significati restano divergenti, il *consenso non si è formato*.

Quando invece i significati convergono, l'accordo si è formato con quel contenuto che corrisponde alla c.d. comune intenzione delle parti: cioè il significato complessivo che si deve attribuire, secondo i criteri esposti, alle manifestazioni scambiate tra le parti.

L'INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO:

Si può definire in generale come **integrazione** del contratto quel procedimento che sulla base dell'accordo manifestato tra le parti, ne completa il contenuto o ne determina gli effetti.

Questa integrazione può avere carattere *dispositivo* (si applica se le parti non hanno stipulato diversamente) o *imperativo* (si applica anche secondo una diversa stipulazione delle parti). Dispositiva è la regola dell'art.1340 secondo cui s'intendono inserite nel contratto le **clausole d'uso** a meno che non risulti che esse non sono state volute dalle parti. Imperativa o sostitutiva è l'integrazione prevista dall'art. 1339, il quale prevede che le clausole o i prezzi di beni o servizi, imposti dalla legge o da contratti collettivi con efficacia erga omnes siano inseriti di diritto nel contratto, anche in sostituzione di clausole difformi pattuite tra le parti. La sostituzione fa sì che il contratto, benché presenti all'origine una clausola nulla, rimanga valido con il contenuto imposto dalla legge.

Gli **effetti** del contratto non si limitano a quanto le parti abbiano espressamente pattuito ma si estendono anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la **legge**, gli **usi**, l'**equità**. Prima il giudice deve ricorrere alla *legge*, poi agli *usi*, e, solo in mancanza di altri elementi all'equità.

Solo la legge, invece, ha la forza di *correggere* la volontà dei privati, cioè di imporsi non nel silenzio, ma contro una espressa determinazione; solo le *norme inderogabili* che limitano l'autonomia privata in ragione di interessi della collettività o per dare una super protezione a interessi deboli.

La fonte legislativa esiste per i contratti *nominati*. Che fare per i **contratti innominati**?

La lite che nasce da un contratto innominato è una controversia che non può essere decisa con una precisa disposizione. Si applicano allora, in conformità al criterio della **analogia**, le disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe.

Il giudice, perciò può ricorrere alla disciplina dei contratti nominati ricercando, nel contratto atipico, elementi di somiglianza con l'uno o l'altro contratto espressamente regolati.

La prima regola legale da tener presente, e che vale per tutti i contratti nominati e innominati è quella dell'art.1375, che impone l'esecuzione del contratto secondo buona fede. Il contratto deve essere eseguito con *correttezza e lealtà*, secondo il principio di **buona fede** che già dominava la fase di formazione dell'accordo e i criteri di interpretazione del contratto.

L'EFFICACIA DEL CONTRATTO RISPETTO AI TERZI:

Autonomia contrattuale significa possibilità per i contraenti di regolare i propri rapporti: né sacrifici né vantaggi possono essere imposti a terzi. Il contratto ha forza di legge tra le parti, non produce effetti rispetto ai terzi se non nei casi previsti dalla legge. È il principio di **relatività** degli effetti del contratto: l'efficacia riguarda le sole parti.

Il contenuto non può produrre **effetti diretti** nella sfera giuridica dei terzi: i dritti e gli obblighi che hanno fonte nel contratto possono costituirsi o trasferirsi solo in capo alle parti contraenti.

Si producono così **effetti riflessi** del contratto verso i terzi, nei confronti dei quali si possono far valere gli effetti del contratto (**opponibilità**).

Nel **contratto a favore di terzi**, una parte chiamata promittente si obbliga nei confronti dell'altra, detta *stipulante*, a eseguire una prestazione a favore di un terzo (ad esempio nel contratto di assicurazione sulla vita). Nel contratto a favore di terzo non si ha un doppio trasferimento di diritti, da una parte all'altra e poi al terzo nominato o al terzo beneficiario, ma una attribuzione diretta al terzo per effetto del contratto.

Il **contratto per persona da nominare**, che si ha quando una parte, al momento della conclusione, si riserva di nominare successivamente la persona che deve acquistare i diritti e assumere gli obblighi nascenti dal contratto stesso. Qui l'accordo è efficace nei confronti del terzo solo per effetto di una sua manifestazione di volontà. La dichiarazione di nomina non ha effetto se non prima del contratto il terzo avesse dato procura allo stipulante o ove il nominato accetti. In caso di mancata nomina del terzo occorre ricordare che il contratto produce i suoi effetti tra i contraenti originari.

CESSIONE DEL CONTRATTO E SUBCONTRATTO:

La **cessione del contratto** consiste a sua volta in un contratto tra un cedente e un cessionario. La cessione di contratto riguarda di regola un rapporto a *prestazioni corrispettive* e implica perciò anche una successione nel debito. la cessione di contratto non opera senza il consenso dell'altra parte, cioè del contraente ceduto. È però possibile che il consenso alla cessione sia espresso fin dall'origine con una clausola che preveda la cedibilità del contratto per volontà unilaterale di una delle parti; in tal caso, la cessione è opponibile secondo regole simili a quelle che valgono per la cessione del credito.

L'effetto della successione nel contratto può poi verificarsi in alcune ipotesi senza o contro la volontà di *entrambe* le parti. Può succedere, nel caso di locazione di un'abitazione, che, in sede di separazione personale, il giudice assegni la casa familiare al coniuge del conduttore: si verifica, in tal modo, una **cessione legale** del contratto.

Nel caso di **successione a titolo universale *morits causa***, e nell'ipotesi di **fusione** di società, la regola è che il successore subentra nei contratti in corso.

Il **subcontratto** prevede un'operazione diversa dalla cessione perché non intende realizzare una *sostituzione* nel primo contratto, ma costituire una situazione nuova, *derivata* da quella esistente, tra una delle parti e un terzo: il conduttore di un immobile, rimanendo legato al contratto con il locatore, stipula con un terzo una sublocazione, con cui gli cede il godimento dell'immobile dietro il pagamento di un canone. Qui il problema è duplice. Prima di tutto occorre stabilire se il contratto originario attribuisca una tale facoltà al contraente, o sia necessario il consenso dell'altra parte. Poi bisogna vedere se il subcontratto faccia nascere rapporti diretti tra il primo contraente (il locatore) e il terzo subcontraente.

LA RAPPRESENTANZA. LA PROCURA:

Ci sono molti casi in cui un contratto venga stipulato tramite un rappresentante. Il rappresentante, usando del suo potere di sostituirsi al rappresentato, manifesta una volontà e forma un accordo che produce effetti nella sfera giuridica di quest'ultimo.

L'art. 1387 menziona la rappresentanza legale e l'atto della **procura**. La *procura* è un atto unilaterale rivolto ai terzi, costitutivo di potere di rappresentanza.

Il requisito di **forma** è stabilito dall'art. 1392: la forma richiesta è quella prescritta per l'atto che il rappresentante deve compiere.

Una **procura tacita** può ricavarsi dal *comportamento* dei soggetti o della situazione di fatto (come ad es. il commesso posto al banco di vendita).

Parte sostanziale del contratto da stipulare è il rappresentato: sua dev'essere la capacità d'agire richiesta per l'atto. Parte *formale* è il rappresentante, che deve manifestare la volontà di contrarre e deve perciò essere capace di intendere e di volere, in misura proporzionata alla natura e all'entità dell'atto. Se c'è un problema, ad es. un errore che determina la conclusione del contratto, o di *buona* o di *mala fede* nella conclusione, si guarda al *rappresentante* (la volontà viziata è la sua).

Il rappresentante può agire solo nei limiti della procura e nell'interesse del rappresentato. Diverse sono le conseguenze per la violazione dell'uno o dell'altro criterio.

Se il rappresentante eccede i limiti della procura o è del tutto sprovvisto di procura siamo nel caso di **eccesso dal potere**; manca la *legittimazione*, cioè il potere di agire in nome altrui e con effetti nell'altrui sfera giuridica: perciò solo la **ratifica** può determinare efficacia del contratto nei confronti del rappresentato. La *ratifica* può essere *espresa* o *tacita*. La prima consiste in una dichiarazione, che abbia forma richiesta per la procura con cui il rappresentante fa propri gli effetti del contratto. la seconda consiste nella pure e semplice *spontanea esecuzione* del contratto. in mancanza di ratifica il contratto è inefficace; nei confronti del rappresentato. Resta solo *responsabilità precontrattuale* del falso rappresentante, il quale ha violato il dovere di correttezza e deve risarcire i danni sentiti dall'altra parte per aver confidato senza cola nella efficacia del contratto.

Solo in un caso il rappresentante subisce gli effetti dell'atto concluso dal falso procuratore: quando abbia dato causa, con un proprio comportamento ad apparente legittimazione.

La violazione della regola, per cui il rappresentante deve agire nell'interesse del rappresentato costituisce **abuso di potere**: il potere c'è, ma è usato in modo deviante dallo scopo. Il contratto non è dunque inefficace dall'origine: produce i suoi effetti, ma è dato al rappresentato il potere di chiederne l'annullamento. Sono le ipotesi di *conflitto di interesse* e di *contratto con se stesso*.

La procura è di regola *revocabile*, ma la **revoca** va portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei; altrimenti il contratto, benché stipulato a un rappresentante sprovvisto di potere, produce effetti per il rappresentato.

LA SIMULAZIONE DEL CONTRATTO:

Può succedere che le parti stesse, nel concludere un contratto, siano d'accordo per escludere che esso abbia a produrre effetti tra di loro: intendono far apparire che un contratto, o quel tipo di contratto, è stato da loro concluso, ma non intendono che il contratto stipulato regoli effettivamente il loro rapporto. Questa operazione si chiama **simulazione** del contratto. La simulazione del contratto è un'operazione che richiede:

- La stipulazione di un contratto;
- Un accordo in base al quale quel contratto è solo "apparente", cioè destinato a non avere effetto tra le parti.

Se le parti non si sono accordate per simulare la stipulazione del contratto, resta a regolare i loro rapporti, l'univa volontà dichiarata, cioè il contratto concluso, e a niente vale che l'una o l'altra parte non intendesse in realtà vincolarsi.

La simulazione può comprendere anche un ulteriore accordo, cioè quello diretto a concludere un contratto "vero", che le parti vogliono mantenere nascosto (*contratto dissimulato*) dietro lo schermo di quello apparente. In questo caso si parla di **simulazione relativa**, mentre, se non c'è un contratto nascosto che debba valere tra le parti, si parla di **simulazione assoluta**.

Un particolare tipo di simulazione relativa è l'**interposizione fittizia di persona**, in cui si simula l'acquisto di un bene da parte di un soggetto (x), mentre il vero acquirente è y. Questa simulazione richiede l'accordo di tre persone: l'alienante, il simulato acquirente e il vero acquirente.

Gli **effetti** della simulazione non sono altro che l'attuazione di ciò che le parti hanno concordato, e cioè che il contratto simulato non abbia effetto nei loro rapporti e quando esiste un contratto diverso da quello apparente si producano gli effetti del contratto dissimulato. Quando lo scopo non è lecito - ad esempio se fatta a danno dei creditori - la simulazione è *fraudolenta*. Se il contratto dissimulato è in sé illecito, esso è **nullo**.

Anche quando lo scopo è del tutto degno, la simulazione fa nascere un problema di **tutela dei terzi**. Il simulato acquirente potrebbe vendere a un terzo la cosa di cui appare proprietario in base al titolo simulato, e il terzo potrebbe acquistarla in buona fede.

- a) I terzi pregiudicati dalla simulazione, possono farla valere nei confronti delle parti;
- b) Né le parti, né gli aventi causa o i creditori del simulato alienante possono opporre la simulazione ai terzi, che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente.

c) Neppure può essere opposta la simulazione ai creditori del simulato acquirente che abbiano in buona fede iniziata l'esecuzione forzata.

d) I creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti.

Ma ci sono anche i creditori del simulato acquirente, che possono aver fatto conto su quel bene: se hanno costituito ipoteca o pegno, o iniziata l'esecuzione, si cade nei casi 2) e 3); se sono creditori

chirografari, cioè non assistiti da particolari garanzie reali o personali, soccombono di fronte ai creditori del simulato alienante il cui credito sia però anteriore alla simulata alienazione.

USO INDIRETTO E FIDUCIA. IL TRUST:

L'**uso indiretto** del contratto presuppone che certi risultati vengono raggiunti dalle parti non direttamente ma *indirettamente*, cioè usando un contratto con schema contrattuale diverso, che consente però di raggiungere in via trasversa il risultato voluto o un risultato equivalente. Espressamente previsto è il caso in cui la donazione si realizza *indirettamente*, cioè tramite un contratto diverso, come ad esempio la vendita a prezzo simbolico (**donazione indiretta**).

L'uso indiretto non è simulazione; il contratto è stipulato perché produca i suoi effetti anche se in vista di un risultato ulteriore.

Una particolare ipotesi di uso indiretto dei contratti si vede nel caso della **fiducia**: un contratto, che ha l'effetto di trasferire la proprietà, viene accompagnato da un patto con cui si impone all'acquirente di conservare il bene per restituirlo all'alienante o ad altra persona.

Abbiamo la fiducia:

1) CUM CREDITORE: una persona è disposta a farmi un prestito, ma vuole essere fortemente garantita: gli vendo allora un bene, ma con il patto che, appena potrò restituirgli il prestito, me lo restituirà. Lo scopo pratico è quello di mutuo con garanzia reale;

2) CUM AMICO: Tizio assumendo una funzione pubblica, non vuole figurare proprietario di certi beni: li trasferisce perciò a un congiunto, Caio, con l'intesa che Caio amministri i beni ed eventualmente ne disponga nell'interesse e secondo le indicazioni del fiduciante, e restituisca a richiesta i beni stessi, o il loro prezzo se sono stati venduti.

Se il fiduciario dispone della cosa violando la fiducia, gli atti da lui compiuti sono *efficaci*, ma costituiscono un illecito contrattuale rispetto al fiduciante, che ha diritto al risarcimento del danno. Egualmente i creditori del fiduciario possono agire esecutivamente sul bene.

Per **trust** s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente, con atto tra vivi o *mortis causa* qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. Il **trust** presenta le seguenti caratteristiche:

A) I beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*;

B) I beni del trust sono intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*;

C) Il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire e disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge.

Sia la simulazione, sia la fiducia possono caratterizzare la **interposizione di persona** che può essere quindi fittizia (può verificarsi solo con un accordo a tre, se manca il contratto produce i suoi effetti soltanto tra i contraenti, e chi acquista per conto altrui è solo obbligato a trasferire) o reale.

CAPITOLO 22-VALIDITA' E INVALIDITA' DEL CONTRATTO

LE VICENDE DEL VINCOLO CONTRATTUALE:

Il vincolo contrattuale può:

- a) Non formarsi affatto, perché manca uno dei requisiti essenziali del contratto;
- b) Formarsi in modo fragile, perché i requisiti del contratto sono presenti ma difettosi (volontà di una parte viziata);
- c) Formarsi bene, ma rompersi successivamente per fatti sopravvenuti che incidono sul rapporto contrattuale (una prestazione diviene impossibile).

Nelle prime due ipotesi la ragione che impedisce o vizia il formarsi del vincolo è un difetto originario del contratto, un guasto del contratto-atto, cioè del titolo. Nella terza ipotesi invece la ragione non è un difetto originario del contratto-atto ma un elemento nuovo che incide direttamente e soltanto sugli effetti.

Le prime due ipotesi si riconoscono nei casi di **invalidità** del contratto. la terza nei casi di **scioglimento** del contratto.

Dicendo che un contratto è **valido** diciamo che si è formato in modo conforme a quanto prescrive la legge e quindi il contratto è idoneo a produrre gli effetti.

Un contratto è **invalido** quando si è formato in modo difforme rispetto a quanto prescrive la legge e quindi il contratto è del tutto inidoneo a produrre effetti (**nullo**) o non è idoneo a produrre effetti stabiliti, resistenti (**annullabile**).

Un contratto *invalido* può essere *efficace* finché non viene annullato. Un contratto *valido* può essere inefficace (perché ad esempio sottoposto a condizione sospensiva o termine iniziale) o diventare inefficace (perché sottoposto a condizione risolutiva o termine finale).

Lo **scioglimento** del vincolo contrattuale non suppone invece alcuna idea di inidoneità del contratto. Il rapporto si scioglie per:

- a) Concorde volontà delle parti: è un nuovo accordo che libera le parti dal vincolo precedente;
- b) Recesso di una delle parti nei casi stabiliti dalla legge o previsti nello stesso contratto;
- c) Risoluzione del contratto, regolata agli artt.1453 e ss. (per inadempimento, impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione).

NULLITA' E ANNULLABILITA':

Il legislatore valuta il contratto come assolutamente inidoneo a produrre gli effetti, e di conseguenza dispone che non produca alcun effetto fin dall'origine: **nullità**.

Il legislatore ritiene più opportuno disporre che il contratto *produca i suoi effetti*, ma che sia dato a una delle parti il potere di chiedere al giudice di toglierli di mezzo; la situazione è perciò *sanabile*, per volontà della stessa parte che ha in mano il potere di far cadere il contratto. dunque il contratto è *inidoneo* a produrre gli effetti definitivi, produce effetti *fragili* (**annullabilità**).

Secondo il primo comma dell'art.1418, " il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente ". Il fondamento della **nullità** sta quindi nella violazione di una norma inderogabile. Più precisamente la **nullità** consegue a:

- la *manca*za di uno dei requisiti elencati dall'art. 1325;
- l'illiceità del contratto che si produce per illiceità della causa, o per illiceità dell'oggetto, o ancora per illiceità del motivo nel caso previsto dall'art. 1345 o per illiceità della condizione.

Ciò significa che la *nullità* non ha bisogno di essere stabilita di volta in volta: la **nullità** ha un fondamento generale, e si produce ogni volta che tale situazione si realizza.

Il codice prevede direttamente casi di **annullabilità**. Negli artt.1425 e ss. sono disciplinate quelle che si riferiscono a difetti di requisiti essenziali del contratto (capacità e volontà) ma anche altri casi come l'abuso della rappresentanza ed alcuni divieti di comprare.

La **nullità** è **virtuale** cioè sussiste dove se ne riconoscono i presupposti , senza espressa previsione, l'**annullabilità** è **testuale** cioè richiede una esplicita e specifica previsione.

I PRINCIPALI CASI DI NULLITÀ:

il primo tra gli elementi essenziali del contratto è l'accordo: i soggetti contraenti e la volontà da questi manifestata.

Un difetto radicale si verifica non solo quando il soggetto manchi del tutto ma anche quando uno dei contraenti di fetta di **capacità giuridica**. Il contratto è nullo quando manchi una **dichiarazione di volontà** minimamente attendibile (ad es. il contratto concluso per scherzo) e il contratto stipulato per effetto di **violenza assoluta**, o **fisica**). L'incapacità di intendere o di volere è causa di *annullamento* a norma dell'art.428. la regola dell'articolo si applica quando la situazione dell'incapace sia tale da permettere almeno una manifestazione di consenso al contratto: nel caso invece del bambino di pochi anni o di un cerebroleso grave si deve ritenere radicalmente *nullo* il contratto.

Si parla di *inesistenza* del contratto quando c'è palese difformità tra proposta e accettazione, per cui il contratto non si può neanche ritenere concluso (**dissenso palese**).

Anche per la mancanza dell'**oggetto** si può produrre nullità. Ma non sempre se le parti mancano di determinare l'oggetto e di stabilire criteri di determinazione, si produce nullità: per esempio per il prezzo della vendita si può avere una determinazione del giudice nei casi e nei modi indicati nell'art.1474.

Produce *nullità* infine la *manca*za della **forma** richiesta per la validità dell'atto, non invece la *manca*za della forma richiesta solo per la prova.

Più interessanti sono i casi di **illiceità** del contratto. il contratto è illecito quando è illecito uno dei suoi elementi essenziali (**causa**, **oggetto**) o quando sono illeciti il **motivo comune** ad entrambe le parti o la **condizione**.

I parametri della illiceità sono il contrasto con **norme imperative**, con l'**ordine pubblico**, con il **buon costume**.

Ha carattere imperativo la norma che è inderogabile dall'autonomia privata perché è posta a tutela di un *interesse pubblico*. Sono norme imperative le norme costituzionali o che attuano principi costituzionali. Se la norma violata è imperativa, il contratto è *nullo*, anche se la nullità non è espressamente prevista; a meno che la legge disponga diversamente.

Per **ordine pubblico** si intendono una serie di principi che si ricavano da tutto il sistema, e che non possono essere derogati dalla volontà privata. Costituisce una specie di valvola di sicurezza, per evitare che la liceità del contratto, che va contro interessi che l'ordinamento vuole proteggere, risulti semplicemente dal fatto che nessuna norma espressa viene violata.

N.B. L'illiceità della causa può non implicare illiceità dell'oggetto invece l'illiceità dell'oggetto implica illiceità della causa in concreto.

Quanto al **motivo**, interessante è la norma dell'art.1345. secondo cui il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune a entrambe. Un contratto concluso per un motivo illecito può essere valido e quindi può vincolare le parti.

Se però al contratto è apposta una condizione illecita, allora, come si è detto, il motivo è accolto nel contratto, e fa parte integrante del suo contenuto: perciò il contratto è illecito.

L'art. 1344 estende l'illiceità della causa anche al caso in cui il contratto "costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa". Eludere significa aggirare. Esempio classico è quello della vendita con patto di riscatto diretta a eludere il divieto di patto commissorio. Dalla frode alla legge si distingue la **frode ai creditori**, cioè l'atto con il quale il debitore pregiudica le ragioni dei creditori

LE CAUSE DI ANNULLAMENTO. L'INCAPACITÀ:

L'art. 1425 prevede l'annullabilità del contratto per **incapacità legale** di una delle parti. L'espressione si riferisce, oltre al minore, all'interdetto (che per altro potrebbe essere abilitato a compiere determinati atti specificamente previsti dal giudice), nonché al *minore emancipato* e all'*inabilitato* per gli atti di straordinaria amministrazione compiuti senza l'assistenza del curatore; al soggetto sottoposto ad *amministrazione di sostegno* per gli atti compiuti in violazione delle regole contenute nel provvedimento del giudice che istituiva la figura dell'amministratore di sostegno. La causa dell'annullamento non è l'incapacità di intendere e di volere: sia il minore, sia l'interdetto, possono essere, al momento della conclusione del contratto, in grado di dare consenso libero e ragionato. L'annullabilità deriva direttamente dalla mancanza di *capacità legale*. La *capacità di fatto* dell'interdetto o del minore non ha quindi rilevanza salvo il caso particolare dell'art. 1426 (il minore che usa raggiri per nascondere la sua età).

L'annullabilità per **incapacità di intendere e di volere:**

il primo comma dell'art. 428 prevede che un atto giuridico sia annullabile quando sussistono due presupposti:

- a) l'autore dell'atto sia stato incapace di intendere o di volere nel momento della conclusione del contratto: la giurisprudenza più recente non richiede la prova di una assoluta incapacità, ma di uno stato di menomazione delle facoltà intellettive e volitive tale da

impedire un serio controllo del proprio comportamento e la formazione di una cosciente volontà;

- b) dall'atto derivi un grave pregiudizio per l'incapace; non basta dimostrare che l'incapace non avrebbe dato il consenso se fosse stato lucido, occorre dimostrare che è stato gravemente pregiudicato dall'atto: se io, ubriaco, rilascio procura per vendere la casa dove abito a un buon prezzo, la procura è valida!

Il secondo comma dell'articolo prevede, per i *contratti*, il requisito della *malafede dell'altro contraente*, che può risultare dallo stesso *pregiudizio* o dalla qualità del contratto o altrimenti.

Per l'annullamento del contratto concluso da un incapace di fatto è necessario lo stato di incapacità e la *malafede* della controparte, che ne approfitta. La persona che, in buona fede conclude il contratto con l'incapace, è protetta perché legittimamente ritiene attendibile la dichiarazione che riceve dall'altra parte, e quindi confida nella validità del contratto; si tutela, dunque, il suo affidamento. La buona fede si presume e dev'essere l'altro contraente a provare che la controparte era a conoscenza del suo stato di incapacità.

Nel caso di incapacità legale, una protezione della buona fede della controparte non ha fondamento, perché lo stato di incapacità è facilmente conoscibile, visto che sia l'età, sia i provvedimenti di interdizione di inabilitazione, e la loro revoca risultano dall'atto di nascita. L'ignoranza perciò è sempre ritenuta colpevole, cioè dovuta a negligenza, e non costituisce "buona fede".

Se un minore con raggiri si fa credere maggiore di età, il contratto non è annullabile!

I VIZI DEL CONSENSO:

L'espressione vizi del consenso è spiegata dall'art.1427: Il consenso è stato dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo. La parte che si trova legata a un contratto al quale non avrebbe consentito se non si fosse verificata un suo **errore**, o l'altrui **violenza**, o il **dolo** della controparte.

L'**errore** non è definito dal codice; viene inteso di solito secondo il significato comune, cioè come "falsa rappresentazione della realtà". Il codice considera due diversi tipi di errore:

- l'**errore-vizio** (art. 1427) cioè l'errore che vizia la formazione della volontà, o **errore-motivo** cioè errore che motiva, che determina a contrarre;

- **errore ostativo** cioè l'errore in cui si inciampa nella manifestazione della volontà o nella sua *trasmissione*. In caso di errore ostativo, si forma una coincidenza di dichiarazioni e quindi un accordo, che non corrisponde alla reale volontà della parte che ha sbagliato: quindi c'è una divergenza tra volontà e dichiarazione.

Il codice vigente equipara il trattamento dell'errore ostativo a quello dell'errore vizio (causa di annullabilità del contratto purché essenzialmente riconoscibile all'altra parte).

L'errore dev'essere **essenziale** e **riconoscibile** all'altro contraente.

Errore essenziale è un concetto che implica due elementi:

- a) che l'errore sia determinante per il consenso;

- b) che riguardi quegli aspetti del contratto elencati nell'art.1429. l'art. 1429 elenca quattro casi di **errore essenziale**:
- a. errore sulla natura o sull'oggetto del contratto. l'errore sulla natura sembra riguardare la causa del contratto: credo di comprare a rate invece ricevo in locazione. L'errore sull'oggetto del contratto riguarda il complesso delle prestazioni che determina il senso del contratto.
 - b. errore sull'identità dell'oggetto della prestazione o su una qualità dell'oggetto che si possa ritenere determinante per il consenso. Il rischio dell'operazione economica è a carico dei contraenti salvi i vasi di dolo o della rescissione per stato di bisogno o di pericolo. Diverso l'errore di calcolo, il contratto non è annullabile ma è soggetto a *ratifica*.
 - c. Errore sulla identità o sulle qualità dell'altro contraente che siano determinanti per il consenso. Se io stipulo il pagamento a lunga scadenza l'identità del compratore può essere rilevante. Ci sono poi contratti che per loro natura si basano sulla fiducia nella persona.
 - d. Errore di diritto che sia stato la ragione unica o principale del contratto. l'ignoranza mi consenti di annullare il contratto, non di sottrarmi all'applicazione della legge.

I motivi erronei non sono rilevanti nel contratto. La regola non vale per gli atti di liberalità nell'ambito dei contratti, per la *donazione* che riceve al riguardo una disciplina simile a quella del testamento.

Il secondo requisito è quello della **riconoscibilità** dell'errore quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo.

L'annullabilità per errore, è limitata dall'art.1432, il quale prevede che la parte in errore possa domandare l'annullamento del contratto se l'altra offre tempestivamente di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che la prima intendeva concludere.

L'espressione **violenza morale** indica la minaccia, portata dall'altra parte o anche da un terzo per estorcere il consenso al contratto. La minaccia:

- dev'essere tale da fare impressione su una persona sensata;
- deve riguardare un male ingiusto e notevole alla persona o ai beni del minacciato.

È ingiusto quel male che lede un interesse giuridicamente protetto e che non trovo giustificazione in una norma giuridica.

Il **timore** è quella situazione psicologica in cui si trova una persona che immagina o prevede un male che la potrà colpire. Il timore non è causa di annullamento del contratto anche se abbia determinato la volontà di contrarre, a meno che sia indotto dall'esterno, in questo caso siamo nello schema della violenza morale. Se il timore non è in relazione con una minaccia altrui allora l'alterazione psicologica non rilevante come vizio del volere nell'ambito del contratto.

Non integra i presupposti della violenza il *timore reverenziale*, cioè la pura situazione psicologica di soggezione verso una persona.

Il timore non è causa di annullabilità del contratto se la controparte se ne accorge e se ne approfitta si ha violazione del *dovere di correttezza* nelle trattative: la parte in malafede potrà essere obbligata al risarcimento del danno.

Il **dolo** si può definire come il raggirò usato da uno dei contraenti per "carpire il consenso", cioè per indurre l'altra parte a contrarre. Il vizio del volere può essere **determinante**, nel senso che senza i raggiri l'altra parte non avrebbe contratto; se il raggirò ha solo indotto l'altra parte a contrarre a condizioni diverse (c.d. *dolo incidente*) il contratto è valido, ma il contraente in mala fede risponde dei danni. Se l'autore del raggirò è un terzo, il contratto è annullabile solo se la controparte ne era a conoscenza e ne ha tratto vantaggio.

LA TUTELA DELL'AFFIDAMENTO:

I contraenti hanno due esigenze: da un lato un contraente ha l'interesse a non vedersi legato a vincoli contrattuali che non corrispondono alla propria volontà (**tutela della volontà**), dall'altro c'è l'interesse dell'altro contraente che ha regolato i suoi atti in conformità con una dichiarazione ricevuta. Chi tiene un comportamento che nei rapporti significa impegno, ne deve portare il rischi in qualche misura: è un **principio di auto responsabilità**.

Il tentativo di equilibrare le due esigenze si riassume nella formula della **tutela dell'affidamento**: la protezione della volontà è limitata là dove si riconosce l'esigenza di proteggere quella parte che ha fatto affidamento sulla dichiarazione emessa dalla controparte.

Quanto agli altri casi di annullamento, nel contratto concluso da un procuratore in *conflitto di interessi* con il rappresentato si ha annullabilità solo se il conflitto sia conosciuto o conoscibile dal terzo.

LE AZIONI DI NULLITÀ E ANNULLAMENTO:

La prima osservazione riguarda la *legittimazione ad agire*: di regola, la **nullità** è **assoluta**, cioè può essere fatta valere da chiunque vi abbia **interesse**, e può essere rilevata d'ufficio, mentre l'**annullabilità** è **relativa**, cioè può essere fatta valere solo dalla parte nel cui interesse è stabilita dalla legge.

L'**annullabilità** per errore, violenza, dolo, incapacità, è stabilita dalla legge nell'interesse della parte che si trova ad aver concluso il contratto per effetto di un vizio del volere o in stato di incapacità.

La **nullità** è stabilita in vista di *esigenze di carattere generale*. Nell'ambito del contratto, la regola ha poche *eccezioni*. La **nullità relativa** è prevista, a favore del solo cliente, per i contratti bancari conclusi da violazione delle norme di trasparenza delle condizioni contrattuali. L'**annullabilità** è **assoluta** nel caso di incapacità derivante da interdizione legale.

Nel caso di *annullabilità*, la stessa parte che potrebbe chiedere l'annullamento può produrre la **convalida** del contratto con un *atto unilaterale* che contenga la menzione del *contratto*, della *causa di annullabilità*, e la dichiarazione che si intende convalidarlo.

La convalida si ha anche tacitamente quando la parte, a conoscenza del vizio, esegue volontariamente il contratto.

Nella *nullità non è ammessa convalida*, sia perché la convalida non può riparare il difetto originario, sia perché la decisione di una parte non può essere rilevante in una situazione che supera il suo interesse.

È prevista invece la possibilità che il contratto nullo produca gli effetti di un contratto diverso di cui abbia i requisiti di sostanza e di forma (**conversione** di un contratto *nullo* in un contratto *valido*).

La conversione del contratto è una delle applicazioni di un più generale **principio di conservazione** del contratto, in base al quale il legislatore tende, finché possibile, a dare efficacia alle decisioni assunte dai privati e quindi a salvare gli atti di autonomia da essi compiuti.

Un contratto privo dei requisiti essenziali, o illecito, non può avere forza di legge tra le parti. Nel contratto annullabile invece è in questione l'interesse di una parte, a cui è rimessa la decisione se togliere o non togliere di mezzo il contratto: solo l'azione e la sentenza favorevole producono questo risultato.

La **nullità** è la conseguenza giuridica del *fatto* previsto, *non della sentenza*: questa si limita a *dichiarare la nullità* (art. 1418).

Se si verifica uno dei casi regolati dagli artt. 1425 e ss. invece " il contratto è annullabile". Conseguenza giuridica di quei fatti è solo la annullabilità, cioè la possibilità di ottenere l'annullamento che va domandato e pronunciato: l'**annullamento** è effetto della **sentenza**.

Se un contratto è *nullo*, fin dall'origine manca il titolo per il trasferimento di diritti o per le obbligazioni previste.

Una volta cancellato il titolo con l'annullamento, viene meno il fondamento sul quale si sostenevano gli effetti del contratto: si dice perciò che l'*annullamento* ha **efficacia retroattiva**.

La *sentenza* di **nullità** è **dichiarativa** (accerta una situazione esistente), quella di **annullamento** è **costitutiva** (produce un mutamento, eliminando un contratto fino ad allora efficace).

L'azione di **nullità** non si prescrive. Se io ho comprato una cosa con un contratto nullo, non solo non divengo proprietario per effetto del contratto, ma la mancanza di titolo può essere accertata senza limiti di tempo. Solo con l'usucapione posso diventare proprietario.

L'azione di **annullamento** si prescrive in 5 anni a partire dalla cessazione di incapacità legale, dalla cessazione della violenza o dalla scoperta dell'errore o del dolo e, negli altri casi, dalla confusione del contratto. trascorso questo periodo gli effetti diventano *definitivi*. Solo se il contratto non è stato eseguito, la parte, che avrebbe potuto chiedere l'annullamento ma ha lasciato passare il termine di prescrizione, può ancora respingere la richiesta di adempimento con una *eccezione di annullabilità*.

L'**annullamento** non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi in buona fede e a titolo oneroso, salvi gli effetti della trascrizione della domanda.

L'unica possibilità di far cadere anche l'acquisto del terzo e recuperare la proprietà sarebbe questa: che io avessi *trascritto* la domanda di annullamento *prima* che il terzo trascrivesse il suo acquisto. Il terzo allora, che va a trascrivere, torva *contro* il suo dante causa la trascrizione della mia

domanda e non è più in buona fede: secondo il principio per il quale chi non è titolare di un diritto non può trasmetterlo ad altri.

Una eccezione a questo principio si verifica nell'acquisto di immobili o mobili registrati, quando ci sia un divario di più di 5 anni tra la trascrizione dell'atto impugnato e la successiva trascrizione della domanda diretta a ottenere la dichiarazione di nullità o l'annullamento per incapacità legale.

L'art.1419 considera infine il caso in cui la nullità riguardi solo una parte del contratto o singole clausole: la regola è che tutto il contratto sia nullo, se risulta che in contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte colpita da nullità. Si tratterà in sostanza di stabilire se il contratto privo della parte nulla realizza egualmente gli interessi che *entrambe* le parti si proponevano di raggiungere. Questa regola *non s* si applica quando le clausole nulle sono **sostituite di diritto** da norme imperative.

L'art. 1339 prevede uno dei limiti all'autonomia contrattuale: "le clausole, i prezzi di beni o di servizi imposti dalla legge, sono di diritto inseriti nel contratto anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti.

Comune ai due tipi di invalidità è il caso previsto dagli art.1420 e 1446: in un **contratto plurilaterale** come la società le prestazioni di ciascuna parte sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità o l'annullabilità colpiscono il vincolo di una sola delle parti; il contratto intero cede o sta in piedi a seconda che la partecipazione invalida debba o non debba ritenersi essenziale.

IL CONTRATTO INIQUO. LA RESCISSIONE:

Si è visto come in certi casi la determinazione del corrispettivo in denaro di beni e servizi non sia libera, ma debba obbedire a criteri normativi (prezzi imposti, tariffe). L'art. 33 del codice del consumo esclude l'efficacia di quelle clausole che determinano a carico del consumatore un "significativo squilibrio".

Dal punto di vista dell'**invalidità**, l'iniquità del contratto non ha grande rilievo. Ogni soggetto capace di agire è considerato di per sé in grado di valutare i propri interessi e di decidere in proposito.

La valutazione economica sbagliata del rapporto tra le prestazioni non è causa di annullamento, né di rettifica del contratto. solo l'errore sulla qualità o sulla quantità consente di liberarsi dal contratto; ma ciò che rende essenziale l'errore è il fatto che la parte non avrebbe stipulato il contratto conoscendo la vera qualità della cosa: non invece lo squilibrio economico che dall'errore può essere derivato. Solo quando lo squilibrio economico sia dovuto al *Idolo*, è *possibile chiedere il risarcimento del danno*: ma si dovrà provare che l'altra parte ha usato un raggio per ingannare il danneggiato, il quale, altrimenti, non sarebbe caduto nell'errore.

Un limitato rimedio all'iniquità dello scambio è offerto dalla **rescissione**, che però dà rilievo allo squilibrio delle prestazioni solo se sussiste un altro presupposto, e cioè l'approfittamento dello stato di pericolo o di bisogno in cui si trovi una delle parti.

È rescindibile il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique per lo **stato di bisogno** di una parte, del quale l'altra abbia approfittato per trarne vantaggio; ma qui non basta una qualsiasi sproporzione: occorre che la **lesione** ecceda la **metà del valore** che la

prestazione della parte danneggiata aveva al momento della conclusione del contratto. Non è mai rescindibile per causa di lesione un contratto aleatorio.

Stato di bisogno indica una condizione economica, non la necessità di procurarsi una cosa. L'azione di rescissione si prescrive nel breve termine di un anno, e dopo quel termine viene meno anche al possibilità di eccepire la rescindibilità.

Il convenuto può evitare la rescissione offrendo di riportare il contratto a *equità*. La rescissione non opera come una forma di invalidità dell'atto, ma piuttosto si avvicina a uno *scioglimento* del rapporto: non pregiudica i diritti acquistati dai terzi (senza alcun requisito né di buona fede, né di onerosità) salvi solo gli effetti della trascrizione della domanda. Norme particolari regolano la rescissione nella **divisione** di beni comuni: qui, la sola lesione oltre il quarto, dà fondamento alla domanda di rescissione.

BOX

CAPITOLO 23-LO SCIoglimento DEL CONTRATTO

L'art. 1372 recita "il contratto non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge".

L'accordo che lega le parti l'una all'altra, e il legame, il vinculum regge finché le parti stesse, di comune accordo, non decidano di slegarsi, o finché non si verifichi un fatto che, secondo la legge, è causa di una rottura o scioglimento del vincolo.

Il difetto del titolo impedisce o incrina la costituzione del rapporto. Il titolo è idoneo a produrre stabilmente i suoi effetti, ma venir meno per una ragione che riguarda direttamente ed esclusivamente il rapporto stesso. Nel primo ordine di casi diciamo che il contratto è *invalido*. Nel secondo ordine di casi diciamo che il contratto è *invalido*. Nel secondo che il contratto si *scioglie*: la relazione tra le parti cade, i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto vengono meno.

In sintesi, si parla di **scioglimento** o **risoluzione** del contratto quando gli effetti del contratto vengono a cessare per cause che non riguardano il titolo ma che ineriscono allo svolgimento del rapporto contrattuale.

Il contratto può contenere clausole che ne prevedano lo scioglimento come la **condizione risolutiva** e la **clausola risolutiva espressa**. Stessa funzione, nei contratti di durata, la clausola che prevede il recesso di una delle parti: previsti dalla legge sono tutti quelli in cui è previsto un potere di **recesso**, **revoca** o **rinuncia**.

La **risoluzione** è un modo di scioglimento che riguarda i *contratti a prestazioni corrispettive*. Si tratta dei contratti di scambio in cui la prestazione di ciascun contraente ha causa nella prestazione dell'altro. La disfunzione può verificarsi perché una delle parti non adempie alla sua prestazione; oppure quando una delle prestazioni diviene impossibile per causa non imputabile al debitore; o infine là dove la ragione di scambio si alteri perché una prestazione diviene eccessivamente onerosa rispetto all'altra. Sono questi i tre casi di risoluzione disciplinati nel Capo XIV del Titolo II: per **inadempimento**, per **impossibilità sopravvenuta**, per **eccessiva onerosità**.

Effetti dello scioglimento del contratto: la *risoluzione* ha **effetto retroattivo** tra le parti; se però il contratto era del tipo ad esecuzione continuata o periodica, allora l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. La risoluzione è *in opponibile* ai terzi e quindi non pregiudica i diritti da loro acquistati.. il contratto è nato validamente, ed è quindi un titolo valido anche per il trasferimento o la costituzione di diritti in favore di terzi; lo scioglimento incide sul rapporto, e ha effetto retroattivo tra le parti.

Nel contratto **plurilaterale** il venir meno del rapporto verso uno dei contraenti non determina la risoluzione dell'intero contratto salvo che la partecipazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.

LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO:

Quando una delle parti è inadempiente, l'altra può reagire in diversi modi. Sarà portata a valutare se le convenga insistere per l'attuazione del contratto o se invece non sia meglio liberarsi dei legami con una controparte inaffidabile e chiedere eventualmente il risarcimento del danno da inadempimento. La legge permette di muoversi nell'una o nell'altra direzione disponendo che possa

“ a sua scelta chiedere l’adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso il risarcimento del danno (art.1453).

Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra. Non basta quindi l’inesatto adempimento, che è sempre fonte di responsabilità a mettere in moto la risoluzione: questa richiede che il rapporto sinallagmatico non sia più funzionale, e quindi che l’interesse di una delle parti sia seriamente insoddisfatto.

La scelta dell’*adempimento* è reversibile: anche dopo aver promosso il giudizio per la condanna dell’altra parte, l’attore può chiedere la risoluzione. La scelta della risoluzione è invece *irreversibile* perché suppone una valutazione definitiva di disinteresse per l’adempimento: neanche la parte inadempiente può adempiere dopo che è stata domandata la risoluzione.

I contraenti possono prevedere espressamente nel contratto che l’inadempimento di una o più obbligazioni precisamente indicate sia causa di risoluzione (**clausola risolutiva espressa**). In tal caso la *risoluzione opera di diritto*, cioè senza la necessità dei provvedimenti che tra poco vedremo. La risoluzione si verifica solo quando la parte interessata dichiara all’altra che intende valersi della clausola.

L’interesse ad ottenere l’adempimento si ritiene venuto meno quando per la prestazione di una delle parti fosse fissato un **termine** che dovesse considerarsi **essenziale** nell’interesse dell’altra. Se la parte interessata vuole esigere l’esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia entro tre giorni: in mancanza il contratto si intende *risolto di diritto*.

Fuori dalle ultime ipotesi, il diritto di determinare la risoluzione si può esercitare in due modi:

- 1) Con una **domanda giudiziale**, la parte adempiente può richiedere al giudice di risolvere il contratto ed eventualmente di condannare l’altra parte a restituire al cosa ricevuta, salvo sempre il risarcimento del danno.;

In via **extragiudiziale**, è sempre possibile ottenere la risoluzione attraverso una **diffida ad adempiere**, cioè un *atto scritto* con cui si intima all’altra parte di adempiere entro un termine di adeguato, non inferiore a quindici giorni con *dichiarazione* che, trascorso inutilmente tale termine, il contratto si intenderà senz’altro risolto: il contratto si scioglie di diritto se l’altra parte non adempie alla scadenza. La sola intimazione di adempiere costituisce l’altra parte in mora, ma non porta alla risoluzione.

Il danno cagionato dal *ritardo* o il *danno risentito per inadempimento* vanno tutti risarciti da parte dell’inadempiente.

Le parti di un contratto a prestazioni corrispettive possono, se l’altra parte non adempie, decidere di non adempiere contemporaneamente la propria prestazione (**eccezione di inadempimento**). L’eccezione non può essere opposta se sono stabiliti termini diversi per le due prestazioni e se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla *buona fede*

Una parte potrebbe essere però tenuta da adempiere per prima: può sospendere la sua prestazione se le *condizioni patrimoniali* dell’altra parte sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia.

CLAUSOLA PENALE E CAPARRA:

Si ha una **clausola penale** quando il contratto prevede che, se una certa prestazione non sarà adempiuta, la parte inadempiente debba senz'altro pagare una determinata somma. La clausola è intesa quindi come una liquidazione anticipata del danno, tanto che il creditore non può pretendere il risarcimento di un *danno maggiore*, se questa possibilità non è stata espressamente pattuita. Per contro, il debitore è protetto contro una penale eccessiva.

La **caparra confirmatoria** è diversa dalla penale: questa si promette, la caparra si dà. Si tratta infatti di una somma di denaro o di una quantità di cose fungibili che viene versata da una parte all'altra alla conclusione del contratto, a *conferma* della serietà dell'impegno, e in acconto sul prezzo o sulla prestazione pattuita. Se il contratto è regolarmente adempiuto, la caparra funziona come un anticipo del pagamento. Se invece chi ha versato la caparra non adempie, l'altra parte ha diritto di recedere senz'altro dal contratto trattenendo la caparra. Ma il meccanismo funziona anche all'inverso: se chi riceve la caparra non adempie, è la parte che l'ha versata a poter recedere, esigendo dall'altra il doppio della somma data in anticipo. Le parti restano però libere di battere la via ordinaria della risoluzione del contratto e dell'esecuzione coattiva.

LA RISOLUZIONE PER IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA:

L'**impossibilità sopravvenuta** libera il debitore, come abbiamo visto a proposito dell'obbligazione, quando sia dovuta a un fatto a lui non imputabile provoca automaticamente la *risoluzione*, senza bisogno di alcuna attività, né giudiziale né stragiudiziale, dall'altra parte.

La parte liberata per effetto dell'impossibilità non può più pretendere la prestazione dell'altra. Se l'ha ricevuta, si tratta di una prestazione non dovuta che dev'essere restituita secondo le norme che regolano la ripetizione dell'incidente oggettivo.

Anche l'**impossibilità temporanea** può determinare lo scioglimento del rapporto, come quando il creditore non abbia più interesse a riceverla, una volta ridivenuta possibile.

Si ricordi che la prestazione a cui si deve guardare per il rapporto di corrispettività non è la consegna materiale della cosa, ma il trasferimento della proprietà. Se questo avviene con il consenso, il rischio per il perimento della cosa è supportato dall'acquirente, che è già proprietario; perciò egli è tenuto a pagare il corrispettivo, salvo che il perimento sia dovuto all'inadempimento dell'obbligazione di custodia da parte dell'alienante.

LA RISOLUZIONE PER ECCESSIVA ONEROSITÀ:

Il sinallagma perciò si altera anche quando il rapporto originario dei valori viene a mutare, così che una prestazione diventa eccessivamente onerosa rispetto all'altra. La questione *non si pone* nei contratti a esecuzione immediata. Il rimedio è dunque limitato ai **contratti ad esecuzione differita** oppure **ad esecuzione continuata o periodica**.

Ma anche nell'ambito di questi contratti l'eccessiva onerosità sopravvenuta non ha generale rilevanza. La legge considera come causa di risoluzione solo l'onerosità indotta dal verificarsi di avvenimenti *straordinari e imprevedibili*.

La sopravvenuta onerosità deve *superare la normale alea del contratto*, cioè quel rischio che normalmente si assume una parte in relazione alla natura del contratto. L'*alea* normale di cui parla

l'art. 1467 sussiste all'interno dei contratti c.d. commutativi, cioè che attuano uno scambio tra prestazioni sulla base di una corrispettività economica determinata.

La risoluzione per eccessiva onerosità può essere evitata dalla parte contro cui è domandata tramite *l'offerta di modificare le condizioni del contratto secondo equità*.

Per le obbligazioni che nascono da contratto unilaterale, l'eccessiva onerosità con i caratteri dell'art. 1467, non libera il debitore, ma gli dà diritto di chiedere una *riduzione* della prestazione o una modificazione delle modalità di esecuzione, tanto da ridurla ad equità.

LA PRESUPPOSIZIONE:

Un'ipotesi di scioglimento del contratto è stata elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Si tratta del principio della **presupposizione**: il vincolo cade quando la *sopravvivenza* di diverse circostanze fa venir meno quel presupposto. Per dare rilevanza alla presupposizione la giurisprudenza ha utilizzato l'art. 1467, il quale si limita a dare rilievo a circostanze straordinarie e imprevedibili, e dunque parrebbe proprio escludere la rilevanza di eventi prevedibili. Più convincente è il richiamo alla clausola generale che impone l'esecuzione del contratto secondo buona fede. Il giudice può stabilire se il mutamento delle circostanze abbia prodotto una situazione incompatibile con l'esecuzione del contratto, nella quale pretendere l'adempimento sarebbe contrario a correttezza.

La presupposizione, intesa come "base oggettiva" del contratto, non va confusa con la *presupposizione in senso soggettivo*, cioè con il convincimento che una certa situazione di fatto fosse destinata a persistere.

Il ricorso alla presupposizione non è poi necessario nel caso in cui si possa ritenere pattuita una condizione tacita, che si ricostruisce, come già accennato attraverso l'interpretazione del contratto.

CAPITOLO 24-I CONTRATTI DI ALIENAZIONE

Nel linguaggio di tutti i giorni si parla di scambio facendo genericamente riferimento al suo principale effetto, cioè all'acquisto. Il diritto distingue tra scambio e scambio, a seconda degli interessi di volta in volta in gioco, della natura dell'affare, dell'oggetto del ben scambiato (cose, lavoro, conoscenza), e a seconda dei casi predispone una appropriata disciplina.

LA VENDITA:

La più antica e diffusa forma di scambio è il baratto, la **permuta**, cioè lo scambio in natura di ben contro bene: questa forma è ancora oggi praticata, anche in campo immobiliare. Si pensi alla permuta di pacchetti azionari, negli scambi incrociati. Alla permuta si applicano in quanto compatibili le norme sulla vendita. Da quando però è stata introdotta la moneta come mere di scambio il contratto più diffuso è lo *scambio di bene verso denaro*, che si chiama vendita o compravendita.

Carattere distintivo della **vendita** è la funzione di scambio tramite un prezzo, cioè un corrispettivo in denaro. La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo. Ogni contratto con cui si trasferisce un *diritto verso* corrispettivo di un prezzo è **vendita**: si può parlare propriamente di vendita del *credito* o di vendita dei diritti derivanti dal *brevetto*. Le prestazioni essenziali della vendita sono da parte del venditore, il trasferimento della proprietà o del diritto, da parte del compratore, il pagamento del prezzo.

La vendita è sempre destinata a produrre un **effetto traslativo**; ma non sempre questo effetto è immediato. In base al **principio consensualistico**, sappiamo che il diritto si trasferisce al momento della conclusione del contratto quando la vendita ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o di un diritto reale su cosa altrui o di altro diritto reale. La vendita non ha efficacia reale, cioè effetto traslativo immediato, quando riguarda cose determinate solo nel genere: la proprietà in questo caso si trasmette solo con la individuazione. L'efficacia reale immediata è esclusa anche nella vendita di cose future, nella vendita di cose altrui, nella vendita con riserva della proprietà. Il venditore assume, oltre alle obbligazioni che sempre derivano da contratto, anche le obbligazioni di procurare al compratore l'acquisto della proprietà. In quel senso si parla di **vendita o obbligatoria o a effetti obbligatori**.

Le **obbligazioni** del **compratore** si riducono in pratica al **pagamento del prezzo** nel tempo e nel luogo fissati dal contratto, il compratore deve anche gli *interessi* se il prezzo non è immediatamente esigibile. Il compratore sopporta le spese della vendita se non è pattuito diversamente. Il venditore è obbligato: a consegnare la cosa al compratore, nella vendita ad effetti reali; a fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, nella vendita ad effetti obbligatori e a garantire in ogni caso il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa.

L'obbligazione di consegna si adempie trasferendo al compratore il possesso della cosa, in modo effettivo o simbolico. Un modo particolare di consegna è il **costituto possessorio**: il venditore trattiene la cosa presso di sé, ma "costituisce" come possessore il compratore dichiarando di detenere la cosa in sua vece. La consegna deve comprendere pertinenze, accessori, frutti maturati dopo la vendita; inoltre il venditore deve consegnare i titoli e i documenti relativi alla proprietà e

all'uso della cosa venduta. L'obbligazione di consegnare una cosa determinata include quella di custodirla fino alla consegna.

Vendita di **cosa futura** è per esempio la vendita di appartamenti in un edificio da costruire o del vino prodotto alla prossima vendemmia. La proprietà passa solo nel momento in cui la cosa viene ad esistenza. La vendita di cosa futura può configurarsi come un contratto **commutativo** o come un contratto **aleatorio**. Le parti possono attribuire alla vendita carattere aleatorio: il compratore corre il rischio che la cosa non venga ad esistenza, e compra la speranza; il contratto rimane efficace anche se la cosa non viene ad esistenza, e il compratore è obbligato a pagare il prezzo convenuto.

Si ha **vendita di cosa altrui** quando una persona vende una cosa di cui non è proprietario, o di cui non interamente proprietario. La vendita di cose altrui è poi la normalità nel mercato di borsa. La vendita di cosa altrui è valida, perché nessun requisito essenziale manca al contratto; manca piuttosto un requisito di efficacia, poiché il venditore non ha il potere di disporre: perciò il contratto produce solo *effetti obbligatori* immediati; tra questi l'obbligo, per il venditore, di procurare l'acquisto della proprietà. L'effetto traslativo si produce *automaticamente*, quando il venditore acquista la proprietà dal titolare della cosa venduta. Se il compratore era a conoscenza dell'altuità della cosa, la vendita di cosa altrui si regola come un comune contratto obbligatorio: se il venditore non riesce a procurare l'acquisto, si ha inadempimento, al quale può far seguito la risoluzione secondo le regole degli art.1453 e ss. Se invece il compratore ignorava che la cosa non era di proprietà del venditore, ha a sua disposizione una risoluzione speciale, perché non deve attendere il verificarsi dell'inadempimento, ma può chiedere subito la risoluzione del contratto, per il solo fatto di aver comprato, senza saperlo da chi non era proprietario: salvo che, nel frattempo il venditore non gliene abbia fatto acquistare la proprietà. Il venditore è tenuto al risarcimento del danno.

Il venditore ha infine l'obbligo di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa venduta.

Si ha **evizione** quando un terzo fa valere un diritto di proprietà o un altro diritto reale sulla cosa venduta, e sottrae la cosa al compratore o ne limita il godimento.

L'evizione totale o parziale si realizza per effetto di una azione di rivendica diretta dal terzo contro il compratore o per effetto di azione confessoria. Il pericolo di rivendica consente al compratore di sospendere il pagamento del prezzo, se al tempo della vendita ignorava il pericolo. Se poi il compratore subisce l'evizione totale, il venditore è tenuto a risarcirlo del danno secondo le regole che valgono per la vendita di cosa altrui.

La garanzia è perduta se il compratore non chiama in causa il venditore, e questi prova che esistevano ragioni sufficienti per far respingere la domanda. Se la cosa è parzialmente evitta, il contratto si risolve o il prezzo si riduce, salvo il risarcimento del danno. La garanzia per evizione è un **effetto naturale**: si applica perciò anche se le parti non la prevedono, ma i contraenti restano liberi di *escluderla*. In tal caso, l'evizione determina solo l'obbligo del venditore di restituire il prezzo pagato e rimborsare le spese; anche quest'obbligo viene meno se è convenuto che la vendita sia a rischi e pericolo del compratore (il contratto è allora *aleatorio*).

La garanzia per i **vizi della cosa** venduta protegge il compratore contro i vizi materiali della cosa. La garanzia riguarda i vizi occulti, cioè quei difetti che il compratore non conosceva e non avrebbe

potuto facilmente conoscere: ma anche i vizi conoscibili sono coperti dalla garanzia se il venditore ha dichiarato che la cosa è esente da vizi.

Anche la garanzia per vizi è un **effetto naturale** del contratto, non ha bisogno quindi di espressa pattuizione. Essa comprende quella per vizi, ma va oltre perché consente nella promessa di eseguire gratuitamente la riparazione di qualsiasi guasto che si verifica entro una certa data dalla vendita per effetto di un normale uso. La garanzia può essere esclusa o limitata; ma ha effetto se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa. L'effetto della garanzia è quello di consentire al compratore una scelta, fra la risoluzione del contratto (**azione redibitoria**) o la riduzione del prezzo (**azione estimatoria**). Quale che sia la strada seguita, il compratore ha diritto anche al risarcimento del danno, se il venditore non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa: il risarcimento si estende ai danni derivati dai vizi della cosa. Il venditore quindi ha l'obbligo di controllare nei limiti dell'ordinaria diligenza, che la cosa venduta sia immune da vizi.

Il compratore decade dalla garanzia se non *denunzia* i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta; fatta la denuncia, c'è un anno di tempo dalla consegna per esercitare il diritto. La denuncia non è però necessaria se il venditore ha riconosciuto l'esistenza del vizio o lo ha occultato.

Per la mancanza di qualità promesse o essenziali per l'uso sono previsti, a tutela del compratore, i rimedi per l'inadempimento: la risoluzione del contratto e/o il risarcimento del danno.

Per i contratti conclusi tra professionisti o tra non-professionisti vale la disciplina generale dettata dagli artt. 1490 e ss.

L'art. 129 del codice di consumo impone al venditore l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi alle pattuizioni contrattuali, mentre l'art. 130 stabilisce la responsabilità del primo nei confronti del secondo per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene.

Per **bene di consumo** si intende **qualsiasi bene mobile** anche da assemblare, salve le eccezioni previste dall'art.128.

L'art. 129 fonda una **presunzione di conformità su un bene** (le caratteristiche che un bene dovrebbe avere): un bene dovrebbe avere " la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore, dal suo agente o dal suo rappresentante, **in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura**".

Gli altri segnali della conformità sono: l'idoneità all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo, la conformità alla descrizione del bene fatta dal venditore o al modello o campione presentato al consumatore.

La rilevanza del difetto di conformità è **esclusa** se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore ne era a conoscenza o avrebbe dovuto esserlo usando l'ordinaria diligenza.

Se il **difetto di conformità** sussiste al momento della consegna del bene, il consumatore potrà in **alternativa** e senza spese a suo carico chiederne al venditore la **riparazione** o la **sostituzione**.

Il diritto di scelta viene meno nel caso in cui il rimedio prescelto sia **oggettivamente impossibile** o **eccessivamente oneroso**.

In queste specifiche ipotesi alla scelta tra riparazione e sostituzione, subentra quella tra congrua **riduzione** del prezzo e **risoluzione** del contratto.

Il legislatore consente alla concorde volontà delle parti di negoziare la soluzione che preferiscono. **Dopo** che il consumatore abbia denunciato il difetto di conformità, il venditore è libero di proporre **qualsiasi** rimedio disponibile. Se il consumatore ha già richiesto uno specifico rimedio secondo le regole descritte, la sua adesione alla proposta avrà l'effetto di sollevare il venditore dall'obbligo di attuarlo. Se invece il consumatore si è limitato alla denuncia e non ha ancora manifestato alcuna delle operazioni che la legge gli consente, dovrà accettare la proposta o respingerla scegliendo un altro rimedio.

Neppure al consumatore è riconosciuto il diritto alla risoluzione **quando tale difetto sia di lieve entità**: se non è stato possibile o è eccessivamente oneroso ottenere la riparazione o la sostituzione del bene, si dovrà accontentare della congrua riduzione del prezzo.

Il difetto di conformità del bene determina la responsabilità del venditore soltanto se si manifesta **entro due anni dalla consegna**. Inoltre il consumatore **decade** dalla tutela se non denuncia il vizio **entro due mesi dalla scoperta**; la denuncia non è necessaria e la decadenza non opera se il venditore ha riconosciuto l'esistenza del difetto o lo ha occultato.

Per i contratti di vendita di merci tra soggetti che abbiano sede d'affari in Stati diversi, vige un diritto uniforme attraverso convenzioni internazionali (Convenzione di Vienna). La convenzione disciplina tutti gli aspetti della **vendita internazionale**, che sotto diversi aspetti si discosta dalle regole proprie al diritto interno italiano.

Una clausola particolare del contratto di compravendita è quella che prevede il diritto di riscatto da parte del venditore, cioè si riserva il potere di riacquistare la proprietà della cosa, mediante:

- a) Dichiarazione unilaterale comunicata al compratore entro un termine fissato, che non può essere maggiore di due anni nella vendita di mobili e di cinque nella vendita di immobili;
- b) Restituzione del prezzo pagato, oltre ai rimborsi per spese e riparazioni necessarie o utili; ogni patto che preveda la restituzione di una somma superiore è nullo per la parte eccedente.

Anche i successivi acquirenti subiscono l'effetto del riscatto, se il patto è loro opponibile: il che, nel caso degli immobili, si ottiene con la trascrizione della clausola.

Questo meccanismo distingue la vendita con patto di riscatto dal patto di **retro vendita**, che è in sostanza il patto con cui compratore e venditore assumono l'obbligo di contrarre una nuova compravendita, che faccia riacquistare al venditore la proprietà della cosa venduta. Perché la proprietà torni a chi l'ha alienata occorre dunque la stipulazione di un nuovo contratto, che può essere sostituito solo da una sentenza costitutiva.

La vendita con patto di riscatto è talvolta usata a *scopo di garanzia*. Questo uso del patto di riscatto può tuttavia costituire un caso di *frode alla legge*, in quanto sia diretto a eludere il divieto del **patto commissorio**.

La vendita a rate con riserva di proprietà presenta i seguenti caratteri:

- a) Concluso il contratto, la proprietà non passa immediatamente al compratore, ma rimane al venditore fino al pagamento dell'ultima rata di prezzo;
- b) La cosa viene però consegnata al compratore che ne acquista quindi immediatamente il godimento;
- c) Il rischio per il perimento fortuito della cosa, anziché essere a carico del proprietario è collegato con la *detenzione*: il compratore lo sopporta fin dal momento della consegna benché la cosa non sia ancora sua.
- d) L'inadempimento del compratore, che non paga le rate, determina la risoluzione del contratto. La legge stabilisce che il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo del venditore non è causa di risoluzione. La risoluzione determina l'obbligo del venditore di restituire le rate, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno.

Non tutte le vendite a rate sono con riserva di proprietà. Se io mi accordo con un negoziante per comprare un televisore rinviando il pagamento di una parte del prezzo a due scadenze successive, se non è stipulata la riserva di proprietà, io acquisto immediatamente la proprietà del televisore.

Questo tipo di vendita, a efficacia reale immediata e con pagamento rateizzato, si applica spesso agli immobili e ai mobili registrati, in cui il venditore si garantisce per il pagamento delle rate tramite una ipoteca.

LA SOMMINISTRAZIONE :

Nella **somministrazione** una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose. La somministrazione va distinta dalla vendita a consegne differite quale si realizza, ad esempio, nel mercato librario quando si vende un'opera in molti volumi in preparazione (vendita di cosa futura) e si pattuisce che verrà consegnato un volume ogni tot di tempo per un tot di anni. Si tratta quindi di un contratto ad esecuzione differita, mentre la somministrazione è un contratto ad esecuzione continuata o periodica.

Viene in genere riportato al contratto di somministrazione anche il contratto di **concessione di vendita**, con il quale una parte impegna ad acquistare e a rivendere esclusivamente i prodotti di una determinata impresa.

IL CONTRATTO DI SUBFORNITURA:

La **subfornitura** è il contratto con cui un imprenditore (il subfornitore) si impegna ad effettuare per conto di un'impresa (committente) lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime fornite dalla committente medesima o si impegna a fornire all'impresa committente prodotti o servizi destinati ad essere incorporati, o comunque utilizzati, nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente.

Il contratto di subfornitura può essere concluso solo fra due *imprenditori*. L'oggetto del contratto può consistere sia in un dare che in un fare. Quello che caratterizza la fattispecie è la situazione di *dipendenza economica* del subfornitore rispetto al committente. Si può dire che il subfornitore si

trova nei confronti del committente in una situazione simile a quella in cui si trova il consumatore di fronte all'imprenditore che produce beni o servizi direttamente per il mercato.

È imposto l'obbligo della forma scritta a pena di nullità. È considerata "forma scritta" la comunicazione del consenso alla conclusione o alla modifica del contratto effettuata per telefax o altra via telematica. Se la proposta del committente è inviata per iscritto e il subfornitore inizia le lavorazioni o le forniture, il contratto si considera concluso per iscritto. Nel contratto devono essere sempre specificati alcuni elementi:

- a) I requisiti specifici del bene o del servizio richiesti, con l'individuazione delle caratteristiche costruttive o funzionali;
- b) Il prezzo pattuito;
- c) I termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento.

Alcune clausole sono considerate **nulle**: così il patto che riserva ad una delle parti la facoltà di variare *unilateralmente* una o più clausole del contratto, o che attribuisce a una parte il diritto di recedere senza preavviso dal contratto e altre.

È vietato anche l'*abuso di dipendenza economica*. Si ha dipendenza economica quando un'impresa è in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi, mentre l'abuso consiste nell'approfittare di questo vantaggio.

Le controversie relative ai contratti di subfornitura sono sottoposte a un tentativo di conciliazione presso la Camera di commercio; se il tentativo fallisce, è aperta la strada per un procedimento arbitrale che però può essere iniziato solo se le parti sono entrambe d'accordo.

CONTRATTO ESTIMATORIO:

Il **contratto estimatorio** ha lo scopo di attribuire al commerciante la *disponibilità materiale e il potere di vendere*, senza però trasferirgli la proprietà delle cose, e perciò, senza imporgli il pagamento del prezzo. Il contratto si conclude quando una parte consegna all'altra una o più cose mobili (è quindi un *contratto reale*). Il consegnatario si obbliga a pagarne il prezzo salvo che restituisca quanto ha ricevuto al termine stabilito. Nel frattempo, egli può solo disporre delle cose, può venderle, e in tal caso, mancando la restituzione dovrà pagare il prezzo delle cose vendute. Dal momento della consegna, però, il rischio per la perdita grava sul ricevente (l'es. classico è quello del giornalista).

L'AFFILIAZIONE COMMERCIALE (FRANCHISING):

La funzione economica dell'accordo di *Franchising* è quella di stabilire una rete di distribuzione con caratteristiche organizzative e segni distintivi omogenei, ma gestita da imprenditori indipendenti dal produttore: si avrà in apparenza una sola grande organizzazione, mentre in realtà una pluralità di imprese di distribuzione opera in base al contratto che le collega ad un produttore (franchisor). Il contratto di franchising è stato a lungo praticato come contratto atipico. Nel 2004 è stata però introdotta una specifica disciplina, qualificando come **contratto di affiliazione commerciale o franchising** e definendolo come il contratto che intercorre tra due parti economicamente e giuridicamente indipendenti con cui l'una concede all'altra dietro corrispettivo la disponibilità di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza

tecnica e commerciale: la parte cessionaria viene inserita come affiliata in una rete distribuita sul territorio allo scopo di commercializzare beni o servizi.

L'affiliazione può essere pattuita a tempo indeterminato o determinato; in quest'ultimo caso, la durata non può essere inferiore a tre anni per garantire all'affiliato un tempo sufficiente all'ammontare dei suoi investimenti.

CESSIONE DEI CREDITI D'IMPRESA (FACTORING):

Nel **factoring** un imprenditore si accorda con un altro detto factor, per cedere a quest'ultimo la massa dei crediti via via derivanti dall'attività d'impresa dietro il pagamento di una determinata percentuale delle somme da riscuotere. La sua funzione economica è quella di evitare a un imprenditore i costi di esazione dei singoli crediti e di assicurargli una liquidità costante; dall'altra parte il c.d. factor è un imprenditore la cui attività economica consiste nel comprare il flusso creditizio di un altro imprenditore.

Il cedente deve essere un *imprenditore* la qualità d'imprenditore è necessaria per l'esistenza del tipo contrattuale. Molto più puntuale la caratterizzazione che la legge richiede al cessionario. Questi infatti deve essere una società o un ente, pubblico o privato, avente personalità giuridica, il cui atto costitutivo preveda espressamente come oggetto l'acquisto dei crediti d'impresa. La società deve aver un capitale minimo non inferiore a dieci volte il capitale minimo prescritto per le s.p.a., non inferiore quindi a 1 milione e 200.000 euro.

Possono essere ceduti soltanto i crediti che sorgono da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa. Possono essere ceduti anche *crediti futuri*, cioè crediti che sorgeranno da contratti ancora da stipulare, purché in un periodo non superiore a ventiquattro mesi.

L'attività dei *factors* si configura come attività di intermediazione nello scambio dei capitali (rientra nelle attività parabancarie): per questo le imprese di factoring sono state sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia e devono iscriversi presso un apposito albo presso la stessa.

I CONTRATTI DI RENDITA:

L'alienazione di un bene o la cessione di un capitale può trovare corrispettivo anche nella prestazione di una **rendita**.

La **rendita perpetua** è di rara applicazione. Consiste nell'alienazione di un immobile o nella cessione di un capitale in cambio del diritto di esigere in perpetuo la prestazione periodica di una somma di denaro o di una certa quantità di cose fungibili. La legge prevede un diritto di riscatto a favore dell'acquirente debitore, il quale può liberarsi dell'obbligazione pagando la somma che risulta dalla capitalizzazione della rendita annua sulla base dell'interesse legale.

La **rendita vitalizia** è più praticata. Consiste nella cessione di un bene o di un capitale da parte dell'alienante che si assicura un reddito per il resto della sua vita. Il contratto è aleatorio visto che la durata della vita dell'alienante è incerta, e con essa l'entità della prestazione dell'acquirente. Nel caso di rendita vitalizia non è ammesso il diritto di riscatto, che priverebbe il contratto della sua funzione previdenziale.

CAPITOLO 25-I CONTRATTI DI UTILIZZAZIONE

LA LOCAZIONE:

L'art.1571 definisce **locazione** "il contratto con il quale una parte (il locatore) si obbliga a far godere all'altra (conduttore) una cosa mobile o immobile per un dato tempo verso un determinato corrispettivo.

Abbiamo due tipi di contratti: la **locazione** (in senso stretto) e l'**affitto**. In realtà la locazione e l'affitto sono contratti molto diversi tra di loro.

Dalla locazione di cose mobili si deve distinguere il **noleggio** in senso tecnico (di nave o aeromobile), in cui il noleggiante conserva la disponibilità della cosa, e si impegna a farne uso secondo le indicazioni del *noleggiatore*.

L'obbligazione fondamentale che il *locatore* assume è quella di far godere la cosa al conduttore. I tre obblighi principali del locatore si possono dedurre dall'art.1575:

- 1) L'obbligo di **consegna** della cosa in buono stato. Non è adempiuto se la cosa è affetta da vizi che ne diminuiscono in modo apprezzabile l'idoneità all'uso: il conduttore può chiedere la risoluzione o una riduzione del prezzo, salvo che si tratti di vizi da lui conosciuti o facilmente riconoscibili; anche in questo caso può risolvere il contratto se i vizi sono tali da costituire pericolo per la salute. Il locatore risponde dei danni derivanti dai vizi se non prova di averne senza colpa ignorato l'esistenza: la buona fede qui non si presume.
- 2) L'obbligo di **manutenzione** impone al locatore di eseguire tutte le riparazioni necessarie: solo per le cose mobili, tutta l'ordinaria manutenzione è a carico del conduttore. Il conduttore deve avvisare il locatore della necessità di riparazioni, e se si tratta di riparazioni urgenti le può eseguire direttamente salvo rimborso, purché dia contemporaneamente avviso al locatore.
- 3) L'obbligo di **garanzia** riguarda le molestie di diritto, cioè quelle provocate da terzi che pretendano di avere diritti sulla cosa e perciò limitano l'uso o il godimento del conduttore. Per le molestie di fatto - ad es. vicini rumorosi - il locatore non garantisce; resta libero il conduttore di agire in nome proprio contro i terzi: come detentore egli può esercitare le azioni possessorie e si ritiene legittimato ad agire per far valere il divieto di immissioni. Garanzia significa che il locatore deve assumere la lite, il conduttore deve essere estromesso dal processo con la semplice indicazione del nome del locatore; se poi l'azione del terzo ha successo, il conduttore, potrà risolvere il contratto o chiedere la riduzione del corrispettivo.

Il locatore ha un altro interesse da far valere nel rapporto contrattuale: quello di limitare l'uso della cosa locata da parte del conduttore, e a recuperarla integra alla termine della locazione.

Obbligazioni da parte del conduttore(art.1578): il conduttore deve prendere in consegna la cosa e osservare la diligenza de buon padre di famiglia ne servirsene per l'uso determinato nel contratto o per l'uso che può altrimenti presumersi dalle circostanze. A locazione finita, il conduttore deve restituire la cosa al locatore nello stato medesimo in cui l'ha ricevuta, salvo il deterioramento o il consumo che risultano dall'uso svolto in conformità del contratto. L'obbligo di restituzione comprende quello di *custodia* perciò il conduttore è *responsabile* della perdita o del deterioramento della cosa quando non provi che siano accaduti per causa a lui non imputabile. Se una persona, da

lui ammessa all'uso e al godimento della cosa, la danneggia o la distrugge, il conduttore non può ritenersi esonerato da responsabilità perché il fatto è compiuto da un terzo; ammettendo all'uso la persona, assume **responsabilità oggettiva** dei danni da questa causati.

L'obbligo di custodia è importante in caso di danni cagionati dalla cosa a terzi; il conduttore è responsabile verso il locatore convenuto da un terzo per il risarcimento del danno, se non lo ha avvisato della necessità di riparazioni la cui mancanza ha determinato il danno.

Salvo patto contrario, il conduttore ha facoltà di dare in **sublocazione** la cosa, mentre può cedere il contratto senza il consenso del locatore. Il subcontratto stabilisce un rapporto tra conduttore e sub conduttore. Al locatore è dazione diretta contro il subconduttore per esigere il prezzo della sublocazione, e per l'adempimento di tutte le altre obbligazioni derivanti dal contratto di sublocazione.

Esiste un limite massimo assoluto della locazione, posto a tutela della libertà dei beni: trent'anni.

La durata della locazione non è mai indeterminata. Se le parti non stipulano un termine finale, la durata del contratto si intende convenuta secondo certi criteri fissati dall'art.1574. Nella locazione a tempo *determinato* la locazione cessa alla scadenza senza necessità di disdetta, ma il contratto s'intende tacitamente rinnovato se, scaduto il termine, il conduttore è lasciato nella detenzione della cosa locata. Nella locazione senza determinazione convenzionale di un tempo il contratto cessa solo se, prima della scadenza viene comunicata la disdetta, perciò la mancata disdetta vale come *rinnovazione tacita* del contratto.

Se la cosa locata viene alienata, la locazione è opponibile al terzo acquirente, se ha data certa anteriore all'alienazione.

LA LOCAZIONE DI IMMOBILI URBANI:

Dal 1998 con la legge n.431 è necessaria, per tutti i contratti di locazione immobiliare, la forma **scritta** a pena di nullità. La legge distingue poi due modi di stipulazione del contratto: puramente *privatistico* e *assistito o controllato*.

Modalità privatistica. Se il contratto è stipulato dalle due parti senza interventi di controllo, il contenuto dell'accordo è rimesso all'autonomia dei contraenti salvi alcuni rilevanti *limiti legali*:

- a) La durata del contratto non può essere inferiore ai quattro anni;
- b) Alla prima scadenza è previsto il *rinnovo automatico* per ulteriori quattro anni, con *facoltà di diniego del rinnovo* da parte del *locatore* alla scadenza del quadriennio, solo nel caso in cui il locatore abbia intenzione di adibire l'immobile ad uso proprio o dei propri congiunti entro il 2° grado, o ad attività di utilità sociale. L'eventuale illegittimo esercizio della facoltà di diniego obbliga al risarcimento del danno;
- c) Il conduttore ha invece facoltà di diniego del rinnovo e inoltre può recedere dal contratto in qualsiasi momento, per gravi motivi, con preavviso di sei mesi;
- d) Il conduttore gode di altre prerogative importanti: come il diritto di *prelazione*, nel caso in cui il locatore annunci l'intenzione di vendere ai fini del diniego di rinnovo del contratto e il diritto al *ripristino del rapporto in locazione* se il locatore, pur avendo esercitato legittimamente il diniego del rinnovo, non lo adibisca entro 12 mesi agli usi previsti per giustificare il suo diniego.

Modalità assistita. I limiti e le regole sopra esposti possono essere derogati dalle parti solo ricorrendo ad una diversa stipulazione che prevede:

- a) la predeterminazione di condizioni contrattuali in base ad accordi di tipo parasindacale, stipulati in sede locale, su iniziativa dei Comuni, delle organizzazioni della proprietà edilizia e degli inquilini maggiormente rappresentative;
- b) una *durata* del contratto non inferiore a tre anni, con rinnovo per altri tre o, in caso di disaccordo tra le parti, con proroga di diritto per altri due anni solo se intende vendere o eseguire le opere di ripristino ristrutturazioni previste nell'art.3.

una particolare attenzione è stata rivolta dal legislatore al problema cronico degli *accordi simulati* in frode al fisco e dei *patti simulati in frode alla legge*. È *nullo* ogni atto diretto a stabilire un canone diverso da quello che risulta dal contratto scritto e registrato. È anche *nullo* ogni patto volto a attribuire al locatore un *canone superiore* a quello previsto dai contratti-tipo, o a *derogare i limiti di durata*

Se avesse accettato patti di questo contenuto, l'inquilino ha a disposizione due azioni: entro sei mesi la riconsegna dell'immobile, ha diritto di chiedere la restituzione delle somme versate; ma anche durante il rapporto, può chiedere davanti al giudice che la locazione venga ricondotta a condizioni conformi alla legge.

Quest'ultima possibilità è anche prevista per il caso di contratto in nero. Questo patto è nullo per mancanza di forma. Tuttavia il conduttore può chiedere al giudice che il rapporto sia costituito giudizialmente tra le parti sulla base della relazione di fatto: il canone di locazione è quello "equo" previsto dagli accordi tra le organizzazioni parasindacali di proprietari e inquilini o quello previsto per le locazioni transitorie per studenti universitari.

In caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi, i parenti e affini con lui abitualmente conviventi.

In caso di *separazione giudiziale o di divorzio*, succede al conduttore il coniuge, se il giudice gli ha assegnato l'abitazione. Anche in caso di *convivenza di fatto*, il convivente succede nel contratto al conduttore, che abbia cessato la convivenza. In caso di separazione consensuale o nullità matrimoniale, la successione è pure prevista, se i coniugi hanno così convenuto. È nulla la clausola che prevede la risoluzione del contratto in caso di *alienazione della cosa locata*.

Nel caso di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione l'interesse tutelato è la continuità dell'attività produttiva.

Il canone è lasciato alla libera contrattazione, ma non possono essere previste variazioni per i primi tre anni del rapporto; le variazioni devono essere contenute nei limiti del 75% rispetto all'aumento dell'indice dei prezzi al consumo.

Il conduttore ha diritto a una indennità per la perdita dell'avviamento quando il rapporto contrattuale cessa per cause diverse dal suo inadempimento o recesso.

La *durata* della locazione non può essere di regola inferiore a 6 anni; 9 anni è il limite minimo per l'attività alberghiera. Il conduttore può recedere dal contratto per gravi motivi o quando la facoltà è prevista dal contratto. Il locatore può intimare la disdetta, prima della scadenza, solo per gravi motivi, tassativamente indicati nell'art.29: ad es. quando voglia esercitare una attività industriale o

commerciale nell'immobile locato, o quando voglia adibire l'immobile ad abitazione propria o del coniuge o parenti in linea retta entro il secondo grado. In mancanza di disdetta il contratto si rinnova tacitamente.

Il conduttore infine ha due importanti prerogative: può sublocare l'immobile e anche cedere il contratto a terzi senza il consenso del locatore, se insieme dà in affitto o cede l'azienda; ha il diritto di prelazione.

In caso di alienazione tra vivi a titolo oneroso il locatore deve darne comunicazione al conduttore. Il conduttore può esercitare, entro 60 giorni, il diritto di acquistare l'immobile alle condizioni indicate nella notificazione. In mancanza di notificazione, il conduttore può riscattare l'immobile dall'acquirente e da ogni altro successivo avente causa entro 6 mesi dalla trascrizione del contratto.

IL LEASING:

Il **leasing** è un contratto innominato, ma non atipico, sia perché segue modelli costanti, sia perché trova menzione in qualche testo legislativo.

La forma più vicina alla locazione è il **leasing operativo**. È il contratto con cui una parte concede all'altra, verso il corrispettivo di un canone periodico e per tempo determinato l'utilizzazione di un bene e si conviene che, al termine del contratto, il conduttore potrà scegliere se restituire la cosa, o rinnovare il contratto sostituendo il bene o infine acquistare la proprietà della cosa.

Di maggior rilievo è il **leasing finanziario**, in cui rimane lo schema-base della locazione che però viene usato per realizzare una operazione di finanziamento del conduttore. Le parti sono tre: il concedente finanziatore, il conduttore e il fornitore del bene il cui godimento è oggetto del contratto.

Il concedente finanziario acquista i macchinari dal fornitore indicato, anticipando il capitale necessario, e si accorda perché siano installati presso il conduttore, al quale ne cede l'utilizzazione in cambio di un corrispettivo periodico per un tempo convenuto: al termine, il conduttore ha la scelta, come nel leasing operativo, tra l'acquisto del bene per un prezzo finale, la proroga della locazione o la restituzione del bene.

Il finanziatore è proprietario del bene, e perciò è al sicuro nel caso di fallimento del conduttore, mentre, se avesse prestato i soldi al conduttore con un mutuo, correrebbe il rischio dell'insolvenza. Il conduttore gode di un duplice vantaggio: alla scadenza può rinnovare il leasing, e i canoni possono essere imputati al passivo dell'impresa (vantaggio fiscale). Il conduttore si assume il rischio per il perimento e deterioramento del bene, e si obbliga in genere ad assicurarlo; deve poi curarne la manutenzione.

Nel **sale and lease back** il proprietario di un bene lo vende a una società di leasing che concede nuovamente il bene *in leasing* al proprietario. L'operazione può nascondere in certi casi, la concessione di un mutuo accompagnata da *patto commissorio*.

L'AFFITTO E I CONTRATTI AGRARI:

L'**affitto** ha per oggetto il godimento di una cosa produttiva mobile o immobile; attribuisce all'affittuario il diritto di fare propri i frutti e gli altri proventi della cosa, ma lo obbliga a curarne la gestione in conformità con la destinazione economica della cosa.

L'affittuario è sempre un *imprenditore*; la sua gestione implica un'attività economica. Il problema della gestione rende il contratto legato alla **fiducia** del locatore nell'affittuario. Non basta che l'affittuario paghi il canone; occorre che sia capace di curare la gestione della cosa. Il locatore non può in ogni caso controllare l'attività dell'affittuario e poi chiedere la risoluzione del contratto se non vengono osservate le regole della buona tecnica o viene mutata la destinazione economica del bene; per la stessa ragione l'interdizione, l'inabilitazione, l'insolvenza dell'affittuario sono causa di risoluzione del contratto. L'affittuario non può subaffittare senza il consenso del locatore.

Per **contratti agrari** ci si riferisce a un gruppo di contratti caratterizzati dallo scopo di consentire a un soggetto, non proprietario, l'utilizzazione di un fondo agricolo a fini di impresa.

Non è possibile stipulare contratti di *mezzadria* e di *colonia* (la stipulazione se fatta risulta nulla, ed è soggetta a conversione legale in affitto), questi contratti risalgono alla vecchia disciplina e possono essere convertiti automaticamente se il coltivatore comunica alla controparte l'interesse ad avvalersene.

La durata del contratto non può essere inferiore a 15 anni, e, alla prima scadenza, essa è prorogata a richiesta dell'affittuario per altri tre anni; se poi, com'è sua facoltà, l'affittuario esegue miglioramenti con impegno di capitale, ha diritto alla **proroga** del contratto per 12 anni oltre alla scadenza.

In caso di alienazione del fondo per atto tra vivi a titolo oneroso, l'affittuario coltivatore diretto ha preferenza nell'acquisto a parità di condizioni (diritto di prelazione). Il diritto alla prelazione va esercitato entro 30 giorni dalla notifica. In caso di mancata notifica, o di vendita comunque conclusa in violazione del diritto di prelazione, il coltivatore può riscattare il fondo dal terzo acquirente entro un anno dalla trascrizione del contratto di compravendita.

IL COMODATO O PRESTITO D'USO:

L'art. 1803 dà la nozione di **comodato** " è il contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la cosa ricevuta.

La funzione è di realizzare una concessione gratuita dell'uso di una cosa. Il carattere gratuito è essenziale al contratto di comodato: se fosse pattuito un compenso si tratterebbe di locazione.

Anche la finalità di uso della cosa, che va restituita nella sua integrità è essenziale nel comodato. Si parla a riguardo di prestito d'uso, distinto dal prestito di consumo, che si realizza nel mutuo, dove il prestito trasferisce la proprietà delle cose, con l'obbligo di restituire non le cose prestate, ma altrettante cose dello stesso genere e qualità-

Perciò oggetto del comodato è una cosa che le parti considerano infungibile. Di regola, ciò suppone che si tratti di cosa inconsumabile.

Il comodato è un contratto **reale**, che si conclude con la consegna della cosa. Dalla consegna della cosa nasce fundamentalmente l'obbligo del comodatario di *custodire* e *conservare* la cosa con la diligenza del buon padre di famiglia e di non servirsene che per l'uso determinato del contratto o dalla natura della cosa; è escluso anche un sub comodato senza il consenso del comodante. In caso di inadempimento, il comodante può chiedere l'immediata restituzione della cosa, oltre al risarcimento del danno. Il comodatario risponde della perdita o della distruzione della cosa dovuta a sua negligenza; ma in alcuni casi sopporta anche il rischi della perdita fortuita o dovuta a causa a lui non imputabile: così, se l'ha impiegata ad uso diverso da quello previsto o se è in ritardo nella restituzione.

Se non c'è termine il comodante deve restituire al comodatario la cosa a richiesta. Se c'è un termine il comodatario può richiedere la cosa indietro quando gli pare, ma solo dopo la scadenza, salvo che sopraggiunga un urgente e imprevedibile bisogno.

Esiste un'obbligazione a carico del comodante: egli è tenuto al risarcimento dei danni derivanti dai vizi della cosa se, conoscendoli non ne abbia avvertito il comodatario: è per questo un *contratto unilaterale imperfetto*.

IL MUTUO O PRESTITO DI CONSUMO:

La funzione del mutuo è quella di ottenere la disponibilità di una certa somma di denaro o di altre cose fungibili, con l'obbligo di restituire altrettanto della stessa specie e qualità. Il mutuo dunque è un **prestito di consumo**. Anche il mutuo è un contratto **reale**, che si perfeziona con la consegna della cosa. Chi ha promesso di dare a mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, salvo gli siano offerte idonee garanzie.

La causa e l'oggetto del mutuo hanno per logica conseguenza l'efficacia reale del contratto; le cose non vanno al mutuatario perché le conservi: esse si confondono nel patrimonio del mutuatario, il quale ne acquista la proprietà, con l'obbligo di restituire altrettanto alla scadenza. Quanto alle obbligazioni oltre a quella fondamentale di *restituzione*, è effetto naturale del mutuo l'obbligo di pagare gli interessi al mutuante. Le parti possono stipulare però anche un mutuo gratuito. Nel mutuo oneroso entrambe le obbligazioni sono a carico del mutuatario. Il mutuo è un contratto a prestazioni corrispettive: alla prestazione del mutuante corrisponde quella del mutuatario di pagare gli interessi. Il mancato pagamento dà diritto al mutuante di chiedere la *risoluzione del contratto*. La *responsabilità* per i *danni derivanti* dai vizi delle cose date a prestito; la responsabilità è più rigorosa se il mutuo è oneroso.

CAPITOLO 25-I CONTRATTI DI PRESTAZIONE D'OPERA E DI SERVIZI

L'APPALTO E IL CONTRATTO D'OPERA:

Lo scambio può avere ad oggetto anche un fare: il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo.

La figura più importante di scambio di un fare contro un prezzo è quella che il legislatore regola come **contratto d'appalto**. Una parte si obbliga al "compimento di un'opera o di un servizio" e l'altra si obbliga a versare un "corrispettivo in denaro".

Si ha appalto, però, solo quando il compimento dell'opera è assunto con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio.

Appaltatore è solo chi dispone di una organizzazione di mezzi, cioè di capitali, risorse materiale e del personale necessario a portare a compimento l'opera promessa, e assume a proprio rischio la gestione dell'attività produttiva, cioè assume il rischio economico della inefficienza della sua stessa organizzazione rispetto all'impegno assunto. L'appaltatore è un imprenditore, perché deve disporre di un'organizzazione e perché esercita una attività di cui assume il rischio.

Es. di appalto sono il contratto per la costruzione di un immobile su terreno del committente, il contratto per la costruzione di un particolare macchinario quello per la pulizia di un ospedale. In tutti questi casi, occorre far attenzione al confine con altri contratti. Se il contratto riguarda la costruzione di un sistema di aspirazione che viene progettato e realizzato per le particolari esigenze di quello stabilimento cartario si riscontrano i caratteri dell'appalto, se la fornitura riguarda macchinari "prefabbricati in serie" non è appalto ma vendita.

Allo schema dell'appalto si può ricondurre il contratto di **engineering** dove abbiamo l'incarico di elaborare un progetto edilizio o industriale o anche di realizzarlo chiavi in mano.

La legge non stabilisce una particolare forma per il contratto di appalto. L'uso della forma scritta è l'ipotesi di fatto più frequente, dato che è interesse delle parti fissare tutti gli elementi del contratto. La legge si preoccupa di stabilire che l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio se non è a ciò autorizzato dal committente. La ragione della norma risiede nella necessità di evitare che dietro l'appaltatore possano celarsi imprese non gradite al committente.

Nel caso in cui muoia l'appaltatore il contratto non si scioglie automaticamente, perché è possibile che l'impresa sia continuata da parte degli eredi, in tal caso il committente può avere interesse al proseguimento dell'opera. Il committente può recedere se gli eredi dell'appaltatore non danno affidamento per la buona esecuzione dell'opera o del servizio.

L'appaltatore corre il rischio di ciò che poteva prevedere, non degli imprevisti. Se per effetto di circostanze imprevedibili si verificano variazioni nel prezzo di materiali e mano d'opera, l'appaltatore può chiedere una revisione del prezzo. La regola è spesso superata.

L'interesse del committente alla corrispondenza tra risultato promesso e risultato effettivamente prodotto è tutelato in diversi momenti. Il codice prevede anzitutto un diritto di **verifica dell'opera** nel corso dell'esecuzione, il committente può controllare lo svolgimento dei lavori; se accerta che l'opera non procede secondo i patti, può intimare all'appaltatore di conformarsi, entro un congruo

termine, alle condizioni contrattuali; se il termine trascorre inutilmente il contratto è risolto di diritto, salvo il risarcimento del danno subito dal committente. Di verifica parla il codice anche per il controllo finale che si chiama **collaudo**. L'appaltatore ha diritto al pagamento di un corrispettivo quando l'opera è accettata dal committente. L'accettazione risulta quando il committente riceve senza sollevare riserve sia quando non si è proceduto alla verifica. Ma l'opera si ritiene accettata anche quando l'appaltatore abbia invitato il committente a fare la verifica e questi l'abbia tralasciata o l'abbia eseguita, e abbia poi tralasciato di comunicare il risultato, entro un breve termine all'altra parte.

L'appaltatore è tenuto a **garanzia per difformità o vizi** : se l'opera è stata accettata, la garanzia si limita alle *difformità o ai vizi non riconoscibili dal committente o dolosamente taciuti* dall'appaltatore. La garanzia decade se il vizio non è stato denunciato entro due mesi dalla scoperta ed entro due anni dalla consegna.

Termini particolari, e più lunghi, valgono nel caso di rovina o di difetti dell'immobile: se il vizio si manifesta entro 10 anni dalla consegna, il committente ha diritto a garanzia purché ne faccia denuncia entro un anno dalla scoperta; l'azione poi si prescrive entro un anno dalla denuncia.

I dipendenti dell'appaltatore godono di un'azione diretta contro il committente, per le somme loro dovute a titolo di retribuzione, fino a concorrenza di quanto il committente deve all'appaltatore. La norma deroga al principio fondamentale per cui il contratto ha effetto solo tra le parti e come eccezione non è suscettibile di interpretazione analogica.

Le regole applicabili quando appaltante sia un **consumatore** e oggetto del contratto un **bene mobile di consumo** saranno quelle che si sono a suo tempo descritte per la vendita.

IL TRASPORTO:

Il contratto di trasporto è figlio dell'appalto: un appalto avente oggetto il servizio di trasportare. Il legislatore fornisce una nozione definendolo come il contratto con cui una parte (vettore) si obbliga, verso un corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo all'altro.

Anche qui la diversità dell'oggetto ha influenza sulla causa. Nel **trasporto di cose**, il mittente affida le cose al vettore, che perciò se ne assume la custodia e risponde quindi della perdita o dell'avaria al momento in cui le riceve al momento in cui le riconsegna. Nel **trasporto di persone**, la funzione di custodia manca, e rimane il solo obbligo che implica tuttavia la responsabilità per i danni eventualmente subiti dal trasportato, anche quando riguarda il bagaglio che la persona porta con sé. Nei servizi pubblici di trasporto (ferrovie dello stato, aziende comunali...) vige la regola della parità di trattamento tra gli utenti: speciali concessioni possono essere ammesse, ma vanno applicate a parità di condizioni a chiunque ne faccia richiesta. Nel trasporto di persone il vettore assume, oltre l'obbligazione di eseguire il trasporto, quella di evitare i sinistri alla persona del viaggiatore o la perdita e avaria delle cose che questi porta con sé. Il sinistro o la perdita determinano una responsabilità da inadempimento: il trasportatore non ha l'onere di provare la colpa del vettore, ma solo il titolo, il danno, e il nesso di causalità. È il vettore che deve dare la prova liberatoria; e non basta che dimostri di essere stato mediamente diligente, ma deve provare di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno. Eventuali clausole di esonero dalla responsabilità per sinistri sono nulle.

La responsabilità del vettore vale anche nel caso di trasporto *gratuito*. Deve trattarsi però di un contratto di trasporto, in cui ci sia stato lo scambio di un consenso diretto stabilire un obbligo del vettore. Un trasporto di cortesia è invece regolato dalle norme sulla responsabilità extracontrattuale: quindi il vettore risponde anche della colpa più lieve, ma è il trasportato che ha l'onere di provarla.

Il mittente può stipulare con un *vettore* il trasporto delle cose a favore di terzi. Il mittente può sospendere il trasporto, chiedere la restituzione, indicare un diverso destinatario (salvi i danni e le spese nel rapporto con il vettore), ma solo fino al momento in cui il destinatario richiede la consegna al vettore e mostra così di accettare la designazione.

Per il trasporto **marittimo e aereo** di persone vige il requisito della forma scritta ai fini di prova. La prova risulta dal biglietto che deve indicare luogo e data di emissione. La responsabilità del vettore:

A) Nel trasporto **marittimo di persone** la responsabilità del vettore è aggravata rispetto a quella prevista nel codice civile. Qui per liberarsi da responsabilità il vettore deve provare che "l'evento è derivato da causa a lui non imputabile".

B) Nel trasporto **aereo di persone** vale per i sinistri causati alla persona: il vettore si libera provando che egli e i suoi dipendenti preposti hanno preso tutte le misure necessarie e possibili per evitare il danno. È introdotto un limite assoluto di valore al risarcimento dovuto dal vettore (195 milioni) salvo che il danno sia determinato da dolo, colpa grave del vettore o dei suoi dipendenti. Quanto al bagaglio non consegnato, la prova liberatoria è quella richiesta per il trasporto marittimo (causa non imputabile al vettore), ma il risarcimento, salvo il caso di dolo o colpa grave è limitato a una cifra massima (1.950.000) per ogni passeggero;

C) Nel **trasporto marittimo di cose**, la responsabilità è accollata al vettore a meno che provi che la causa del danno non è stata determinata da colpa sua o da colpa commerciale dei suoi dipendenti. Il risarcimento è limitato a una cifra massima per unità di carico (200.000), fatta salva la cifra maggiore corrispondente al valore dichiarato dal caricatore anteriormente all'imbarco.

D) Un sistema analogo vige per la responsabilità del vettore nel **trasporto aereo di cose**. Il vettore si libera provando di aver preso tutte le misure idonee a evitare la perdita. Il vettore aereo liberato anche e prova che la perdita o l'avaria è dovuta a *colpa lieve* di pilotaggio, di condotta o di navigazione.

IL MANDATO:

L'art. 1703 definisce il mandato come il contratto con il quale una parte (il mandatario) si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra (il mandante).

L'oggetto della prestazione distingue il mandato da altri contratti in cui pure una parte si avvantaggia dell'altra, come per esempio il contratto d'opera. Elemento caratteristico della funzione del contratto è la **fiducia** tra mandante e mandatario: il mandante si affida al mandatario per il compimento di un affare, e ciò suppone la fiducia. Si spiega così la revocabilità del mandato e il carattere personale del rapporto. Il mandato si presume oneroso. Il mandante ha

sempre il potere di revocare il mandato ma se non c'è giusta causa è tenuto a risarcire il danno. Se invece esiste uno specifico interesse del mandatario all'esecuzione del mandato, allora, se non c'è giusta causa, la revoca non estingue il mandato: il mandante non ha il potere di revoca.

Tra le parti, il rapporto per cui una è obbligata a compiere atti nell'interesse dell'altra, nasce da un contratto.

Ai terzi può essere rivolto un atto diretto a investire il sostituto del potere di agire con effetti diretti sulla sfera dell'interessato: è la procura, atto unilaterale, rivolto ai terzi, dal quale non deriva al procuratore un obbligo, ma solo un potere, vincolato all'interesse del rappresentato.

Il mandato è il contratto con cui si dà e si assume l'incarico: il mandatario si obbliga al compimento di atti giuridici per conto del mandante, e il mandante si assume degli obblighi. Dal solo mandato non nasce un potere verso i terzi, cioè una rappresentanza, questa deriva solo da una *procura* che accompagna il mandato, sul quale si basa. Solo se c'è quest'altro atto il mandato è con rappresentanza, e il mandatario, obbligato dal mandato ad agire per conto del mandante avrà anche il potere di agire in nome di lui e con effetti diretti nella sfera giuridica del mandante. Nel mandato senza rappresentanza il mandatario agisce in proprio nome e acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato.

Obbligo del mandatario è di ritrasferire al mandante quanto acquistato. Ma la disciplina del mandato segue fedelmente questo principio solo per i beni *immobili* (e i beni mobili iscritti in pubblici registri) cioè quei beni la cui circolazione è legata a esigenze di *certezza*.

Per quanto il mandato abbia ad oggetto l'acquisto di beni mobili la legge attribuisce al mandante azione di rivendicazione, mostrando di considerarlo proprietario dei beni anche senza il trasferimento.

Il mandatario è obbligato a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia, valutata con minor rigore se il mandato è gratuito; deve attenersi alle istruzioni ricevute ed ha il dovere di informare il mandante su ogni novità rilevante per il mandato. Infine ha un dovere di custodia delle cose che riceve per conto del mandante. Il mandante invece è tenuto a fornire i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e per l'adempimento delle obbligazioni assunte in proprio nome dal mandatario, a rimborsare le spese e a risarcire i danni che derivino al mandatario dall'esecuzione del mandato.

Il mandato si estingue anche per rinuncia del mandatario: ma se non è per giusta causa è tenuto a risarcire i danni.

LA COMMISSIONE E LA SPEDIZIONE:

La **commissione** è un mandato che ha per oggetto l'acquisto e la vendita di beni per conto del committente e in nome del commissionario. È il contratto che intercorre ad es. tra un produttore e un altro soggetto che con propria organizzazione d'impresa cura la collocazione sul mercato dei prodotti.

Il commissionario assume le obbligazioni proprie al mandatario. Egli assume di regola il c.d. "star del credere": risponde cioè nei confronti del committente per l'esecuzione dell'affare. Il commissionario in questo caso ha diritto a una maggior provvigione.

La **spedizione** è un mandato con cui una parte assume l'obbligo di concludere in nome proprio e per conto dell'altra parte un contratto di trasporto e di compiere le operazioni accessorie. Lo spedizioniere che con mezzi propri assume in tutto o in parte l'esecuzione del trasporto, ha gli obblighi e i diritti del vettore.

L'AGENZIA:

Nel contratto d'agenzia l'*agente* si impegna a un fare, e cioè ad assumere stabilmente l'incarico di promuovere, per conto del preponente, la conclusione di contratti in una zona determinata; il preponente si obbliga essenzialmente a una retribuzione che si chiama provvigione.

L'intermediazione si realizza anche con la *mediazione*. Ma il mediatore è un intermediario occasionale, senza un vincolo stabile con una parte, vincolo che è invece caratteristico dell'agenzia.

L'agente è spesso chiamato "rappresentante". Ma anche qui occorre distinguere. La professione del **rappresentante di commercio**, può inquadrarsi in figure contrattuali diverse. Solo il rappresentante svolge la propria attività in *piena autonomia* cioè *senza subordinazione* e assumendo il rischio della organizzazione necessaria si può qualificare come agente in senso stretto.

L'agente è normalmente un imprenditore perché esercita un'attività economica organizzata a proprio rischio; anche se l'attività si svolge sulla base di un legame stabile con una o più imprese di cui l'agente promuove gli affari.

L'agente si limita a promuovere la conclusione di contratti, mettendo in contatto il cliente il preponente; se viene attribuito il compito di *stipulare* un contratto, allora l'agenzia si combina con il mandato, e in particolare con il mandato con rappresentanza: l'agente mandatario sarà cioè fornito anche di procura da parte del preponente.

Per il contratto di agenzia è prevista la **forma scritta** ai fini della prova. Inoltre ciascuna parte ha il diritto irrinunciabile di ottenere dall'altra parte un documento sottoscritto che riproduce il contenuto del contratto.

Il contratto di agenzia si caratterizza poi per il **diritto di esclusiva**: il preponente non può valersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona, e l'agente non può assumere eguale incarico per altre imprese dello stesso ramo di affari. Quanto agli obblighi dell'agente, sono simili a quelli del mandatario: deve agire con lealtà e buona fede e tutelare gli interessi del preponente, ha l'obbligo di rispettare le istruzioni ricevute e un dovere di informazione nei confronti del preponente. Anche per il preponente è espressamente sancito l'obbligo di agire con lealtà e buona fede nei rapporti con l'agente. Tra gli obblighi specifici posti inderogabilmente a carico del preponente vi è quello di mettere a disposizione dell'agente la documentazione relativa ai beni o servizi trattati e fornire allo stesso le informazioni necessarie all'esecuzione del contratto. Inoltre il preponente deve avvertire l'agente qualora preveda che il volume delle operazioni sia notevolmente inferiore a quello che l'agente avrebbe potuto ragionevolmente attendersi, nonché, entro un termine ragionevole, informarlo dell'accettazione o del rifiuto e della mancata esecuzione di un affare procuratogli. L'agente ha diritto a un' *indennità di fine rapporto*, qualora abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente ricavi ancora da tale fatto sostanziali vantaggi. L'indennità deve essere corrisposta agli eredi in caso di morte dell'agente.

Per l'eventualità di scioglimento del contratto di agenzia tra agente e preponente può essere stipulato per iscritto un patto di non concorrenza che non ha durata superiore a due anni e deve riguardare la clientela e i beni o servizi cui si riferiva il contratto d'agenzia. L'accettazione comporta il diritto, a favore dell'agente, di una specifica indennità di cessazione del rapporto. Le regole finora viste si applicano anche agli **agenti di assicurazione**.

LA MEDIAZIONE:

Mediatore è colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione di dipendenza o di rappresentanza. Se l'affare è concluso per effetto del suo intervento il mediatore o i mediatori ha/hanno diritto a una provvigione.

Non è necessario che l'intervento sia accettato dalle parti; l'obbligo di pagare la provvigione nasce quando il contratto tra le parti che poi concludono l'affare, dipenda in fatto dall'intervento del mediatore. Il mediatore è una figura imparziale, un vero intermediario, ed è questa la sua posizione che giustifica la pretesa al compenso verso entrambe le parti.

Interponendosi tra le parti il mediatore assume anche alcune **responsabilità**:

A) Ha dovere verso le parti di informazione relativo a tutte le circostanze che possono influire sulla convenienza dell'affare;

B) Risponde dell'autenticità della sottoscrizione delle scritture e dell'ultima girata dei titoli trasmessi per suo tramite;

C) Il mediatore risponde dell'esecuzione del contratto quando il nome del contraente non viene rivelato e allora solo il mediatore è responsabile dell'esecuzione del contratto o quando si stipula un contratto per persona da nominare, e allora, avvenuta la nomina, il mediatore esce dal contratto e le parti sono in diretto rapporto tra loro; il mediatore rimane però responsabile in solido con il contraente nominato.

Il **mediatore professionista** viene configurato come professionista intellettuale; neppure un atto occasionale di mediazione può essere lecito se il mediatore non è iscritto al ruolo dei mediatori professionisti.

La figura del **broker finanziario** è una figura di mediatore che mette in relazione soggetti interessati alla copertura di rischi con imprese di assicurazione o riassicurazione. Il broker non si limita a mettere in contatto le parti ma consiglia e indirizza i suoi clienti nella scelta dell'assicuratore e nella determinazione delle clausole del contratto.

L'attività di mediazione può essere fatta sia da persone fisiche che giuridiche regolarmente iscritte presso il registro degli intermediari assicurativi.

IL DEPOSITO:

L'art. 1766 definisce il **deposito** come il contratto con il quale una parte riceve dall'altra una cosa mobile con l'obbligo di custodirla e restituirla in natura. Il contratto ha struttura reale. Il deposito vero e proprio è caratterizzato dal ricevere la cosa presso di sé, in uno spazio di cui il depositario dispone e del quale ha il controllo: e perciò riguarda solo cose mobili. Il deposito è naturalmente a

titolo gratuito: occorre espressa pattuizione del compenso, salvo che dalla qualità professionale del depositario o da altre circostanze si debba desumere il carattere oneroso. La cosa, **oggetto** del deposito, deve essere infungibile.

Obbligo del depositario è custodire la cosa con la diligenza del buon padre di famiglia; restituirla appena il depositante ne faccia richiesta, salvo il caso in cui il contratto sia stato concluso anche nell'interesse del depositario.

Obbligo del *depositante* è di *rimborsare* il depositario delle spese per conservare la cosa, e *tenerlo indenne* dalle perdite causate dal deposito; infine pagare il compenso se pattuito.

Si ha **deposito irregolare** quando l'oggetto del deposito riguarda denaro o quantità di cose fungibili. Il deposito irregolare attribuisce al depositario la facoltà di servirsi del denaro o delle cose depositate, e perciò gli conferisce la proprietà, come nel mutuo, con l'obbligo di restituire la somma o altrettante cose fungibili alla scadenza.

Nel deposito in albergo la responsabilità è limitata al valore della cosa fino all'equivalente di cento volte il prezzo di locazione dell'alloggio per una giornata.

I magazzini generali sono gestiti da imprese particolarmente attrezzate e provviste di autorizzazione governativa: esse, trattandosi di un servizio pubblico, hanno l'obbligo di contrattare in base a tariffe predeterminate.

IL SEQUESTRO CONVENZIONALE:

Nel sequestro convenzionale due parti, che sono in lite riguardo ad una cosa o anche ad un intero patrimonio, possono accordarsi tra loro per affidare il bene, che è oggetto della controversia ad un terzo: questi si impegna a custodire il bene finché la lite non è risolta e a restituirla alla parte che ne avrà diritto. Il contratto è naturalmente oneroso: la gratuità va pattuita espressamente e comunque non esclude il rimborso spese. Il **sequestro giudiziario** serve appunto a sottrarre d'autorità i beni oggetto della lite alla disponibilità di uno dei contendenti .

LA VENDITA DI PACCHETTI TURISTICI:

Si parla di vendita di pacchetto turistico al consumatore-turista, che compra in realtà un fascio di prestazioni collegata al programma proposto dal *tour operator* ed accettato dal consumatore. Il contratto di vendita di pacchetti turistici in seguito a una direttiva CEE del 1990 è diventato un contratto nominato:

- A) Il contratto di vendita deve essere redatto in forma scritta ed in termini chiari e precisi;
- B) Nella formazione dell'accordo deve essere rilasciato l'opuscolo informativo, alle cui notizie resta vincolata la responsabilità del venditore o dell'organizzazione. Eventuali modificazioni vanno comunicate per iscritto al consumatore prima della stipulazione, se successive devono essere concordate per iscritto;
- C) L'importo versato al momento della prenotazione vale a titolo di caparra confirmatoria;
- D) Il consumatore può cedere il contratto a terzi;

E) La revisione del prezzo è ammessa soltanto quando espressamente prevista nel contratto e non deve essere superiore al 10%.

F) Nel caso in cui l'organizzazione annulli il contratto prima della partenza, il consumatore ha diritto ad un pacchetto turistico alternativo o al rimborso della somma versata.

G) È istituito un fondo nazionale di garanzia per il rimpatrio del consumatore in caso di insolvenza o fallimento del venditore o per ragioni di emergenza in paesi extracomunitari.

BOX

CAPITOLO 27-I CONTRATTI PER LA SOLUZIONE DI CONTROVERSIE

LA TRANSAZIONE:

Per i giuristi la transazione è un particolare tipo di contratto, che svolge la funzione indicata nell'art. 1965: porre fine a una lite già cominciata fra le parti o prevenire una lite che può sorgere tra loro, tramite reciproche concessioni.

Perciò gli art. 1965 e ss. si applicano lo quando entrambe le parti sostengono un sacrificio per appianare la loro controversia, o perché ciascuna rinuncia parzialmente alle sue pretese, o perché l'una rinuncia totalmente, ma in cambio di altri vantaggi. Una rinuncia da una parte senza concessioni dall'altra non è una transazione.

Le reciproche concessioni possono riguardare "rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti". Le parti quindi devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite: non può transigere un minore, e i genitori devono chiedere l'autorizzazione del giudice tutelare.

È nulla una transazione che abbia ad oggetto diritti indisponibili: come i diritti relativi allo stato delle persone o i diritti del lavoratore tutelati da norme inderogabili. È nulla la transazione che riguarda un contratto illecito. La transazione non richiede una particolare forma per la validità dell'atto: deve essere **provata per iscritto**. La forma scritta è richiesta tuttavia a *pena di nullità* se la transazione riguarda ad es. la proprietà o diritti reali su beni immobili.

Conclusa la transazione, le parti non possono riaprire la controversia davanti al giudice. Questo effetto preclusivo è rafforzato dalla legge che esclude la possibilità di impugnare la transazione per errore di diritto o per lesione. La transazione può essere annullata per errore di fatto sulla questione che è oggetto della lite, se l'errore riguarda la nullità del titolo cui si riferisce la transazione, la falsità dei documenti, l'esistenza di una sentenza passata in giudicato, l'esistenza di documenti posteriormente scoperti.

CONVENZIONI D'ARBITRATO:

Accanto alle tradizionali figure del compromesso e della clausola compromissoria è prevista la c.d. convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale.

Il **compromesso** è quel contratto con cui le parti si obbligano a far decidere da arbitri la lite tra loro insorta.

La **clausola compromissoria** riguarda la deperibilità della decisione delle controversie che potranno sorgere dal contratto.

La **convenzione d'arbitrato in materia non contrattuale** è quell'accordo con cui le parti possono stabilire che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinate ad es. le controversie in materie di restituzioni e di risarcimento del danno.

Tutte e tre le modalità di deferimento devono riguardare *diritti disponibili* e richiedono la forma scritta a pena di nullità

LA CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI:

La cessione dei beni ai creditori è un contratto simile al mandato con il quale incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti. È sempre necessaria la forma scritta a pena di nullità. Il debitore perde la disponibilità dei beni ceduti ma conserva un potere di controllo sulla gestione, e ha il diritto al rendiconto. Può sempre recedere dal contratto offrendo il pagamento con gli interessi. Venduti i beni, ripartiscono tra loro il ricavato in proporzione dei rispettivi crediti. Fatto il riparto, il debitore è liberato nei limiti di quanto i creditori hanno ricevuto.

BOX

SEZIONE TERZA

CAPITOLO 28-ATTI E FATTI DIVERSI DAL CONTRATTO

LE PROMESSE UNILATERALI (art.1987 e ss.):

La premessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge. Si tratta dunque di **fonti tipiche** di obbligazione, non esiste quella libertà di invenzione di atti diversi dai tipi previsti dalla legge che caratterizza invece i contratti; una generale idoneità a produrre obbligazioni è riconosciuta nel nostro sistema solo all'*accordo*. Sono promesse unilaterali quelle regolate in questa zona del codice:

A) Promessa di pagamento e ricognizione del debito sono due semplici dichiarazioni unilaterali, con cui il dichiarante promette di pagare una determinata somma, o si riconosce debitore di una determinata somma;

B) La promessa al pubblico, cioè la dichiarazione unilaterale rivolta al pubblico con cui una persona promette una prestazione a favore di chi si trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione. La promessa è vincolante appena è resa pubblica. Una revoca è possibile, ma solo per giusta causa e in ogni caso non ha effetto se la situazione o l'azione prevista nella promessa si sono verificate. La revoca deve essere resa pubblica nella stessa forma usata per la promessa o in forma equivalente.

C) L'offerta al pubblico può assumere il carattere di una proposta contrattuale, revocabile fino a che non ci sia accettazione, o dall'invito a offrire, dal quale non esce alcun vincolo.

LA GESTIONE DI AFFARI:

L'art. 2028 e ss. disciplinano la gestione di affari: prevede che una persona, senza esservi obbligata, assuma scientemente la gestione di un affare altrui, e dispone che questa persona sia tenuta a continuare e a condurre a termine la gestione "finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso".

Prima condizione è quindi che il titolare degli interessi deve trovarsi in una situazione che gli impedisce di provvedere da sé.

L'art. 2031 impone degli obblighi a carico dell'interessato solo quando la gestione sia stata utilmente iniziata anche se il risultato finale non fosse positivo, e non sia avvenuta contro il divieto dell'interessato.

La gestione è fonte di obbligazione per entrambe le parti, gestore e interessato. Il gestore ha l'obbligo di continuare la gestione ed è soggetto alle stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato. L'interessato deve adempiere le obbligazioni assunte in nome di lui dal gestore, e tenere indenne il gestore da quelle assunte in nome proprio, oltre a rimborsargli tutte le spese necessarie o utili.

IL PAGAMENTO DELL'INDEBITO:

Ogni spostamento di ricchezza deve essere giustificato, la **giusta causa dell'attribuzione patrimoniale**; se questa manca, si ha un arricchimento a spese altrui, che il diritto non ammette, e al quale rimedia imponendo un obbligo di restituzione.

L'espressione **pagamento dell'indebito** si riferisce a tutti i casi in cui viene eseguita una prestazione non dovuta. Gli artt. 2033 e ss. distinguono due fattispecie: l'**indebito oggettivo** (chi ha eseguito un pagamento non dovuto né da lui né da altri) e l'**indebito soggettivo** (chi ha pagato un debito altrui).

L'**indebito oggettivo** si verifica quando non c'è un rapporto obbligatorio che lo giustifichi. Si può anche dire che l'indebito oggettivo è la situazione in cui il pagamento avviene a favore di un soggetto che non ha diritto a riceverlo.

Si parla di **indebito soggettivo** quando si paga per errore un debito altrui. Il debito c'è, e la prestazione è *oggettivamente* dovuta: è chi paga che non deve, perché il debito non è il suo. La legge chiede però che il pagamento sia dovuto a errore scusabile, che non dipenda, cioè, da scarsa diligenza di chi paga. È sempre possibile pagare volontariamente un debito altrui.

In entrambi i casi nasce per il percipiente un obbligo di restituzione. Il creditore che riceve una prestazione soggettivamente non dovuta non è obbligato alla restituzione se si è privato in buona fede del titolo e delle garanzie del credito. Se si tratta di prestazione di denaro o di cose fungibili il percipiente deve restituire *l'equivalente*; se ha ricevuto in mala fede, deve frutti e interessi dal giorno del pagamento; se in buona fede, solo dal giorno della domanda. Se riguarda una cosa determinata: il ricevente è obbligato a restituirla, e risponde anche del perimento fortuito se l'ha ricevuta in mala fede; se l'ha perduta o consumata in buona fede, risponde soltanto nei limiti del suo arricchimento.

Il ricevente di buona fede, che abbia alienato la cosa, deve restituirne il corrispettivo. In caso di alienazione gratuita, nulla è dovuto dall'alienante. Se il ricevente era in mala fede o se la buona fede era venuta meno all'atto dell'alienazione, l'obbligo restitutorio ha per oggetto la cosa in natura o il suo valore, non il corrispettivo ricevuto; il soggetto che ha pagato può scegliere di pretendere il corrispettivo che può essere richiesto anche all'acquirente.

L'art. 2034 stabilisce che non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali e sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace. Si tratta delle c.d. **obbligazioni naturali**. Quanto è dato inadempimento di un dovere morale e sociale non è giuridicamente dovuto, ma non è giuridicamente privo di causa, e perciò non è ripetibile. Caso in cui non c'è ripetizione è quello della prestazione non dovuta perché *contraria al buon costume* (art. 2035). se ho pagato per un motivo contrario a buon costume peggio per me, il contratto è nullo e non posso ottenere che un giudice tuteli il mio interesse alla restituzione.

L'ARRICCHIMENTO INGIUSTIFICATO:

Se una persona, senza una causa che lo giustifichi si arricchisce a spese di un'altra, è tenuta a indennizzare chi si è impoverito, nei limiti dell'arricchimento. Perché nasca l'obbligazione, occorre che arricchimento e impoverimento siano correlativi. La legge stessa limita la possibilità di ricorrere all'art. 2041 disponendo che l'azione non sia proponibile quando il danneggiato può esercitare

un'altra per farsi indennizzare del pregiudizio subito. L'obbligazione ha ad oggetto un **indennizzo** e non il risarcimento, perché l'indennizzo è limitato al vantaggio economico conseguito dalla parte, che si è arricchita, anche se il pregiudizio subito dall'altra è superiore.

BOX

CAPITOLO 29-I TITOLI DI CREDITO

L'ESIGENZA DEL COMMERCIO E LA NASCITA DEI TITOLI DI CREDITO:

In antichità bisognava inventare uno strumento capace di far circolare il credito in modo rapido e sicuro: nasce così l'idea dei titoli di credito (Marco Datini), le quali principali caratteristiche sono : ***l'incorporazione, la letteralità e l'autonomia.***

L'INCORPORAZIONE:

Il credito a differenza dei beni mobili non è un bene materiale. È stato necessario creare un meccanismo che consentisse di conferire materialità ad un bene che non aveva. **Credito e documento** diventano una cosa sola: il proprietario del documento è il titolare del credito: si parla appunto di **incorporazione** per indicare che il credito è incorporato nel documento e non può essere scisso da questo. Colui che acquista il documento acquista anche il credito incorporato. Alla circolazione dei titoli di credito si applica il noto principio del "possesso vale titolo" (art. 1153), cosicché chi acquista il possesso del titolo di credito in buona fede e nel rispetto delle norme che ne disciplinano la circolazione acquista la titolarità del diritto anche se il suo dante causa non era il vero titolare. Il debitore accorto, all'atto del pagamento, deve *pretendere la restituzione del titolo*, poiché altrimenti correrebbe il rischio di dover pagare una seconda volta. Se dopo il pagamento il titolo fosse alienato ad un terzo di buona fede, il debitore, per effetto dell'incorporazione, non potrebbe rifiutare un nuovo pagamento eccependo di aver già pagato una prima volta. Può accadere che la **titolarietà** del titolo di credito ed il suo **possesso** non coincidano. la regola è che il possessore di un titolo ha diritto alla prestazione in esso indicata. Il debitore che senza dolo o colpa grave adempie nei confronti del possessore è liberato anche e costui non è l'effettivo titolare del diritto. Il debitore non è obbligato ad adempiere a colui che sia privo del possesso del titolo. Il debitore che, se paga in buona fede al possessore del titolo è liberato anche se costui non ne era il vero titolare.

LA LETTERALITÀ:

Ciò che risulta dal titolo è tutto ciò che si può legittimamente pretendere . il contenuto del diritto di credito è esattamente quello che risulta dal tenore letterale del titolo che lo incorpora (**letteralità**).

Si distinguono titoli a **letteralità completa** (come la cambiale), che riportano l'intero contenuto del diritto di credito, e titoli a **letteralità incompleta** che, pur riportando gli elementi più importanti, richiamano però in modo diretto o indiretto altri documenti che meglio specificano il contenuto del diritto incorporato nel titolo.

L'AUTONOMIA:

Chi acquista un titolo di credito lo acquista a titolo originario.

Ogni volta che il titolo viene trasferito, l'acquirente diviene dunque titolare di un diritto caratterizzato dalla **autonomia** rispetto al diritto di tutti i suoi predecessori.

TITOLI CAUSALI E TITOLI ASTRATTI:

Nei **titoli astratti** (cambiale) non si fa alcun riferimento alla causa che ha generato l'obbligazione, se un soggetto acquista un bene, anziché pagare immediatamente il venditore, gli rilascia una cambiale. Il debitore non può riferirsi al rapporto costante per rifiutare l'adempimento al soggetto che gli presenta il titolo di credito, ma deve pagarlo senza fiatare. L'unica eccezione è rappresentata dall'ipotesi in cui il titolo venga presentato dal primo prenditore.

I **titoli causali** (polizza a carico), fanno riferimento alla causa dell'emissione del titolo, le eccezioni relative al negozio che ha dato origine al titolo di credito sono pertanto opponibili a tutti i successivi acquirenti del titolo stesso.

LA CIRCOLAZIONE DEI TITOLI DI CREDITO:

Non tutti i titoli di credito circolano però con le stesse modalità. Bisogna distinguere tra:

- a) **Titoli al portatore**: questi titoli circolano semplicemente con la consegna del titolo (il trasferimento del possesso)-
- b) **Titoli all'ordine**: questi titoli si trasferiscono con la consegna del titolo accompagnato dalla girata. Il titolo all'ordine, fin dalla sua origine, è intestato ad un certo soggetto. Questo soggetto (girante) deve impartire al debitore un ordine con il quale gli indica di effettuare la prestazione a favore del soggetto al quale il titolo viene trasferito (giratario): questa è la girata. Il girante è colui che trasferisce il titolo, il giratario è colui che lo riceve. Il possessore del titolo all'ordine è legittimato all'esercizio del diritto in esso contenuto solo in base ad una serie *continua di girate*. Ciò significa che non vi devono essere "salti" nelle serie di girate (**girata piena**) → si effettua con firma del girante con indicazione del giratario.

Esiste anche la **girata in bianco**, che consiste nella semplice apposizione della firma del girante senza l'indicazione del giratario. Da un lato il titolo girato in bianco può circolare come un titolo al portatore, dall'altro lato il titolo girato in bianco interrompe la serie continua di girate che è richiesta dall'art. 2008, serie che può riprendere se un qualsiasi possessore appone al titolo girato una girata piena.

La **girata per l'incasso** si limita a legittimare il giratario ad incassare in nome e per conto del girante. La **girata a titolo di pegno** attribuisce al giratario la legittimazione all'esercizio del diritto contenuto nel titolo, ma non gli consente di girare a sua volta il titolo stesso.

- c) **Titoli nominativi**: questi titoli si trasferiscono con la consegna del titolo e con la doppia annotazione oppure con il rilascio di un nuovo titolo da parte dell'emittente. In alternativa il titolo si può trasferire mediante una girata piena che deve essere data ed autenticata.

CLASSIFICAZIONE DEI TITOLI DI CREDITO:

Una prima classificazione può essere quella tra:

- 1) **Titoli di credito in senso stretto**: sono i titoli nei quali il diritto incorporato consiste nella prestazione di una somma di denaro (cambiale, assegno, titoli del debito pubblico, obbligazioni emesse dalle società).
- 2) **Titoli di credito in senso ampio**: qui si possono distinguere altre figure:

- a. **Titoli rappresentativi di merci:** il diritto alla consegna delle merci specificate nel titolo stesso. La **fede di deposito**, la **polizza di carico**, la lettera di vettura, la ricevuta di carico. Questi titoli incorporano sia il diritto alla custodia delle merci sia il diritto alla loro riconsegna.
- b. **Titoli di partecipazione:** questi titoli hanno un contenuto complesso, in quanto attribuiscono diritti e poteri di diversa natura, conferendo al titolare un vero e proprio status giuridico. Chi è titolare può partecipare alle assemblee, ha diritto a percepire i dividendi, può sottoscrivere gli aumenti di capitale.

Possono poi distinguersi in :

- A) **Titoli pubblici** (bpt, cct) emessi dallo stato o da altri enti pubblici;
- B) **Titoli privati** emessi da soggetti privati (cambiali, assegni);
- C) **Titoli di massa** che vengono invece emessi in serie ed hanno un identico contenuto (azioni, obbligazioni di società, titoli del debito pubblico).

LE ECCEZIONI OPPONIBILI AL POSSESSORE DEL TITOLO:

Possono essere **reali:**

- a) le eccezioni relative alla forma del titolo, che possono essere opposte se manca un requisito formale che la legge richiede perché un documento possa essere considerato titolo di credito;
- b) le eccezioni fondate sul contesto letterale del titolo;
- c) le eccezioni di falsità della firma, di difetto di capacità o di rappresentanza del documento al momento dell'emissione;
- d) la mancanza delle condizioni necessarie per l'esercizio dell'azione.

Le **eccezioni personali** sono quelle che riguardano i rapporti tra il debitore ed il possessore.

L'AMMORTAMENTO:

Con l'ammortamento il titolo smarrito, sottratto o distrutto viene privato della sua efficacia ed in capo all'ex possessore viene ricostituita la legittimazione ad esigere la prestazione del debitore. L'ex possessore deve presentare un ricorso al Presidente del Tribunale il quale, dopo gli opportuni accertamenti, pronuncia un decreto di **ammortamento**. Il decreto va pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale e notificato al debitore. Trascorsi trenta giorni senza che sia stata fatta opposizione dal detentore del titolo si compie la procedura di ammortamento e l'ex possessore può pretendere il pagamento od ottenere un duplicato del titolo. L'ammortamento non è di norma consentito per i titoli al portatore. Qualora il titolo al portatore sia andato smarrito o sia stato sottratto al suo possessore, questo deve fornire la prova di ciò ed avrà diritto alla prestazione solo dopo che sia decorso il termine di prescrizione del titolo; se il debitore esegue la prestazione a favore del possessore del titolo prima che sia decorso tale termine è liberato, salvo che si provi che conoscesse il vizio del possesso di chi gli aveva presentato il titolo.

LA SMATERIALIZZAZIONE DEI TITOLI DI CREDITO:

Si è sviluppato un sistema di circolazione dei titoli di credito basati sulla semplice **registrazione elettronica** delle operazioni di trasferimento senza necessità che abbia luogo una consegna materiale del documento tra i soggetti che partecipano all'operazione.

Oggi chi possiede titoli quotati in borsa non tiene nulla nella cassaforte, i suoi titoli sono depositati presso un intermediario finanziario il quale li deposita presso una società di gestione accentrata. Tutte le operazioni relative ai titoli avvengono per mezzo di semplici **ordini elettronici**. I trasferimenti dei titoli non sono più materiali ma virtuali (**smaterializzazione** dei titoli).

TITOLI ATIPICI:

Titoli atipici sono quelli che non corrispondono a figure espressamente previste e disciplinate dal registratore.

L'unico importante limite all'autonomia privata è che l'emissione del titolo deve essere espressamente prevista dalla legge (**vincolo di legalità**). La ratio è permettere la libera emissione di titoli al portatore contenenti l'obbligo di pagare una somma di denaro consentirebbe la creazione di una moneta parallela rispetto a quella dello stato. Tra i titoli atipici possono essere ricordati i certificati dei fondi comuni di investimento.

DOCUMENTI DI LEGITTIMAZIONE E TITOLI IMPROPRI:

I **documenti di legittimazione** servono ad identificare il soggetto che abbia diritto ad una determinata prestazione (biglietto del cinema o del teatro). Se viene perso lo scontrino del parcheggio o del guardaroba non si perde il diritto alla restituzione del bene, basta dimostrare in altro modo di esserne stato il depositante.

I **titoli impropri** sono documenti che servono a rendere spedita la circolazione del diritto in quanto non richiedono le formalità della cessione del credito. Gli effetti del trasferimento rimangono quelli della cessione del credito. Il trasferimento del titolo improprio produce al semplice cessione del diritto, con la conseguenza che il debitore della prestazione può opporre al cessionario tutte le eccezioni che poteva opporre al cedente (vaglia postale, polizza assicurazioni).

LA CAMBIALE – CARATTERI E FUNZIONI:

Nel nostro ordinamento esistono due tipi differenti di cambiale: la *cambiale tratta* e il *vaglia cambiario*.

Nella **cambiale tratta** un soggetto (traente) ordina ad un altro soggetto (trattario) di pagare ad un terzo una determinata somma di denaro. Per la cambiale tratta si distingue un *rapporto di valuta*, che sussiste tra il traente ed il (primo prenditore), ed un *rapporto di provvista*, che intercorre tra il traente ed il trattario.

Molto più elementare lo schema del **vaglia cambiario** o **pagherò cambiario**, in quanto un soggetto (emittente) promette di pagare una somma di denaro al prenditore o al soggetto al quale sia stato trasferito il titolo di credito.

La cambiale possiede (oltre all'**incorporazione** del credito) diverse caratteristiche:

- 1) È dotata della c.d. **letteralità completa** nel senso che tutti gli elementi del diritto di credito devono essere contenuti nel testo della cambiale;
- 2) È dotata del requisito di **autonomia**;
- 3) È dotata di **astrattezza** il rapporto che ha dato origine all'emissione del titolo non traspare. Se sul documento viene apposta una clausola ch condizioni in qualsiasi modo il pagamento, il titolo non può valere come cambiale. L'astrattezza opera però solo rispetto ai terzi prenditori della cambiale, non nei confronti primo prenditore.

Addirittura la cambiale può essere emessa anche senza che il traente sia o voglia divenire il debitore del primo prenditore (**cambiale di favore**) se un amico mi domanda di fargli credito posso rilasciargli una cambiale che lui potrà girare ad un suo creditore oppure ad un terzo. Se il terzo prenditore si presenta chiedendo il pagamento non posso rifiutarlo, dovrò necessariamente pagare il terzo e successivamente rivalermi sull'amico al quale avevo rilasciato la cambiale.

- 4) È un **titolo all'ordine**.
- 5) È un **titolo esecutivo**: in quanto il possessore in caso di inadempimento del debitore, non è tenuto ad instaurare alcun giudizio diretto ad ottenere la condanna del debitore inadempiente al pagamento, potendo direttamente promuovere, nei suoi confronti una procedura esclusiva.
- 6) È un **titolo formale**: deve essere redatto osservando tutti i requisiti essenziali prescritti dalla legge cambiaria.

I REQUISITI FORMALI DELLA CAMBIALE:

La cambiale viene generalmente formata utilizzando un apposito modulo messo in vendita dallo stato il cui prezzo comprende anche l'imposta di bollo. L'uso di questi moduli non è obbligatorio: si può formare anche una cambiale utilizzando un semplice foglio di carta, avendo però l'accortezza di assolvere gli obblighi di natura fiscale. Se questi obblighi non sono assolti fin dall'origine, la cambiale è valida, ma non ha efficacia di titolo esecutivo; è comunque necessario regolarizzare la cambiale con i bolli, anche in un secondo tempo per farla valere in giudizio.

I requisiti della cambiale sono: la denominazione di cambiale, l'ordine (tratta) o la promessa di pagare una somma determinata, il nome del trattario (solo per la cambiale tratta), il nome del prenditore, la data di emissione, la sottoscrizione del traente o dell'emittente. In mancanza di questi elementi il documento non assume il valore di cambiale ma eventualmente di dichiarazione di debito. La legge prevede altri requisiti, la cui mancanza non prevede le conseguenze appena indicate ma solo l'applicazione di regole minori. Questi requisiti sono il luogo di emissione, il luogo in cui va effettuato il pagamento e la scadenza.

La **scadenza** può essere a giorno fisso (15 maggio ad es.), a certo tempo data (es. a due mesi dall'emissione), a vista (pagabile in qualsiasi momento dietro la semplice presentazione del titolo), a certo tempo vista (quando scade dopo un certo tempo dopo che è stata presentata al debitore).

CAMBIALE IN BIANCO:

Al momento dell'emissione è sufficiente che il documento contenga la denominazione di cambiale e la sottoscrizione del traente o dell'emittente, potendogli altri elementi essere inseriti in un secondo tempo: in questo caso avremo la c.d. **cambiale in bianco**. L'eccezione di **abusivo riempimento**

non può essere opposta al portatore della cambiale a meno ch costui abbia acquistato la cambiale in mala fede o colpa grave.

Il diritto di riempimento della cambiale in bianco è sottoposto ad un termine di decadenza di tre anni; tale termine non può essere a loro opposto se in buona fede.

CAPACITA' E RAPPRESENTANZA:

In tema di rappresentanza chi sottoscrive una cambiale in veste di rappresentante essendo privo del relativo potere o eccedendo i poteri che gli siano stati conferiti, è obbligato cambiariamente come se avesse firmato in proprio.

L'ACCETTAZIONE DELLA CAMBIALE TRATTA:

È necessario che il trattario esprima la sua accettazione, che deve essere riportata sul titolo e incondizionata; con l'accettazione il trattario diviene obbligato principale. Se la cambiale tratta non è ancora stata accettata, qualsiasi prenditore può presentarla, fino alla scadenza, al trattario per ottenere l'accettazione; se questa viene rifiutata il portatore può agire, con l'azione di regresso, nei confronti del traente e degli eventuali giranti senza dover attendere la scadenza.

LA GIRATA:

La cambiale circola mediante **girata**. La girata non può essere condizionata; l'eventuale apposizione della condizione si ha per non scritta.

La girata può essere piena o in bianco, è nulla la girata parziale. La girata rende il girante responsabile nei confronti del giratario e dei successivi prenditori della cambiale per il pagamento e per l'accettazione. Più la cambiale circola più si rafforza il credito, in quanto alla responsabilità del debitore originario si somma quella di altri soggetti (i giranti).

Il girante può tuttavia impedire la produzione di questo effetto apponendo alla girata una clausola che escluda la sua responsabilità.

Il girante può anche apporre una diversa clausola con cui vieta una successiva girata: in questo caso il giratario può girare la cambiale, ma il girante che abbia apposto il divieto non risponde verso coloro ai quali la cambiale sia stata ulteriormente girata.

L'AVALLO:

L'avallo produce un'obbligazione di garanzia. L'avallo viene apposto dall'avvallante sulla cambiale e, in genere, contiene l'indicazione del nome del soggetto garantito che può essere un qualsiasi obbligato cambiario: il trattario accettante, l'emittente del vaglia cambiario, un girante o anche un altro avvallante.

L'avvallante risulta essere obbligato in solido con l'avallo; con il pagamento l'avvallante acquista i diritti inerenti la cambiale nei confronti dell'avvallato e di coloro che sono obbligati cambiariamente verso quest'ultimo.

IL PAGAMENTO, IL PROTESTO E LE AZIONI CAMBIARIE:

Sono obbligati principali il trattario che abbia accettato, l'emittente del pagherò o vaglia cambiario e gli avallanti del trattario accettante o dell'emittente.

Sono obbligati in via di regresso: il traente, i giranti e gli avallanti del traente o dei giranti.

Il pagamento va richiesto in primo luogo ad un obbligato principale, se questo paga per intero ha diritto alla consegna della cambiale sulla quale sia stata annotata la quietanza. In questo caso il soggetto che paga può pretendere che il parziale pagamento venga annotato sulla cambiale oppure che gli sia rilasciata una quietanza. Nel caso di mancato pagamento il portatore della cambiale può agire nei confronti di un obbligato in via di regresso; per questo motivo si distingue l'**azione cambiaria diretta** (quella nei confronti degli obbligati principali), e un'**azione cambiaria di regresso** (promossa contro un obbligato in via di regresso).

Per esercitare l'azione di regresso è necessario che sia stato sollevato il **protesto**. Il protesto è un atto pubblico che viene redatto da un notaio o da un ufficiale giudiziario, on il quel si constata in forma solenne il rifiuto del pagamento o dell'accettazione della cambiale. L'azione cambiaria principale si prescrive in tre anni dalla data della scadenza, quella di regresso in termini più brevi.

LE AZIONI EXTRACAMBIARIE:

Il portatore della cambiale può anche utilizzare la c.d. **azione causale** ovvero l'azione basata su rapporto sottostante all'emissione o alla trasmissione della cambiale. L'azione causale può essere esercitata se:

- È stato elevato il protesto per mancato pagamento o mancata accettazione;
- Se il portatore ha offerto la restituzione del titolo e ha depositato la cambiale presso la cancelleria del giudice competente;
- Il portatore abbia compiuto le formalità necessarie per conservare al debitore le azioni di regresso che possano competergli.

All'azione di ingiusto arricchimento il portatore può ricorrere contro il traente o l'accettante o il girante per la somma di cui questi si sono ingiustamente arricchiti a suo danno.

LA CAMBIALE FINANZIARIA:

Le cambiali finanziarie sono titoli emessi in serie da società che si trovano in possesso di determinati requisiti e che abbiano necessità di un finanziamento a breve termine. I titoli sono collocati sul mercato e costituiscono un mezzo destinato alla raccolta di risparmio presso il pubblico.

L'ASSEGNO CARATTERI E FUNZIONE:

L'**assegno** è un titolo di credito che contiene un ordine o una promessa di pagamento; ma, a differenza della cambiale, che è uno strumento di credito, l'assegno è un mezzo di pagamento. La cambiale è generalmente emessa per dilazionare il pagamento, mentre l'assegno è destinato ad un incasso pressoché immediato ed è quindi diretto a far conseguire senza alcuna dilazione una somma di denaro al portatore. Con l'avvento delle **carte di credito**, dei **mezzi elettronici di**

pagamento l'assegno si è gradualmente avviato verso il declino. Abbiamo due principali tipi di assegno, quello bancario e quello circolare.

L'ASSEGNO BANCARIO:

Nell'**assegno bancario** si ritrova la stessa struttura della cambiale tratta: il sottoscrittore (traente) ordina ad una banca (trattario) di pagare una certa somma a favore di un determinato soggetto.

Nel caso dell'assegno il *trattario* è una banca che stipula con il cliente una **convenzione di assegno**. L'assegno bancario può essere emesso **all'ordine** o al **portatore**. Al fine di impedire operazioni di riciclaggio di denaro sporco è stato tuttavia introdotto l'impedimento di emettere assegni al portatore per un importo superiore a venti milioni di lire.

Il traente deve avere fondi disponibili presso la banca sulla quale l'assegno è tratto (**rapporto di provvista**). Se non esiste la provvista, l'assegno è a "vuoto": la banca può rifiutare il pagamento, ma il portatore può agire contro il traente e gli eventuali giranti.

L'assegno bancario è pagabile a vista ed ogni disposizione contraria si ha per non scritta.

È piuttosto diffusa (ma non legittima) la prassi di emettere assegni postdatati. Il traente che, senza un adeguato rapporto di provvista, abbia emesso un assegno posta datato potrebbe trovarsi nella situazione di chi ha emesso un assegno a vuoto. La banca trattaria non può non accettare l'assegno se c'è la provvista. Se la banca rifiutasse ingiustificatamente il pagamento di un assegno, costringendo il prenditore a rivolgersi al traente e agli eventuali giranti, sarebbe contrattualmente responsabile nei confronti del traente per i danni che costui abbia patito in seguito all'illegittimo rifiuto del pagamento. La legge prescrive che l'assegno debba essere presentato al pagamento entro un breve termine (otto giorni o quindici giorni, i termini sono più ampi se il luogo di emissione è all'estero). Sull'assegno possono essere apposte particolari clausole: **assegno non trasferibile, assegno sbarrato** (sulla faccia anteriore del titolo) può essere pagato solo ad un banchiere o ad un cliente della banca trattaria, **l'assegno da accreditare** non è pagabile in contanti, ma solo tramite accredito dell'importo sul conto del presentatore.

L'ASSEGNO CIRCOLARE:

L'**assegno circolare** è un titolo all'ordine (mai al portatore) che contiene, analogamente al vaglia cambiario, la promessa incondizionata di una banca di pagare a vista una somma determinata.

L'assegno può essere emesso unicamente per le somme che la banca abbia disponibili al momento dell'emissione. I rischi di non ottenere il pagamento sono praticamente nulli.

SEZIONE QUARTA - L'ILLECITO CIVILE -

CAPITOLO 30-FATTI ILLECITI E RESPONSABILITA':

Chi deve pagare il danno? Pagherà chi ha "colpa". Chi ha causato quindi il danno per colpa (negligenza o imperizia) o per dolo. È il problema dei **criteri di imputazione** dell'illecito ovvero della responsabilità soggettiva e oggettiva.

Quanto dovrà essere pagato? È il problema della **valutazione del danno**. Il risarcimento del danno ha da sempre un'evidente **funzione riparatoria** che lo distingue dalla pena: la pena è lieve o grave a seconda che la violazione del diritto sia lieve o grave ; il risarcimento è più o meno rilevante a seconda che il danno sia piccolo o grande.

Una **funzione sanzionatoria**: il danno doveva essere risarcito se era frutto di una condotta riprovevole, perché oggettivamente antiggiuridica e soggettivamente colpevole.

Lo spostamento graduale del nostro sistema da un'impostazione prevalentemente sanzionatoria a una prevalentemente riparatoria si potrà osservare sotto due punti di vista:

- il passaggio da una responsabilità fondata sulla Illiceità della condotta (paghi perché il danno deriva dalla violazione di un tuo dovere) a una responsabilità fondata sulla illiceità della lesione provocata (paghi perché hai pregiudicato un interesse protetto dalla legge);
- il passaggio da una responsabilità fondata sulla colpa (responsabilità soggettiva) a una responsabilità fondata su criteri diversi dalla colpa (responsabilità oggettiva).

La responsabilità civile può svolgere infine una funzione **preventiva**, quando il sistema è abbastanza efficiente da determinare una dissuasione da comportamenti nocivi e una spinta verso comportamenti virtuosi. Cruciale è la misura dei risarcimenti. Un risarcimento misurato sull'entità del danno da riparare non sempre è sufficiente a dissuadere.

LE FONTI DI RESPONSABILITA':

La fonte primaria di responsabilità per danni è l'**illecito civile**, che consiste in un atto o fatto lesivo di un interesse protetto da una norma giuridica , e dal quale derivi un pregiudizio per il soggetto leso. Si distinguono due fattispecie fondamentali di illecito:

- L'**inadempimento dell'obbligazione** (art.1218 ss.) che disciplinano il caso in cui:
 - Esista tra due parti un rapporto obbligatorio;
 - Si verifichi un inadempimento imputabile al debitore;
 - Dal quale derivi un danno al creditore.
- Il **fatto illecito** (art. 2043 e ss.) definito come qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto.

Le due fattispecie fondamentali di illecito sono indicate come **illecito contrattuale** (fonte da responsabilità contrattuale) e **illecito extracontrattuale** (fonte di responsabilità extracontrattuale).

Oggi la responsabilità contrattuale è in realtà quella che deriva dall'inadempimento di qualsiasi obbligazione che nasca da contratto, o da altri fatti o atti, o anche dal fatto illecito.

L'illecito **precontrattuale** nasce dalla violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nelle trattative contrattuali. Si propende quindi ad applicare le regole sui *fatti illeciti*.

LA REGOLA DELL'ART. 2043:

L'art. 2043 stabilisce che è risarcibile solo il danno che sia **ingiusto** e legato al fatto commesso da un nesso di *causalità* (cioè causato dal fatto).

La responsabilità del danno è accollata a chi "ha commesso il fatto" con dolo (consapevolezza e volontà) o con colpa (negligenza), a condizione che fosse capace di intendere e di volere.

Si ricavano così dall'art. 2043 i tradizionali **elementi dell'illecito**:

- **elementi oggettivi** (riguardano il danno e le conseguenze) sono il **danno ingiusto** e il **nesso di causalità** tra fatto e danno prodotto;

- **elementi soggettivi** sono l'**imputabilità** e la **consapevolezza**.

GLI ELEMENTI OGGETTIVI DELL'ILLECITO. IL DANNO INGIUSTO:

Il significato tradizionale di danno ingiusto è ciò che compio violando il diritto altrui e non in base ad un mio diritto. I giuristi si riferiscono a questo requisito dell'illecito con il termine *antigiuridicità*: una *condotta antigiuridica* si ha quando si lede un diritto altrui senza averne il diritto.

Nel corso del tempo la funzione sanzionatoria della responsabilità civile viene affiancata, e quasi sovrastata, dalla funzione riparatoria. Il **danno ingiusto** è l'elemento primario del fatto illecito, ed insieme il criterio fondamentale per la selezione dei danni che giustificano una pretesa di risarcimento.

Ingiusto era solo quel danno che una persona subiva per la **lesione di un diritto soggettivo assoluto** (erga omnes). I diritti relativi si ritenevano tutelati dalla disciplina dell'inadempimento e dunque solo nei rapporti tra creditore e debitore. L'illecito extracontrattuale si risolveva in uno strumento di protezione dei *diritti reali*, dei diritti sui beni immateriali e dei diritti della persona, come il diritto all'integrità fisica, all'onore alla riservatezza.

Man mano queste due rigide frontiere vengono superate in due direzioni:

- Tutela aquiliana del credito. Un soggetto terzo rispetto al rapporto creditore-debitore può determinare con la sua condotta la lesione dell'interesse del creditore. La giurisprudenza afferma il principio per cui il creditore, leso da un terzo nella possibilità di esigere una prestazione infungibile può chiedere un risarcimento dal danneggiante a titolo di responsabilità extracontrattuale. Particolarmente importante è qui la prova del nesso causale.

Per quanto riguarda l'**interesse legittimo** si ammetteva la risarcibilità nei rapporti tra privati. Quanto invece al problema della lesione provocata da atti legittimi della Pubblica amministrazione, la risarcibilità è stata dapprima ammessa in campi specifici, e poi in tutte le materie di c.d. "giurisdizione esclusiva" del giudice amministrativo.

Quanto agli **interessi diffusi**, una tutela risarcitoria si profila nella disciplina legislativa del danno ambientale quando la lesione riguardi beni che non sono oggetto di proprietà pubblica né privata.

Viene estesa la tutela delle risarcibilità alla lesione delle c.d. **aspettative legittime**. il danno non consiste nella perdita di una prestazione cui il soggetto leso avesse attuale diritto, ma di prestazioni su cui il soggetto leso potesse legittimamente confidare.

Anche la lesione del **possesso**, situazione di fatto ma protetta dalla legge è stata ritenuta costituire danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043: per la richiesta di risarcimento dei danni derivanti da immissioni.

Cause di esclusione della antigiuridicità sono la **legittima difesa** e lo **stato di necessità**. La legittima difesa si ha quando il comportamento lesivo è tenuto per difendere sé o altri da un'aggressione obiettivamente ingiusta; la causa di giustificazione sussiste se il pericolo di offesa ingiusta è attuale, e se la reazione è proporzionata all'offesa.

Lo stato di necessità si ha quando il comportamento lesivo sia l'unico modo di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, non determinato dall'altrui aggressione.

IL NESSO CAUSALE:

Il danno deve essere stato cagionato dal fatto illecito (art. 1223). Per la risarcibilità del danno derivante da inadempimento è richiesto, un nesso di causalità tra l'illecito e il pregiudizio. La stretta formulazione letterale dell'art. 2043 non è intesa allo stesso modo dalla dottrina e dalla giurisprudenza dove prevale un criterio di **causalità adeguata** per cui si considerano provocati dall'illecito solo quei danni che possano considerarsi *conseguenze* dell'illeceità secondo una valutazione dei rapporti tra causa ed effetti.

GLI ELEMENTI SOGGETTIVI: IMPUTABILITA' E COLPEVOLEZZA:

Secondo l'art. 2046, non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità di intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso. La capacità di intendere e di volere è una capacità di fatto o naturale. Imputabile può essere un minore o un interdetto, se capace di fatto, e non imputabile può essere un maggiorenne se, al momento in cui ha commesso l'illecito, non era in grado di capire il valore dei suoi atti e di determinarsi.

L'incapacità non esclude l'imputabilità quando è dovuta a **colpa** del soggetto. La legge perciò prevede la **responsabilità indiretta** di chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace salva la prova di non aver potuto impedire il fatto. Se il danneggiato non può ottenere per questa via il risarcimento, il giudice può condannare l'autore del danno a un'equa indennità, tenuto conto delle condizioni economiche delle parti.

Il codice penale considera **colposo** un evento dannoso che si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline; **doloso** è l'evento dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria omissione; non è necessario che l'atto sia compiuto allo scopo di recare danno: basta che chi agisce sia consapevole delle conseguenze dannose della sua condotta e le accetti. Nella responsabilità per "fatto illecito" il criterio della diligenza media vale come *minimo*, al di sotto del quale sicuramente c'è colpa.

LA RESPONSABILITA' OGGETTIVA :

I danni provocati da minori o interdetti soggetti alla potestà, i rischi di un'attività a chi ne trae vantaggio, i danni derivanti dalla proprietà di una persona sono tutte norme che rendono in varia misura irrilevante la colpa e realizzano una **responsabilità oggettiva**.

Alcune norme anziché il criterio della colpa seguono il criterio del **rischio**. l'art. 2049 accolla a padroni e committenti la responsabilità per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti.

L'art. 2050 obbliga chi svolge attività pericolose a risarcire i danni che ne derivano, e gli consente di liberarsi solo provando di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno, secondo lo stato dello sviluppo tecnologico. Di fatto la sola prova liberatoria per lo più finisce con l'essere quella del caso fortuito (una fatalità, un evento inevitabile e imprevedibile), o del fatto dello stesso soggetto leso o di un terzo.

Il danno cagionato da **cose in custodia** e il danno cagionato da **animali**. Nel primo caso, fondamento della responsabilità non è la custodia in senso contrattuale, ma un effettivo e non occasionale potere sulla cosa che ne implichi, a qualsiasi titolo, il governo e l'uso; nel secondo caso, la responsabilità nasce dalla situazione di proprietà o anche soltanto dall'utilizzazione dell'animale nel proprio interesse.

Nella **rovina di edificio** il rischio è legato alla proprietà; il proprietario si libera solo dimostrando che la rovina non è dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione. Nel caso della **circolazione di veicoli** la responsabilità del conducente è sostanzialmente oggettiva; non solo è a suo carico la prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, ma risponde anche se il danno deriva da difetto di costruzione o di manutenzione. Pure oggettiva la responsabilità solidale del *proprietario* per danni provocati dal *conducente*. Il proprietario non è responsabile quando il veicolo circola contro la sua volontà.

I **danni provocati da prodotti difettosi**. La responsabilità per i danni cagionati da difetti del prodotto e in specie per la morte o lesioni dell'integrità fisica, la distruzione o il deterioramento di cosa diversa dello stesso prodotto è del **produttore**. Il produttore può per contro sollevarsi provando:

- di non aver messo in circolazione il prodotto o che il difetto non esisteva quando il prodotto è stato messo in circolazione;
- che il difetto è dovuto all'osservanza di una norma imperativa o di un provvedimento vincolante emesso in ottemperanza a una norma imperativa;
- che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche non permetteva di considerare il prodotto come difettoso.

Quando il produttore non sia individuato è sottoposto alla stessa responsabilità il **distributore** che ha fornito il prodotto viziato, se non comunica al danneggiato entro tre mesi l'identità e il domicilio del produttore. Particolari i termini di *prescrizione* (tre anni dall'acquisita conoscenza) e di *decadenza* (dieci anni dalla messa in circolazione del prodotto).

LA RESPONSABILITA' PER FATTO ALTRUI:

La responsabilità dei **genitori** e dei **tutori** per i danni provocati dal fatto illecito del minore non emancipato o dell'interdetto, che abiti con essi, non si fonda sulla *sorveglianza*, ma sulla *potestà*, cioè sul fatto che il minore è soggetto ai genitori che ne guidano la condotta con le opportune misure educative. Come prova liberatoria si ammette che i genitori dimostrino di aver dato al minore un'educazione conveniente e di aver vigilato le attività in conformità con le loro condizioni e occupazioni.

Sulla vigilanza vera e propria è fondata la responsabilità di chi è tenuto alla sorveglianza di una persona **incapace di intendere e di volere**, che non è personalmente responsabile (art. 2047). Se il minore o l'interdetto è lasciato solo al momento del danno non c'è prova che liberi i genitori o il tutore.

I DANNO:

Nel linguaggio giuridico il termine danno è usato con diversi significati, come lesione di un interesse oppure nel senso più ristretto di pregiudizio derivante dalla lesione di un interesse.

Il danno è considerato dagli artt. 1223 e ss. come la perdita o mancato guadagno: dunque come un pregiudizio economico. Ogni danno patrimoniale o non patrimoniale deve essere risarcito quando la condotta lesiva che lo ha cagionato costituisce fattispecie di reato.

Per danno *non patrimoniale* si intende il danno morale, cioè la sofferenza psicofisica subita dalla vittima del reato.

Carattere normale del danno risarcibile è la **patrimonialità**: il danno di cui l'art. 2043 impone il risarcimento consiste in un pregiudizio economico (danno patrimoniale). Non è necessario che l'interesse leso abbia carattere patrimoniale; ma è necessario che la lesione abbia conseguenze negative di ordine patrimoniale (danno emergente e lucro cessante: ovvero perdita e mancato guadagno). Solo nel caso in cui l'illecito costituisca fattispecie di reato, è risarcibile il danno non patrimoniale, inteso come danno morale soggettivo.

Il danno estetico, o altre lesioni fisico-psichiche si risolvano in un **danno alla vita di relazione** che riduce le opportunità economiche del soggetto leso e che è fonte di un pregiudizio patrimoniale, la cui valutazione è rimessa all'equità del giudice.

La lesione dell'integrità fisica o psichica è considerata risarcibile dalla giurisprudenza e della dottrina e fa parte del c.d. **danno biologico**. La corte costituzionale ha qualificato il danno biologico come il danno-evento costituito dalla lesione in sé considerata, dell'integrità psico-fisica affermando che esso va distinto sia dalle conseguenze di ordine patrimoniale che da quelle di ordine morale. Il danno biologico viene definito come la lesione permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato.

In caso di lesione del diritto alla salute il danno risarcibile si compone di tre elementi: il danno biologico, l'eventuale danno patrimoniale, e il danno morale soggettivo.

Al di fuori del campo della lesione dell'integrità psico-fisica va emergendo il *danno esistenziale* che è quel pregiudizio che ostacola le attività realizzatrici della persona umana.

Il danno **non-patrimoniale** non si esaurisce nel danno morale soggettivo, ma comprende ogni danno (non suscettibile di valutazione economica) che deriva dalla lesione di valori inerenti alla persona. Essendo peraltro tali valori tutelati dalla Cost. il risarcimento del danno non è soggetto al limite restrittivo dell'art. 2059.

Il **danno esistenziale** comprende i danni derivanti dalla lesione di valori inerenti alla persona, come il danno biologico, sono stati qualificati come danni-conseguenza e se ne è ammesso il risarcimento indipendentemente dall'art. 2059.

Il **danno ambientale** è stato oggetto di una direttiva CEE: è danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto indiretto, di una risorsa naturale o all'unità assicurata da quest'ultima: e sanziona chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, regolamento amministrativo, con negligenza imperizia imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte. La legittimazione ad agire è solo del Ministro dell'ambiente e della natura del territorio (può anche ricevere impulsi dall'esterno come regioni province, persone fisiche o giuridiche che si sentano direttamente minacciate).

La lesione riferita all'ambiente può riguardare beni di proprietà dello Stato o di privati, che già avrebbero titolo al risarcimento. Oppure può riguardare beni che non sono oggetto di proprietà e risolversi nella lesione di interessi diffusi. Una pretesa risarcitoria si potrebbe avere anche dal punto di vista del danno esistenziale.

IL RISARCIMENTO:

La funzione principale della responsabilità è quella di riparare il danno, essa deve tendere a cancellare le conseguenze dell'illecito e a ricostituire una situazione tale, quale sarebbe se la lesione non si fosse mai verificata.

Il **risarcimento del danno equivalente** consiste in una somma di denaro tale da riparare il pregiudizio patrimoniale risentito dal danneggiato, trasferendogli in moneta un *egual valore*.

Il **risarcimento in forma specifica** è ripristinare la situazione così come sarebbe se l'illecito non si fosse mai verificato.

L'art. 2056 fa rinvio agli artt. 1223, 1226 e 1227 con riguardo al risarcimento del danno derivante da inadempimento. Si tratta:

- della **regola base** prevede al risarcibilità sia delle perdite patrimoniali che del mancato guadagno (art.1223);
- della norma che rimette al giudice la *valutazione equitativa del danno* quando non ne possa essere provato il preciso ammontare (art. 1226);
- dei due criteri base ai quali ha rilevanza la *condotta del danneggiato*, che abbia concorso con sua colpa a determinare il danno, o che non abbia usato la diligenza ordinaria per evitare i danni (art.1227).

Se manca il dolo, il risarcimento è limitato ai danni prevedibili; nel caso di fatto illecito, quindi, è dovuto il risarcimento di tutti i danni, prevedibili e imprevedibili, anche quando la responsabilità segua al fatto colposo del danneggiante.

Il danno **lucro cessante** corrisponde al mancato guadagno dell'art. 1226 – è sempre rimesso alla valutazione equitativa del giudice-. Il ricorso all'equità è particolarmente frequente nella determinazione di questa voce del danno.

Per il **danno biologico** la valutazione è guidata da criteri standard, che fanno riferimento ai punti di invalidità (secondo le determinazioni medico-legali). La giurisprudenza si è orientata per anni su "Tabelle" di liquidazione predisposte dai tribunali. Una *rendita vitalizia* è prevista dall'art. 2057 per un'invalidità permanente.

La **liquidazione** del risarcimento, cioè la determinazione dell'ammontare pecuniario del risarcimento dovuto, può essere *convenzionale* (per accordo tra le parti) o *giudiziale* (per sentenza del giudice). Il debito nascente da fatto illecito ha ad oggetto la riparazione del danno, ed è perciò un **debito di valore**, anche se destinato a esprimersi in termini monetari; diviene **debito di valuta**, soggetto al principio nominalistico, solo con la *liquidazione*. Da quel momento si tratta di un qualsiasi debito in denaro, che è soggetto anche alla prescrizione ordinaria decennale.

Quanto al risarcimento in forma specifica, ne distinguiamo due sottospecie:

- 1) La vera e propria **reintegrazione in forma specifica**: come dare una cosa eguale a quella distrutta, ricostruire un muro o reimpiantare un albero illecitamente abbattuti.
- 2) Solo corrispondente alla somma necessaria a ripristinare la situazione materiale alterata dall'illecito. La differenza, rispetto al risarcimento per equivalente, sta nel *sistema di calcolo* della somma dovuta, che assume a base non il valore perduto dal danneggiato, ma il costo del ripristino materiale. Il giudice può disporre che il risarcimento sia determinato solo per equivalente se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il danneggiante.

Nel caso di diffamazione il danneggiato può ottenere, oltre al risarcimento dei danni patrimoniali e morali una "somma a titolo di riparazione", commisurata alla *gravità dell'opera* e alla *diffusione* dello stampato.

L'**indennità** è una prestazione che ha lo scopo di compensare il pregiudizio patrimoniale sofferto dal danneggiato, ma non deve corrispondere esattamente al danno subito; è determinata con criteri di equità che tengono conto anche delle condizioni delle parti e delle circostanze.

RESPONSABILITA' CONTRATTUALE ED EXTRACONTRATTUALE:

I due grandi gruppi di norme che regolano l'illecito nell'ambito di un rapporto obbligatorio (responsabilità contrattuale) e fuori da ogni rapporto preesistente (responsabilità extracontrattuale o aquiliana). Gli elementi comuni sono i concetti di dolo e colpa, l'idea di danno, e buona parte dei criteri di valutazione del danno.

Le differenze di disciplina tra le due forme di responsabilità:

- Diversa è la distribuzione dell'**onere della prova**. Nell'illecito c.d. contrattuale, l'attore deve provare di aver un credito esigibile: deve provare di averlo adempiuto diligentemente,

o di non aver potuto adempiere per una causa a lui non imputabile. Nella responsabilità *extracontrattuale* fatto costitutivo dell'obbligazione è l'illecito, e spetta perciò al danneggiato, che avanzi la sua pretesa a norma dell'art. 2043, di provare il fatto dannoso, il danno, il dolo o la colpa del danneggiante. La differenza ora descritta si offusca in tutti i casi di responsabilità oggettiva, in cui il danneggiato dovrà provare solo il fatto dannoso e il nesso di causalità mentre spetta al danneggiante l'onere di una *prova liberatoria*;

- Diversa è la **prescrizione** che, nell'inadempimento, è quella ordinaria decennale o quella più breve stabilita per certi contratti: nel fatto illecito è di cinque anni, ma di soli due anni nella responsabilità da circolazione dei veicoli;
- La norma sulla **reintegrazione in forma specifica** è scritta solo in tema di illeciti. La legge prevede l'*esecuzione forzata* in forma specifica degli obblighi di dare, di fare, di concludere un contratto e di non fare: non si tratta di riparare un danno, ma di realizzare la situazione che si sarebbe avuta con l'adempimento.

BOX

SEZIONE QUINTA – I CONSUMATORI E GLI UTENTI –

LA TUTELA DEL CONSUMATORE

LE DIRETTIVE EUROPEE E L'EVOLUZIONE ITALIANA:

Le esigenze di tutela del consumatore sono alla base di interventi legislativi successivi promossi dalla comunità Europea con importanti direttive (sulla responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi, in materia di pubblicità ingannevole, ne contratti negoziati fuori dai locali commerciali, clausole abusive nei contratti dei consumatori, garanzie dei beni di consumo, sui ritardati pagamenti delle transazione commerciali...). Una linea unificante percorre tutti questi interventi normativi, è il favore e l'incentivazione di un mercato di *buoni imprenditori*. Non solo in senso orizzontale (leale tra imprenditori), ma anche verticale tra imprenditori e destinatari delle loro prestazioni. Oggi il complesso delle normative di "microsistema" all'interno del c.d. **codice del consumo**.

I DIRITTI DEI CONSUMATORI E DEGLI UTENTI:

La l. n 281/1998, intitolata "disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti", si può considerare come una prima "carta dei diritti" dei consumatori. La disciplina è stata abrogata dall'entrata in vigore del codice del consumo.

Per "consumatori o utenti" debbono intendersi le persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta. Quanto ai diritti, viene anzitutto richiamato il diritto alla tutela della salute (art. 32 cost.). A questo primario interesse protetto si collega il riconoscimento del diritto alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; all'educazione al consumo, alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.

Della legittimazione ad agire si è parlato a proposito degli *interessi diffusi*. È prevista, come si è detto, una **azione collettiva risarcitoria**, fermo restando il diritto del singolo cittadino di agire in giudizio. Per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali "sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti", le associazioni dei consumatori possono esperire un'azione collettiva del risarcimento del danno e di restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori.

LA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE:

La nozione di **pratica commerciale** comprende "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori". Le pratiche commerciali scorrette sono **vietate**. L'Autorità garante può applicare sanzioni amministrative al professionista che le abbia poste in essere.

Secondo la **nozione generale**, una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore medio di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura

commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Il codice del consumo prevede due figure di pratica commerciale scorretta:

- 1) **le pratiche commerciali ingannevoli:** azioni ingannevoli sono quelle contengono informazioni non vere o idonee ad indurre il consumatore medio in *errore* con riguardo a determinate caratteristiche del prodotto. Può consistere anche nel generare confusione con i prodotti e i segni distintivi di un concorrente. Si ha un **omissione ingannevole** quando il professionista ometta di fornire informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole, o quando tali informazioni siano "occultate, a presentate in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo". Questa deve essere idonea a indurre il consumatore ad una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.
- 2) **Pratiche commerciali aggressive:** sono quelle che limitano o sono idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto, mediante "molestie, coercizione o indebito condizionamento, e pertanto inducono o sono idonee a indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso".

BOX

PARTE SESTA – FAMIGLIA E SUCCESSIONI –

CAPITOLO 44-IL GRUPPO FAMILIARE

LA NOZIONE GIURIDICA DI FAMIGLIA:

Negli artt. 29 e 30 cost. le espressioni "famiglia" e "famiglia legittima" sono riferite alla c.d. "famiglia nucleare, cioè al piccolo gruppo essenziale formato dai coniugi e dai loro figli; stesso significato ha il termine negli artt. 143 e 144.

Il gruppo di riferimento per l'impresa familiare comprende i parenti entro il 3° grado. Nell'ambito delle successioni, si dà rilievo al *rapporto di parentela* fino al 6° grado.

La **famiglia legittima** – fondata sul matrimonio – che ha piena tutela giuridica e funge per certi versi da modello; e la **famiglia di fatto** che indica il gruppo familiare costituito senza matrimonio, talora sulla base della convivenza tra genitori e figli naturali – legati tra loro da un rapporto giuridico di filiazione – talora sulla base di una convivenza *di fatto* tra uomo e donna.

I PRINCIPI COSTITUZIONALI:

L'art. 29 cost. si apre con il solenne riconoscimento dei "diritti della famiglia legittima" come società naturale fondata sul matrimonio"; dispone poi che il matrimonio sia "ordinato sull'eguaglianza giuridica dei coniugi", e che la parità tra marito e moglie possa essere limitato solo "a garanzia dell'unità familiare";

L'art. 30 cost. detta principi che riguardano doveri e diritti dei genitori e dei figli, sia "nel matrimonio" che "fuori dal matrimonio"; per entrambi i casi vale il dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli: ai figli naturali è assicurata ogni tutela giuridica e sociale, compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima.;

Nell'art. 31 cost. si fissano i compiti della repubblica di protezione della famiglia come gruppo sociale, della maternità e dell'infanzia.

Queste regole devono essere lette alla luce dell'art. 2 cost. "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

La famiglia è riconosciuta come **società naturale**, cioè una forma di vivere sociale radicata nelle strutture reali della società degli uomini. In quanto società naturale è un gruppo che deve trovare dentro di sé le regole concrete del suo vivere: né il giudice, né tantomeno l'amministrazione pubblica, possono decidere, al posto dei coniugi o dei genitori, come in concreto si debba indirizzare la vita familiare. È il principio di **autonomia della famiglia**.

La cost. riserva alla famiglia fondata sul matrimonio il solenne riconoscimento dell'art.29 c.1, e la regola sulla parità dei coniugi del comma 2°. Nell'art. 30 la cost. definisce in modo eguale i diritti e doveri dei genitori riguardo al rapporto con i figli, che siano oggetto di protezione in sé e per sé, a prescindere dal contesto familiare in cui si inserisca. Non possono riferirsi solo alla famiglia legittima: il diritto del lavoratore a una retribuzione sufficiente per i bisogni della famiglia, per il

richiamo alla funzione familiare della lavoratrice madre (art. 37), per le provvidenze e gli assegni alle famiglie (art. 31 c.1 e 34 c.4).

Eguaglianza giuridica significa *eguali diritti e doveri*; non è poi detto a favore di quale tra i due coniugi possa essere stabilita una diseguaglianza. Eguaglianza "morale" significa che la disciplina dei rapporti tra i coniugi deve essere tale che la dignità di ciascuno sia egualmente protetta, e che nessun aspetto della personalità dell'uno sia sacrificato per favorire la personalità dell'altro.

L'art. 30 c.1 enuncia il principio per cui è "dovere e diritto dei genitori quello di mantenere, istruire ed educare i figli; solo in caso di *incapacità* la legge può provvedere perché i loro compiti siano assolti da altri.

LE RELAZIONI FAMILIARI: CONIUGIO PARENTELA E AFFINITA':

Il **coniugio** è il rapporto che si stabilisce con il matrimonio tra marito e moglie, e che cessa soltanto con lo scioglimento del matrimonio.

La **parentela** è il vincolo che unisce tra loro le persone che discendono da uno stesso *stipite*: si distingue una parentela in linea retta (tra persone che discendono l'una dall'altra) e in linea collaterale (tra persone che hanno un ascendente comune).

Nella linea retta ci sono tanti gradi quante generazioni. Nella linea collaterale i gradi corrispondono al numero delle generazioni, risalendo da un parente fino allo stipite comune e discendendo fino all'altro parente.

Il termine parentela può riferirsi sia ai vincoli di sangue costituiti sulla base del matrimonio (parentela legittima), sia a quelli costituiti per effetto di filiazione fuori dal matrimonio (parentela naturale).

La parentela naturale in linea retta è rilevante, come vedremo sia in materia successoria sia con riguardo al mantenimento e agli alimenti. Discussa è invece la rilevanza della parentela naturale in linea collaterale. L'**adozione** stabilisce, tra adottante e adottato, un vincolo equivalente a quello che si costituisce tra genitore e figlio. L'**adozione dei minorenni** stabilisce un rapporto perfettamente eguale, per diritti e doveri, a quello che corre tra genitori e figlio legittimo e crea quindi un rapporto di parentela con i parenti adottanti.

Parentela e coniugio danno luogo al vincolo di **affinità**, che è quello tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge. L'affinità non dà alcun titolo alla successione ereditaria: in mancanza di parenti entro il 6° grado, l'eredità si devolve allo Stato anche in presenza di affini.

IL SISTEMA MATRIMONIALE ITALIANO:

Il termine "matrimonio" comprende due diversi aspetti: l'atto, e il rapporto che lega tra loro i coniugi.

Al **matrimonio-atto** attiene la disciplina delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio, della celebrazione, della causa di invalidità e delle impugnazioni.

Al **matrimonio-rapporto** attiene la disciplina dei diritti e doveri dei coniugi, della separazione personale, dello scioglimento del vincolo, dei rapporti patrimoniali tra i coniugi.

Con il concordato del 1929, al *matrimonio civile* si affianca il *matrimonio religioso con effetti civili* (c.d. **matrimonio concordatario**). Il matrimonio canonico celebrato davanti al ministro di culto cattolico, acquista *efficacia civile* con la *trascrizione* nei registri dello Stato civile. Lo Stato accetta non solo la forma della celebrazione ma i *requisiti sostanziali dell'atto*, cioè le condizioni di validità e le cause di invalidità. La Corte deve controllare non solo la regolarità formale del procedimento, ma il rispetto dei principi fondamentali inderogabili dell'ordinamento italiano.

Effetto del matrimonio canonico trascritto è la costituzione di un rapporto di coniugio civile. Diritti e doveri dei coniugi sono quelli stabiliti nel codice civile: il giudice può disporre l'attenuazione o lo scioglimento del vincolo.

Ben diverso il trattamento del matrimonio per i **culti acattolici**: qui la legge ammette che la celebrazione possa avvenire ad opera del ministro di culto.

IL MATRIMONIO NEL CODICE CIVILE. LA DISCIPLINA DELL'ATTO:

Anche eventuali patti aggiunti al matrimonio sono nulli ogni volta che siano diretti a derogare ad uno qualsiasi degli effetti giuridici che la legge collega al matrimonio; se la deroga è totale, si ha *simulazione*.

Il matrimonio è un **atto puro**: non sopporta cioè condizione o termine. È **atto libero** per eccellenza: la libertà matrimoniale è protetta da norme imperative – è quindi priva di effetti obbligatori la **promessa di matrimonio**. È nulla qualsiasi convenzione o clausola contrattuale, che preveda l'obbligo di sposarsi o di non sposarsi. È illecita e nulla la condizione apposta a un'istituzione di erede, con cui il testatore voglia impedire le nozze del beneficiario o obbligarlo a sposare una persona scelta dallo stesso testatore. È un **atto personalissimo** che non ammette sostituzione o rappresentanza né volontaria né legale.

Dal punto di vista formale si tratta di un **atto solenne**, per il quale la legge prescrive requisiti di inderogabili di forma; essenziale è la partecipazione all'atto dell'Ufficiale di stato civile (Sindaco o cittadino dal lui delegato) la cui dichiarazione *integra* quella forma di consenso prestata dagli sposi. La mancanza di una celebrazione davanti al pubblico ufficiale è ritenuta causa di *inesistenza*, e non di mera nullità del matrimonio. Il matrimonio si presenta perciò come un **atto pubblico**, con i particolari caratteri di **atto complesso**, che combina la manifestazione di volontà degli sposi con le attestazioni e le dichiarazioni di un pubblico ufficiale. La celebrazione del matrimonio può essere provata di regola solo attraverso l'esibizione dell'atto di matrimonio, così come raccolto nei registri dello stato civile.

Nel caso in cui marito e moglie siano morti entrambi, anche se manca l'atto di celebrazione del matrimonio, il legame coniugale è ritenuto esistente e non contestabile sulla base del "**possesso di stato**" cioè quando sia provato che quelle due persone avessero nome, modo di vita e fama di marito e moglie. Il possesso di stato di coniuge sana ogni *vizio di forma* dell'atto.

Le funzioni delle **pubblicazioni** sono quelle di dare modo, a chi sia a conoscenza di impedimenti, di farli valere prima che il matrimonio sia celebrato, con la *opposizione*. L'avvenuta pubblicazione non è però un requisito di *validità* del matrimonio.

La **capacità** di sposarsi si acquista con la maggiore età. Tuttavia un minore, che abbia compiuto i 16 anni di età, può chiedere al Tribunale di essere ammesso a contrarre matrimonio, per *gravi*

motivi. Può concludere matrimonio l'*interdetti*; sono capaci invece l'*inabilitato* e il soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno.

Il matrimonio nullo può essere impugnato da tutti coloro che abbiano un interesse legittimo e attuale: può agire anche il ministero, a tutela dell'interesse pubblico a far cadere il matrimonio (**nullità assoluta**). Si tratta del matrimonio concluso da persona già coniugata, del matrimonio contratto da soggetti legati da parentela in linea retta, o collaterale fino al terzo grado, o da legami connessi all'adozione, del matrimonio contratto tra persone delle quali l'una sia stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra. Nullo è anche il matrimonio tra due persone dello stesso sesso.

La nullità non è assoluta in altre fattispecie, come il difetto di età, ma la legittimazione è estesa: possono agire gli sposi, i loro genitori, il pubblico ministero.

Vi sono infine casi di **nullità relativa** in cui l'azione spetta solo a uno dei coniugi: per far valere l'incapacità naturale, la violenza o l'errore esistenziale. In altri possono agire solo i coniugi.

In alcuni casi l'invalidità è **insanabile** come nel matrimonio concluso da soggetti legati da vincoli di parentela che non ammettono l'autorizzazione, o da persona legata a valido matrimonio. L'invalidità è *sanabile* attraverso la coabitazione dei coniugi, che perduri per un certo tempo (un anno) dopo la cessazione del vizio. Così nel caso dell'interdizione, di incapacità naturale, di violenza ed errore, di simulazione. Nel caso di matrimonio concluso da minore senza la prescritta autorizzazione, l'azione può essere preclusa anche senza coabitazione.

L'impugnazione per **incapacità naturale** richiede soltanto la prova dell'incapacità di intendere e di volere. Dei **vizi del volere**, sono causa di annullamento del matrimonio la violenza morale, il timore e l'errore. Non è previsto il dolo.

Un vizio previsto soltanto per il matrimonio è quello del **timore** di eccezionale gravità che differisce dalla violenza perché non è determinato da specifici componenti di minaccia diretti a costringere al matrimonio. Quanto all'**errore**, esso deve vertere sull'identità della persona dell'altro coniuge, o avere natura di errore essenziale sulle qualità personali dell'altro coniuge. L'errore sull'identità deve consistere in un vero e proprio scambio di persona. Riguardo all'errore sulle qualità, esso deve cadere su alcune qualità espressamente elencate nell'art.122, come l'esistenza di una malattia fisica o psichica o di un'anomalia, o deviazione sessuale tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale; una sentenza di condanna per il delitto non colposo a pena superiore a 5 anni; lo stato di gravidanza causato da persona diversa dallo sposo.

Una particolare ipotesi di impugnazione è quella della **simulazione**, che spesso si verifica allo scopo di far acquistare la cittadinanza italiana a donne straniere, o di godere di pensioni, o trattamenti assistenziali.

L'annullamento del matrimonio dovrebbe avere, in teoria, efficacia retroattiva. Nei rapporti tra coniuge, solo in caso di **matrimonio putativo** cioè celebrato in *buona fede* in quanto coniugi, o almeno uno di essi, avessero consentito al matrimonio ignorandone le cause di invalidità, oppure per effetto di violenza o timore di eccezionale gravità: gli effetti del matrimonio putativo si producono rispetto ai coniugi, o al solo coniuge in buona fede, fino alla sentenza di nullità. Riguardo ai figli nati o concepiti durante il matrimonio conservano lo stato di figli legittimi anche nel caso di malafede di entrambi i coniugi, purché non si tratti di figli nati da bigamia o incesto.

Il coniuge in malafede è tenuto a pagare un'*indennità* che corrisponda almeno al mantenimento per tre anni, anche se non è data prova di un danno realmente sofferto.

GLI EFFETTI DEL MATRIMONIO:

Eguali e reciproci sono i doveri personali: dovere di fedeltà, il dovere di assistenza morale e materiale, il dovere di collaborazione e il dovere di coabitazione. Dal punto di vista economico entrambi i coniugi hanno il dovere di contribuire ai bisogni della famiglia in proporzione alle loro capacità di lavoro professionale o casalingo. La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva fino a divorzio o annullamento del matrimonio; in caso di separazione il giudice può disporre che la moglie, possa o debba non usare il cognome del marito.

L'art.147 impone ai coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. L'art. 144 stabilisce il principio per cui l'indirizzo della vita familiare e in particolare la fissazione della residenza sono lasciati all'**accordo dei coniugi**.

La violazione dei doveri coniugali sono il presupposto per ottenere, in sede di separazione, il c.d. *addebitamento* della pronuncia al coniuge colpevole, con rilevanti conseguenze sfavorevoli di ordine patrimoniale. Coercibili invece sono i doveri patrimoniali: il coniuge leso può chiedere al giudice la condanna al pagamento delle somme dovute, anche senza chiedere la separazione personale. Per tutti i doveri relativi alla prole, personali o patrimoniali, la sanzione sta nella decadenza della potestà e negli altri provvedimenti di cui si è detto sopra.

IL REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA:

Il nostro legislatore ha introdotto la **comunione dei beni** (regime patrimoniale legale) della famiglia, nel senso che tale disciplina si applica soltanto quando le parti stesse non provvedano altrimenti.

In alternativa ha poi predisposto degli schemi di **convenzioni matrimoniali** cioè di accordi-tipo con i quali, prima del matrimonio, all'atto del matrimonio o anche successivamente, gli sposi possono creare un di *regime patrimoniale convenzionale*.

La c.d. comunione dei beni è in realtà una comunione degli acquisti: soltanto i beni che i coniugi si trovano ad acquistare *durante* il matrimonio, non invece beni di cui essi fossero titolari prima delle nozze, che rimangono in proprietà individuale di ciascuno degli sposi.

L'art. 179 elenca i **beni personali** dei coniugi, cioè i beni che non cadono nella comunione legale ma rimangono di proprietà personale di ciascuno: sono i beni acquistati dopo il matrimonio per donazione o successione, i beni di uso strettamente personale, i beni che servono all'esercizio della professione, i beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno, i beni acquistati con il ricavato dalla cessione di altri beni personali.

Quanto ai **redditi** cadono in comunione, ma solo ai fini della divisione, il *risparmio*. Il reddito corrente invece non è un bene comune; i coniugi però sono gravati, in proporzione al solo reddito, dall'obbligo di *contribuzione* di cui si è detto e devono stabilire d'*accordo* la quota di redditi da destinare ai bisogni della famiglia e al risparmio.

L'**amministrazione ordinaria** dei beni comuni spetta a ciascun coniuge disgiuntamente; l'**amministrazione straordinaria** è necessaria che vi sia la partecipazione di entrambi: se uno dei due rifiuta il consenso, l'altro può rivolgersi al giudice per essere autorizzato all'atto nell'interesse della famiglia o dell'azienda comune. Se l'atto riguarda *beni immobili o mobili registrati*, è efficace ma *annullabile* a domanda dell'altro coniuge, nel breve termine di un anno.; se invece riguarda comuni *beni mobili*, è valido ed efficace, ma il coniuge che l'ha compiuto senza consenso dell'altro, se non può materialmente ricostruire lo stato della comunione deve pagare l'equivalente in denaro.

Per ogni debito assunto dai coniugi insieme, o da uno di loro separatamente ma e nell'interesse della famiglia, rispondono i beni della comunione: su questi il creditore deve far valere le sue ragioni salva una *responsabilità sussidiaria* di ciascun coniuge con tutti i suoi beni personali. Per i debiti assunti da ciascun coniuge separatamente e non giustificati dall'interesse della famiglia risponde il coniuge debitore con i suoi beni personali. Il creditore può aggredire i beni della comunione solo sussidiariamente e fino al valore corrispondente alla quota dell'obbligato.; lo stesso vale per i debiti che ciascuno aveva prima del matrimonio.

La comunione si scioglie: in caso di separazione personale, scioglimento del matrimonio per morte o divorzio, annullamento, per accordo dei coniugi che vogliono cambiare regime patrimoniale o per provvedimento del giudice su domanda di uno dei coniugi, il fallimento di uno dei due coniugi.

Il regime patrimoniale legale può essere sostituito o modificato attraverso accordi tra i coniugi, che la legge chiama **convenzioni matrimoniali**: si tratta dell'accordo di separazione dei beni e della comunione convenzionale. Una terza possibilità è la costituzione di un fondo matrimoniale per la soddisfazione dei bisogni della famiglia.

Le convenzioni matrimoniali devono essere stipulate nella forma dell'atto pubblico; in pratica davanti al notaio, salvo quanto stabilito per la separazione dei beni. La stipulazione può avvenire in ogni tempo, e in ogni tempo la convenzione può essere modificata.

A tutela dei terzi, sia la stipulazione della convenzione matrimoniale sia le successive modifiche non possono essere opposte ai terzi se non sono annotate a margine dell'atto di matrimonio. La **pubblicità** così attuata riguarda il regime patrimoniale in sé; per gli immobili, i singoli trasferimenti dovrebbero essere fatti oggetto di pubblicità nei registri immobiliari.

Dunque la mancanza di ogni annotazione consente al terzo di ritenere che coniugi siano in regime di comunione legale. La capacità **matrimoniale** segue regole diverse da quella contrattuale. Per quanto riguarda le *convenzioni matrimoniali*, l'incapacità contrattuale rimane, per l'inabilitato, essa è superata, come di regola, con l'assistenza del curatore; per il minore invece che si emancipa con la celebrazione del matrimonio, si prevede che, anche prima delle nozze o all'atto del matrimonio, possa stipulare le convenzioni con l'assistenza dei genitori o del tutore, oppure, in caso di conflitti familiari, con l'assistenza di un curatore speciale.

La più praticata delle convenzioni matrimoniali è la **separazione dei beni**, cioè l'accordo con il quale si esclude la comunione degli acquisti e di conseguenza si stabilisce che ciascun coniuge rimarrà esclusivo titolare dei beni da lui acquistati.

Il modello della comunione legale può essere modificato dai coniugi, in modo da comprendere nella comunione beni che ne sarebbero esclusi o viceversa per riservare alla proprietà individuale beni che farebbero parte della comunione: si costituisce così una **comunione convenzionale**.

Non molto diffuso il **fondo patrimoniale** che si costituisce attraverso la destinazione di determinati beni immobili o mobili registrati o titoli di credito ai bisogni della famiglia. La destinazione può essere fatta d'accordo dai coniugi, o da uno di loro, o da un terzo per atto unilaterale o per testamento, ed è soggetta alla pubblicità propria alle convenzioni matrimoniali. L'effetto è di costituire un patrimonio autonomo, del quale sono contitolari i due coniugi, ma che è soggetto ad un vincolo di destinazione.

LA CRISI DELLA FAMIGLIA. LA SEPARAZIONE PERSONALE:

Fino al 1970 la legge italiana non conosceva il divorzio, e il matrimonio era perciò indissolubile. Si poteva ottenere soltanto la separazione legale, cioè un'attenuazione del rapporto tra i coniugi solo in pochi casi tassativi di colpa. Nel 1975 la legge di riforma del diritto di famiglia modificava anche la disciplina di separazione personale, consentendo la separazione a domanda di uno dei coniugi anche senza la necessità di provare colpe dell'altro. Infine la l.6/3/1987 riformava la disciplina del divorzio abbreviando il periodo di attesa e modificando le regole sull'affidamento dei figli e sui rapporti patrimoniali.

Ciascun coniuge può, con la separazione, liberarsi da una comunione divenuta per lui o per lei intollerabile, e quindi ottenere il divorzio.

La rottura del vincolo è un risultato estremo cui si arriva passando attraverso una fase intermedia, quella della **separazione personale**. Il primo passo che due coniugi fanno è, d'accordo o non, di tornare a vivere ognuno per proprio conto. Lo status giuridico dei coniugi non cambia: si parla perciò di **separazione di fatto**.

Se uno dei due coniugi, senza consenso dell'altro, se ne va dalla casa coniugale e rifiuta di tornare, sospendendo i doveri di assistenza morale e materiale (c.d. **allontanamento ingiustificato**), anche l'allontanamento però può essere giustificato, quando è una reazione alla violazione dei doveri del matrimonio da parte dell'altro coniuge o quando dall'uno o dall'altro è stata presentata una domanda di separazione; la separazione di fatto iniziata almeno due anni prima del 18 dicembre 1970 vale come causa di divorzio. Di separazione personale in senso proprio si può parlare invece quando subentra un **provvedimento del giudice** che pronuncia la separazione e costituisce il nuovo *status* dei coniugi, quello di **separazione legale**.

Alla pronuncia di separazione si può arrivare per due strade diverse: la separazione *consensuale* e la separazione *giudiziale*, entrambe frutto di un atto di giurisdizione, volontaria o contenziosa.

La separazione consensuale richiede un accordo dei coniugi, che non soltanto manifesti il reciproco consenso alla separazione, ma che regoli anche i loro rapporti patrimoniali e il problema dell'affidamento dei figli per il tempo successivo alla separazione. Se sussiste il consenso su tutti questi aspetti, i coniugi possono, sempre di comune accordo, ricorrere al giudice chiedendo la separazione. Il giudice ha il dovere di tentare la conciliazione; se i coniugi rimangono decisi a separarsi, spetta al giudice il potere di controllare i contenuti dell'accordo non siano contrari all'interesse dei figli e dello stesso coniuge più debole. È questo il senso del decreto di **omologazione**, che rende efficace l'accordo e instaura lo stato di separazione. Se il giudice

accetta che l'interesse dei figli non è ben tutelato dalle clausole pattuite tra i coniugi, non ha il potere di modificare la volontà negoziale, ma può rifiutare l'omologazione: spetterà ai coniugi di proporre un nuovo accordo, oppure di chiedere una separazione giudiziale.

La **separazione giudiziale** può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere *intollerabile* la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole. È evidente che sia necessario dimostrare colpe dell'altro coniuge e che sia invece possibile far valere la situazione in sé di una convivenza divenuta intollerabile per i coniugi o dannosa per i figli.

Con la separazione legale il vincolo matrimoniale *non si scioglie*. Cessano l'obbligo di convivenza e il dovere di assistenza morale e materiale. Si attenua il dovere di fedeltà, che viene limitato all'obbligo di evitare un comportamento a grave offesa all'altra parte; la moglie separata conserva il cognome del marito, ma il giudice può autorizzarla a non farne uso. Si scioglie la comunione legale. Il coniuge che non ha mezzi o capacità concrete di lavorare per mantenersi può chiedere un assegno di mantenimento o una assegnazione di una tantum. I coniugi conservano reciprocamente i diritti successori

Questi effetti possono modificarsi a sfavore di uno dei coniugi quando la separazione, su domanda dell'altra parte, gli sia **addebitata** in ragione del comportamento contrario ai doveri nascenti dal matrimonio.

Il coniuge a cui la separazione è addebitata non può chiedere il mantenimento, ma solo un assegno alimentare ove dimostri il proprio stato di bisogno, inoltre perde i diritti successori, che vengono sostituiti dal solo diritto a chiedere un assegno alimentare a carico dell'eredità, se già ne godeva prima della morte dell'alienante.

L'art.155 stabilisce che il rapporto educativo del/i figli con i genitori nonché tutti gli altri diritti doveri genitore/figlio continuano a perdurare anche dopo la separazione.

Per quanto concerne l'**affidamento**, l'art. 155 conferisce al giudice il potere di valutare prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori, determinando i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore. Lo stesso articolo attribuisce al giudice il potere di disporre l'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori qualora ritenga che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore. Al genitore non affidatario spettano comunque un potere di vigilanza e di ricorso al giudice nell'interesse dei figli e il c.d. **diritto di visita** nei modi stabiliti dalla sentenza. Il c.3 dell'art. 155 dispone poi che la **potestà genitoriale** è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggior interesse vanno assunte dai genitori in comune accordo, in difetto del quale la decisione è rimessa al giudice. Per le decisioni di ordinaria amministrazione, i genitori possono prenderle anche separatamente. In ordine al **mantenimento** dei figli, il giudice fissa la misura e il modo con cui ciascun genitore debba contribuire al mantenimento, oltre alla cura, all'istruzione ed all'educazione dei figli. Per il mantenimento dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il giudice può disporre in loro favore il pagamento di un assegno periodico.

In ordine all'assegnazione della **casa familiare** l'art. 155 quater stabilisce che il suo godimento è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. L'assegnazione può però influire

sull'assegno di mantenimento: si prevede infatti che il giudice tenga conto dell'assegnazione nella regolazione dei *rapporti economici* tra i genitori, considerando l'eventuale titolo della proprietà.

Il diritto di godimento della casa familiare viene meno quando l'assegnatario non vi abiti o cessi di abitarvi stabilmente, quando conviva more uxorio, e quando contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione sono trascrivibili e opponibili ai terzi.

Lo stato di vita separata, benché costituito con una sentenza, può cessare per volontà dei coniugi con la **riconciliazione** che può essere tacita (quando i coniugi riprendono a vivere sotto lo stesso tetto).

LO SCIoglIMENTO DEL MATRIMONIO. IL DIVORZIO:

Con la morte cessa il vincolo d il coniuge superstite riacquista lo status di non coniugato. Eguale effetto si ha con la dichiarazione di morte presunta.

Il vincolo coniugale si scioglie poi per effetto di una sentenza, che comunemente si chiama divorzio. La sentenza che pronuncia lo scioglimento incide sul c.d. matrimonio-rapporto, facendolo cessare e liberando i coniugi da loro legame. Il giudice può pronunciare il divorzio quando accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3.

I casi più rilevanti di divorzio sono:

- La **separazione legale** durata per tre anni: si richiede la sentenza passata in giudicato;
- Diverse **cause penali**, o cause connesse a fatti penalmente rilevanti:
 - Sentenze di condanna penale passate in giudicato anche per fatti commessi prima del matrimonio (ergastolo o pene superiori a 15 anni, pena contro l'assistenza familiare, o connessi alla prostituzione o contro la persona del coniuge o dei figli o di incesto);
 - L'assoluzione per infermità mentale da uno dei delitti;
 - L'estinzione del reato ancora per delitti di cui sopra);
- Altre **cause civili** che sono:
 - L'annullamento o lo scioglimento del matrimonio ottenuto all'estero da un coniuge o un nuovo matrimonio da lui contratto all'estero;
 - La non consumazione del matrimonio;
 - La sentenza di rettificazione di sesso passata in giudicato.

I coniugi possono proporre una **domanda congiunta** di divorzio, indicando anche le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici. A differenza che nella separazione consensuale, qui è il giudice a stabilire i provvedimenti relativi ai rapporti patrimoniali e ai figli. La donna perde il cognome del marito, anche se il tribunale può autorizzarla a farne uso quando sussista un interesse suo o dei figli meritevole di tutela. Il coniuge divorziato perde tutti i diritti successori.

I diritti patrimoniali del coniuge divorziato sono però numerosi: il giudice può disporre di un assegno periodico, che può essere sostituito, su accordo delle parti, da una somma in unica corresponsione, la sentenza deve anche stabilire un criterio di adeguamento automatico dell'assegno. Dopo la morte il diritto all'assegno può essere confermato dal giudice a carico dell'eredità. Il coniuge divorziato ha anche diritto, in caso di morte dell'ex coniuge, alla pensione di

riversibilità. Il coniuge divorziato ha anche diritto ad una quota dell'indennità di fine rapporto di lavoro.

LA FILIAZIONE:

È **legittimo** il figlio generato da un padre e una madre uniti tra loro da un valido matrimonio; è invece **naturale** il figlio generato da un padre e una madre tra loro non coniugati.

Anche lo stato di figlio non può essere fatto valere se non con l'allegazione di un atto dello stato civile e cioè l'**atto di nascita**, dal quale risulta la situazione di una persona riguardo alla paternità e maternità: l'atto di nascita è cioè titolo dello stato di figlio.

Chi assiste la partoriente ha l'obbligo di fare una attestazione di avvenuta nascita o parto (i genitori o un loro rappresentante, o lo stesso medico o ostetrica che hanno assistito al parto) entro dieci giorni presso il Comune in cui è avvenuto il parto o presso il comune di residenza dei genitori, o entro tre giorni presso la direzione sanitaria dell'ospedale o casa di cura in cui è avvenuta la nascita. Infine l'ufficiale di stato civile provvede a formare l'atto di nascita. L'atto di nascita può contenere o meno l'indicazione del nome della madre e del padre. Per quanto riguarda la *maternità* l'identità della madre è accertata nella certificazione di parto, a meno che la donna partoriente dichiari espressamente a chi l'assiste di non voler essere nominata. Una dichiarazione della madre, che riconosca il figlio potrà avvenire in un secondo momento.

Per quanto riguarda la paternità, l'indicazione nell'atto di nascita segue regole diverse a seconda che la madre sia una donna congiunta o invece nubile. Nel primo caso la legge prevede un sistema di presunzioni legali che determinano l'attribuzione della paternità al marito della madre e quindi lo stato di figlio legittimo. Nel secondo caso l'indicazione della paternità nell'atto di nascita consegue solo a una dichiarazione del padre o ad un accertamento giudiziale, che conducono alla formazione di un titolo di stato di figlio naturale. Nel nostro sistema giuridico il solo fatto della procreazione non è fattispecie in sé e per sé sufficiente a determinare la costituzione di un rapporto giuridico di filiazione e di uno stato di figlio. Il solo fatto della procreazione ha però alcuni effetti:

- la parentela di sangue in linea retta e collaterale è da sé rilevante per quanto riguarda gli impedimenti al matrimonio, e la sussistenza di un incesto;
- il fatto della procreazione fa anche nascere un elementare obbligo sanzionato penalmente, a non lasciare il figlio in stato di materiale abbandono; è inoltre fonte di obblighi puramente economici dei genitori verso i figli naturali non riconoscibili.

La **procreazione assistita** si dice **omologa** quando il figlio è concepito utilizzando i gameti della coppia richiedente; si dice **eterologa** quando si utilizza il gamete di un soggetto esterno alla coppia.

L'Italia ha legiferato per ultima in Europa in materia di procreazione medicalmente assistita. La f.a. è consentita solo come rimedio all'infertilità e in subordine ad altri rimedi possibili. L'eccesso alle tecniche riservato alle coppie coniugate o conviventi formate da persone maggiorenni di sesso diverso in età potenzialmente fertile, entrambe viventi - è stata vietata la fecondazione eterologa. È vietata la crioconservazione (congelamento) e la soppressione di embrione così formati perciò non si devono formare embrioni in numero superiore a quello strettamente necessario per un unico e contemporaneo impianto e comunque non superiore a tre.

In tutti i casi di f.a. la madre non può dichiarare la volontà di non essere nominata nell'accertamento del parto.

LA FILIAZIONE LEGITTIMA:

Lo stato di figlio legittimo si forma attraverso le seguenti *presunzioni*.

Se il figlio è nato nel periodo che va da 180 giorni dopo le nozze a 300 giorni dopo la separazione, il divorzio, l'annullamento la morte del marito scatta una presunzione legale assoluta in base alla quale il figlio è considerato concepito durante il matrimonio. la presunzione cessa dopo 300 giorni dalla data della prima comparizione dei coniugi davanti al giudice, quando questi li abbia autorizzati a vivere separati: da questa data cessa infatti l'obbligo di convivenza.

Il figlio concepito durante il matrimonio si presume figlio del marito. L'azione di disconoscimento della paternità può essere esperita solo in certi casi stabiliti dalla legge.

Anche il figlio nato nei primi sei mesi di matrimonio si presume generato dal marito. Qui il disconoscimento però può avvenire senza limiti.

Lo stato di figlio legittimo può essere fatto valere solo allegando l'atto di nascita: in mancanza basta provare il continuo **possesso dello stato di figlio legittimo**: si tratta di una situazione di fatto che fa ritenere l'esistenza di un rapporto di filiazione legittima; è indispensabile che esistano i tradizionali elementi del nomen, tractus e fama cioè che il figlio abbia sempre portato il *cognome* del padre, che il padre l'abbia sempre trattato come figlio e che come figlio sia stato considerato nei rapporti sociali e sia stato riconosciuto come figlio in famiglia.

Tipiche azioni, che hanno appunto lo scopo di ottenere una modificazione del titolo dello stato e si chiamano *azioni di stato*.

L'azione di **disconoscimento della paternità** serve a far cadere la presunzione di paternità. Si distinguono due ordini di ipotesi:

- 1) se il figlio concepito durante il matrimonio l'azione di disconoscimento può essere esperita solo nei casi seguenti:
 - a. Se nel periodo legale di concepimento che va da 300 a 180 giorni prima della nascita, i genitori non hanno coabitato;
 - b. Se nello stesso periodo il marito era affetto da impotenza;
 - c. Se nello stesso periodo la moglie ha commesso adulterio, o ha tenuta nascosta la gravidanza e il parto;la corte costituzionale ha dichiarato che al fine del disconoscimento della paternità sono necessarie comunque delle prove tecniche (test dna) e la dimostrazione dell'adulterio della moglie;
- 2) Se invece il figlio non si presume concepito durante il matrimonio l'azione è liberamente esperibile, ma rimane a carico dell'attore l'onere della prova.

Nei casi di fecondazione eterologa il coniuge che ha dato il consenso non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità per i casi a e b. tra il donatore di gameti e il nato non sussiste alcun rapporto giuridico di tipo familiare.

Possono agire il marito entro un anno dalla nascita o dal momento in cui sia venuto a conoscenza della propria impotenza; il figlio entro un anno dalla maggiore età o dall'avvenuta conoscenza dei fatti sui quali basa l'azione; la madre entro sei mesi dalla nascita del figlio o dal momento in cui è venuta a conoscenza della impotenza del marito.

Fuori dalle ipotesi descritte si può agire per la **contestazione della legittimità** dimostrando che non esiste valido matrimonio tra i genitori; il figlio non è stato affatto partorito dalla donna sposata, il che significa che la donna ha simulato il parto di un bambino non suo o che il bambino partorito dalla donna era un altro, ed è stato scambiato con quello che ora risulta suo figlio.

Infine l'azione di **reclamo della legittimità** serve ad accertare l'esistenza dei presupposti dello stato di figlio legittimo.

LA FILIAZIONE NATURALE:

Si parla di "filiazione naturale" per i figli nati al di fuori del matrimonio (art. 30 cost.). Nel caso di filiazione naturale, un pieno rapporto giuridico di filiazione si costituisce solo per effetto di un atto volontario del genitore (**riconoscimento di figlio naturale**) o di *accertamento* ad opera del giudice (**dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità**).

Il **riconoscimento di figlio naturale** è una dichiarazione di scienza con la quale una persona di chiara di essere padre o madre di una persona. Il riconoscimento è un atto *unilaterale*, ma può essere fatto congiuntamente dai due genitori; è atto *personalissimo*, e non può essere quindi compiuto tramite rappresentante; è un *atto puro*, che non sopporta condizione o termine; è *atto irrevocabile*.

È invece vietato il riconoscimento di figli incestuosi, cioè concepiti da genitori che siano tra loro parenti o affini in linea retta oppure fratelli. Il divieto cade in caso di *buona fede* del genitore o dei genitori che vogliono riconoscere il figlio. Il riconoscimento dev'essere autorizzato dal giudice. Per riconoscere un figlio naturale occorre aver compiuto i sedici anni di età. se chi ha procreato è minore dei sedici anni, non può neppure assumere i diritti e doveri propri ai genitori; in questo caso il figlio dovrà essere temporaneamente affidato ad altre persone.

Il consenso del figlio maggiore dei sedici anni è condizione di *efficacia* del riconoscimento. Se ha meno di sedici anni è necessario il consenso del genitore che lo abbia riconosciuto per primo: la mancanza del consenso può essere superata con un provvedimento del giudice, che *autorizza* il riconoscimento del secondo genitore nell'interesse del minore.

Il riconoscimento dev'essere posteriore alla nascita o al concepimento: è dunque possibile riconoscere un *nascituro*. Può anche essere riconosciuto un figlio premorto.

Quanto alla **forma**, il riconoscimento può avvenire nell'atto di nascita con dichiarazione raccolta dall'ufficiale di stato civile che forma l'atto; con dichiarazione apposita ricevuta dall'ufficiale di stato civile, da un giudice tutelare o da un notaio; con un testamento. Nei primi due casi, il riconoscimento è sempre un atto pubblico, nell'ultimo può essere anche una scrittura olografa privata.

Gli effetti del riconoscimento di figlio naturale possono essere eliminati solo con l'**impugnazione**, che è prevista per i seguenti casi:

- 1) Difetto di veridicità, cioè contrasto oggettivo con la verità dei fatti;
- 2) Violenza morale;
- 3) Interdizione giudiziale;

Nel primo caso la legittimazione è assoluta, negli altri relativa. Non hanno rilevanza quindi l'errore e il dolo; discussa è la rilevanza dell'incapacità naturale.

Il figlio naturale ha gli stessi diritti e doveri di un figlio legittimo verso i genitori. Il figlio naturale di persona unita in matrimonio, non può essere immesso nella casa familiare se non con autorizzazione del giudice, che può concederla solo se sussiste il consenso del coniuge e dei figli legittimi di età superiore ai 16 anni e il consenso dell'altro genitore naturale.

Se il figlio è stato riconosciuto da entrambi i genitori e con entrambi convive, si applica una disciplina simile a quella che vale per i figli legittimi: potestà esercitata da entrambi i genitori, decisioni prese d'accordo tra loro, ricorso al giudice in caso di conflitto;

se è stato riconosciuto da entrambi ma essi non convivono, la potestà è esercitata dal genitore che vive con il figlio. Se poi il figlio è affidato a terzi, allora la potestà è esercitata dal genitore che ha riconosciuto il figlio per primo.

Quanto al cognome, in caso di riconoscimento congiunto il figlio assume il cognome del padre; in caso di riconoscimento separato, assume il cognome di chi lo ha riconosciuto per primo. Il figlio naturale può richiedere al giudice di mantenere il cognome già attribuitogli se questo era oramai divenuto un segno distintivo della sua identità personale.

Lo stato di figlio naturale si acquista verso i genitori. La filiazione naturale, è opinione prevalente, che non stabilisca rapporti di parentela generale verso tutti i collaterali ma solo nel rapporto con i *fratelli naturali*: è questa, in realtà, l'unica differenza importante tra status del figlio naturale e quello del figlio legittimo.

Ogni differenza residua può tuttavia cadere con la **legittimazione**. Il modello favorito di legittimazione è quella per susseguente matrimonio: i genitori naturali, che hanno entrambi riconosciuto il figlio, si sposano e automaticamente il figlio diventa *legittimo*. Può anche avvenire con un *provvedimento del giudice* ma se il legittimante è coniugato occorre l'assenso del coniuge e vanno sentiti i figli legittimi di età superiore ai 16 anni.

Il figlio naturale può allora agire in giudizio per ottenere che il giudice, senza costituire uno status di filiazione condanni però il genitore a provvedere per il mantenimento o per gli alimenti.

L'ADOZIONE:

Si parla di "filiiazione civile" per sottolineare il rapporto costruito nell'ordine giuridico, senza la base naturale della procreazione (**adozione**). Si prevedono due diverse modalità di adozione.

- 1) L'**adozione dei minorenni** riguarda i minori che siano dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni perché si trovano in situazione di abbandono, in quanto privi di assistenza. Adottanti possono essere di regola solo due coniugi: essi debbono essere uniti in matrimonio da almeno tre anni, e non essersi separati neppure di fatto negli ultimi tre anni. Chi non abbia ancora questa anzianità matrimoniale può dimostrare di aver convissuto per tre anni prima del matrimonio. il singolo può adottare solo nei casi

particolare. Gli adottanti debbono essere effettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendono adottare. La differenza minima di età tra adottanti e adottato è di diciotto anni, quella massima di quarantacinque. La Corte costituzionale ha disposto che i limiti di età possano essere derogati quando la mancata adozione causerebbe un danno grave e non altrimenti evitabile all'interesse del minore; in ogni caso poi l'adozione è possibile quando il limite massimo sia superato da uno solo degli adottanti. Il minore che ha compiuto il quattordicesimo anno d'età non può essere adottato se non dà il proprio consenso. Ma deve essere personalmente sentito dal giudice anche l'adottando che ha compiuto i dodici anni. Questa forma di adozione rescinde completamente i legami con la famiglia d'origine. Il minore acquista lo stato di figlio legittimo degli adottanti ed è perciò inserito nella famiglia degli adottanti in modo equivalente a quello di un figlio legittimo, non solo nei rapporti con gli adottanti ma anche con i parenti degli adottanti: si parla per indicare questo effetto di **adozione legittimante**. Forma particolare di **affidamento** dei minori è l'affidamento preadottivo, che si inserisce nel procedimento di adozione dei minorenni per valutare se la convivenza tra i richiedenti e l'adottando sia positiva; sua caratteristica è perciò la revocabilità per difficoltà di convivenza non superabili.

- 2) L'**adozione dei maggiori d'età** corrisponde alla vecchia adozione ordinaria. Lo scopo è di dare una discendenza all'adottante. I legami con la famiglia d'origine non vengono recisi; l'adottato conserva i suoi diritti verso la famiglia di sangue e nel contempo acquista verso l'adottante diritti e obblighi equivalenti a quelli d'un figlio legittimo; nessun rapporto si instaura con i parenti dell'adottante.

L'adottato antepone al proprio il *cognome* dell'adottante. L'adozione ovviamente richiede **consenso** dell'adottante e dell'adottando.

Il limite minimo di età per l'adottante si ritiene 36 anni. La differenza minima è sempre 18 anni. È vietata l'adozione di propri figli naturali: lo strumento previsto per instaurare un rapporto di filiazione è il *riconoscimento*.

L'adozione è consentita anche a chi non è coniugato. Gli effetti sono quelli dell'adozione dei maggiorenni. Il minore deve essere informato della condizione adottiva da parte dei genitori. L'identità dei genitori biologici può essere conosciuta dall'adottato solo dopo che ha compiuto i venticinque anni o dopo la maggiore età per gravi ragioni riguardanti la sua salute fisica o psichica su autorizzazione del Tribunale per i minorenni. Le informazioni possono essere fornite ai genitori adottivi solo per gravi e comprovati motivi o al responsabile di una struttura sanitaria quando sia necessario ed urgente conoscerle per sventare un grave pericolo alla salute del minore.

Per quanto riguarda l'adozione internazionale, l'ente trasmette gli atti alla Commissione che, valutate le conclusioni poste dall'ente per conto degli aspiranti, dichiara che l'adozione risponde al superiore interesse del minore e ne autorizza l'ingresso e la residenza permanente in Italia.

L'adozione pronunciata all'estero produce nell'ordinamento italiano gli effetti della **adozione dei minori**.

LA FAMIGLIA DI FATTO:

La famiglia di fatto è come già detto la convivenza di tipo coniugale tra un uomo e una donna non uniti in matrimonio.

Ma che relazioni giuridiche nascono in una famiglia di fatto? Sono sostenibili i patti con cui i conviventi traducano i doveri morali in obbligazioni vere e proprie (patti di convivenza), inoltre il coniuge convivente *more uxorio* ha diritto al risarcimento del danno (patrimoniale) per la morte del compagno provocata da un terzo, nonché il diritto al danno morale per la stessa ipotesi.

GLI ALIMENTI:

Il primo obbligato agli alimenti è infatti il donatario. Solo la donazione obnuziale e la donazione remuneratoria non generano obblighi alimentari. Presupposto del diritto agli alimenti è lo *stato di bisogno*, cioè non essere in grado di provvedere al proprio mantenimento. La misura degli alimenti dipende dalla gravità dello stato di bisogno e dalle condizioni economiche dell'obbligato. Non bisogna far confusione tra *alimenti* e *mantenimento*. In entrambi i casi, si tratta di somministrazione di quanto è necessario per tutti i bisogni della vita. L'area dei bisogni di cui si tiene conto è, negli alimenti, quella dei bisogni essenziali, nel mantenimento tutta l'area dei bisogni che normalmente si soddisfano in rapporto alle condizioni economiche e sociali delle parti. I genitori sono tenuti a mantenere i figli sino alla maggiore età e oltre, fino al termine degli studi, se li hanno avviati a un corso di studi che non consente loro di mantenersi subito dopo la maggiore età. Il coniuge che non ha mezzi sufficienti può chiedere un assegno di *mantenimento*; ma se la separazione gli è addebitata, non ha diritto che agli alimenti.

L'INTERVENTO DEL GIUDICE NELLA FAMIGLIA:

Il giudice interviene:

- 1) Nel caso di disaccordo tra i coniugi sull'indirizzo della vita familiare;
- 2) In caso di disaccordo tra i genitori su decisioni educative;
- 3) In caso di condotta pregiudizievole verso la prole di uno o entrambi i genitori nell'esercizio delle loro potestà;
- 4) In caso di minore temporaneamente privo di adeguato ambiente familiare o di minore in stato di abbandono.

CAPITOLO 45-LE SUCCESSIONI A CAUSA DI MORTE

GLI EFFETTI DELLA MORTE. LA SUCCESSIONE:

Quando una persona muore vi sono rapporti che si estinguono, vi sono diritti che non si trasmettono, vi sono interessi personali la cui cura è rimessa ai discendenti. Le sostanze che una persona lascia dietro di sé sono destinate a passare nella titolarità di chi gli sopravvive.

Tutto il diritto delle successioni è retto da due principi fondamentali, che si limitano l'un l'altro: la **libertà testamentaria** e la **trasmissione familiare della ricchezza**. In base al primo principio, si riconosce ad ogni persona il potere di stabilire la sorte dei propri beni per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Riconoscendo e garantendo la "**successione testamentaria**" il legislatore consente alla persona di dettare legge riguardo alla sistemazione dei propri interessi. Il secondo principio si sviluppa in due direzioni. In mancanza di testamento si fa luogo a un sistema di **successione legittima** tra i parenti: le diverse categorie di successori legittimi, fino al sesto grado di parentela, sono collocate in gradini successivi ai fini della distribuzione delle sostanze del defunto, secondo un criterio-base per cui il più prossimo esclude i più lontani. Solo se mancano parenti entro il sesto grado succede lo Stato. Anche contro la volontà testamentaria o le liberalità disposte in vita, una quota dei beni è riservata dalla legge ad alcuni stretti congiunti, detti **legittimari**: il coniuge, i figli legittimi e naturali, gli ascendenti in mancanza di figli. Le *indennità* cui il lavoratore dipendente ha diritto in ogni caso di cessazione del rapporto di lavoro sono devolute ai superstiti secondo regole particolare; regole speciali valgono per la successione nei diritti derivanti dal contratto di *locazione* di immobili urbani o di *affitto* dei fondi rustici: si realizzano in questo modo fenomeni di **successione anomala**. Ecco perché una delle regole fondamentali in materia di successione a causa di morte è il **divieto di patti successori**. È patto successorio, e come tale **nullo**:

- 1) qualsiasi convenzione con cui una persona dispone della propria successione (impegnandosi a lasciare certi beni a certe persone o a preferire una persona rispetto a un'altra...);
- 2) Qualsiasi atto con cui un soggetto dispone dei diritti che gli potranno spettare in una futura successione altrui o rinuncia ai medesimi diritti.

Una parziale **deroga al divieto** dei patti successori è stata introdotta dalla l.55/2006 la quale introduce la possibilità di regolare con contratto (**patto di famiglia**) il trasferimento dell'azienda relativa ad una impresa familiare o a partecipazioni societarie di cui l'imprenditore sia titolare, a favore di uno o più discendenti.

L'OGGETTO DELLA SUCCESSIONE: L'EREDITA' E IL LEGATO:

Oggetto della successione è la totalità dei rapporti trasmissibili, attivi e passivi, di cui una persona è titolare al momento della morte. Tutti questi rapporti, considerati come un insieme, formano l'**asse ereditario**.

Erede è quindi colui che succede al defunto nella *totalità dei rapporti* che a lui facevano capo, o in una quota matematica del tutto. L'erede subentra perciò sia nei rapporti attivi e passivi, acquista i beni ma anche i debiti del defunto. Il patrimonio personale dell'erede assorbe l'eredità, e si verifica la **confusione** dei patrimoni. Perciò, l'erede corre il rischio di un'eredità "dannosa" perché dei debiti del defunto dovrà rispondere con tutti i suoi beni.

È possibile che alcuni beni vengano assoggettati a una successione a *titolo particolare*, che riguarda cioè la sola titolarità di quel determinato diritto. Ciò avviene nel **legato**, che è l'attribuzione, fatta per testamento, di un bene determinato o di una quantità di beni fungibili.

APERTURA DELLA SUCCESSIONE. DELAZIONE, VOCAZIONE:

Con la morte della persona si verifica l'**apertura della successione**. Con la morte, la successione "**si apre**" nel senso che prendono vigore le norme che regolano la successione. È possibile parlare di un vero e proprio *titolo* a succedere per i soggetti, indicati come eredi dalla legge o dal testamento: questo titolo è la **vocazione** all'eredità. Si distingue tra **vocazione legittima** (titolo a succedere è la legge) e **vocazione testamentaria** (titolo a succedere è il testamento). I soggetti che hanno titolo a succedere come eredi, vengono **chiamati** all'eredità. La **delazione** dell'eredità non è altro che l'acquisto del diritto di accettare da parte dei soggetti chiamati.

La posizione di **chiamato** all'eredità riceve una particolare protezione: alla persona che ha diritto ad accettare è attribuito il potere di compiere *atti conservativi, di vigilanza e di amministrazione temporanea* dell'eredità.

I TITOLI DI SUCCESSIONE:

La **successione legittima** è la successione regolata dalla legge, alla quale si fa luogo solo quando manca in tutto o in parte il testamento. **Successori legittimi** sono quei soggetti che hanno titolo a succedere in base a una delle norme che regolano la successione legittima. La legge stabilisce un *rapporto di subordinazione* della successione legittima alla successione testamentaria. La successione legittima ha valore suppletivo, si applica solo quando non sia prevista una soluzione nell'ambito dell'*autonomia* testamentaria.

La **successione testamentaria** è la successione regolata dal testamento che è "quell'atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse". Successione legittima e successione testamentaria possono anche combinarsi: quando il testamento non risolve tutti i problemi della successione, si applicano le regole della successione legittima per determinare la sorte delle sostanze di cui il testatore non ha disposto.

I **legittimari** sono alcuni stretti congiunti – il coniuge, i figli legittimi e naturali, e solo in mancanza di figli gli ascendenti – ai quali la legge riserva una quota della ricchezza del defunto: essi hanno diritto cioè ad una quota del patrimonio al netto dei debiti. Nell'uso corrente, si parla di **successione necessaria**.

CAPACITA' DI SUCCEDERE E INDEGNITA':

Primo requisito è che il chiamato sia *capace* di succedere e di acquistare l'eredità o il legato. Aspetti della *capacità giuridica* sono infatti la **capacità a succedere** e la **capacità di ricevere per testamento**; un aspetto della *capacità d'agire* è la **capacità di accettare** l'eredità. Sono capaci di succedere tutti coloro che sono *nati o concepiti* al momento dell'apertura della successione. Si riterrà già concepito al momento della morte chi sia nato entro i trecento giorni da tale data. Nel caso di *vocazione testamentaria*, è valida anche l'istituzione di erede o il lascito di un legato a favore di un beneficiario *non ancora concepito* purché figlio di una persona determinata, vivente al tempo della morte del testatore. Il tutore, il notaio che ha ricevuto il testamento, il

redattore di un testamento segreto, non possono ricevere da un determinato testatore o addirittura in base ad un determinato testamento. Il divieto determina la nullità della disposizione estesa anche alle disposizioni fatte in frode a questi divieti.

BOX