

ISTITUZIONI DI DIRITTO PRIVATO

(RIASSUNTO TRIMARCHI)

SEZIONE PRIMA INTRODUZIONE

Capitolo 1 - L'ORDINAMENTO GIURIDICO E LE FONTI DEL DIRITTO

DIRITTO: insieme di comandi rivolti ai consociati per dare ordine alla loro convivenza e organizzare le loro attività.

NORMA GIURIDICA: comando giuridico generale ed astratto. Questo suo carattere è necessario per garantire maggior ordine nella vita sociale e per evitare che essa possa favorire o danneggiare una persona determinata e per impedire discriminazioni al momento della sua applicazione.

La norma giuridica quasi sempre si collega con uno o più rimedi o **MECCANISMI SANZIONATORI**, i quali possono essere:

- **PENA:** il timore nei suoi confronti entra nel gioco delle motivazioni dei consociati e porta al rispetto della norma;
- **COAZIONE DIRETTA:** intervento da parte della forza pubblica per impedire il compimento di un atto vietato (violazione di domicilio);
- **ESECUZIONE FORZATA:** intervento della forza pubblica per eliminare una situazione antiggiuridica (edificio costruito abusivamente verrà demolito).

Altre volte il diritto attribuisce particolari **VANTAGGI** subordinandoli ad alcune condizioni. Per esempio si riconosce efficacia ad un contratto, ma solo se esso è lecito e fatto secondo le sue prescrizioni. Altrimenti esso sarà **INVALIDO**, l'**invalidità** si può considerare una sanzione.

Tuttavia non tutte le norme sono collegate in modo diretto al meccanismo sanzionatorio. **Esempio art 315 cod. civ.**

Tali regole sono comunque giuridiche, in quanto si collegano con altre a formare quel complesso sistema di norme che è detto: **ORDINAMENTO GIURIDICO**.

L'intero sistema giuridico si fonda sul principio che il giudice deve decidere secondo la legge, ma non vi è rimedio contro una sentenza sbagliata del giudice di ultima istanza.

FONTI DEL DIRITTO: ad esse sono dedicate alcune disposizioni anteposte al Cod. civ., ovvero le **disposizioni sulla legge in generale**. L'ordine nelle quali vengono elencate esprime una precisa gerarchia. Sono:

- **COSTITUZIONE**, prima per il suo carattere intrinseco di norma fondamentale che regge la comunità degli italiani e perché esprime i principi fondamentali dell'ordinamento. Inoltre essa getta i pilastri su cui si basa la democrazia repubblicana;
- **LEGGI ORDINARIE**, la differenza principale con quelle costituzionali sta nel fatto che quest'ultime non solo regolano i privati, i giudici e gli organi dello Stato, ma anche il Parlamento stesso. Le leggi ordinarie devono sottostare alla costituzione e se vengono considerate non conformi ad essa se ne dichiara l'invalidità. Le principali norme del diritto privato sono contenute nel **CODICE CIVILE emanato nel 1942**.
- **LEGGI REGIONALI**, emanate solo per alcune circoscritte materie stabilite dalla costituzione. Devono sottostare ai limiti e ai principi delle leggi ordinarie e costituzionali e non possono essere in contrasto con quelle di altre regioni. Vi sono alcune regioni, definite a **STATUTO SPECIALE**, che hanno un'autonomia legislativa più accentuata,
- **REGOLAMENTI**, si distinguono in varie categorie a seconda della materia regolata. Per ciò che concerne il diritto privato vi sono i **REGOLAMENTI DI ESECUZIONE**: disciplinano l'applicazione delle leggi statali e regionali, specificandole e completandole. La loro invalidità è rilevata dal giudice ordinario;
- **USI o CONSUETUDINI**; nascono dalla tradizione. Per la loro esistenza sono necessari un **ELEMENTO MATERIALE OGGETTIVO**, ovvero la **pratica costante e uniforme tenuta per lungo tempo dalla generalità**, e un **ELEMENTO PSICOLOGICO SOGGETTIVO**, ossia la **convinzione che la pratica sia obbligatoria in quanto conforme a una regola giuridica**. Il ruolo della consuetudine nel diritto

to è particolarmente ridotto. Essa ha valore solo se sia direttamente richiamata dalla legge o dal regolamento. I maggiori richiami avvengono in materia agricola, commerciale e marittima.

ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE

Come già detto la norma giuridica è generale e astratta, ma alla fine è sempre un fatto concreto, una situazione che deve essere giudicata giuridica o meno, lecita o illecita e in tal modo si deve giungere ad un giudizio non più generale e astratto, ma bensì individuale e concreto. Tale giudizio viene espresso dal giudice nella **SENTENZA**, la quale deve essere conforme alla norma generale e può essere accompagnata da **DISPOSIZIONI** e **ORDINI** che ne conseguono.

Il procedimento d'applicazione della norma generale e astratta è considerato come un **SILLOGISMO: norma premessa maggiore, fatto premessa minore e sentenza conclusione**.

Tutto ciò non consiste nella semplice riproduzione di un articolo di norma di legge, ma spesso essa deve essere **interpretata**, talvolta non esiste una norma direttamente applicabile al caso e quindi deve essere **creata** con particolari tecniche.

L'INTERPRETAZIONE: questo problema riguarda qualsiasi legge e non solo quelle che sono formulate in modo imperfetto. Questo perché ogni legge viene espressa con parole e ogni formulazione verbale può portare a problemi interpretativi.

L'interpretazione va condotta in relazione al contesto e ciò porta alla conseguenza che la medesima parola può assumere significati differenti. Esempio la parola "famiglia" in alcuni casi si intende solo i coniugi e i figli, in altri, invece, verrà intesa in senso più ampio prendendo in considerazione anche i parenti più lontani.

A tale proposito **l'art. 12 comma 1 delle disposizioni sulla legge in generale stabilisce che nell'applicare la legge non si può attribuire ad essa alcun significato se non quello fatto palese dalle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore**.

Questo articolo non è di grande aiuto, poiché nella prima parte fa un espresso richiamo all'attività del giudice e al suo dovere di fedeltà alle legge e nella parte finale il concetto dell'intenzione del legislatore è un qualcosa di particolarmente complesso. Questo perché la legge è il risultato di una complessa elaborazione di politici ed esperti e quindi non esiste un'unica intenzione o interpretazione della legge comune a tutti. Per comprendere ciò basta analizzare i lavori preparativi di una norma nei quali emorgono opinioni differenti e spesso confuse.

Da tutto questo emerge la chiara volontà di limitarsi a dettare le direttive centrali per poi lasciare al giudice il compito di specificare e adattare ai casi concreti la legge.

L'interpretazione di ciascuna norma deve essere condotta con riferimento al complesso dell'ordinamento giuridico e ai problemi della società, quindi anche se una norma specifica non viene modificata può variare la sua interpretazione in base a cambiamenti di altre leggi e allo sviluppo della società: **INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA**.

PROCEDIMENTO ANALOGICO: non sempre esiste una norma che può essere applicata direttamente al caso concreto. Infatti i problemi che si possono presentare sono una moltitudine e non esistono leggi per tutti. In tal caso è compito del giudice andare a crearne una tenendo conto delle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe, **art. 12 comma 2 delle disposizioni sulla legge in generale**.

Il momento essenziale di tale procedimento è la **DETERMINAZIONE DELLA RAGIONE GIUSTIFICATRICE** della norma per poter stabilire se essa può giustificare l'applicazione del medesimo trattamento nel caso analogo non previsto.

Il giudice dovrà preferire lo scopo più coerente, più utile e degno.

In altri casi si dovrà decidere in base ai principi generali dell'ordinamento giuridico, come quello d'uguaglianza, responsabilità delle proprie azioni, etc.

Esempi di procedimento per analogia: **art. 1768 cod. civ. dispone che il depositario deve usare nella custodia la diligenza del buon padre di famiglia, ma aggiunge che se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore**. Da qui si ricava un **principio generale**, ovvero "chi rende una prestazione gratuitamente è assoggettato a una responsabilità minore rispetto a chi agisce per corrispettivo".

LEGGI ECCEZIONALI: se si prende in considerazione il senso puramente logico-formale si può affermare che qualsiasi norma può considerarsi l'eccezione di un'altra, ma ciò non è corretto quindi si deve operare una valutazione **politico-giuridica** che porta a considerare **eccezionali solo quelle leggi per cui l'applicazione analogica sia pericolosa o inopportuna ai fini di un corretto funzionamento del meccanismo di produzione del diritto**.

Per chiarire questo concetto è opportuno fare una distinzione:

- **LEGGI STRUTTURALI**, esprimono principi stabili e portano a giudizi consolidati e accertati;
- **LEGGI CONGIUNTURALI**, dettate da contingenti variabili e di conseguenza la loro applicazione analogica a giudizi di valore non consolidati.

In base a questa distinzione si arriva alla vera e propria definizione di **leggi eccezionali**: sono **leggi eccezionali tutte le leggi congiunturali e quindi ad esse non sono applicabili per analogia**.

Ciò per la necessità di avere decisioni giudiziarie adeguate, oggettive, uniformi e prevedibili.

CLAUSOLE GENERALI: quando il legislatore si limita a fissare i principi lasciando al giudice il compito di specificare in relazione ai vari tipi di casi intervengono esse che possono essere:

- **buona fede**;
- **correttezza**;
- **buon costume**;
- **ordine pubblico**;
- **giustificato motivo**;
- **e molti altri**.

Un ruolo importante lo assume l'**EQUITÀ**: si **contrappone alla rigidità della norma, esprimendo l'ideale di una giustizia perfettamente adeguata alle particolarità di ogni caso concreto**.

Autorizzare il giudice a decidere secondo equità significa autorizzarlo a derogare in alcuni casi all'applicazione rigida della legge. Egli deve tener conto di tutte le circostanze del caso concreto che appaiono rilevanti in base al comune sentimento di giustizia.

IL GIUDICE E LA LEGGE

GIUDICE: la sua funzione non è semplicemente quella di prendere delle decisioni relative a un determinato caso in base alle norme formulate dal legislatore, ma egli, come si è già visto, può e deve decidere anche in base a regole create da sé o da egli interpretate. E' ovvio che tali regole non hanno la medesima efficacia delle norme giuridiche, infatti esse non sono vincolanti per gli altri casi. Anche se in tal modo si vengono a creare i cosiddetti **PRECEDENTI** che possono influenzare le future controversie.

Spesso è accaduto che con il passare del tempo le interpretazioni o le decisioni prese dai giudici nei singoli casi siano divenute delle vere e proprie leggi.

1. **INTERPRETAZIONE**: notevole importanza in campo politico e costituzionale, in quanto attiene alla produzione del diritto e ai rapporti tra potere legislativo e giudiziario. Questo aspetto si comprende se si osserva la storia. - **17 e 18 secolo**: le cause sono decise esclusivamente in base alla legge riguardante il caso specifico e l'interpretazione non era ammessa. In caso di mancanza di norma intervenivano gli esperti a cui era concessa l'interpretazione. - **Sviluppo degli stati moderni**: nascono i tribunali superiori. Nel contempo si accentua la tendenza del sovrano a riservarsi l'interpretazione, in particolare riguardo i suoi editti e le sue ordinanze. Il potere di produrre il diritto era suddiviso quindi tra i tribunali e il sovrano. - **Rivoluzione francese**: l'interpretazione è affidata esclusivamente al legislatore, mentre il giudice aveva solo il compito di applicare la legge. - **1804: Codice civile francese**. Abolizione di tutte le decisioni precedenti e concessione al giudice di decidere anche in mancanza di norma specifica del caso concreto. Di conseguenza gli venne concessa l'interpretazione, ma non vi era il precedente giudiziario. - **'800 e '900: Scuola della libera ricerca del diritto**, la quale dà al giudice l'obbligo di rispettare i comandi espressi dalla legge, ma laddove non vi sia una legge precisa o che risulti dubbia spetta a lui ricercare una soluzione consona.
2. **POTERI DEL GIUDICE**: la loro ampiezza dipende dalla tecnica legislativa. Una legislazione fatta di principi generali lascia largo spazio all'interpretazione giurisprudenziale. Ma tutto ciò comporta alcuni inconvenienti: - **INCERTEZZA**: diversi giudici potrebbero decidere in maniera differente riguardo il medesimo caso; - la possibilità di elaborare regole davvero **ADEGUATE**; - **INFLUENZA POLITICA** da parte del giudice nell'interpretazione. Infatti egli potrebbe decidere in base a propri criteri politici.

Capitolo 2 - DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO

L'ordinamento giuridico si suddivide in:

- **DIRITTO PUBBLICO**, ha per oggetto l'organizzazione **dello Stato, degli enti pubblici territoriali e gli altri enti pubblici, ovvero quelli che sono costituiti per realizzare interessi collettivi**. Inoltre rientrano

nel diritto pubblico i rapporti reciproci di questi enti quando riguardano l'esercizio delle loro funzioni pubbliche e i rapporti di questi con i privati quando in essi si manifesta la supremazia dell'ente pubblico e la soggezione del privato;

- **DIRITTO PRIVATO** regola i rapporti reciproci degli individui sia nel campo personale che in quello patrimoniale. Regola anche l'organizzazione e l'attività di società, associazioni e altri enti privati. Esso nel secolo scorso era considerato lo "statuto dei privati", inteso come la specificazione dei diritti dell'uomo ed era caratterizzato da un forte individualismo. Oggi esso si caratterizza per l'adozione di particolari strumenti tecnici: come impresa-proprietà-contratto-società-obbligazione. E di particolari principi: come uguaglianza-autonomia-concorrenza-divieto dell'autotutela.

Si è detto che il diritto pubblico assume un **carattere di supremazia** nei confronti di quello privato, ma ciò non è sempre vero. Infatti i poteri di supremazia sono contenuti in limiti definiti in relazione alle necessità pubbliche e ad un giusto temperamento tra interessi pubblici e privati. Di conseguenza al di fuori di tali limiti trovano applicazione le regole dettate dal diritto privato.

E' importante da ricordare anche che spesso l'ente pubblico preferisce ricorrere agli strumenti del diritto privato, per esempio nel caso in cui un comune vuole acquistare un determinato terreno.

Capitolo 4 - ASPETTI GENERALI DEL DIRITTO PRIVATO

DIVIETO DELL'AUTOTUTELA PRIVATA: la regola giuridica ha la finalità di assicurare il pacifico convivere e lo sviluppo dei consociati. Per raggiungere ciò non basta indicare cosa spetti a ciascuno, ma è necessario disciplinare il procedimento di attuazione del diritto.

Tutti gli ordinamenti progrediti vietano al privato di farsi giustizia da sé. Il divieto riguarda qualsiasi atto di chi, al fine di realizzare un proprio interesse, leda un diritto dell'obbligato o lo privi del potere di fatto finora esercitato su una cosa. Esempio art. 1168 cod. civ. passaggio su un terreno.

L'autotutela implica responsabilità civile e, talvolta, nei casi più gravi costituisce reato ed è soggetta a sanzioni penali.

Tuttavia esiste qualche deroga a tale divieto ed è consentita dalla legge in particolari casi. Per esempio quando sia **necessaria per difendere un proprio o altrui diritto contro un'aggressione attuale, ma la difesa deve essere sempre proporzionata all'offesa: art. 2044 Cod. Civ.**

Un altro caso in cui l'autotutela è consentita consiste nel fatto che **un creditore che detiene un bene del suo debitore può trattenerlo finché il debitore non adempì il debito.**

DIRITTO SOGGETTIVO: nel mondo giuridico esistono **varie posizioni** i cui schemi sono espressione della realtà storica.

Nel diritto privato la più importante è proprio il diritto soggettivo.

Insieme di pretese, facoltà, immunità e poteri riconosciuti al singolo per la soddisfazione di un suo interesse secondo il suo libero apprezzamento. Esso è definito in modo tale che ad esso corrisponda sempre un dovere.

I diritti soggettivi si distinguono in:

- **diritti relativi:** attribuiscono a una persona pretese che questa può far valere solo nei confronti di una o più persone determinata (credito di una somma di denaro). Questi possono anche avere per oggetto un'astensione (diritto derivante da un patto di non concorrenza);
- **diritti assoluti:** attribuiscono a una persona pretese che questa può far valere nei confronti di una moltitudine di persone indeterminata (diritto di proprietà, il brevetto).

Da un altro punto di vista i diritto soggettivi si distinguono in:

- **diritti della personalità:** diritto alla vita, al nome, all'onore, alla libertà di movimento, all'integrità fisica. Questo tipo di diritti sono intrasmissibili;
- **diritti patrimoniali:** hanno per contenuto un'utilità economica e sono trasmissibili. Essi a loro volta si suddividono in: 1. **diritti patrimoniali assoluti:** proprietà, diritti assoluti sulle cose e sulle opere dell'ingegno e le invenzioni; 2. **diritti patrimoniali relativi,** ovvero quelli di credito e i rapporti che ne derivano: **obbligazioni.**

Carattere essenziale del diritto soggettivo è la **libertà nel suo esercizio da ogni intervento esterno, attribuendo al singolo una zona di potere nella quale egli può muoversi liberamente.** Questo aspetto appare chiaramente il diritto soggettivo viene messo a confronto con la nozione di **POTESTÀ**, ovvero **potere attribuito a una persona per l'esercizio di una FUNZIONE** rivolta a proteggere e realizzare un interesse altrui. La figura principale di tale potere consiste nella **DISCREZIONALITÀ:** possibilità di decisione finalizzata proprio alla realizzazione dei determinati interessi. Ciò non vuol dire comunque che non sia sottratta a controlli esterni e

nemmeno a sanzioni giuridiche in caso di abuso.

AUTONOMIA PRIVATA: potere del singolo di regolare nel modo che ritiene maggiormente opportuno i rapporti giuridici. Essa si esplica tramite i **NEGOZI GIURIDICI: dichiarazioni dispositive alle quali l'ordinamento fa seguire effetti giuridici conformi all'intento del dichiarante e si svolge entro i limiti posti dal diritto.** Questi richiedono l'accordo di entrambi le parti che sono coinvolte.

Altri aspetti fondamentali del diritto privato sono:

- STABILITÀ
- DINAMICA
- CONCORRENZA
- SOLIDARIETÀ.

Capitolo 5 - I RAPPORTI GIURIDICI

NORMA GIURIDICA: consiste in un comando. Quindi se a un soggetto è comandato di tenere un certo comportamento è oggetto di un dovere. Da qui nasce la definizione di **DOVERE GIURIDICO:** esso può avere per oggetto un'azione (pagare, trasportare) oppure un'astensione (non costruire, non diffamare). Esso è sempre **imposto per la realizzazione di un determinato interesse.** Se di questo interesse è portatore un soggetto al quale sia attribuita la **possibilità di pretendere l'adempimento del dovere,** diciamo che questi è titolare di una **PRETESA.** Per esempio al dovere del debitore corrisponde la pretesa del suo creditore. La presenza della pretesa correlata al dovere è una costante del diritto privato, ma non del diritto pubblico.

OBBLIGO: dovere corrispondente ad una pretesa. Termine strettamente correlato a quello di pretesa. Infatti dire che A ha nei confronti di B l'obbligo di tenere un certo comportamento equivale a dire che a B spetta la corrispondente pretesa nei confronti di A.

FACOLTÀ: possibilità di scelta. Per esempio il proprietario di una macchina ha la facoltà di utilizzarla, demolirla e così via. **L'esercizio di una facoltà presuppone che esso non sia impedito da altri.** Tuttavia essa è protetta contro certi tipi di interferenza, ma non verso altri. Per esempio la facoltà di un commerciante di trattare un affare con un cliente non è protetto contro la concorrenza di chi voglia cercare di sottrarglielo offrendo condizioni migliori, ma è protetto contro la concorrenza sleale.

POTERE: possibilità di operare modifiche, creazioni, trasferimenti o estinzioni di pretese e obblighi nel modo voluto.

SOGGEZIONE: situazione di chi subisce le conseguenze dell'esercizio del potere giuridico.

IMMUNITÀ: deriva dalla mancanza di potere. Se A non ha il potere di modificare una certa situazione giuridica di B, diciamo che B ha una corrispondente immunità. Esempio importante è quello del debitore e il creditore. Infatti il creditore non soddisfatto potrà appropriarsi dei beni del debitore, ma non di tutti, i quali sono soggetti all'immunità, come quelli sacri.

DIRITTO SOGGETTIVO: vedere cap. 4.

ASPETTATIVA: avviene quando alcuni elementi da cui dipende l'acquisizione di un diritto non si sono ancora verificati. Quando essa non viene presa in considerazione dalla legge è chiamata, **aspettativa di fatto.** Esempio i figli di una persona si attendono di succederle alla sua morte.

Al contrario quando la legge tutela l'aspettativa questa viene detta, **aspettativa di diritto.** Esempio quando si vieta atti che possano impedire il perfezionarsi del diritto (art. 1358 cod. civ.).

Essa si può definire come un diritto in formazione e assume la natura del diritto che sta andando a formare.

DIRITTO POTESTATIVO: potere di determinare, mediante un proprio atto di volontà, una modificazione della sfera giuridica di un altro soggetto, il quale non può che subirla. Esempio il diritto di riscatto (art. 1500 cod. civ. oppure il diritto di prelazione).

ONERE: comportamento non obbligatorio, ma richiesto come presupposto per l'esercizio di un potere.

Esempio il compratore di una cosa difettosa, se vuole potersi valere dei rimedi di legge, ha l'onere di denunciare i difetti al venditore entro otto giorni dalla scoperta (art. 1459 comma 1 cod. civ.).

SEZIONE SECONDA I SOGGETTI

Capitolo 6 - LA PERSONA FISICA

La capacità giuridica

La capacità giuridica è la capacità di una persona di essere soggetto di diritti e di obblighi.

Essa si distingue dalla *capacità di agire*, che è la capacità di disporre dei propri diritti.

La capacità giuridica in generale spetta ad ogni uomo; può, invece, essere esclusa, in particolari casi limitati, la capacità di essere soggetto di particolari rapporti giuridici (*limitazione della capacità giuridica*).

La nascita e l'acquisto della capacità giuridica

La capacità giuridica si acquista, di regola, al momento della nascita (**art. 1 c.c.**). La legge, tuttavia, dispone che il concepito possa ricevere per donazione o per successione a causa si morte, alla condizione però che successivamente egli nasca e nasca vivo (**art. 1 comma 2 c.c.**). L'acquisto del concepito è subordinato all'evento della nascita. Durante la gestazione il nascituro ha solo un'aspettativa, tutelata mediante un'amministrazione dei beni nel suo interesse e l'eventuale prestazione di garanzie; al momento della nascita l'aspettativa diventa diritto perfetto. Il nascituro potrà rimanere in vita anche solo per pochi attimi, ma questi bastano per consolidare l'acquisto, con la conseguenza che il bene verrà trasmesso agli eredi legittimi. Inoltre la legge ammette che vengano lasciati beni al figlio non ancora concepito di una data persona vivente. Questo acquisterà l'eredità se e quando nascerà, altrimenti il bene verrà trasmesso secondo le disposizioni sussidiarie dettate dallo stesso testatore o in alternativa dalla legge (**art. 42 comma 3 c.c.**).

Diritti della personalità e libertà civili

A tutela della personalità umana il diritto riconosce a ciascun uomo alcuni diritti e libertà fondamentali.

È garantita l'inviolabilità fisica della persona. Ledere l'integrità fisica altrui costituisce un atto illecito. Anche la convenzione con la quale una persona disponga del proprio corpo vivente è illecita e priva di effetto quando l'atto così consentito cagioni una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o sia altrimenti contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume. (**art. 5 c.c.**).

Il diritto garantisce poi la libertà fisica di movimento e la libertà di fare o non fare; le libertà di religione, di parola, di opinioni politiche.

Per la tutela del diritto al nome la legge consente a ciascuno di agire in giudizio, sia contro chi gli contesti il diritto all'uso del proprio nome, sia contro chi ne usi indebitamente cagionandogli danno.

Il diritto all'onore è tutelato contro l'ingiuria e la diffamazione. Ogni persona ha diritto alla riservatezza della propria vita privata e alla verità personale.

Infine la Costituzione garantisce a ciascuno l'inviolabilità del domicilio e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione.

La capacità di agire. Le incapacità di protezione

La capacità di agire è la capacità di disporre dei propri diritti e di assumere impegni mediante manifestazioni di volontà.

Le cause principali per cui la capacità di agire può essere limitata o esclusa attengono a una riduzione o alla mancanza della capacità di intendere e di volere.

Il diritto intende proteggere l'incapace contro il pericolo che egli rechi danno a sé stesso. A questo scopo consente l'*annullamento* dei negozi giuridici stipulati dall'incapace.

Inoltre, in determinati casi, il diritto, affida a determinate persone il compito di provvedere agli interessi dell'incapace, avendo cura della sua persona, rappresentandolo negli atti civili, amministrandone i beni, o assistendolo nel compimento di certi atti. La possibilità che il genitore o il tutore si sostituisca all'incapace è esclusa quando si tratta di atti che implicano scelte di carattere strettamente personale.

Le cause che possono limitare o escludere la capacità di intendere e di volere sono la minore età, l'alterazione delle facoltà mentali e altre minorazioni.

La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno, e con essa si acquista la capacità generale di agire (**art. 2 c.c.**).

L'abituale infermità di mente che rende incapace di provvedere ai propri interessi dà luogo ad una sentenza di *interdizione*, quando sia necessaria per assicurare un'adeguata protezione all'incapace. L'interdetto è privo della generale capacità di compiere atti giuridici, tranne solo qualche eventuale e limitata eccezione, ed è affidato ad un tutore (**art. 414 c.c.**).

Se l'infermità di mente non è così grave da giustificare l'interdizione, si può pronunciare una sentenza di inabilitazione, che limita solo la capacità di compiere atti di ordinaria amministrazione e attribuisce all'inabilitato l'assistenza di un curatore (**art. 415 c.c.**).

La legge prende anche in considerazione la posizione delle persone che, per effetto di infermità, ovvero di una menomazione fisica o psichica, hanno necessità di un'assistenza per l'attuazione dei propri interessi. Per questi casi è prevista una amministrazione di sostegno (**art. 404 ss. c.c.**). L'amministrazione di sostegno si distingue dall'interdizione e dall'inabilitazione in primo luogo per la sua portata più limitata e poi perché può essere disposta anche solo per un periodo determinato.

Minori, interdetti, inabilitati, beneficiari dell'amministrazione di sostegno sono in stato in incapacità legale: assoluta quella dei minori e degli interdetti, che non possono stipulare validamente nessun negozio giuridico; relativa quella dei minori emancipati, degli inabilitati e dei beneficiari dell'amministrazione di sostegno, i quali hanno una più o meno limitata capacità di agire.

L'incapacità legale va distinta dalla effettiva incapacità di intendere e di volere, che si designa come incapacità naturale.

Quando vi è **incapacità legale** le norme protettive dell'incapace trovano applicazione anche se questi abbia la capacità naturale di intendere e di volere. In particolare il contratto, o altro negozio giuridico, stipulato dal minore o dall'interdetto è annullabile sempre, senza indagare se il minore sia particolarmente dotato, o se l'interdetto abbia agito durante un lucido intervallo.

Quando vi è solo **incapacità naturale** di intendere e di volere, la buona fede dell'altra parte può essere giustificata; di qui la seguente disciplina di legge, rivolta a conciliare razionalmente i contrapposti interessi:

- I negozi del diritto di famiglia compiuti da chi si trovi in stato di incapacità naturale di intendere e di volere possono essere annullati (**art. 120 c.c.**);
- L'incapacità naturale rende senz'altro annullabile il testamento (**art. 591 c.c.**), la donazione (**art. 775 c.c.**), e per analogia qualsiasi atto di liberalità;
- L'esigenza di tutelare l'affidamento è debole anche per gli atti unilaterali, in cui non vi è una controparte in senso proprio: essi sono annullabili se gravemente dannosi per l'incapace (**art. 428 c.c.**);
- L'affidamento si tutela nel campo degli affari, dunque nella materia dei contratti: perciò qui occorre non solo provare che l'atto reca un grave pregiudizio all'incapace, ma inoltre che risulti la malafede dell'altro contraente (**art. 428 c.c.**).

L'incapace di intendere e di volere non risponde civilmente dei propri atti illeciti [a meno che lo stato di incapacità derivi da sua colpa (**art. 2046 c.c.**)].

L'interdizione legale del condannato

Il condannato alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni è, durante la pena, in stato di interdizione legale, la quale, per ciò che concerne la disponibilità e l'amministrazione dei beni, implica gli stessi effetti dell'interdizione giudiziale (**art. 32 c.p.**). anche questa è un'incapacità di agire, ma con tutt'altro scopo: non già quello di proteggere il condannato, bensì quello di punirlo.

La minore età. La potestà dei genitori

Il negozio giuridico concluso dal minore di età è annullabile (**art. 1425 c.c.**): la sua efficacia può venire eliminata in base ad una tempestiva domanda giudiziale proposta nell'interesse del minore (**artt. 1441, 1442 c.c.**).

Quando si tratti, invece, di parole dette da un bambino in tenera età, il negozio giuridico è inesistente, e dunque radicalmente privo di effetti fin dall'inizio e senza necessità che venga esercitata un'azione giudiziale di annullamento.

Il negozio giuridico concluso dal minore è annullabile senza necessità di provare che esso gli sia effettivamente dannoso.

La cura della persona del minore e l'amministrazione dei suoi beni è affidata normalmente ai suoi genitori, i quali hanno a questo scopo un insieme di poteri 'DEFINITO' che costituiscono la potestà.

Prima della Riforma del Diritto di Famiglia del 1975 la potestà sui figli era esercitata dal solo padre, mentre **oggi è esercitata di comune accordo da entrambi**, salvi i casi di impedimento dell'uno o dell'altro. In caso di contrasto fra i genitori su questioni particolare importanza, è previsto l'intervento del giudice, che deve cercare di favorire un accordo, e, in caso di insuccesso, deve attribuire il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare gli interessi del figlio (**art. 316 c.c.**). Nel caso in cui vi sia urgenza di provvedere per evitare il pericolo di un grave pregiudizio per il figlio il padre può adottare i

provvedimenti indifferibili, anche in contrasto con la volontà della madre (la deroga al principio di uguaglianza dei coniugi è giustificata dall' **art. 29 Cost.**).

La potestà va esercitata nell'interesse del minore. Il suo esercizio costituisce un dovere (potere-dovere), anche se ciò non deve far dimenticare il naturale diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli.

La potestà dei genitori comprende, oltre al dovere del mantenimento, il potere-dovere di sorveglianza e di educazione.

Il potere di sorveglianza implica il potere di tenere il figlio presso di sé, o di destinargli una certa abitazione; quando il figlio se ne allontani senza permesso, i genitori possono richiamarlo, ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare (**art. 318 c.c.**). Il potere di sorveglianza ***implica anche quello di regolare le frequentazioni del figlio o di intercettarne la corrispondenza, qualora ne sia il caso.*** Dal dovere di sorveglianza dipende la responsabilità Civile dei genitori verso i terzi danneggiati dal fatto illecito del figlio minore, se questi abita con i genitori stessi (**art. 2048 c.c.**).

Il potere di educazione comprende la facoltà di compiere scelte assai delicate circa il corso di studi e l'educazione religiosa; vi è poi il potere di usare mezzi di correzione e di disciplina, nei limiti approvati dal costume (art. 571 c.p.).

La potestà dei genitori comprende il **potere-dovere di amministrazione del patrimonio e di rappresentanza legale dei figli** negli atti che non presuppongono scelte strettamente personali.

I genitori che esercitano la potestà hanno in comune l'usufrutto legale sui beni del figlio, tranne quelli che il figlio abbia acquistato col proprio lavoro e gli altri indicati nell'**art. 324 c.c.**; questo diritto comprende il potere di godere dei beni e percepirne il reddito.

La sanzione per la violazione dei doveri inerenti alla potestà sul figlio consiste, secondo i casi, nella decadenza della potestà, nella rimozione dall'amministrazione, nella privazione o limitazione dell'usufrutto legale o in altri provvedimenti che il tribunale ritenga convenienti all'interesse del figlio (**artt. 330, 333, 334 c.c.**).

La tutela dei minori

Se entrambi i genitori sono morti, o per altre cause non possono esercitare la potestà, si apre la TUTELA (**art. 343 c.c.**). Il Giudice Tutelare nomina tutore la persona designata dal genitore che ha esercitato per ultimo la potestà. Se questa designazione manca, o se si oppongono gravi motivi, sarà scelta un'altra persona, preferibilmente fra i prossimi parenti o affini del minore (**art. 348 c.c.**).

Il tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni (**art. 357 c.c.**). Tutto ciò avviene ovviamente sotto il controllo del Giudice Tutelare.

L'emancipazione

Il minore che abbia compiuto i sedici anni di età può, per gravi motivi, essere autorizzato a contrarre matrimonio (**art. 84 c.c.**). ***Il minore, sposandosi, acquista l'emancipazione, ossia la capacità di compiere da solo gli atti di ordinaria amministrazione.*** Per gli altri occorre l'assistenza del Curatore (che NON si sostituisce al minore, ma lo assiste) ed eventualmente l'autorizzazione del Giudice Tutelare e del tribunale (**art. 394 c.c.**).

Tutela degli interdetti e curatela degli inabilitati

Per **INTERDIZIONE** si intende ***l'abituale infermità di mente che rende incapace di provvedere ai propri interessi e quindi privo di della generale capacità giuridica.***

L'interdetto si trova, quindi, in uno stato di incapacità assoluta; egli è assoggettato ad una tutela, alla quale si applicano le disposizioni sulla tutela dei minori (**art. 424 c.c.**).

Per **INABILITAZIONE** si intende ***l'infermità mentale non grave, che limita solo la capacità di compiere atti di straordinaria amministrazione.***

Per gli altri gli occorre l'assistenza del curatore ed eventualmente l'autorizzazione del giudice tutelare e del tribunale.

L'interdizione o l'inabilitazione può essere revocata con sentenza qualora ne venga meno la causa (**art. 429 c.c.**).

Amministrazione di sostegno

L'amministrazione di sostegno è disposta dal giudice tutelare su ricorso dello stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato, del coniuge, della persona stabilmente convivente, o di altri soggetti indicati dalla legge (**artt. 404, 406, 417 c.c.**).

L'Amministratore di Sostegno agisce solo per determinati atti o categorie di atti, precisati nel provvedimento della sua nomina e può essere disposto anche solo per un tempo determinato. Il decreto di nomina contiene anche le indicazioni sull'oggetto dell'incarico, degli atti che egli ha il poter di compiere in nome e per conto

del suo beneficiario e quelli che, invece, il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore. Nello svolgimento del suo compito l'amministratore deve tener conto dell'interesse, dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario e deve sempre informarlo degli atti da compiere: in caso di contrasti con il beneficiario deve avvertire il giudice tutelare. Gli atti compiuti in violazione di disposizioni di legge sono **ANNULLABILI**.

Quando vengano meno i presupposti dell'amministrazione di sostegno, questa è revocata dal giudice tutelare su istanza dello stesso beneficiario, dell'amministratore di sostegno, o degli altri soggetti previsti dalla legge (**art. 413 c.c.**).

Sede della persona: domicilio e residenza

Il luogo in cui una persona vive e opera costituisce il punto di riferimento per lo svolgimento di numerosi rapporti giuridici. La legge distingue: la **dimora**, luogo in cui la persona si trova attualmente, anche per breve tempo; la **residenza**, luogo in cui la persona ha la dimora abituale; il **domicilio**, luogo in cui la persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi (**art. 43 c.c.**).

Scomparsa, assenza, morte presunta

Quando una persona non è più comparsa nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima residenza e non se ne hanno più notizie, il Tribunale, su istanza degli interessati o dei presunti successori legittimi o del pubblico ministero può nominare un curatore e dare gli altri provvedimenti necessari per la conservazione del patrimonio dello **scomparso** (**art. 48 c.c.**).

Trascorsi due anni dal giorno a cui risale l'ultima notizia, il Tribunale può dichiarare l'**assenza** e immettere nel possesso temporaneo dei beni dell'assente coloro che ne sarebbero eredi se egli fosse morto (**artt. 49, 50 c.c.**). Costoro dovranno conservare il patrimonio per restituirlo all'assente nel caso in cui ritorni.

Trascorsi dieci anni dal giorno a cui risale l'ultima notizia dell'assente, il Tribunale può dichiarare la **morte presunta**, fissandone la data nel giorno a cui risale l'ultima notizia (**art. 58 c.c.**). I presunti eredi e legatari acquistano allora la libera disponibilità dei beni (**artt. 63, 64 c.c.**) e il coniuge può contrarre nuovo matrimonio (**art. 65 c.c.**).

Se il presunto morto ritorna, o ne è provata l'esistenza, recupera i beni nello stato in cui si trovano (**art. 66 c.c.**). Il nuovo matrimonio del coniuge, celebrato dopo la dichiarazione di morte presunta, è nullo; ma i suoi effetti civili si producono fino al momento della dichiarazione giudiziale di nullità (**art. 68 c.c.**).

Capitolo 7 - LE PERSONE GIURIDICHE

Cenni introduttivi

Si presentano quali possibili soggetti di rapporti giuridici, lo Stato stesso e gli altri enti pubblici territoriali (Regioni, Province, Comuni), svariati enti istituiti o regolati dalla legge in modo particolare per la realizzazione di scopi di interesse pubblico e poi consorzi, società, associazioni e fondazioni.

Questi enti possono essere considerati come soggetti della vita giuridica in modo analogo agli uomini e vengono designati come **persone giuridiche**.

Talvolta si tratta di realizzare interessi di carattere generale, quindi è necessario che un Ente si faccia portatore istituzionale di tali interessi; altre volte può trattarsi di uno scopo per il quale non bastano le forze di un singolo, ma occorrono le attività ed i mezzi materiali coordinati di più persone. Vi è uno scopo ulteriore che spinge alla costituzione di una persona giuridica: spesso si è disposti ad arrischiare in essa alcuni determinati beni o somme di denaro, e niente di più. Questo risultato si può raggiungere conferendo denaro e beni ad una persona giuridica, la quale svolgerà l'attività come un soggetto separato, senza implicare la personale e illimitata responsabilità di chi opera per mezzo di essa (***limitazione di responsabilità***).

L'autonomia patrimoniale

Perché si possa parlare di una persona giuridica occorre essere in presenza di un ***patrimonio*** (inteso come un insieme di rapporti giuridici attivi e passivi) che sia staccato dal patrimonio di qualsiasi persona fisica e sia sottoposto a vicende autonome, dirette a realizzare un determinato scopo.

L'***autonomia*** del patrimonio della persona giuridica significa che, finché questa dura, esso è stabilmente destinato allo scopo dell'ente, subisce le conseguenze delle operazioni deliberate e attuate dagli organi di questo, mentre è insensibile alle vicende che riguardano i soggetti in qualche modo interessati all'esistenza e all'attività dell'ente stesso.

La comunione ***non ha alcuna autonomia patrimoniale***, perché diritti e debiti comuni non costituiscono un patrimonio unificato e distinto da quello dei partecipanti.

Una separazione patrimoniale netta e completa la troviamo, invece, nella società per azioni: i soci non

rispondono dei debiti della società e, soprattutto, il patrimonio sociale non è assoggettato in alcun modo alle pretese dei creditori particolari dei singoli soci. In questo caso l'ente ha un'*autonomia patrimoniale perfetta*. In posizione intermedia tra questi estremi si collocano vari tipi di organizzazioni giuridiche collettive che appaiono dotate di un'*autonomia patrimoniale imperfetta*, perché il loro patrimonio non è del tutto insensibile alle vicende patrimoniali dei partecipanti ed è soggetto a disgregarsi parzialmente anzitempo a causa delle pretese dei creditori di questi.

Autonomia patrimoniale vuol dire, dunque, insensibilità del patrimonio dell'ente ai debiti personali del singolo partecipante o, quanto meno, esistenza di qualche schermo giuridico che difenda, in maggior o minor misura, il patrimonio dell'organizzazione dai contraccolpi dei debiti dei singoli partecipanti, assicurando in ogni caso la destinazione preferenziale dell'attivo dell'ente alla soddisfazione dei creditori dell'ente stesso.

La separazione del patrimonio dell'ente da quelli dei partecipanti implica che esso operi nel mondo del diritto come un soggetto giuridico distinto.

Quanto più netta è la separazione, tanto più rigorosa diventa la disciplina di legge intesa ad assicurare la tutela dei creditori sociali, degli interessati e del pubblico in generale, accentuando obblighi di pubblicità delle vicende più importanti dell'ente, disponendo controlli pubblici, particolari formalità e cautele per lo scioglimento e per le altre operazioni che possano pregiudicare i creditori sociali, tipicità delle strutture organizzative.

Gli organi

Presenza di una o più persone alle quali il patrimonio è affidato. Queste costituiscono l'*organo amministrativo* dell'ente.

Vi sono organizzazioni, le quali hanno lo scopo di realizzare interessi generali o di persone esterne alla loro struttura organizzativa (*istituzioni*). In esse la direttiva di massima per operare degli amministratori è costituita dallo scopo dell'ente, qual è definito nell'atto costitutivo.

Invece, le organizzazioni a carattere associativo (*corporazioni*) si propongono di realizzare interessi di cui sono portatrici persone operanti all'interno della loro struttura organizzativa. In esse i partecipanti (*soci* o *associati*) deliberano riuniti in *assemblea generale*.

In alcune persone giuridiche sono presenti anche *organi di controllo*.

E' possibile, infine, la presenza di organi ulteriori, con il compito di rappresentare e difendere particolari interessi.

Gli atti giuridici compiuti dagli organi dell'ente, entro i limiti dei loro poteri, vengono imputati a quest'ultimo. All'ente vengono, inoltre, imputati gli atti illeciti compiuti dai titolari degli organi nell'esercizio delle loro incombenze.

Classificazione delle persone giuridiche private

Le *istituzioni* sono vincolate a uno scopo che è prestabilito nell'atto costitutivo ed è relativamente immutabile. Esse possono proporsi di realizzare un fine di carattere generale (ad esempio un'istituzione per la ricerca scientifica), oppure interessi di una particolare categoria di persone (ad esempio una casa di riposo per musicisti anziani): anche in quest'ultimo caso ai beneficiari non spetta di dominare l'ente.

Fra le istituzioni hanno importanza prevalente le *fondazioni*: queste vengono istituite da uno o più fondatori, i quali conferiscono il patrimonio iniziale e fissano nell'atto costitutivo lo scopo dell'ente e le norme sull'amministrazione. Possono anche venire costituite ad opera di un comitato promotore, il quale raccolga presso terzi i fondi necessari.

Le *corporazioni* sono gruppi di persone che gestiscono sovranamente la propria organizzazione e dispongono liberamente del patrimonio comune. L'interesse è liberamente e sovranamente interpretato dai membri del gruppo, i quali potrebbero anche sciogliere l'ente o modificarne lo scopo.

Gli enti a struttura corporativa prendono il nome di *associazioni*, se il loro scopo diretto non è l'esercizio di un'attività produttiva. Se lo scopo è lucrativo o mutualistico prendono il nome di *società*. Se lo scopo è il comune soddisfacimento in comune di un bisogno economico dei partecipanti, attraverso il compimento di un'opera, la prestazione di un servizio, oppure il coordinamento e la disciplina delle attività economiche dei partecipanti, prendono il nome di *consorzi*.

Capitolo 8 - LE ASSOCIAZIONI

La libertà di associazione e la tutela dell'individuo nell'associazione

L'associazione è un'organizzazione collettiva privata, formata da una pluralità di persone che perseguono uno scopo comune di natura ideale o, comunque, diverso dall'esercizio di un'attività economica.

Essa nasce per effetto di un accordo fra le persone che decidono di associarsi (*atto costitutivo*) e stabiliscono le regole di funzionamento dell'associazione (*statuto*).

In Italia la libertà di associazione è garantita dall'**art. 18 Cost.**

Il riconoscimento e l'autonomia patrimoniale

Le associazioni possono venire riconosciute con provvedimento dell'autorità amministrativa.

Il riconoscimento non è un presupposto per l'efficacia giuridica dei patti associativi; esso si limita a conferire la personalità giuridica: ciò significa la più netta separazione dell'ente delle persone degli associati e dei gestori e implica che dei debiti dell'associazione risponde solo questa con il suo patrimonio.

In mancanza del riconoscimento, invece, alla responsabilità dell'associazione si accompagna la responsabilità personale di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione stessa [ma anche la responsabilità di qualsiasi associato (**art. 38 c.c.**)].

Il riconoscimento ha, dunque, efficacia costitutiva della personalità giuridica.

Il riconoscimento potrà venire negato quando il patrimonio appaia insufficiente a garantire le ragioni dei creditori futuri.

Gli atti più importanti nella vita delle persone giuridiche sono soggetti a *pubblicità* nel registro delle persone giuridiche, che può essere consultato da chiunque.

La soggettività giuridica e il patrimonio delle associazioni

I contributi degli associati e i beni altrimenti acquistati costituiscono il fondo dell'associazione. Questo fondo è proprietà dell'associazione e non proprietà comune degli associati, i quali non hanno alcun diritto su di esso e, quando recedono dall'associazione, o ne sono esclusi, non hanno diritto alla liquidazione di una quota (**artt. 24, 37 c.c.**).

Il patrimonio sociale è, dunque, ben distinto rispetto a quello dei singoli associati, tanto nell'associazione riconosciuta, quanto in quella non riconosciuta.

Atto costitutivo e statuto

Le associazioni si costituiscono con un accordo tra un gruppo di persone, che saranno i primi associati.

Per costituire un'associazione non riconosciuta non sono necessarie formalità particolari. È sufficiente l'accordo, comunque manifestato, sugli elementi essenziali per l'esistenza dell'associazione.

Se l'associazione aspira ad ottenere il riconoscimento, l'atto costitutivo dovrà essere redatto in forma pubblica (**artt. 14, 2699 c.c.**) e dovrà indicare anche la denominazione, il patrimonio e la sede.

Gli organi dell'associazione

L'assemblea degli associati delibera in base al principio maggioritario.

Le deliberazioni dell'assemblea possono essere impugnate dinanzi all'autorità giudiziaria.

Il controllo giudiziario è necessario a tutela dei singoli associati, dell'ente stesso e di interessi generali. Esso, però, non deve ledere l'autonomia dell'associazione, e perciò non può portarsi sull'opportunità delle scelte operate dall'assemblea, ma solo sulla loro conformità alla legge, all'atto costitutivo e allo statuto. (**art. 23 c.c.**); si dice che il controllo è di legalità, non di merito. L'assemblea degli associati nomina gli amministratori.

Federazioni di associazioni e associazioni parallele

Le grandi associazioni presentano problemi organizzativi che vanno risolti attraverso il decentramento.

Una soluzione è quella di costituire numerose associazioni minori, di carattere settoriale o locale, e riunirle in una *federazione*: quest'ultima non è altro che un'associazione, i cui membri sono altre associazioni anziché persone fisiche.

Altra struttura possibile è quella delle *associazioni parallele*: gli iscritti partecipano tanto alle sezioni locali o settoriali, quanto all'associazione di vertice, con due rapporti paralleli e inscindibili.

Ammissione e recesso degli associati

Le associazioni, nella loro struttura tipica, sono aperte all'adesione di nuovi membri. Gli statuti determinano i requisiti necessari per l'ammissione. Il rifiuto dell'ammissione non può venire sindacato dall'autorità giudiziaria, perché ciò contrasterebbe con la libertà di associazione.

L'associato può sempre recedere dall'associazione, se non ha assunto l'obbligo di farne parte per un tempo determinato (**art. 24 c.c.**). L'impegno di partecipare all'associazione per tutta la vita è nullo, per la tutela della libertà del singolo. Anche quando l'impegno di restare nell'associazione sia valido, sarà sempre possibile recedere anticipatamente e con effetto immediato per giusta causa.

Esclusione degli associati

L'esclusione di un associato non può essere deliberata dall'assemblea che per gravi motivi; la deliberazione di esclusione deve essere motivata. Essa potrà venire impugnata di fronte all'autorità giudiziaria non solo per violazione di regole legali o statuarie sul procedimento (**art. 23 c.c.**), ma anche per gravi motivi (**art. 24 c.c.**). L'autorità giudiziaria, però, non può sostituire i propri criteri a quelli dell'associazione.

L'associato receduto, o escluso, o che comunque abbia cessato di appartenere all'associazione, non può pretendere che gli venga liquidata una quota del patrimonio sociale (**artt. 24, 37 c.c.**).

L'estinzione dell'associazione

L'associazione si estingue quando lo scopo è stato raggiunto o è diventato impossibile, o quando siano venuti a mancare tutti gli associati (**art. 27 c.c.**).

L'associazione si estingue, inoltre, per deliberazione dell'assemblea, approvata con il voto di almeno tre quarti degli associati (**art. 21 c.c.**).

L'associazione non viene meno immediatamente, ma entra in *liquidazione*. In questa fase non si possono compiere nuove operazioni (**art. 29 c.c.**): si devono solo definire i rapporti giuridici pendenti, pagando i creditori dell'associazione. I beni che restano sono devoluti secondo le disposizioni dell'atto costitutivo o dello statuto o secondo le deliberazioni dell'assemblea che ha stabilito lo scioglimento. In mancanza, provvede l'autorità governativa attribuendo i beni ad altri enti che abbiano fini analoghi (**artt. 30, 31, 32 c.c.**). Esaurita la liquidazione, l'associazione si estingue.

Capitolo 9 - FONDAZIONI E COMITATI

Costituzione, riconoscimento

La fondazione è un'istituzione creata da un fondatore (o da più fondatori) per attuare la destinazione di un patrimonio a un determinato scopo.

Si distingue dall'associazione, perché quest'ultima consiste in un gruppo di persone, le quali, deliberando in assemblea, possono determinare, interpretare e modificare liberamente gli scopi dell'associazione, orientarne l'attività attraverso la scelta e il controllo degli amministratori, e anche deciderne lo scioglimento.

La fondazione, invece, persegue finalità esterne, che sono predeterminate dal fondatore con l'atto costitutivo, si impongono agli organi della fondazione e sono relativamente immutabili.

La fondazione ha solo organi serventi; non ha un organo dominante, come è l'assemblea degli associati in un'associazione.

La fondazione è costituita con atto pubblico o con testamento (**art. 14 c.c.**). L'atto costitutivo deve contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede e le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione. Deve inoltre determinare i criteri e le modalità di erogazione delle rendite (**art. 16 c.c.**).

Anche la fondazione acquista la personalità giuridica con il riconoscimento amministrativo.

Se l'attività è iniziata prima del riconoscimento e ne derivano delle obbligazioni, di queste risponderanno personalmente coloro che le hanno assunte.

La costituzione e gli altri fatti più importanti della vita delle fondazioni sono soggetti a pubblicità nel registro delle persone giuridiche.

Organi. Controlli pubblici

Gli amministratori sono nominati secondo le modalità prescritte dall'atto costitutivo, ma se ciò non avviene sarà l'Autorità Amministrativa a designarli in base all'**art. 25 comma 1 del c.c.**

Inoltre, l'Autorità Amministrativa:

- Controllerà l'attività di tali amministratori per assicurare che il patrimonio venga effettivamente utilizzato per lo scopo stabilito e non per interessi interni alla fondazione;
- Annulerà tutte quelle deliberazioni non previste nell'atto costitutivo o contrarie all'ordine pubblico ed al buon costume;
- Può sciogliere l'Amministrazione nominando un Commissario Straordinario qualora gli amministratori non agiscano secondo lo statuto o lo scopo scelto (**art. 25 c.c.**).

Diritti dei beneficiari

Sovente gli statuti delle fondazioni prevedono l'erogazione di somme o l'esecuzione di altre prestazioni a terzi. Ci si domanda, allora, se questi abbiano un corrispondente diritto soggettivo: se possano, cioè, agire per ottenere la prestazione, nel caso che la fondazione non la esegua.

La risposta è affermativa, nel caso che il terzo sia determinato dall'applicazione meccanica di criteri previsti

nell'atto costitutivo della fondazione, senza necessità di ulteriori valutazioni discrezionali.

Trasformazione ed estinzione delle fondazioni

La struttura e lo scopo della fondazione sono quelli determinati inizialmente nell'atto costitutivo.

La loro immutabilità non può, però, essere assoluta. Perciò, se lo scopo si esaurisce, o diventa impossibile o di scarsa utilità, o se il patrimonio diventa insufficiente, l'autorità governativa può trasformare la fondazione, allontanandosi il meno possibile dal suo carattere originario (**art. 28 c.c.**). Nel caso che il patrimonio sia divenuto insufficiente il provvedimento più razionale è spesso quello della fusione con altre fondazioni che abbiano uno scopo analogo.

La trasformazione non è però ammessa quando i fatti che vi darebbero luogo sono considerati nell'atto di fondazione come causa di estinzione dell'ente e di devoluzione dei beni a terze persone (**art. 28 c.c.**).

La fondazione si estingue per le cause previste nell'atto costitutivo e nello statuto; si estingue inoltre quando lo scopo è stato raggiunto o è diventato impossibile (**art. 27 c.c.**), se l'autorità governativa non provvede alla trasformazione.

I comitati

I comitati sono gruppi di persone che raccolgono presso terzi fondi destinati ad uno scopo annunciato.

Lo scopo annunciato costituisce un vincolo di destinazione che grava sui fondi raccolti, e che i componenti del comitato non possono successivamente modificare. Appartengono al genere delle fondazioni.

In assenza del riconoscimento manca il beneficio della limitazione di responsabilità: delle obbligazioni assunte risponde non solo il fondo raccolto, ma rispondono anche, personalmente e solidalmente, i componenti del comitato. I fondi comuni, però, non appartengono più a coloro che li hanno offerti e neppure appartengono ai componenti del comitato.

La responsabilità personale per le obbligazioni assunte dal comitato grava sui componenti del comitato, e non anche sui sottoscrittori, i quali sono tenuti soltanto ad effettuare le obbligazioni promesse (**art. 41 c.c.**).

Coloro che si assumono la gestione dei fondi raccolti sono responsabili personalmente e solidalmente della conservazione dei fondi e della loro destinazione allo scopo annunciato (**art. 40 c.c.**).

Qualora i fondi raccolti siano insufficienti allo scopo, o questo non sia più attuabile, o raggiunto lo scopo, si abbia un residuo di fondi, l'autorità governativa stabilisce la devoluzione dei beni, se questa non è stata disciplinata al momento della costituzione (**art. 42 c.c.**).

SEZIONE TERZA

NOZIONI PRELIMINARI SUI BENI E SUI DIRITTI PATRIMONIALI

Capitolo 10 - I BENI

L'oggetto dei diritti patrimoniali

Il diritto soggettivo attribuisce e garantisce al suo titolare determinate utilità. Queste derivano, talvolta, dall'utilizzazione di una cosa o di un'energia naturale che abbia valore economico. Altre volte derivano da un comportamento altrui (la prestazione).

Distinzione fra ***diritti reali e diritti di credito.***

Accanto ai diritti reali e ai diritti di credito vi è un'altra grande categoria di diritti patrimoniali: i ***diritti sulle opere dell'ingegno.*** Oggetto di questi diritti è l'opera letteraria, scientifica, artistica, l'invenzione industriale, il modello di utilità o il modello ornamentale. L'opera dell'ingegno si può dunque concepire come un bene immateriale.

Beni materiali. Definizione e classificazione delle cose

Sono beni materiali le cose e le energie suscettibili di appropriazione e che possono perciò formare oggetto di diritti (artt. 810, 814 c.c.).

1) Cose mobili e immobili

Sono beni immobili i terreni (comprese le sorgenti e i corsi d'acqua) e tutto ciò che sia materialmente incorporato al suolo: principalmente gli edifici e gli alberi; si aggiungono i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti, quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo e sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione.

Sono mobili tutti gli altri beni (art. 812 c.c.).

La staticità degli immobili e la maggiore facilità di individuazione rende più facile annotare i trasferimenti e le altre vicende giuridiche in pubblici registri, affinché chiunque ne possa prendere conoscenza (*pubblicità*

immobiliare).

I trasferimenti mobiliari possono manifestarsi ai terzi, nella maggior parte dei casi, solo attraverso gli spostamenti del possesso, cioè del potere di fatto esercitato sulla cosa: questo viene a svolgere così una funzione di pubblicità. La circolazione delle cose mobili è più semplice: queste possono venire trasferite senza il rispetto di forme particolari, mentre per trasferire beni immobili si richiede un atto scritto (**art. 1350 c.c.**).

2) **Cose fungibili e infungibili**

Cose fungibili sono quelle che possono sostituirsi indifferentemente le une alle altre, perché uguali quantità di cose dello stesso genere sono del tutto equivalenti ai fini dell'utilizzazione.

Infungibili sono invece le cose prodotte in esemplari unici, gli originali delle opere d'arte non multiple, e tutte le cose usate.

Sono infungibili, di regola, gli immobili.

Cos eminentemente fungibili sono i biglietti di banca e le monete.

Il venditore di cose fungibili non è tenuto a consegnare esemplari determinati, ma si libera trasferendo esemplari qualsiasi appartenenti al genere richiesto, purché siano di qualità non inferiore alla media (**art. 1178 c.c.**).

Se viene illecitamente distrutta una cosa il risarcimento in forma specifica è possibile se si tratta di una cosa fungibile: se si tratta invece di una cosa infungibile, il danno potrà venire risarcito solo pagandone l'equivalente in danaro.

Solo le cose fungibili possono essere oggetto del contratto di mutuo (**art. 1813 c.c.**).

3) **Cose consumabili e non consumabili**

Sono consumabili le cose insuscettibili di uso continuativo o ripetuto, perché vengono consumate dal primo atto di utilizzazione.

In consumabili sono le cose suscettibili di utilizzazione ripetuta, anche se questa finisca, prima o poi, per deteriorarle.

Le cose in consumabili possono venire attribuite in uso temporaneo a una persona con l'obbligo di restituirle dopo un certo tempo. Ciò non è normale, invece, con le cose consumabili, le quali non potrebbero venire restituite dopo l'uso, dato che questo le distruggerebbe; ma se esse sono anche fungibili, è possibile consumarle e restituire successivamente un'uguale quantità di cose dello stesso genere, come accade nel mutuo (**art. 1813 c.c.**).

4) **Pertinenze**

*Sono pertinenze le cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un'altra cosa, senza esserne parte costitutiva. La destinazione può essere operata dal proprietario della cosa principale o da chi ha un diritto reale sulla medesima (**art. 817 c.c.**).*

Gli atti e i rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze, se non è diversamente disposto.

D'altra parte, la pertinenza può formare oggetto di un atto di disposizione separato e perdere così tale sua qualità (**art. 818 c.c.**).

5) **Universalità di mobili**

Universalità di mobili è una pluralità di cose che appartengono alla stessa persona e hanno una destinazione unitaria.

Gli atti e i rapporti giuridici possono avere ad oggetto la universalità o le singole cose che la compongono.

6) **Frutti**

I frutti si distinguono in due categorie: frutti naturali e frutti civili.

*Sono frutti naturali quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o no l'opera dell'uomo, come i prodotti agricoli, i parti degli animali, i prodotti delle miniere, cave e torbiere (**art. 820 c.c.**).*

Essi appartengono al proprietario della cosa che li produce.

*Sono frutti civili quelli che si ritraggono da una cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia (**art. 820 c.c.**).*

Capitolo 11 - DIRITTI REALI E DIRITTI DI CREDITO

Nozione di diritto reale

Il diritto reale è il diritto di trarre da una cosa le sue utilità economiche legalmente garantite o alcune di esse. Correlativo al diritto reale è il dovere di chiunque di astenersi dall'impedire o turbarne l'esercizio.

Classificazione dei diritti reali

Fra i diritti reali ha una posizione preminente la *proprietà*. Essa consente di godere e disporre della cosa in

modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico (art. 832 c.c.).

Gli altri diritti reali incidono su cose altrui e hanno un contenuto più limitato. Si dividono in due gruppi.

A un primo gruppo appartengono i diritti di trarre determinate utilità dall'uso della cosa altrui (*diritti reali di godimento*).

A un secondo gruppo appartengono i diritti reali che attribuiscono un potere di disposizione preferenziale del valore pecuniario della cosa, qualora il diritto di credito, che con essa si è voluto garantire, non venga soddisfatto dal debitore (*diritti reali di garanzia*).

I diritti reali di godimento sono:

- L'**usufrutto**: consente di usare la cosa altrui e trarne i frutti, rispettandone però la destinazione economica (art. 981 c.c.);
- L'**uso**: simile all'usufrutto, ma con un contenuto più limitato: chi ha il diritto d'uso di una cosa può utilizzarla direttamente; se è fruttifera può raccoglierne i frutti, ma solo nella misura che occorre ai bisogni suoi e della sua famiglia (art. 1021 c.c.);
- L'**abitazione**: consente di abitare una casa limitatamente ai bisogni propri e della propria famiglia (art. 1022 c.c.);
- La **superficie**: consente di utilizzare il suolo altrui per una costruzione (artt. 952, 955 c.c.);
- La **servitù**: peso imposto sopra un fondo (detto *fondo servente*) per l'utilità di un altro fondo (detto *fondo dominante*) appartenente a diverso proprietario (art. 1027 c.c.);
- L'**enfiteusi**: diritto di utilizzare un fondo e farne propri i frutti, in perpetuo o per lunga durata, con l'obbligo di migliorare il fondo stesso e di pagare al proprietario un canone periodico (artt. 958, 960 c.c.).

I **diritti reali di garanzia** sono il **pegno** e l'**ipoteca**, che differiscono fra loro essenzialmente per l'oggetto su cui cadono: il pegno ha per oggetto cose mobili non iscritte in pubblici registri, l'ipoteca ha per oggetto le cose immobili e gli altri beni iscritti nei pubblici registri. Se il credito garantito non è soddisfatto alla scadenza, il creditore può promuovere l'esecuzione forzata sul bene oggetto del pegno o dell'ipoteca, per soddisfarsi su di esso con preferenza rispetto agli altri creditori.

Il proprietario della cosa gravata da un diritto reale altrui la può trasferire a un terzo, il quale l'acquista ugualmente gravata; si manifesta qui il carattere reale del diritto, il quale inerisce alla cosa e la segue nei trasferimenti.

Nozione di obbligazione: la prestazione dovuta

L'oggetto immediato è il comportamento del debitore.

Il diritto di credito (detto anche personale) attribuisce al creditore la pretesa di esigere una prestazione da una o più persone determinate. Il rapporto fra creditore e debitore è detto *obbligazione* (o *rapporto obbligatorio*).

La prestazione dovuta può essere positiva o negativa: può cioè consistere in un'azione o in un'astensione.

Occorre però che si tratti di una prestazione *suscettibile di valutazione economica*, di una prestazione di carattere *patrimoniale* (art. 1174 c.c.). ciò che la norma richiede è che si tratti di prestazioni che possano essere oggetto di scambio economico senza offendere i principi della morale e del costume sociale.

Se la prestazione primariamente dovuta non viene adempiuta esattamente, sorgono obblighi di restituzione, riparazione o risarcimento del danno, che si affiancano all'obbligo primario, oppure lo sostituiscono.

In ogni caso poi, accanto alla prestazione principale, che costituisce l'oggetto centrale dell'obbligazione, se ne collocano altre con funzione complementare. L'art. 1175 c.c. impone al debitore e al creditore di comportarsi secondo le regole della correttezza. Il debitore è tenuto anche a quelle prestazioni strumentali o accessorie che appaiono dovute, secondo un criterio di correttezza appunto, al fine di realizzare pienamente l'interesse del creditore alla prestazione. Obblighi di correttezza sono imposti anche al creditore, il quale pure è tenuto a quel minimo di cooperazione che è usuale fra persone corrette per facilitare al debitore l'adempimento o, quanto meno, per evitare inutili aggravii.

Causa della prestazione, azione, responsabilità patrimoniale

Se il debitore non adempie, il creditore può rivolgersi all'autorità giudiziaria perché gli procuri coattivamente ciò che gli spetta. Questo potere di provocare un provvedimento giudiziario a difesa del proprio diritto si chiama *azione*.

L'obbligazione manifesta una rilevanza giuridica, perché costituisce la *causa* che giustifica la prestazione: se l'obbligazione non esistesse e la prestazione venisse eseguita ugualmente, questa sarebbe ingiustificata e chi l'avesse ricevuta dovrebbe restituirla, o restituirne il valore (art. 2033 ss. c.c.).

L'obbligazione è giusta causa della prestazione e dà azione al creditore per conseguire ciò che gli è dovuto.

Vi sono anche delle obbligazioni *imperfette*, perché presentano solo il primo di questi due aspetti.

Mediante l'esercizio dell'azione il creditore tende ad ottenere la soddisfazione del proprio diritto per via giudiziaria.

Nell'ipotesi di inadempimento di una prestazione di fare, il creditore può agire contro il debitore per il risarcimento dei danni e potrà ottenere così somme che spesso gli consentiranno di procurarsi sul mercato prestazioni equivalenti a quella mancata.

Un discorso analogo vale per l'ipotesi di inadempimento degli obblighi di non fare: ciò che è fatto in violazione dell'obbligo sarà distrutto a spese del debitore (**art. 2933 c.c.**) e al creditore sarà comunque dovuto il risarcimento di danni.

Il diritto di credito, dunque, implica l'assoggettamento del patrimonio del debitore, nella consistenza che esso ha al momento della esecuzione forzata.

Il creditore può soddisfarsi anche su beni conseguiti dal debitore successivamente alla nascita del debito. I beni, però, che nel frattempo siano usciti dal patrimonio del debitore non saranno più raggiungibili: di qui un rischio per il creditore.

Il secondo rischio del creditore è quello di non trovare di che soddisfarsi, perché altri creditori lo hanno preceduto con azioni esecutive individuali, o di subire il concorso di altri crediti per un ammontare complessivo superiore al patrimonio del debitore, così da conseguire solo una soddisfazione proporzionalmente ridotta.

Le fonti delle obbligazioni

L'**art. 1173 c.c.** indica, come fonti delle obbligazioni, *il contratto, il fatto illecito e ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*. La formula generica che chiude l'articolo comprende fonti più disparate. Vanno menzionate le *promesse unilaterali*, la *gestione di affari*, la *ripetizione dell'indebito* e l'*arricchimento senza causa*.

Le obbligazioni reali

Talvolta un'obbligazione è a carico di un soggetto se ed in quanto egli sia proprietario di una determinata cosa, o titolare di un diritto reale su di essa; l'obbligazione è intrinsecamente collegata con il diritto reale. Le *obbligazioni reali* sono inerenti a un diritto reale sia nel senso che l'obbligato può liberarsi rinunciando al diritto stesso in favore dell'altra parte.

Confronto tra diritti reali e diritti di credito

La differenza tra diritti reali e diritti di credito risulta immediatamente dal confronto fra le definizioni sopra enunciate. Oggetto del diritto reale sono tutte o alcune delle utilità di una cosa determinata; oggetto del diritto di credito è una prestazione del debitore.

Il titolare di un diritto reale lo esercita direttamente sulla cosa, ed è solo necessario che la generalità dei terzi si astenga dal frapporgli ostacoli. Viceversa, l'obbligazione è uno strumento di cooperazione: il diritto del creditore è soddisfatto mediante l'adempimento del debitore, tenuto nei suoi confronti a pagargli una somma, a svolgere un lavoro, ad eseguire un trasporto, a costruire un'opera...

La prestazione del debitore può consistere anche nell'astenersi dal compiere un atto o dallo svolgere un'attività.

Nel diritto reale il dovere di astensione riguarda chiunque ed è strumentale affinché il titolare possa, senza impedimenti, trarre dalla cosa le utilità che gli sono riservate. Nell'obbligazione negativa, invece, l'astensione è dovuta solo da uno o più debitori determinati e costituisce l'oggetto centrale del diritto.

Il diritto reale è in relazione immediata con la cosa, aderisce ad essa e la segue presso chiunque essa si trovi in senso fisico o giuridico (si dice che i diritti reali sono *opponibili ai terzi*); il diritto di credito, invece, segue la persona del debitore.

Il diritto reale è tutelato contro le lesioni provenienti da qualunque terzo (*assolutezza della tutela*); invece la tutela del diritto di credito è data, di regola, solo contro il debitore (*relatività della tutela*).

Diritti personali di godimento di cose

Vi sono diritti di credito nei quali la prestazione dovuta dal debitore consiste nel concedere l'uso di una cosa. Poiché questi diritti personali di godimento attribuiscono al creditore la facoltà di utilizzare direttamente la cosa che ne è oggetto, essi appaiono simili, per questo aspetto, ai diritti reali di godimento.

Il diritto personale di godimento implica pur sempre un obbligo di cooperazione, anche attiva, del debitore. Questi deve infatti consegnare la cosa al creditore, e anche successivamente è tenuto a garantirlo contro le

molestie di terzi che pretendano di avere diritti sulla cosa. Obblighi di questo genere non caratterizzano, invece, i diritti reali.

Tipicità dei diritti reali

Ai privati è consentito di costituire diritti di credito che abbiano per oggetto le prestazioni più varie, anche non espressamente previste dalla legge, alla sola condizione che siano lecite e suscettibili di valutazione economica. I diritti reali, invece, sono in numero chiuso: si possono costituire, cioè, solo diritti reali espressamente previsti dalla legge, e non altri. Inoltre non è consentito modificarne il regime legale, se non entro limiti assai ristretti, nei casi in cui ciò sia eccezionalmente ammesso dalla legge.

Il patrimonio

Il patrimonio è un insieme di rapporti giuridici attivi e passivi, aventi contenuto economico, unificati dalla legge vuoi in considerazione della loro appartenenza al medesimo soggetto, vuoi in considerazione di una loro destinazione unitaria.

Si ha un *patrimonio generale* della persona, la cui unitarietà si manifesta nella regola che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni (art. 2740 c.c.).

Si ha poi un *patrimonio di destinazione* quando una parte dei rapporti facenti capo a una persona, oppure una pluralità di rapporti facenti capo a più persone, sono costituiti in una distinta unità giuridica in vista di una loro funzione specifica.

Se il patrimonio di destinazione fa capo a una pluralità di persone è detto *patrimonio autonomo*.

Se il patrimonio di destinazione fa capo a una sola persona, distinguendosi dal patrimonio generale di questa, viene detto *patrimonio separato*.

Caratteristica costante del patrimonio autonomo e del patrimonio separato è la destinazione preferenziale dell'attivo alla soddisfazione delle passività comprese nel patrimonio stesso. Svolge così una funzione di garanzia e responsabilità.

Capitolo 12 - ACQUISTO E TUTELA DI DIRITTI PATRIMONIALI

Acquisti a titolo originario e a titolo derivativo

I diritti patrimoniali si possono acquistare a *titolo originario*, oppure a *titolo derivativo*.

Il diritto si acquista a titolo originario quando non è trasmesso da un'altra persona che ne fosse titolare.

L'acquisto è invece a titolo derivativo quando l'acquirente succede a un precedente titolare e il diritto gli spetta come e in quanto spettava a colui che l'aveva acquistato. Questo fenomeno si chiama *successione*. Il soggetto che esce dal rapporto si chiama *autore*, o *dante causa*; il soggetto che gli subentra, *successore*, o *avente causa*. Il diritto soggettivo resta immutato nel suo contenuto, mentre ne cambia il titolare.

Talvolta l'acquisto derivativo ha per oggetto un diritto nuovo, che però deriva da un diritto del dante causa, perché lo suppone e ne assorbe una parte del contenuto o comunque lo limita (*successione costitutiva*).

Perché possa verificarsi un acquisto a titolo derivativo occorre un valido titolo d'acquisto, cioè un atto o fatto giuridico che giustifichi l'acquisto da una determinata persona ed occorre altresì che il dante causa sia titolare del diritto che deve venire trasmesso. Ciò corrisponde al modo regolare di circolazione dei diritti.

Tutela in forma specifica e tutela per equivalente

Quando un diritto è leso, o messo in pericolo, o viene in conflitto con una pretesa altrui, l'ordinamento giuridico sovente tende ad assicurare in modo pieno l'esercizio delle facoltà e dei poteri che ne costituiscono l'oggetto. Per esempio: al proprietario è concessa l'azione di rivendicazione per conseguire la disponibilità della cosa che gli sia stata sottratta. In quest'ipotesi si dice che il diritto è tutelato *in forma specifica*.

Non sempre, però, è concessa la tutela in forma specifica; qualche volta essa non è possibile, nei casi in cui non è possibile ristabilire la situazione che si sarebbe avuta in mancanza dell'atto illecito. In questi casi il titolare del diritto leso può solo pretendere il risarcimento del danno: il pagamento, cioè, di una somma di danaro di valore corrispondente alle utilità che gli sono state sottratte. Si dice allora che il diritto è tutelato *per equivalente*.

SEZIONE QUARTA

ATTI ILLECITI E RESPONSABILITÀ CIVILE

Capitolo 13 - GLI ATTI ILLECITI

Atti dannosi leciti e illeciti

Non ogni atto dannoso è vietato. Nella vita associata accade assai spesso di recar danno ad altri lecitamente. Altre volte, invece, l'atto dannoso è vietato (*atto illecito*): esso può venire preventivamente impedito, se possibile; una volta commesso, dà luogo a responsabilità per i danni.

Questa ha la funzione, da una parte, di risarcire il danneggiato; al tempo stesso costituisce una sanzione che colpisce chi si è comportato in modo vietato e la cui minaccia dovrebbe contribuire preventivamente a scoraggiare il compimento di atti illeciti.

Atipicità degli atti illeciti

In Italia si è formulato un principio assai generale, quello dell'**art. 2043 c.c.**, il quale definisce l'atto illecito come qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto.

Si è accolto un principio di atipicità degli atti illeciti. Spetta all'interprete il compito di specificare il concetto di ingiustizia del danno, in modo da determinare le figure concrete degli atti illeciti.

La soluzione di questo problema dipende dalla valutazione comparativa di due interessi contrapposti: l'interesse minacciato da un certo tipo di condotta e l'interesse che l'agente con quella condotta realizza o tende a realizzare.

Illeciti contro la persona

Sono illeciti, innanzitutto, gli atti lesivi della vita, dell'integrità fisica, della salute e della libertà altrui.

Una lesione della salute può essere causata non solo materialmente, ma anche con atti o parole che cagionino uno shock nervoso o turbamenti d'animo di particolare gravità.

La libertà è tutelata contro la costrizione fisica, la minaccia l'inganno.

Nel caso di uccisione di una persona un diritto al risarcimento viene attribuito ai familiari.

Illeciti contro l'onore, la riservatezza e la verità personale

Costituiscono *diffamazione* e sono illecite le comunicazioni di notizie, voci, apprezzamenti che offendono la reputazione altrui.

La responsabilità civile, in applicazione dell'**art. 2043 c.c.**, può derivare anche da atti colposi.

La tutela dell'onore presenta, però, spesso un problema, quello di venire in conflitto con l'esigenza della libertà di parola, necessario presupposto del dibattito e della critica politica, letteraria, scientifica, della cronaca, della storiografia e dello stesso esercizio di alcune funzioni pubbliche.

Innanzitutto vi è un'assoluta immunità dei membri del Parlamento per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni (**art. 68 Cost.**). inoltre costituisce causa di giustificazione l'esercizio di funzioni giurisdizionali, e lo stesso è a dirsi per l'esercizio delle funzioni amministrative.

Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la verità del fatto stesso non costituisce, per sé sola, una causa di giustificazione: occorre che la divulgazione del fatto vero risponda a un interessamento apprezzabile. Perciò sono cause di giustificazione l'esercizio della cronaca e della critica su fatti di pubblico interesse e la comunicazione di notizie nello svolgimento di un rapporto professionale o di cooperazione purché i fatti enunciati siano veri e i giudizi critici siano proporzionati allo scopo che li giustifica.

Diffondere sul conto di una persona notizie non vere, anche se non diffamatorie, costituisce lesione del suo diritto all'identità e verità personale.

Ogni persona ha, infine, diritto alla *riservatezza della vita privata*, cioè ad una sfera di intimità sottratta alla curiosità degli estranei. *L'inviolabilità del domicilio* e la *segretezza della corrispondenza e di qualsiasi altra forma di comunicazione* sono principi enunciati dalla Costituzione (**artt. 14, 15 Cost.**), la cui violazione è colpita da sanzioni penali e civili. La legge civile vieta inoltre di esporre o pubblicare l'*immagine* di una persona senza consenso di questa (**art. 10 c.c.**). La pubblicazione è però lecita quando sia giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, o quando la riproduzione sia collegata ad avvenimenti o cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico, purché non si rechi pregiudizio ingiustificato alla reputazione o anche al decoro della persona ritratta.

Infine la legge detta una disciplina limitativa della raccolta e della diffusione dei dati personali.

La giurisprudenza va oltre queste specifiche disposizioni e riconosce ora un diritto generale alla riservatezza:

diritto che è violato se si divulgano, attraverso la stampa, il cinematografo, o altrimenti, fatti della vita privata di una persona, anche non disonorevoli, ma riservati.

Lesioni di diritti reali

Nel campo degli interessi patrimoniali la tutela più intensa spetta ai diritti reali.

Sono illeciti, innanzitutto, gli atti che danneggiano materialmente la cosa o a distruggono.

Il diritto reale altrui si può violare anche attraverso l'impossessamento o la disposizione della cosa, che sottragga all'avente diritto; in questo caso la piena responsabilità per il danno si ha solo nelle ipotesi di malafede e di colpa grave.

Pregiudizio a posizioni contrattuali

La lesione più ovvia del credito contrattuale proviene dal debitore, quando non esegua la prestazione dovuta, o adempia male o con ritardo.

Ma una posizione contrattuale può venire pregiudicata anche da un terzo, quando in qualche modo cooperi con il debitore nell'inadempimento.

Il terzo incorre in responsabilità quando, mosso dall'intento specifico di danneggiare il creditore, induca il debitore all'inadempimento mediante incentivi impropri o cooperi con lui attivamente in una manovra fraudolenta a danno del creditore.

Concorrenza sleale e illeciti contro l'impresa

Commette concorrenza sleale l'imprenditore il quale compia atti idonei a creare confusione della propria attività e dei propri prodotti con attività e prodotti del concorrente, oppure diffonda notizie ed apprezzamenti idonei a determinare il discredito dei prodotti e dell'attività del concorrente, oppure si appropri di pregi dei prodotti o dell'impresa del concorrente.

L'art. 2598 c.c. dopo avere menzionato queste categorie di atti, conclude con un generale divieto degli atti dannosi non conformi ai principi della correttezza professionale.

Falsa informazione

La falsa informazione costituisce un illecito civile anche quando sia solo colposa; ma ove si tratti di un'informazione di cortesia la responsabilità è limitata ai casi di dolo o colpa grave.

Illeciti connessi con l'amministrazione della giustizia

La *denuncia penale dell'innocente* è colpita da sanzione solo se vi è malafede del denunciante.

L'*agire o il resistere in un giudizio civile avendo torto* sono fonti di una piena responsabilità per i danni solo se risulta che la parte soccombente era in malafede o i colpa grave.

Il provvedimento del *giudice* che abbia deciso ingiustamente può essere impugnato per ottenerne rapidamente il riesame. La legge limita la responsabilità del giudice alle ipotesi di dolo e ad ipotesi particolari e ben definite di colpa grave. Mentre la responsabilità per dolo è sottoposta alla disciplina ordinaria, nelle ipotesi di colpa grave il danneggiato non può agire contro il giudice, ma può chiedere il risarcimento del danno solo allo Stato, il quale, dopo aver pagato il risarcimento, eserciterà un'azione di rivalsa contro il magistrato, ma per una misura non superiore ad un certo limite.

Responsabilità per omissione

L'omissione diventa giuridicamente illecita quando costituisca violazione di uno specifico dovere giuridico di agire: questo può derivare dalla legge, da un contratto o da un precedente comportamento attivo.

Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte

Il padre e la madre sono responsabili congiuntamente del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati che abitino con essi (art. 2048 c.c.).

Il figlio minore può non essere personalmente responsabile, se si tratta di un bambino (artt. 2046, 2047 c.c.); se invece si tratta di un giovane che abbia già la capacità naturale di intendere e di volere, allora egli è personalmente responsabile, in solido con i genitori.

La responsabilità dei genitori è fondata sulla presunzione di una colpa nella sorveglianza: questa presunzione può venire eliminata con la prova di non aver potuto impedire il fatto.

La stessa regola si applica al tutore.

I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del fatto illecito dei loro allievi o apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro sorveglianza a meno che provino di non aver potuto impedire il fatto (art. 2048 c.c.).

Le cause di giustificazione

Comportamenti che sono generalmente antigiuridici possono essere in alcuni casi, giustificati da particolari circostanze. L'art. 51 c.p. menziona fra le altre cause di giustificazione *l'esercizio di un diritto*.

Esistono però anche alcune cause tipiche di giustificazione:

- *Consenso dell'avente diritto*. Non è responsabile chi lede un diritto con il consenso della prona che può validamente disporre (art. 50 c.p.), i diritti personali alla vita, alla salute, all'integrità fisica (art. 5 c.c.), all'onore e i diritti fondamentali di libertà non sono disponibili.
- *Legittima difesa*. Non è responsabile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa (art. 2044 c.c., art. 52 c.p.).
- *Agisce in stato di necessità* chi compie un fatto dannoso costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, se il pericolo non è stato da lui volontariamente causato, né era altrimenti evitabile. A differenza dell'ipotesi di legittima difesa, qui il danneggiato non è in torto: il pericolo non proveniva da lui, bensì da un fatto di natura, oppure dal fatto di un terzo. D'altra parte non si considera in torto neppure il danneggiante necessitato. Perciò la legge impone che il danno vada ripartito fra l'uno e l'altro in una misura che appaia equa secondo le circostanze (art. 2045 c.c.). lo stato di necessità si ha solo quando il danneggiante agisca per salvare sé o altri dal pericolo di un danno grave alla persona: l'esigenza di salvare una cosa, o di evitare il pericolo di un danno non grave alla persona non giustifica il sacrificio di diritti altrui.

Il dolo

Il divieto di danneggiare altri ingiustamente si riferisce tanto agli atti diretti a cagionare danno (atti *dolosi*), quanto agli atti che non intendono cagionare danno ma determinano il pericolo del suo verificarsi (atti *colposi*) (art. 2043 c.c.).

Il dolo consiste nella coscienza e nella volontà di cagionare l'evento dannoso.

La colpa

L'illecito è colposo quando l'evento dannoso non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia; ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline.

Il criterio di valutazione del comportamento dell'agente è costituito dalla diligenza *dovuta* secondo le circostanze. Questa non coincide con la diligenza media o *usuale* in circostanze analoghe. La diligenza usuale vale solo come misura del minimo dovuto: l'aver adottato una diligenza inferiore costituisce sempre *colpa*.

La creazione di un rischio di danno non costituisce sempre un'imprudenza colpevole. Perché si possa parlare di colpa occorre che il rischio vada oltre la misura che si considera socialmente giustificata e tollerabile. Questa non dipende solo dalla probabilità dell'evento dannoso, ma anche dalla gravità del danno che ne risulterebbe. La probabilità e la gravità del danno va poi confrontata con l'utilità sociale del tipo di condotta in questione e con il costo delle misure idonee a ridurre o ad eliminare il rischio.

Atti colpiti solo se compiuti con l'intenzione di nuocere, oppure con dolo o con colpa grave

Di regola, la lesione di un interesse giuridicamente tutelato implica responsabilità tanto se è dolosa, quanto se è colposa (art. 2043 c.c.). questa regola comporta, però, alcune eccezioni. Talvolta la responsabilità può derivare solo da atti commessi con dolo, oppure da atti commessi con dolo o con colpa grave.

La capacità di intendere e di volere

Il presupposto perché l'atto illecito possa venire imputato all'agente è che questi avesse la capacità di intendere e di volere al momento in cui lo ha commesso (art. 2046 c.c.). Ci si riferisce qui alla capacità naturale e non alla capacità legale.

La capacità naturale può essere esclusa può essere scusa da insufficiente maturità, dovuta alla giovane età, da malattia mentale, da altre minorazioni, da stati ipnotici, da ubriachezza o da intossicazione per mezzo di stupefacenti. Se lo stato di incapacità deriva da colpa dell'agente, questi resta responsabile.

In caso di danno cagionato da persona non responsabile per incapacità, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.

Capitolo 14 - LA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA

Nozione

Vi sono atti dannosi che sono leciti e non sono fonte di responsabilità e vi sono atti dannosi vietati, che possono venire impediti preventivamente, se possibile, e danno luogo a responsabilità per danni.

Vi è una terza categoria di attività dannose, intermedia tra queste due: attività che sono consentite, ma obbligano al risarcimento dei danni che ne derivano.

Si tratta di attività dannose o rischiose consentite, e che sono tuttavia fonte di responsabilità (*responsabilità oggettiva o responsabilità senza colpa*).

Le ipotesi di responsabilità oggettiva per rischio

La legge prevede in una serie di ipotesi una responsabilità senza colpa.

L'art. 2049 c.c. dispone che *i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti*.

La legge non ammette che il datore di lavoro si possa liberare provando di essere esente da colpa, avendo usato la dovuta diligenza nella scelta e nella sorveglianza del dipendente. La responsabilità del datore di lavoro è, dunque, una responsabilità indipendente dalla colpa.

Analogo fondamento oggettivo ha la responsabilità del proprietario di un veicolo per i danni cagionati dal conducente (art. 2054 c.c.).

Vi è poi una serie di norme che dispongono una responsabilità oggettiva per i danni cagionati da cose. Sia nel caso della rovina di un edificio come nel caso di danno da circolazione di veicoli, è stabilito che il proprietario, o altri soggetti indicati dalla legge, sono responsabili se l'incidente è dovuto a vizio di costruzione o a difetto di manutenzione (artt. 2053, 2054 c.c.). L'esercente risponde di qualsiasi danno che l'aeromobile abbia cagionato a persone ed a beni sulla superficie, anche per causa di forza maggiore, con la sola esclusione dei danni dovuti al fatto doloso di un terzo, compiuto senza connessione con l'esercizio dell'aeromobile, e dei danni dovuti esclusivamente a colpa del danneggiato (art. 965 c. nav.). L'esercente di un impianto nucleare è responsabile di ogni danno alle persone o alle cose, quando sia provato che il danno è causato da un incidente nucleare avvenuto nell'impianto nucleare o connesso con questo. Il codice civile contiene, inoltre, due norme che dispongono la responsabilità per il danno causato da cose o animali, salva la prova del caso fortuito (artt. 2051, 2052 c.c.).

La dimostrazione di aver adottato tutte le misure idonee ad impedire il fatto dannoso non è sufficiente per escludere la responsabilità. Dimostrare la mancanza di colpa non equivale ancora alla prova del caso fortuito.

La responsabilità per il fatto dei dipendenti

- **Il rapporto di preposizione:** l'art. 2049 c.c. esprime il principio che ciascuno deve rispondere dei danni cagionati a terzi dalle persone che impiega al proprio servizio. Perché operi questa responsabilità occorre un rapporto di preposizione fra l'autore del fatto dannoso (*commesso* o *preposto*) e il responsabile (*committente* o *preponente*); occorre inoltre che il danno sia stato cagionato dal preposto nell'esercizio delle incombenze alle quali è adibito. Chi si vale dell'opera di soggetti esterni o estranei non risponde dei danni che costoro possono illecitamente cagionare a terzi.
- **L'esercizio delle incombenze:** il fatto illecito del preposto impegna la responsabilità oggettiva del preponente solo se è stato compiuto nell'esercizio delle incombenze a cui egli è adibito. L'imprenditore deve rispondere dei danni che siano la maggiore realizzazione del maggior rischio che l'impresa introduce nella società. Perché ciò possa dirsi è necessario e sufficiente che il fatto dannoso sia stato agevolato dall'esercizio delle incombenze.

La responsabilità per il danno cagionato da cose o da animali

- **Determinazione del responsabile:** a proposito del danno cagionato da animali l'art. 2052 c.c. dispone che la particolare responsabilità in esso prevista, estesa fino al limite del caso fortuito, grava sul proprietario dell'animale, o su chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso. La responsabilità in questione non colpisce chi detenga l'animale nell'interesse altrui. La disposizione sul danno cagionato da cose designa come responsabile colui che le ha in custodia (art. 2051 c.c.).
- **Il caso fortuito quale limite della responsabilità:** tanto la responsabilità per il danno cagionato dalle cose, quanto la responsabilità per il danno cagionato da animali, si estendono fino al limite del caso fortuito (artt. 2051, 2052 c.c.). La prova della mancanza di colpa non è sufficiente ad escludere la responsabilità, perché non equivale alla prova del fortuito. Provare il caso fortuito significa provare che il danno è dovuto a un evento imprevedibile e inevitabile, estraneo alla cosa o all'animale e alla sfera del custode. **Un'interpretazione migliore ravvisa il caso fortuito nell'evento così raro, e straordinario nelle sue conseguenze, da essere estraneo al rischio tipico della cosa o dell'animale.**

Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose

La responsabilità oggettiva è posta dalla legge a carico di chiunque eserciti un'attività valendosi dell'opera di

dipendenti o utilizzando cose che possano recare danno.

Se si tratta di un'attività pericolosa, concorre l'applicazione dell'**art. 2050 c.c.**: *chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.*

Se il danno è dovuto al fatto di un dipendente nell'esercizio di un'attività non pericolosa, il danneggiato dovrà provare la colpa di questo, al fine di far operare la responsabilità oggettiva del suo datore di lavoro. Ma se si tratta di un'attività pericolosa, invece, il danneggiato è esonerato da questa prova: starà invece a chi esercita l'attività pericolosa dimostrare che sono state adottate tutte le misure idonee ad evitare l'incidente.

Responsabilità del produttore

Se un incidente è causato da un difetto di produzione o di progettazione, il produttore risponde del danno e non gli è consentito di esonerarsi dalla responsabilità dimostrando la propria mancanza di colpa. La responsabilità è però esclusa se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto non permetteva ancora di considerarlo come difettoso. Nell'ipotesi in cui l'identità del produttore non risulti dal prodotto o dalla sua confezione, il rivenditore deve dichiararla al danneggiato: se non lo fa, si rende personalmente responsabile.

Capitolo 15 - DANNO, CAUSALITÀ, RIMEDI

Nozione di danno patrimoniale e non patrimoniale. Danno emergente e lucro cessante.

Il danno patrimoniale può consistere nella perdita, nella distruzione o nel danneggiamento di un bene patrimoniale, nella perdita di un guadagno o nella sopravvenuta necessità di compiere determinate spese.

Nell'ambito del danno patrimoniale si distingue tra *danno emergente* e *lucro cessante*.

Il primo consiste in una diminuzione del patrimonio; il secondo consiste nell'esclusione di un incremento patrimoniale che si sarebbe verificato in mancanza del fatto dannoso.

Il danno non patrimoniale consiste nella perdita o lesione di un bene personale, che non possa essere oggetto di scambio e di valutazione economica.

In ogni caso il danno è risarcibile solo se deriva dalla lesione di un interesse lecito e degno di tutela giuridica; per questo motivo il guadagno derivante da un'attività illecita non è risarcibile a titolo di lucro cessante.

Causalità di fatto e condizione sine qua non

Il danno è risarcibile solo se è conseguenza dell'atto illecito. L'atto illecito deve essere condizione necessaria dell'evento dannoso. Il risarcimento del danno è escluso quando questo, anche in mancanza dell'atto illecito si sarebbe verificato ugualmente e nello stesso momento, e sarebbe rimasto definitivamente a carico del danneggiato.

Solo quando è presente il rapporto di causalità di fatto e di condizione necessaria si può parlare di conseguenza dannosa.

Concorso di responsabili

Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate al risarcimento del danno. La loro responsabilità è *solidale*: ciò significa che il danneggiato può pretendere anche l'intero risarcimento da uno solo dei danneggianti; colui che ha risarcito il danno potrà poi rivalersi nei confronti dei corresponsabili, nella misura determinata dalla gravità della colpa di ciascuno e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate (**art. 2055 c.c.**).

La corresponsabilità può derivare da una condotta illecita comune, ma può anche accadere che più persone concorrano a cagionare il medesimo danno operando indipendentemente l'una dall'altra oppure può accadere che la responsabilità dell'agente immediato concorra con quella di chi ha mancato al dovere di sorvegliarlo. La stessa regola si applica nel caso che il danno sia realizzazione di più rischi concorrenti, sottoposti al regime della responsabilità oggettiva.

Con i rischi incolpevoli possono concorrere anche colpe: in tal caso il risarcimento dovrà essere ripartito, nei rapporti interni tra i corresponsabili, in modo adeguato sia alla gravità delle colpe, sia all'entità dei rischi creati. Colui che ha risarcito il danno avrà però regresso per l'intero se la sua responsabilità senza colpa ha esclusivamente una funzione di garanzia rispetto a una responsabilità che è primariamente altrui.

Concorso di colpa del danneggiato

Il risarcimento può venire ridotto o escluso quando la negligenza o l'imprudenza del danneggiato abbia concorso a cagionare il danno.

Se il fatto colposo del danneggiato ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la

gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate (**artt. 1227, 2056 c.c.**). E' da ritenersi, però, che questa regola non possa venire invocata dal danneggiante che abbia agito con dolo.

Quanto si è detto si riferisce al fatto dannoso iniziale. Una volta che questo si è verificato, diventa operante l'onere del danneggiato di non aggravarne le conseguenze: il risarcimento non è dovuto per quei danni ulteriori che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (**artt. 1227, 2056 c.c.**). Questa regola si applica anche se il danneggiante ha agito con dolo.

Con riferimento ad entrambe le ipotesi fin qui considerate, la legge parla di *concorso di colpa del danneggiato*. L'incapacità naturale del danneggiato esclude la possibilità di configurare un suo concorso di colpa.

Il risarcimento del danno per equivalente

Il danno cagionato da un atto illecito o da un fatto che sia fonte di responsabilità oggettiva deve essere risarcito dal responsabile.

Per lo più il risarcimento si fa pagando al danneggiato una somma di danaro equivalente al danno patrimoniale che egli ha subito sia come diminuzione del patrimonio (danno emergente), sia come mancato guadagno (lucro cessante).

Il lucro cessante va determinato in base al calcolo degli utili che il danneggiato avrebbe conseguito, secondo il prevedibile corso degli eventi, se il fatto dannoso non si fosse verificato.

Oltre al danno già verificatosi può essere risarcito il danno futuro, alla condizione che sia ragionevolmente certo.

Quando si tratta di danni alla persona, devono essere risarcite, in primo luogo, le spese di cura (danno emergente) e il minor reddito dovuto alla sospensione dell'attività di lavoro nel periodo di malattia e alla successiva diminuzione della capacità di guadagno nel caso di invalidità permanente (lucro cessante).

La reintegrazione in forma specifica

Il risarcimento per equivalente costituisce un surrogato. Il danneggiato non è tenuto ad accontentarsene e perciò può chiedere che venga ricostituita, a spese del responsabile, la situazione che si sarebbe avuta in mancanza del fatto dannoso [*reintegrazione in forma specifica* (**art. 2058 c.c.**)].

È chiaro, però, che assai spesso la reintegrazione in forma specifica non è possibile. In questi casi deve operare, da solo o in aggiunta alla reintegrazione specifica, il risarcimento in danaro, il quale costituisce il rimedio di applicazione generale.

La riparazione del danno non patrimoniale

La perdita o la lesione di un bene personale che non possa essere oggetto di scambio e di valutazione economica costituisce per sé stessa un danno.

Per definizione, il danno non patrimoniale, non può essere risarcito per equivalente. Tuttavia il pagamento di una somma di danaro al danneggiato gli attribuisce un beneficio che può valere a sollievo o a compenso del torto subito; al tempo stesso, l'obbligo di questo pagamento costituisce una sanzione a carico del responsabile. Nel diritto italiano la riparazione dei danni non patrimoniali non è imposta in generale, ma solo nei casi determinati dalla legge (**art. 2059 c.c.**).

Si tratta in primo luogo delle ipotesi in cui il danno derivi da un reato (**art. 185 c.p.**).

Il danno non patrimoniale è risarcibile anche quando derivi dalla lesione di diritti della personalità che godano di tutela costituzionale, e in particolare dalla lesione del diritto alla salute (**art. 32 Cost.**).

Accanto alle sofferenze, si fa rientrare nel danno non patrimoniale il danno alla salute o danno biologico.

Altra sottospecie del danno non patrimoniale è il danno alla vita di relazione, o danno esistenziale, che designa quei riflessi negativi che l'illecito provoca sulle relazioni affettive familiari, sui rapporti sociali, le attività culturali, gli svaghi, i divertimenti, senza peraltro incidere sulla salute del soggetto danneggiato.

Azione inibitoria

La reazione che l'ordinamento giuridico offre contro l'atto illecito mira preventivamente ad impedirne il compiersi, e successivamente ad eliminarne le conseguenze.

Nelle ipotesi eccezionali in cui l'urgenza del pericolo non consente altro rimedio, la legge permette al privato di difendersi da sé anche con la forza (**art. 2044 c.c.**). Fuori di queste ipotesi interviene la difesa pubblica, la quale si manifesta, nel campo del diritto privato, con la concessione al soggetto minacciato di un'azione inibitoria: un'azione, cioè, con la quale si chiede giudizialmente che venga impedito il fatto lesivo. Quest'azione è espressamente concessa in una serie di situazioni particolari.

SEZIONE QUINTA

IL NEGOZIO GIURIDICO E IL CONTRATTO

Capitolo 16 - L'AUTONOMIA PRIVATA E IL NEGOZIO GIURIDICO

Nozione

Autonomia privata significa possibilità, per i singoli, di regolare da sé, nel modo voluto, i rapporti giuridici con altre persone.

Strumento per la realizzazione dell'autonomia privata è il *negozio giuridico*. Questo consiste in un atto, o in un insieme di atti di più persone, rivolto a produrre effetti riconosciuti e garantiti dall'ordinamento giuridico.

Gli atti negoziali consistono normalmente in dichiarazioni; talvolta però essi possono consistere anche in comportamenti che diano materialmente attuazione a un assetto negoziale di interessi.

Il negozio giuridico ha la funzione di consentire ai singoli di regolare in modo autonomo i propri interessi, dando ad essi un assetto voluto.

Ma la volontà non basta a giustificarne l'efficacia. Ciò che crea il vincolo è invece la posizione di un regolamento di interessi nei confronti di altre persone attraverso la dichiarazione o l'attuazione negoziale.

Volontà e dichiarazione nel negozio giuridico

La dichiarazione negoziale corrisponde a ciò che il dichiarante vuole. Talvolta però questa corrispondenza può mancare.

Problematici sono i casi nei quali la divergenza derivi da errore nella dichiarazione e quelli in cui sono state usate espressioni dal significato equivoco o incerto; inoltre, i casi nei quali il processo formativo della volontà negoziale sia stato turbato dalla minaccia, dall'inganno, o dall'errore.

Limiti dell'autonomia privata

Il potere dei singoli di regolare da sé i propri interessi trova un limite nell'esigenza che tali interessi non siano in contrasto con quelli della società, e anzi siano degni di protezione giuridica. Da qui una serie di limiti dell'autonomia privata.

Talvolta l'ordinamento giuridico consente ai privati solo la scelta fra determinati tipi di negozi giuridici. Nel diritto di famiglia esiste solo un numero chiuso di negozi tipici.

Il principio della tipicità si incontra talvolta anche nel campo dei negozi patrimoniali, quando esso sia imposto dall'esigenza di tutela dei terzi o del traffico giuridico, o da altre ragioni particolari.

In alcuni casi la legge determina rigidamente tutti gli effetti del negozio tipico; altre volte invece essa lascia uno spazio, ristretto o anche ampio, entro il quale la volontà privata può determinare il contenuto del negozio.

Tolte le ipotesi sopra accennate, resta il vasto campo degli accordi contrattuali, nel quale vale il principio della atipicità. In ogni caso occorre però che il regolamento contrattuale determinato dalle parti non sia illecito e sia anzi diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.).

L'integrazione del regolamento negoziale privato

Chi stipula un contratto o un altro negozio giuridico non pensa a regolarne tutti gli effetti. In questi casi la lacuna del regolamento negoziale è colmata da disposizioni di legge. Il codice e le altre leggi civili contengono un complesso imponente di regole integrative dei contratti incompleti.

Gli effetti essenziali del negozio giuridico devono essere stati voluti dalle parti: essi costituiscono il nucleo, al quale solo possono accedere le disposizioni integrative.

Fin qua si tratta solo di colmare lacune: ciò significa che le norme delle quali stiamo discutendo sono *dispositive*, derogabili cioè da una diversa pattuizione degli interessati e applicabili solo in mancanza di questa.

Ma come si è già accennato, l'autonomia privata incontra dei limiti, fissati da norme e principi non derogabili, detti *imperativi*. Talvolta la contrarietà a norme imperative rende nullo l'intero negozio. Talvolta invece la nullità ne colpisce solo una parte, che spesso viene sostituita automaticamente e necessariamente dalla disposizione imperativa.

A determinare il regolamento negoziale concorrono le dichiarazioni precettive dei privati, la legge e talvolta anche gli usi e l'equo apprezzamento del giudice.

Elementi del negozio giuridico

L'art. 1325 c.c. elenca quattro elementi essenziali del contratto:

- L'accordo delle parti;
- La causa;

- L'oggetto;
- La forma, quando è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.

Negozi unilaterali e contratti

Il negozio giuridico si dice unilaterale quando è costituito dalla dichiarazione di volontà o dal comportamento negoziale di una sola parte (per parte si può intendere anche un gruppo di persone che si pongano come unico centro di interessi rispetto al negozio giuridico).

Se il negozio è costituito dalle dichiarazioni di volontà o dai comportamenti negoziali di due o più parti, si dice bilaterale o plurilaterale.

Il contratto è il negozio con il quale due o più parti costituiscono, regolano o estinguono rapporti giuridici patrimoniali (art. 1321 c.c.).

Il contratto copre la maggior parte dei negozi giuridici patrimoniali tra vivi: quando il contratto si conclude senza la necessità di ACCETTAZIONE da parte dell'oblato, quest'ultimo attraverso il rifiuto può paralizzarne l'efficacia. Il Negozio Unilaterale, invece, ha senz'altro effetto. Con negozi giuridici unilaterali possono essere realizzate solo operazioni giuridiche residue come ad esempio gli atti che riguardano direttamente il patrimonio di chi li compie: conferimento di una procura, accettazione di eredità, rinuncia a diritti reali su cosa altrui (ciò ha effetto sul patrimonio del proprietario che non acquista un nuovo diritto, ma riacquista solo la piena proprietà della cosa), l'abbandono (derelizione) di una cosa MOBILE. Se dovesse trattarsi di un IMMOBILE l'abbandono unilaterale della proprietà ne determina l'acquisto da parte dello Stato (art. 827).

Esistono anche negozi unilaterali che presuppongono in chi li compie un potere derivante dal contratto o dalla legge: sono atti unilaterali che possono implicare modifiche anche sfavorevoli per il patrimonio altrui, come ad esempio il RECESSO DA UN CONTRATTO, da un'associazione o da una società o ancora la dichiarazione di volersi avvalere della clausola che prevede la risoluzione del contratto nel caso di inadempimento di una determinata obbligazione (art. 1456 c. 2).

Deliberazioni

Le deliberazioni sono dichiarazioni negoziali approvate, all'unanimità o a maggioranza, dall'organo collegiale di una persona giuridica o di un gruppo organizzato.

Esse valgono come regolamento negoziale del gruppo: perciò si considerano come negozi unilaterali provenienti dal gruppo stesso.

Capitolo 17 - LA MANIFESTAZIONE DI VOLONTÀ

Dichiarazioni recettizie e non recettizie

Le dichiarazioni si distinguono in recettizie e non recettizie, secondo che la loro efficacia giuridica sia subordinata alla ricezione nella sfera di particolari soggetti oppure no.

La dichiarazione recettizia produce effetto dal momento in cui perviene a conoscenza della persona alla quale è destinata. Essa si reputa conosciuta nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia (artt. 1334, 1335 c.c.).

Nel negozio bilaterale (o plurilaterale) la dichiarazione di volontà di ciascuna parte è destinata, ovviamente, alla controparte (alle controparti) ed è perciò sempre recettizia.

Quanto ai negozi unilaterali, essi possono consistere in dichiarazioni recettizie o non recettizie.

Sono RECETTIZI i negozi giuridici come il recesso unilaterale da un'associazione o da una società; sono NON RECETTIZI il testamento, l'accettazione di eredità, la promessa al pubblico (questa diventa vincolante non appena viene resa pubblica indipendentemente dal fatto che pervenga a determinate persone).

Dichiarazione espressa e manifestazione tacita di volontà

La volontà può essere dichiarata *espressamente*, per mezzo della parola, parlata o scritta, o anche con qualsiasi altro segno che, secondo l'uso comune o per una particolare convenzione fra gli interessati, valga come mezzo per comunicare un messaggio.

La volontà può essere manifestata anche in modo *tacito*, attraverso un comportamento concludente o, in casi particolari, con il silenzio; per alcuni negozi la legge prescrive però che la volontà sia dichiarata espressamente.

Il comportamento concludente

Il comportamento concludente è un comportamento che non costituisce direttamente un mezzo di espressione e di comunicazione, ma che presuppone e realizza una volontà, e così indirettamente la manifesta.

Vi sono casi in cui il significato di COPORTAMENTO CONCLUDENTE deriva dalla legge stessa (es.

secondo l'art. 1444 costituisce convalida del contratto stesso la volontaria esecuzione di un contratto **ANNULLABILE** da parte del contraente cui spettava l'azione di annullamento e che era a conoscenza del motivo di annullabilità o ancora si presuppone e manifesta la volontà del creditore di liberare il debitore se a quest'ultimo viene restituito il documento con quale si era impegnato nei confronti del creditore).

In altri casi sono le circostanze concrete che attribuiscono a un comportamento un significato negoziale (es. valersi di una prestazione offerta al pubblico in cambio del pagamento di un corrispettivo, come salire su un mezzo di trasporto pubblico o parcheggiare in un posteggio a pagamento: l'efficacia giuridica del comportamento concludente sta nel fatto che esso **HA DATO ATTUAZIONE** ad un regolamento negoziale).

La **PROTESTATIO** è un'espressa dichiarazione esplicitiva che può escludere l'apparente significato negoziale del comportamento concludente (es. l'antiquario che riceve dal cliente una richiesta di acquisto di un libro, può spedirlo specificando che l'invio è solo per una presa visione senza voler però concludere la vendita); la Protestatio non ha effetto nei casi in cui sia contraria a comportamenti onesti (es. chi parcheggia in un posteggio a pagamento **NON** può sottrarsi al versamento del corrispettivo dichiarando che non aveva alcuna intenzione di concludere un contratto: in questa ipotesi l'efficacia negoziale del comportamento concludente non dipende dalla Manifestazione Implicita di Volontà, quanto piuttosto dall'attuazione del negozio).

Un abuso del concetto di "Dichiarazione Tacita" si verifica quando si vogliono giustificare risultati giuridici che sembrano equi, fingendo che questi siano stati voluti dall'interessato, ravvisando così una manifestazione tacita di volontà senza che questa esista effettivamente.

Il silenzio come manifestazione di volontà

Il silenzio di regola non costituisce una dichiarazione di volontà. In particolari circostanze, tuttavia, esso può assumere un valore dichiarativo (es. il presidente di un'assemblea chiede chi sia contrario alla deliberazione e domandi subito dopo chi si astenga: qui il silenzio di fronte ad entrambe le domande presuppone l'espressione di un parere favorevole).

Di regola, nessuno può unilateralmente attribuire un significato particolare al silenzio altrui. Così, non è ammissibile inviare ad altri una proposta di contratto con l'avvertenza che il silenzio verrà interpretato come accettazione. Un simile significato può derivare solo dalla legge (**art. 1333 c.c.**) o da un precedente accordo in tal senso tra le parti, oppure dal principio della buona fede nelle trattative e nello svolgimento del rapporto contrattuale (**art. 1337, 1375 c.c.**), tenendo conto degli usi di una determinata cerchia sociale e della pratica invalsa fra persone in continua relazione d'affari.

Il silenzio come pura e semplice omissione di una dichiarazione

In molti casi la legge consente l'acquisto di un diritto a condizione che l'interessato emetta una corrispondente dichiarazione entro un termine, trascorso il quale l'acquisto è precluso (es. richiesta al giudice di fissare un termine entro il quale il chiamato all'eredità debba dichiarare se l'accetta o no, oltre tale termine il chiamato perde il diritto all'eredità). In questi casi il silenzio **PRODUCE UN RISULTATO ANALOGO** alla rinuncia; tuttavia, non può essere interpretato come una manifestazione di una volontà negoziale di rinuncia: ciò è importante perché il silenzio produrrà l'effetto previsto anche se dovuto a cause di forza maggiore, a dimenticanza o ad incapacità di intendere e di volere.

Capitolo 18 - L'INTERPRETAZIONE DEL NEGOZIO GIURIDICO

Il problema

Nel caso in cui la dichiarazione negoziale non abbia un significato univoco può accadere che essa venga intesa in modo diverso dal dichiarante, dal destinatario della dichiarazione e dai terzi eventualmente interessati.

Le espressioni equivoche, improprie o di incerta estensione, non costituiscono un fenomeno patologico e raro, ma al contrario, un fenomeno naturale e assai frequente.

In materia contrattuale i criteri di scelta interpretativa vengono indicati dalla legge. Queste disposizioni (**artt. da 1362 a 1371 c.c.**) sono applicabili anche ai negozi unilaterali tra vivi (**art. 1324 c.c.**) e da esse si può trarre qualche indicazione sui criteri di interpretazione del testamento.

L'interpretazione soggettiva

Nella materia dei contratti ed analogamente nei negozi unilaterali tra vivi, quando la dichiarazione negoziale è stata intesa nello stesso modo dal dichiarante quanto dal destinatario della dichiarazione, un primo e fondamentale criterio impone che le dichiarazioni debbano essere interpretate secondo il significato attribuito concordemente dalle parti al momento della conclusione del contratto, sempre che questa "COMUNE

INTENZIONE" sia effettivamente esistita e possa essere accertata (**art. 1362 c. 1**: *Nell'interpretare un contratto non bisogna limitarsi al significato letterale delle parole, ma bisogna indagare su quale sia stata la comune intenzione delle parti; particolare importanza ha il comportamento complessivo delle parti: si terrà, infatti, conto delle trattative, delle circostanze che dimostrino che il particolare modo di esprimersi di una parte era a conoscenza dell'altra. L'art. 1363 stabilisce, inoltre, che il significato della dichiarazione negoziale può desumersi dal contesto o dalle circostanze*).

Questo principio vale anche quando la dichiarazione negoziale abbia un significato univoco, secondo il comune modo d'intendere, e tuttavia sia stata concordemente intesa dalle parti in un significato diverso.

L'interpretazione oggettiva

Nel caso in cui il dichiarante ed il destinatario della dichiarazione attribuiscono a quest'ultima significati diversi è necessario stabilire se uno dei due debba prevalere sull'altro: quello che risulterà più ragionevole in quanto meglio giustificato sarà quello prevalente. I criteri che presidono alla cosiddetta **INTERPRETAZIONE OGGETTIVA** sono fissati dagli articoli del codice civile che vanno dal 1367 al 1371: questi dettano una serie di regole per stabilire quale sia il significato di "Più Ragionevole".

Art. 1367 => Conservazione del Contratto: nel dubbio il contratto o le singole clausole devono essere interpretate nel senso in cui possano produrre qualche effetto, piuttosto che in quello in cui non ne produrrebbero.

Art. 1368 => Pratiche Generali Interpretative: stabilisce che debba prevalere l'interpretazione conforme a ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è stato concluso il contratto.

Art. 1369 => Espressioni con Più Sensi: nel dubbio deve prevalere l'interpretazione più conveniente alla natura ed all'oggetto del contratto.

Art. 1370 => Interpretazione Contro l'Autore della Clausola: la clausola inserita nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti va interpretata nel dubbio a favore dell'altro.

Art. 1371 => Regole Finali: se il negozio resta oscuro nonostante l'applicazione delle precedenti regole dovrà essere inteso nel senso **MENO GRAVOSO** per l'obbligato nel caso sia a titolo gratuito; nel caso sia a titolo oneroso dovrà essere inteso nel senso che realizzi **L'EQVO CONTEMPERAMENTO DEGLI INTERESSI** delle parti.

Metodo di interpretazione del Contratto

Le regole sull'interpretazione del negozio giuridico sono ordinate secondo un principio di gerarchia: le norme sull'interpretazione **SOGGETTIVA** hanno la prevalenza su quelle dell'interpretazione **Oggettiva**; fra queste ultime il criterio dell'interpretazione secondo buona fede prevale sugli altri e la norma contenuta nell'art. 1371 rappresenta una regola finale.

Nel caso in cui il dichiarante ed il destinatario della dichiarazione attribuiscono a quest'ultima significati diversi senza che nessuno dei due possa prevalere sull'altro, il negozio sarà **PRIVO DI EFFETTI**.

Capitolo 19 - LA SIMULAZIONE

Nozione del negozio simulato

Se il dichiarante ed il destinatario della dichiarazione sono d'accordo sul fatto che il negozio giuridico non produca effetti ci troviamo di fronte ad un **NEGOZIO SIMULATO**. Ciò indica che dietro a questa dichiarazione **APPARENTE** esiste una **CONTRODICHIARAZIONE OCCULTA** che esprime la volontà effettiva delle parti.

La simulazione può essere **ASSOLUTA** o **RELATIVA**.

ASSOLUTA => quando le parti fingono di porre in essere un negozio, ma in realtà non ne vogliono nessuno (es. un debitore che finge la vendita di alcuni suoi beni ad un suo amico al fine di sottrarli all'imminente azione esecutiva da parte dei creditori) .

RELATIVA => quando le parti fingono di porre in essere un negozio, ma in realtà ne vogliono un altro risultante dalla controdiclarazione: la diversità tra il negozio apparente (**SIMULATO**) e quello effettivo (**DISSIMULATO**) può stare nella natura (es. donazione dissimulata dietro un'apparente compravendita), nell'oggetto (es. si dichiara di vendere a 100, ma nella controdiclarazione si indica che il prezzo è 200) e nei soggetti. In quest'ultimo caso, per esempio, **A** finge di vendere a **B**, ma in realtà vende a **C**: quest'ultimo è il contraente effettivo ed occulto ossia l'**Interponente**, mentre quello che appare in sua vece (**B**) si chiama **Interposto** o **Prestanome**: ci troviamo davanti ad **UN'INTERPOSIZIONE FITTIZIA DI PERSONA**.

La simulazione è possibile, oltre che nei contratti, nei negozi unilaterali recettizi (es. la promessa di

pagamento). In tal caso la controdedichiarazione interviene tra il dichiarante e il destinatario della dichiarazione. La simulazione non è invece realizzabile quando si tratta di dichiarazioni negoziali non recettizie, cioè destinate non già a persone determinate, bensì al pubblico (es. la promessa al pubblico), o che comunque attengano agli interessi di una pluralità indeterminata di persone (es. l'accettazione o la rinuncia all'eredità).

Lo scopo della simulazione è per lo più quello di recare pregiudizio ai diritti di terzi o di occultare la violazione di norme imperative: attraverso una donazione dissimulata, infatti, è possibile frodare alcuni diritti degli eredi necessari sulla quota a loro riservata.

Assai spesso lo scopo è quello della frode fiscale: ad esempio in una compravendita viene indicato un corrispettivo più basso rispetto a quello realmente ricevuto dal contraente.

Talvolta la simulazione può avere uno scopo lecito.

Effetti della simulazione tra le parti

Art. 1414 c. 1 => stabilisce che l'atto simulato non produce alcun effetto fra le parti, perché non è effettivamente voluto: se una compravendita è simulata il compratore non acquista la proprietà del bene né è tenuto a pagarne il prezzo.

Art. 1414 c. 2 => stabilisce che in caso di simulazione Relativa ha effetto il diverso contratto che è stato concluso dalle parti con la controdedichiarazione, purché ne sussistano tutti i requisiti di validità. L'atto dissimulato deve effettivamente essere LECITO.

Effetti della simulazione rispetto ai terzi

Art. 1415 c. 2 => i terzi possono sempre far valere nei confronti delle parti la realtà nascosta dal negozio simulato.

Nel caso in cui A abbia alienato simulatamente un bene a B, alienandolo poi effettivamente a C, quest'ultimo può pretendere la cosa da B, in quanto quest'ultimo NON ha acquistato realmente la proprietà della cosa e quindi è proprietario solo in apparenza (es. C avente causa dal simulato alienante A può opporre la simulazione al simulato acquirente B. Per Avente Causa si intende colui che abbia un titolo di acquisto derivativo di un diritto). Non tutti i terzi hanno interesse a far prevalere la realtà sull'apparenza.

Opponibilità della simulazione ai terzi aventi causa

Secondo quanto stabilito dall'art. 1147 c.c. è possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere un diritto altrui. La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave.

Così, per esempio, l'art. 1415 c.c. stabilisce che se A aliena simulatamente una cosa a B e questo la vende ad un terzo approfittando disonestamente della falsa apparenza che si è venuta a creare, non è ammissibile che a rimetterci sia il terzo in buona fede. Poiché l'apparenza ingannevole è stata posta in essere consapevolmente dalle parti del negozio simulato (A & B), la legge dispone che la simulazione NON può essere opposta ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente (*in altre parole: la simulazione non può essere opposta ai terzi di buona fede aventi causa dal simulato acquirente*). In questo caso A perderà la proprietà della cosa e potrà rivalersi solo su B al fine di ottenere il risarcimento del danno subito. Oppure ancora: sarebbe fatto salvo il diritto del terzo in buona fede se B si fosse limitato a costituire un diritto reale minore sulla cosa o l'avesse data in locazione; o ancora se A assumesse simulatamente l'obbligazione di pagare una somma a B e questo cedesse il credito ad un terzo in buona fede, sarebbe fatto salvo il diritto di quest'ultimo anche in questo caso.

È diverso il caso in cui si tratti di beni mobili registrati o di immobili: lo stesso principio sopraesposto va integrato con le norme in tema di trascrizione.

Opponibilità della simulazione ai terzi creditori

L'interesse del **CREDITORE DEL SIMULATO ALIENANTE** è quello di far dichiarare la simulazione al fine di sottoporre ad esecuzione forzata il bene apparentemente uscito dal patrimonio del suo debitore.

Al contrario, l'interesse del **CREDITORE DEL SIMULATO ACQUIRENTE** è quello di far prevalere l'apparenza sulla realtà, al fine di potersi soddisfare sul bene che apparentemente appartiene al suo debitore. Il creditore che ha acquistato in buona fede un diritto reale di garanzia sul bene quale ad esempio pegno ed ipoteca, è tutelato in quanto "Avente Causa dal Simulato Acquirente". Nel caso non abbia acquistato alcuna garanzia reale (*Creditore Chirografario*), invece, la simulazione può essergli opposta, salvo che egli abbia già iniziato, in buona fede, l'esecuzione forzata. I Creditori Chirografari del Simulato Acquirente che abbiano in buona fede iniziato l'esecuzione forzata, soccombono davanti ai Creditori del Simulato Alienante, il cui credito è anteriore all'atto simulato: viene preferito l'affidamento fondato sulla realtà a quello fondato sull'apparenza.

Simulazione e altre figure: il negozio fiduciario

Nel negozio fiduciario il fiduciante trasferisce al fiduciario la proprietà di una cosa o un altro diritto, imponendogli però il vincolo obbligatorio di ritrasferirgli in futuro il diritto, o di trasferirlo a un terzo, o di farne comunque un uso determinato. La caratteristica essenziale del negozio fiduciario sta in questa limitazione obbligatoria di un più ampio effetto reale.

Per l'art. 2786 c.c. è previsto lo **SPOSSESSAMENTO** per la costituzione del pegno: trattandosi di cose mobili, attraverso la procedura del negozio fiduciario potranno essere offerte in garanzia evitando così lo spossessamento. Rispetto a ciò che accade nella simulazione, *con il contratto fiduciario le parti vogliono effettivamente ciò che hanno dichiarato, ossia il trasferimento della proprietà dal fiduciante al fiduciario e così pure il vincolo obbligatorio del fiduciario circa l'uso che egli dovrà fare del diritto trasferitogli.*

Se il fiduciario non rispetta gli impegni assunti, il fiduciante potrà agire giudizialmente nei suoi confronti: per esempio se il fiduciario non adempie all'obbligo di restituire la cosa al fiduciante, questo, secondo quanto previsto dall'art. 2932 c.c., potrà pretendere la restituzione oltre al risarcimento del danno.

Se il fiduciario, abusando della sua posizione, trasferisce la cosa a un terzo fuori dei casi i cui gli è consentito, l'acquisto del terzo è salvo ugualmente: il diritto del fiduciante che viene così leso è infatti un diritto di credito nei confronti del fiduciario, e non un diritto reale, e perciò è, di regola, **INOPPONIBILE** ai terzi. Il fiduciante potrà solo agire contro il fiduciario per ottenere il risarcimento del danno, *ma se il terzo agisce in accordo con il fiduciario a danno del fiduciante si rende complice di **APPROPRIAZIONE INDEBITA** e ne risponde verso il fiduciante, al quale dovrà restituire la cosa (art. 2058 c.c.) e risarcire il danno.*

Capitolo 20 - I VIZI DELLA VOLONTÁ

L'ERRORE

L'errore nella formazione del negozio giuridico

L'errore consiste in una falsa conoscenza o nell'ignoranza di situazioni, qualità, rapporti.

L'errore può influire sulla formazione del negozio giuridico in diversi modi.

Innanzitutto esso può cadere sulla dichiarazione (*in passato l'errore sulla dichiarazione era detto **errore ostativo***): ciò accade quando, per distrazione o per ignoranza del significato delle parole o dei segni usati, si dichiara una cosa diversa da quella che si vorrebbe (*ad esempio vorrei scrivere 650, ma per distrazione scrivo 560; oppure in un'assemblea alzo la mano convinta di votare a favore, ma il presidente aveva chiesto di alzare la mano per esprimere voto contrario*).

Oppure l'errore può cadere su circostanze che influenzano la formazione della volontà negoziale (***errore vizio***): ciò accade quando accetto di acquistare una cosa che mi viene offerta, convinta che sia di un determinato materiale, ma in realtà è fatta con materiale diverso [ad esempio accetto di acquistare un oggetto, che mi è stato offerto, convinta che sia d'oro, ma in realtà è di platino: in questo caso non vi è errore sul significato della mia dichiarazione (*perché acquistare quel bene è ciò che realmente voglio*), ma è la mia Volontà che si è formata sulla base di un errore (*perché se avessi saputo che quell'oggetto era di platino e non d'oro non avrei accettato di acquistarlo*)].

Di errore in senso tecnico-giuridico si può parlare solo quando la falsa rappresentazione si riferisce a fatti presenti o passati. L'erronea previsione di sviluppi futuri è, di regola, irrilevante.

La tutela dell'affidamento

L'errore determina la formazione di un negozio inidoneo alla funzione che gli è propria: quella di strumento concesso a persone ed enti per realizzare autonomamente programmi economici e dare ai propri interessi l'assetto desiderato. Di qui un'esigenza di negare efficacia al negozio viziato da errore.

Il dichiarante, con il negozio, regola i propri interessi nei rapporti con altre persone, le quali fanno affidamento sull'assetto negoziale e si regolano di conseguenza.

La legge italiana risolve il problema del trattamento dell'errore nel negozio facendo prevalere la tutela dell'affidamento nei contratti a titolo oneroso, e facendo prevalere la tutela del dichiarante nei contratti a titolo gratuito.

Questa diversità di trattamento è giustificata dal fatto che la mancata tutela dell'affidamento causerebbe l'insicurezza dei rapporti nei contratti a titolo oneroso inceppando dannosamente i traffici, mentre non sarebbe così per quelli dei contratti a titolo gratuito. La delusione dell'affidamento nei contratti a titolo oneroso, di regola, implica più danni per il singolo interessato: potrebbe, infatti, essersi fatto sfuggire altri affari

alternativi.

La tutela dell'affidamento nei contratti a titolo oneroso non significa che il dichiarante caduto in errore sia sempre vincolato dalla sua dichiarazione. Se l'errore è stato rilevato dall'altra parte, non vi è nessun affidamento da tutelare e il contratto può essere annullato. La stessa soluzione vale per l'ipotesi che l'errore non sia stato rilevato dall'altra parte, ma fosse da questa riconoscibile con la normale diligenza. Ciò significa che la legge impone a ciascuna parte un onere di attenzione all'esistenza di eventuali vizi della volontà o della dichiarazione dell'altra parte: solo l'affidamento che sia sorto nonostante questa attenzione merita tutela.

Il contratto a titolo oneroso è dunque annullabile solo se l'errore è riconoscibile dall'altro contraente (art. 1428, 1431 c.c.).

L'errore deve essere anche essenziale, intendendosi con ciò un errore che cade sulla natura o sull'oggetto del contratto, sull'oggetto della prestazione o sull'identità e/o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre possano considerarsi importanti in relazione alla natura del contratto e alle circostanze (art. 1428 c.c.).

Ogni altro errore è irrilevante, anche se è stato determinante del consenso.

Nei negozi a titolo gratuito l'affidamento non trova tutela: l'errore può essere causa di invalidità anche se non è essenziale e riconoscibile. Occorre pur sempre che l'errore abbia avuto efficacia causale determinante: perciò il negozio resta valido se, anche in mancanza dell'errore, sarebbe stato stipulato ugualmente. La legge richiede che il motivo, sul quale cade l'errore, risulti dall'atto (art. 787 c.c.): ciò per evitare tardive e pretestuose escogitazioni.

L'errore nei contratti a titolo oneroso: essenzialità dell'errore

a) Consideriamo l'ipotesi che un commerciante acquisti una certa quantità di merce per reintegrare la sua scorta di magazzino, senza sapere che a ciò ha già provveduto un suo dipendente: se fosse stato a conoscenza dell'avvenuto reintegro della scorta non avrebbe effettuato quell'acquisto rivelatosi inutile ed ingombrante. In questo caso ci troviamo di fronte ad un ERRORE DETERMINANTE DEL CONSENSO, ma NON ESSENZIALE nel senso definito dalla legge attraverso l'art. 1429 c.c., in quanto non ricade né sulla natura del contratto, né sulla natura o sulla qualità della merce, né sul prezzo.

L'errore essenziale è quello che cade sugli elementi INTRINSECI del contratto e non su Circostanze Estrinseche.

L'errore non essenziale non è causa di annullabilità del contratto a titolo oneroso.

Consideriamo, invece, l'ipotesi che qualcuno acquisti dell'alcool denaturato, credendo che si tratti di alcool puro: qui l'errore, determinante del consenso, cade sulla qualità dell'oggetto, ed è perciò essenziale. Se esso è anche riconoscibile dal venditore, il contratto potrà venire annullato.

Nella categoria degli errori DETERMINANTI DEL NEGOZIO rientra anche quella degli errori essenziali. Secondo quanto stabilito dall'art. 1429 c.c. l'Errore Essenziale è sempre determinante della dichiarazione negoziale, mentre non sempre l'Errore Determinante della dichiarazione negoziale è essenziale.

b) Secondo l'art. 1429 c.c. l'errore essenziale può cadere sulla natura o sull'oggetto del contratto: ad esempio, potrebbe succedere che io voglia prendere in locazione un appartamento, ma per la mia scarsa conoscenza della lingua straniera in cui è redatto il contratto finisco per acquistarlo; sull'identità o sulle qualità dell'oggetto della prestazione: ad esempio, per quanto concerne l'identità dell'oggetto, sono convinta che il terreno offertomi in vendita sia quello che ho visitato il giorno prima, ma in realtà è un altro diverso; in merito alle qualità dell'oggetto, invece, potrei essere convinta di aver comprato, per esempio, olio di oliva, quando in realtà è olio di semi. Ovviamente la qualità dell'oggetto sulla quale cade l'errore deve potersi ritenere determinante del consenso secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, altrimenti è irrilevante. Perché il contratto a titolo oneroso possa essere ANNULLABILE l'errore deve cadere su qualità dalle quali dipende il valore della cosa. Al contrario NON È ANNULLABILE se l'errore cade direttamente o esclusivamente sul prezzo di mercato della cosa; sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente (sempre che l'una o l'altra siano state determinanti del consenso): sono sempre determinanti del consenso nei contratti di Società, nel Mandato e nell'Appalto; in altri contratti la Persona dell'altro Contraente può essere rilevante a seconda delle circostanze: ad esempio, in una vendita non è rilevante la persona del compratore se il pagamento è immediato, ma lo diventa se la vendita è fatta a credito.

Per Qualità della Persona non si devono intendere solo le sue qualità fisiche e intellettuali, ma anche qualsiasi circostanza e rapporto che sia rilevante rispetto al fine pratico del contratto, come ad esempio le vicende passate dell'altro contraente quali potrebbero essere la dichiarazione di fallimento o l'aver riportato condanne penali.

c) L'errore può cadere su circostanze di fatto (*errore di fatto*) oppure sull'esistenza o sull'interpretazione di una regola di diritto (*errore di diritto*). Anche l'errore di diritto può essere causa di annullamento del contratto (purché, trattandosi di contratto a titolo oneroso, esso sia essenziale e riconoscibile).

L'errore di diritto può essere causa di annullabilità del contratto a titolo oneroso solo quando si risolve in errore sulla natura o sull'oggetto del contratto, o sulle qualità giuridiche dell'oggetto **della prestazione** o della persona dell'altro contraente (ad esempio: se assumessi alle mie dipendenze un ingegnere straniero ignorando che il suo titolo di studio non gli consente di poter firmare progetti di costruzione in Italia, il contratto potrà essere annullabile perché l'errore ricade su una "qualità giuridica" dell'altro contraente).

L'errore è essenziale quando cade sulla natura del contratto, sull'oggetto della prestazione o sulla persona dell'altro contraente, e che in ogni caso può derivare sia dall'ignoranza di fatti, come dall'ignoranza del diritto.

L'Errore sul Regime Giuridico del Contratto Stipulato può essere causa di annullabilità nell'ipotesi estrema in cui sia così radicale da determinare un fraintendimento completo della natura e dello scopo pratico del contratto come ad esempio un vero e proprio errore di linguaggio giuridico e dunque un errore sulla dichiarazione. Al di fuori di questa ipotesi assai rara che l'errore sul regime giuridico del contratto abbia un carattere così radicale, la conclusione è diversa e tendenzialmente il contratto non è annullabile.

L'errore nei contratti a titolo oneroso: riconoscibilità dell'errore

Per rendere invalido il contratto a titolo oneroso occorre anche che l'errore sia riconoscibile dall'altro contraente. L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo. **La riconoscibilità dell'errore è richiesta a tutela dell'affidamento.**

Irrelevanza della scusabilità dell'errore

Per l'annullabilità del contratto non è necessario che l'errore sia scusabile. **Nel caso in cui l'errore sia inescusabile, ma riconoscibile da parte dell'altro contraente, si avrà Negligenza da entrambe le parti; in questi casi porre ogni danno a carico del dichiarante in errore non sarebbe giusto, in quanto il danno è stato subito da entrambe le parti: di conseguenza risulta più equo ammettere l'annullabilità del contratto, al fine di limitare il danno subito dalle parti alla perdita del profitto sperato.**

Errore nella dichiarazione o nella sua trasmissione

L'errore-vizio e l'errore sulla dichiarazione sono assoggettati al medesimo regime giuridico (**art. 1433 c.c.**).

In primo luogo, per poter rendere invalido il contratto a titolo oneroso anche l'errore sulla dichiarazione deve essere essenziale e riconoscibile: questo perché il problema della tutela dell'affidamento si pone in modo identico tanto nell'ipotesi di errore-vizio quanto nell'ipotesi di errore ostativo.

In secondo luogo, anche l'errore sulla dichiarazione può tutt'al più, rendere il contratto annullabile.

La legge, infatti, PARIFICA l'ipotesi che l'errore sia commesso direttamente dal dichiarante all'ipotesi che a commetterlo sia una persona o l'ufficio da lui incaricato: secondo questo principio generale, quindi, ciascuno subisce, anche senza colpa, i rischi dei danni derivanti dal cattivo funzionamento degli strumenti o delle organizzazioni delle quali si serve.

L'errore nei negozi a titolo gratuito

La tutela dell'affidamento non opera nei negozi a titolo gratuito.

L'errore può essere causa di annullabilità dei negozi a titolo gratuito anche se non è essenziale, né riconoscibile.

Occorre però che l'errore sia determinante del consenso: la legge richiede anzi che il motivo erroneo sia il solo che ha determinato il donante a compiere la liberalità.

La legge richiede inoltre che il motivo, sul quale cade l'errore, risulti dall'atto di donazione (**art. 787 c.c.**). **Nel caso in cui si tratti di altri negozi a titolo gratuito che non richiedano l'atto scritto, sarà sufficiente che il motivo risulti dalla dichiarazione negoziale, ma ciò non implica che risulti anche l'errore (ad esempio: nel caso in cui qualcuno doni una somma di denaro ad un ente di beneficenza, dichiarando nell'atto di donazione che era un desiderio espresso nel testamento del padre, ma successivamente viene accertato che il testamento è falso o che è stato revocato: **LA DONAZIONE È ANNULLABILE**, in quanto il motivo sul quale cade l'errore è determinante del consenso e risulta dall'atto di donazione, pur non essendo l'errore né essenziale né riconoscibile.**

L'errore nei negozi unilaterali tra vivi

La legge non dà disposizioni specifiche sull'errore nei negozi unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale. **Secondo quanto disposto dall'art. 1324 c.c. si dovranno perciò applicare analogicamente le norme relative ai**

contratti a titolo oneroso (art. 1427 c.c.) e alla donazione (art. 787 c.c.).

Si dovranno a questo punto distinguere i negozi unilaterali tra vivi che danno luogo alla tutela dell'affidamento, da quelli che operano attribuzioni gratuite: nel primo caso si applicherà il regime previsto per i contratti a titolo oneroso (vedi ad esempio la procura per la stipulazione di un contratto a titolo oneroso), mentre nel secondo caso la regola sull'errore nella donazione e negli altri negozi a titolo gratuito (è questo l'esempio della promessa al pubblico fatta per spirito di liberalità).

Conseguenze dell'errore

Il negozio viziato da errore giuridicamente rilevante è annullabile. Tuttavia la parte in errore non può domandare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere (art. 1432 c.c.).

Limiti all'applicabilità delle norme generali sull'errore

L'impugnabilità per errore incontra limiti per alcuni particolari negozi: ad esempio l'accettazione e la rinuncia all'eredità e il contratto di divisione **NON SONO IMPUGNABILI** per errore.

IL DOLO

Nozione

In tema di formazione del negozio giuridico il termine dolo significa **INGANNO**.

Costituiscono dolo il raggio, l'artificio ingannevole o anche la semplice menzogna impiegata per indurre una persona in errore e determinarla così a stipulare il negozio.

Anche il silenzio può essere considerato come dolo, ma solo quando costituisca violazione intenzionale di un obbligo di chiarire all'altra parte la realtà della situazione. Si può trattare talvolta di un obbligo specifico imposto dalla legge. Più spesso si tratta di un obbligo derivante dal generale dovere di correttezza nelle trattative (art. 1337 c.c.). Occorrerà cioè che, nelle circostanze concrete il silenzio appaia come **SLEALE RETICENZA**.

Il dolo vizia la volontà negoziale in quanto determini un errore.

Perché il dolo sia giuridicamente rilevante, occorre che sia idoneo a indurre in errore una persona sensata: tale idoneità dovrà essere valutata tenendo conto delle particolari condizioni psicologiche, sociali e culturali dell'ingannato.

Effetti del dolo determinante

Il dolo si dice determinante quando è tale che, senza di esso, il negozio non sarebbe stato stipulato. In tal caso il negozio è annullabile.

Trattandosi di un contratto occorre però che il dolo provenga dall'altro contraente. Se invece, il dolo proviene da un terzo, può darsi che l'inganno non sia noto al contraente che ne ha tratto vantaggio; in tal caso l'esigenza di tutelare l'affidamento di quest'ultimo viene in conflitto con l'esigenza di tutelare l'ingannato. La legge fa prevalere anche qui la tutela dell'affidamento: perciò il contraente ingannato dal terzo potrà impugnare il contratto per dolo solo se la controparte è stata in collusione con il terzo o, quanto meno, è stata a conoscenza dell'inganno (art. 1439 c.c.).

Il dolo rende invalido il contratto a titolo oneroso anche se ha provocato un errore non essenziale, e rende invalido il negozio a titolo gratuito anche se ha provocato errore su un motivo non risultante dall'atto.

Le conseguenze del dolo non si esauriscono nell'invalidità del negozio: si aggiunge la responsabilità dell'autore del dolo, tenuto a risarcire il danno. Se l'inganno proviene da un terzo, con la responsabilità **(extracontrattuale)** di questo concorre la responsabilità **(precontrattuale)** del contraente che, conoscendolo, ne ha tratto vantaggio.

Dolo incidente

Il dolo si dice incidente quando non determina la stipulazione del negozio, ma si limita ad influire sul suo contenuto. Il soggetto avrebbe concluso il contratto in ogni caso; ma, se non fosse stato ingannato, lo avrebbe concluso a condizioni diverse.

In casi di questo tipo il contratto è valido, ma l'autore del raggio deve risarcire il danno. Se il dolo proviene dal terzo, del danno risponde anche il contraente che ne ha tratto vantaggio, se il raggio gli era noto (art. 1440 c.c.).

Altri mezzi di tutela contro l'inganno

Dal punto di vista generale l'annullabilità del contratto per Dolo costituisce una tutela di efficacia limitata. Una

tutela contro le pratiche commerciali ingannevoli si realizza mediante l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la quale, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto od organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche scorrette e ne elimina gli effetti. Una forma di tutela Indiretta del consumatore si può realizzare considerando la pubblicità menzognera come una forma di **CONCORRENZA SLEALE**.

LA VIOLENZA

Nozione

In un primo significato il termine violenza designa l'impiego diretto della forza per costringere altri: violenza fisica.

In un secondo significato designa la minaccia ingiusta esercitata allo scopo di costringere un soggetto ad emettere una dichiarazione negoziale che altrimenti non avrebbe emesso (estorsione: **art. 629 c.p.**). Il minacciato viene posto di fronte ad un'alternativa: o stipulare un determinato negozio giuridico, oppure andare incontro al male ingiusto minacciatogli. Se il minacciato cede, considerando il negozio richiestogli come il male minore, questo è annullabile per vizio del consenso.

La violenza psichica è assoggettata al medesimo trattamento giuridico anche se è esercitata da un terzo (**art. 1434 c.c.**). In questo caso la legge non richiede la consapevolezza della controparte del minacciato.

Caratteri della violenza

La violenza deve essere di natura tale da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male notevole. Nel valutare l'intensità della minaccia e la sua efficacia causale si ha riguardo all'età, al sesso e alla condizione del minacciato (**art. 1435 c.c.**).

La violenza è causa di annullamento del negozio giuridico anche quando il male minacciato riguardi la persona o i beni del coniuge, di un discendente, di un ascendente, o anche di un'altra persona, salva in quest'ultimo caso la valutazione, da parte del giudice, dell'efficacia della minaccia (**art. 1436 c.c.**).

E' necessario poi che la minaccia sia ingiusta.

La minaccia di far valere un diritto è lecita quando sia diretta ad ottenere la stipulazione di un negozio strumentale per la realizzazione del diritto stesso.

Ma se la minaccia di far valere un diritto è esercitata per ottenere qualcosa che vada al di là di ciò che è già dovuto, e che non costituisca un mero rafforzamento del diritto, o un giusto compenso per la dilazione o a rinuncia al diritto stesso, allora essa è ingiusta e determina l'annullabilità del negozio (**art. 1438 c.c.**).

Capitolo 21 - OGGETTO E CAUSA

L'OGGETTO

Nozione e requisiti

L'*oggetto* del negozio consiste nelle prestazioni negoziali. Occorre che esso sia *possibile, lecito, determinato o determinabile* (**art. 1346 c.c.**).

L'impossibilità iniziale dell'oggetto rende nullo il negozio (**art. 1418 c.c.**). Si deve trattare di un'impossibilità oggettiva e assoluta, nel senso che la prestazione non possa essere resa da nessuno.

Se non vi è un'impossibilità oggettiva e assoluta, ma semplicemente un'impossibilità soggettiva del promettente, il negozio è valido.

In secondo luogo l'oggetto deve essere lecito: le prestazioni contrattuali non devono, cioè, essere contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

In terzo luogo l'oggetto deve essere determinato o determinabile. È determinato quando è definito direttamente dalle parti. È determinabile quando le parti si sono limitate a definire il criterio per la sua determinazione, o ne hanno rimesso la determinazione a un terzo.

Talvolta le parti si accordano nel senso che alcuni elementi del contratto debbano venire determinati da un terzo, il qual goda della fiducia di entrambe per la sua competenza, esperienza e correttezza. Il terzo viene detto arbitratore.

La determinazione dell'arbitratore può venire impugnata e sostituita dalla valutazione del giudice solo quando sia manifestamente iniqua od erronea. Ugualmente la determinazione sarà fatta dal giudice quando manchi la determinazione dell'arbitratore (**art. 1349 c.c.**).

Eccezionalmente potrà risultare che le parti vollero rimettersi al mero arbitrio del terzo. In tal caso la sua determinazione si può impugnare solo provando la sua malafede; inoltre, se la sua determinazione manca, essa non può venire sostituita da quella del giudice e il contratto è nullo (**art. 1349 c.c.**).

LA CAUSA

Causa e motivi

L'operazione negoziale costituisce lo scopo immediato di chi pone in essere il negozio, e va distinta dagli scopi ulteriori, in vista dei quali il negozio viene stipulato.

Causa è lo schema dell'operazione economico-giuridica che il negozio realizza immediatamente: essa è la ragione giustificatrice del negozio, sia dal punto di vista dei soggetti che lo pongono in essere, sia dal punto di vista dell'ordinamento giuridico.

Ogni scopo ulteriore è estraneo alla causa e viene designato come motivo in senso tecnico.

Talvolta può accadere che un motivo sia comune ad entrambe le parti.

Analisi del concetto di causa

Per la maggior parte dei negozi la causa consiste nella sintesi dei loro effetti giuridici essenziali.

In queste ipotesi ogni singolo effetto negoziale trova giustificazione negli altri.

La necessità che la promessa, l'attribuzione patrimoniale o la prestazione siano giustificate da altri effetti negoziali correlativi viene meno quando la volontà di chi dispone sia diretta ad attribuire un beneficio gratuito.

Tale volontà costituisce una giustificazione sufficiente.

In tutti i casi considerati il negozio prevede e regola un'operazione economico-giuridica autonoma e completa.

Altre volte, invece, il negozio trova un proprio presupposto in un'obbligazione preesistente. Perciò l'obbligazione alla quale il negozio fa riferimento va considerata come elemento integrativo della causa.

Infine può accadere che il negozio si limiti ad operare una disposizione patrimoniale in esecuzione di un'obbligazione preesistente, che ne costituisce la causa.

Mancanza di causa

Se uno degli elementi essenziali del negozio non può assolutamente verificarsi, per mancanza di un suo presupposto logicamente necessario, l'operazione negoziale risulta mutilata o, comunque, ingiustificata. Si dice allora che il negozio manca di causa.

In particolare si avrà mancanza di causa ogni volta che sia inesistente l'obbligazione che il negozio intende eseguire, garantire o modificare.

Alla mancanza di causa si riporta la regola secondo la quale la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore (**art. 1941 c.c.**). E già abbiamo ricordato la disposizione secondo la quale la novazione è nulla se non esisteva l'obbligazione originaria (**art. 1234 c.c.**).

Causa illecita, causa non degna di tutela. Negozi tipici e atipici

L'ordinamento giuridico non riconosce la validità del negozio, se non quando esso abbia una causa lecita e degna di tutela.

La causa del negozio è illecita quando sia contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (**art. 1343 c.c.**).

Non basta che la causa sia lecita: può accadere infatti che l'operazione negoziale sia di un tipo non illecito, ma non abbia un'utilità sufficiente a giustificare che lo Stato cooperi alla sua attuazione. In tale ipotesi il negozio è nullo perché la sua causa non è degna di tutela.

Nel campo dei negozi unilaterali, gli schemi causali leciti e degni di tutela sono definiti dalla legge. Al di fuori dei tipi espressamente previsti e regolati non è consentito ai privati di adottarne altri.

Nel campo dei contratti, invece, si è proceduto diversamente, perché la grande varietà delle forme contrattuali in uso non ne consente un'elencazione tassativa e una disciplina analitica, e perché si è voluta lasciare aperta alla creatività degli operatori economici la possibilità di concludere anche contratti di tipo nuovo.

Alle parti è consentito anche di concludere contratti atipici, o innominati, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (**art. 1322 c.c.**).

Negozi causali e negozi astratti

Alla mancanza di una causa degna di tutela l'ordinamento giuridico reagisce sempre.

Per lo più la reazione consiste nel negare al negozio ogni effetto giuridico. I negozi sottoposti a questo regime giuridico si dicono *causali*.

In alcune ipotesi però, la reazione giuridica non colpisce il negozio, il quale produce i suoi effetti. Colpisce invece alcune delle conseguenze che ne derivano e che, costituendo arricchimenti e impoverimenti ingiustificati, devono essere eliminate mediante opportuni aggiustamenti. Questi negozi che producono effetto indipendentemente dalla validità della causa, si dicono *astratti*.

Nell'ordinamento giuridico italiano i trasferimenti della proprietà o di altri diritti e le costituzioni di diritti reali

sono sempre causali.

I negozi obbligatori sono quasi tutti causali. Sono però astratte alcune promesse relative a situazioni triangolari. Sono astratte in particolare la promessa cambiaria, la delegazione astratta, la promessa del delegato.

L'astrattezza della promessa può manifestarsi solo nei confronti di un soggetto diverso da quello tenuto alla restituzione dell'arricchimento.

La dichiarazione della causa e l'astrazione processuale

Accade sovente di imbattersi in promesse che non manifestano la causa per la quale sono state fatte. La causa risulterà da dichiarazioni separate, o dalle circostanze, e potrà essere la più varia.

Fuori dalle ipotesi specifiche nelle quali la legge ammette l'astrazione della causa, queste promesse non hanno effetto, come abbiamo visto, se non sussiste una causa valida a giustificarle. La legge tuttavia ammette che il promissorio possa farle valere in giudizio senza necessità di provare anche la causa: l'esistenza di questa si presume se il promettente non dà la prova del contrario (**art. 1988 c.c.**). Questa deroga al principio, secondo il quale *chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento* (**art. 2697 c.c.**), è designata come *astrazione processuale*.

IL NEGOZIO ILLECITO

Il negozio illecito: concetto

Il negozio si dice *illecito* quando tende a realizzare un risultato vietato da norme o principi inderogabili. Si può trattare di *norme imperative di legge*, di principi fondamentali e inderogabili dell'ordinamento giuridico (*ordine pubblico*), o anche di concezioni morali comunemente accolte (*buon costume*): **art. 1343 c.c.**

In ogni caso il negozio illecito non è riconosciuto né tutelato dal diritto; gli effetti contrari al diritto non si producono: il negozio o la singola clausola, sono nulli.

Norme imperative e principi di ordine pubblico

Non qualsiasi contrasto con norme di diritto determina l'illiceità del negozio: occorre che si tratti di norme imperative. Accanto alle norme imperative contenute nel codice civile, hanno particolare importanza quelle contenute nel codice penale.

La norma imperativa limita l'autonomia del privato per realizzare interessi generali, e talvolta anche per proteggerlo.

La norma è certamente imperativa quando dispone la nullità dell'atto compiuto in sua violazione; la norma è dispositiva quando fa salva una diversa volontà delle parti.

L'**art. 1343 c.c.** soggiunge che il negozio è illecito altresì quando è contrario all'ordine pubblico. Questo concetto esprime l'insieme dei principi di struttura politica ed economica della società, immanenti nell'ordinamento giuridico vigente. Essi si possono classificare a seconda che attengano all'ordine pubblico politico o all'ordine pubblico economico.

L'ordine pubblico politico attiene alla difesa della struttura dello Stato e della famiglia e alla difesa della libertà e dell'integrità dell'individuo.

Nell'ambito dell'ordine pubblico economico si possono distinguere l'ordine pubblico di protezione e l'ordine pubblico di struttura e di direzione economica.

L'ordine pubblico di protezione ha lo scopo di proteggere, in certi rapporti contrattuali, la parte economicamente debole che abbia subito l'imposizione di condizioni contrattuali inique, o la parte che possa aver stipulato il contratto senza una sufficiente ponderazione, non rendendosi conto del carattere vessatorio di certe clausole, o sottovalutandolo.

L'ordine pubblico di struttura e di direzione economica è costituito dai criteri secondo i quali va condotta l'attività economica degli operatori privati e pubblici.

Il buon costume

Il negozio è illecito quando sia contrario al buon costume (**art. 1343 c.c.**). Il buon costume è costituito dall'insieme di quelle regole di comportamento sociale, la cui violazione è ritenuta immorale e scandalosa dalla generalità dei consociati.

Le regole del buon costume sono storicamente determinate e variabili col tempo.

Motivo illecito

Mentre i vizi della causa influiscono senz'altro sulla validità del negozio causale, l'erroneità o l'illiceità dei motivi sono rilevanti solo in ipotesi circoscritte. E lo stesso è a dirsi per ogni negozio il quale tenda a realizzare

immediatamente un risultato vietato: in tali ipotesi l'illiceità è intrinseca al negozio.

Le difficoltà sorgono quando il contenuto del negozio è lecito, ma il negozio stesso costituisce un momento nella realizzazione di un piano illecito di una delle parti. In tal caso l'illiceità non è più intrinseca al negozio, bensì estrinseca: essa riguarda solo il motivo di una delle parti.

La legge dispone che in tema di contratto a titolo oneroso esso è illecito e nullo solo quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe (**art. 1345 c.c.**).

Nelle donazioni il motivo illecito è causa di nullità quando risulta dall'atto ed è il solo che abbia determinato il donante a disporre (**art. 788 c.c.**).

Negozio in frode alla legge

Accade sovente che, allo scopo di raggiungere un risultato vietato, l'ostacolo costituito dal divieto di legge venga aggirato, percorrendo vie oblique che il legislatore ha lasciato libere per un traffico giuridico diretto in tutt'altra direzione. In tal caso il negozio è *in frode alla legge* ed è nullo (**art. 1344 c.c.**).

Capitolo 22 - LA FORMA

Nozione

Nel diritto moderno la volontà negoziale può essere manifestata, di regola, in un modo qualsiasi: il solo requisito è che la dichiarazione risulti comprensibile ai soggetti ai quali è destinata.

Talvolta, però, la legge prescrive, per la validità del negozio, che questo venga espresso in una forma determinata. Per lo più, la forma così richiesta è quella scritta, la quale può consistere tanto in una scrittura privata, quanto in un atto pubblico.

In ipotesi eccezionali la semplice scrittura non è sufficiente, e si richiede la solennità dell'*atto pubblico*: in tal caso la dichiarazione negoziale deve essere espressa davanti a un notaio il quale redige un documento (*rogito*), destinato ad essere conservato a disposizione di chiunque ne voglia prendere visione (**art. 2699 c.c., art. 743 c.p.c.**).

Talvolta la legge prescrive che la dichiarazione negoziale contenga determinate indicazioni: in tal caso si parla di requisiti di *forma-contenuto*.

Negozi formali

La legge richiede la *forma scritta* per la validità dei negozi che trasferiscono la proprietà di beni immobili, o ce costituiscono, trasferiscono, modificano o estinguono diritti reali su beni immobili, o che su tali beni costituiscono diritti personali di godimento per una durata superiore ai nove anni. La stessa regola vale per il contratto preliminare che impegni a stipulare successivamente uno dei contratti anzidetti (**art. 1351 c.c.**).

Per gli affari mobiliari, invece, si adotta la regola generale della libertà di forma. Ma in ipotesi particolari si ritiene opportuno richiedere la forma scritta per meglio assicurare la chiarezza e la consapevole accettazione delle condizioni contrattuali.

A parte ciò, la forma scritta è richiesta per i titoli di credito.

I contratti con enti pubblici possono validamente stipularsi solo per iscritto.

La donazione va fatta per atto pubblico con la presenza di due testimoni (**art. 782 c.c.**); se la donazione è di modico valore, l'atto pubblico non è necessario; occorre però che la cosa sia consegnata (**art. 783 c.c.**).

L'atto pubblico è necessario anche per la costituzione delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata (**artt. 2332, 2475 c.c.**).

Per determinate clausole, considerate particolarmente onerose, predisposte da una parte per la stipulazione di contratti in serie, la legge richiede la specifica approvazione per iscritto (**art. 1341 c.c.**); per la loro validità non è sufficiente la forma scritta, ma occorre che il modulo contrattuale rechi due sottoscrizioni: una riferita al contratto nel suo complesso, ed una specificatamente riferita alle clausole in questione.

Il testamento deve essere redatto nella forma olografa, oppure in quella dell'atto pubblico, o infine nella forma segreta.

La mancata adozione della forma prescritta dalla legge implica l'invalidità dell'atto.

Forma per la validità e forma per la prova

Spesso è la stessa legge a prescrivere che il negozio venga provato per iscritto. Ma questa forma richiesta per la prova (*forma ad probationem*) non va confusa con la forma richiesta per la validità del negozio (*forma ad substantiam*). Se non è osservata una forma richiesta dalla legge ad substantiam, il contratto è nullo. Se invece non si osserva una forma richiesta dalla legge ad probationem il contratto non è nullo, ma sarà particolarmente difficile alla parte interessata di farlo valere in giudizio. Si ha una limitazione dei possibili mezzi di prova: il contratto non potrà venire provato per testimoni, né per presunzioni; l'esistenza del

contratto può venire provata con la confessione del debitore o deferendo a quest'ultimo il giuramento derisorio.

Capitolo 23 - CONDIZIONE, TERMINE, MODO

La condizione

Il negozio giuridico può disporre che i suoi effetti (o alcuni fra essi) si producano o vengano meno al verificarsi di un avvenimento futuro e incerto. Questo costituisce una *condizione* (art. 1353 c.c.).

La condizione si dice *sospensiva* se l'effetto negoziale ad essa subordinato manca in un primo tempo, ed è destinato a prodursi nel caso che la condizione si avveri.

Se invece l'effetto negoziale si produce immediatamente, ma è destinato a venir meno nel caso che la condizione si avveri, questa si dice *risolutiva*.

Condizione casuale e condizione potestativa

La condizione si dice *casuale* se è indipendente dalla volontà delle parti; *potestativa* se dipende dalla volontà di una delle parti; *mista* se il suo avveramento richiede il concorso della volontà di una parte e di circostanze indipendenti da tale volontà.

Nell'ambito della condizione potestativa si distingue la condizione *meramente potestativa* e la condizione *potestativa ordinaria*. La prima dipende dal mero arbitrio di una delle parti o dalla sua valutazione dell'opportunità del negozio.

La seconda dipende dal comportamento di una delle parti, se tale comportamento presenta vantaggi o svantaggi indipendenti dal negozio associato alla condizione.

La legge (art. 1355 c.c.) dispone che è nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata ad una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore.

È nulla l'assunzione di un obbligo la cui risoluzione dipenda dalla mera volontà dell'obbligato: non ha senso parlare di un obbligo, se la volontà di non adempierlo basta a farlo venir meno.

Condizione illecita o impossibile

La condizione è *illecita* quando rende immediatamente illecita l'operazione negoziale, quando tende a remunerare o comunque a incoraggiare il compimento di atti illeciti, o quando tende ad influenzare con incentivi non appropriati l'esercizio di libertà fondamentali dell'individuo.

L'illiceità della condizione determina la nullità del contratto o del negozio unilaterale tra vivi al quale sia apposta (art. 1354 c.c.). Se la condizione illecita si riferisce a una singola clausola non essenziale del negozio, la nullità sarà limitata a questa (art. 1354 c.c.).

Quanto all'*impossibilità* della condizione, le sue conseguenze sono diverse, secondo che si tratti di condizione sospensiva o risolutiva.

La condizione sospensiva impossibile rinvia l'efficacia di un negozio a un momento che non verrà mai. Dunque, il negozio è definitivamente e totalmente privo di effetti: esso è nullo.

La condizione risolutiva impossibile dispone che gli effetti del negozio debbano cadere in un momento che non verrà mai. Dunque, gli effetti del negozio sono definitivi: la condizione si ha come non apposta (art. 1354 c.c.).

Quanto si è detto vale per i contratti e per i negozi unilaterali tra vivi.

Pendenza della condizione

Si ha *pendenza della condizione* fintantoché è incerto se questa si avvererà oppure no. Durante la pendenza l'acquirente non ha il diritto che costituisce l'oggetto dell'alienazione; ha però un germe di diritto, un diritto in formazione, che si qualifica come *aspettativa*. Anche l'alienante non ha l'esercizio pieno e illimitato del diritto, perché deve astenersi da ogni atto che possa pregiudicare l'aspettativa della controparte; egli ha ora solo un *diritto condizionato*.

Durante la pendenza della condizione il titolare del diritto condizionato deve comportarsi secondo *correttezza* in modo da conservare integre le ragioni dell'altra parte (art. 1358 c.c.).

La violazione di questo precetto è azionata con l'obbligo del risarcimento del danno. Ma la legge tutela il titolare dell'aspettativa e gli consente di compiere atti *conservativi*, qualora abbia fondato motivo di temere un pregiudizio alle sue ragioni.

Gli atti di disposizione in pendenza della condizione

Il titolare di un'aspettativa può disporre in pendenza della condizione, alienandola a un terzo. Questi

subentra allora nella titolarità dell'aspettativa, destinata a maturare nel diritto pieno solo se la condizione si avvera.

Allo stesso modo, il titolare del diritto può alienarlo ad un terzo, che resterà soggetto a perderlo nel caso che la condizione si verifichi.

Avveramento e mancanza della condizione

L'avveramento della condizione sospensiva determina il prodursi degli effetti del negozio; l'avveramento della condizione risolutiva li fa venir meno.

L'art. 1360 c.c. dispone che gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto. Le conseguenze di un fatto valgono sempre e d'esclusivamente per il futuro; perciò quando la legge dispone che un determinato evento ha efficacia retroattiva, ciò significa che, dal tempo dell'evento in poi, la situazione è regolata come se gli effetti si fossero verificati già prima.

Gli atti di disposizione compiuti durante la pendenza dal titolare dell'aspettativa si consolidano, mentre si caducano quelli compiuti dal titolare del diritto condizionato.

Poiché questa retroattività opera anche contro i terzi, essa viene detta *reale* o *assoluta*.

Il termine

Il termine limita nel tempo l'efficacia del negozio. Può essere *iniziale* o *finale*, secondo che stabilisca il principio o la fine dell'effetto negoziale.

Mentre la condizione rende incerta la nascita o l'estinzione del rapporto, qui la nascita o l'estinzione è certa; può esservi, però, incertezza circa il momento, perché accanto ai termini determinati sono possibili termini che lasciano indeterminato il quando.

Il termine può riferirsi anche a uno solo degli effetti negoziali: tale il *termine di adempimento*, o di scadenza, che determina il momento in cui l'obbligazione deve essere eseguita.

Questo è stabilito normalmente *a favore del debitore*: ciò significa che il creditore non può esigere la prestazione prima della scadenza, mentre il debitore può pretendere di adempier anche prima del termine fissato.

Può accadere però anche che sia apposto *a favore del creditore*: in tal caso questi può pretendere l'adempimento anche prima della scadenza, mentre il debitore non può validamente offrire l'esecuzione della prestazione prima del termine fissato.

Il termine può essere apposto *a favore di entrambi*, nel qual caso né il creditore, né il debitore, possono pretendere di ottenere o di eseguire la prestazione prima della scadenza.

Se non risulta altrimenti il termine si presume a favore del debitore (art. 1184 c.c.).

Il debitore decade dal termine fissato a suo favore quando sia divenuto insolvente, o abbia diminuito per fatto proprio le garanzie che aveva date, o non abbia dato le garanzie che aveva promesse: in tal caso il creditore può esigere immediatamente la prestazione (art. 1186 c.c.).

Il modo

Il *modo* (o *onere*) è una disposizione che può essere apposta solo ai negozi a titolo gratuito. Essa limita il vantaggio economico del beneficiario, imponendogli un obbligo.

L'onere differisce dalla controprestazione, perché non costituisce un corrispettivo, ma piuttosto un limite dell'attribuzione, la quale resta perciò, gratuita. E differisce dalla condizione perché è fonte di obbligo.

Capitolo 24 - LA RAPPRESENTANZA

Nozione e scopo

La rappresentanza è l'istituto giuridico per il quale la volontà negoziale è formata e dichiarata da un soggetto (*rappresentante*), mentre gli effetti del negozio fanno capo a un soggetto diverso (*rappresentato*).

Talvolta l'intervento del rappresentante è imposto dalla legge.

La rappresentanza è ammissibile in tutto il campo dei contratti e dei negozi patrimoniali tra vivi.

Essa è esclusa per il testamento e per i negozi di diritto familiare.

Distinzione da altre figure

- *Rappresentante e nuncius*: il rappresentante ha un potere di decisione, più o meno ampio, circa la stipulazione del negozio: egli perciò forma e dichiara una volontà propria. Ciò resta vero anche quando gli sono stati imposti dei limiti e impartite delle istruzioni. Il nuncius, invece, si limita a trasmettere una dichiarazione altrui, già completa;
- *interposizione gestoria*: l'interposizione gestoria è una forma di cooperazione giuridica nella quale il

gestore agisce per conto altrui, ma stipula il negozio in nome proprio. Gli effetti del negozio si producono in capo al gestore, il quale dovrà poi trasmetterne il risultato economico nel patrimonio di colui per conto del quale ha agito.

- *Agenti senza rappresentanza, procacciatori di affari*: è d'uso designare come rappresentanti di commercio certi collaboratori dell'imprenditore, anche quando essi non stipulano contratti, ma si limitano a promuoverne la conclusione cercando clienti, facendo opera di persuasione e raccogliendo le ordinazioni, che spetterà poi all'imprenditore di accettare o no.

Fonti della rappresentanza

Il potere di rappresentanza può venire conferito dall'interessato con un atto che si chiama *procura*. Si parla, in tal caso, di *rappresentanza volontaria*.

La nomina di un rappresentante è, in generale, un atto facoltativo.

Ma per le persone giuridiche e i soggetti collettivi l'esistenza di almeno una persona fisica munita del potere di rappresentarli costituisce una necessità, perché altrimenti essi non potrebbero operare giuridicamente.

Vi sono poi le ipotesi in cui il rappresentante è scelto ed imposto dalla legge o dal giudice; ed è a questo proposito che si parla di *rappresentanza legale* in senso stretto.

Di regola nessuno può attribuirsi da sé il potere di rappresentare altri; eccezionalmente, però, ciò è consentito a chi prende utilmente l'iniziativa di curare l'interesse di una persona che, per assenza o per altro impedimento, non vi possa provvedere da sé stesso (**artt. 2028, 2031 c.c.**). E' l'ipotesi della *gestione d'affari*.

La procura e il rapporto sottostante

La procura è il negozio unilaterale con il quale una persona attribuisce ad altri il potere di rappresentarla.

Questo potere è strumentale per la realizzazione di un interesse, che è per lo più del rappresentato, ma che talvolta può essere anche dello stesso rappresentante, o di terzi. La natura di questo interesse, il modo in cui esso va realizzato, la ragione della sua attuazione da parte del rappresentante, l'eventuale compenso a quest'ultimo, dipendono dal *rapporto di base*, al quale la rappresentanza accede. Il rapporto di base è l'insieme di tutte le situazioni e funzioni che giustificano i poteri attribuiti al rappresentante.

Da questi rapporti sottostanti risulta se e come il rappresentante può o deve esercitare il potere conferitogli.

La procura va distinta dal contratto che è fonte del rapporto di base.

La procura conferisce al rappresentante un potere, ma in sé e per sé non gli impone alcun obbligo, né modifica in alcun modo la sua situazione patrimoniale, produce i suoi effetti senza bisogno di accettazione da parte del rappresentante stesso: è un negozio unilaterale.

La procura può venire revocata dal rappresentato, anche quando non vi sia un'analoga possibilità di sciogliere unilateralmente, e con effetto immediato, il rapporto di base.

Procura e rapporto di base sono negozi collegati, pur se distinti: ciò implica, tra l'altro, che lo scioglimento di quest'ultimo determina normalmente la cessazione della procura.

La procura può riferirsi a uno o più affari determinati, e allora prende il nome di procura speciale; oppure può concernere tutti gli affari del rappresentato, e in tal caso costituisce una procura generale.

Essa può contenere prescrizioni che valgono come limiti ai poteri del rappresentante.

Conferimento della procura

Per la validità della procura non si richiedono forme particolari, a meno che sia conferita per la stipulazione di un negozio formale: in questo caso la procura deve avere la stessa forma prescritta per la validità del negozio da stipularsi.

Quando vi è libertà di forma, la procura può venire concessa anche tacitamente per fatti concludenti.

Estinzione della procura

La procura si estingue:

- Per la scadenza del termine, per il verificarsi della condizione risolutiva, o per il compimento da parte del rappresentante dell'affare per la quale è stata conferita;
- Per l'estinzione del rapporto di base al quale essa accede;
- Per la morte, l'interdizione o l'inabilitazione del rappresentante;
- Per rinuncia del rappresentante;
- Di regola, per la revoca da parte del rappresentato;
- Di regola, per la morte, l'interdizione o l'inabilitazione del rappresentato;
- Di regola, per il fallimento del rappresentato.

La *revoca* è un negozio unilaterale, che non richiede forme particolari. la volontà di revoca può essere

manifestata anche tacitamente, con un comportamento concludente.

La procura è invece irrevocabile quando sia stata conferita nell'interesse del rappresentante o di terzi.

La fiducia del rappresentato nella persona del rappresentante, che sta alla base del conferimento della procura, la deve sorreggere anche per tutta la sua durata.

La procura può essere destinata al compimento di atti da eseguirsi dopo la morte del rappresentato. Ciò è ammissibile, salvo che la natura dell'affare non sia in contrasto con le norme fondamentali che disciplinano le successioni mortis causa.

Procura apparente e tutela dell'affidamento

Le modificazioni e la revoca della procura devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei. Se il rappresentato non provvede a ciò, la legge tutela l'affidamento di quei terzi i quali, ignorando la modificazione o la revoca, abbiano continuato a trattare con il rappresentante: perciò i negozi stipulati dal rappresentante apparente nei loro confronti sono pienamente efficaci e vincolanti per il rappresentato (**art. 1396, 2207 c.c.**).

Considerazioni analoghe valgono per le altre cause di estinzione del potere di rappresentanza: esse non sono opponibili ai terzi che le hanno senza colpa ignorate.

L'agire in nome del rappresentato e il contratto per conto di chi spetta

Perché operi il meccanismo della rappresentanza, sia essa volontaria o legale, occorre che il rappresentante agisca in nome del rappresentato, manifestando così che gli effetti del negozio si produrranno non in capo a lui stesso, bensì direttamente in capo al rappresentato. Non è strettamente necessaria una dichiarazione espressa; è necessario, però, quanto meno, che ciò risulti dalle circostanze in modo certo e univoco. In mancanza, il negozio si intende stipulato in proprio.

Vizi della volontà e stati soggettivi

La caratteristica della rappresentanza sta nella scissione tra il soggetto che forma e dichiara la volontà negoziale e il soggetto in capo al quale si verificano gli effetti del negozio. Il rappresentante decide se stipulare il negozio e ne determina il contenuto, sia pure in base alle istruzioni ricevute ed entro i limiti assegnatigli. Gli effetti del negozio fanno capo al rappresentato.

La capacità di diventare titolare dei rapporti giuridici negoziali va valutata con riferimento alla persona del rappresentato.

Per stabilire, invece, se la volontà e la dichiarazione negoziale sono state formate regolarmente è alla persona del rappresentante che si deve, di regola, guardare, perché è questo a decidere la stipulazione del contratto e il suo contenuto.

Può accadere, però, che alcuni elementi del negozio siano predeterminati dal rappresentato: in relazione ad essi si deve aver riguardo alla persona del rappresentato.

Per quanto attiene alla capacità di agire, nella rappresentanza volontaria è sufficiente che il rappresentante abbia la capacità naturale, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto (**art. 1389 c.c.**). La procura può dunque venire conferita anche ad un minorenne, se questi ha raggiunto una maturità sufficiente.

Conflitto di interessi e contratto con sé stesso

Il diritto tutela il rappresentato contro il pericolo che il rappresentante approfitti del potere conferitogli per realizzare abusivamente interessi, propri o di terzi, estranei al suo compito.

Il rappresentante si fa portatore di un interesse in contrasto con quelli del rappresentato: si parla perciò di *conflitto di interessi*.

Il conflitto di interessi è una situazione oggettiva, ravvisabile ogni volta che dalla stipulazione di un determinato contratto possa derivare un profitto anche indiretto del rappresentante con danno del rappresentato. In tal caso il contratto è viziato indipendentemente dalla prova che il rappresentante abbia effettivamente sacrificato gli interessi del rappresentato stipulando un contratto dannoso: la legge reagisce qui ad una semplice situazione di pericolo (**art. 1394 c.c.**).

La legge considera poi un'ipotesi estrema di conflitto di interessi tra rappresentato e rappresentante: il *contratto con sé stesso*, che si ha quando nel contratto, concluso dal rappresentante in nome e per conto del rappresentato, la controparte non è altri che il rappresentante medesimo, operante in proprio o come rappresentante di un terzo. Il contratto con sé stesso è senz'altro annullabile (**art. 1395 c.c.**). E' salva l'ipotesi che il rappresentato lo abbia autorizzato specificamente o ne abbia determinato il contenuto in modo da escludere ogni possibilità di danno.

Rappresentanza senza potere

Può accadere che taluno agisca come rappresentante senza esserlo, o eccedendo i limiti del potere conferitogli. In tal caso il negozio non vincola il rappresentato. La legge consente, però, al rappresentato di assumersi il negozio attraverso la *ratifica* (art. 1399 c.c.).

Se l'interessato non ratifica il negozio stipulato in suo nome, questo rimane inefficace: non produce effetti in capo al preteso rappresentato, perché il potere di rappresentanza non sussisteva, e non produce effetti in capo al preteso rappresentante perché non era con costui che il terzo intendeva istituire il rapporto contrattuale.

Dall'inefficacia del negozio può derivare un danno del terzo che dovrà essere risarcito dal preteso rappresentante secondo le norme relative alla responsabilità precontrattuale.

Capitolo 25 - INVALIDITÀ DEL NEGOZIO GIURIDICO

Nullità e annullabilità. Cause di nullità e di annullabilità

Ai fini della disciplina dell'invalidità si distinguono due concetti di base: la nullità e l'annullabilità.

Nell'ipotesi di *nullità* il negozio è privo dei suoi effetti e non può essere convalidato.

Nell'ipotesi di *annullabilità* gli effetti del negozio si producono, ma possono essere eliminati se e solo se il negozio stesso è tempestivamente impugnato dalla parte nell'interesse della quale l'invalidità è stabilita, sempre che essa non lo abbia successivamente convalidato.

Il negozio è *nullo* quando il regolamento di interessi manchi del tutto, o sia irrealizzabile, quando non sia rivestito della forma richiesta dalla legge a pena di nullità o, infine, quando sia illecito o immeritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Il negozio è *annullabile* quando, trattandosi di tutelare interessi disponibili di una parte del negozio, si ritiene opportuno far dipendere dalla sua iniziativa l'eliminazione del negozio stesso. Si tratta delle ipotesi di errore, di violenza morale, di dolo, di incapacità di agire, di conflitto di interessi, di rappresentanza.

Il trattamento giuridico della nullità e dell'annullabilità: titolari dell'azione

Di regola, la nullità può essere fatta valere da qualunque interessato (art. 1421 c.c.): dunque non solo da ciascuna parte del negozio, ma anche da terzi (*nullità assoluta*). Si deve trattare però di terzi che vi abbiano interesse. L'azione è invece preclusa a terzi del tutto estranei.

La nullità può essere rilevata dal giudice, d'ufficio, quando debba decidere una lite la cui soluzione dipenda dalla validità del negozio.

L'annullamento, invece, può essere domandato solo dalla parte a protezione della quale esso è stabilito dalla legge (art. 1441 c.c.), sempre che essa non abbia convalidato il negozio. In questo modo il soggetto tutelato viene reso solo arbitro della sorte del negozio: a lui solo spetta di decidere se tenerlo in piedi, oppure no.

A differenza delle ipotesi di nullità relativa il soggetto tutelato può decidere di convalidare il negozio, rinunciando così alla possibilità di annullamento.

La convalida del negozio annullabile

Poiché l'annullabilità è disposta a tutela di un interesse privato disponibile, il titolare di questo può rinunciare all'azione di annullamento convalidando il negozio.

La *convalida* è un negozio unilaterale. Essa può farsi in modo espresso, con un atto che contenga la menzione del negozio e del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che si intende convalidarlo. Oppure può avvenire in modo tacito, se il titolare dell'azione di annullamento ha dato volontariamente esecuzione al negozio conoscendo il motivo di annullabilità (art. 1444 c.c.).

In ogni caso, perché il negozio di convalida produca effetto è necessario che non sia colpito dal medesimo vizio del negozio che si vuole convalidare: occorre perciò che sia cessato il vizio del consenso o che sia cessata l'incapacità di agire.

Non è ammissibile, invece, la convalida del negozio nullo (art. 1423 c.c.).

Prescrizione

Il negozio nullo è automaticamente privo di effetti, il che può essere accertato e dichiarato dal giudice in qualsiasi tempo. Ciò significa che colui al quale sia richiesta l'esecuzione del negozio potrà sempre rifiutarla. Se il negozio nullo ha avuto esecuzione, le prestazioni, essendo prive di causa, vanno restituite secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito (art. 2033 c.c.).

Occorre però considerare che l'azione di rivendicazione conseguente alla nullità sarà paralizzata se, col decorso del tempo, l'altra parte ha finito per usucapire la proprietà della cosa. Col decorso di un termine di prescrizione di dieci anni si estingue il credito per la restituzione delle prestazioni eseguite senza causa (art. 2946 c.c.). Tutto ciò limita il significato della formula secondo la quale l'azione di nullità è imprescrittibile (art.

1422 c.c.).

L'azione di annullamento è invece soggetta a un termine di prescrizione di cinque anni (**art. 1442 c.c.**). Questo termine si sovrappone ai termini generali di usucapione e di prescrizione, ai quali si è accennato. Esso decorre non già dal momento in cui siano state eseguite le singole prestazioni, bensì dalla data del negozio annullabile. Ma se il negozio annullabile non è stato eseguito, la parte in favore della quale l'annullabilità è disposta, potrà rifiutarne l'esecuzione sempre, senza limiti di tempo (**art. 1442 c.c.**). Si dice che si prescrive l'azione, ma non l'eccezione di annullamento.

Conseguenze della nullità e dell'annullamento: fra le parti

Il negozio nullo non produce alcun effetto negoziale: non costituisce, non trasferisce, non modifica e non estingue diritti reali o di credito, e non costituisce causa giustificatrice delle prestazioni eseguite, le quali vanno perciò restituite.

Lo stesso è a dirsi del contratto per il quale sia intervenuta la sentenza di annullamento. Questa rende prive di causa anche le prestazioni già eseguite: il che si esprime dicendo che l'annullamento ha effetto retroattivo.

Opponibilità della nullità e dell'annullamento ai terzi

La nullità o l'annullamento di un negozio giuridico pongono problemi di opponibilità ai terzi, analoghi a quelli della simulazione.

La nullità è, di regola, opponibile ai terzi.

Quando si tratta, invece, di annullabilità, il negozio annullabile ha efficacia, se e fino a quando questa non venga eliminata con una sentenza di annullamento. Il problema è se la pronuncia di annullamento debba operare retroattivamente anche nei confronti dei terzi sub acquirenti, facendo cadere i loro acquisti.

Nessun problema se il terzo sapeva dell'invalidità: in questo caso non vi è alcun affidamento da tutelare. Ugualmente il terzo soccombe se ha acquistato a titolo gratuito. Il terzo prevale se ha acquistato in buona fede e a titolo oneroso (**art. 1445 c.c.**).

Se si tratta di beni immobili o di altri beni iscritti in pubblici registri questa regola va combinata con quelle sulla trascrizione. La trascrizione della domanda giudiziale di annullamento mette i terzi in grado di conoscere la pendenza della lite: perciò, se essi tuttavia acquistano, l'annullamento sarà loro opponibile.

La tutela dell'affidamento del terzo non opera, se l'annullamento dipende da incapacità legale (**art. 1445 c.c.**).

Nullità relativa e annullabilità assoluta

La nullità è caratterizzata dalla mancanza iniziale degli effetti, che può essere accertata su domanda di chiunque vi abbia interesse e rilevata d'ufficio dal giudice, con un'azione dichiarativa imprescrittibile; il negozio nullo non può essere convalidato e la nullità è opponibile ai terzi.

L'annullabilità è invece un'ipotesi di efficacia eliminabile con un'azione che può essere esercitata, entro un termine di prescrizione, solo dalla parte a protezione della quale essa è stabilita dalla legge; è ammessa la convalida del negozio annullabile ed è limitata l'opponibilità ai terzi dell'annullamento.

Talvolta l'invalidità è disposta allo scopo di proteggere una parte del negozio contro decisioni non ponderate; coerentemente si esclude che il negozio possa essere convalidato, anche solo mediante l'inerzia protratta per il tempo di prescrizione, ma si lascia la parte protetta arbitra di decidersi se valersi, oppure no, della protezione di legge. La nullità, in questo caso, non può essere fatta valere se non dalla parte protetta (*nullità relativa*).

Si consideri, invece, l'invalidità del contratto stipulato dall'interdetto per condanna penale. Qui il contratto può essere convalidato dal rappresentante legale; inoltre, l'azione d'annullamento deve essere esercitata entro un termine di prescrizione e l'annullamento non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede. Il carattere punitivo, e protettivo del pubblico, dell'invalidità richiede però che l'azione possa essere esercitata contro l'interdetto, da chiunque vi abbia interesse. Si parla in questo caso di *annullabilità assoluta*.

Nullità parziale

La causa di nullità può riguardare direttamente l'intero negozio, oppure una o più clausole del negozio stesso. In questo secondo caso si pone il problema di stabilire se la nullità si debba estendere all'intero negozio, o se invece questo debba restare in piedi, privato delle clausole nulle.

La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non l'avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità (**art. 1419 c.c.**).

Invece la nullità parziale non si proroga all'intero contratto quando riguardi pattuizioni non essenziali nell'ambito dell'operazione negoziale complessiva. Lo stesso principio si applica nelle ipotesi che , in

contratto plurilaterale, sia nullo il vincolo di un asola delle parti (art. 1420 c.c.).

Sostituzione legale di clausole

Il negozio può restare, amputato delle clausole nulle, solo se questa hanno carattere non essenziale; in caso contrario, esso è interamente travolto dalla nullità.

Sovente, però, la legge, anziché limitarsi a porre nel nulla il negozio disapprovato, intende imporre un regolamento negoziale difforme da quello stabilito dalle parti.

Questo fenomeno di inserzione automatica di clausole è previsto, nei suoi termini generali, dall'art. 1339 c.c. il quale dispone che 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.

La clausola negoziale difforme dalla norma imperativa è nulla, ma la nullità non si propaga all'intero contratto: il legislatore vuole che il rapporto contrattuale permanga, regolato nel modo che egli ritiene più giusto, e perciò il negozio resta, con il contenuto modificato mediante l'inserzione automatica delle regole imperative di legge (art. 1419 c.c.).

Per la stessa ragione, la parte danneggiata da questa modificazione legale del contenuto del contratto, non potrà chiederne l'annullamento per errore, adducendo la propria ignoranza della regola imperativa di legge.

L'inserzione e la sostituzione automatica di clausole costituisce un a forma assai incisiva di restrizione dell'autonomia privata.

Conversione del negozio nullo

Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità (art. 1424 c.c.).

Si parla in questo caso di *conversione* del negozio nullo.

La conversione determina il prodursi di effetti giuridici diversi da quelli del negozio che le parti hanno stipulato, e tuttavia tali da realizzare totalmente o, più spesso, parzialmente il risultato economico che le parti si proponevano.

L'inefficacia

In senso lato il termine inefficacia può riferirsi a qualunque ipotesi in cui il negozio giuridico sia in tutto o in parte privo di effetti. Nel linguaggio giuridico, però, l'espressione è solitamente adoperata in un significato ristretto, escludendo l'ipotesi del negozio nullo (o annullato).

- Il negozio valido può essere temporaneamente inefficace finché non sopravvenga (eventualmente) una certa circostanza estrinseca al negozio stesso (*efficacia sospesa*). Bisogna distinguere tra circostanze estrinseche, la cui mancanza determina l'inefficacia del negozio, ed elementi estrinseci, la cui mancanza ne determina l'invalidità.
- Un negozio efficace fra le parti può essere inefficace nei confronti di taluni terzi: si parla in tal caso di *inefficacia relativa*.

Capitolo 26 - IL CONTRATTO NELLA SOCIETÀ CONTEMPORANEA

La libertà contrattuale nella concezione del liberismo classico

Nell'ottocento il contratto è visto come un importante strumento di libertà, per mezzo del quale ciascun individuo può realizzare la sua autonomia nella vita privata e nell'attività produttiva. In tal modo ciascuno regola i propri rapporti con gli altri e diviene legislatore nella propria sfera. In questo contesto il compito dello stato è esclusivamente quello di garantire tale libertà, salva che essa non vada a danneggiare gli altri. Questa concezione di contratto sta alla base del sistema economico capitalista, infatti, è l'unico mezzo per permettere a ciascuno di inserire la propria attività nel gioco della libera concorrenza.

Le norme imperative non imponevano contenuti contrattuali particolari, ma si limitavano a segnare gli ampi confini entro i quali l'autonomia privata poteva svolgersi liberamente senza ledere interessi altrui. Inoltre vi erano norme protettive in favore di coloro che non potessero formare una volontà libera e consapevole: infermi di mente, minori d'età, vittime dell'inganno, della violenza e dell'errore.

La trasformazione del contratto nel diritto contemporaneo

In passato l'ideologia giuridica su cui si basava la libertà contrattuale non dava alcun peso alle disuguaglianze economiche e sociali, aspetto estremamente importante, poiché la parte economicamente più forte può imporre condizioni inique alla parte debole, la cui libertà contrattuale risulta essere puramente formale. Tale aspetto compare in particolar modo a seguito dello sviluppo della concentrazione industriale. Così quando un

bene o un servizio di prima necessità sia offerto in condizioni non concorrenziali da una grossa impresa, la libertà contrattuale del consumatore o dell'utente è limitata, egli non può che acquistare che alle condizioni propostegli: **contratto di adesione**. Da questi squilibri si è mossa la trasformazione del contratto.

Un'altra causa di tale trasformazione è scaturita dalla necessità di controllare giuridicamente lo svolgimento delle attività.

Si arrivò ad avere schemi contrattuali uniformi sui quali non si ammette trattativa e ai quali i clienti prestano adesione per lo più senza darsi cura di conoscere esattamente il contenuto di essi. Inoltre si deve tener presente che sempre più spesso i contratti, ora, non vengono conclusi per interesse proprio, ma in quanto rappresentanti di società, ente pubblico o in generale della persona giuridica che rappresentano. Qui non vi è grande spazio per l'applicabilità delle norme su violenza, errore e dolo, la difesa del cliente va affidata a norme e principi di ordine pubblico che vietino clausole più gravemente inique.

L'altra importante trasformazione del contratto consiste nello sviluppo dell'ordine pubblico di struttura e di direzione economica e quindi, talvolta, l'efficacia del contratto è subordinata ad un'autorizzazione amministrativa.

Nella nuova mentalità si ritiene che la libertà contrattuale sia efficace solo fuori dal campo economico.

Contratti e rapporti contrattuali imposti

Vi sono diversi casi:

- il contratto è liberamente stipulato dalle parti, ma il contenuto è modificato imperativamente dalla legge attraverso l'aggiunta, sostituzione o soppressione di clausole;
- casi in cui la legge impone ad una delle parti l'obbligo di contrattare e accompagna tale obbligo con prescrizione di varia intensità circa il contenuto del contratto.

La legge impone l'obbligo all'imprenditore di contrattare con chiunque ne richieda le prestazioni che formano oggetto della sua impresa, osservando la parità di trattamento. Egli resta libero di determinare il contenuto del contratto senza però discriminare i vari clienti.

Il rapporto contrattuale vincola in quanto il legislatore lo ritiene giusto e adeguato al particolare tipo di contratto economico che si è determinato tra le parti stesse.

Capitolo 27 - TIPI E STRUTTURE CONTRATTUALI

Contratti tipici e atipici

La legge prevede e regola una serie di figure contrattuali *tipiche*: la vendita, il mandato, la transazione... Sappiamo che alle parti, però, è consentito anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (**art. 1322 c.c.**).

Talvolta il contratto *atipico* risulta nel modo più semplice e immediato da una combinazione di elementi tratti da figure tipiche. Altre volte il distacco da figure tipiche è più spiccato.

Ai contratti tipici si applicheranno per analogia le regole dettate dalla legge per i contratti tipici.

Alcune strutture contrattuali

I contratti tipici e atipici, si possono classificare in relazione a varie caratteristiche di struttura, tali da influire profondamente sulla loro disciplina giuridica.

- **Contratti a titolo oneroso e contratti a titolo gratuito**: il contratto è a titolo oneroso quando al sacrificio patrimoniale di ciascuna parte fa riscontro un vantaggio corrispondente. Altrimenti il contratto è gratuito. Chi compie un'attribuzione gratuita è assoggettato a una responsabilità contrattuale meno rigorosa. Inoltre, i suoi interessi vengono tenuti in maggior considerazione. Inoltre l'affidamento di chi acquista a titolo gratuito non è tutelato, o ha una tutela attenuata.
- **Contratti unilaterali, contratti a prestazioni corrispettive (sinallagmatici), contratti a struttura associativa**: nei contratti unilaterali solo una parte esegue o si obbliga ad eseguire una prestazione nei confronti dell'altra. Il concetto di contratto unilaterale non va confuso con quello di negozio unilaterale: nel primo l'unilateralità attiene agli effetti, nel secondo essa attiene alle dichiarazioni di volontà che costituiscono il negozio stesso (il contratto unilaterale è un negozio giuridico bilaterale). Nei contratti a prestazioni corrispettive (sinallagmatici) la prestazione di una parte è corrispettiva di quella della controparte. Il rapporto fra le prestazioni corrispettive si chiama sinallagma. Il concetto di contratto a prestazioni corrispettive non va confuso con quello di contratto a titolo oneroso. È vero che ogni contratto sinallagmatico è a titolo oneroso; ma non è vero il reciproco, poiché sono a titolo oneroso anche i contratti associativi, la cui struttura è diversa da quella dei contratti a prestazioni corrispettive. Il sinallagma

si manifesta nei rimedi concessi a ciascuna parte contro l'inadempimento dell'altra parte. Ciascuno dei contraenti può opporre all'altro l'eccezione di inadempimento: può rifiutarsi, cioè, di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto (**art. 1460 c.c.**). Anche quando siano fissati termini diversi per l'adempimento, il contraente che deve adempiere per primo può esigere immediatamente la controprestazione, se si verificano determinati fatti, previsti dalla legge, tali da far temere che questa non sarà eseguita (**art. 1186 c.c.**); e se la controparte non adempie, le potrà opporre l'eccezione di inadempimento. Se una parte non adempie la controparte, qualora non preferisca agire per ottenere l'adempimento, può chiedere la risoluzione del contratto (**art. 1453 c.c.**). Se una parte è liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione, anche l'altra parte è liberata dall'obbligo di eseguire la controprestazione, e ha diritto di farsi restituire quel che abbia già eseguito (**art. 1463 c.c.**). Nei contratti a struttura associativa, infine, più persone conferiscono beni o servizi per uno scopo comune. Si distinguono dai contratti di scambio: ciascun contraente si ripromette un vantaggio, ma questo non consiste in una controprestazione dovutagli da un altro contraente, bensì nella partecipazione ad un'utilità o profitto comune.

- **Contratti commutativi e contratti aleatori**: è una suddivisione dei contratti sinallagmatici. Questi sono normalmente commutativi: non implicano, cioè, l'assunzione di un rischio. Sono, invece, aleatori, i contratti in cui l'esistenza, l'estensione o il valore di una almeno delle prestazioni corrispettive dipende da eventi incerti, così che ne derivano per ciascuna delle parti possibilità di guadagno e rischi di perdita, che esse intendono accettare. Un contratto può essere aleatorio per sua natura o per volontà delle parti.
- **Contratti ad esecuzione continuata o periodica**: sono contratti la cui esecuzione si contrae nel tempo, con prestazioni continuative o ripetute, per soddisfare un bisogno del creditore che si estende anch'esso nel tempo. La risoluzione o il recesso non estendono i loro effetti alle prestazioni già eseguite (**art. 1458 c.c.**). Sovente questi contratti sono conclusi a tempo indeterminato; in tal caso il rapporto può cessare per recesso unilaterale di una delle parti. Il recesso deve venire comunicato con un certo preavviso, salvo che sia intimato per una giusta causa.

Contratti consensuali, formali, reali

Questa classificazione riguarda il modo di formazione dei contratti.

Sono *consensuali* i contratti che si perfezionano con il semplice consenso, comunque manifestato. Essi costituiscono la grande maggioranza poiché, come sappiamo, il principio è quello della libertà di forme (*consensualismo*).

Formali sono i contratti per la conclusione dei quali occorre che il consenso sia manifestato in forme particolari.

Contratti *reali* sono quelli che non si perfezionano con il semplice consenso, poiché si richiede anche la consegna della cosa.

Capitolo 28 - LE PROMESSE UNILATERALI

Promesse unilaterali e contratti

Per le promesse unilaterali l'**art. 1987 c.c.** enuncia un principio di tipicità, opposto a quello che vale in tema di contratti: la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatorio fuori dei casi ammessi dalla legge.

La promessa di una prestazione è vincolante solo se inserisce nel contesto di un contratto: occorre, in altre parole, il consenso, espresso o tacito, del promissario.

È anche possibile che la promessa voglia attribuire un vantaggio gratuito; anche in tal caso, tuttavia, la volontà del promissario è rilevante poiché di regola non è possibile imporre l'acquisto di un diritto a chi non lo desidera.

La promessa unilaterale di pagamento, priva della menzione della causa, non crea obbligazioni. Essa ha però un effetto sul piano probatorio, al pari del riconoscimento di debito: fa presumere l'esistenza del debito e di una causa idonea a giustificarlo, salvo che il promettente dia la prova del contrario (**art. 1988 c.c.**).

La promessa al pubblico

È la promessa, fatta al pubblico, di una prestazione a favore di chi si trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione.

Si possono distinguere promesse al pubblico a titolo oneroso, nelle quali la prestazione a carico del promettente è il corrispettivo di una prestazione a suo favore, e promesse al pubblico a titolo gratuito, dettate

da spirito di liberalità: questa ultime, a differenza della donazione, non richiedono la forma dell'atto pubblico. Si tratta di promessa unilaterale, e perciò essa è vincolante non appena sia resa pubblica. Se alla promessa non è apposto un termine, e questo non risulta dalla natura o dallo scopo della medesima, il vincolo del promettente cessa qualora entro un anno non gli sia stato comunicato l'avveramento della situazione o il compimento dell'azione prevista nella promessa (**art. 1989 c.c.**). La promessa può venire revocata prima di questo termine solo per giusta causa, purché la revoca sia resa pubblica nella stessa forma della promessa, o in forma equivalente. La revoca, però, non ha effetto se la situazione si è già verificata o se l'azione è già stata compiuta (**art. 1990 c.c.**).

Capitolo 29 - IL CONTRATTO: FORMAZIONE ED EFFETTI

LA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

I diversi modi di conclusione del contratto

Il modo più ovvio e frequente di concludere un contratto consiste nello scambio di dichiarazioni. Sono possibili però anche altre tecniche. Un regolamento negoziale può essere posto attraverso un comportamento concludente.

Se si tratta di un contratto con obbligazioni del solo proponente, esso si conclude, di regola, senza necessità di accettazione dell'altra parte.

La conclusione del contratto mediante la proposta e l'accettazione

Talvolta il testo del contratto viene elaborato insieme dalle parti attraverso discussioni e trattative, nelle quali i contributi dell'uno e dell'altro contraente si intrecciano in modo tale da non poter essere praticamente distinti. Più spesso, invece, una delle parti assume l'iniziativa di proporre all'altra un testo completo del contratto, che l'altra accetta. In tal caso le dichiarazioni contrattuali formano una sequenza: proposta e accettazione.

La **proposta** deve essere tale che possa bastare l'assenso dell'altra parte per concludere il contratto. Essa deve determinare gli elementi essenziali del contratto stesso. La proposta può essere rivolta a una persona determinata, oppure anche a una cerchia di persone, o al pubblico in generale.

L'**accettazione** deve giungere al proponente nel termine da lui stabilito o in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi. Il proponente può ritenere efficace un'accettazione tardiva, purché ne dia immediatamente avviso all'altra parte (**art. 1326 c.c.**). Il contratto si conclude nel momento e nel luogo in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte (**art. 1326 c.c.**). È sufficiente anche che l'accettazione sia giunta all'indirizzo del proponente, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia (**art. 1335 c.c.**). Perché il contratto si concluda, occorre che l'accettazione sia conforme alla proposta. Se invece essa contiene ampliamenti, limitazioni, o altre modificazioni, viene considerata come un rifiuto e di conseguenza come una nuova proposta (**art. 1326 c.c.**).

Se proposta e accettazione non sono conformi l'una all'altra, il contratto non sorge: si ha il **dissenso**.

Nel caso di trattative particolarmente complesse le parti possono, a conclusione di una fase, redigere una **MINUTA** (detta anche **PUNTUAZIONE**) per formulare l'accordo parziale già raggiunto. Essa ha il solo valore di promemoria e di documentazione dello svolgimento delle trattative e non è vincolante.

La conclusione del contratto mediante un comportamento concludente

È concludente il comportamento che non costituisce direttamente un mezzo di espressione, ma che **presuppone e realizza una volontà**. Ciò può consistere nell'esecuzione del contratto (**ad es. scrivo ad un commerciante per chiedergli di inviarmi un determinato prodotto e questo mi viene recapitato**).

Talvolta è il proponente stesso che chiede all'altra parte di eseguire subito la prestazione, senza una preventiva risposta. Altre volte l'esecuzione immediata, senza una preventiva accettazione, è richiesta dalla natura dell'affare o è conforme agli usi: la giurisprudenza ritiene che la natura del contratto comporti questo modo di conclusione quando l'esecuzione sia tanto urgente, da poter essere pregiudicata se posticipata all'accettazione. In questi casi il contratto si conclude nel tempo e nel luogo in cui ha inizio l'esecuzione, e non già nel momento in cui l'altra parte ne abbia notizia (**art. 1327 c.c.**).

Revocabilità della proposta e dell'accettazione

Può essere **REVOCATO** finché il contratto non sia stato concluso, a patto che l'altra parte non abbia già cominciato l'esecuzione in buona fede: in tal caso il proponente è tenuto a indennizzarla delle spese e delle perdite subite.

Anche l'accettazione può essere revocata prima che il contratto sia concluso: a tale scopo è necessario che la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione.

Proposta irrevocabile e opzione

La proposta è **IRREVOCABILE**, oltre che nei casi previsti dalla legge (**art. 1333 c.c.**) ogni volta che il proponente si sia obbligato a mantenerla ferma per un certo tempo. In tal caso essa non perde efficacia in seguito alla morte o alla sopravvenuta incapacità del proponente, salvo che diversamente risulti dalla natura dell'affare o da altre circostanze (**art. 1329 c.c.**).

L'irrevocabilità della proposta può derivare non solo da una dichiarazione unilaterale del proponente, ma anche da un accordo tra le parti, che abbiano convenuto che una di esse resti vincolata alla propria dichiarazione e l'altra parte abbia la facoltà accettarla oppure no: in tal caso si parla di **PATTO D'OPZIONE**.

Condizioni generali di contratto

Sono condizioni che nascono dall'esigenza di avere degli schemi contrattuali quando si devono stipulare ripetitivi contratti con diversi clienti, consumatori e fornitori. Esse sono efficaci nei confronti del singolo non solo se le ha espressamente approvate, ma anche in mancanza di un'espressa accettazione, in quanto egli le avrebbe dovute conoscere usando l'ordinaria diligenza (**art. 1341 c.c.**). Ciò deve, comunque, essere valutato in modo diverso nei differenti settori di attività. In particolare si deve valutare se la formula utilizzata risulta sufficientemente chiara. Poiché da questa regola può derivare un'approfittamento da parte delle imprese, sono vietate le cosiddette: **CLAUSOLE VESSATORIE**, ossia le **condizioni particolarmente gravose**. L'**art. 1341 c.c.**, inoltre, dispone che esse non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto.

Il contratto per persona da nominare

Nel momento della conclusione del contratto una parte può riservarsi di nominare successivamente la persona che deve acquistare i diritti e assumere gli obblighi nascenti dal contratto stesso (**art. 1401 c.c.**). La dichiarazione di nomina deve essere fatta entro il termine stabilito dalle parti, o altrimenti entro tre giorni dalla stipulazione del contratto (**art. 1402 c.c.**). Se la nomina non è fatta validamente entro questo termine, il contratto produce i suoi effetti fra i contraenti originari (**art. 1405 c.c.**). Se invece la dichiarazione di nomina segue tempestivamente, la persona nominata acquista la posizione di parte del contratto, con effetto retroattivo dal momento in cui questo fu stipulato.

LE TRATTATIVE E LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

La correttezza nelle trattative

Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo correttezza. La violazione di questo dovere determina una responsabilità per i danni che ne derivano all'altra parte, sia nel caso che le trattative si concludano con la stipulazione del contratto, sia nel caso che esse vengano interrotte.

Vi sono ipotesi macroscopiche di illecito precontrattuale: l'inganno e la minaccia producono l'annullamento del contratto, se sono stati determinanti del consenso. Il contraente minacciato o ingannato può avere affrontato spese per le trattative e per la conclusione del contratto, e può anche essersi lasciato sfuggire altre occasioni: questi danni vanno risarciti.

Un'ipotesi tipica di responsabilità precontrattuale deriva dalla violazione dei doveri di informazione. La legge prevede l'ipotesi che una parte, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne abbia dato notizia all'altra parte; da questo comportamento deriva una responsabilità per i danni che quest'ultima abbia risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto (**art. 1338 c.c.**).

La responsabilità precontrattuale può derivare anche da un ingiustificato recesso dalle trattative. Non è ammissibile far credere di considerare definitivo l'accordo raggiunto sugli elementi essenziali, e poi rifiutare la stipulazione del contratto nonostante che sulle questioni ancora aperte la controparte sia disposta ad accedere a tutte le richieste fattele. Questo principio sarà applicabile anche nell'ipotesi che, raggiunto verbalmente l'accordo su tutti gli elementi di un contratto, per la validità del quale sia necessaria la forma scritta, una parte si rifiuti di prestarsi alla redazione della scrittura.

Ugualmente è sleale il comportamento di chi trascini in lungo le trattative con vari pretesti, e ciò allo scopo di cercare altre occasioni, al tempo stesso tenendo impegnata la controparte ignara.

Il danno nella responsabilità precontrattuale

L'**interesse contrattuale positivo** rappresenta i vantaggi che sarebbero stati ottenuti e i danni che sarebbero stati evitati ottenendo l'esecuzione del contratto.

L'**interesse negativo** rappresenta invece i vantaggi che sarebbero stati ottenuti e i danni che sarebbero stati evitati non impegnandosi nelle trattative contrattuali.

Se le trattative, che una delle parti abbia condotto scorrettamente, non hanno portato alla stipulazione di un valido contratto, così non può pretendere il risarcimento dell'interesse positivo. Può pretendere, invece, il risarcimento dell'interesse negativo.

IL CONTENUTO DEL CONTRATTO

Determinazione del compenso con riferimento al mercato, a tariffe, agli usi o secondo equità

Mancando l'accordo delle parti su un elemento essenziale del contratto, questo è nullo. Vi sono, però, ipotesi nelle quali la mancata determinazione del corrispettivo implica un tacito riferimento al prezzo corrente di mercato.

Se poi la vendita ha per oggetto cose fungibili che il venditore vende abitualmente e le parti non hanno determinato il prezzo, né hanno convenuto il modo di determinarlo, né so è stabilito per atto della pubblica autorità, si presume che le parti abbiano voluto riferirsi al prezzo normalmente praticato dal venditore (**art. 1474 c.c.**).

Nei rapporti con i professionisti di regola il compenso non è pattuito preventivamente: se l'accordo non sopravviene, il compenso è allora determinato secondo le tariffe o gli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità (**art. 2233 c.c.**).

Integrazione del contratto

Le lacune del regolamento negoziale vengono colmate da norme dispositive, dettate allo scopo di realizzare soluzioni equilibrate per conflitti d'interesse tipici. Può accadere però che il caso non sia previsto da alcuna norma dispositiva di legge.

Si tratta di situazioni che le parti non hanno previsto e regolato. In mancanza di norme dispositive trovano applicazione gli usi. In subordine, il contratto viene integrato dal giudice secondo equità (**art. 1374 c.c.**): ciò significa introdurre nel contratto una regola che concorra alla realizzazione degli scopi contrattuali, armonizzandosi con lo schema espressamente determinato dalle parti. In nessun caso le disposizioni sull'integrazione giudiziale del contratto possono venire utilizzate in modo tale da ampliare o modificare l'oggetto del contratto; neppure è consentito al giudice di migliorare il contratto, sostituendo a quello voluto dalle parti stesse un diverso equilibrio contrattuale.

IL CONTRATTO CON IL CONSUMATORE

Problemi e disciplina giuridica

La disposizione di legge, secondo la quale le clausole vessatorie contenute in condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto (**art. 1341 c.c.**), mira ad assicurarne l'effettiva conoscenza.

La legge detta perciò una particolare disciplina dei contratti che il consumatore stipula con il professionista. In questi contratti si considerano vessatorie, e sono pertanto prive di effetto, le clausole che, contrariamente a buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi contrattuali (**art. 1469-bis c.c.**).

La legge dà un lungo elenco di clausole che si presumono vessatorie, a meno che l'imprenditore o il professionista non dimostri che esse sono giustificate dalla particolare natura del contratto o dalle circostanze del caso concreto.

Le clausole vessatorie sono prive di effetto in danno del consumatore e non implicano l'invalidità del contratto, il quale rimane efficace per il resto: nullità parziale, rilevabile d'ufficio.

Un problema è quello di tutelare il consumatore contro decisioni frettolose e non ponderate. A questo scopo la legge prevede una particolare protezione del consumatore che stipuli un contratto con un'impresa fuori dai locali commerciali. Al consumatore è consentito recedere dal contratto entro un certo termine; ogni disposizione contrattuale che escluda o limiti questo diritto di recesso è da considerarsi vietata e nulla. Analoga disposizione è posta a tutela dei risparmiatori nei mercati finanziari.

GLI EFFETTI DEL CONTRATTO

Efficacia del contratto fra le parti. Il recesso. La caparra penitenziale

Una volta concluso, il contratto vincola le parti. Non può essere sciolto che con un nuovo accordo delle parti stesse, oppure per cause ammesse dalla legge (**art. 1372 c.c.**).

Di regola, pertanto, dopo la conclusione del contratto non è consentito il recesso unilaterale cioè il diritto di sciogliersi dal vincolo contrattuale mediante una dichiarazione comunicata all'altra parte. La facoltà di recedere liberamente è concessa dalla legge, di regola, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica

conclusi per un tempo indeterminato.

La facoltà di recesso può essere stabilita anche d'accordo fra le parti (*recesso convenzionale*). Tale facoltà può venire esercitata solo prima che si inizi l'esecuzione del contratto, salvo patto diverso (**art. 1373 c.c.**).

Sovente, la parte alla quale è stata attribuita la facoltà di recesso dà all'altra parte, al momento della conclusione del contratto, una caparra in danaro. Se il contratto avrà esecuzione, la caparra dovrà essere restituita, oppure sarà considerata come un acconto e sarà imputata alla prestazione dovuta. Se invece la parte che ha dato la caparra recede, l'altra parte tratterà la caparra stessa come compenso.

Questa caparra è detta *caparra penitenziale* e costituisce un compenso attribuito alla parte che subisce il recesso. Se la somma non è consegnata al momento della conclusione del contratto, ma è semplicemente promessa come corrispettivo del recesso, è detta *multa penitenziale*.

I contratti con effetti reali

Vi sono contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà.

Il principio espresso dall'**art. 1376 c.c.** è che *la proprietà (o il diverso diritto) si trasmette e si acquista per effetto del consenso delle parti*. Perché questo principio possa trovare applicazione occorre, però, che il bene esista già, e sia determinato.

L'individuazione avviene al più tardi con la consegna al compratore, ma spesso precede questo momento.

Determinare il momento in cui il diritto si trasferisce ha importanza in relazione a vari problemi:

- Con la proprietà passa all'acquirente il rischio del perimento fortuito della cosa: se la cosa è distrutta o deteriorata, per causa non imputabile all'alienante, dopo che la proprietà sia passata all'acquirente, quest'ultimo deve ugualmente pagarne il corrispettivo;
- Nei confronti di terzi l'acquisto della proprietà può determinare responsabilità particolari;
- Assai importanti sono le conseguenze nei rapporti con i terzi creditori: dal momento in cui il diritto è passato all'acquirente, i creditori dell'alienante non possono più sottoporlo ad esecuzione forzata;
- Dal momento in cui il diritto si è trasferito all'acquirente, l'alienante non ha più il potere di disporne in favore di altri.

Conflitto tra acquirenti del medesimo diritto

Se il proprietario di un immobile ne dispone in favore di A e poi una seconda volta in favore di B, fra i due aventi causa prevale chi per primo trascrive nei registri immobiliari il proprio titolo di acquisto (**art. 2644 c.c.**).

Se si tratta di cosa mobile non iscritta in pubblici registri, può prevalere colui che ha acquistato successivamente, se in buona fede ha ottenuto la consegna della cosa (**art. 1153 c.c.**).

Se si tratta di un credito, prevale la cessione notificata per prima al debitore, o quella che è stata per prima accettata dal debitore con atto di data certa (**art. 1265 c.c.**). Ma se il credito è incorporato in un titolo di credito questo circola secondo le regole applicabili alle cose mobili (**art. 1994 c.c.**).

Consideriamo, infine, l'ipotesi che, con successivi contratti, una persona conceda a diversi contraenti diritti personali di godimento relativi allo stesso bene e fra loro incompatibili. In questo caso prevale il contraente che per primo ha conseguito il godimento. Se nessuno dei contraenti ha conseguito il godimento è preferito quello che ha il titolo di data certa anteriore (**art. 1380 c.c.**).

Il contratto preliminare

Con il contratto preliminare le parti si impegnano a concludere un futuro contratto. Sorge a carico di entrambi, l'obbligo di concludere successivamente un contratto definitivo di compravendita alle condizioni prestabilite; e solo per effetto di questo secondo contratto il compratore acquisterà la proprietà.

Poiché il contratto preliminare vincola le parti all'affare che sarà oggetto del contratto definitivo, è naturale che esso vada stipulato nella stessa forma che la legge eventualmente richiede per la validità di quest'ultimo (**art. 1351 c.c.**).

Effetti del contratto preliminare

Se la parte che è obbligata a concludere il contratto definitivo si rifiuta di farlo, e tale rifiuto è illegittimo, l'altra parte può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso (**art. 2932 c.c.**).

Può darsi che il contratto preliminare non determini tutti gli elementi del contratto definitivo: ciò non impedirà la pronuncia dell'anzidetta sentenza, se si tratta di lacune che possono venire colmate con norme dispositive, o se l'interpretazione del contratto preliminare fornisce criteri oggettivi in base ai quali il giudice possa integrare il regolamento negoziale. Se invece sono rimasti non determinati né determinabili elementi essenziali, il contratto preliminare è nullo a norma dell'**art. 1418 c.c.**

Il ricorso al contratto preliminare è soprattutto frequente nell'ambito degli affari che si riferiscono al

trasferimento della proprietà o all'attribuzione di altri diritti reali su cose determinate. Il contratto definitivo ha effetti reali. Il preliminare, invece, crea semplicemente l'obbligazione di prestare il consenso a un successivo atto di trasferimento: il suo effetto è puramente obbligatorio, e perciò limitato alle parti contraenti.

Questa regola subisce però una limitazione per effetto delle norme sulla *trascrizione*: colui al quale sia stato promesso in vendita un immobile può trascrivere il contratto preliminare, il quale diventa così opponibile a chi trascriva successivamente; questo effetto ha una durata limitata nel tempo: la trascrizione del contratto preliminare perde efficacia se il contratto definitivo non viene trascritto entro un anno dalla data convenuta per la sua stipulazione e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione del contratto preliminare.

Contratto preliminare unilaterale e patto di prelazione

Il contratto preliminare unilaterale vincola una parte sola, l'altra restando libera di non concludere il contratto definitivo, se non vorrà.

Si distingue dall'opzione perché richiede una nuova manifestazione del consenso della parte obbligata, mentre nel caso di opzione basta l'accettazione dell'altra parte perché si producano gli effetti voluti.

Contratto preliminare unilaterale e opzione hanno analoga funzione economica: si ricorrerà al preliminare unilaterale quando il regolamento d'interessi designato dalle parti abbisogni di un'ulteriore opera di integrazione, o quando la parte vincolata voglia riservarsi la possibilità di controllare presupposti e sopravvenienze.

Nello schema del contratto preliminare unilaterale rientra il patto di prelazione, con il quale una parte promette all'altra di preferirla a qualsiasi terzo nella stipulazione di un certo contratto.

Il contratto a favore di terzi

Talvolta può accadere che un contraente abbia interesse ad ottenere che l'altra parte esegua una prestazione a un terzo beneficiario, attribuendo a quest'ultimo il diritto di esigerla.

La legge dispone che il contratto determina l'acquisto di un diritto in capo al destinatario, nonostante che questi sia terzo estraneo alla stipulazione del contratto stesso (**art. 1689 c.c.**). di regola tale acquisto si verifica automaticamente, senza necessità che il terzo dichiari di aderire al contratto in suo favore (**art. 1411 c.c.**). La legge dà, però, al terzo la possibilità di rifiutare l'acquisto (**art. 1411 c.c.**).

Il contraente che si impegna ad eseguire la prestazione in favore del terzo viene designato come *promettente*; la controparte, che richiede l'impegno in favore del terzo, prende il nome di *stipulante*.

La causa dell'acquisto del terzo beneficiario

L'interesse che spinge lo stipulante a inserire nel contratto la clausola a favore del terzo è spesso quello di soddisfare un credito del terzo, o quello di attribuire al terzo un beneficio gratuito.

L'acquisto del diritto da parte del terzo beneficiario e la revoca della stipulazione in suo favore

Il terzo acquista il diritto automaticamente, senza necessità di sua dichiarazione da parte sua. Tale acquisto avviene di regola al momento della conclusione del contratto, ma può anche essere rinviato alla scadenza di un termine o al verificarsi di una condizione.

Da questo momento il terzo ha la possibilità di esercitare il diritto, anche in via giudiziale. Il suo acquisto però non è definitivo, fino a quando egli non dichiara, tanto allo stipulante, quanto al promettente, di volerne profittare.

La promessa del fatto del terzo

Mentre è possibile che un contratto attribuisca a un terzo un diritto, non può imporgli un'obbligazione o privarlo di un diritto. Obbligato è il promettente, il quale dovrà adoperarsi per indurre il terzo a compiere il fatto promesso. Se il terzo rifiuta, il promettente dovrà indennizzare l'altra parte, anche se abbia fatto tutto quanto era in suo potere per convincere il terzo (**art. 1381 c.c.**).

Capitolo 30 - LA RESCISSIONE DEL CONTRATTO

Nozione

il diritto offre un rimedio nelle ipotesi in cui l'iniquità delle condizioni contrattuali dipenda dall'approfittamento dello stato di pericolo o dello stato di bisogno di una parte: in tal caso il contratto può venire rescisso.

Contratto concluso in stato di pericolo

È rescindibile il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona (**art. 1447**).

Contratto concluso in stato di bisogno

È rescindibile anche il contratto concluso in stato di bisogno. Occorre che la lesione ecceda la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto (**art. 1448 c.c.**). I contratti aleatori non sono rescindibili per lesione (**art. 1448 c.c.**). La legge aggiunge che l'altra parte deve averne approfittato.

L'azione di rescissione

La rescissione è pronunciata dal giudice su domanda della parte danneggiata. Non è ammessa la convalida del negozio rescindibile (**art. 1451 c.c.**); la prescrizione si compie, di regola, in un anno (**art. 1449 c.c.**) e colpisce non solo l'azione, ma anche l'eccezione (**art. 1449 c.c.**); la rescissione non è opponibile ai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda (**art. 1452 c.c.**). Il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente a ricondurlo ad equità (**art. 1450 c.c.**).

Capitolo 31 - L'INADEMPIMENTO E LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

L'INADEMPIMENTO

Il problema

L'inadempimento, l'adempimento tardivo, incompleto o inesatto della prestazione dovuta, procura normalmente danni al creditore. Il debitore dovrà risarcire questi danni, ma solo se l'inadempimento è dovuto a una causa della quale egli debba rispondere. L'**art. 1218** dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro (**art. 1228 c.c.**).

Impossibilità e difficoltà di esecuzione della prestazione dovuta

Perché sia esclusa la responsabilità contrattuale, l'**art. 1218 c.c.** richiede la prova della sopravvenuta impossibilità della prestazione. La prestazione può essere divenuta fisicamente impossibile, come nel caso di perimento della cosa da consegnare. Inoltre la prestazione si considera divenuta impossibile quando sia sopravvenuto un divieto di legge o della pubblica autorità. La semplice difficoltà sopravvenuta di eseguire la prestazione, invece, non libera il debitore. La prestazione si considera divenuta impossibile anche quando la sua esecuzione richiederebbe mezzi o sforzi del tutto irragionevoli in relazione alla natura o all'oggetto del contratto. La prestazione che ha per oggetto una cosa determinata si considera divenuta impossibile anche quando la cosa è smarrita senza che possa esserne provato il perimento (**art. 1257 c.c.**). Il concetto di impossibilità di cui all'**art. 1218 c.c.** si presenta come non rigido, bensì variabile secondo la natura del rapporto regolato.

Impossibilità oggettiva e impossibilità soggettiva; responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa

Si può adottare un criterio rigoroso di responsabilità, che faccia carico al debitore di ogni evento (anche incolpevole), che attenga alla sua persona o rientri nella sua sfera di influenza e di organizzazione aziendale, così circoscrivendo l'impossibilità liberatoria alle sole ipotesi in cui questa dipenda da cause del tutto estranee a tale sfera (*impossibilità oggettiva*). Si dirà allora che sul debitore grava un'impossibilità oggettiva. Oppure si può adottare un criterio meno rigoroso, che tenga il debitore responsabile solo per negligenza, imprudenza o imperizia, considerando liberatoria qualsiasi impossibilità incolpevole, anche quando sia meramente soggettiva, dovuta cioè a cause attinenti alla persona del debitore o interne alla sua sfera di influenza e organizzazione aziendale. Si dirà allora che sul debitore grava solo una *responsabilità per colpa*.

Responsabilità contrattuale per colpa: ambito di applicazione

In larghi settori della materia contrattuale la responsabilità è fondata sulla colpa. Ciò vale innanzi tutto per le obbligazioni che hanno per oggetto un fare.

La responsabilità è normalmente fondata sulla colpa anche nelle obbligazioni di custodire. La colpa costituisce, infine, il criterio per giudicare sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni di dare cose determinate.

La colpa come criterio di responsabilità contrattuale

L'inadempimento si dice colpevole, quando la mancata soddisfazione del creditore dipende dal fatto che il debitore abbia tenuto un comportamento diverso da quello che si sarebbe dovuto e potuto tenere nella concreta situazione. Ciò può dirsi tanto nelle ipotesi di inadempimento cosciente e volontario (*dolo*), quanto nelle ipotesi in cui l'inadempimento sia dovuto a negligenza, imprudenza o imperizia (*colpa*).

La colpa, in generale, può venire intesa in senso soggettivo o in senso oggettivo.

In un senso soggettivo, quando, nella determinazione del comportamento che si sarebbe potuto tenere, e perciò anche pretendere, si tenga conto delle capacità dell'obligato e dei loro limiti, per escludere la responsabilità ogni volta che questi abbia fatto del suo meglio (*colpa in senso soggettivo*). Se invece ciò che si pretende non viene commisurato caso per caso alle capacità del concreto debitore, bensì viene commisurato a un modello astratto allora si dà un giudizio tipizzato (*colpa in senso oggettivo*).

La responsabilità contrattuale è intesa non solo come sanzione contro il debitore inadempiente, ma anche e soprattutto come garanzia per il creditore; talvolta essa svolge esclusivamente quest'ultima funzione.

Poiché la diligenza richiede l'applicazione di mezzi adeguati allo scopo, è chiaro che il contenuto della diligenza varia in dipendenza di questo.

Quello della colpa è dunque un criterio graduabile secondo la natura e il titolo della prestazione.

La responsabilità per l'inadempimento delle obbligazioni di dare cose determinate soltanto nel genere

Un'importante ipotesi di responsabilità oggettiva riguarda l'inadempimento dell'obbligo di fornire una certa quantità di cose determinate soltanto nel genere.

Il debitore non è liberato quando gli siano venuti a mancare i mezzi finanziari necessari per procurarsi le cose oggetto della sua obbligazione (*impotenza finanziaria*). Si tratta, anche qui, di una responsabilità del debitore che non è fondata sulla colpa, bensì sul rischio, in correlazione con la sua piena libertà di organizzazione finanziaria delle proprie attività.

Il debitore non risponde per i rischi che non siano correlativi alla sua libertà di organizzazione e di disposizione, ma si manifestano in una sfera a lui del tutto estranea.

Le stesse regole vengono applicate nelle ipotesi in cui le cose di genere non costituiscono l'oggetto immediato dell'obbligazione, bensì il mezzo per eseguire un'obbligazione di fare.

La responsabilità per l'inadempimento di obbligazioni pecuniarie

Il debitore di una somma di danaro, che non paghi puntualmente, non può esonerarsi da responsabilità adducendo la sopravvenuta mancanza di mezzi finanziari (*impotenza finanziaria*), quand'anche questa sia incolpevole.

Il rischio delle conseguenze dannose di queste crisi di liquidità è posto a carico del debitore in correlazione con la sua piena libertà di organizzazione finanziaria delle proprie attività.

La responsabilità per il ritardo nel pagamento potrà invece essere scusa nelle ipotesi eccezionali in cui il ritardo stesso sia dovuto a cause oggettive.

Nelle obbligazioni che hanno per oggetto il pagamento di somme di danaro o il trasferimento di cose determinate solo nel genere il debitore risponde dell'inadempimento o del ritardo, a meno che non provi che questo sia dovuto a un'impossibilità oggettiva della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Una semplice impossibilità soggettiva non basta a liberarlo da responsabilità: entro questi limiti, dunque, il debitore risponde senza colpa.

La responsabilità per custodia in alcune attività d'impresa

La responsabilità è indipendente dalla colpa. Essa può venire esclusa dalla prova che la perdita o il deterioramento è derivato dalla natura o dai difetti delle cose stesse. O dal fatto del creditore. Inoltre la responsabilità può essere esclusa dalla prova del caso fortuito: con questa espressione si intende un evento eccezionale ed estraneo al rischio tipico dell'impresa esercitata dal debitore.

La responsabilità per il fatto degli ausiliari

Per adempiere l'obbligazione il debitore si vale spesso della collaborazione altrui. Il debitore, comunque, è responsabile dell'operato dei suoi ausiliari (**art. 1228 c.c.**).

Talvolta il fatto dannoso dell'ausiliario può essere imputato a colpa del debitore, se questi lo ha scelto male, o

gli ha impartito istruzioni errate o insufficienti, o non lo ha controllato a dovere. Ma per lo più una colpa del debitore non è ravvisabile.

Tuttavia il debitore è responsabile in ogni caso: non gli è consentito di liberarsi provando di non essere personalmente in colpa.

Questa responsabilità, infatti, non è fondata sulla colpa, bensì sull'idea che il debitore deve garantire per l'operato dei suoi ausiliari. Il creditore insoddisfatto non ha azione contro gli ausiliari del suo debitore, perché questi non sono obbligati nei suoi confronti: la relatività dei diritti di credito implica infatti che il creditore possa pretendere l'adempimento o, in mancanza di questo, il risarcimento del danno, solo dal suo debitore e non da altri.

Il creditore potrebbe agire contro l'ausiliario nei casi particolari in cui il fatto dannoso sia configurabile anche come illecito extracontrattuale nei suoi confronti.

Il comportamento dell'ausiliario verrà valutato con lo stesso criterio che sarebbe applicabile al debitore, se questi eseguisse la prestazione personalmente. Perciò dall'ausiliario si pretenderà la stessa perizia tecnica e la stessa diligenza che si pretenderebbero dal debitore.

Onere della prova

Il diritto del creditore al risarcimento del danno presuppone:

- Che egli abbia subito un danno
- Che tale danno sia stato causato dall'inadempimento
- Che l'inadempimento sia dovuto a una causa della quale il debitore debba rispondere

Chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (**art. 2697 c.c.**).

Al creditore è sufficiente provare il danno causato dall'inadempimento, mentre spetta al debitore di provare che l'inadempimento sia dovuto a una causa della quale egli non debba rispondere (**art. 1218 c.c.**).

Questa parziale inversione dell'onere della prova si giustifica considerando che il creditore ha scarsa possibilità di accertare le vicende che hanno condotto all'inadempimento, poiché queste si sono verificate nella sfera di attività e di organizzazione del debitore.

LA MORA DEL DEBITORE

Nozione ed effetti

La mora del debitore è il ritardo della prestazione, del quale il debitore debba rispondere.

Perché vi sia mora del debitore, non sempre è sufficiente che questi abbia indugiato ad adempiere pur essendo il debito già esigibile. Un eventuale indugio del debitore non lo espone a responsabilità fino a quando il creditore non lo costituisca in mora richiedendogli l'adempimento per iscritto: fino a questo momento l'inazione del debitore è in qualche modo giustificata dalla tolleranza del creditore, o dalla convinzione che per il creditore non sia ancora giunto il momento più comodo per ricevere l'adempimento.

La *costituzione in mora* è atto formale: consiste in un'intimazione o richiesta fatta per iscritto (**art. 1219 c.c.**).

Essa non è necessaria, e la mora si verifica automaticamente:

- Quando il debito deriva da fatto illecito extracontrattuale
- Quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non voler eseguire l'obbligazione
- Quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore, come è normalmente il caso quando si tratta di obbligazioni pecuniarie

La mora del debitore determina i seguenti effetti:

- Dal momento della mora il debitore è responsabile dei danni derivanti dal ritardo. Se l'obbligazione ha per oggetto una somma di danaro, dal giorno della mora sono dovuti in ogni caso gli interessi moratori, salvo il risarcimento del maggior danno (**art. 1224 c.c.**).
- Fino all'inizio della mora, se la prestazione diventa impossibile per una causa non imputabile al debitore, l'obbligazione si estingue. Se invece l'impossibilità sopravviene durante la mora, il debitore resta sempre responsabile del mancato adempimento (**art. 1221 c.c.**). La mora del debitore sposta su quest'ultimo il rischio dell'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa incolpevole. Il debitore può peraltro liberarsi da questa responsabilità, se prova che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore (**art. 1221 c.c.**).

LA COOPERAZIONE DEL CREDITORE ALL'ADEMPIMENTO E LA MORA DEL CREDITORE

La cooperazione del creditore all'adempimento

L'attuazione del rapporto obbligatorio richiede spesso anche la cooperazione del creditore.

L'adempimento delle obbligazioni di dare non è possibile se il creditore non si presta a ricevere la consegna della cosa. E anche l'adempimento delle obbligazioni di fare richiede, dir regola, una certa cooperazione da parte del creditore.

Questa cooperazione è prestata dal creditore nel proprio interesse. Può accadere tuttavia che egli rifiuti di ricevere la prestazione, perché ritiene che questa sia inesatta, o perché desidera pretestuosamente di fare apparire inadempiente il debitore al fine di ottenere la risoluzione del contratto.

Il rifiuto di ricevere la prestazione può essere giustificato di fronte a un'offerta inesatta, o parziale, o fatta anzitempo, se il termine è stabilito nell'interesse del creditore (**art. 1197 c.c.**). Fuori di questi casi la mancata cooperazione determina la *mora del creditore*.

Le conseguenze giuridiche della mancata cooperazione del creditore

La cooperazione non costituisce oggetto di un obbligo del creditore nei confronti del debitore. Il creditore non può venire obbligato a cooperare, e sono inapplicabili a suo carico le regole relative all'inadempimento delle obbligazioni.

Quando l'adempimento è impedito o ritardato per la mancata cooperazione del creditore, il debitore non risponde dei danni: l'inadempimento, infatti, non gli è in alcun modo imputabile. Egli resta però obbligato ad eseguire la prestazione, finché questa rimane possibile: solo per le obbligazioni di dare la legge dispone che il debitore possa liberarsi attraverso particolari procedure di deposito o sequestro della cosa venduta, idonee ad assicurare ugualmente il soddisfacimento del creditore non appena questi decida di riceverla (**artt. Da 1210 a 1216 c.c.**).

Spese e danni sono tutti a carico del creditore in mora (**art. 1207 c.c.**). E' necessario addossare al creditore, per il periodo del ritardo dovuto alla sua mancata cooperazione, i rischi che altrimenti graverebbero sul debitore. Si tratta di rischi connessi con l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. In questa ipotesi il debitore è liberato; ma nei contratti a prestazioni corrispettive, egli perde il diritto alla controprestazione (il rischio della controprestazione è a carico del debitore).

Se l'impossibilità della prestazione, dovuta a cause non imputabili al debitore, sopravviene durante la mora del creditore, questi resta obbligato a pagare il corrispettivo.

Le stesse considerazioni valgono anche per il rischio di perimento fortuito delle cose fungibili destinate all'adempimento.

Se successivamente la cosa perisce, il debitore è liberato, mentre conserva il diritto ad ottenere l'eventuale controprestazione.

La cooperazione mancata per cause non imputabili al creditore

Principio di porre a carico del creditore ogni aggravio e ogni maggior rischio derivante dalla sua mancata cooperazione, salvo che il rifiuto della cooperazione sia giustificato di fronte a un'offerta inesatta, o parziale, o fatta anzitempo. Fuori di queste ipotesi di rifiuto legittimo, non ha importanza che il difetto di cooperazione sia volontario o dovuto a negligenza, oppure invece dovuto a cause del tutto indipendenti dalla volontà del creditore e sottratte al suo controllo.

L'offerta

Perché la mancata cooperazione del creditore produca gli effetti giuridici sopra descritti, occorre che il debitore offra di eseguire la prestazione in modo tale che la mancata attuazione del rapporto obbligatorio dipenda esclusivamente dalla circostanza che il creditore non riceve il pagamento o non compie quanto è per parte sua necessario a tale scopo. Ciò presuppone che il debitore sia in grado di compiere quanto è da lui dovuto; solo in tal caso l'offerta è effettiva e si può dire che il creditore si astiene dal fare uso di un bene economico che il debitore pone a sua disposizione; solo in tal caso, perciò, si giustificano le conseguenze a carico del creditore.

Non è necessario che l'offerta sia fatta con forme particolari (**art. 1220 c.c.**): basta che essa sia seria e che il debitore sia effettivamente in grado di adempiere e pronto a farlo.

Quanto invece agli effetti specifici della mora del creditore, l'offerta non formale non è sufficiente a determinarli. L'offerta dovrà essere fatta nella forma solenne prevista dalla legge, per mezzo di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato (**artt. 1208, 1209, 1216, 1217 c.c.**).

Accanto all'offerta solenne, la legge ammette la possibilità di un'offerta secondo gli usi (artt. 1214, 1217 c.c.). Se l'offerta è fatta secondo gli usi gli effetti della mora si verificano solo dal giorno in cui la cosa venga depositata con le forme previste dalla legge, ivi compresa la redazione di un verbale di deposito da parte di un pubblico ufficiale (artt. 1214, 1212 c.c.).

Ma quando si tratta di obbligazioni di fare, il deposito non è possibile: gli effetti della mora del creditore risalgono perciò al momento dell'offerta, anche se questa è stata fatta semplicemente nella forma d'uso.

Il deposito e la liberazione del debitore

La mora del creditore non determina la liberazione del debitore. Quando però si tratta di obbligazioni di consegnare cose, il debitore può liberarsi depositando le cose mobili, o sottoponendo a sequestro le cose immobili, che resteranno così a disposizione del creditore non appena questi vorrà riceverle (artt. 1210, 1216 c.c.). Le spese del deposito e del sequestro saranno a carico del creditore.

Per le obbligazioni di fare, invece, non vi è una procedura che analogamente consenta al debitore di liberarsi senza sacrificare l'interesse del creditore a soddisfarsi. Il debitore resta, perciò, obbligato, pur perdurando la mora del creditore, finché il debito non si estingua per prescrizione (art. 2934 c.c.), per impossibilità sopravvenuta (art. 1256 c.c.), o per essere la mora del creditore durata fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.

Capitolo 32 - MANCATA ESECUZIONE DEL CONTRATTO E ALTERAZIONI DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Impostazione dei problemi

Le previsioni e i programmi dei contraenti possono venire turbati da fatti nuovi, i quali possono toccare più o meno da vicino l'economia del contratto.

Le cause più varie, dalla cattiva volontà del debitore fino alla forza maggiore, possono impedire l'esatta esecuzione o il ricevimento della prestazione.

Consideriamo innanzi tutto l'ipotesi che una delle prestazioni corrispettive non venga eseguita.

Se ciò è dovuto a colpa del debitore o, comunque, a una causa della quale il debitore debba rispondere l'altra parte potrà a sua scelta chiedere l'adempimento (se ancora possibile) oppure la risoluzione del contratto, e in entrambi i casi avrà diritto al risarcimento del danno.

Se invece la mancata esecuzione della prestazione è dovuta a cause delle quali il debitore non debba rispondere, questi non è tenuto a risarcire il danno, e resta obbligato ad eseguire la prestazione solo se essa resta possibile; se la prestazione è diventata impossibile, egli è liberato.

Ma il contraente liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione conserva il diritto ad ottenere il corrispettivo?

Nessun dubbio che la controprestazione gli resti dovuta se l'impossibilità sia imputabile all'altra parte.

Il problema è più delicato nell'ipotesi che l'impossibilità non sia imputabile a nessuno dei contraenti. Negare il diritto alla controprestazione significa ripartire fra le parti le conseguenze dannose derivanti dall'impossibilità della prestazione: il debitore della prestazione divenuta impossibile perde il corrispettivo, mentre il creditore perde solamente il profitto che si riprometteva di conseguire con il contratto. Se invece si ammette che il debitore liberato conservi il diritto al corrispettivo, ogni danno viene con ciò addossato al creditore.

Il diritto distingue secondo che la causa dell'impossibilità operi nella sfera del debitore, o invece in quella del creditore. Nel primo caso il debitore perde il diritto al corrispettivo e subisce così una parte del danno; nel secondo caso il corrispettivo resta dovuto dall'altro contraente che viene così a sopportare il danno per intero. Veniamo ora all'ipotesi che danni economici sopravvenuti, ed indipendenti dalle parti, alterino il rapporto di valore tra le prestazioni corrispettive.

Se questa alterazione si verifica dopo che le prestazioni sono state eseguite, essa non ha conseguenze sul contratto. La stessa soluzione vale nel caso che sia stata eseguita anche solo una delle prestazioni corrispettive.

Se invece il rapporto di valore tra le prestazioni corrispettive si altera in misura straordinaria quando ancora nessuna di esse è stata eseguita, allora la legge concede un rimedio alla parte gravata dall'eccessiva onerosità sopravvenuta, ma solo nelle ipotesi eccezionali in cui questa sia dovuta a fatti straordinari e imprevedibili.

I fatti sopravvenuti turbano la causa del contratto a prestazioni corrispettive: lo scambio manca materialmente, quando una delle prestazioni non viene eseguita, mentre è turbato economicamente, quando intervenga una

notevole modificazione del rapporto di valore tra le prestazioni corrispettive.

Il discorso è diverso nelle ipotesi in cui eventi sopravvenuti impediscano di realizzare il programma ulteriore, in considerazione del quale una delle parti si è indotta a stipulare un contratto. Tale programma ulteriore non costituisce lo scopo del contratto, bensì lo scopo personale di uno dei contraenti: non la causa, bensì un motivo.

se il motivo non è inserito tra gli elementi del contratto formulando un'apposita condizione, la realizzazione del motivo è di regola irrilevante: non vi è ragione di ammettere che un contraente possa porre a carico dell'altra parte, sia pur parzialmente, il rischio dell'insuccesso di propri piani economici ulteriori rispetto al contratto.

LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER INADEMPIMENTO

Azione di risoluzione e azione per l'adempimento

La risoluzione del contratto, in generale, avviene per anomalie del funzionamento del sinallagma, e dunque per cause che si verificano dopo la conclusione. Precisamente il contratto si può risolvere:

- Per inadempimento
- Per impossibilità sopravvenuta
- Per eccessiva onerosità sopravvenuta

Quando una parte manca alle sue obbligazioni, l'altra può agire in giudizio per ottenere l'adempimento oltre al risarcimento del danno, oppure può trovare preferibile sbarazzarsi del contratto, determinandone la risoluzione.

Risolto il contratto, viene meno la causa giustificatrice delle prestazioni contrattuali. Esse, perciò, non sono più dovute; quelle già eseguite vanno restituite secondo le regole relative alla ripetizione dell'indebitato. Inoltre la parte inadempiente è tenuta al risarcimento del danno.

Il risarcimento del danno viene valutato con riferimento all'interesse positivo: al vantaggio patrimoniale che sarebbe derivato da un'esatta e puntuale esecuzione del contratto.

Importanza dell'inadempimento. Clausola risolutiva espressa

Non ogni inadempimento giustifica la risoluzione del contratto. Se si tratta semplicemente di una piccola inesattezza della prestazione, o di un ritardo non grave, o dell'inadempimento di una prestazione accessoria di scarsa importanza, la risoluzione è esclusa (**art. 1455 c.c.**); il creditore potrà agire solo per ottenere la condanna del debitore a completare l'adempimento e a risarcire il danno.

Se le parti vogliono limitare l'ambito di questa valutazione giudiziale, possono inserire nel contratto una clausola che ne disponga la risoluzione nel caso che una determinata obbligazione non venga adempiuta affatto, o comunque non venga eseguita rispettando le modalità stabilite (*clausola risolutiva espressa*). La clausola sottrae al giudice il potere di negare la risoluzione ove non li ritenga sufficientemente gravi.

La risoluzione si verifica solo se, in seguito all'inadempimento, egli dichiara all'altra parte che intende valersi della clausola risolutiva (**art. 1456 c.c.**).

Termine essenziale

Il termine per l'adempimento viene detto *essenziale* nelle ipotesi in cui la prestazione sarebbe inutile per il creditore se eseguita dopo la scadenza. La volontà contrattuale delle parti può attribuire carattere di essenzialità al termine.

Il mancato adempimento entro il termine essenziale determina automaticamente la risoluzione del contratto. Anche qui, tuttavia, la legge tiene conto della possibilità che il creditore finisca per preferire di esigere ugualmente la prestazione, anche se ormai tardiva. Ciò gli è consentito, alla condizione però che ne dia notizia all'altra parte entro tre giorni (**art. 1457 c.c.**).

Diffida ad adempiere

Se il termine per l'adempimento non è essenziale, il ritardo del debitore può dar luogo alla risoluzione giudiziale, ma solo se è sufficientemente grave (**art. 1455 c.c.**). La risoluzione non può venire pronunciata se il debitore adempie prima che essa venga chiesta in giudizio.

Il creditore può intimare al debitore per iscritto di adempiere in congruo termine, avvertendolo che, in mancanza, il contratto si intenderà senz'altro risolto.

Decorso inutilmente questo termine, il contratto si risolve di diritto (**art. 1454 c.c.**).

Resta però sempre fermo il principio espresso nell'**art. 1455 c.c.**: perciò la risoluzione non si verifica se la prestazione inadempita è di scarso interesse.

Effetti della risoluzione

- *Conseguenze fra le parti*: la risoluzione elimina la causa giustificativa delle prestazioni contrattuali e perciò obbliga a restituire ciò che si sia ricevuto in esecuzione del contratto. La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo fra le parti. Nei contratti ad esecuzione continuata o periodica non v'è ragione di estendere l'obbligo di restituzione alle prestazioni eseguite nel periodo in cui il contratto sia stato regolarmente adempiuto da entrambe le parti: perciò qui la risoluzione non retroagisce al momento della stipulazione del contratto, bensì solo al momento in cui il contratto ha cessato di avere regolare esecuzione (**art. 1458 c.c.**).
- *La risoluzione e i diritti dei terzi*: la risoluzione non è opponibile ai terzi, i quali abbiano acquistato prima che sia verificata la risoluzione di diritto, o prima che sia stata proposta la domanda giudiziale di risoluzione (**art. 1458 c.c.**). I terzi acquirenti sono tutelati in ogni caso, senza indagare se sapessero dell'inadempimento oppure no. La risoluzione ha efficacia obbligatoria e non reale.

Risoluzione giudiziale e risoluzione di diritto

Il contratto può risolversi per effetto della sentenza del giudice, e in tal caso si parla di *risoluzione giudiziale*. La legge ammette che l'inadempimento possa determinare una *risoluzione di diritto* (cioè senza intervento del giudice) nelle seguenti ipotesi:

- Clausola risolutiva espressa
- Termine essenziale
- Diffida ad adempiere

L'azione per la risoluzione giudiziale deve essere esercitata entro un termine di prescrizione. Invece con la risoluzione di diritto si termina automaticamente una situazione nuova, che potrà poi venire giudizialmente accertata in qualsiasi momento.

LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA

Le conseguenze giuridiche dell'impossibilità liberatoria; il problema del rischio della controprestazione

Se la prestazione diventa impossibile per una causa non imputabile al debitore, l'obbligazione si estingue (**art. 1256 c.c.**) e il debitore va esente da ogni responsabilità per i danni.

Se si tratta di un contratto unilaterale, la liberazione del debitore svuota il contratto stesso di ogni contenuto, e non vi sono problemi ulteriori.

Se invece si tratta di un contratto a prestazioni corrispettive, resta da stabilire se il contraente liberato conservi il diritto alla controprestazione (rischio a carico del creditore), oppure no (rischio a carico del debitore).

La risoluzione per impossibilità sopravvenuta

Nei contratti a prestazioni corrispettive la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta perde, di regola, il diritto alla controprestazione (**art. 1463 c.c.**).

La prestazione rimasta possibile non dovrà venire eseguita; se già eseguita, dovrà venire restituita secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito.

Il contratto resta allora svuotato di effetti: esso è risolto per impossibilità sopravvenuta.

Contratti con effetti traslativi o costitutivi

Il principio che, attraverso il meccanismo della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, pone a carico del debitore il rischio della controprestazione, incontra un'importante eccezione nel campo dei contratti con effetti reali.

In questi contratti l'effetto reale si verifica al momento del consenso, se si tratta di una cosa determinata (**art. 1376 c.c.**), e con l'individuazione se si tratta di una cosa determinata solo nel genere (**art. 1378 c.c.**). Può accadere che la cosa perisca dopo questo momento, ma prima di venire materialmente consegnata all'acquirente, diventando così impossibile eseguire l'obbligo di consegna, che pure grava sull'alienante. Nondimeno l'alienante conserva il diritto al corrispettivo, se il perimento non gli è imputabile (**art. 1456 c.c.**): il rischio è a carico dell'acquirente.

Impossibilità di prestare e impossibilità di ricevere

La risoluzione del contratto è esclusa anche quando l'impossibilità della prestazione sopravviene durante la mora del creditore, o dipende dall'impossibilità, per il creditore, di dare la cooperazione che è a suo carico.

La mora del creditore non estingue il debito, ma gli aggravi derivanti dalla prolungata soggezione del debitore al vincolo sono tutti a carico del creditore. Il creditore in mora non potrà dunque valersi della risoluzione del

contratto e resterà obbligato a pagare il corrispettivo. Questa regola opera anche quando la mora del creditore sia incolpevole.

Ugualmente il creditore resta obbligato a pagare il corrispettivo se l'impossibilità colpisce la cooperazione che è a suo carico. E a maggior ragione quando l'impossibilità della prestazione sia dovuta a una causa che gli sia imputabile.

Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e risoluzione per inadempimento

quando la mancata esecuzione della prestazione sia dovuta a una causa della quale il debitore debba rispondere, l'altra parte può volere la risoluzione del contratto, ma può anche, se lo preferisce, mantenere il contratto e agire per ottenere l'adempimento.

La legge esclude che la risoluzione per inadempimento sia necessaria e automatica: il creditore dovrà chiederla in giudizio (**art. 1453 c.c.**), o dichiarare stragiudizialmente che intende valersi della clausola risolutiva espressa, o provvedere alla diffida ad adempiere. Anche nel caso di termine essenziale il creditore può dichiarare di preferire il mantenimento del contratto nonostante la scadenza del termine.

Quando invece sopravvenga un'impossibilità totale e liberatoria per il debitore, il mantenimento del contratto non ha senso. Il creditore non può infatti pretendere la specifica prestazione che gli era dovuta, poiché questa è divenuta totalmente impossibile; né può pretendere l'equivalente in danaro, perché si tratta di impossibilità liberatoria. Il contratto è risolto necessariamente e di diritto.

Ulteriore differenza tra risoluzione per inadempimento e risoluzione per impossibilità sopravvenuta è che alla prima, e non alla seconda, si accompagna l'obbligo del risarcimento del danno.

Impossibilità parziale o temporanea; inesattezza dell'adempimento per cause delle quali il debitore non debba rispondere

Quando la prestazione è diventata solo parzialmente impossibile, per cause delle quali il debitore non debba rispondere, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della controprestazione, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia sufficiente interesse all'adempimento parziale.

Analoga possibilità di scelta è data nelle ipotesi in cui la prestazione di una parte manchi della qualità richiesta o sia inesatta, per cause delle quali il debitore non debba rispondere.

L'impossibilità temporanea determina la risoluzione del contratto solo se perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla (**art. 1256 c.c.**).

ECESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA

L'eccessiva onerosità sopravvenuta: caratteri generali

Un eventuale squilibrio di valore tra prestazione e controprestazione non costituisce in sé e per sé causa di invalidità del contratto, né determina di regola, l'applicabilità di correttivi giuridici.

Ma quando si tratta di rapporti contrattuali che si svolgono nel tempo, può accadere che avvenimenti straordinari, successivi alla stipulazione del contratto e anteriori alla sua esecuzione, modifichino profondamente il rapporto di valore tra prestazione e controprestazione, in una misura abnorme, non prevedibile e non compresa nell'alea accettata dalle parti.

In questi casi il diritto concede rimedi alla parte per la quale l'esecuzione del contratto è divenuta eccessivamente onerosa.

Nessun rimedio è concesso se l'eccessiva onerosità è sopravvenuta durante la mora del debitore: ogni aggravio derivante dal ritardo deve pesare sul debitore che ne è responsabile.

I rimedi di legge

Nei contratti a prestazioni corrispettive, la sopravvenuta alterazione del rapporto di valore tra le prestazioni corrispettive potrebbe essere corretta imponendo ad una delle parti di pagare un conguaglio in danaro, o consentendo all'altra parte una riduzione della sua prestazione, oppure, infine, modificando le modalità di esecuzione. Ma in questo modo il contratto verrebbe modificato.

Occorrerà perciò il consenso di questo contraente, perché le condizioni contrattuali vengono modificate; in mancanza il solo rimedio concesso è quello della risoluzione del contratto.

La parte danneggiata dall'eccessiva onerosità sopravvenuta può domandare la risoluzione del contratto; la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (**art. 1467 c.c.**).

Se si tratta invece di contratti con obbligazioni di una sola parte, la soluzione di ricondurre il contratto ad equità è sempre attuabile: ovviamente, infatti, la riduzione dell'onerosità è sempre accettabile per il debitore

ed è, per il creditore, preferibile a una risoluzione del contratto, la quale gli farebbe perdere il diritto di credito totalmente.

I limiti di applicazione del rimedio: contratti ineseguiti

I rimedi contro l'eccessiva onerosità si applicano solo se questa è sopravvenuta prima che il contratto abbia avuto esecuzione.

I rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta sono preclusi anche quando sia stata eseguita una sola delle prestazioni corrispettive.

Le cause dell'eccessiva onerosità sopravvenuta

L'eccessiva onerosità sopravvenuta deve essere dovuta ad avvenimenti straordinari e imprevedibili (**art. 1467 c.c.**). Le evenienze prevedibili vengono normalmente considerate dalle parti stesse al momento della conclusione dell'accordo: si ritiene perciò che il contenuto del contratto sia stato adeguato fin dall'inizio al rischio di tali sopravvenienze, così da non richiedere la successiva applicazione di correttivi legali.

La causa deve essere sottratta alla possibilità di controllo del debitore. Inoltre deve avere carattere di generalità.

Alea normale del contratto e contratti aleatori

Può darsi che avvenimenti sopravvenuti, pur essendo straordinari e imprevedibili, provochino una maggiore onerosità contenuta entro i limiti delle normali oscillazioni di valore della prestazione dovuta. In tal caso la risoluzione e la modificazione del contratto sono escluse: la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto (**art. 1467 c.c.**).

Quando viene superato questo limite, il rimedio è concesso dalla legge sul presupposto che, rinviando le prestazioni al futuro, le parti non intendessero speculare sulle variazioni di valore che potessero intervenire nel frattempo.

Un discorso analogo vale in tutte le ipotesi in cui il dovere di prestazione di uno dei contraenti, oppure la misura o il valore di questa, dipendono dal caso, così che l'assunzione del rischio caratterizzi la funzione stessa del contratto.

Per i contratti aleatori è esclusa l'applicabilità dei rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta (**art. 1469 c.c.**).

SEZIONE SESTA GESTIONE DI AFFARI ALTRUI E ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA

Capitolo 33 - LA GESTIONE DI AFFARI ALTRUI

Nozione ed effetti

Si ha la gestione di affari altrui quando una persona compie un atto nell'interesse e per conto altrui, senza averne ricevuto l'incarico dell'interessato e senza essere comunque obbligata a farlo.

La gestione di affari altrui è riconosciuta solo quando l'interessato non sia in grado di provvedere da sé (**art. 2028 c.c.**).

Occorre che il gestore non sia obbligato ad intervenire: se vi è un obbligo contrattuale o legale si applicano le regole relative a questi rapporti e non quelle sulla gestione di affari.

Occorre che il gestore intervenga con la consapevolezza di agire nell'interesse e per conto altrui: se credeva di gestire un affare proprio non potrà giovare sulle norme della gestione di affari altrui, bensì solo di quelle dell'arricchimento senza causa.

Oggetto della gestione possono essere sia atti giuridici sia atti materiali.

La gestione di affari produce effetti obbligatori a carico del gestore e a carico dell'interessato.

Obbligazioni del gestore: il gestore deve continuare la gestione e condurla a termine, finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da sé stesso (**art. 2028 c.c.**).

La gestione va condotta con diligenza. Il gestore non risponde per colpa lieve, come per tutte le prestazioni gratuite.

Se la gestione ha per oggetto atti giuridici, questi possono essere compiuti in nome dell'interessato.

Obbligazioni dell'interessato: l'interessato deve rimborsare al gestore tutte le spese necessarie o utili con gli interessi dal giorno in cui le spese stesse sono state fatte (**art. 2031 c.c.**). Questo rimborso è dovuto anche se la gestione, pur essendo stata utilmente iniziata, abbia finito per non recare vantaggio all'interessato, per cause

non imputabili al gestore. Il gestore non agisce a proprio rischio (art. 2031 c.c.).

La legge non riconosce la gestione di affari altrui eseguita contro il divieto dell'interessato. È salvo però il caso che tale divieto sia contrario al buon costume, alla legge o all'ordine pubblico (art. 2031 c.c.).

L'interessato può sempre ratificare la gestione, se questa non presenta tutti i requisiti di legge: in tal caso si applicano le disposizioni sul mandato (art. 2032 c.c.).

Capitolo 34 - PAGAMENTO DELL'INDEBITO E ARRICCHIAMENTO SENZA CAUSA

Il problema

Gli spostamenti patrimoniali richiedono una causa che li giustifichi giuridicamente.

Può accadere che spostamenti patrimoniali ingiustificati si verifichino in conseguenza di fatti che non sono illeciti e non sono fonte di responsabilità per i danni.

Esecuzione di una prestazione priva di causa e ripetizione dell'indebitito

La causa giustificatrice di una prestazione consiste per lo più in un precedente rapporto obbligatorio fra colui che esegue la prestazione e colui che la riceve.

Una prestazione senza causa può venire eseguita per errore, oppure anche consapevolmente.

Chi ha ricevuto un pagamento non dovuto di una somma di danaro dovrà restituire, di regola, un'uguale somma.

Chi ha ricevuto indebitamente una cosa determinata è tenuto a restituirla.

L'azione concessa a chi ha pagato l'indebitito è chiamata *ripetizione dell'indebitito*. Essa è preclusa a chi abbia eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume.

Gli artt. 2033 ss. c.c. appaiono dettati solo per le ipotesi in cui il pagamento non dovuto abbia per oggetto una somma di danaro o una cosa. Ma il principio si applica in ogni caso di prestazione non dovuta.

L'azione generale di arricchimento senza causa

Oltre al pagamento dell'indebitito, tutti gli altri modi in cui può conseguirsi un arricchimento ingiustificato ricadono nella previsione sintetica e generale dell' art. 2041 c.c.. L'idea è quella di un arricchimento derivante dall'aver conseguito utilità che sono oggetto di un diritto altrui.

All'ipotesi di consumazione della cosa altrui possono accostarsi quella della specificazione, unione o commistione, accessione o avulsione.

L'azione di arricchimento senza causa può operare integrando la tutela del diritto di proprietà e degli altri diritti reali sulle cose. Essa può anche integrare la tutela dei diritti di brevetto e del diritto patrimoniale d'autore e dei diritti di credito.

La giusta causa dell'arricchimento

L'arricchimento derivante da una prestazione è giustificato se questa era dovuta dal solvens all'accipiens. Altrimenti la prestazione è priva di causa.

Se l'arricchimento consiste nell'aver conseguito utilità inerenti al valore capitale del diritto altrui, esso è sempre ingiustificato. Per poter legittimamente consumare il bene, o per poter alienare il diritto allo scopo di conseguire per sé un corrispettivo, occorre esserne titolari; se non lo si è, l'arricchimento che deriva dalla consumazione o dall'alienazione è senz'altro ingiustificato.

Vi sono però ipotesi nelle quali l'appropriazione delle utilità inerenti al valore capitale del diritto altrui è accompagnata dall'acquisto ex legge della stessa titolarità del diritto. Qui la legge stessa sancisce l'acquisto della proprietà della cosa, ma impone allo stesso tempo il pagamento di un'indennità nei limiti dell'arricchimento conseguito.

Obbligazioni naturali

Vi sono doveri morali e sociali che non sono muniti di sanzione giuridica: in mancanza dell'adempimento spontaneo, il creditore non può agire contro il debitore per soddisfarsi coattivamente. Tuttavia questi doveri sono riconosciuti come giusta causa di pagamento. Si tratta di obbligazioni giuridiche imperfette.

Si tratta di tutti i doveri morali e sociali che abbiano un contenuto patrimoniale sufficientemente determinato (art. 2034 c.c.).

In questi casi è esclusa la ripetizione, purché il pagamento sia stato fatto da una persona capace di agire. Occorre inoltre che il pagamento sia stato spontaneo: perciò la ripetizione sarà ammessa se, per esempio, si è pagato in esecuzione di una sentenza di primo grado, e questa è stata annullata in appello.

L'oggetto della restituzione

Se l'arricchimento ha per oggetto una somma di danaro, deve essere restituita un'ugual somma.

Se ha per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda (**art. 2041 c.c.**).

La restituzione in natura non sarà possibile se nel frattempo la cosa è stata consumata, o è perita, o se è stata efficacemente alienata a un terzo. La restituzione non è concepibile se l'arricchimento deriva dalla prestazione di un'attività. In questi casi l'arricchito è tenuto a indennizzare l'impoverito della correlativa diminuzione patrimoniale. (**art. 2041 c.c.**).

SEZIONE SETTIMA SOGGETTI, OGGETTO E VICENDE DELLE OBBLIGAZIONI

Capitolo 35 - LE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE

La moneta e il principio nominalistico

La moneta è un bene destinato a costituire mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi di ogni genere. Le unità nelle quali essa si esprime possono costituire una misura di valore dei beni e servizi stessi.

Gli strumenti monetari sono cose mobili sulle quali è impresso un numero di unità monetarie che ne esprime il valore nominale. Altra cosa è il potere d'acquisto della moneta.

Vale il *principio nominalistico*: il debitore si libera pagando la somma originariamente determinata, anche se il suo potere di acquisto si è modificato nel tempo intercorso fra la nascita del debito e la sua scadenza (**art. 1277 c.c.**).

Nel caso di svalutazione della moneta questo principio opera a favore del debitore.

Debiti di valore

Vi sono rapporti nei quali al creditore deve essere attribuito il valore di un bene o di una quota di patrimonio. Nello svolgimento di questi rapporti occorre perciò procedere alla *liquidazione*, cioè alla determinazione numerica della somma dovuta.

La liquidazione avviene sulla base del valore del bene in un certo momento, assunto come tempo di riferimento.

Si parla, perciò, di debiti di valore (contrapposti ai debiti di valuta, per i quali vale il principio nominalistico). Con la liquidazione il debito di valore diventa debito di valuta.

L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie

I debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale (**art. 1277 c.c.**).

Capitolo 36 - OBBLIGAZIONI SOLIDALI, INDIVISIBILI, ALTERNATIVE, FACOLTATIVE

La solidarietà passiva

Nella sua forma più semplice il rapporto obbligatorio lega un solo debitore ad un solo creditore. Ma può anche accadere che i debitori o i creditori siano più di uno.

Consideriamo l'ipotesi di una pluralità di debitori. Se la prestazione dovuta è divisibile sono possibili due diversi regimi giuridici.

Può darsi che il creditore possa chiedere a ciascuno dei debitori solo una quota del totale: se uno dei condebitori non paga la sua parte, il creditore subisce la perdita corrispondente. Quando è applicabile questa regola, l'obbligazione si dice *parziaria*.

Può darsi, invece, che il creditore possa pretendere l'intero da uno qualunque dei debitori il quale, dopo aver pagato, dovrà rivolgersi ai condebitori per ottenere da ciascuno il rimborso della sua parte. Questa regola si chiama *solidarietà passiva*.

Se uno dei condebitori non paga, la perdita corrispondente è ripartita fra gli altri e non è risentita dal creditore: in questo modo ciascuno dei condebitori garantisce per gli altri.

La solidarietà passiva costituisce la regola: se più persone sono obbligate insieme per la medesima causa o per il medesimo oggetto, esse sono tenute normalmente in solido, salvo patto contrario con il creditore (**art. 1294 c.c.**).

Se il debito è solidale, il creditore è normalmente libero discutere i debitori nell'ordine che preferisce. Talvolta invece la legge, o la convenzione fra le parti, impone un determinato ordine successivo.

Il debitore che abbia pagato al creditore l'intero eserciterà contro gli altri obbligati un'azione di regresso. Da ciascuno egli potrà pretendere un rimborso pro quota; ma se l'obbligazione è stata contratta nell'interesse

esclusivo di uno degli obbligati, questi dovrà rimborsare per l'intero chi ha pagato.

Gli atti con i quali il creditore interrompe la prescrizione contro uno dei debitori in solido hanno effetto anche riguardo agli altri debitori (**art. 1310 c.c.**). Il principio generale è, comunque, che si propagano agli altri condebitori solo le conseguenze favorevoli, non quelle sfavorevoli.

La solidarietà attiva

Quando vi è una pluralità di creditori, si ha *solidarietà attiva* se ciascuno di essi ha diritto di chiedere l'adempimento per l'intero, salvo il suo obbligo di riversare agli altri la parte che spetta loro (**artt. 1292, 1298 c.c.**).

Se invece ciascuno dei creditori può pretendere solo il pagamento della sua quota, il credito si dice *parziario*. La solidarietà attiva rappresenta l'eccezione. Essa si può avere solo per volontà dei creditori, o in rari casi previsti dalla legge. Altrimenti il credito si divide fra i creditori.

Obbligazioni indivisibili

Quanto si è detto circa solidarietà e parziarietà vale solo se l'obbligazione ha per oggetto una prestazione che possa essere divisa ed seguita in parti. Quando invece ciò non sia possibile valgono regole analoghe a quelle delle obbligazioni solidali, in quanto applicabili (**art. 1217 c.c.**); ma, come è ovvio, l'indivisibilità opera anche nei confronti degli eredi. (**art. 1318 c.c.**). *Un esempio potrebbe essere la consegna di una statua o il rilascio di un appartamento.*

Obbligazioni alternative

L'obbligazione è alternativa se al creditore o a debitore o a un terzo è attribuita la scelta fra diverse prestazioni, poste sullo stesso piano di importanza (**art. 1285 c.c.**).

La scelta, se non è stato stabilito diversamente, spetta al debitore (**art. 1286 c.c.**).

La scelta rende semplice l'obbligazione, da alternativa che era; perciò, se l'oggetto scelto diventa successivamente impossibile, l'obbligazione si estingue. Se invece una delle prestazioni è impossibile fin dall'origine o diventa impossibile prima della scelta per una causa non imputabile ad alcuna delle parti, la scelta stessa si restringe alle altre prestazioni (**art. 1288 c.c.**).

Obbligazioni facoltative

L'obbligazione è facoltativa se prevede come oggetto una sola prestazione, ma attribuisce al debitore la facoltà di liberarsi eseguendo un'altra prestazione in funzione di surrogato della prima.

Se la prestazione principale diventa impossibile per una causa non imputabile al debitore, questi è liberato: l'esecuzione dell'altra costituisce per lui una facoltà, non un dovere.

Capitolo 37 - L'ADEMPIMENTO E ALTRE CAUSE DI ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI

L'adempimento in generale

L'adempimento consiste nell'eseguire la prestazione dovuta, qualunque ne sia la natura.

L'adempimento del debitore è un atto materiale, non un negozio giuridico. Il pagamento eseguito dal debitore incapace non può essere impugnato (**art. 1191 c.c.**): si tratta di una prestazione dovuta, poco importa la volontà del debitore. Anche la volontà del creditore non ha importanza, se egli ha materialmente ottenuto ciò che gli spettava. Ma se il creditore è incapace, vi è il pericolo che disperda quanto gli venga pagato. Perciò il pagamento va fatto al suo rappresentante legale; altrimenti può ugualmente liberare il debitore, ma solo se questi prova che ciò che fu pagato è stato rivolto a vantaggio dell'incapace (**art. 1190 c.c.**).

L'obbligazione può essere adempiuta dal debitore personalmente, oppure per mezzo di un ausiliario. Ma la possibilità di far eseguire la prestazione ad un ausiliario è esclusa quando la prestazione stessa abbia carattere personale. Il pagamento può essere effettuato al creditore o al suo rappresentante. Oppure al soggetto indicato dal creditore o autorizzato dalla legge o dal giudice a riceverlo (**art. 1188 c.c.**).

Il pagamento fatto a un terzo non legittimato a riceverlo non libera il debitore, il quale dovrà perciò pagare nuovamente, a meno che non dimostri di aver eseguito il pagamento in buona fede. Anche qui dunque si tutela l'affidamento.

La prestazione deve essere eseguita per intero: salvi eventuali usi diversi, il creditore può rifiutare un adempimento parziale, anche se la prestazione è divisibile, senza incorrere perciò in mora del creditore (**artt. 1181, 1208 c.c.**).

Inoltre il debitore deve eseguire esattamente ciò che è dovuto: non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta.

L'adempimento del terzo

L'obbligazione può essere adempiuta da un terzo non obbligato. L'interesse che spinge il terzo a pagare il debito altrui può essere vario.

Una volta eseguito il pagamento, i rapporti fra il terzo e il debitore saranno regolati dai loro accordi, se ve ne sono. Altrimenti il terzo potrà chiedere al debitore il rimborso in base alla regola generale dell'arricchimento senza causa (**art. 2041 c.c.**): la liberazione dal debito costituisce infatti un arricchimento ottenuto a spese del terzo.

Il debitore non può opporsi all'adempimento del terzo: qualunque sia la ragione che lo spinge ad opporsi, la legge considera prevalente l'interesse all'attuazione del rapporto obbligatorio. Il creditore può rifiutare l'adempimento del terzo solo quando l'obbligazione abbia per oggetto una prestazione di fare di carattere personale. In ogni caso l'intervento del terzo è escluso se tanto il creditore quanto il debitore vi si oppongono (**art. 1180 c.c.**). L'esistenza oggettiva del debito è sufficiente a giustificare il pagamento, anche senza una volontà piena e consapevole del debitore.

Il terzo non è obbligato a pagare, perciò il pagamento deve essere giustificato dalla sua volontà di adempiere il debito altrui. Se questa volontà manca, o è viziata, il pagamento è invalido, e il terzo potrà chiedere la restituzione in base all'**art. 2033 c.c.**, o in base all'**art. 2036 c.c.**

La causa del pagamento del terzo sta nel rapporto obbligatorio fra debitore e creditore. Se questo rapporto non esiste, il pagamento è invalido e il terzo può chiedere la restituzione.

Il pagamento con surrogazione

Il terzo, nel pagare il debito altrui, può subentrare al creditore nel diritto di credito verso il debitore.

La surrogazione può avvenire:

- *Di diritto (surrogazione legale)*
- *Per volontà del creditore*
- *Per volontà del debitore*

La compensazione

La compensazione è l'estinzione di due debiti reciproci, esistenti fra le stesse persone.

L'estinzione è totale se i due debiti reciproci hanno lo stesso ammontare; se invece hanno misure diverse, il minore si estingue del tutto, mentre il maggiore si riduce di una quantità corrispondente.

In questo modo si ha un risparmio di attività inutili e una semplificazione.

La legge prevede tre tipi di compensazione: la compensazione legale, la compensazione giudiziale e la compensazione volontaria.

Perché la *compensazione legale* si verifichi, occorre che le obbligazioni reciproche abbiano le seguenti caratteristiche (**art. 1243 c.c.**):

- Devono essere omogenee e fungibili: avere cioè per oggetto entrambe una somma di danaro o cose fungibili dello stesso genere.
- Devono essere esigibili entrambe: non sottoposte, cioè, a un termine o ad una condizione tuttora pendente.
- Le obbligazioni reciproche devono essere liquide, cioè determinate nel loro ammontare.
- Vi sono crediti ai quali non si può opporre la compensazione. Vale per tutti i crediti impignorabili (**art. 1246 c.c.**).

La compensazione legale opera nel momento in cui se ne verificano tutti i presupposti: coesistenza dei due debiti, esigibilità liquidità. Un'eventuale successiva pronuncia del giudice ha qui un valore puramente dichiarativo.

La *compensazione giudiziale* (**art. 1243 c.c.**): vi si ricorre quando uno dei due crediti non è liquido, ma è di facile e pronta liquidazione. Il creditore domanda al giudice di liquidarlo pronunciando, di conseguenza, la compensazione.

La *compensazione volontaria* (**art. 1252 c.c.**): le parti possono d'accordo estinguere per compensazione anche debiti e crediti reciproci che non abbiano le caratteristiche sopra indicate.

La confusione

L'obbligazione si estingue per confusione se le qualità di debitore e creditore si riuniscono nella stessa persona (**art. 1253 c.c.**). per esempio: il creditore diventa erede del debitore, o viceversa.

La novazione

La novazione estingue un'obbligazione, sostituendola con un'obbligazione nuova. La novazione può essere

soggettiva oppure oggettiva.

Soggettiva, se la differenza fra la nuova obbligazione e la precedente riguarda i soggetti: debitore o creditore.

La novazione è **Oggettiva** se la differenza fra la nuova e la vecchia obbligazione riguarda l'oggetto o il titolo.

La novazione estingue il debito originario, del quale vengono perciò meno le caratteristiche, gli accessori, le garanzie personali e reali, se le parti non convengono diversamente (**art. 1232 c.c.**).

Dall'operazione nasce un credito nuovo. Il nuovo credito procede da quello originario, trovando causa nella sua estinzione. La novazione è senza effetto, se non esisteva l'obbligazione originaria. Se poi l'obbligazione originaria era fondata su un titolo annullabile, la nuova obbligazione può essere valida se l'atto di novazione è stato stipulato dal debitore conoscendo il vizio del titolo originario, il quale viene così convalidato (**art. 1234 c.c.**).

La remissione del debito

La remissione è il negozio con il quale il creditore rinuncia al proprio credito. La dichiarazione di rinuncia estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore. La remissione non produce effetto se il debitore dichiara in un congruo termine di non volerne profittare (**art. 1237 c.c.**).

L'impossibilità sopravvenuta

La sopravvenuta impossibilità della prestazione estingue l'obbligazione. Ciò vale per qualsiasi obbligazione, anche se di fonte non contrattuale.

L'**art. 1256 c.c.** subordina l'effetto estintivo alla condizione che l'impossibilità sia sopravvenuta per una causa non imputabile al debitore. In quest'ipotesi, il debitore è obbligato al risarcimento del danno, mentre nel caso di impossibilità non imputabile l'obbligazione si estingue senza residui.

Se la prestazione è divenuta impossibile solo in parte, il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile. Se la cosa dovuta ha subito un deterioramento per una causa non imputabile al debitore, questi si libera consegnandola nello stato in cui si trova (**art. 1258 c.c.**).

Se l'impossibilità non imputabile è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento.

Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione, ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla (**art. 1256 c.c.**).

Capitolo 38 - L'INADEMPIMENTO E IL RISARCIMENTO DEL DANNO

Responsabilità da inadempimento e responsabilità da atto illecito

L'inadempimento di un'obbligazione va distinto dalla violazione del generale dovere di non recar danno ingiustamente al prossimo. L'uno e l'altra danno luogo a responsabilità civile, ma le regole applicabili presentano qualche diversità. Per lo più la distinzione viene formulata in termini di responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale.

La distinzione è fra inadempimento di un'obbligazione e violazione di un dovere assoluto (atto illecito in senso stretto).

In una posizione intermedia fra queste due categorie di ipotesi sta la violazione delle regole di correttezza nelle trattative, che dà luogo a responsabilità precontrattuale.

Le differenze fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale sono:

- **Onere della prova:** in materia di illecito extracontrattuale spetta alla vittima, di regola, provare la colpa del danneggiante. Ciò in base al principio generale secondo il quale chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (**art. 2697 c.c.**). In materia di inadempimento, invece, spetta al debitore l'onere di provare che l'inadempimento sia dovuto a circostanze delle quali egli non debba rispondere (**art. 1218 c.c.**).
- **Costituzione in mora:** non è necessaria in materia di illecito extracontrattuale; può essere necessaria in materia di inadempimento (**art. 1219 c.c.**).
- **Danno risarcibile:** l'illecito extracontrattuale obbliga a risarcire ogni danno, con i soli limiti derivanti dall'applicazione dei criteri della causalità giuridica. L'inadempimento di un'obbligazione contrattuale, invece, qualora non dipenda da dolo del debitore, obbliga a risarcire solo il danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione (**art. 1225 c.c.**).
- **Prescrizione dell'azione:** l'azione per il risarcimento del danno derivante da un illecito extracontrattuale si prescrive, di regola, in cinque anni. Invece, l'azione per il risarcimento del danno da inadempimento si prescrive, di regola, in dieci anni.

Vi sono situazioni particolari nelle quali il fatto dannoso può essere considerato sia come illecito extracontrattuale, sia come inadempimento contrattuale.

Il risarcimento del danno

Il creditore danneggiato dall'inadempimento ha diritto al risarcimento del danno.

Ma, anziché accontentarsi del risarcimento in danaro, egli può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile: questa regola è formulata nell'**art. 2058 c.c.** a proposito dell'illecito extracontrattuale, ma la giurisprudenza la considera espressione di un principio generale, applicabile anche in materia contrattuale.

Quanto al risarcimento del danno, esso deve comprendere così il danno emergente come il lucro cessante, in quanto siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (**art. 1223 c.c.**). se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa (**art. 1226 c.c.**).

Il risarcimento viene ridotto se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno (**art. 1227 c.c.**). viene così imposto al creditore l'onere di usare una ragionevole diligenza e prudenza per non concorrere a cagionare danno a sé stesso.

Queste regole sono comuni alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Propria invece della sola responsabilità contrattuale è al regola secondo la quale, fuori del caso di dolo del debitore, il risarcimento del danno è limitato a quanto poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione (**art. 1225 c.c.**).

Riguardo i danni derivanti dall'inadempimento di obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, dal giorno in cui il debitore è in mora, egli è tenuto a pagare gli interessi moratori, anche se precedentemente non era dovuto nessun interesse, e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno.

Se poi il creditore dimostra di aver subito un danno maggiore, gli spetta l'ulteriore risarcimento, salvo che sia stata convenuta la misura degli interessi moratori (**art. 1224 c.c.**).

Clausola penale e caparra confirmatoria

La valutazione del danno derivante dall'inadempimento può presentare difficoltà e incertezze. Al fine di evitarle, le parti possono inserire già nel contratto una clausola penale, con cui stabiliscono preventivamente la somma che sarà dovuta a titolo di risarcimento del danno nel caso di inadempimento.

La parte inadempiente sarà allora tenuta a pagare la penale pattuita, senza che il debitore debba dare la prova di avere subito effettivamente un danno.

Il creditore non può pretendere più di quanto stabilito nella clausola penale (**art. 1382 c.c.**).

La penale può essere diminuita equamente dal giudice quando sia manifestamente eccessiva, avuto riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento (**art. 1384 c.c.**).

La caparra confirmatoria, invece, consiste in una somma di danaro o in una quantità di cose fungibili, che una parte abbia dato all'altra al momento della conclusione del contratto: se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto ritenendo la caparra a titolo di risarcimento del danno; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra. Questa è solo una facoltà attribuita al creditore insoddisfatto, il quale può anche insistere per l'esecuzione del contratto o domandarne la risoluzione, secondo le norme generali (**art. 1385 c.c.**).

Se il contratto viene adempiuto, la caparra deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta.

La somma versata a titolo di acconto sul prezzo non può considerarsi come caparra, se non quando risulti che le parti hanno inteso attribuirle tale funzione.

La caparra confirmatoria non va confusa con la caparra penitenziale. La caparra penitenziale è un corrispettivo del recesso; la caparra confirmatoria è una cautela contro l'inadempimento. Chi abbia dato una caparra penitenziale può legittimamente recedere dal contratto e non è esposto ad altra conseguenza se non la perdita della caparra stessa; viceversa, chi abbia dato una caparra confirmatoria è obbligato ad adempiere il contratto, e qualora non adempia, è esposto alle azioni del creditore, il quale ben potrebbe insistere per l'esecuzione del contratto, o domandarne la risoluzione e il pieno risarcimento del danno, anziché accontentarsi di recedere trattenendo la caparra.

Capitolo 39 - MODIFICAZIONE DEI SOGGETTI DELL'OBBLIGAZIONE

La cessione del credito

Il credito può venire trasmesso a titolo particolare con un contratto traslativo di diritti (*cessione del credito*).

La cessione del credito non è un tipo di contratto; è un possibile elemento del contenuto di un contratto.

In ogni caso per la cessione è sufficiente l'accordo del creditore originario (*cedente*) e di colui che acquista il credito (*cessionario*); non è necessario, invece, il consenso del debitore (*ceduto*): questi è tenuto a pagare in ogni caso e perciò la persona del creditore dovrebbe essergli indifferente (**art. 1260 c.c.**).

Alcuni crediti, però, non possono essere oggetto di cessione: come il credito alimentare.

Il credito ceduto conserva tutti i suoi attributi, positivi e negativi, e i suoi accessori. Il debitore ceduto potrà opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente.

Non è richiesto che il debitore ceduto consenta alla cessione. Occorre peraltro che ne sia avvertito, affinché sappia che non deve più pagare al creditore originario, bensì al cessionario del credito. Fino a che non sia avvenuta la notificazione, il debitore che in buona fede paghi al cedente è liberato.

Nel caso di doppia cessione prevale quella che per prima è stata notificata al debitore ceduto, o da questo accertata con atto di data certa (**art. 1265 c.c.**).

Fino a quando non sia stata la notificazione al debitore ceduto, la cessione non è opponibile ai creditori del cedente, i quali potranno perciò pignorare il credito come se si trovasse ancora nel patrimonio del loro debitore (**art. 2914 c.c.**).

La garanzia che il cedente deve al concessionario circa l'esistenza del credito è regolata allo stesso modo della garanzia per evizione nel trasferimento di cose. Perciò, se la cessione è a titolo oneroso, il cedente deve garantire l'esistenza del credito al tempo della cessione; la garanzia può essere esclusa per patto, ma il cedente resta sempre obbligato per il fatto proprio.

Se la cessione è a titolo gratuito, la garanzia dell'esistenza del credito è dovuta solo:

- Se il donante l'ha espressamente promessa
- Se l'inesistenza del credito dipende dal dolo o dal fatto personale di lui
- Se si tratta di donazione che impone oneri al donatario, o di donazione remuneratoria, nei quali casi la garanzia è dovuta fino alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante (**art. 1266 c.c.**).

Il cedente è tenuto solo a garantire l'esistenza del credito ceduto; se poi il credito non viene soddisfatto, il cedente non ne risponde verso il cessionario, il quale subisce il danno. In questo caso si dice che la cessione è *pro soluto*.

Ma le parti possono convenire che il cedente garantisca il cessionario anche contro il rischio di insolvenza del debitore (cessione *pro solvendo*); in questo caso, se il debitore ceduto non paga, pagherà per lui il cedente, il quale risponderà però solo nei limiti del corrispettivo ricevuto per la cessione, oltre a dover pagare gli interessi e rimborsare le spese (**art. 1267 c.c.**).

La successione nel debito

La successione nel debito può avvenire a causa della morte del debitore, oppure tra vivi.

Nella prima ipotesi il debito si trasmette all'erede insieme con tutto il patrimonio del *de cuius*. Il creditore è costretto a subire il mutamento, conseguenza necessaria della morte del debitore originario.

La situazione è del tutto diversa quando il debitore voglia trasmettere ad altri il proprio debito per atto tra vivi. Per il creditore non è indifferente avere come debitore una persona, invece che un'altra, perché, trattandosi di un debito di danaro, l'una può essere in grado di pagare e l'altra no, oppure, trattandosi di una prestazione di fare, l'una può essere capace e diligente, e l'altra no. Perciò la sostituzione del debitore per atto tra vivi non è possibile senza il consenso del creditore.

Il debito può trasmettersi tra vivi isolatamente, oppure come elemento di un complesso di rapporti collegati.

La trasmissione isolata del debito si può realizzare con la *delegazione*, con l'*espromissione* o con l'*accollo*, purché il creditore dichiari di liberare il debitore originario. Altrimenti queste operazioni aggiungono un nuovo debitore a quello che già c'era.

La delegazione

Supponiamo che B debba pagare ad A centomila euro, e A debba pagarne altrettanti a C.

I due debiti si possono estinguere con due pagamenti: B paga ad A e quest'ultimo paga a C. È chiaro, però, che lo stesso risultato economico finale può ottenersi, più semplicemente, con il passaggio diretto di centomila euro da B a C.

A questo scopo A (*delegante*) può invitare B (*delegato*) a pagare la somma direttamente a C (*delegatario*).

L'operazione è una *delegazione di pagamento*.

Se B paga a C, il pagamento trova la sua causa non già in un rapporto obbligatorio fra B e C (che non esiste), bensì nei rapporti che costoro avevano con il delegante A. nell'esempio, il debito di B verso A (rapporto di *provista*) giustifica il dare di B, mentre il credito di C verso A (rapporto di *valuta*) giustifica il ricevere di C.

Anche se materialmente la somma viene consegnata dal delegato, giuridicamente è il delegante che paga al delegatario per mezzo del delegato.

Questa operazione può compiersi anche a scopi diversi dall'adempimento di due debiti preesistenti.

Può anche accadere che il delegante inviti il delegato non già a pagare immediatamente il delegatario, bensì a promettergli il pagamento a una certa scadenza futura. Questa operazione, che si chiama *delegazione di debito*, si svolge in tre fasi:

- Il delegante invita il delegato a promettere al delegatario il pagamento
- Il delegato promette al delegatario il pagamento
- Alla scadenza il delegato paga al delegatario

La promessa del delegato al delegatario non richiede un'espressa accettazione di quest'ultimo, salva la facoltà del delegatario di rifiutarla (**art. 1333 c.c.**).

Nel promettere al delegatario, il delegato può fare riferimento al rapporto di provvista, o a quello di valuta, o ad entrambi, e lasciare intendere che il proprio impegno è subordinato alla validità di quei rapporti. In tal caso la delegazione si dice *titolata* (o *causale*).

Ma la promessa del delegato al delegatario può anche non contenere nessun riferimento ai rapporti di provvista e di valuta. In tal caso la delegazione si dice *pura* (o *astratta*).

In ogni caso il delegato può opporre al delegatario le eccezioni relative ai suoi rapporti con questo (**art. 1271 c.c.**).

Se il delegante era debitore del delegatario, può essere liberato solo da un'espressa dichiarazione di quest'ultimo: in tal caso la delegazione di debito si dice *liberatoria*. Altrimenti la delegazione di debito attribuisce al delegatario un nuovo debitore (il delegato) accanto al debitore originario (il delegante): in tal caso la delegazione si dice *cumulativa* (**art. 1268 c.c.**).

L'espromissione

Il terzo può spontaneamente pagare il debito altrui.

Esaminiamo ora l'ipotesi che il terzo prometta spontaneamente al creditore di pagargli il debito di un'altra persona. Questo negozio è detto *espromissione*.

La differenza rispetto alla delegazione sta nella spontaneità dell'iniziativa dell'espromittente.

Anche qui il debitore originario resta obbligato in solido con l'espromittente (espromissione *cumulativa*), a meno che il creditore non dichiari espressamente di liberarlo (espromissione *liberatoria*) (**art. 1272 c.c.**).

L'accollo

Anche qui un terzo si assume un debito altrui. Ma mentre l'espromissione è un contratto fra il terzo e il creditore, l'accollo è un contratto fra il terzo e il debitore: il terzo (*accollante*) si impegna verso il debitore (*accollato*) a pagare il suo debito al creditore (*accollatario*).

L'accollo può essere stipulato come contratto autonomo, o anche come patto accessorio di un contratto principale.

L'accollante si impegna verso l'accollato ad eseguire una prestazione in favore del creditore, che è terzo rispetto al contratto d'accollo. Si tratta perciò di un contratto a favore del terzo. Il terzo creditore acquista un diritto contro l'accollante per effetto della stipulazione; questa tuttavia può essere revocata o modificata dall'accollato, finché il terzo creditore non vi abbia aderito (**art. 1273 c.c.**).

Anche qui il debitore originario resta obbligato in solido con l'accollante (accollo *cumulativo*), a meno che il creditore non consenta a liberarlo (accollo *liberatorio*) (**art. 1273 c.c.**).

La novazione soggettiva

La novazione soggettiva estingue un'obbligazione, sostituendola con un'obbligazione nuova e diversa quanto ai soggetti: debitore o creditore. Essa si realizza attraverso la delegazione, l'espromissione o l'accollo, quando venga estinto uno dei rapporti di base.

Nell'accollo, per esempio, se il creditore libera il debitore originario (accollato), quest'obbligazione si estingue e viene sostituita da una nuova obbligazione con un diverso debitore: l'accollante.

La cessione di credito, invece, non costituisce novazione, perché non implica l'estinzione del rapporto originario e la sua sostituzione con un rapporto nuovo, bensì il trasferimento del medesimo rapporto in capo a un nuovo creditore.

Cessione del contratto

Si consideri un contratto a prestazioni corrispettive: finché queste devono ancora essere eseguite, ciascun contraente è titolare al tempo stesso dell'obbligo di eseguire la propria prestazione e del diritto di ottenere la

controprestazione; ed è titolare, inoltre, di obblighi accessori, di oneri, di eccezioni e di diritti potestativi connessi.

Cessione del contratto vuol dire sostituzione di un terzo ad uno dei contraenti in tutta la situazione giuridica derivante dal contratto stesso: successione, dunque, non già solo nel credito, o nel debito, ma in tutte le posizioni attive e passive, principali e accessorie, appartenenti al complesso rapporto giuridico contrattuale.

A differenza della cessione di credito, che si perfeziona semplicemente con l'accordo del cedente e del cessionario, la cessione di contratto richiede anche, di regola, il consenso del contraente ceduto (**art. 1406 c.c.**).

Ciò si giustifica considerando che il contraente sostituito con la cessione di contratto non è solo creditore della prestazione, ma è anche debitore della controprestazione, e perciò la sua capacità patrimoniale, le sue attitudini tecniche, e le sue qualità personali non possono essere considerate indifferenti per la controparte.

Poiché il terzo cessionario subentra nel rapporto contrattuale quale esso è, il contraente ceduto gli potrà opporre tutte le eccezioni derivanti dal contratto; non potrà opporgli, invece, quelle fondate su altri rapporti col cedente, salvo che ne abbia fatto espressa riserva al momento in cui ha consentito alla sostituzione (**art. 1409 c.c.**).

Il cedente è liberato dalle sue obbligazioni verso il contraente ceduto, salvo che questi abbia dichiarato di non liberarlo (**art. 1408 c.c.**).

Quanto ai rapporti fra cedente e cessionario, il cedente è tenuto a garantire la validità del contratto, ma non l'adempimento da parte del contraente ceduto, salvo patto contrario (**art. 1410 c.c.**).

SEZIONE NONA I SINGOLI CONTRATTI

Capitolo 42 - LA VENDITA E GLI ALTRI CONTRATTI DI ALIENAZIONE A TITOLO ONEROSO

La vendita: definizione. Vendita con effetti reali e vendita obbligatoria

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 (**art. 1470 c.c.**).

Oggetto della vendita può essere qualsiasi bene o diritto trasferibile.

La conclusione del contratto normalmente non richiede forme particolari; occorre però la forma scritta per la validità della vendita di beni immobili o diritti reali immobiliari (**art. 1350 c.c.**) e per la vendita di eredità (**art. 1543 c.c.**).

Il trasferimento dell'oggetto venduto si verifica alla conclusione del contratto, per effetto del semplice consenso manifestato dalle parti: *vendita con effetto reale immediato*. A questo scopo occorre però che l'oggetto esista attualmente nel patrimonio del venditore e sia individuato; e occorre che le parti vogliano il trasferimento immediato. Altrimenti gli effetti reali immediati della vendita sono solo obbligatori: il venditore è obbligato a procurare al compratore l'acquisto, che si verificherà in un momento successivo (*vendita obbligatoria*). Ciò accade nei seguenti casi:

- *Vendita di cose determinate solo nel genere*
- *Vendita alternativa*
- *Vendita di cosa futura*
- *Vendita di cosa altrui*
- *Vendita sottoposta a termine o condizione*

Le obbligazioni del compratore e del venditore

Il compratore deve pagare il prezzo e, salvo patto contrario, le spese della vendita (**artt. 1498, 1475 c.c.**).

Le prestazioni principali del venditore sono:

- *Quella di consegnare la cosa al compratore*
- *Quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto*

Se il venditore non consegna la cosa, o consegna una cosa diversa da quella pattuita, il compratore può a sua scelta domandare l'adempimento oppure la risoluzione del contratto secondo le regole generali.

Regole speciali valgono invece per l'ipotesi che il venditore consegni la cosa pattuita, ma non facciano acquistare al compratore il diritto sulla cosa stessa. Operano qui la garanzia per evizione e la garanzia per i vizi della cosa venduta.

La garanzia per evizione è dovuta dal venditore sia nell'ipotesi che egli non abbia fatto acquistare al

compratore la proprietà della cosa, perché questa non gli apparteneva, sia nell'ipotesi che abbia trasferito una proprietà gravata da vincoli o diritti altrui non previsti dal contratto.

La stessa garanzia è dovuta nella vendita di diritti diversi dalla proprietà.

La tutela del compratore è diversa secondo che, al momento della conclusione del contratto, egli conoscesse, oppure no, il difetto del diritto in capo al venditore. Se lo ignorava, può chiedere subito la risoluzione del contratto; ma se la cosa è solo parzialmente altrui, o se è solo gravata da diritti di godimento di terzi, il compratore può pretendere solo una riduzione del prezzo, qualora si ossa ritenere che egli avrebbe acquistato ugualmente.

Se invece il compratore conosceva il difetto del diritto in capo al venditore, occorre distinguere. Se si tratta di oneri o diritti di terzi che limitino il godimento della cosa, il compratore che li conosceva non ha alcuna azione. Se invece l'acquisto del diritto è mancato totalmente, o se la cosa è gravata da grazie reali o da pignoramento o sequestro, il compratore che conosceva la situazione potrà chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, oltre al risarcimento del danno, ma solo se subisce l'*evizione*: cioè solo se il terzo gli sottrae effettivamente la cosa, facendo valere il proprio diritto su di essa.

La garanzia per vizi o per mancanza di qualità deve tutelare il compratore nell'ipotesi che la cosa abbia difetti che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore (**art. 1490 c.c.**), e nell'ipotesi che la cosa venduta non abbia le qualità promesse, ovvero quelle essenziali per l'uso a cui è destinata (**art. 1497 c.c.**).

La legge dispone che la garanzia non è dovuta se, al momento del contratto, il compratore conosceva i vizi della cosa; parimenti non è dovuta se i vizi erano facilmente riconoscibili, salvo, in questo caso, che il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi (**art. 1491 c.c.**).

Occorre poi evitare che vengano posti a carico del venditore difetti sopravvenuti con l'uso, e dei quali non si possa più accertare con sicurezza la causa. Ed occorre che, dopo un tempo ragionevole, il venditore possa considerare esaurito il rapporto. Perciò la legge dispone che il compratore decade dalla garanzia se non denuncia i vizi al venditore entro otto giorni dalla scoperta. L'azione si prescrive in un anno dalla consegna (**art. 1494, 1497 c.c.**).

Quando il compratore ha diritto alla garanzia, egli può scegliere o la risoluzione del contratto con le conseguenti restituzioni (azione redibitoria), oppure la riduzione del prezzo (azione estimatoria): **art. 1492 c.c.** Tanto nella garanzia per evizione, quanto nella garanzia per vizi i rimedi che tendono ad eliminare lo squilibrio tra le prestazioni sono concessi anche se non vi sia colpa del venditore; invece la colpa è presupposto della responsabilità del venditore per i danni ulteriori.

In alcuni casi l'azione di garanzia per i vizi o per difetto di qualità della cosa venduta può concorrere con l'azione di annullamento per errore. Si noti che quest'ultima azione non è assoggettata al termine di decadenza e alla prescrizione breve dell'**art. 1495 c.c.**, ma richiede che l'errore fosse riconoscibile dal venditore al momento della conclusione del contratto; anche il risultato è diverso, perché in seguito all'annullamento il danno risarcibile va valutato in base all'interesse negativo.

Vendita immobiliare

Consiste nella vendita di beni immobili oppure nel trasferimento di diritti immobiliari. Per questo tipo di vendita è necessaria la forma SCRITTA. L'**art. 1537 c.c.** parla di vendita a misura se il prezzo dell'immobile è determinato in ragione di un tanto per unità di misura (es. 1.000 € al mq); mentre l'**art. 1538 c.c.** parla di vendita a corpo se il prezzo è determinato in relazione al corpo dell'immobile e non alla sua misura (globalità dell'immobile).

Vendita di cose mobili

In mancanza di patto o di uso contrario, la consegna della cosa deve avvenire nel luogo dove questa si trovava al tempo della vendita, se le parti ne erano a conoscenza, ovvero nel luogo dove il venditore aveva il suo domicilio o la sede dell'impresa.

Vendita con riserva della proprietà

Generalmente il compratore diventa proprietario della cosa al momento del consenso o, se si tratta di cose fungibili, al momento dell'individuazione, anche se non ne abbia ancora pagato il prezzo. Se il compratore cade in stato di insolvenza, il venditore che gli abbia fatto credito rischia di perdere il prezzo e la cosa.

Il problema si risolve con una clausola che differisca il trasferimento della proprietà al momento in cui il prezzo sia completamente pagato: si tratta dunque di un trasferimento sottoposto a condizione sospensiva. Gli altri effetti del contratto, invece, si producono immediatamente. La cosa viene consegnata al compratore, il quale potrà così utilizzarla subito.

Il compratore potrà subito utilizzare la cosa, ma dovrà astenersi da ogni atto che possa ledere il riservato dominio, che costituisce la garanzia del venditore.

Finché il prezzo non è pagato il compratore non ha la proprietà della cosa; ha però un'aspettativa di acquisto, e ha il godimento. In considerazione di ciò la legge pone a suo carico, dal momento della consegna, il rischio del perimento fortuito della cosa (**art. 1523 c.c.**).

La proprietà riservata al venditore gli consente di rivendicare la cosa, se il prezzo non viene pagato.

Nella vendita di immobili, o di altri beni iscritti in pubblici registri, il venditore potrebbe garantirsi iscrivendo un'ipoteca.

Spesso il patto di riserva della proprietà appare in contratti di vendita a rate.

Se il contratto si risolve per inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno (**art. 1526 c.c.**).

Diritto di prelazione

Col patto di prelazione una parte promette all'altra di preferirla nella stipulazione di un contratto di vendita, se si deciderà a vendere.

Prima di alienare a un terzo il venditore dovrà dunque interpellare l'avente diritto alla prelazione. Se non lo fa e vende al terzo, si rende responsabile dei danni; l'avente diritto alla prelazione non potrà pretendere di riscattare la cosa dal terzo acquirente, perché il patto di prelazione ha efficacia solo fra le parti (*efficacia obbligatoria*).

Talvolta un diritto di prelazione è concesso dalla legge. I diritti di prelazione legale sono opponibili al terzo acquirente e ai suoi aventi causa, dai quali l'avente diritto potrà riscattare la cosa (*efficacia reale*).

Vendita con patto di riscatto

Il venditore può riservarsi il diritto di riavere la cosa venduta mediante la restituzione del prezzo unita al rimborso di certe spese (**art. 1500 c.c.**).

Il venditore si riserverà la possibilità del riscatto quando vende malvolentieri, ma spera che la situazione possa mutare. È una vendita sottoposta a *condizione risolutiva potestativa*: il venditore ha, quindi, un'aspettativa reale ed il riscatto ha effetto anche sui terzi ai quali il compratore avesse alienato la cosa; perciò, il terzo dovrà rilasciare la cosa a meno che ne abbia acquistato la proprietà incondizionata in base alla regola "Possesso vale Titolo" o per effetto di regole sulla trascrizione.

Il riscatto può avvenire entro due anni per i beni Mobili ed entro cinque anni per quelli Immobili.

Vendita a termine di titoli di credito

È una vendita nella quale il pagamento del prezzo e la consegna dei titoli sono rinviati entrambi a una certa data.

Il riporto

Il riporto è il contratto con il quale il riportato trasferisce in proprietà al riportatore titoli di credito di una data specie per un determinato prezzo, e il riportatore assume l'obbligo di trasferire al riportato, alla scadenza del termine stabilito, la proprietà di altrettanti titoli della stessa specie, verso rimborso del prezzo, che può essere aumentato o diminuito nella misura convenuta (**art. 1548 c.c.**).

Si tratta di un contratto reale, che si perfeziona con la consegna dei titoli (**art. 1549 c.c.**).

La permuta

La permuta è il contratto con il quale le parti si scambiano la proprietà di cose, o altri diritti (**art. 1552 c.c.**).

Alla permuta si applicano le norme stabilite per la vendita, in quanto compatibili (**art. 1555 c.c.**).

Il contratto estimatorio

Con il contratto estimatorio una parte consegna una o più cose mobili all'altra e questa si obbliga a pagarne il prezzo, salvo che restituisca le cose nel termine stabilito (**art. 1556 c.c.**).

Il contratto si definisce nel momento della consegna della cosa: Egli può alienarla a terzi anche se l'effettiva proprietà rimane a colui che consegna la cosa fino al momento del pagamento.

La somministrazione

La somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose (**art. 1559 c.c.**).

Ad esso si applicano le regole dei rapporti contrattuali di durata ed in particolare l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già effettuate.

Può essere determinata la misura della singola prestazione periodica, lasciando però indeterminata la durata

del contratto: in tal caso il rapporto durerà fino a quando una parte dichiara di recedere, dando il dovuto preavviso (**art. 1569 c.c.**).

La funzione della somministrazione è quella di soddisfare un bisogno continuativo o periodico.

Il contratto di somministrazione è adottato sovente nei rapporti fra fabbricante e rivenditore. Spesso il contratto attribuisce a quest'ultimo l'esclusività della distribuzione in una certa zona; in tal caso si parla di *concessione esclusiva di vendita*.

È d'uso che il concessionario esclusivo si impegni a sua volta a non vendere prodotti concorrenti e assuma obblighi particolari circa la pubblicità e la promozione delle vendite.

Capitolo 43 - LA DONAZIONE

Definizione

La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto, o assumendo verso la stessa un'obbligazione (**art. 769 c.c.**).

Occorre che vi sia un incremento del patrimonio del donatario e che tale incremento derivi da una diminuzione del patrimonio del donante.

La donazione è caratterizzata ulteriormente dallo spirito di liberalità. Le parti devono essere d'accordo sul carattere gratuito della prestazione. Non basta, dunque, l'oggettiva mancanza di una controprestazione o di un obbligo a prestare; occorre anche che essa sia nota e voluta dalle parti.

Non si richiede, invece, che la donazione si fatta per motivi disinteressati. I motivi sono irrilevanti, se leciti.

La legge dispone espressamente che è donazione (*remuneratoria*) anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione (**art. 770 c.c.**).

Non sono assoggettate al regime giuridico delle donazioni le liberalità che è d'uso fare in occasione di servizi resi e ogni altra liberalità d'uso.

Disciplina giuridica della donazione

La donazione è un contratto, cioè un accordo fra donante e donatario: l'accettazione di quest'ultimo è necessaria e deve essere manifestata.

La donazione deve essere fatta nella forma dell'atto pubblico, sotto pena di nullità (**art. 782 c.c.**). Se si tratta di donazione di modico valore che ha per oggetto un bene mobile, l'atto pubblico non è necessario, ma occorre la consegna della cosa, a conferma del carattere serio e definitivo della volontà di donare. La modicità del valore deve essere valutata anche in relazione alle condizioni economiche del donante (**art. 783 c.c.**).

La legge dichiara nulle le donazioni di beni futuri (**art. 771 c.c.**).

In considerazione del carattere della donazione, è nullo il mandato con cui si attribuisca ad altri la facoltà di designare la persona del donatario o di determinare l'oggetto della donazione.

Come in tutti gli atti a titolo gratuito, la responsabilità per inadempimento è valutata secondo criteri meno rigorosi. Il donante che non esegua la donazione, o l'esegua con ritardo, è responsabile solo per dolo o per colpa grave (**art. 789 c.c.**). Alla garanzia per evizione egli è tenuto solo nei casi seguenti:

- Se ha espressamente promesso la garanzia
- Se l'evizione dipende dal dolo o dal fatto personal di lui
- Se si tratta di donazione che impone oneri al donatario, o di donazione remuneratoria, nei quali casi la garanzia è dovuta fino alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante (**art. 797 c.c.**).

La garanzia per vizi della cosa donata è dovuta solo se è stata promessa espressamente o se il donante è stato in dolo (**art. 798 c.c.**).

La nullità della donazione, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere dagli eredi o aventi causa dal donante che, conoscendo la causa della nullità, dopo la morte di lui abbiano confermato la donazione o vi abbiano dato volontaria esecuzione (**art. 799 c.c.**).

La donazione può essere revocata per ingratitudine del donatario o per sopravvenienza di figli.

Sono irrevocabili le donazioni remuneratorie e quelle fatte in riguardo di un determinato matrimonio (**art. 805 c.c.**).

Le donazioni indirette

Un'attribuzione patrimoniale dettata da spirito di liberalità può essere realizzata anche indirettamente, per mezzo di un contratto che non abbia lo schema della donazione (*donazione indiretta*). Si può trattare di un contratto a favore di terzi, oppure di un contratto di scambio, nel quale il valore della prestazione di una parte superi notevolmente il valore della controprestazione, e l'eccedenza sia considerata da entrambe le parti come

una liberalità (*vendita mista a donazione*).

Questi negozi non richiedono le forme stabilite per la donazione. Trovano, invece, applicazione le disposizioni di carattere sostanziale: riduzione per integrare la quota dovuta ai legittimari, revocazione per ingratitudine o sopravvenienza di figli, collazione.

La donazione modale

Alla donazione può essere apposto un onere: una clausola accessoria, cioè, che limita l'arricchimento del donatario imponendogli un obbligo.

Se l'onere è posto in favore di un terzo determinato, costui acquista un diritto, secondo le regole generali sul contratto a favore del terzo (**artt. 1411 ss. c.c.**).

L'onere differisce dalla controprestazione perché non rappresenta un corrispettivo dell'attribuzione ricevuta dal donatario, bensì una limitazione, una diminuzione del valore di questa.

Può darsi, però, che le spese necessarie per l'adempimento dell'onere si rivelino superiori al valore della cosa donata. In tal caso il donatario è tenuto all'adempimento dell'onere solo entro i limiti del valore di ciò che ha ricevuto (**art. 793 c.c.**).

Per l'adempimento dell'onere può agire, oltre al donante, qualsiasi interessato. Per l'inadempimento può essere pronunciata anche la risoluzione, ma solo se questa è prevista nell'atto di donazione; il diritto di chiederla spetta solo al donante e ai suoi eredi.

L'onere illecito o impossibile non rende nulla la donazione, ma si considera non apposto, salvo che risulti esserne stato il solo motivo determinante (**art. 794 c.c.**).

Capitolo 44 - CONTRATTI DI UTILIZZAZIONE DI COSE

La locazione

La locazione è un contratto "TIPICO" col quale una parte si obbliga a far godere all'altra una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo (**art. 1571 c.c.**).

Il contratto di locazione non richiede, di regola, una forma particolare; occorre però l'atto scritto per la validità della locazione di un immobile per più di nove anni (**art. 1350 c.c.**).

Le principali obbligazioni del locatore sono (**art. 1587 c.c.**):

- Consegnare al conduttore la cosa locata, in buono stato di manutenzione
- Mantenerla in stato da servire all'uso convenuto
- Garantirne il pacifico godimento durante la locazione

La legge consente al conduttore di agire contro i terzi in nome proprio per ottenere la cessazione delle molestie e il risarcimento del danno. Se poi il terzo che arreca le molestie le giustifica con la pretesa di avere diritti sulla cosa, il conduttore ha diritto di essere garantito dal locatore. Il conduttore può esercitare l'azione di reintegrazione qualora venga spogliato della cosa in modo violento o clandestino (**art. 1168 c.c.**).

Se la cosa viene alienata ad un terzo, questi è tenuto a rispettare la locazione, purché abbia data certa anteriore al suo acquisto, ovvero il conduttore avesse già la detenzione della cosa, nel quale ultimo caso, però, egli è tenuto a rispettare la locazione solo per una durata corrispondente a quella stabilita per le locazioni a tempo indeterminato (**art. 1599 c.c.**).

La locazione per un tempo determinato dalle parti cessa alla scadenza del termine, senza che sia necessaria la disdetta. La locazione si ha per tacitamente rinnovata se, scaduto il termine, il conduttore rimane ed è lasciato nella conduzione della cosa.

La locazione a tempo indeterminato cessa per effetto della disdetta, cioè della dichiarazione di recesso di una delle parti, comunicata all'altra parte con il dovuto preavviso.

Locazione di immobili urbani

Le locazioni di immobili urbani sono disciplinate da leggi speciali, rivolte a proteggere il conduttore, assicurando al rapporto una certa stabilità e tutelando l'avviamento commerciale dell'impresa esercitata nell'immobile locato.

Per gli immobili utilizzati come abitazione la legge dispone, come regola generale, che il contratto ha una durata non inferiore ai quattro anni, decorsi i quali esso è rinnovato per un periodo ulteriore di quattro anni, fatti salvi i casi nei quali è consentito al locatore di dare disdetta fin da questa prima scadenza.

Il locatore può dare disdetta alla prima scadenza anche quando intenda vendere l'immobile a terzi e non abbia la proprietà di altri immobili ad uso abitativo oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione; in tal caso al conduttore è riconosciuto un diritto di prelazione nell'acquisto.

Le regole circa la durata minima della locazione sono poste a protezione del conduttore, per assicurargli una

certa stabilità del rapporto. Esse sono derogabili in suo favore, mediante una clausola che gli attribuisca la facoltà di recedere dal contratto in qualsiasi momento.

Pur in mancanza di questa clausola il conduttore può sempre recedere dal contratto per gravi motivi.

La disciplina circa la durata minima non è applicabile ad alcuni rapporti di locazione specificati dalla legge: si tratta, in particolare, degli alloggi locato esclusivamente per finalità turistiche.

Il recesso, sia del conduttore, che del locatore, deve essere comunicato con un preavviso di sei mesi; in mancanza, il contratto è rinnovato tacitamente alle medesime condizioni.

Per la validità del canone pattuito fra le parti è richiesta la forma scritta. Ove questa non sia adottata, ma il rapporto sia instaurato di fatto, la misura del canone è determinata dal giudice in misura non superiore a quella di contratti-tipo definiti mediante gli accordi in sede locale.

Il contratto può essere risolto per inadempimento. Secondo il principio generale occorre che questo non sia di scarsa importanza (**art. 1455 c.c.**) e la legge speciale precisa i limiti oltre i quali l'inadempimento o il ritardo del conduttore può considerarsi abbastanza grave da giustificare la risoluzione.

In caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi, ed i familiari conviventi, nonché il convivente more-uxorio.

Per gli immobili urbani adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, la durata della locazione non può essere inferiore, di regola, a sei anni.

Il conduttore può recedere in qualsiasi momento dal contratto, qualora ricorrano gravi motivi; dovrà, però, dare un preavviso di almeno sei mesi.

La locazione si rinnova tacitamente ad ogni scadenza per un uguale periodo, se nessuna delle parti comunica all'altra disdetta nel termine fissato dalla legge.

Alla prima scadenza del contratto il locatore può esercitare la facoltà di diniego della rinnovazione solo qualora intenda adibire l'immobile ad abitazione propria o del coniuge o dei parenti entro il secondo grado in linea retta, oppure intenda adibirlo all'esercizio di un'attività produttiva propria, del coniuge o dei parenti anzidetti, o infine qualora intenda demolirlo per ricostruirlo, ovvero procedere alla sua integrale ristrutturazione o completo restauro.

In caso di morte del conduttore gli succedono nel contratto coloro che, per successione o per contratto di data certa anteriore all'apertura della successione, hanno diritto di continuarne l'attività.

Il collegamento fra il rapporto di locazione e l'attività produttiva esercitata nell'immobile si manifesta anche nella regola secondo la quale, nel caso di cessione o affitto dell'azienda, il conduttore può cedere insieme con questa il contratto, o sublocare l'immobile, anche senza il consenso del locatore. Questi potrà però opporsi per gravi motivi.

L'affitto

Secondo quanto previsto dall'**art. 1651 c.c.** l'affitto è il contratto con il quale una parte, verso un determinato corrispettivo, si obbliga per un determinato tempo a far godere all'altra una cosa produttiva mobile o immobile, affinché ne tragga e ne faccia propri i frutti in conformità alla destinazione economica della cosa stessa.

Il locatore deve consegnare la cosa, con i suoi accessori e le sue pertinenze, in stato da servire all'uso a cui è destinata (**art. 1617 c.c.**). L'affittuario deve curarne la gestione in conformità della sua destinazione economica e dell'interesse della produzione, e può prendere le iniziative atte a produrre un aumento di reddito della cosa, purché esse non importino obblighi per il locatore, non gli arrechino pregiudizio, e siano conformi all'interesse della produzione.

Il rapporto si estingue per la scadenza del termine o, nei contratti a tempo indeterminato, per recesso, comunicato con il dovuto preavviso. Si estingue anche per incapacità o insolvenza dell'affittuario, salvo che al locatore sia prestata idonea garanzia. Nel caso di morte dell'affittuario, il locatore e gli eredi dell'affittuario possono recedere dal contratto.

Norme particolari valgono per i contratti di affitto di fondi rustici.

Il comodato

È il contratto col quale una parte (*comodante*) consegna all'altra (*comodatario*) una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta: il comodato è gratuito (**art. 1803 c.c.**).

Il comodatario deve custodire e conservare la cosa con diligenza; non può servirsene per un uso diverso da quello determinato dal contratto o dalla natura della cosa, né può concederne il godimento a un terzo senza il consenso del comodante.

Il comodatario deve restituire la cosa quando se ne è servito, o alla scadenza del termine convenuto. Se non è stato convenuto un termine, né questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario deve restituirla non appena il comodante la richieda.

Capitolo 45 - CONTRATTI DI PRESTAZIONE D'OPERA

L'appalto

L'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro (**art. 1655 c.c.**).

Essenziale è che l'appaltatore si assuma in proprio la gestione dell'attività produttiva: che sia cioè un imprenditore (**art. 2082 c.c.**). Egli agisce, perciò, a proprio rischio.

L'opera o il servizio può essere eseguito anche da un artigiano o da altro piccolo imprenditore (**art. 2083 c.c.**), o da un lavoratore manuale autonomo. In tal caso si parla di *contratto d'opera*, ma il regime giuridico applicabile è analogo a quello del contratto d'appalto.

Non è facile distinguere l'appalto dalla compravendita di una cosa futura che debba essere fabbricata dal venditore. Si tratterà d'appalto se la fabbricazione è intrapresa su specifica richiesta del committente; si tratterà di vendita di cosa futura quando la cosa da fabbricarsi rientri nell'ordinaria produzione di serie del venditore.

L'esecuzione dell'opera o del servizio non può essere data in subappalto senza l'autorizzazione del committente (**art. 1656 c.c.**). La morte dell'appaltatore non scioglie necessariamente il contratto; ma il committente può recedere dal contratto se gli eredi dell'appaltatore non danno affidamento per la buona esecuzione dell'opera o del servizio (**art. 1674 c.c.**).

Durante l'esecuzione dell'opera il committente ha il diritto di controllare lo svolgimento dei lavori (**art. 1662 c.c.**). Inoltre egli può apportare variazioni al progetto (**art. 1661 c.c.**).

Il committente può recedere dal contratto purché tanga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

Quando l'opera è compiuta il committente ha il diritto di verificarla prima di riceverne la consegna (**art. 1665 c.c.**).

L'appaltatore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera. Il committente può chiedere la risoluzione del contratto se le difformità o i vizi sono tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione (**art. 1668 c.c.**); altrimenti può chiedere che i difetti siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito. Questi rimedi sono concessi anche quando i difetti dell'opera siano incolpevoli; la responsabilità per i danni, invece, presuppone la colpa dell'appaltatore (**art. 1668 c.c.**).

L'azione per la garanzia è assoggettata a una prescrizione breve. Occorre inoltre che i difetti siano stati denunciati all'appaltatore entro un breve termine di decadenza, salvo che l'appaltatore abbia riconosciuto le difformità o i vizi, o li abbia occultati (**art. 1667 c.c.**).

Il contratto di trasporto

Col contratto di trasporto il vettore si obbliga a trasferire persone o cose da un luogo a un altro (**art. 1678 c.c.**).

Nel trasporto di persone il vettore risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio e della perdita o dell'avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

Nel trasporto di cose i soggetti del contratto sono: il *mittente*, che affida le cose per il trasporto, e il *vettore*, che si obbliga ad eseguire il trasporto. Se le cose devono essere consegnate a un *destinatario* diverso dal mittente, il contratto ha la struttura di contratto a favore di terzi.

Il mittente può sospendere il trasporto e chiedere la restituzione delle cose, ovvero ordinare la consegna a un destinatario diverso da quello originariamente indicato, o anche disporre diversamente, salvo l'obbligo di rimborsare al vettore le spese e di risarcirgli i danni derivanti dal contrordine (**art. 1685 c.c.**).

Per la perdita e l'avaria delle cose consegnate per il trasporto il vettore è assoggettato a una responsabilità oggettiva, di tipo assicurativo.

Il deposito

Il deposito è il contratto con il quale una parte (*depositario*) riceve dall'altra (*depositante*) una cosa mobile, con l'obbligo di custodirla e di restituirla in natura (**art. 1766 c.c.**).

Il deposito è possibile solo per cose mobili.

Il deposito può essere gratuito o oneroso. Nel silenzio delle parti, e se non risulta diversamente dalle circostanze, si presume gratuito (**art. 1767 c.c.**).

Il depositario non può servirsi della cosa affidatagli e deve custodirla con la diligenza del buon padre di famiglia; ma se il deposito è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore (**art. 1768 c.c.**). Il deposito è fatto nell'interesse del depositante, perciò questi può richiedere in ogni momento la restituzione della cosa.

Il deposito irregolare

Se il deposito ha per oggetto danaro o altre cose fungibili, con facoltà per il depositario di servirsene, questi ne acquista la proprietà ed è tenuto a restituirne altrettante della stessa specie e quantità (**art. 1782 c.c.**).

Il deposito in albergo

La legge impone all'albergatore una responsabilità oggettiva per ogni deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate dal cliente in albergo. La responsabilità dell'albergatore è illimitata se il danno è imputabile a colpa sua, sei membri della sua famiglia o dei suoi ausiliari; inoltre quando le cose gli siano state consegnate in custodia, oppure quando si tratti di danaro contante, valori o oggetti preziosi che egli abbia rifiutato di ricevere in custodia senza giusti motivi.

È nullo ogni patto che tenda ad escludere o diminuire la responsabilità dell'albergatore.

Il deposito nei magazzini generali

I magazzini generali sono imprese che provvedono alla custodia e alla conservazione di merci e derrate, con la facoltà di rilasciare, ai depositanti che ne facciano richiesta, titoli di credito rappresentativi delle merci depositate: fedi di deposito e note di pegno.

Il sequestro convenzionale

È il contratto con il quale due o più persone affidano a un terzo (*sequestratario*) una o più cose, rispetto alle quali sia nata tra esse controversia, perché le custodisca e le restituisca a quella a cui spetteranno quando la controversia sarà definita (**art. 1798 c.c.**). Gli obblighi, i diritti e i poteri del sequestratario sono determinati dalle parti. In mancanza, si applicano le norme sul deposito ed eventualmente quelle sul mandato.

Il sequestratario ha diritto a compenso, se non è stabilito diversamente (**art. 1802 c.c.**).

Capitolo 46 - CONTRATTI DI COOPERAZIONE NELL'ATTIVITÀ GIURIDICA ALTRUI

Il mandato

Il mandato è un altro contratto "TIPICO" con il quale una parte (*mandatario*) si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra (*mandante*) (**art. 1703 c.c.**).

L'attività svolta dal mandatario consiste essenzialmente nella stipulazione di negozi giuridici.

Il mandato può essere conferito con o senza rappresentanza.

Se il mandatario ha la rappresentanza, gli effetti dei negozi giuridici da lui stipulati in nome del mandante si producono direttamente in capo a quest'ultimo.

Se il mandatario non ha la rappresentanza, deve agire in nome proprio: in tal caso acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi; egli dovrà poi trasmettere al mandante gli acquisti fatti e le somme ottenute, mentre il mandante dovrà rimborsargli le spese e somministrargli i mezzi necessari per l'adempimento delle obbligazioni assunte verso i terzi.

Il mandato si perfeziona con l'accordo delle parti, e non è necessario, di regola, che questo sia manifestato in una forma particolare.

Occorre la forma scritta se il mandato ha per oggetto il trasferimento di beni immobili o, più in generale, la conclusione di un negozio per il quale sia richiesta la forma scritta *ad substantiam*.

L'obbligo fondamentale del mandatario è quello di eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia (**art. 1710 c.c.**). Il mandante deve somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato, rimborsargli le spese e pagargli il compenso (**artt. 1719, 1720 c.c.**).

Il rapporto di mandato ha carattere personale perché è fondato sulla fiducia. Si estingue per la morte, l'interdizione o l'inabilitazione del mandante o del mandatario (**art. 1722 c.c.**). È revocabile dal mandante. Il mandatosi estingue anche per rinuncia da parte del mandatario.

Se il mandato è a tempo indeterminato tanto il mandante che il mandatario possono liberamente recedere in qualsiasi momento; devono però dare un congruo preavviso.

La commissione

Il contratto di commissione è un mandato che ha per oggetto l'acquisto o la vendita di beni per conto del

committente e in nome del commissionario (**art. 1731 c.c.**). Al commissionario spetta una provvigione calcolata come percentuale sul prezzo di acquisto o di vendita.

Il commissionario non si assume i rischi economici che vengono sopportati da chi acquista e rivende per conto proprio.

La spedizione

Il contratto di spedizione è un mandato col quale lo spedizioniere assume l'obbligo di concludere, in nome proprio e per conto del mandante, un contratto di trasporto e di compiere le operazioni accessorie (**art. 1737 c.c.**).

L'agenzia

Col contratto d'agenzia una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere per conto dell'altra la conclusione di contratti in una zona determinata (**art. 1742 c.c.**). Quest'attività è retribuita con una provvigione sugli affari procurati dall'agente.

L'agente organizza la propria attività in modo autonomo e a proprio rischio.

Le parti del contratto di agenzia sono reciprocamente vincolate all'esclusiva: il preponente non può valersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona e per lo stesso ramo d'attività, né l'agente può assumere l'incarico di trattare nella stessa zona e per lo stesso ramo gli affari di più imprese in concorrenza fra loro (**art. 1743 c.c.**).

Il contratto di agenzia può essere a termine, oppure a tempo indeterminato: in quest'ultimo caso ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dandone preavviso all'altra nel tempo stabilito, che non può essere inferiore alla misura minima stabilita dalla legge (**art. 1750 c.c.**).

La mediazione

È mediatore 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 (**art. 1754 c.c.**).

Il mediatore si limita a mettere le parti in relazione fra loro e cerca di facilitare la conclusione dell'affare. Inoltre il mediatore non è impegnato ad adoperarsi per procurare l'affare: dal contratto di mediazione nasce solo un obbligo del cliente di pagare al mediatore la provvigione se l'affare viene concluso per effetto del suo intervento.

Chi ha manifestato di volersi valere dell'opera del mediatore, e successivamente conclude l'affare segnalatogli, è tenuto al pagamento della provvigione anche se questa non è stata espressamente pattuita. L'obbligo di pagare la provvigione grava normalmente su entrambe le parti contraenti; tuttavia è possibile stabilire che la provvigione sia dovuta da una sola parte.

L'attività di mediazione è riservata a coloro che siano iscritti negli appositi ruoli tenuti presso la Pubblica Amministrazione.

In mancanza dell'iscrizione, il mediatore non ha diritto al compenso ed è obbligato a restituire quanto abbia eventualmente ricevuto a questo titolo.

Capitolo 47 - CONTRATTI DI CREDITO E BANCARI

Il mutuo

Il mutuo è il contratto con il quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità (**art. 1813 c.c.**).

Le cose stesse passano in proprietà del mutuatario (**art. 1814 c.c.**). Il mutuo si presume oneroso. Il corrispettivo è costituito dal pagamento degli interessi (**art. 1815 c.c.**). Se le parti non ne hanno determinato la misura, sono dovuti gli interessi legali. Gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto (**art. 1284 c.c.**).

Non è consentito, di regola, pattuire che gli interessi possano a loro volta produrre interessi (*anatocismo*). Sono vietati gli interessi usurari. Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non è dovuto alcun interesse (**art. 1815 c.c.**). Se il mutuatario non adempie l'obbligo del pagamento degli interessi, il mutuante può chiedere la risoluzione del contratto, al fine di ottenere subito la restituzione (**art. 1820 c.c.**).

La fideiussione

È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui (**art. 1936 c.c.**).

La volontà di prestare fideiussione deve essere espressa (**art. 1937 c.c.**).

Il contratto di fideiussione interviene fra il creditore e il fideiussore: il debitore principale vi resta estraneo.

Se manca l'obbligazione garantita la fideiussione è priva di causa. Perciò la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore principale: l'invalidità dell'obbligazione principale si riflette normalmente sulla fideiussione; l'estinzione dell'obbligazione principale estingue la fideiussione.

La fideiussione può garantire il credito per l'intero, oppure solo in parte.

Fideiussore e debitore principale sono obbligati in solido; il creditore può chiedere il pagamento all'uno o all'altro, senza alcun obbligo di rivolgersi prima al debitore principale, salvo che si sia convenuto diversamente (**art. 1944 c.c.**).

Il fideiussore che ha pagato è surrogato nei diritti del creditore verso il debitore principale.

L'anticresi

L'anticresi è il contratto col quale il debitore o un terzo si obbliga a consegnare un immobile al creditore a garanzia del credito, affinché il creditore ne percepisca i frutti imputandoli agli interessi, se dovuti, e quindi al capitale (**art. 1960 c.c.**).

Il conto corrente

Se due persone sono in rapporto costante di affari, dai quali nascono sempre nuovi crediti reciproci, possono obbligarsi ad annotare in conto tali crediti, considerandoli inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto. Il saldo del conto è esigibile alla scadenza stabilita.

Il contratto di conto corrente si intende rinnovato a tempo indeterminato (**art. 1823 c.c.**). La chiusura del conto con la liquidazione del saldo è fatta alle scadenze stabilite dal contratto o dagli usi e, in mancanza, al termine di ogni semestre, computabile dalla data del contratto (**art. 1831 c.c.**).

Periodicamente un correntista trasmette all'altro un estratto del conto.

Se il contratto è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto a ogni chiusura del conto, dandone preavviso.

Depositi bancari di danaro

Nel deposito di una somma di danaro presso una banca, questa ne acquista la proprietà ed è obbligata a restituirla, nella stessa specie monetaria, alla scadenza del termine convenuto, ovvero a richiesta del depositante, con l'osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi (**art. 1834 c.c.**). Si tratta di un deposito irregolare.

Deposito di titoli in amministrazione

La banca che assume il deposito di titoli in amministrazione deve custodirli, esigerne gli interessi o i dividendi, verificare i sorteggi per l'attribuzione di premi o il rimborso del capitale, curare le riscossioni per conto del depositante e, in generale, provvedere alla tutela dei diritti inerenti ai titoli. Le somme riscosse devono essere accreditate al depositante (**art. 1838 c.c.**).

Servizio bancario delle cassette di sicurezza

Le cassette di sicurezza sono piccole casseforti custodite dalle banche in appositi locali, spesso blindati. La banca mette la cassetta a disposizione del cliente, il quale vi può chiudere ciò che vuole. La banca non conosce il contenuto della cassetta, né può aprirla.

La banca risponde per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, salvo il caso fortuito (**art. 1839 c.c.**): si tratta dunque di una responsabilità oggettiva per rischio d'impresa.

Apertura di credito

È il contratto con il quale la banca si obbliga a concedere credito al cliente, secondo le sue richieste, entro il limite massimo di una certa somma di danaro. L'impegno può valere per un dato periodo di tempo, oppure a tempo indeterminato (**art. 1842 c.c.**).

Se il rapporto è a tempo indeterminato, ciascuna parte può recedere in qualsiasi momento, dando però il necessario preavviso. Nel rapporto a tempo determinato la banca non può recedere prima della scadenza se non per giusta causa.

Anticipazione bancaria

La banca fa una sovvenzione al cliente, garantita da pegno di titoli o di merci (**art. 1846 c.c.**).

Sconto bancario

Lo sconto è il contratto con il quale la banca, previa deduzione dell'interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto, facendosi cedere il credito stesso (**art. 1858 c.c.**).

Il compenso per la banca consiste negli interessi, calcolati per il tempo che resta a decorrere dal giorno

dell'operazione a quello della scadenza.

Operazioni bancarie in conto corrente

Alcune delle operazioni accennate sopra possono essere regolate in conto corrente. In tal caso il correntista può disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito, salva l'osservanza del termine di preavviso eventualmente pattuito (art. 1852 c.c.).

Capitolo 48 - CONTRATTI ALEATORI

La rendita vitalizia

La rendita vitalizia è la prestazione periodica di una somma di danaro o di una certa quantità di altre cose fungibili per la durata della vita del beneficiario o di un'altra persona.

Se l'impegno è assunto a titolo oneroso, il contratto è aleatorio, perché una parte acquista un bene o un capitale contro l'impegno di eseguire una prestazione la cui onerosità è inizialmente incerta, essendo incerta la durata della vita umana. La rendita vitalizia può essere costituita anche a favore di un terzo.

Le assicurazioni

L'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro (*assicurazione contro i danni*), ovvero a pagare una capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana (*assicurazione sulla vita*) (art. 1882 c.c.).

È un contratto a prestazioni corrispettive, perché al pagamento del premio da parte dell'assicurato corrisponde l'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore, obbligato a pagare una somma di danaro al verificarsi del sinistro o dell'evento attinente alla vita umana. È un contratto di durata, perché la sopportazione del rischio da parte dell'assicuratore dura nel tempo.

Il contratto è aleatorio, perché il rapporto di valore fra i premi che saranno complessivamente pagati dall'assicurato e quanto dovrà venire eventualmente pagato dall'assicuratore è inizialmente incerto.

L'alea caratterizza il singolo contratto di assicurazione, del quale costituisce elemento essenziale. Se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto, questo è nullo per mancanza di causa (art. 1895 c.c.). Se il rischio cessa di esistere dopo la conclusione del contratto stesso, il contratto si scioglie (art. 1896 c.c.).

La diminuzione o l'aggravamento del rischio possono giustificare lo scioglimento del contratto o una modificazione delle condizioni contrattuali, tale da ristabilire l'equilibrio fra premi e garanzia assicurativa (artt. 1897, 1898 c.c.).

Il contratto di assicurazione deve essere provato per iscritto. L'assicuratore è obbligato a rilasciare al contraente la polizza di assicurazione o altro documento da lui sottoscritto (art. 1888 c.c.).

Assicuratore può essere solo un istituto di diritto pubblico, una società per azioni o una mutua assicuratrice, operanti sotto la vigilanza dello Stato.

Le assicurazioni contro i danni

L'assicurazione contro i danni copre, nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, il danno sofferto dall'assicurato in conseguenza di un sinistro che rientri nel rischio contrattualmente definito.

La legge richiede un interesse dell'assicurato al risarcimento del danno. Sarebbe nullo il contratto di assicurazione per un bene altrui la cui perdita o il cui deterioramento non possa avere ripercussioni sul patrimonio dell'assicurato (art. 1904 c.c.).

L'indennizzo dovuto dall'assicuratore non può mai superare il danno sofferto dall'assicurato (*principio indennitario*).

L'assicurazione contro la responsabilità civile

È un tipo particolare di assicurazione contro i danni: l'assicuratore si impegna a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, debba pagare a un terzo in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti dal fatto doloso proprio dell'assicurato (art. 1917 c.c.). Sono compresi i danni derivanti dal fatto doloso altrui, del quale l'assicurato debba rispondere per colpa nella sorveglianza o a titolo di responsabilità oggettiva.

Beneficiario dell'assicurazione è solo l'assicurato. Il terzo danneggiato non può agire direttamente contro l'assicuratore, ma solo contro il responsabile del fatto dannoso, il quale a sua volta ha diritto ad essere tenuto indenne dall'assicuratore (art. 1917 c.c.). Ma nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione delle automobili, dei veicoli a motore e delle imbarcazioni a motore, il terzo

danneggiato ha azione diretta contro l'assicuratore, né può sentirsi opporre dall'assicuratore eccezioni derivanti dal contratto.

Le assicurazioni sulla vita

Con il contratto di assicurazione sulla vita, l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana.

Si distinguono: assicurazioni per il caso di vita, assicurazioni per il caso di morte, assicurazioni miste.

Le *assicurazioni per il caso di vita* comprendono: l'assicurazione di un capitale differito, nella quale l'assicurato ottiene il pagamento di un determinato capitale dopo un numero prefissato di anni, alla condizione che sia ancora in vita; l'assicurazione di una rendita vitalizia immediata, in cui l'assicuratore, contro il pagamento di un premio unico immediato, si impegna a pagare una rendita vitalizia a partire dalla conclusione del contratto; l'assicurazione di una rendita vitalizia differita, in cui l'assicuratore, contro il pagamento di un premio unico, oppure di premi annuali per un certo numero di anni, si impegna a pagare al beneficiario una rendita vitalizia a partire da un certo termine iniziale.

Fra le *assicurazioni per il caso di morte* vanno segnalate l'assicurazione a vita intera e l'assicurazione temporanea. Nella prima l'assicuratore si impegna a pagare una somma alla morte di una persona, in qualunque momento essa avvenga, contro il pagamento di un premio annuo vitalizio o temporaneo. Nell'assicurazione temporanea, invece, la prestazione dell'assicuratore è dovuta solo se la morte interviene prima di un certo termine.

Nell'*assicurazione mista* l'assicuratore dovrà pagare un capitale all'assicurato stesso quando raggiungerà una determinata età, oppure ai superstiti beneficiari della polizza, se l'assicurato morirà prima.

L'assicurazione può essere stipulata non solo sulla vita propria ma anche sulla vita di un terzo. La legge non richiede la dimostrazione dell'interesse come requisito di validità di questo tipo di assicurazione. Si richiede invece il consenso del terzo come requisito di validità dell'assicurazione contratta per il caso della sua morte.

L'assicurazione sulla vita può essere stipulata a favore di un terzo.

Per effetto della designazione il terzo beneficiario acquista un diritto proprio nei confronti dell'assicuratore (**art. 1920 c.c.**).

Gioco e scommessa

Il vincitore di un gioco o di una scommessa non ha azione in giudizio per ottenere la condanna del perdente a pagare la posta convenuta: manca un interesse generale che giustifichi la tutela giuridica. Il perdente tuttavia non può pretendere la restituzione di quanto abbia spontaneamente pagato dopo l'esito di un gioco o di una scommessa in cui non vi sia stata alcuna frode, a meno che il perdente stesso sia un incapace (**art. 1933 c.c.**).

L'azione in giudizio è però ammessa per il pagamento dei debiti di gioco su competizioni sportive e dei debiti derivanti da lotterie autorizzate.

Capitolo 49 - CONTRATTI DIRETTI A DIRIMERE CONTROVERSIE

La transazione

La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro (**art. 1965 c.c.**).

Presupposto della transazione è dunque l'esistenza di una lite, cioè di un conflitto di pretese.

La transazione può essere annullata nel caso limite che una delle parti fosse consapevole della temerarietà della sua pretesa (**art. 1971 c.c.**).

Occorre che ciascuna parte consegua vantaggi minori di quelli cui pretendeva di aver diritto e maggiori di quelli che l'altra parte si mostrava disposta a riconoscerle.

Non ogni lite può essere definita con una transazione. Non si può transigere su diritti indisponibili, come quelli attinenti allo stato e alla capacità delle persone o ai rapporti di famiglia. Né è possibile transigere su un contratto illecito, perché l'illiceità di questo si rifletterebbe sulla transazione stessa.

La transazione deve essere provata per iscritto.

La cessione dei beni ai creditori

La cessione dei beni ai creditori è il contratto col quale il debitore incarica i suoi creditori alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti (**art. 1977 c.c.**).

Ai creditori non è ceduta la proprietà dei beni, ma è solo attribuito il potere di venderli per soddisfarsi con il ricavato.

Il debitore non può disporre dei beni ceduti, ma ha diritto di controllare l'operato dei creditori cessionari.

Venduti i beni, i creditori devono ripartire tra loro le somme ricavate in proporzione dei rispettivi crediti, salve le cause di prelazione. Il residuo spetta al debitore.

Il debitore è liberato verso i creditori solo nei limiti di quanto hanno effettivamente conseguito (**art. 1984 c.c.**). Il contratto non è revocabile unilateralmente dal debitore. Ma il debitore può recederne offrendo ai creditori cessionari il pagamento del capitale e degli interessi: in tal caso, infatti, la liquidazione dei beni non avrebbe più scopo.

Capitolo 50 - LA DIVISIONE

La divisione

Con il contratto di divisione i partecipanti a una comunione la sciolgono, attribuendo a ciascuno, in luogo del diritto di quota, un diritto esclusivo di valore corrispondente.

Presupposto della divisione è dunque l'esistenza di uno stato di comunione: se questo non esiste il contratto di divisione è nullo per mancanza di causa.

Se sono stati omessi uno o più beni, la divisione non è invalida, e si procede a un *supplemento di divisione* (**art. 762 c.c.**).

Se uno dei condividenti è stato leso in misura superiore a un quarto, può chiedere la *rescissione della divisione* (**art. 763 c.c.**).

L'errore non è causa di *annullamento* della divisione; se esso ha determinato l'omissione di beni, oppure la lesione di un condividente oltre la misura del quarto, si applicano i rimedi ora accennati. La divisione può invece essere annullata per violenza o dolo (**art. 761 c.c.**).

I condividenti si devono reciproca garanzia per l'evizione.

SEZIONE DECIMA

I DIRITTI REALI E IL POSSESSO

Capitolo 51 - LA PROPRIETÀ

La proprietà nel Codice Civile e nella Costituzione

Il codice civile vigente attribuisce al proprietario il *diritto di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico* (**art. 832 c.c.**).

Il riconoscimento costituzionale della proprietà privata significa in primo luogo che è ammessa una proprietà privata non solo di beni personali, ma anche di beni economici. Questa proprietà è ammessa accanto a quella dello Stato e degli enti pubblici (**art. 42 Cost.**).

La Costituzione riserva alla legge ordinaria il compito di determinarne: a) i modi d'acquisto; b) il godimento; c) i limiti.

Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici

Vi sono alcune specie di beni per le quali la legge non ammette l'appropriazione privata. Sono: il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi, le altre acque superficiali e sotterranee, i terreni abbandonati dai fiumi, dai torrenti e dal mare; le isole che si formano nel letto dei fiumi o torrenti; le opere destinate alla difesa nazionale. Questi beni appartengono necessariamente allo Stato e fanno parte del *demanio pubblico*: sono perciò inalienabili e non possono venire acquistati da privati neppure per effetto del possesso protratto nel tempo.

Il demanio è costituito prevalentemente da beni destinati all'uso pubblico. Ciò non esclude che particolari utilizzazioni di beni demaniali posano essere date in concessione ai privati.

Gli altri beni appartenenti allo Stato e agli enti pubblici territoriali sono detti patrimoniali. Alcuni sono vincolati a una particolare destinazione, la quale può consistere in un servizio pubblico o in altra finalità di interesse generale, e a tale destinazione non possono essere sottratti se non con particolari procedure: essi costituiscono il *patrimonio indisponibile* dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali.

Restano i beni che, pur appartenendo allo Stato, Regioni, Province, Comuni, sono semplicemente destinati a dare un reddito: essi costituiscono il *patrimonio disponibile* degli enti ai quali appartengono. Essi sono alienabili e assoggettati alle regole del diritto privato, salve alcune particolarità stabilite da leggi speciali (**art. 828 c.c.**).

Limiti e obblighi nella conformazione del diritto di proprietà privata

Alcuni beni non possono essere oggetto di proprietà privata, ma appartengono necessariamente al demanio pubblico o al patrimonio indisponibile dello Stato.

Fra i *limiti alla facoltà di godimento* del proprietario hanno particolare importanza i vincoli urbanistici, che determinano le caratteristiche dell'attività edilizia quanto a distanze, altezze, volumi, tipi architettonici e funzioni degli edifici, e che possono destinare determinate aree a verde, vietando in modo assoluto di costruire su di esse.

Quanto ai *limiti alla facoltà di disposizione*, possiamo ricordare che lo Stato ha un diritto di prelazione, a parità di condizioni, sulle cose di interesse artistico o storico, siano esse mobili o immobili, nel caso che il proprietario intenda alienarle a titolo oneroso.

Talvolta la funzione sociale della proprietà esige che al proprietario vengano imposti determinati *obblighi*.

La conformazione della proprietà, mediante la delimitazione del suo contenuto e l'apposizione di obblighi, è sempre in primo luogo operata dalla legge. Vi sono però settori nei quali le varietà delle situazioni e degli interessi da comporre non consentono di esaurire il compito con la formulazione di norme generali; il legislatore ammette allora che ulteriori e più precise determinazioni siano apportate da provvedimenti amministrativi, nel rispetto del principio di legalità.

Urbanistica e tutela del paesaggio

La legge impone a tutti i Comuni di fissare le direttive dello sviluppo urbanistico mediante *piani regolatori*. Questi devono determinare le aree destinate a pubblici servizi, in una misura non inferiore a un certo minimo commisurato al numero degli abitanti. I piani regolatori devono determinare le zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano, precisando per ciascuna di esse i caratteri e i vincoli da osservare nell'edificazione.

Gli edifici abusivi, perché costruiti senza concessione edilizia, o in modo essenzialmente difforme dalla concessione stessa, non sono commerciabili e devono essere demoliti.

La proprietà agricola

In tema di proprietà agricola va ricordato innanzi tutto l'**art. 44 Cost.**, il quale dispone che *al fine di conseguire al razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la modifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostruzione delle attività produttive...*

In questo quadro si possono collocare vari *vincoli*, genericamente previsti anche nel codice civile e determinati da leggi speciali, rivolti ad assicurare il razionale sfruttamento del suolo. I proprietari di fondi agricoli possono venire riuniti obbligatoriamente in *consorzi*, i quali eseguiranno a spese comuni opere di bonifica o di difesa fluviale, o altre opere di interesse comune.

Estensione della proprietà immobiliare

La proprietà immobiliare si estende orizzontalmente nell'ambito dei propri confini. Verticalmente essa si estende fino all'altezza e alla profondità entro le quali può venire utilmente esercitata: il proprietario non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle (**art. 840 c.c.**).

Accesso al fondo

Il proprietario può impedire agli estranei di accedere al proprio fondo, che può sempre recintare (**art. 841 c.c.**). Tuttavia, egli non può impedire che vi si entri per l'esercizio della caccia, a meno che il fondo sia chiuso nei modi stabiliti dalla legge sulla caccia o vi siano colture in atto suscettibili di danno (**art. 842 c.c.**).

Rapporti di vicinato: le immissioni

I confini dei fondi non possono essere varcati da persone intruse né da intrusioni di cose materiali o di energie. La legge dispone ragionevolmente che il proprietario può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, ma solo se superano la normale tollerabilità (**art. 844 c.c.**). Al di sotto di questo limite egli la deve subire. Nel determinare il limite della normale tollerabilità si terrà conto dei caratteri della zona.

Un criterio di ottimo sociale impone di consentire l'immissione ogni volta che i danni che ne derivano alla comunità siano inferiori al danno che deriverebbe dalla proibizione dell'immissione stessa. Perciò l'**art. 844 c.c.** impone al giudice di contemperare qui le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà.

In ogni caso il giudice potrà tener conto anche della priorità di un determinato uso (**art. 844 c.c.**).

I diritti della persona umana sono preminenti e l'interesse alla conservazione dell'ambiente naturale deve ricevere adeguata considerazione anche quando non sia valutabile in termini monetari. Quando l'immissione viene consentita, i fondi che la subiscono sono gravati da una corrispondente servitù coattiva: i proprietari, che vedono così compromesso e limitato il proprio diritto, devono essere integralmente compensati con un'indennità.

Rapporti di vicinato: distanze e altre prescrizioni

Il potere del proprietario di utilizzare liberamente il proprio fondo subisce qualche limitazione, in vicinanza del confine, per le ripercussioni dannose che ne possono derivare al fondo del vicino, anche quando il confine resti materialmente inviolato.

- Si tratta di limiti all'edificazione: distanze nelle costruzioni, limiti all'altezza e al volume delle costruzioni, norme per l'igiene e l'estetica edilizia.
- Distanze minime dal confine sono imposte anche per gli alberi, i canali e i fossi, i pozzi, le cisterne, le fosse e i tubi, e per le fabbriche e i depositi nocivi e pericolosi (**art. 889 c.c.**).
- In prossimità del confine, l'esigenza del proprietario di godere di aria e di luce attraverso le finestre del proprio edificio viene in conflitto con l'esigenza del vicino di non essere esposto a sguardi indiscreti. Per le vedute o prospetti la legge impone perciò distanze minime dal confine.
- I limiti legali della proprietà hanno carattere reciproco. Possono essere modificati da accordi tra vicini, oppure in seguito ad usucapione o a destinazione del padre di famiglia.

Il divieto degli atti di emulazione

Solo in alcune ipotesi la legge consente al giudice di procedere caso per caso a una valutazione comparativa dei concreti interessi in gioco.

Il proprietario può costruire nel proprio fondo, nel rispetto dei limiti imposti dalla legge e dai regolamenti edilizi, anche se in tal modo reca danno al fondo confinante privandolo del panorama.

Né sarà possibile opporsi all'esercizio di queste facoltà, dimostrando che il danno cagionato ai terzi supera il vantaggio del proprietario.

Vi è però una situazione limite nella quale la valutazione comparativa degli interessi in conflitto può ammettersi in via generale senza gli inconvenienti ora accennati: quella in cui l'atto sia dannoso a terzi e la mancanza di interesse del proprietario sia così evidente, da far necessariamente concludere che egli non si proponga altro scopo che quello di nuocere o di recare molestia ad altri. Questo comportamento (*atto d'emulazione*) è vietato ed è fonte di responsabilità per i danni (**art. 833 c.c.**).

Modi d'acquisto della proprietà

La proprietà, come ogni altro diritto patrimoniale, si può acquistare a titolo originario o a titolo derivativo.

I modi di acquisto della proprietà a titolo *derivativo* sono il *contratto* e la *successione a causa di morte*.

I modi di acquisto a titolo *originario* sono:

- **Occupazione:** È la presa di possesso di una cosa, con l'intenzione di rendersene proprietario. Riguarda solo le cose mobili che non sono proprietà di nessuno (*res nullius*). **ECCEZIONE:** *la FAUNA SELVATICA appartiene al Patrimonio Indisponibile dello Stato, ma può essere oggetto di caccia e quindi di acquisto per occupazione della proprietà.* L'acquisto per occupazione della proprietà altrui non è ammesso. Non sono suscettibili di occupazione i beni immobili: questi, se non sono in proprietà di alcuno, spettano al patrimonio dello Stato (**art. 827 c.c.**).
- **Invenzione di cose smarrite:** Chi trova una cosa mobile deve restituirla al proprietario. Se non lo conosce, deve consegnarla senza ritardo all'ufficio degli oggetti smarriti del Comune in cui l'ha trovata; trascorso un anno senza che si presenti il proprietario, la cosa appartiene a chi l'ha trovata. Se il proprietario ottiene la cosa, direttamente dal ritrovatore presso l'ufficio degli oggetti smarriti, deve pagare al ritrovatore un premio nella misura stabilita dalla legge.
- **Ritrovamento di un tesoro:** Tesoro è qualunque cosa mobile di pregio, nascosta o sotterrata, di cui nessuno può provare di essere proprietario. Il tesoro appartiene al proprietario del fondo in cui si trova. Se il tesoro è trovato nel fondo altrui, purché sia stato scoperto per solo effetto del caso, spetta per metà al proprietario del fondo e per metà al ritrovatore (**art. 932 c.c.**). Ma se si tratta di un oggetto di interesse storico, archeologico, paleontologico o artistico, esso appartiene allo Stato che a sua volta deve pagare un premio al proprietario del fondo ed al ritrovatore.
- **Accessione:** Questo modo di acquisto riguarda ipotesi nelle quali due o più cose appartenenti a proprietari diversi vengano unite in modo tale che la separazione non possa farsi senza grave danno (*es. costruzione di un edificio su di un terreno altrui fatta con materiali propri*). Se le cose sono state unite in esecuzione di un valido accordo tra i proprietari, sarà questo stesso accordo a determinare a chi spetti la proprietà della cosa risultante. Ma l'unione può anche essere dovuta all'iniziativa di uno solo dei proprietari, ad un fatto di natura o al fatto di un terzo. In questi casi la legge non impone la separazione e tende ad evitare, se possibile, la comproprietà. *La proprietà della cosa principale fa acquistare quella della cosa accessoria.* Chi acquista in tal modo la proprietà della cosa accessoria deve pagare un'indennità in base ai principi

sull'arricchimento senza causa: e se ha agito illecitamente dovrà un pieno risarcimento di danno. L'accessione si può dunque definire come il fenomeno giuridico per il quale la proprietà di una cosa si estende alle altre cose che vi siano state incorporate o unite.

Rientrano in questo schema generale: a) **Costruzioni**, piantagioni od opere fatte sopra o sotto il suolo altrui (vedi diritto di superficie); b) **Incrementi Fluviali** come l'**AVULSIONE** (ossia il distacco di un fondo ad opera del fiume e sua unione con un fondo inferiore sulla riva opposta) o l'**ALLUVIONE** (ossia unioni di terre ed incrementi che si formano successivamente ed impercettibilmente nei fondi posti lungo le rive dei fiumi o dei torrenti): in entrambe le ipotesi il proprietario del fondo acquista anche la proprietà dell'incremento. È dovuta un'indennità solo nel caso di Avulsione, in quanto è riconoscibile un proprietario danneggiato; c) **Unione e Commistione**: sono ipotesi di accessione di cosa mobile a cosa mobile, che si verificano quando cose Mobili appartenenti a diversi proprietari sono Unite (**UNIONE**) o Mescolate (**COMMISTIONE**) in modo da formare un sol tutto tale che la separazione sarebbe praticamente impossibile (es. due metalli che sono stati fusi per ottenere una lega).

- **Specificazione**: È l'ipotesi in cui taluno abbia adoperato una materia che non gli apparteneva per formare una nuova cosa (es. la costruzione di una barca utilizzando legno altrui). La legge dà importanza al lavoro, pertanto, la proprietà della cosa spetta a chi l'ha fatta a meno che il valore del materiale utilizzato sia di gran lunga superiore a quello della mano d'opera (**art. 940 c.c.**).
- **Usucapione**: Deriva dal possesso esercitato per un certo numero di anni.

Azioni di difesa della proprietà

- **Rivendicazione**. È l'azione concessa al proprietario per recuperare la cosa da chi la possiede o detiene (**art. 948 c.c.**). grava sul proprietario l'onere di provare il proprio diritto. Al rivendicante non basta dimostrare che il convenuto non è proprietario. La proprietà del rivendicante può essere dimostrata con qualsiasi mezzo di prova.
- **Azione negatoria**. È l'azione concessa al proprietario per far dichiarare l'inesistenza di diritti affermati da altrui sulla cosa, quando ha motivo di temere pregiudizio. Se sussistono turbative o molestie, il proprietario può chiedere che se ne ordini la cessazione oltre la condanna al risarcimento del danno (**art. 949 c.c.**).
- **Azione di regolamento di confini**. Quando il confine tra due fondi è incerto, ciascuno dei proprietari può chiedere che sia stabilito giudizialmente. Ogni mezzo di prova è ammesso. In mancanza di altri elementi, il giudice si attiene al confine delineato dalle mappe catastali (**art. 950 c.c.**).
- **Azione di apposizioni di termini**. Presuppone che il confine sia certo, e tende a far apporre a spese comuni i segnali di confine quando manchino o siano diventati irriconoscibili (**art. 951 c.c.**).

Capitolo 52 - I DIRITTI REALI DI GODIMENTO

L'USUFRUTTO

Nozione e funzione dell'usufrutto

L'usufrutto è il diritto reale di usare la cosa altrui e di trarne i frutti, rispettando però la destinazione economica della cosa stessa.

Fino all'estinzione dell'usufrutto, il proprietario è privato della possibilità di usare la cosa. Il suo diritto, così compresso, prende il nome di *nuda proprietà*.

L'usufrutto costituisce un modo di temporanea attribuzione delle utilità, che è concepibile in relazione a qualsiasi bene giuridico.

Durata. Inconvenienti economici dell'usufrutto

L'usufrutto è necessariamente temporaneo: solo così la nuda proprietà conserva un significato e un valore, e così si spiegano i limiti che caratterizzano il diritto di usufrutto e che hanno lo scopo di conservare le ragioni del proprietario.

Le trasformazioni e i mutamenti di destinazione economica della cosa non possono essere deliberati dall'usufruttuario, perché ciò contrasterebbe con il suo obbligo di restituire la cosa inalterata nella sostanza, né possono essere deliberati dal nudo proprietario, perché ciò interferirebbe con il diritto dell'usufruttuario; occorre perciò l'accordo di entrambi.

La legge impone limiti massimi alla durata dell'usufrutto. Se è costituito a favore di una persona fisica, esso non può eccedere la vita dell'usufruttuario (**art. 979 c.c.**).

Se costituito a favore di una persona giuridica, l'usufrutto non può durare più di trent'anni. (**art. 979 c.c.**).

Esso si estingue con la morte dell'usufruttuario, se questa avviene prima della scadenza del termine.

Divieto dell'usufrutto successivo: se si costituisce l'usufrutto a favore di una persona, disponendo che, alla

morte di questa, l'usufrutto debba continuare in capo ad altri, la disposizione ha valore solo a favore del primo usufruttuario (**art. 698 c.c.**).

Per tutta la sua durata, comunque, l'usufrutto resta un freno alle trasformazioni e ai mutamenti di destinazione che possono essere richiesti dall'evolversi della situazione economica. L'usufruttuario può essere portato a uno sfruttamento immediato e intenso della cosa, anche quando ciò sia pregiudizievole alla sua redditività futura; inoltre, in prossimità della scadenza del termine può sentirsi indotto a trascurare la manutenzione della cosa.

Costituzione dell'usufrutto. Cessione

L'usufrutto può essere costituito per testamento o per contratto. Inoltre l'usufrutto si può acquistare attraverso il suo prolungato esercizio di fatto: è il fenomeno dell'*usucapione*.

L'usufruttuario può cedere il suo diritto per un certo tempo o per tutta la sua durata, se ciò non è vietato dal titolo costitutivo (**art. 980 c.c.**). L'usufrutto può essere oggetto di esecuzione forzata da parte dei creditori dell'usufruttuario e può venire ipotecato (**art. 2810 c.c.**).

I trasferimenti dell'usufrutto non influiscono sulla sua durata.

Poteri e doveri dell'usufruttuario

All'usufruttuario spetta il *possesso* della cosa, al fine di poter esercitare su di essa il proprio diritto (**art. 982 c.c.**). Egli potrà utilizzarla direttamente, oppure darla in locazione o in affitto ad altri. A lui spettano, per la durata del suo diritto, i frutti naturali e i frutti civili (**art. 984 c.c.**).

All'usufruttuario non è consentito di trasformare la cosa modificando la destinazione economica che essa aveva al tempo in cui l'usufrutto fu costituito (**art. 981 c.c.**). Gli è consentito però di apportare miglioramenti (**art. 985 c.c.**).

I doveri dell'usufruttuario sono tutti strumentali rispetto a quello, fondamentale, di restituire la cosa, al termine dell'usufrutto, inalterata nella sostanza (**art. 1001 c.c.**). L'usufruttuario deve provvedere con diligenza alla conservazione e alla manutenzione della cosa. Deve astenersi dal modificarla, consumarla o distruggerla.

Gli oneri economici connessi con la gestione dei beni sono a carico dell'usufruttuario se ineriscono al reddito, sono a carico del proprietario se ineriscono al capitale. Sono a carico dell'usufruttuario le spese e gli oneri relativi alla custodia e all'amministrazione. Quanto alle spese di manutenzione, sono a suo carico le riparazioni ordinarie; le riparazioni straordinarie sono a carico del proprietario.

Il quasi usufrutto

L'usufrutto vero e proprio è caratterizzato dall'obbligo di conservare la cosa, per restituirla al proprietario alla scadenza del termine. Ma se esso ha per oggetto cose consumabili l'usufruttuario non può goderne senza consumarle o alienarle. Ciò gli è consentito, e alla scadenza egli dovrà restituire l'equivalente (*quasi usufrutto*).

Estinzione dell'usufrutto

L'usufrutto si estingue per:

- Scadenza del termine o morte dell'usufruttuario (**art. 979 c.c.**)
- Rinuncia dell'usufruttuario
- Consolidazione, quando l'usufrutto e la nuda proprietà si riuniscono in capo alla medesima persona
- Prescrizione, per effetto del non uso durato per vent'anni
- Totale perimento della cosa su cui è costituito
- Decadenza dovuta ad abusi dell'usufruttuario

Uso e abitazione

Sono diritti che si distinguono dall'usufrutto solo dal punto di vista quantitativo.

Chi ha il diritto d' *uso* di una cosa può servirsi di essa e, se è fruttifera, può raccoglierne i frutti; ma la raccolta dei frutti trova un limite quantitativo nella misura occorrente per i bisogni dell'utente e della sua famiglia, valutati secondo la sua condizione sociale (**art. 1021 c.c.**).

Chi ha il diritto di *abitazione* di una casa può abitarla limitatamente ai bisogni suoi e della sua famiglia (**art. 1022 c.c.**).

Il carattere personale di questi diritti è ancora più spiccato che nell'usufrutto: non possono essere ceduti, né dati in locazione (**art. 1024 c.c.**), né assoggettati a sequestro o ad esecuzione forzata.

LE SERVITÚ

Nozione

La servitù consiste nel peso imposto sopra un immobile (*fondo servente*) per l'utilità di un altro immobile

(*fondo dominante*) appartenente a diverso proprietario (art. 1027 c.c.).

Il contenuto delle servitù può essere il più vario.

Dal punto di vista della struttura le servitù si possono distinguere in affermative e negative.

Sono affermative quelle che consentono al titolare una limitata utilizzazione del fondo servente oppure gli consentono di compiere sul proprio fondo atti che sarebbero altrimenti lesivi del diritto di proprietà del vicino. Sono negative le servitù che consentono al proprietario del fondo dominante il potere di vietare determinate utilizzazione del fondo servente.

La servitù non è assoggetta necessariamente a limiti temporali di durata.

Predialità e carattere reale delle servitù

Le servitù si possono costituire con i contenuti più vari, anche se non espressamente previsti dalla legge, alla condizione però di mantenersi entro i limiti della definizione di servitù.

La definizione di servitù richiede in primo luogo che essa sia stabilita in favore di un fondo e non di una persona (*predialità*). Il diritto di servitù, così come qualsiasi altro diritto, spetta sempre a una persona: spetta a chiunque sia proprietario del fondo dominante, come accessorio del suo diritto di proprietà, dal quale non può essere disgiunto.

Non è possibile attribuire a una persona il diritto reale di entrare in un fondo per passeggiarvi, ad esempio, se questa persona non è proprietaria di un altro fondo. In questi casi è possibile solo costituire un diritto di credito, in opponibile ai terzi e necessariamente temporaneo. La servitù deve essere costituita per l'utilità del fondo dominante. Non è necessario che i due fondi, dominante e servente, siano contigui. Il requisito dell'utilità per il fondo dominante implica spesso una certa vicinanza: ma ciò non sempre è vero.

Le servitù, quali diritti reali, non possono avere per oggetto prestazioni attive del proprietario del fondo servente. Il proprietario del fondo servente è tenuto solo ad astenersi da determinate utilizzazioni del proprio fondo, oppure a sopportare l'esercizio della servitù.

Costituzione delle servitù

Le servitù possono essere costituite in due modi:

- Coattivamente, per imposizione della legge
- Volontariamente, con un contratto o per testamento.

Le servitù coattive

La legge ammette la possibilità di imporre coattivamente una servitù di passaggio. Questo tipo di operazione realizza indirettamente un interesse generale, perché accresce le possibilità di utilizzazione economica del suolo; ciò avviene però attraverso il vantaggio immediato del proprietario del fondo intercluso, il quale sarà perciò obbligato a pagare un'indennità al proprietario del fondo servente.

La legge determina i presupposti della servitù coattiva. Talvolta, però, essa attribuisce al giudice il compito di valutare in concreto se il vantaggio del fondo dominante sia tale da giustificare il sacrificio del fondo servente.

La servitù coattiva non può sorgere automaticamente, bensì solo in seguito a una sentenza. Qui il giudice dovrà seguire il criterio del minor danno per il fondo servente e del maggior vantaggio per il fondo dominante.

Il provvedimento di costituzione è necessario per determinare l'indennità dovuta al proprietario del fondo servente, il quale potrà opporsi all'esercizio della servitù fino a quando non abbia ottenuto il pagamento. L'indennità deve essere commisurata al danno cagionato al fondo servente e può consistere sia in una somma di capitale da pagarsi una volta per tutte, sia in annualità da pagarsi fin tanto che duri la servitù.

Le servitù volontarie

La servitù può essere costituita volontariamente con un contratto o con un testamento.

Al fatto volontario dell'uomo si possono ricondurre anche l'acquisto attraverso l'esercizio continuativo di fatto (*usucapione*) e l'acquisto per destinazione del padre di famiglia.

La legge dispone che le servitù si possono acquistare per destinazione del padre di famiglia solo quando sono apparenti: cioè quando esistono opere visibili e permanenti destinate al loro esercizio.

Esercizio delle servitù

Le modalità di esercizio delle servitù sono variabili in dipendenza del titolo di acquisto.

In ogni caso vale il principio generale che vuole soddisfatto il bisogno del fondo dominante col minor aggravio del fondo servente. Ciò consente che la servitù possa essere trasferita in un luogo diverso su domanda di una delle due parti interessate, se questa dimostra che lo spostamento le porta vantaggio, senza recar danno all'altra.

Estinzione delle servitù

Le servitù si possono estinguere:

- Per rinuncia del titolare
- Per confusione (o consolidazione), se il proprietario del fondo dominante acquista la proprietà del fondo servente, o viceversa
- Per non-uso ventennale (prescrizione)

Il termine iniziale della prescrizione va determinato diversamente secondo le diverse specie di servitù.

La servitù esercitata in modo da trarne un'utilità minore di quella indicata dal titolo si conserva per intero (**art. 1075 c.c.**).

LA SUPERFICIE

La superficie

Di norma, tutto ciò che sta sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario del suolo medesimo e, al fine di realizzare questo risultato, opera la regola dell'accessione (**art. 934 c.c.**). Questo principio è, però, derogabile attraverso diverso accordo delle parti, che consenta la proprietà della costruzione separata da quella del suolo: in tal caso si dice che il proprietario della costruzione ha un diritto di *superficie* sul suolo.

La superficie può avere per oggetto anche la sola parte superiore di un edificio, consentendo la proprietà separata della sopraelevazione.

Essa può consistere nel diritto di fare e mantenere costruzioni al di sotto del suolo altrui (**art. 955 c.c.**).

La superficie si può dunque definire come il diritto di fare o mantenere una costruzione sopra o sotto il suolo altrui conservando la proprietà della costruzione stessa.

Il diritto di superficie si estingue:

- Per rinuncia del titolare
- Per confusione (o consolidazione), se la proprietà del suolo e la proprietà superficiaria si riuniscono in capo alla medesima persona
- Per scadenza del termine, se il diritto di superficie è stato costituito per un tempo determinato
- Per prescrizione, se la costruzione non viene eseguita per vent'anni

Il perimento della costruzione non importa l'estinzione del diritto di superficie (**art. 954 c.c.**); ma, se non si provvede alla ricostruzione entro vent'anni, il diritto si estingue per prescrizione.

In ogni caso in cui il diritto di superficie si estingua riprende vigore il principio dell'accessione e il proprietario del suolo acquista la proprietà della costruzione.

L'ENFITEUSI

L'enfiteusi

L'enfiteusi può essere costituita in perpetuo, o a tempo determinato (**art. 958 c.c.**). L'enfiteuta ha lo stesso potere di godimento che spetterebbe al proprietario (**art. 959 c.c.**), con il solo limite che non può deteriorare il fondo, ma anzi deve migliorarlo (**art. 960 c.c.**). L'enfiteuta può anche mutare la destinazione del fondo.

Al concedente spetta un canone annuo che non può superare determinati limiti fissati dalla legge (**art. 960 c.c.**). L'enfiteuta può disporre liberamente del proprio diritto, sia per atto tra vivi, sia per atto di ultima volontà (**art. 965 c.c.**). Può inoltre acquistare la piena proprietà del fondo per *affrancazione*, mediante il pagamento di una somma corrispondente a quindici volte il canone annuo.

Se l'enfiteuta è inadempiente al proprio obbligo di non deteriorare il fondo e di migliorarlo, o è in mora nel pagamento di due annualità del canone, il concedente può chiedere la devoluzione dell'enfiteusi, in virtù della quale il diritto dell'enfiteuta si estingue e la proprietà del concedente riacquista la sua pienezza.

L'estinzione dell'enfiteusi si verifica inoltre: per il decorso del termine, se è temporanea; per il perimento del fondo; per prescrizione estintiva del diritto dell'enfiteuta, la quale si compie con il non-uso protratto per vent'anni; per affrancazione.

Quando l'enfiteusi si estingua e il fondo ritorni nella piena proprietà del concedente, questi deve rimborsare all'enfiteuta i miglioramenti, nella misura dell'aumento di valore conseguito dal fondo per effetto dei miglioramenti stessi, quali sono accertati al tempo della riconsegna.

Capitolo 53 - LA COMUNIONE

Definizione

Un bene, un diritto reale su un bene, ed anche un intero patrimonio, può appartenere a più persone insieme:

si ha in tal caso una *comunione*.

Se oggetto della comunione è la proprietà di una cosa, si parla di *comproprietà*.

Ciascuno dei contitolari, o comunisti, ha un diritto che non può essere localizzato materialmente su questa o quella parte del bene, ma comprende il bene nella sua totalità.

Ciascuno dei contitolari ha un diritto di *quota*, per una frazione aritmetica che esprime la misura della sua partecipazione.

Dalla definizione di diritto di quota risulta la sua *elasticità*: se uno dei contitolari rinuncia al proprio diritto, le quote degli altri automaticamente si espandono.

La comunione può essere costituita per contratto; assai sovente essa deriva da successione ereditaria; inoltre può derivare da unione o commistione, o dalla creazione in comune di un'opera.

Il titolo dal quale deriva la comunione determina anche la misura della quota di ciascuno.

In queste ipotesi la comunione si dice ordinaria. Prima o poi ciascuno dei partecipanti può domandarne lo scioglimento (**art. 1111 c.c.**), e perciò essa appare temporanea e volontaria.

Se ne distingue la comunione forzosa di un bene immobile necessariamente destinato al servizio di due o più immobili vicini. Qui un comproprietario non può imporre agli altri lo scioglimento della comunione e il diritto di quota sulla cosa comune non può venire alienato separatamente dall'immobile del quale costituisce l'accessorio. Si tratta dunque di una comunione duratura, attinente ai rapporti di vicinato.

Diritti e obblighi dei comproprietari

Per quanto riguarda le *facoltà di godimento*, ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non ne impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto. La misura della partecipazione di ciascuno nei vantaggi della comunione, e così pure nelle spese, è in proporzione della rispettiva quota.

Per quanto riguarda gli *atti di disposizione*, occorre distinguere secondo che essi abbiano per oggetto il diritto di quota, oppure il bene indiviso o una sua porzione concreta. Del proprio diritto di quota il comproprietario può disporre liberamente. Può venderlo, donarlo, o cederlo a qualsiasi altro titolo, e l'acquirente subentrerà nella comunione. Può anche ipotecarlo, concederlo in usufrutto, e così via. Il comproprietario non può invece alienare da solo il bene indiviso, o una parte di esso. Se la comunione ha per oggetto una massa di beni o un intero patrimonio, il singolo contitolare non può alienare un bene determinato, quand'anche il valore di questo non superi il valore della sua quota.

Per l'*amministrazione* della cosa comune la legge ha adottato il principio maggioritario: la volontà della maggioranza dei comproprietari vincola anche la minoranza dissenziente.

L'alienazione del bene comune richiede, però, il consenso di tutti i comproprietari.

Lo scioglimento della comunione

La comunione si scioglie con la divisione, che attribuisce a ciascun dividente, in luogo del diritto di quota, un diritto esclusivo di pari valore.

Della comunione ordinaria ciascun partecipante può sempre chiedere la divisione, salvo che vi sia un vincolo di rimanere in comunione per un certo tempo. La legge, tuttavia, non ammette che il vincolo possa durare oltre un certo numero di anni.

La divisione può farsi d'accordo fra le parti con un contratto di divisione.

In mancanza di accordo, è fatta dal giudice secondo alcuni criteri fissati dalla legge.

La divisione deve aver luogo in natura, se la cosa può essere comodamente divisa in parti corrispondenti alle quote dei comproprietari.

Se le porzioni così formate non corrispondono esattamente al valore della quota di ciascuno, le differenze devono venire compensate con il pagamento di conguagli in danaro.

Può darsi che la comunione comprenda un bene indivisibile, o il cui frazionamento determinerebbe una diminuzione di valore, o altri inconvenienti. In tal caso esso deve preferibilmente essere compreso per intero, con addebito all'eccedenza, nella porzione di uno dei coeredi aventi diritto alla quota maggiore, o anche nelle porzioni di più coeredi, se questi ne richiedono congiuntamente l'attribuzione. Se nessuno dei dividenti è disposto a ciò, il bene verrà venduto e fra i dividenti verrà ripartito il ricavo.

Il condominio negli edifici

Negli edifici in condominio ciascun condomino ha la proprietà esclusiva di uno o più appartamenti e un diritto di comproprietà sulle parti comuni dell'edificio.

La destinazione delle parti comuni al servizio degli appartamenti è necessaria e stabile: ne segue che la comunione non può venire sciolta (**art. 1119 c.c.**) e che il diritto di quota sulle parti comuni costituisce un

accessorio inseparabile del diritto di proprietà esclusiva sul singolo appartamento.

Del proprio appartamento ciascun condomino può godere e disporre in modo pieno ed esclusivo; dovrà solo rispettare i diritti degli altri condomini secondo le regole generali sui rapporti di vicinato.

Sulle parti comuni ciascun condomino ha un diritto di quota proporzionale al valore della sua proprietà, se il titolo non dispone altrimenti.

Capitolo 54 - IL POSSESSO

Nozione del possesso e della detenzione

Nel linguaggio comune *possesso* è spesso usato come sinonimo di *proprietà*. Nel linguaggio giuridico, invece, queste parole indicano due concetti diversi: la proprietà è un *diritto*, il possesso è una *situazione di fatto*.

Il possesso è il potere di fatto sulla cosa corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale.

Il possesso si può esercitare sia utilizzando direttamente la cosa, sia tenendola a propria disposizione per l'utilizzazione diretta, sia utilizzandola per mezzo di un dipendente o facendola custodire da un terzo, sia concedendone il godimento a un terzo.

Questo non cessa di possedere quando dia la cosa in uso a un terzo, gratuitamente o verso corrispettivo. Anche questo comportamento, infatti, corrisponde a un modo di esercizio della proprietà; anche in questo caso il possessore continua a trarre utilità dalla cosa, pur se indirettamente.

Nell'**art. 1140 c.c.** *il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa.*

Di regola il proprietario ha anche il possesso della cosa (*possesso legittimo*). Ma questa congruenza fra situazione di fatto e situazione di diritto può anche mancare. In questo caso si parla di *possesso illegittimo*.

Il possesso illegittimo può essere di buona o di mala fede secondo che il possessore ignori o sappia di ledere il diritto altrui.

Il possesso può consistere anche nel potere di fatto sulla cosa corrispondente all'esercizio di un diritto reale diverso dalla proprietà.

Il possesso non va confuso con un'altra situazione di fatto che si chiama *detenzione*. *Questa consiste nell'aver la cosa nella propria immediata disponibilità materiale, vuoi per usarla direttamente, vuoi per rendere un servizio al possessore.*

Gli effetti giuridici del possesso

Il possesso, sia esso legittimo o illegittimo, attribuisce una serie di vantaggi giuridici.

In primo luogo la *protezione possessoria*: chi sia stato spogliato del possesso o molestato nel suo esercizio può ottenere per via giudiziaria la reintegrazione del possesso medesimo o la cessazione della molestia. Se è minacciato un danno alla cosa posseduta, può ottenere dei provvedimenti cautelari. Il possessore può inoltre difendersi da sé, quando ricorrano gli estremi della legittima difesa.

In secondo luogo il possessore convenuto in giudizio con l'azione di rivendicazione non ha necessità di *provare il proprio diritto al possesso*; spetta al rivendicante provare di essere proprietario.

Infine il possesso fa acquistare *determinati diritti*. Il possesso si consolida infatti nel diritto corrispondente, dopo che sia trascorso un certo tempo (*usucapione*); talvolta ciò avviene anche immediatamente, quando si tratti dell'acquisto di cosa mobile dal non proprietario e l'acquirente abbia ricevuto in buona fede la consegna della cosa. Inoltre, il possessore di buona fede fa suoi i *frutti* della cosa.

La tutela del possesso

Il possesso è una situazione di fatto tutelata. Lo spoglio e la molestia costituiscono atti illeciti, ai quali il possessore può reagire con azioni giudiziarie che gli consentono di ottenere la reintegrazione del possesso o la cessazione della molestia (*azioni possessorie*).

Si noti che lo spoglio e la molestia sono illeciti anche se compiuti dall'avente diritto contro il possessore illegittimo. Ma in questo caso la protezione del possessore illegittimo contro l'avente diritto è solo provvisoria.

Quando, invece, lo spoglio o la molestia provenga da un soggetto privo del diritto, la protezione del possesso (legittimo o illegittimo) è definitiva.

L'azione di reintegrazione

Quest'azione è concessa a chi sia stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, per consentirgli di ottenere una rapida reintegrazione del possesso medesimo.

La tutela è concessa indipendentemente dalla legittimità del possesso, dal modo in cui esso è stato acquistato, dalla buona o malafede del possessore.

È tutelato chi detenga nell'interesse proprio, salvo che si tratti di una detenzione transeunte svolta nella sfera del possessore e sotto il suo diretto controllo.

Lo spoglio può consistere in qualsiasi atto che impedisca, totalmente o parzialmente, l'esercizio del possesso o della detenzione, sostituendovi il possesso, o l'ampliamento del possesso, dell'autore dello spoglio.

L'azione va esercitata entro un termine di un anno dal giorno dello spoglio o, trattandosi di spoglio clandestino, dal giorno della sua scoperta (**art. 1168 c.c.**).

L'azione di manutenzione

L'azione di manutenzione del possesso è data a chi sia stato molestato nel possesso di un immobile, di un diritto reale sopra un immobile o di un'universalità di mobili.

Si può chiedere al giudice una sentenza che ordini l'abbattimento dell'opera molesta, l'immediata riparazione del guasto e, in generale, la cessazione della molestia, sulla base della semplice constatazione che il possesso è stato turbato.

Oltre alle molestie di fatto sono possibili molestie di diritto, che consistono in atti di intimidazione, con i quali si pretende che il possesso altrui cessi in tutto o in parte o sia modificato.

L'azione di manutenzione è data anche contro lo spoglio non violento né clandestino (**art. 1170 c.c.**).

L'azione di manutenzione non è concessa al detentore qualificato, il quale perciò dovrà rivolgersi al possessore per farsi difendere.

Il possesso deve durare da oltre un anno, continuo e non interrotto, e non deve essere stato acquistato violentemente o clandestinamente.

La denuncia di nuova opera e di danno temuto

Entrambe queste azioni hanno lo scopo di prevenire un danno che minaccia una cosa. Entrambe sono concesse al semplice possessore; sono date però anche al titolare del diritto reale o al proprietario, pur quando non abbia il possesso.

La denuncia di nuova opera (**art. 1171 c.c.**) spetta a chi abbia ragione di temere che da una nuova opera, da altrui intrapresa sul proprio come sull'altrui fondo, sia per derivare danno alla cosa che fonda l'oggetto del suo diritto o del suo possesso. L'opera non deve essere ancora terminata e non deve essere trascorso un anno dal suo inizio.

La denuncia di danno temuto (**art. 1172 c.c.**) spetta a chi abbia ragione di temere che da qualsiasi edificio, albero o altra cosa sovrasti pericolo di un danno grave e prossimo alla cosa che forma l'oggetto del suo diritto o del suo possesso.

Entrambe queste azioni danno luogo a due fasi successive di giudizio. Una prima fase tende all'adozione di provvedimenti provvisori urgenti. La seconda fase porta alla decisione definitiva circa l'esistenza del pericolo, la sua illiceità, l'obbligo della sua eliminazione e la responsabilità delle parti.

L'usucapione: nozione

Il diritto reale e il fatto del possesso possono trovarsi dissociati. La dissociazione può essere eliminata rimuovendo il possesso illegittimo mediante opportune iniziative giudiziarie. Ma se il titolare del diritto resta inerte e la dissociazione fra possesso e diritto si protrae, questa viene eliminata in un modo del tutto opposto: trascorso un certo numero di anni, al possessore è attribuito il diritto corrispondente, mentre il diritto che per tanto tempo non è stato esercitato viene cancellato o subisce una compressione. Questo fenomeno si chiama *usucapione*.

L'usucapione può quindi definirsi come un modo di acquisto della proprietà o dei diritti reali di godimento, a titolo originario, per effetto del possesso protratto per un certo tempo.

Usucapione ordinaria e usucapione abbreviata

Anche il possesso non di buona fede porta all'usucapione.

Tuttavia il possesso di buona fede conduce a un'usucapione più rapida.

Il possesso si considera di buona fede quando in buona fede sia stato iniziato; la sopravvenuta consapevolezza dell'illegittimità del possesso non nuoce (**art. 1147 c.c.**).

Requisiti per l'usucapione

Il possesso acquistato in modo violento o clandestino non giova per l'usucapione se non dal momento in cui la violenza o la clandestinità è cessata (**art. 1163 c.c.**). Le servitù prediali si possono acquistare per usucapione solo quando siano apparenti: cioè quando esistano opere visibili e permanenti destinate al loro esercizio.

Non è necessario aver posseduto personalmente per tutto il tempo necessario all'usucapione. Se il possessore attuale ha ricevuto la cosa per successione universale, il suo possesso continua quello del defunto,

conservandone le caratteristiche. Si ha così una *successione nel possesso* (art. 1146 c.c.).

Se invece il possessore attuale ha ricevuto la cosa in base a un titolo particolare, egli può, se lo ritiene opportuno, unire al proprio possesso quello del suo dante causa (*accessione del possesso*). In tal caso il suo possesso assume la stessa qualificazione che aveva presso il suo dante causa.

L'usucapione può essere interrotta o sospesa per circostanze sopravvenute.

L'interruzione cancella la rilevanza del possesso per il tempo già trascorso: dopo di ciò il termine per l'usucapione riprende da zero.

La sospensione, invece, arresta provvisoriamente il decorso del termine, senza cancellare la rilevanza del possesso per il tempo già trascorso: il termine per l'usucapione riprenderà dal momento in cui era stato interrotto.

La sospensione deriva da alcune particolari circostanze previste tassativamente dalla legge, che impediscono o rendono difficile al proprietario di far valere il proprio diritto.

L'interruzione può derivare dalla domanda giudiziale proposta dall'avente diritto contro il possessore, oppure dal riconoscimento dell'altrui diritto da parte del possessore. L'usucapione è inoltre interrotta quando il possessore sia stato privato del possesso per oltre un anno.

Frutti, miglioramenti, spese, danni

Il possessore soccombente nella causa di rivendicazione deve sostituire al proprietario la cosa. Quanto ai frutti che abbia percepito o potuto percepire, alle spese fatte, ai miglioramenti e ai danni apportati alla cosa, si applicano le regole seguenti.

- **Frutti:** il possessore di malafede deve restituire i frutti, naturali e civili, che ha percepito. Inoltre egli risponde verso il rivendicante dei frutti che avrebbe potuto percepire usando l'ordinaria diligenza. Il proprietario deve però rimborsare al possessore le spese necessarie per la produzione e il raccolto dei frutti che gli vengono restituiti. Il possessore di buona fede, invece, fa suoi i frutti naturali separati fino al giorno della domanda giudiziale e i frutti civili maturati fino allo stesso giorno. Solo da questo momento in poi egli risponderà verso il rivendicante secondo le stesse regole applicabili al possessore di malafede (art. 1148 c.c.).
- **Miglioramenti:** il possessore di malafede che abbia apportato miglioramenti, ha diritto a un'indennità pari alla minor somma tra l'importo della spesa e l'aumento di valore conseguito dalla cosa. Ma se i miglioramenti consistono in addizioni, il proprietario del fondo può pretendere che siano tolte a spese del possessore, oppure può scegliere di ritenerle. Se il possessore è di buona fede, non può essere costretto a togliere le addizioni e ha diritto in ogni caso a un'indennità nella misura dell'aumento di valore conseguito dalla cosa (art. 1150 c.c.).

La regola "possesso vale titolo" nell'acquisto di cose mobili

Il possesso ha una funzione assai importante nella circolazione di cose mobili: se una persona acquista una cosa mobile da chi non ne è proprietario, ne diventa proprietario se ne riceve in buona fede la consegna e se sussiste un titolo idoneo al trasferimento della proprietà.

In queste circostanze, quindi, il possesso di buona fede fa acquistare la proprietà (*regola possesso vale titolo*) (art. 1153 c.c.).

Non basta però la buona fede a far salvo l'acquisto: la legge richiede anche che la cosa sia stata consegnata all'acquirente.

L'acquirente non solo consegue la proprietà, ma la consegue libera da diritti altrui sulla cosa, se questi non risultano dal titolo e se vi è la buona fede. E nello stesso modo si acquistano i diritti di usufrutto, di uso e di pegno sulle cose mobili.

Queste regole non si applicano ai beni mobili iscritti in pubblici registri. Inoltre non si applicano alle universalità di mobili, perché di queste è meno difficile, dato il loro valore e la loro importanza, accertare le vicende anteriori (art. 1156 c.c.).

Il possesso di buona fede

Altri effetti del possesso si collegano invece con la tutela dell'affidamento e del valore di organizzazione del possesso medesimo. Qui la buona fede è necessaria: affidamento e buona fede sono tutt'uno, e in tanto il valore di organizzazione del possesso merita considerazione e tutela, in quanto si sia formato sulla base della convinzione che il possesso fosse legittimo. Perciò occorre la buona fede per l'acquisto della cosa mobile dal non proprietario; ed è perciò che solo il possessore di buona fede fa suoi i frutti della cosa.

La buona fede si presume (art. 1147 c.c.).

Il possesso si considera di buona fede se è stato iniziato in buona fede: la malafede sopravvenuta non nuoce

(art. 1147 c.c.).

La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave (art. 1147 c.c.).

L'acquisto del possesso

L'acquisto del possesso può avvenire in modo originario oppure derivativo.

Originario se dipende esclusivamente da un atto di colui che acquista il possesso.

L'acquisto del possesso si dice *derivativo* se dipende da una trasmissione dal precedente possessore.

Capitolo 55 - PEGNO E IPOTECA

Nozione. Caratteri generali e comuni

Pegno e ipoteca sono diritti reali che hanno la funzione di garantire la soddisfazione di un credito. Essi possono venire costruiti su cose di proprietà dello stesso debitore, oppure su cose appartenenti a un terzo, il quale si presti così a garantire per un debito altrui.

Pegno e ipoteca attribuiscono al creditore due prerogative, destinate a manifestarsi nel caso che il credito non venga spontaneamente soddisfatto dal debitore.

Il diritto di pegno o di ipoteca segue la cosa (*diritto di seguito o di sequela*), è opponibile al terzo e in ciò si manifesta il suo carattere reale.

Il terzo fideiussore risponde con tutti i suoi beni, mentre il terzo datore di pegno o ipoteca risponde solo con il bene offerto in garanzia.

La seconda prerogativa del creditore garantito da pegno o ipoteca è quella di potersi soddisfare sul bene con preferenza rispetto agli altri creditori (*prelazione*).

La differenza tra pegno e ipoteca sta in questo: l'ipoteca ha per oggetto beni iscritti in pubblici registri, il pegno ha per oggetto beni non iscritti in pubblici registri.

Pegno e ipoteca sono accessori del credito che garantiscono, quindi si estinguono con l'estinzione del credito garantito. E se il credito garantito non esiste fin dall'inizio, pegno e ipoteca non nascono affatto.

Altro principio comune a pegno e ipoteca è che il creditore non deve profittare della cosa oltre il limite del proprio credito. Se alla scadenza il credito non viene soddisfatto spontaneamente dal debitore, la cosa va venduta secondo una procedura che ha lo scopo di far conseguire il prezzo più elevato possibile; con il ricavo viene soddisfatto il creditore e l'eventuale residuo è utilizzato per soddisfare altri creditori o, in mancanza, è versato al proprietario.

È nullo il patto commissorio, cioè il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore (art. 2744 c.c.).

Il pegno di cosa mobile

Il pegno si costituisce con un contratto tra il proprietario della cosa e il creditore garantito. Per l'efficacia il consenso non basta: occorre la consegna della cosa al creditore, o ad un terzo designato dalle parti, oppure che la cosa sia posta in custodia di entrambe le parti, in modo che il proprietario sia messo nell'impossibilità di disporne senza la cooperazione del creditore (art. 2786 c.c.).

Inoltre occorre che il contratto risulti da un atto scritto con data certa, il quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa (artt. 2787, 2704 c.c.).

Il creditore al quale sia stata consegnata la cosa deve custodirla; non può, salvo patto contrario, farne uso, darla in pegno, concederla ad altri il godimento; ma può farne suoi i frutti imputandoli prima alle spese e agli interessi e poi al capitale.

Il pegno del credito

Il pegno può anche avere per oggetto un credito (art. 2800 c.c.).

In tal caso il pegno deve risultare da atto scritto e la sua costituzione deve essere notificata al debitore del credito dato in pegno, oppure deve essere da questo accettata con scrittura avente data certa (art. 2800 c.c.).

Il creditore pignoratizio deve riscuotere, alla scadenza, il credito ricevuto in pegno; se anche il credito garantito è scaduto, tratterà dal denaro ricevuto quanto basta per soddisfare le sue ragioni e restituirà il resto a chi ha costituito il pegno.

Se il credito garantito non è ancora scaduto dovrà, a richiesta del debitore, depositare la somma ricevuta nel luogo stabilito d'accordo o altrimenti determinato dall'autorità giudiziaria (art. 2803 c.c.).

Il pegno degli strumenti finanziari dematerializzati

Il pegno degli strumenti finanziari dematerializzati si costituisce mediante la registrazione in apposito registro tenuto dall'intermediario.

L'ipoteca: definizione, funzione, oggetto

L'ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione (art. 2808 c.c.).

Ha per oggetto beni iscritti in pubblici registri e richiede l'iscrizione nei registri stessi.

Oggetto dell'ipoteca può essere costituito anche da un diritto reale di godimento su un bene iscritto in pubblici registri.

L'ipoteca può essere concessa su una quota di comunione o su un bene compreso in una comunione.

Ipoteca volontaria, giudiziale, legale

La costituzione dell'ipoteca richiede due elementi, entrambi necessari: un *titolo* che consenta l'iscrizione dell'ipoteca e l'*iscrizione* stessa.

Il titolo può derivare dalla volontà del proprietario del bene, oppure può consistere in un provvedimento giudiziario, o in altra situazione prevista dalla legge.

L'ipoteca *volontaria* nasce in seguito a un negozio giuridico del concedente, il quale può essere il debitore stesso oppure un terzo. Il negozio può essere un contratto, o anche una dichiarazione unilaterale, per la validità dei quali si richiede la forma scritta.

L'ipoteca *giudiziale* si può iscrivere in base a una sentenza che porti condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione, ovvero al risarcimento di danni da liquidarsi successivamente. Può iscriversi anche in base a un decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo, o rispetto al quale sia stata rigettata l'opposizione.

L'ipoteca *legale* può essere iscritta su beni del debitore, senza o anche contro la volontà di questo, in alcuni casi specificamente previsti dalla legge.

L'iscrizione dell'ipoteca

L'iscrizione nei pubblici registri è condizione necessaria perché sorga il diritto di ipoteca: si tratta dunque di una pubblicità costitutiva.

Essa è necessaria, ma non sufficiente. Occorre anche un titolo che giustifichi l'iscrizione. Se il titolo è invalido, l'iscrizione ne segue le sorti.

Lo stesso bene può essere assoggettato a più ipoteche, a garanzia di crediti diversi. In tal caso ogni ipoteca è contrassegnata con un numero d'ordine che ne esprime il grado e che dipende dall'ordine temporale dell'iscrizione.

Se si giunge alla vendita forzata del bene, col ricavato verrà soddisfatto innanzi tutto il credito garantito da ipoteca di primo grado; se si ha residuo si passerà al credito garantito di secondo grado, e così di seguito.

L'iscrizione conserva il suo effetto per venti anni, ma può essere rinnovata finché permanga l'efficacia del titolo che la giustifica. La rinnovazione del titolo eseguita prima della scadenza del termine mantiene in vita l'ipoteca senza soluzione di continuità. Se invece il termine viene lasciato scadere, l'ipoteca si estingue.

La realizzazione della garanzia ipotecaria

Se il debitore non adempie spontaneamente, il debitore ipotecario può promuovere l'esecuzione forzata sul bene ipotecato. Questa avverrà secondo le forme previste dal codice di procedura civile; sul ricavato il creditore ipotecario si soddisferà con prelazione rispetto ai creditori sforniti di ipoteca e a quelli muniti di un'ipoteca di grado successivo.

Lo stesso vale nel caso che l'esecuzione forzata sia promossa da un altro creditore.

Se l'esecuzione forzata viene promossa contro il terzo datore di ipoteca, questi non può invocare il beneficio della preventiva escussione del debitore, salvo che vi sia un patto in tal senso. Dopo aver pagato i creditori iscritti o aver subito l'espropriazione, egli potrà rivolgersi contro il debitore per farsi rimborsare.

Estinzione dell'ipoteca

L'ipoteca si estingue con l'estinzione del credito garantito, oppure con l'esecuzione forzata, nel momento in cui viene pronunciato il provvedimento che trasferisce all'acquirente il diritto espropriato e ordina la cancellazione delle ipoteche.

L'ipoteca si estingue inoltre col perimento del bene ipotecato, con la rinuncia del creditore, e con lo spirare del termine o con il verificarsi della condizione risolutiva eventualmente prevista nel titolo. Vi è poi la cancellazione dell'iscrizione, o la sua mancata rinnovazione entro il termine ventennale di efficacia.

L'estinzione dell'ipoteca viene annotata in margine all'iscrizione (*cancellazione*).

SEZIONE TREDICESIMA LA FAMIGLIA

Capitolo 65 - PRINCIPI COSTITUZIONALI E ASPETTI GENERALI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

Ordinamento del matrimonio: uguaglianza morale e giuridica dei coniugi

La Costituzione riconosce i diritti della famiglia come *società naturale* fondata sul matrimonio (**art. 29 Cost.**). Il matrimonio è fondato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, alla quale non possono essere apposti altri limiti se non quelli stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare (**art. 29 Cost.**).

L'**art. 143 c.c.**, nella sua nuova formulazione, attribuisce al marito e alla moglie gli stessi diritti e doveri; e il nuovo **art. 144 c.c.** stabilisce che i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare.

Se la decisione riguarda i coniugi il giudice può, su richiesta di uno di essi, cercare di promuovere un accordo, ma non può imporre una propria decisione. In mancanza di accordo non vi è una decisione vincolante. Se l'accordo non viene raggiunto, infatti, potranno finire per separarsi, qualora la convivenza diventi intollerabile; ma ciò accadrebbe anche qualora il giudice avesse imposto una decisione vincolante.

Se la questione riguarda i figli, questo sistema non può valere: una decisione va presa. Se il contrasto fra i genitori non può essere superato, il giudice attribuisce il potere di decisione a quello di loro che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio (**art. 316 c.c.**).

Se sussiste un incombente pericolo di grave pregiudizio per il figlio, non vi è tempo per ricorrere a questo procedimento; in tal caso prevale la decisione del padre (**art. 316 c.c.**).

Tutela giuridica dei figli nati fuori del matrimonio

La filiazione fuori dal matrimonio (*filiazione naturale*) è regolata in modo diverso dalla filiazione nel matrimonio.

La Costituzione ha riconosciuto ai figli, anche se nati fuori dal matrimonio, il diritto ad essere mantenuti, istruiti ed educati dai loro genitori (**art. 30 Cost.**); inoltre ha imposto al legislatore ordinario di assicurare ai figli naturali ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima (**art. 30 Cost.**).

Sono incostituzionali le disposizioni che facciano al figlio naturale un trattamento meno favorevole anche al di fuori di ogni conflitto con i parenti legittimi o con il coniuge del genitore.

La situazione dei figli naturali resta diversa da quella dei figli legittimi per un aspetto: essi non hanno rapporti giuridici con i parenti del loro genitore, tranne gli ascendenti e tranne alcune eccezioni ad effetti limitati.

Autonomia privata e negozi familiari

Alcuni rapporti familiari derivano da dichiarazioni di volontà: il matrimonio, l'adozione, il riconoscimento o la legittimazione del figlio naturale, la separazione consensuale dei coniugi, la riconciliazione.

I negozi familiari sono *personalissimi*, perché le valutazioni che ne stanno alla base devono essere compiute direttamente dall'interessato e non da altri. Perciò non possono essere stipulati da un rappresentante.

I negozi familiari sono *tipici*: si possono utilizzare solo le figure negoziali previste specificamente dalla legge e non se ne possono creare altre, atipiche.

Il regime legale dei negozi familiari non può essere modificato apponendovi condizioni o termini: il contenuto etico dei rapporti familiari è tale da richiedere impegni definitivi. Eventuali condizioni o termini si hanno per non apposti.

I negozi familiari sono *formali*. La solennità della forma induce a riflessione, garantisce il carattere definitivo della volontà ed elimina incertezze assicurando la prova del rapporto.

Per quanto riguarda l'invalidità dei negozi familiari, va rilevato che qui non opera la tutela dell'affidamento: perciò l'incapacità naturale ha le stesse conseguenze dell'incapacità legale e non si richiede la riconoscibilità dell'errore.

Parentela e affinità

La *parentela* è il vincolo fra le persone che discendono l'una dall'altra (linea diretta), o che hanno uno stipite comune, senza discendere l'una dall'altra (linea collaterale).

Il *grado di parentela* fra due persone si calcola contando i passaggi necessari per risalire, di figlio in padre, da una di esse fino al capostipite comune, e per ridiscendere, di padre in figlio, fino all'altra.

Di regola, la legge non riconosce effetti ai vincoli di parentela oltre il sesto grado (**art. 77 c.c.**).

L'*affinità* è il vincolo che unisce un coniuge ai parenti dell'altro coniuge (**art. 78 c.c.**).

Nella linea e nel grado in cui taluno è parente di uno dei coniugi, egli è affine dell'altro coniuge (**art. 78 c.c.**). Tra coniugi non vi è rapporto di parentela, né di affinità; il loro rapporto si chiama *coniugio*.

Capitolo 66 - IL MATRIMONIO

LA FORMAZIONE DEL VINCOLO MATRIMONIALE

La promessa di matrimonio

La celebrazione del matrimonio realizza una decisione che gli sposi hanno preso insieme già da un tempo più o meno lungo. Ma quest'accordo non è vincolante sul piano giuridico.

Ipotesi che uno dei fidanzati abbia sostenuto spese o assunto obbligazioni a causa di una promessa di matrimonio fatta vicendevolmente per atto pubblico o per scrittura privata o risultante dalla richiesta delle pubblicazioni.

Se il matrimonio non segue per colpa dell'altra parte, questa è obbligata a rimborsarle (**art. 81 c.c.**).

In ogni caso di rottura del fidanzamento può essere domandata la restituzione dei doni fatti a causa della promessa di matrimonio (**art. 80 c.c.**).

Condizioni necessarie per celebrare il matrimonio

Il primo presupposto del matrimonio è la diversità di sesso degli sposi. La mancanza di tale presupposto determina l'inesistenza del matrimonio.

Occorre poi che gli sposi abbiano raggiunto la maggiore età (**art. 84 c.c.**).

Il matrimonio contratto da persone, delle quali anche una sola non abbia raggiunto l'età minima fissata dalla legge, è nullo. Tuttavia la nullità si sana, se il matrimonio non viene impugnato e trascorra un anno dal raggiungimento della maggior età (**art. 117 c.c.**).

Neppure può contrarre il matrimonio l'interdetto per infermità di mente (**art. 85 c.c.**).

Il principio monogamico vieta che un uomo possa avere contemporaneamente più mogli, o che una donna possa avere contemporaneamente più mariti.

Dunque presupposto per la celebrazione del matrimonio è la mancanza del vincolo di un matrimonio precedente, civilmente valido (*libertà di stato*: **art. 86 c.c.**).

Ulteriori impedimenti al matrimonio derivano da determinati vincoli di parentela o di affinità tra gli sposi (**art. 87 c.c.**).

In presenza di uno degli ostacoli considerati (*impedimenti*), il matrimonio non può essere celebrato. Se tuttavia il matrimonio viene celebrato, esso sarà invalido; e in tal caso l'impedimento si dice *dirimente*.

Abbiamo visto però che è valido il matrimonio celebrato dalla donna prima che siano trascorsi trecento giorni dallo scioglimento o annullamento del precedente matrimonio: in questo caso si dice che l'impedimento è solo *impediente*.

Pubblicazioni e opposizioni

La celebrazione del matrimonio deve essere preceduta dalla pubblicazione. Questa consiste nell'affissione alla porta del municipio di un atto nel quale si indicano le generalità degli sposi e il luogo dove intendono celebrare il matrimonio (**artt. 93 ss. c.c.**).

La pubblicazione, che deve farsi nei comuni di residenza degli sposi, e deve durare per almeno otto giorni, ha lo scopo di avvertire i terzi interessati, perché possano segnalare all'ufficiale dello stato civile eventuali impedimenti o anche fare una formale opposizione al matrimonio, sulla quale si dovrà pronunciare l'autorità giudiziaria.

Celebrazione del matrimonio

Il matrimonio civile è celebrato pubblicamente in municipio, con le forme indicate nell'**art. 107 c.c.**

Esistenza e integrità del consenso

Presupposto dell'integrità del consenso è la capacità di intendere e di volere. Se al momento della celebrazione essa manca per qualunque causa, anche transitoria, il matrimonio è invalido (**art. 120 c.c.**).

Il consenso può tuttavia mancare per simulazione o essere viziato da violenza, timore, errore (**art. 122 c.c.**).

La *violenza* è la minaccia di un male, esercitata allo scopo di estorcere il consenso e idonea ad escludere o limitare la libertà di decisione del minacciato. Alla violenza è equiparato il *timore* di eccezionale gravità.

Quanto all'*errore*, la legge di riforma ammette che il matrimonio possa essere impugnato per errore sull'identità della persona o per errore essenziale su qualità personali dell'altro coniuge.

L'errore sulle qualità personali è essenziale quando sia determinante del consenso e riguardi:

➤ L'esistenza di una malattia fisica o psichica o di un'anomalia o deviazione sessuale tale da impedire lo

svolgimento della vita coniugale

- L'esistenza di condanne penali di una certa gravità
- Lo stato di gravidanza ad opera di un terzo, purché vi sia stato disconoscimento di paternità se la gravidanza è stata condotta a termine (**art. 122 c.c.**).

Infine il consenso può essere escluso da *simulazione*. L'**art. 123 c.c.** dispone che il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti che ne derivano.

Invalidità del matrimonio

Delle cause di invalidità del matrimonio alcune attengono a considerazioni di ordine pubblico circa la struttura della famiglia, altre semplicemente all'esistenza e all'integrità del consenso.

Alla prima categoria appartengono: la mancanza della libertà di stato, gli impedimenti di parentela, affinità, adozione, l'impedimento da delitto. In questi casi il matrimonio può venire impugnato non solo dagli sposi, ma anche dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano per impugnarlo un interesse legittimo e attuale (**art. 117 c.c.**). La nullità è insanabile; ma per l'ipotesi di impedimento per il quale si sarebbe potuto accordare dispensa, considerazioni di opportunità hanno dettato la regola che preclude l'impugnazione dopo che sia trascorso un anno dalla celebrazione del matrimonio (**art. 117 c.c.**).

La mancanza dell'età minima attiene sia all'ordine pubblico familiare, sia all'integrità del consenso; l'impugnazione per questa causa può essere proposta dai coniugi, da ciascuno dei genitori e dal pubblico ministero.

Le impugnazioni per cause attinenti all'esistenza e alla integrità del consenso possono essere proposte dallo sposo il cui consenso è mancato o fu viziato.

L'impugnazione per simulazione deve essere proposta entro un anno ed è preclusa se i contraenti abbiano convissuto come coniugi dopo la celebrazione del matrimonio (**art. 123 c.c.**).

Conseguenze della dichiarazione di nullità del matrimonio. Il matrimonio putativo

L'invalidità del matrimonio vizia il rapporto fin dalla sua costituzione.

Occorre distinguere varie ipotesi.

I figli nati o concepiti dopo il matrimonio dichiarato nullo sono legittimi. Questa regola non si applica se la nullità deriva da bigamia o da incesto e il matrimonio sia stato contratto in mala fede da entrambi i coniugi: in tal caso i figli avranno di diritto lo stato di figli naturali riconosciuti, senza necessità del riconoscimento da parte dei genitori o dell'accertamento giudiziale.

Quanto ai coniugi, tutto dipende dal loro stato di buona o mala fede al tempo della celebrazione del matrimonio.

Se entrambi furono in mala fede, il matrimonio dichiarato nullo non produce effetto nei loro rapporti. Ciò significa che nessuno dei due apparenti coniugi ha diritti successori nei confronti dell'altro.

Se entrambi i coniugi sono stati in buona fede, la sentenza che dichiara la nullità del matrimonio elimina il rapporto matrimoniale solo per l'avvenire (**art. 128 c.c.**): fino al momento della sua pronuncia si producono gli effetti di un matrimonio valido.

Se entrambi i coniugi sono stati in buona fede, il giudice può disporre a carico di uno di essi e per un periodo non superiore a tre anni l'obbligo di corrispondere all'altro un assegno periodico, in proporzione alle proprie sostanze, se l'altro non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze (**art. 129 c.c.**).

Se uno solo dei coniugi fu in buona fede, gli effetti del matrimonio si producono solo in favore suo, e non anche dell'altro coniuge (**art. 128 c.c.**).

Se la nullità è imputabile a uno dei coniugi, o a un terzo, questi sono responsabili del danno verso il coniuge in buona fede. L'indennità sarà liquidata equitativamente dal giudice anche in mancanza di prova del danno sofferto e dovrà comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni.

Il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è anche tenuto agli alimenti nei confronti del coniuge in buona fede, se non vi sono altri obbligati.

IL MATRIMONIO RELIGIOSO

Matrimonio religioso e matrimonio civile

Il Concordato fra l'Italia e la Santa Sede l'11 febbraio 1929 e reso esecutivo con la legge 27 maggio 1929, n.810, attuò una profonda riforma: il matrimonio canonico non è più irrilevante, ma, a certe condizioni, produce effetti civili. In questo modo i cattolici possono limitarsi a celebrare un solo matrimonio, davanti al parroco, per creare un vincolo riconosciuto anche dalla legge dello Stato (*matrimonio concordatario*). Con

l'accordo di revisione del Concordato del 18 febbraio 1984, reso esecutivo con la legge 25 marzo 1985, n. 121, il matrimonio concordatario è stato confermato e la sua disciplina giuridica perfezionata. Una possibilità analoga è offerta ai non cattolici, purché appartenenti a uno dei culti ammessi.

Il matrimonio concordatario

Le condizioni perché il matrimonio celebrato dinanzi al parroco produca anche effetti civili sono:

- Dopo aver celebrato il matrimonio secondo il rito canonico, il parroco deve dichiarare che a quel matrimonio sono attribuiti anche effetti civili e deve ricordarli agli sposi, dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi.
- Il matrimonio deve essere trascritto nei registri dello stato civile. La trascrizione non può, peraltro avere luogo:
- Quando uno degli sposi manchi della capacità matrimoniale per difetto di età, o a causa di interdizione per infermità di mente
- Quando sussista il vincolo di un altro matrimonio valido agli effetti civili
- Quando sussista fra gli sposi un impedimento che la legge civile considera inderogabile

La trascrizione è tuttavia ammessa quando, secondo la legge civile, l'azione di nullità o di annullamento non potrebbe essere più proposta.

L'effetto del matrimonio concordatario non si esaurisce nella costituzione di un vincolo civile accanto a quello religioso. Un'ulteriore conseguenza è il parziale assoggettamento del matrimonio al diritto canonico e alla giurisdizione dei tribunali ecclesiastici. Sono regolate dal diritto canonico e rientrano nella giurisdizione dei tribunali della Chiesa le questioni relative alla valida costituzione del vincolo. Le sentenze di nullità del matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici possono poi essere dichiarate efficaci anche dal punto di vista civile.

Se la trascrizione è stata eseguita in una delle ipotesi in cui essa è vietata, può venire dichiarata nulla dal giudice italiano: in tal caso cadranno gli effetti civili, e il matrimonio celebrato dinanzi al parroco varrà come matrimonio puramente canonico.

Restano assoggettate alla legge e alla giurisdizione dello Stato le questioni relative agli effetti del matrimonio (diritti e doveri dei coniugi e rapporti con i figli) e alle successive vicende del vincolo: in particolare le questioni di separazione dei coniugi. Anche il divorzio è regolato dalla legge civile, poiché attiene non già alla valida costituzione del vincolo, bensì al successivo scioglimento di questo per fatti sopravvenuti.

Ugualmente restano assoggettate alla legge e alla giurisdizione civile le conseguenze della dichiarazione di nullità del matrimonio: sono applicabili, in particolare, le disposizioni sul matrimonio putativo.

Il matrimonio celebrato dinanzi a ministri di culti ammessi

La legge offre anche ai non cattolici la possibilità di celebrare una sola cerimonia matrimoniale, che produca contestualmente gli effetti religiosi e quelli civili.

La celebrazione del matrimonio deve essere preceduta dalle pubblicazioni nella casa comunale e dall'accertamento, da parte dell'ufficiale dello stato civile, dell'inesistenza di impedimenti. Il ministro del culto dopo la celebrazione del matrimonio con il rito religioso dà lettura agli sposi degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi e poi deve compilare l'atto di matrimonio e trasmetterlo entro cinque giorni all'ufficiale dello stato civile per la trascrizione nei registri.

Il matrimonio così trascritto ha gli effetti civili dal giorno della sua celebrazione. Questo matrimonio, a differenza da quello concordatario, è esclusivamente regolato dalla legge italiana anche per quanto riguarda i requisiti di validità; né vi è alcuna rinuncia dello Stato alla propria giurisdizione.

EFFETTI DEL MATRIMONIO NEI RAPPORTI PERSONALI FRA I CONIUGI

Rapporti fra coniugi e rapporti con i figli

Il matrimonio produce effetti, in primo luogo, nei rapporti fra i coniugi, ai quali impone principalmente l'obbligo reciproco della fedeltà, dell'assistenza morale e materiale, della collaborazione e della coabitazione (**art. 143 c.c.**).

In secondo luogo, il matrimonio produce effetti nei confronti dei figli: il marito si presume padre dei figli nati da sua moglie; entrambi i genitori sono obbligati a mantenere, educare ed istruire la prole.

Diritti e doveri reciproci dei coniugi

Sul piano dei rapporti non patrimoniali, i principali obblighi reciproci che nascono dal matrimonio sono quelli della fedeltà, dell'assistenza e della coabitazione (**art. 143 c.c.**).

L'obbligo della coabitazione è violato da ogni fatto volontario che faccia venir meno stabilmente la comunione

di vita fra i coniugi.

L'obbligo dell'assistenza comprende le cure in caso di malattia e la collaborazione sia nel lavoro, sia nelle incombenze domestiche. La misura della collaborazione dovuta dipende dalle condizioni economiche e sociali dei coniugi e dalle circostanze.

A questi doveri personali espressamente previsti dalla legge se ne aggiungono altri, che derivano dalla natura del rapporto e che sono riconosciuti dalla giurisprudenza.

Sul piano economico, entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro, a contribuire ai bisogni della famiglia. Anche il lavoro casalingo rientra in questo contributo (**art. 143 c.c.**).

Le decisioni circa l'indirizzo della vita familiare e la scelta della residenza devono essere concordate dai coniugi (**art. 144 c.c.**).

In caso di disaccordo dei coniugi circa le decisioni familiari è previsto l'intervento del giudice.

Quando la condotta di un coniuge è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale o alla libertà dell'altro, il giudice può, su istanza di questo, ordinare a quello la cessazione della condotta pregiudizievole e disporre il suo allontanamento dalla casa familiare, prescrivendogli anche, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'altro coniuge; può assumere, inoltre, altri opportuni provvedimenti previsti dalla legge.

La stessa regola si applica ai conviventi.

Il cognome

La moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito: manifestazione pubblica del vincolo coniugale. Lo conserva poi durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze (**art. 143-bis c.c.**). Lo perde nel caso di divorzio; ma il tribunale può autorizzarla a conservare il cognome del marito aggiunto al proprio quando sussista un interesse suo o dei figli meritevole di tutela.

IL REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA

Convenzioni matrimoniali e regime legale

Gli sposi possono, mediante una convenzione, scegliere il regime patrimoniale applicabile alla loro famiglia.

Se gli sposi non stipulano nessuna convenzione matrimoniale, si applicherà la comunione legale, in virtù della quale tutti i risparmi fatti dall'uno e dall'altro coniuge durante il matrimonio saranno di proprietà comune in parti uguali (**artt. 177 ss., 159 c.c.**).

Le convenzioni matrimoniali, per la validità delle quali occorre la forma solenne dell'atto pubblico, sono stipulate, di regola, prima del matrimonio. Possono poi venire stipulate o modificate anche durante il matrimonio. Per le convenzioni matrimoniali è prevista una pubblicità dichiarativa mediante annotazione nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio; questa pubblicità è condizione dell'opponibilità ai terzi (**artt. 162, 163 c.c.**).

Va segnalato il divieto di qualsiasi convenzione contraria al principio di eguaglianza dei coniugi.

La separazione dei beni

È il regime patrimoniale concettualmente più semplice.

Gli sposi mantengono separati i rispettivi patrimoni: ciascuno resta proprietario esclusivo dei beni che gli appartenevano prima del matrimonio e di quelli che acquista successivamente, li amministra, ne gode e ne dispone in piena autonomia, libero anche di attribuire all'altro coniuge un mandato più o meno ampio di amministrazione (**art. 217 c.c.**).

L'unica conseguenza patrimoniale del matrimonio, in questo regime, consiste nell'obbligo di contribuire alle spese familiari.

La separazione dei beni può ora aversi quando sia stata stabilita dagli sposi con una convenzione matrimoniale, anche mediante una dichiarazione resa nell'atto di celebrazione del matrimonio, o quando la comunione dei beni sia venuta meno.

La comunione dei beni

La comunione legale, che costituisce il regime normale operante in mancanza di convenzioni matrimoniali diverse, non si estende a tutti i beni dei coniugi, poiché si riferisce essenzialmente agli acquisti e ai risparmi fatti durante il matrimonio e ai risultati delle attività produttive svolte in comune dai coniugi. Il patrimonio comune coesiste perciò con quelli personali dell'uno e dell'altro coniuge. Le quote dei coniugi nella comunione sono uguali.

L'oggetto della comunione legale consiste in un patrimonio, con un attivo e un passivo.

L'attivo comprende:

- I beni acquistati dai coniugi, insieme o separatamente, durante il matrimonio, ad esclusione di alcuni acquisti di carattere strettamente personale (**art. 177 c.c.**)
- I risparmi di ciascun coniuge non investiti nell'acquisto di beni e che sussistano allo scioglimento della comunione vano compresi nella massa comune da dividere
- L'azienda costituita e gestita da uno solo dei coniugi durante il matrimonio, e così pure gli incrementi dell'azienda costituita anche precedentemente e gestita da uno solo dei coniugi, si considerano oggetto della comunione solo se sussistono al momento dello scioglimento di questa (**art. 178 c.c.**)

Sono invece esclusi dalla comunione e rimangono beni personali di ciascun coniuge (**art. 179 c.c.**):

- I beni che appartenevano a ciascuno dei coniugi prima del matrimonio
- I beni acquisiti successivamente per effetto di donazione o successione
- I beni di uso strettamente personale, quelli che servono all'esercizio della professione del coniuge e quelli ottenuti a titolo di risarcimento di un danno.

Se un bene personale viene venduto e il prezzo viene utilizzato per acquistare un'altra cosa, questa non entra in comunione, purché ciò sia espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto; lo stesso vale nel caso di permuta. La qualità di bene personale si trasmette al nuovo acquisto per un fenomeno di *surrogazione reale*.

L'acquisto di un bene immobile o di un bene mobile registrato è escluso dalla comunione quando l'altro coniuge partecipi all'atto d'acquisto e confermi che il bene è acquisito con il prezzo del trasferimento di altro bene personale, o che si tratta di un bene di uso strettamente personale o professionale (**art. 179 c.c.**).

Il passivo del patrimonio comune comprende le obbligazioni contratte da ciascun coniuge nell'interesse della famiglia, e in particolare quelle per il mantenimento della famiglia, l'educazione dei figli e i carichi dell'amministrazione; comprende inoltre ogni obbligazione contratta dai coniugi congiuntamente e, infine, i pesi e gli oneri gravanti sui singoli beni al momento dell'acquisto (**art. 186 c.c.**).

I creditori della comunione possono soddisfarsi anche sui beni personali dei singoli coniugi, ma solo sussidiariamente: solo cioè quando i beni della comunione non siano sufficienti (**art. 190 c.c.**). La legge aggiunge che la responsabilità di ciascun coniuge è limitata alla metà del debito.

I creditori particolari del singolo coniuge possono soddisfarsi sui beni della comunione, entro il limite del valore della sua quota; ma anche qui il carattere sussidiario di quest'azione segna una certa distinzione della comunione rispetto ai patrimoni personali dei coniugi.

Un ulteriore accenno di autonomia patrimoniale si manifesta nella preferenza accordata ai creditori della comunione rispetto ai creditori chirografari del singolo coniuge (**art. 189 c.c.**).

L'amministrazione della comunione è attribuita a entrambi i coniugi con poteri uguali. Per gli atti di ordinaria amministrazione ciascun coniuge può agire disgiuntamente dall'altro; per quelli di straordinaria amministrazione occorre il consenso di entrambi.

Può accadere che uno dei coniugi compia un atto di straordinaria amministrazione senza il necessario consenso dell'altro. In tal caso l'atto è annullabile solo se dispone di beni immobili o di beni mobili registrati; se invece riguarda beni mobili non registrati esso è valido, indipendentemente da qualsiasi indagine sulla buona fede del terzo, e le conseguenze si manifestano solo nei rapporti interni fra i coniugi, poiché quello che ha agito abusivamente sarà tenuto a ricostituire la comunione nello stato anteriore, se possibile, oppure al risarcimento del danno (**art. 184 c.c.**).

Lo scioglimento della comunione si ha con la morte di uno dei coniugi; per la separazione personale dei coniugi, l'annullamento del matrimonio o il divorzio; per accordo dei coniugi; per fallimento di uno dei coniugi o per la separazione giudiziale dei beni (**art. 191 c.c.**).

Il regime della comunione legale può essere modificato dai coniugi, sia prima che dopo la celebrazione del matrimonio, mediante una convenzione matrimoniale: si ha allora una comunione convenzionale. Essi possono, ad esempio, estendere la comunione, fino alla totalità dei propri beni (comunione universale).

Non sono però derogabili le disposizioni relative all'amministrazione dei beni della comunione e all'uguaglianza delle quote, limitatamente ai beni che formerebbero oggetto della comunione legale (**art. 210 c.c.**).

L'impresa familiare

La disciplina protettiva di legge opera in favore del familiare che presti la sua attività di lavoro nella famiglia.

L'**art. 230-bis c.c.** definisce come impresa familiare quella a cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado o gli affini entro il secondo, e dispone che, salvo quando sia configurabile un diverso rapporto, il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare ha i seguenti diritti:

- Il diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia
- Il diritto a partecipare agli utili dell'impresa in proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato
- Il diritto di partecipare, sempre in proporzione alla quantità e alla qualità del lavoro prestato, agli incrementi dell'azienda, sia che essi consistano in beni acquistati mediante il reinvestimento di utili, sia che consistano nell'aumento di valore dell'azienda, anche per quanto attiene all'avviamento

Ai familiari è inoltre attribuito il diritto di deliberare a maggioranza:

- Sull'impiego degli utili
- Sulla gestione straordinaria e sugli indirizzi produttivi dell'impresa
- Sulla cessazione dell'impresa

Per quanto riguarda la gestione ordinaria, il titolare dell'impresa conserva piena libertà.

La disciplina dell'**art. 230-bis c.c.** vale solo nei rapporti interni tra i familiari e l'imprenditore, mentre quest'ultimo resta unico titolare e solo responsabile per le obbligazioni contratte nell'esercizio di essa. I familiari non sono, quindi, soci, ma creditori del titolare dell'impresa.

LA SEPARAZIONE DEI CONIUGI E LO SCIoglIMENTO DEL MATRIMONIO

Le cause di scioglimento del matrimonio

Il codice civile proclamava l'indissolubilità del matrimonio durante la vita dei coniugi: solo la morte di uno di essi poteva sciogliere il vincolo (**art. 149 c.c.**). questo principio è stato abbandonato nel 1970 con l'introduzione del divorzio.

Sullo scioglimento per morte di uno dei coniugi va ricordato che la moglie durante lo stato vedovile conserva il cognome del marito fino a che passi a nuove nozze (**art. 143-bis c.c.**) e che il coniuge superstite ha diritti ereditari sul patrimonio dell'altro coniuge.

Il matrimonio si scioglie anche in seguito alla dichiarazione di morte presunta di uno dei coniugi. L'altro coniuge potrà perciò risposarsi (**art. 65 c.c.**). ma se, successivamente, la persona di cui fu dichiarata la morte presunta ritorna, o ne viene accertata l'esistenza, il nuovo matrimonio è nullo, salvi gli effetti del matrimonio putativo (**art. 68 c.c.**).

Separazione dei coniugi, divorzio, invalidità del matrimonio

Il divorzio è un rimedio per le unioni matrimoniali mal riuscite, e da questo punto di vista esso va accostato al rimedio minore della separazione dei coniugi.

Il divorzio scioglie il vincolo matrimoniale. La separazione di coniugi si limita ad allentarlo, senza eliminarlo.

La separazione può continuare fino alla morte di uno dei due, può sfociare nel divorzio, ma può anche cessare per riconciliazione.

Il divorzio non va confuso con la dichiarazione di nullità del matrimonio. Il divorzio dipende da fatti sopravvenuti nel corso del matrimonio; la nullità dipende invece da circostanze, presenti al tempo della celebrazione, che hanno viziato la costituzione stessa del rapporto.

Il divorzio fa venir meno il rapporto matrimoniale solo per il futuro; la dichiarazione di nullità può eliminare tutti o alcuni degli effetti del matrimonio operando retroattivamente.

La separazione dei coniugi

La separazione legale attenua il vincolo del matrimonio, poiché dispensa i coniugi dall'obbligo di vivere insieme.

È il solo rimedio consentito dalla Chiesa cattolica per alcune ipotesi in cui la convivenza coniugale fosse intollerabile.

La separazione legale può essere *consensuale* o *giudiziale*.

La separazione consensuale deriva da un accordo dei coniugi. L'accordo deve essere sottoposto all'approvazione del Tribunale (omologazione), subordinata all'accertamento che esso non contenga disposizioni particolari contrarie all'ordine pubblico delle famiglie o lesive dell'interesse dei figli. In mancanza dell'omologazione l'accordo non ha effetti vincolanti e ciascuno dei coniugi può rifiutarsi di eseguirlo (**art. 158 c.c.**).

Se la separazione viene attuata ugualmente, essa è una mera *separazione di fatto*.

La separazione giudiziale può essere pronunciata, su domanda di uno dei coniugi, quando si verificano fatti tali da rendere intollerabile la convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione dei figli (**art. 151 c.c.**). Questi fatti possono essere addebitabili a uno dei coniugi, o ad entrambi, oppure possono essere indipendenti dalla loro volontà. Venuta meno per qualsiasi ragione la comunione materiale e spirituale fra i coniugi e diventata intollerabile la convivenza, non deve essere imposta la stabilità del rapporto matrimoniale.

La separazione personale dei coniugi sospende tutti quei doveri matrimoniali che attengono alla comunione personale di vita. Sono sospesi, in particolare, il dovere della coabitazione e della fedeltà. Correlativamente cessa la presunzione che il marito sia il padre dei figli generati dalla moglie (**art. 232 c.c.**).

Si trasforma il dovere di assistenza, il quale assume un carattere puramente pecuniario: un coniuge separato può essere tenuto a pagare un assegno periodico all'altro coniuge, ma non è certamente tenuto ad assisterlo personalmente nella malattia o ad aiutarlo nel lavoro.

Diventano personali molti problemi che già erano comuni ai coniugi. Viene meno così buona parte della materia nella quale le decisioni dovevano essere concordate da entrambi.

Restano comuni i problemi che riguardano i figli; ma l'esercizio della potestà è normalmente affidato a uno solo dei genitori, con la possibilità di prendere le decisioni senza consultarsi con l'altro, tranne, di regola, le decisioni di maggiore importanza (**art. 155 c.c.**).

Si scioglie la comunione dei beni (**art. 191 c.c.**).

Del matrimonio restano fermi gli effetti patrimoniali che non presuppongano una comunione di vita. Ciascun coniuge separato conserva nei confronti dell'altro il diritto al mantenimento, qualora non abbia adeguati redditi propri (**art. 156 c.c.**), e i diritti successori (**art. 548 c.c.**).

Il coniuge colpevole non ha diritto al mantenimento, ma solo agli alimenti: questi comprendono solo il necessario, mentre il mantenimento deve assicurare al beneficiario un tenore di vita adeguato alle sostanze e al reddito dell'obbligato. Gli alimenti sono dovuti solo quando l'altro coniuge si trovi in stato di bisogno; il mantenimento è dovuto anche fuori di questo caso, ma non quando l'altro coniuge disponga di mezzi sufficienti ad assicurargli la continuazione del precedente tenore di vita.

Il coniuge colpevole è privato dei diritti successori nei confronti dell'altro coniuge; ma se al momento dell'apertura della successione godeva degli alimenti a carico del coniuge deceduto, gli aspetta un assegno di entità comunque non superiore a quella della prestazione alimentare goduta (**artt. 548, 585 c.c.**).

I figli, normalmente, sono affidati a uno dei coniugi, ma ove il tribunale lo ritenga utile nell'interesse dei minori, anche tenendo conto della loro età, può disporre l'affidamento congiunto o alternato (**art. 155 c.c.**); in casi eccezionali i figli possono essere affidati a un istituto di educazione o a terze persone. Il coniuge cui siano affidati i figli ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi; ma le decisioni di maggiore importanza devono essere adottate da entrambi i coniugi.

Il padre e la madre conservano il diritto di vigilare sulla loro istruzione ed educazione (**art. 155 c.c.**), di scambiare con essi della corrispondenza e di vederli con una certa frequenza, che è opportuno sia regolata dalla stessa sentenza di separazione. Resta fermo l'obbligo di entrambi i genitori di concorrere, ciascuno secondo i propri mezzi, alle spese di mantenimento, educazione e istruzione dei figli (**art. 148 c.c.**).

La separazione può cessare per la riconciliazione dei coniugi. Questa si può manifestare con una dichiarazione espressa di entrambi i coniugi o con un altro comportamento non equivoco che sia incompatibile con lo stato di separazione, quale la ripresa della coabitazione in un clima di comunione spirituale e materiale (**art. 157 c.c.**).

Il divorzio

Il divorzio è o scioglimento del vincolo matrimoniale in vita dei coniugi.

Quando si tratti di matrimonio concordatario, il divorzio ne elimina ovviamente solo gli effetti civili, facendo così venir meno l'abbinamento fra il vincolo canonico e quello civile.

La legge elenca una serie di casi in cui si può chiedere il divorzio. Il caso più importante è quello della separazione legale dei coniugi protratta ininterrottamente per almeno tre anni.

Il divorzio è fondato sulla prolungata separazione e non sul consenso; difatti potrà essere pronunciato anche se nel frattempo uno dei coniugi abbia cambiato idea e vi si opponga.

Si deve trattare in ogni caso di separazione legale. La prolungata separazione di fatto non è sufficiente.

Le altre ipotesi in cui può essere chiesto il divorzio sono:

- Quando, dopo la celebrazione del matrimonio, l'altro coniuge sia stato condannato con sentenza passata in giudicato, o talvolta anche solo riconosciuto autore di delitti di particolare gravità, o di certi delitti contro un coniuge o un figlio; in alcuni di questi casi occorre inoltre che il giudice accerti, anche in considerazione del comportamento successivo del convenuto, la sua inidoneità a mantenere o ricostituire la convivenza familiare; la domanda di divorzio in seguito a condanna per questi delitti non è proponibile dal coniuge che sia stato anch'egli condannato per concorso nel reato, né è proponibile quando la convivenza coniugale sia ripresa;
- Quando l'altro coniuge, cittadino straniero, abbia ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio o abbia contratto all'estero nuovo matrimonio;

- Quando il matrimonio non sia stato consumato;
 - Quando sia passata in giudicato una sentenza che rettifichi per uno dei coniugi l'attribuzione di sesso.
- In questi casi il divorzio può essere pronunciato immediatamente: non vi è periodo d'attesa.
Nei casi di separazione prolungata il divorzio non può essere pronunciato se questa è cessata per riconciliazione dei coniugi.

Con il divorzio la donna perde il cognome che aveva aggiunto al proprio a seguito del matrimonio.

Il problema del mantenimento e dell'educazione dei figli in seguito al divorzio dei genitori si pone in termini analoghi che in seguito alla separazione.

Quanto ai rapporti fra i coniugi, la sentenza può imporre ad uno di essi di pagare all'altro un assegno periodico per il mantenimento.

L'assegno è dovuto solo quando il beneficiario non abbia, né sia in grado di procurarsi, i mezzi necessari per un tenore di vita analogo a quello che aveva durante il matrimonio.

Qualora i fatti che hanno condotto al divorzio siano addebitabili ad uno dei coniugi, questi non potrà in nessun caso pretendere un assegno che vada al di là degli alimenti.

Sia le disposizioni circa il mantenimento e l'educazione dei figli, sia quelle relative all'assegno di mantenimento del coniuge sono sempre modificabili dal tribunale, su domanda di uno degli interessati, in seguito a un mutamento delle circostanze.

Capitolo 67 - LA FILIAZIONE

LA FILIAZIONE LEGITTIMA

Analisi degli elementi costitutivi della legittimità. Presunzione di paternità e presunzione di concepimento nel matrimonio

Il figlio è legittimo se è stato concepito da genitori uniti in matrimonio.

Quattro presupposti necessari perché una persona possa dirsi figlio legittimo di Tizio e Caia. Occorre:

- Che egli sia stato partorito da Caia
- Che Caia sia sposata con Tizio
- Che il figlio sia stato concepito per opera del marito
- Che il concepimento sia avvenuto durante il matrimonio

Trovano applicazione due presunzioni di legge, fondate su massime di esperienza: la presunzione che il marito sia padre del figlio concepito durante il matrimonio (*presunzione di paternità del marito*) (**art. 231 c.c.**); la presunzione che sia stato concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio e non sono ancora trascorsi trecento giorni dallo scioglimento o annullamento di esso (*presunzione di concepimento durante il matrimonio*) (**art. 232 c.c.**).

La presunzione di paternità del marito non opera durante la separazione legale, e si presume concepito durante la separazione legale il figlio nato dopo che sono decorsi trecento giorni dal suo inizio (**art. 232 c.c.**).

La presunzione di legge non può essere vinta da prova contraria.

Presunzione di paternità del marito e atto di nascita

Occorre anche che la nascita sia stata denunciata all'ufficio dello stato civile come nascita da unione legittima. Se invece la nascita non viene denunciata, o se il figlio viene iscritto sotto falsi nomi, o come nato da madre ignota, o da madre che non voglia essere nominata, o come figlio naturale della madre, la presunzione di paternità del marito non opera.

Disconoscimento della paternità del figlio concepito durante il matrimonio

L'azione giudiziale di disconoscimento della paternità del figlio concepito durante il matrimonio ha lo scopo di far cadere, mediante una prova contraria, la presunzione di paternità del marito.

L'azione è ammessa in tre casi.

Il primo è quello della *non coabitazione* dei coniugi per tutto il periodo nel quale si presume legalmente che possa essere avvenuto il concepimento.

Il secondo caso è quello che il marito fosse affetto da *impotenza* nell'anzidetto periodo.

Infine quando sia provato l'*adulterio* della moglie nel periodo della presunzione legale di concepimento; oppure se la moglie *ha tenuto celata al marito la propria gravidanza e la nascita del figlio*. Ma la prova dell'adulterio o dell'occultamento di gravidanza e nascita non è sufficiente. Occorre che siano provati anche altri fatti tendenti ad escludere la paternità del marito.

La sola dichiarazione della madre non esclude la paternità (**art. 235 c.c.**).

L'azione di disconoscimento può essere esercitata dal marito, dalla moglie o dal figlio.

L'azione del marito deve essere proposta entro il termine di decadenza di un anno dalla nascita del figlio; se, al tempo della nascita, il marito si trovava lontano, il termine decorre dal momento del suo ritorno.

Se l'azione è esercitata dalla madre, il termine è di sei mesi dalla nascita del figlio. Nel caso d'impotenza di generare del marito il termine decorre, per la moglie come per il marito, dal giorno in cui ciascuno di essi sia venuto a conoscenza dell'impotenza stessa. Se l'azione è esercitata dal figlio, il termine è di un anno dal compimento della maggiore età o dal momento in cui viene successivamente a conoscenza dei fatti che rendono ammissibile il disconoscimento (**art. 244 c.c.**).

Se l'azione di disconoscimento della paternità è accolta, il figlio risulta figlio naturale riconosciuto dalla madre, della quale assume il cognome.

Nascita del figlio nei primi centottanta giorni di matrimonio

Se il figlio nasce nei primi centottanta giorni di matrimonio, si presume concepito prima del matrimonio stesso. Di regola, però, egli ha per padre colui che è diventato marito di sua madre. Perciò la legge lo considera legittimo, se non è esercitata l'azione di disconoscimento della paternità.

Ciascuno dei coniugi, o il figlio stesso, può senz'altro proporre l'azione di *disconoscimento*, che non è subordinata alle condizioni di ammissibilità richieste quando il figlio sia concepito durante il matrimonio.

Nascita del figlio dopo trecento giorni dalla fine della convivenza matrimoniale

se il figlio è nato dopo trecento giorni dallo scioglimento o annullamento del matrimonio, o dall'inizio della separazione legale, e tuttavia è stato denunciato allo stato civile come figlio legittimo, la sua legittimità può essere contestata sempre, e da chiunque vi abbia interesse.

La prova della filiazione legittima. Il titolo di stato

Vi è l'esigenza che la filiazione sia documentata pubblicamente ed ufficialmente.

Vi provvedono gli uffici di stato civile, redigendo gli atti di nascita e assicurandone la conservazione e la pubblicità.

Quando l'atto di nascita documenta lo stato di figlio legittimo, ne costituisce il titolo (*titolo di stato*). In mancanza di esso, la filiazione legittima si prova dimostrando di essere stato sempre trattato e considerato come figlio legittimo (*possesso di stato*).

L'atto di nascita o, in sua mancanza, il possesso di stato, sono le prove per eccellenza della filiazione legittima.

L'atto di nascita e il possesso di stato

L'atto di nascita è il documento redatto dall'ufficiale dello stato civile in seguito alla dichiarazione della nascita o all'accertamento giudiziario di questa.

L'atto di nascita deve contenere anche l'indicazione dei genitori. Quest'indicazione è obbligatoria se la nascita è da unione legittima.

Se l'atto di nascita contiene l'indicazione della madre, esso documenta la maternità. Per completare la prova della filiazione legittima occorre però anche che sia provato il matrimonio, il concepimento durante il matrimonio e la paternità del marito.

Se manca questo titolo, basta il possesso continuo dello stato di figlio legittimo (**art. 236 c.c.**): una situazione di fatto, cioè, che consiste nell'essere stato sempre trattato e considerato come figlio legittimo. La persona deve avere sempre portato il cognome del padre che pretende di avere; deve essere stata sempre trattata da costui come figlio e, come tale, mantenuta ed educata; deve essere stata considerata come figlio nei rapporti sociali e deve essere stata riconosciuta in detta qualità dalla famiglia (**art. 237 c.c.**).

Se, come accade normalmente, l'atto di nascita di figlio legittimo si accompagna a un conforme possesso di stato, la prova della filiazione legittima ha una forza particolare.

Se invece titolo e possesso di stato si contraddicono, perché indicano due diverse coppie di genitori, prevale l'atto di nascita.

Le azioni di stato legittimo

Le azioni di stato di filiazione si distinguono in azioni reclamo e i azioni di contestazione.

L'azione di reclamo di legittimità spetta a chi sia stato generato nel matrimonio da una determinata coppia di coniugi e tuttavia manchi di un titolo di stato corrispondente; l'azione tende ad ottenere una sentenza che dichiari l'esistenza dello stato reclamato e ne costituisca il relativo titolo.

Di contro stanno le azioni che contestano lo stato di filiazione legittima risultante da un atto di nascita o da un possesso di stato, negando l'esistenza di uno dei presupposti della legittimità: la maternità, il matrimonio della madre, il concepimento durante il matrimonio, la paternità del marito.

La legge distingue le azioni che attacchino uno di primi tre presupposti (azioni di *contestazione di legittimità* in

senso stretto) da quella che neghi la paternità del marito (*disconoscimento di paternità*): quelle possono venire esercitate da chiunque vi abbia interesse e senza limiti di tempo (**art. 248 c.c.**); questa può essere esercitata solo in ipotesi determinate, solo da uno dei coniugi o dal figlio stesso ed entro termini di decadenza (**artt. 233, 235, 244 c.c.**).

Le azioni di contestazione di legittimità

La maternità risultante da un atto di nascita o da un possesso di stato può non essere vera in due tipi di ipotesi.

Prima ipotesi: vi è stata sostituzione di neonato, fortuita o volontaria.

Seconda ipotesi: la madre apparente ha fatto figurare un parto, in realtà inesistente, e ha fatto figurare come proprio un figlio altrui, per realizzare così una sorta di adozione di parto (*supposizione di parto*).

Nell'uno caso e nell'altro è ammessa la contestazione della legittimità.

La legittimità può essere contestata, poi, dimostrando che il matrimonio della madre è inesistente o nullo. L'azione è però preclusa nell'ipotesi prevista dall'**art. 240 c.c.**

Si può contestare la legittimità dimostrando che il figlio è nato prima della celebrazione del matrimonio, anche se la nascita figura come successiva al matrimonio stesso, oppure dimostrando che il figlio è nato dopo trecento giorni dallo scioglimento o annullamento del matrimonio o dall'inizio della separazione legale, anche se la nascita figura come anteriore o se comunque il figlio è stato dichiarato come legittimo.

L'azione per contestare la legittimità spetta a chi dall'atto di nascita del figlio appare suo genitore, e a chiunque vi abbia interesse. Può venire esercitata senza limiti di tempo. Nel giudizio devono essere presenti il figlio ed entrambi i genitori.

L'azione di reclamo della legittimità

Chi sia stato generato nel matrimonio e tuttavia manchi dell'atto di nascita e del possesso di stato, o sia stato iscritto sotto falsi nomi o come nato da genitori ignoti, può agire in giudizio per fare accertare la sua filiazione legittima.

Per provare il rapporto di filiazione legittima, il figlio dovrà innanzi tutto provare la maternità (normalmente provata per testimoni).

Oltre alla maternità occorre che sia dimostrato il matrimonio della madre, il concepimento nel matrimonio e la paternità del marito.

Il matrimonio si prova presentando l'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile (**art. 130 c.c.**).

Per quanto riguarda la data del concepimento, vale la presunzione dell'**art. 232 c.c.**

Una volta provata la maternità, il matrimonio e il concepimento nel matrimonio, la maternità del marito si presume. Questa presunzione non ha però una forza analoga a quella che avrebbe avuto se tutto si fosse svolto regolarmente e la nascita fosse stata denunciata allo stato civile con l'indicazione dei genitori legittimi: perciò l'**art. 243 c.c.** consente al marito di dare la prova contraria con qualsiasi mezzo, anche se non ricorra nessuna delle ipotesi nelle quali l'**art. 235 c.c.** consente il disconoscimento di paternità.

LA FILIAZIONE NATURALE

Il rapporto giuridico di filiazione naturale

Le cose stanno diversamente se il figlio è stato generato da un uomo e una donna non sposati fra loro. In tal caso, non solo il padre, ma anche la madre ha facoltà di non riconoscere il figlio, il quale dovrà allora essere iscritto nei registri dello stato civile come nato da genitori ignoti.

Se il figlio è iscritto come nato da genitori ignoti, gli viene attribuito un cognome di fantasia.

Il figlio, se ha le prove e se ritiene opportuno agire, potrà far dichiarare giudizialmente la maternità o la paternità. In tal caso, come in quello di riconoscimento da parte del padre o della madre, sorge un rapporto giuridico di filiazione naturale riconosciuta: il figlio avrà allora, nei confronti del genitore, tutti i diritti e tutti i doveri di un figlio legittimo (**art. 261 c.c.**).

Il riconoscimento dei figli naturali

Il riconoscimento consiste nella dichiarazione solenne che una determinata persona è proprio figlio naturale.

Gli effetti si producono solo riguardo al genitore che fa il riconoscimento.

L'interesse del riconosciuto è garantito dalla necessità del suo assenso, se ha compiuto i sedici anni, o dell'assenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento, se il figlio non ha ancora i sedici anni di età. L'altro genitore non può rifiutare l'assenso, se il riconoscimento risponde all'interesse del figlio: contro il rifiuto arbitrario è dato ricorso al tribunale (**art. 250 c.c.**).

Il riconoscimento è fatto nell'atto di nascita, oppure per atto pubblico; oppure può essere contenuto in un

testamento, qualunque ne sia la forma (**art. 254 c.c.**). non può essere fatto dai genitori che non abbiano compiuti sedici anni (**art. 250 c.c.**).

Il riconoscimento è un atto personale, che può essere compiuto solo dal genitore, non da un suo rappresentante, né dai suoi eredi. Non tollera condizioni o termini, o altre clausole dirette a limitarne gli effetti; tali clausole si hanno per non apposte (**art. 257 c.c.**).

Se una persona ha lo stato di figlio legittimo di due coniugi non può essere riconosciuta come figlio naturale da altra persona (**art. 253 c.c.**), almeno finché lo stato di legittimità non sia eliminato in seguito a disconoscimento di paternità o a una contestazione di legittimità.

Non è ammissibile, di regola, il riconoscimento di figli incestuosi.

Il riconoscimento è irrevocabile. Se contenuto in un testamento ha effetto dal tempo della morte del testatore, anche se il testamento sia stato revocato (**art. 256 c.c.**).

Veniamo alle altre cause di invalidità. Il riconoscimento può essere nullo per difetto di forma o perché fatto in violazione di un divieto di legge.

Il riconoscimento è impugnabile per difetto di veridicità e per alcuni vizi del volere (incapacità di agire e violenza).

L'impugnazione per difetto di veridicità. La prova può essere data con ogni mezzo e desunta da ogni circostanza idonea a dimostrare in modo persuasivo che la persona riconosciuta non è figlia dell'autore del riconoscimento.

L'azione è imprescrittibile ed è concessa a chiunque vi abbia un interesse, morale o patrimoniale (**art. 263 c.c.**).

Il riconoscimento può essere impugnato per alcuni vizi della volontà: interdizione giudiziale (**art. 266 c.c.**), incapacità di intendere o di volere, violenza (**art. 265 c.c.**).

Non è ammessa, invece, l'impugnazione per errore o per dolo. È ammessa l'impugnazione per difetto di veridicità. L'errore è irrilevante se non cade sull'effettiva esistenza del rapporto di filiazione, bensì su altre circostanze. Il difetto di veridicità rende invalido il riconoscimento anche se l'autore di questo non versò mai in errore.

L'azione di annullamento per incapacità di agire o per violenza spetta solo all'autore del riconoscimento, la cui volontà fu viziata, e va esercitata entro un certo termine (**artt. 265, 266 c.c.**).

La dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturale

Se il padre o la madre non hanno riconosciuto il figlio naturale, questi può agire in giudizio per far dichiarare la paternità o la maternità.

L'azione è preclusa quando il riconoscimento è vietato perché in contrasto con lo stato di figlio legittimo nel quale si trovi l'attore.

Il figlio incestuoso può agire per la dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità anche nei casi in cui a norma dell'**art. 251 c.c.** il riconoscimento sia vietato.

La legge dispone che il giudizio debba essere preceduto da una fase preliminare, non pubblica, nella quale il tribunale valuti se concorrono specifiche circostanze tali da far apparire l'azione giustificata e dunque ammissibile (**art. 274 c.c.**).

La prova della paternità o della maternità può essere data con ogni mezzo. La maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, che si sostiene essere la madre.

Per la prova della paternità occorre in primo luogo accertare la maternità e poi provare che il preteso padre abbia avuto rapporti sessuali con la madre nel periodo del concepimento. Questa circostanza non è però sufficiente. Occorrerà perciò eliminare questo dubbio dimostrando, per esempio, che la madre e il preteso padre convivevano in circostanze tali da far presumere la fedeltà. In ogni caso le prove biologiche possono provare o escludere la paternità. Tuttavia la possibilità di accertamento mediante prove biologiche è alquanto limitata dall'attuale legge processuale, la quale non ne consente l'esecuzione coattiva sulla persona che non vi si voglia assoggettare (**art. 118 c.p.c.**).

La paternità naturale può essere dimostrata anche mediante prove indirette.

La sola dichiarazione della madre non costituisce prova della paternità naturale (**art. 269 c.c.**).

Occorre in ogni caso che la prova sia tale da non lasciare sussistere nessun ragionevole dubbio.

Lo stato di figlio naturale riconosciuto

Riconoscimento e dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale attribuiscono al figlio un insieme di diritti e doveri che costituiscono lo stato di figlio naturale riconosciuto (**artt. 258 ss., 277 c.c.**).

I rapporti fra genitore e figlio naturale sono quasi identici a quelli derivanti dalla filiazione nel matrimonio.

Il genitore naturale ha, nei confronti del figlio, tutti i doveri che ha nei confronti dei figli legittimi (**art. 261 c.c.**): deve mantenerlo, educarlo, istruirlo, esercitando a questo scopo la potestà di genitore. Se il figlio è riconosciuto da entrambi i genitori, e questi convivono, la potestà è esercitata da entrambi, analogamente a quanto avviene nel matrimonio. Se non convivono, l'esercizio della potestà è disciplinato da regole sostanzialmente analoghe a quelle applicabili nella separazione dei coniugi (**art. 317-bis c.c.**).

Il figlio assume il cognome del genitore naturale che lo ha riconosciuto o che è stato giudizialmente accertato. Se la maternità è stata riconosciuta per prima, il figlio, avendo portato per qualche tempo il cognome della madre, può avere interesse a conservarlo: perciò la legge gli attribuisce la facoltà di decidere se vuole assumere il cognome del padre, o se vuole aggiungerlo o sostituirlo a quello della madre (**art. 262 c.c.**).

Fra figlio e genitore naturale vi sono obblighi alimentari reciproci (**art. 433 c.c.**).

Il figlio acquista, nei confronti del genitore naturale e dei suoi ascendenti, diritti successori quantitativamente identici a quelli dei figli legittimi. Il genitore naturale, a sua volta, acquista diritti successori nei confronti del figlio.

Ci sono, però, alcune differenze tra la situazione giuridica del figlio naturale riconosciuto e quella del figlio legittimo.

Alcune sono conseguenza necessaria della mancanza di matrimonio tra i genitori. Può accadere che il figlio sia riconosciuto dalla sola madre e allora porta il cognome di questa.

Altre diversità sono volute dalla legge. Il genitore naturale ha, nei confronti del figlio, diritti successori minori di quelli che avrebbe se fosse genitore legittimo: infatti può succedergli in mancanza di testamento, ma non ha diritti di successione necessaria contro la volontà del figlio (**art. 536 c.c.**).

Il figlio naturale non ha pieni rapporti giuridici con i parenti del suo genitore, tranne gli ascendenti e tranne alcune altre eccezioni ad effetti limitati. Il riconoscimento, quindi, crea uno stato di filiazione, ma non uno stato di famiglia.

Il rapporto di sangue è comunque rilevante come impedimento al matrimonio e al riconoscimento dei figli incestuosi.

La filiazione incestuosa

Figli incestuosi sono quelli nati da persone tra le quali esista un vincolo di parentela anche soltanto naturale, in linea retta all'infinito, o in linea collaterale nel secondo grado, oppure un vincolo di affinità in linea retta.

L'**art. 251 c.c.** vieta il riconoscimento di figli incestuosi, salvo che al tempo del concepimento il genitore ignorasse il vincolo di parentela o di affinità, o che sia stato dichiarato nullo il matrimonio da cui deriva l'affinità.

Se il figlio vuole lo stato giuridico di filiazione, il suo diritto non può essere escluso in considerazione del fatto dei suoi genitori.

La legittimazione

La legittimazione attribuisce al figlio naturale la stessa situazione del figlio legittimo.

La differenza fra riconoscimento e legittimazione consiste principalmente nel fatto che quest'ultima istituisce rapporti familiari del legittimato con tutti i parenti del genitore, e in primo luogo con i propri fratelli.

La legittimazione può avvenire per susseguente matrimonio dei genitori, oppure per provvedimento del giudice (**art. 280 c.c.**).

La legittimazione per susseguente matrimonio è destinata ad operare nelle situazioni in cui un uomo e una donna, dopo aver avuto un figlio, rendono regolare la loro situazione unendosi in matrimonio.

La legittimazione risulta qui dalla somma di due elementi: il riconoscimento e il matrimonio (**art. 283 c.c.**).

La legittimazione per matrimonio avviene automaticamente non appena se ne siano verificati i presupposti.

La legittimazione per provvedimento del giudice è consentita quando vi sia l'impossibilità o almeno un gravissimo ostacolo a legittimare il figlio per susseguente matrimonio.

La legittimazione chiesta da uno solo dei genitori produce effetto solo rispetto a questo.

La legittimazione non è ammessa, ovviamente, nei casi in cui non è consentito il riconoscimento (**art. 281 c.c.**). Il figlio legittimato ha la stessa situazione del figlio legittimo, ma l'acquista con effetto non retroattivo (perciò non potrà partecipare, ad esempio, alla successione legittima di un fratello già deceduto).

LA PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

La procreazione medicalmente assistita

Le coppie che non riescono ad avere figli possono trovare un aiuto in tecniche mediche, grazie alle quali il

concepimento può avvenire anche senza l'unione sessuale tra uomo e donna. Queste tecniche prendono il nome di procreazione medicalmente assistita.

La legge consente che vi si faccia ricorso solo quando vi sia un problema di sterilità o mancanza di fertilità che non possa essere superato con metodi terapeutici efficaci.

Se ne possono avvalere le coppie di persone maggiorenni, di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile ed entrambe viventi.

È vietata la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, che utilizzi cioè, gameti di persone diverse dai futuri genitori.

È permessa sia la fecondazione in vivo che la fecondazione in vitro: la prima prevede che l'incontro dei gameti, maschile e femminile, avvenga nell'utero della donna; la seconda, invece, si ha quando l'incontro dei gameti avviene in provetta, per la formazione di un embrione destinato ad essere poi impiantato nel grembo materno. Possono essere formati non più di tre embrioni, che devono essere subito impiantati: è dunque vietata la crioconservazione degli embrioni per poi destinarli ad un impianto successivo.

I figli nati da procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi, se i genitori sono coniugati; di figli naturali riconosciuti, se i genitori sono conviventi.

L'ADOZIONE

L'affidamento dei minori

Quando il minore sia solo temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, conviene che egli sia affidato a chi provveda a mantenerlo, educarlo ed istruirlo, nell'attesa del suo ritorno, se possibile, in seno alla famiglia d'origine.

Il minore deve essere preferibilmente affidato a un'altra famiglia, possibilmente con figli minori, o ad una persona singola. Qualora ciò non sia possibile, il minore può essere inserito in una comunità di tipo familiare. L'affidamento familiare è disposto dal servizio sociale se vi è il consenso dei genitori; altrimenti dal tribunale per i minorenni. In ogni caso deve essere sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici, o anche di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento.

Il provvedimento di affidamento familiare deve definire i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario, il servizio locale cui è attribuita la vigilanza e il periodo di presumibile durata dell'affidamento che, si precisa, non può superare la durata di ventiquattro mesi.

L'affidatario deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione.

Se i genitori non sono decaduti dalla potestà, né hanno tenuto una condotta pregiudizievole al figlio che abbia determinato l'applicazione dell'**art. 333 c.c.**, l'affidatario deve tener conto delle loro indicazioni.

Il servizio sociale svolge opera di sostegno educativo e psicologico, agevola i rapporti con la famiglia di provenienza e il rientro in essa del minore.

L'affidamento familiare cessa con provvedimento della stessa autorità che lo ha disposto, valutando l'interesse del minore, quando sia venuta meno la situazione di difficoltà temporanea della famiglia di origine che lo ha determinato, oppure nel caso in cui la prosecuzione di esso rechi pregiudizio al minore.

Se invece, decorso il periodo per il quale l'affidamento è stato disposto, le difficoltà della famiglia di origine permangono, il tribunale dei minorenni, su richiesta del giudice tutelare, dispone gli ulteriori provvedimenti opportuni nell'interesse del minore.

L'adozione

L'adozione è consentita alle coppie di coniugi in favore dei minori abbandonati e perciò dichiarati in stato di adottabilità: essa attribuisce all'adottato lo stato di figlio legittimo degli adottanti e fa cessare i suoi rapporti giuridici con la famiglia d'origine.

Non è permessa anche alle persone sole, ma solo alle coppie di coniugi. La presenza di figli legittimi non è di ostacolo all'adozione e sono consentite ai medesimi coniugi più adozioni anche con atti successivi.

Si richiede che il matrimonio degli adottanti sussista da almeno tre anni, che fra essi non vi sia né vi sia stata negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto e che essi siano idonei ad educare e istruire ed in grado di mantenere i minori che intendono adottare.

Si richiede che l'età degli adottanti superi di almeno diciotto anni quella dell'adottando. La differenza d'età non può, di regola, essere superiore ai quarantacinque anni.

L'attuale adozione dei minori fa cessare i rapporti giuridici dell'adottato con la famiglia d'origine: restano fermi solo i divieti matrimoniali. Qualunque attestazione di stato civile riferita all'adottato deve essere rinascita con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla

maternità del minore.

Le informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici possono essere fornite ai genitori adottivi, su autorizzazione del tribunale dei minorenni, se sussistono gravi motivi; possono inoltre essere fornite, su semplice richiesta, all'adottato che abbia compiuto i venticinque anni. In ogni caso l'accesso alle informazioni non è consentito quando la madre abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata.

Il procedimento di adozione consiste in due fasi.

Nella prima si decide se il minore possa essere adottato: in questa fase è consentito ai genitori di opporsi alla dichiarazione dello stato di adattabilità, mentre ancora non sono individuati i possibili adottanti.

Una volta dichiarato lo stato di adattabilità si apre la seconda fase: qui entrano in scena gli adottanti e viene pronunciata l'adozione, senza che i genitori possano opporvisi.

Possono essere dichiarati in stato di adattabilità i minori in situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi.

Lo stato di adattabilità è dichiarato dal tribunale con una procedura che consente ai genitori ogni possibilità di opporsi dimostrando che lo stato di abbandono non sussista: lo stato di adattabilità non può pronunciarsi quando la mancanza di assistenza sia dovuta a forza maggiore di carattere transitorio.

Dopo che la dichiarazione di adattabilità è divenuta definitiva, il minore può venire affidato a una coppia di coniugi che abbia domandato l'adozione, prescelti dal tribunale in base a una indagine circa l'attitudine ad educare il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti e i motivi per i quali essi desiderano l'adozione.

Deve essere sentito il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento; se ha compiuto gli anni quattordici il suo consenso è necessario.

Se l'affidamento preadottivo dimostra un buon ambientamento del minore nella famiglia dei coniugi affidatari, al termine del periodo di affidamento viene pronunciata l'adozione. Anche qui occorre l'espresso consenso del minore che abbia compiuto gli anni quattordici; deve essere sentito il minore che abbia compiuto gli anni dodici e, se opportuno, anche il minore di età inferiore.

L'adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottanti, dei quali assume e trasmette il cognome. Al tempo stesso cessano i suoi rapporti verso la famiglia d'origine, salvi i divieti matrimoniali.

L'adozione di persone maggiori di età

L'adozione tradizionale, con la sua disciplina giuridica adeguata esclusivamente alla finalità di attribuire un successore a chi ne sia privo, resta permessa solo in favore delle persone maggiori di età.

È consentita a chi non abbia avuto discendenti legittimi, o li abbia perduti (**art. 291 c.c.**); ed è permessa anche a chi abbia discendenti legittimi o naturali, purché questi siano maggiorenni e diano il proprio consenso. Adottante può essere non solo una coppia di coniugi, ma anche una persona sola, purché non sposata, o non più sposata. Si richiede una differenza di almeno diciotto anni fra l'età dell'adottante e quella dell'adottato (**art. 291 c.c.**). Nessuno può essere adottato da più di una persona, salvo che i due adottanti siano marito e moglie (**art. 294 c.c.**). I figli nati fuori dal matrimonio non possono essere adottati dai loro genitori (**art. 293 c.c.**).

Per l'adozione si richiede il consenso dell'adottante e dell'adottando (**art. 296 c.c.**).

È necessario, inoltre, l'assenso dei genitori e dell'eventuale coniuge dell'adottante, se questi è coniugato. L'assenso del coniuge non è necessario se vi è separazione legale. Se l'assenso è negato dai genitori dell'adottando, o dal coniuge, non convivente, dell'adottante o dell'adottando, il tribunale può pronunciare ugualmente l'adozione, se ritiene il rifiuto ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando.

Il consenso deve essere manifestato davanti al presidente del tribunale.

Il figlio adottivo succede all'adottante al pari di un figlio legittimo e ne assume il cognome antepoendolo al proprio. Fra adottante e adottato possono sussistere obblighi alimentari, quando ne ricorrano i presupposti. L'adozione crea inoltre alcuni impedimenti matrimoniali.

Differenze rispetto alla filiazione legittima: l'adottante non ha diritti di successione nei confronti dell'adottato (**art. 304 c.c.**); l'adottato non ha rapporti giuridici con la famiglia dell'adottante, salvo alcuni impedimenti matrimoniali, e l'adottante non ha rapporti giuridici con la famiglia dell'adottato (**art. 300 c.c.**). L'adottato conserva i rapporti con la famiglia d'origine (**art. 300 c.c.**).

L'adozione può essere revocata per indegnità dell'adottato o dell'adottante (**artt. 305-307 c.c.**).

Capitolo 68 - GLI ALIMENTI

Gli alimenti

L'obbligo di prestare gli alimenti deriva normalmente dal matrimonio, dalla filiazione legittima, naturale o

adottiva, o da un rapporto sufficientemente prossimo di parentela o di affinità: esso è manifestazione di un dovere di solidarietà familiare.

Vi è anche un'ipotesi di obbligo alimentare imposto al di fuori della famiglia: è quello del donatario, il quale è tenuto, nei limiti del valore della donazione tuttora esistente nel suo patrimonio, a prestare gli alimenti al donante che sia caduto in stato di bisogno (**artt. 437, 428 c.c.**).

L'obbligazione alimentare non va confusa con l'obbligo di contribuzione reciproca dei coniugi (**art. 143 c.c.**): è un obbligo, quest'ultimo, che si attua normalmente nella vita in comune e la cui misura è data perciò dal comune tenore di vita.

L'obbligazione alimentare non va confusa con l'obbligo dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli (**art. 147 c.c.**), né con l'obbligo del figlio di contribuire al mantenimento della famiglia finché convive con essa (**art. 315 c.c.**).

L'obbligazione alimentare presuppone in primo luogo che il beneficiario si trovi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento (**art. 438 c.c.**). Gli alimenti non gli sono dovuti se la salute, l'età e le circostanze gli permettono di lavorare per mantenersi, e neppure se possiede beni che, seppur improduttivi, si possano facilmente vendere per trarne mezzi di sostentamento. Non importa, invece, che lo stato di miseria possa essere derivato da sua colpa.

Occorre, in secondo luogo, che l'obbligato disponga di risorse sufficienti, per provvedere ai bisogni del beneficiario, al di là di quelle che gli sono necessarie per mantenere sé stesso e la propria famiglia.

Fra i diversi obbligati alla prestazione degli alimenti la legge stabilisce una graduatoria.

Viene al primo posto il donatario, il quale è tenuto con precedenza su ogni altro obbligato, a meno che si tratti di donazione remuneratoria o a causa di matrimonio (**art. 437 c.c.**).

Seguono nell'ordine:

- Il coniuge
- I figli legittimi o legittimati o naturali o adottivi e, in loro mancanza, i discendenti prossimi, anche naturali
- I genitori e, in loro mancanza, gli ascendenti prossimi, anche naturali; gli adottanti
- I generi e le nuore
- Il suocero e la suocera
- I fratelli e le sorelle germani o unilaterali, con precedenza dei germani sugli unilaterali

La persona in stato di bisogno non può pretendere gli alimenti dai parenti o affini di una categoria ulteriore, se non quelli della categoria anteriore manchino, oppure non dispongano di risorse sufficienti.

Nel caso di concorso di obbligati di pari grado, ciascuno è tenuto in proporzione delle proprie condizioni economiche (**art. 441 c.c.**).

La misura degli alimenti è determinata in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle condizioni economiche di chi li deve somministrare. Si deve tendere ad assicurare al beneficiario tutto ciò che è necessario per la vita. Si tiene conto della posizione sociale del beneficiario (**art. 438 c.c.**).

Le prestazioni alimentari vanno al di là dello stretto necessario.

L'obbligo si adempie con il pagamento di un assegno periodico anticipato, salvo che l'obbligato preferisca accogliere e mantenere nella propria casa il beneficiario (**art. 443 c.c.**). L'autorità giudiziaria può consentire un diverso modo di somministrazione.

Sopravvenute modificazioni delle circostanze possono determinare variazioni correlative all'obbligo stesso. Variazioni possono derivare anche da mutamenti del costo della vita, quando la prestazione sia adempiuta in danaro.

L'obbligo degli alimenti ha carattere strettamente personale, fondato com'è su rapporti familiari o su benefici ricevuti: perciò cessa con la morte dell'obbligato (**art. 448 c.c.**).

Il credito degli alimenti non può essere ceduto, né estinto per compensazione (**art. 447 c.c.**).

SEZIONE QUATTORDICESIMA LE SUCCESSIONI

Capitolo 69 - LE SUCCESSIONI: PRINCIPI GENERALI

L'oggetto del diritto delle successioni

Il diritto delle successioni deve in primo luogo designare le persone dei successori.

In secondo luogo deve regolare l'acquisto da parte dei successori, e in particolare, le condizioni alle quali essi diventano responsabili dei debiti del de cuius, i rimedi concessi ai creditori del de cuius per assicurare che il patrimonio ereditario sia destinato innanzi tutto alla soddisfazione dei loro crediti, la gestione del patrimonio

ereditario immediatamente dopo l'apertura della successione.

La libertà testamentaria e i suoi limiti

Libertà di disporre vi è, in primo luogo, e pienamente, quando manchino prossimi congiunti.

La tutela dei prossimi congiunti si realizza riservando ad essi determinati valori o quote del patrimonio. Ciò implica una limitazione della libertà testamentaria e della libertà di disporre con atti di donazione. I prossimi congiunti tutelati sono detti successori *necessari*; le regole che li tutelano contro gli atti di disposizione del de cuius costituiscono il sistema della *successione necessaria*.

Un'ulteriore complesso di norme regola la successione nel caso che il testamento manchi, o provveda solo per una parte del patrimonio. Queste costituiscono il sistema della *successione legittima*; i successori così designati sono detti successori *legittimi*

I caratteri generali delle successioni mortis causa nel diritto italiano

La Costituzione menziona le successioni mortis causa nell'ultimo comma dell'**art. 42 Cost.**

Quali principi si possono desumere da questa formulazione?

In primo luogo l'ammissibilità delle successioni mortis causa a favore di privati.

In secondo luogo il riconoscimento della libertà testamentaria e dei suoi limiti.

Successori legittimi sono il coniuge, i discendenti, gli ascendenti e gli altri parenti fino al sesto grado. Se mancano il coniuge e i parenti fino al sesto grado, succede lo Stato (**art. 586 c.c.**).

I limiti al potere di disposizione del cuius, previsti dalle norme sulle successione necessaria, tutelano invece solo i congiunti prossimi: il coniuge, i discendenti legittimi, naturali o adottivi, e gli ascendenti legittimi (**art. 536 c.c.**). A queste persone sono sempre riservati dei diritti nella successione, salvo che si siano rese indegne di succedere per determinate gravissime colpe verso il de cuius (**art. 463 c.c.**).

Nel rispetto dei limiti posti dalla legge a tutela dei prossimi congiunti, ciascuno può disporre liberamente del proprio patrimonio con disposizioni di ultima volontà.

Le successioni testamentarie non sono però frequenti.

Col testamento si possono non solo designare i successori, ma anche fissare i criteri di divisione dei beni fra i coeredi, in modo da assegnare a ciascuno secondo le sue capacità, inclinazioni e sentimenti (**art. 733 c.c.**). Il testatore può anche disporre che la divisione non abbia luogo prima che sia trascorso dalla sua morte un certo termine (**art. 713 c.c.**). Il testatore può inoltre nominare un esecutore testamentario, con l'incarico di curare che siano esattamente seguite le sue disposizioni (**artt. 700 ss. c.c.**).

Caratteristica fondamentale delle disposizioni di ultima volontà è quella di essere revocabili (**art. 679 c.c.**).

Successione a titolo universale e a titolo particolare

La distinzione tra successione a titolo universale e a titolo particolare è meramente economica e tecnica.

Erede, successore a titolo universale, è chi subentra al defunto nell'intero patrimonio o in una quota di esso.

Successore a titolo particolare, *legatario*, è chi acquista nella successione, uno o più diritti specifici.

L'erede risponde dei debiti ereditari, il legatario invece no.

Se si scopre l'esistenza di nuovi beni ereditari, questi spettano pro quota agli eredi e non ai legatari.

Capitolo 70 - LA SUCCESSIONE LEGITTIMA

Presupposto

Le norme della successione legittima trovano applicazione quando il testamento manchi, oppure non disponga dell'intero patrimonio ereditario: in quest'ultimo caso la successione legittima regola la trasmissione dei soli beni per i quali il testatore non abbia disposto.

I successori legittimi. La successione dei parenti

Sono successori legittimi: il coniuge, i discendenti, gli ascendenti e gli altri parenti fino al sesto grado (**artt. 565, 572 c.c.**). In linea di principio la presenza dei congiunti prossimi esclude il diritto successorio dei parenti più lontani. Se questi successori mancano, l'eredità si devolve allo Stato (**art. 586 c.c.**).

La successione del coniuge

Il coniuge consegue l'intero patrimonio solo se manchino discendenti, ascendenti, fratelli e sorelle (**art. 583 c.c.**): se mancano i successori del primo e del secondo ordine. Altrimenti consegue una quota, più o meno grande dell'eredità. Ha diritto alla metà dell'eredità se concorre con un figlio, a un terzo se concorre con più figli (**art. 581 c.c.**).

Questi diritti spettano anche al coniuge separato, salvo che la separazione sia stata a lui addebitata. In questo caso ha diritto solo ad un assegno vitalizio, se al momento dell'apertura della successione godeva degli

alimenti a carico del coniuge deceduto. L'assegno è commisurato alle sostanze ereditarie e alla qualità e al numero degli eredi legittimi e non è comunque di entità superiore a quella della prestazione alimentare che gli era dovuta (**artt. 585, 548 c.c.**).

La successione dei figli e dei genitori naturali

Nella successione legittima il figlio naturale riconosciuto succede al genitore in quote uguali a quelle spettanti ai figli legittimi (**art. 566 c.c.**). E il genitore naturale, reciprocamente, succede al figlio (**art. 578 c.c.**); L'omessa menzione del genitore naturale nell'elenco dei successibili contenuto nell'**art. 565 c.c.** è dovuta a un difetto di coordinamento.

La successione dello Stato

In mancanza del coniuge e dei parenti fino al sesto grado, l'eredità è devoluta allo stato.

Lo Stato non risponde dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dell'attivo ereditario (**art. 586 c.c.**).

Capitolo 71 - LA SUCCESSIONE TESTAMENTARIA

Il testamento: caratteri essenziali

Il testamento è un 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 (**art. 587 c.c.**).

Il testamento è un atto *revocabile*. Alla facoltà di revoca non si può in alcun modo rinunciare e ogni clausola o condizione contraria è nulla (**art. 679 c.c.**).

È nulla tanto l'istituzione contrattuale di erede, quanto l'impegno di disporre con testamento in favore di una determinata persona (*patti successori confermativi*). Non è consentito, a due o più persone, di redigere un testamento unitario che disponga delle sostanze di entrambi a vantaggio di un terzo o a vantaggio reciproco (*testamento congiuntivo o reciproco*). È nulla l'istituzione di erede o il legato disposto dal testatore a condizione di essere a sua volta avvantaggiato nel testamento dell'erede o del legatario (*condizione di reciprocità*).

Il testamento è un atto *personale*: non può essere redatto da un rappresentante, né può far dipendere da un terzo l'indicazione dell'erede o la determinazione della quota di eredità (**art. 631 c.c.**).

Il testamento è un negozio *unilaterale*. L'istituzione di erede e l'accettazione costituiscono due negozi unilaterali e non si fondano a costituire un negozio bilaterale.

La dichiarazione testamentaria *non è recettizia*.

Il testamento è un negozio *formale*: per la sua validità occorre il rispetto di determinate forme previste dalla legge.

La forma del testamento

Il testamento è un negozio solenne, per la validità del quale occorre il rispetto di determinate forme previste dalla legge.

Se non vi è intervento di notaio, il testamento deve essere *olografo*, cioè scritto per intero, datato e sottoscritto a mano dal testatore (**artt. 601, 602 c.c.**).

Il testamento per atto di notaio può essere pubblico o segreto.

Il testamento pubblico è redatto per iscritto dal notaio, dopo che il testatore, in presenza di due testimoni, gli ha dichiarato la sua volontà. Il notaio dà poi lettura dell'atto al testatore in presenza dei testimoni, dopo di che il testamento viene sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal notaio (**art. 603 c.c.**).

Il testamento segreto, sottoscritto dal testatore, è sigillato e dal testatore consegnato al notaio, in presenza di testimoni. Esso è conservato dal notaio, dal quale il testatore potrà in ogni tempo ritirarlo (**artt. 605 ss. c.c.**).

La volontà testamentaria: presupposti, vizi, accertamento, interpretazione

La valida formazione della volontà testamentaria presuppone la capacità di agire del testatore.

Sono incapaci di testare: i minori di età, gli interdetti per infermità di mente, gli incapaci naturali (**art. 591 c.c.**).

La volontà testamentaria può essere invalidata da errore, violenza e dolo (**art. 624 c.c.**): se il vizio di volontà ha influenzato solo singole disposizioni testamentarie, l'invalidità sarà limitata a queste.

Non si richiede che l'errore sia essenziale e riconoscibile: è necessario però, così come in tema di donazione, che il motivo, sul quale cade l'errore, risulti dall'atto e sia il solo che determinato il testatore a disporre (**art. 624 c.c.**).

Il formalismo testamentario implica che solo le disposizioni espresse nel testamento possono avere effetto.

L'interpretazione del testamento deve accertare la volontà che il testatore ha inteso esprimere.

Il contenuto del testamento: disposizioni a titolo universale e a titolo particolare

Il testamento può contenere disposizioni a titolo universale (istituzioni di erede) e disposizioni a titolo particolare (legati).

L'erede subentra nell'intero patrimonio, oppure in una quota aritmetica di esso comprendente non solo rapporti attivi, ma anche debiti.

Il legatario acquista uno o più diritti patrimoniali determinati e non risponde dei debiti ereditari.

L'oggetto del legato

Oggetto del legato può essere il diritto di proprietà su una cosa determinata o altro diritto già appartenente al defunto (*legato di specie*). In tal caso il diritto si trasmette al legatario automaticamente, al momento dell'apertura della successione. Il legatario deve però domandare all'erede la consegna della cosa (**art. 649 c.c.**).

Se invece il legato ha per oggetto una certa quantità di cose determinate solo nel genere (*legato di quantità o di genere*), il legatario acquista un corrispondente diritto di credito nei confronti dell'erede o del legatario al quale il testatore ha imposto la prestazione.

Se il testamento non dispone in proposito, il legato è a carico di tutti gli eredi (**art. 662 c.c.**). L'erede o legatario tenuto all'adempimento del legato è detto *onerato*.

Come per i debiti ereditari, così anche per l'adempimento dei legati l'erede risponde illimitatamente, salvo che abbia accettato con beneficio d'inventario (**art. 490 c.c.**). Se invece l'adempimento del legato è posto a carico di un altro legatario (*sublegato*), questi vi è tenuto solo entro i limiti del valore di ciò che ha conseguito (**art. 671 c.c.**).

Condizione, termine, modo

Le disposizioni a titolo universale non possono essere sottoposte a termine, iniziale o finale.

Un termine può invece essere apposto al legato: sia che si tratti di un termine iniziale, sia che si tratti di un termine finale.

Istituzioni di erede e legati possono farsi sotto condizione sospensiva o risolutiva (**art. 633 c.c.**). La condizione illecita o la condizione sospensiva impossibile non rendono sempre nulla la disposizione, ma solo quando esprimano l'unico motivo che ha determinato il testatore a disporre (**artt. 634, 626 c.c.**).

Tanto all'istituzione di erede quanto al legato può essere apposto un onere (**art. 647 c.c.**). Il testatore può imporre all'erede o al legatario un determinato comportamento, per realizzare un interesse di natura ideale, per attribuire un beneficio ad un'intera categoria di persone o a una persona ancora indeterminata, o per attribuire a una persona determinata un beneficio diverso dal lascito di un legato.

Mentre il legatario al pari del donatario è tenuto all'adempimento dell'onere solo entro i limiti del valore di ciò che ha ricevuto (**art. 671 c.c.**), questo limite non vale per l'erede.

Invalidità del testamento

Il testamento invalido può essere *nullo* o *annullabile*.

Sono causa di *nullità* i difetti di forma che escludono o rendono incerta l'autenticità delle disposizioni.

Sono nulli i testamenti congiuntivi o reciproci (**art. 589 c.c.**), le disposizioni indeterminate (**art. 628 c.c.**) e, di regola, quelle rimesse all'arbitrio di un terzo (**artt. 631, 632 c.c.**). Sono nulle, infine, le disposizioni illecite.

Quanto all'*annullabilità*, essa può derivare, oltre che da vizi minori di forma, da incapacità di agire del testatore o da errore, violenza o dolo.

L'azione di nullità, puramente dichiarativa, può essere esercitata in qualsiasi tempo.

L'azione di annullamento va esercitata entro un termine di prescrizione quinquennale.

Sia l'una che l'altra azione può essere esercitata da chiunque vi abbia interesse.

Revocazione del testamento

Le disposizioni testamentarie possono essere revocate in ogni momento. La revocazione può essere *esplicita* oppure *implicita*.

Esplicita, se con un nuovo testamento il testatore dichiara di revocare, in tutto o in parte, la disposizione anteriore (**art. 680 c.c.**).

Implicita, se disposizioni di un testamento posteriore sono incompatibili con quelle di un testamento anteriore: in tal caso sono revocate solo le disposizioni anteriori incompatibili (**art. 682 c.c.**).

Se la revocazione esplicita viene a sua volta esplicitamente revocata, rivivono le disposizioni iniziali (**art. 681 c.c.**).

Se il testamento olografo è stato distrutto, lacerato o cancellato, in tutto o in parte, si presume che ciò sia

avvenuto ad opera del testatore, il quale abbia voluto revocare il testamento (revoca presunta). L'alienazione o la radicale trasformazione della cosa legata implica la revoca del legato, salva la prova di una diversa volontà del testatore (**art. 686 c.c.**).

Revocazione per sopravvenienza di figli

Il testamento perde efficacia se sopravvengono figli o discendenti o se si accerta l'esistenza di figli o discendenti ignorati dal testatore al tempo in cui ha redatto le sue ultime volontà. Si deve trattare di figli o di discendenti legittimi, legittimati o adottivi, o di figli naturali riconosciuti.

L'esecutore testamentario

Il testatore può nominare uno o più esecutori testamentari, scegliendoli anche tra gli eredi o i legatari (**artt. 700, 701 c.c.**). L'esecutore testamentario, se accetta l'ufficio, deve curare che siano esattamente eseguite le disposizioni risultanti dal testamento, egli amministra il patrimonio ereditario, prendendo possesso dei beni che ne fanno parte, adempie le obbligazioni ed i legati e consegna all'erede i beni dell'eredità che non sono necessari all'esercizio del suo ufficio.

Il possesso dei beni ereditari da parte dell'esecutore non può durare più di un anno dalla dichiarazione di accettazione, salvo che l'autorità giudiziaria, per motivi di evidente necessità, sentiti gli eredi, ne prolunghi la durata, che non potrà mai superare un altro anno.

Capitolo 72 - LA SUCCESSIONE NECESSARIA

Il diritto alla legittima

Le norme sulla successione necessaria esprimono principi inderogabili a tutela dei congiunti più stretti: il coniuge, i discendenti legittimi o naturali, gli ascendenti legittimi. A queste persone (*legittimari*) la legge riserva determinate porzioni del patrimonio del de cuius (*quote di legittima*), anche contro la volontà di questo.

La successione necessaria può sovrapporsi non solo alla successione testamentaria, ma anche a quella legittima.

Se i suoi diritti sono stati lesi, il legittimario potrà agire in primo luogo contro gli eredi e i legatari, al fine di ridurre gli acquisti di costoro e conseguire così una quota (o anche la totalità) del patrimonio ereditario.

Se poi anche l'acquisto dell'intera eredità con la completa eliminazione dei legati non è sufficiente per soddisfare il suo diritto, egli potrà agire anche contro i donatari.

Le quote dei legittimari

A favore del *coniuge*, quando manchino discendenti, è riservata la metà del patrimonio del de cuius.

Anche quando concorra con altri chiamati, gli sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano (**art. 540 c.c.**).

Questi diritti spettano anche al coniuge separato, salvo che la separazione sia stata a lui addebitata. In questo caso ha diritto solo all'assegno vitalizio.

Ai *figli* la legge riserva metà del patrimonio del genitore, se questi lascia un figlio solo, e complessivamente i due terzi, se i figli sono più; in quest'ultimo caso la quota complessivamente riservata si divide in parti uguali tra i figli stessi (**art. 527 c.c.**).

Se i figli concorrono con il coniuge, le porzioni riservate a quelli e a questo si comprimono un poco (**art. 542 c.c.**).

I diritti riservati ai figli naturali sono uguali a quelli dei figli legittimi. Nel caso di concorso degli uni con gli altri, ai figli legittimi è attribuita la *facoltà di commutazione* (**art. 537 c.c.**).

Ai figli naturali non riconoscibili spetta un assegno vitalizio pari a quello della successione legittima (**art. 594 c.c.**).

Sono legittimari anche gli ascendenti *legittimi*, ma solo se mancano figli (**art. 538 c.c.**).

Il calcolo della legittima

La porzione spettante ai legittimari deve essere determinata tenendo conto non solo del patrimonio del de cuius al tempo dell'apertura della successione, ma anche dei beni che egli abbia donato in precedenza.

Occorre in primo luogo calcolare il *relictum*, cioè il valore netto del patrimonio lasciato dal de cuius, pari al valore delle attività (beni e crediti meno il valore delle passività (debiti)). Al relictum si aggiunge il *donatum*, cioè il valore di tutte le donazioni fatte in vita dal de cuius. Quest'operazione si chiama *riunione fittizia*.

Sull'asse così formato si calcola la porzione di cui il defunto poteva disporre e quella riservata invece ai legittimari.

Se il de cuius lascia un solo figlio, a questo è riservata metà dell'ammontare così determinato.

Salva un'eventuale diversa disposizione del de cuius, le donazioni si considerano come anticipazioni della porzione legittima, e i legati costituiscono pure un modo di soddisfare i diritti del legittimario (**art. 564 c.c.**).

L'azione di riduzione

Al legittimario leso la legge concede un'azione per ridurre le disposizioni lesive e reintegrare la quota che gli è riservata.

Ogni rinuncia preventiva all'azione di riduzione è nulla; ma una volta che l'azione sia sorta, con l'apertura della successione, essa è rinunciabile (**art. 557 c.c.**).

L'azione è rivolta contro le disposizioni testamentarie e le donazioni.

L'azione di riduzione deve rivolgersi dapprima contro le disposizioni testamentarie e poi, se ciò non basta, contro le donazioni, a partire dall'ultima in ordine di tempo. L'ordine delle donazioni viene ripercorso a ritroso, riducendole l'una dopo l'altra, fino ad arrestarsi quando la porzione legittima sia stata reintegrata (**artt. 555, 559 c.c.**).

Se il legittimario è stato pretermesso, o istituito erede in una quota insufficiente, la riduzione delle istituzioni di erede fa spazio alla sua vocazione, come erede, nella quota necessaria per assicurargli il valore che gli è riservato.

La riduzione ha l'effetto di rendere inefficace la disposizione lesiva, nella misura occorrente per reintegrare la porzione riservata; di conseguenza il legittimario potrà pretendere la restituzione dei beni da chi li possiede ormai senza titolo.

Capitolo 73 - VOCAZIONE, ACQUISTO, RAPPORTI FRA COEREDI **REGOLE COMUNI SULLA VOCAZIONE EREDITARIA**

La capacità di succedere

La designazione legale o testamentaria del successore ha effetto solo se questi è capace di succedere. Capacità di essere soggetto di rapporti successori.

La capacità di succedere spetta, in primo luogo, alle persone fisiche nate o concepite al tempo dell'apertura della successione.

Possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti (**art. 462 c.c.**).

Se il successore designato è stato concepito, ma non è ancora nato, il suo acquisto è subordinato alla condizione sospensiva che nasca vivo (**art. 1 c.c.**).

Sono capaci di succedere anche le società, le persone giuridiche, le associazioni, fondazioni e ogni altro ente munito di soggettività giuridica, anche se non riconosciuto.

L'indegnità

È escluso dalla successione come indegno chi abbia commesso determinate gravi colpe contro la persona del de cuius o dei suoi prossimi congiunti, o abbia compiuto determinati gravi illeciti contro la libertà testamentaria o il testamento del de cuius.

I casi di indegnità sono elencati dalla legge con un'elencazione tassativa: omicidio, istigazione al suicidio, tentato omicidio o grave calunnia contro il de cuius, oppure contro il coniuge, il discendente o l'ascendente di lui (**art. 463 c.c.**); comprende inoltre atti di violenza, di minaccia o di frode per influire sulla volontà testamentaria o per sopprimere, celare, alterare o falsificare il testamento (**art. 463 c.c.**).

L'indegno può essere riabilitato con una dichiarazione espressa in un atto pubblico o nel testamento (**art. 466 c.c.**).

Se il testatore ha disposto a favore dell'indegno, pur conoscendo la causa dell'indegnità, la disposizione ha effetto; ma l'indegno non succede oltre i limiti di tale disposizione (**art. 466 c.c.**).

Il problema della detenzione successiva. La sostituzione testamentaria

Può accadere che il soggetto istituito erede o legatario non possa succedere perché premorto al de cuius, o perché incapace, o indegno, o assente. Oppure può accadere che non voglia succedere, e perciò rinunci all'eredità o al legato, oppure lasci trascorrere il termine senza accettare.

Può darsi che il testatore abbia previsto quest'ipotesi e abbia designato, in subordine, un altro erede o legatario. Questa designazione è detta *sostituzione testamentaria*.

Ma se il testamento non provvede, oppure manca del tutto, occorre che l'erede o il legatario sia designato in base a criteri di legge. Operano allora le regole sulla rappresentazione e sull'accrescimento.

La rappresentazione

Se colui che non può o non vuole accettare l'eredità o il legato è figlio, fratello o sorella del de cuius, in suo luogo subentrano i suoi discendenti (**art. 467 c.c.**).

Colui che è designato per rappresentazione succede direttamente al de cuius.

L'accrescimento

Se mancano i presupposti della rappresentazione, o se il designato per rappresentazione non può o non vuole accettare l'eredità o rinuncia al legato, può farsi luogo all'*accrescimento*: la quota dell'erede o legatario mancante si devolve agli altri eredi o legatari chiamati congiuntamente in quote uguali (**artt. 674, 675 c.c.**).

La quota del rinunciante viene acquistata dai coeredi per accrescimento.

Perché avvenga l'accrescimento fra coeredi nella successione testamentaria occorre:

- Che più eredi siano stati istituiti nell'universalità dei beni o in una stessa quota, senza determinazioni di parti o in parti uguali (*coniunctio re*)
- Che siano stati istituiti con uno stesso testamento (*coniunctio verbis*)

L'accrescimento ha luogo anche tra più legatari ai quali sia stato legato uno stesso oggetto, salvo che dal testamento risulti una diversa volontà (**art. 675 c.c.**).

Un fenomeno di accrescimento può verificarsi, come s'è accennato, anche nella successione legittima. Quando la norma di legge applicabile designa più eredi in concorso tra loro, se uno di essi non può o non vuole accettare, la sua quota si accresce agli altri (**art. 522 c.c.**).

L'accrescimento consiste in un'espansione della quota attribuita al coerede (o al col legatario); esso procura perciò un acquisto unico accresciuto, e non già un secondo acquisto distinto e autonomo.

L'ordine di applicazione dei criteri successivi di devoluzione

Se vi è una valida sostituzione testamentaria, questa troverà applicazione con preferenza sui criteri seguenti.

In mancanza, si fa luogo preferibilmente alla rappresentazione.

In ulteriore subordine viene l'accrescimento.

Se mancano i presupposti dell'accrescimento, si fa luogo alla successione legittima, quando si tratti di un'istituzione di erede. Se si tratta, invece, di un legato, questo resta senza effetto, con vantaggio per l'onere.

La trasmissione della facoltà di accettare

Caso in cui l'erede muoia dopo il de cuius, ma senza avere ancora accettato né rinunciato.

Si supponga che Primo sia morto lasciando erede Secondo, il quale sia morto nel mese successivo senza essersi pronunciato in alcun modo circa l'accettazione e la rinuncia e lasciando proprio erede universale Terzo. In questo caso Terzo, se accetta il patrimonio ereditario di Secondo, trova in esso anche il diritto di accettare e conseguire l'eredità di Primo: si ha dunque una trasmissione ereditaria della facoltà di accettare.

L'ACQUISTO DELL'EREDITÀ E DEL LEGATO

L'acquisto dell'eredità

Il chiamato all'eredità può avere interesse a non conseguirla.

L'acquisto dell'eredità non è automatico: esso presuppone, di regola, l'accettazione da parte dell'erede (**art. 459 c.c.**).

Con l'accettazione, l'erede subentra al de cuius in tutti i rapporti attivi e passivi che costituiscono il patrimonio (o la quota di patrimonio) lasciategli.

L'effetto dell'accettazione risale al momento in cui si è aperta la successione (**art. 459 c.c.**).

Se l'eredità è accettata puramente e semplicemente, il patrimonio ereditario si confonde con quello dell'erede.

All'erede è concesso di limitare anche di limitare la propria responsabilità entro il valore dell'attivo, purché egli segua una particolare procedura, prevista dalla legge per tutelare i creditori del de cuius contro il pericolo che parte dei beni ereditari siano sottratti alle loro pretese. A questo scopo è necessario che egli accetti con beneficio d'inventario.

Talvolta l'acquisto dell'eredità è imposto al chiamato anche se questi non abbia accettato e talvolta perfino nonostante la sua rinuncia. Ciò accade, in primo luogo, quando egli nasconda o sottragga beni spettanti all'eredità (**art. 527 c.c.**).

Ipotesi che l'istituito erede resti per un certo tempo nel possesso dei beni ereditari, senza farne fare l'inventario con le garanzie di legge, oppure senza dichiarare se accetta o rinuncia.

Può accadere che il chiamato all'eredità rinunci ai diritti di successione contro il pagamento di un corrispettivo da parte di chi, essendo chiamato in subordine, si avvantaggi della sua rinuncia.

Ne segue la sua responsabilità nei confronti dei creditori del de cuius e il suo assoggettamento all'imposta di successione.

L'accettazione dell'eredità

L'accettazione dell'eredità è un negozio unilaterale e non recettizio: la circostanza che essa sia venuta a conoscenza di questa o quella persona determinata, e il momento in cui ciò sia avvenuto, non hanno nessuna influenza sulle questioni di acquisto dell'eredità.

Non tollera l'apposizione di un termine (art. 475 c.c.).

L'accettazione è nulla anche quando sia condizionata (art. 475 c.c.).

L'accettazione non può essere parziale (art. 475 c.c.).

L'accettazione è irrevocabile.

L'accettazione può essere espressa o tacita (art. 474 c.c.).

È espressa quando, in un atto pubblico o in una scrittura privata, il chiamato all'eredità ha dichiarato di accettarla, oppure si è qualificato come erede (art. 475 c.c.).

È tacita quando il chiamato all'eredità compie un atto che presuppone necessariamente la sua volontà di accettare e che non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede (art. 476 c.c.). Si tratta di un comportamento concludente.

Il diritto di accettare l'eredità si estingue per prescrizione con il decorso di dieci anni (art. 480 c.c.).

Trascorso questo termine senza che il chiamato abbia accettato l'eredità, egli decade dal diritto di accettare (art. 481 c.c.) e l'eredità potrà essere accettata dal chiamato in subordine.

L'accettazione dell'eredità si può impugnare per violenza o dolo, ma non per errore (artt. 482, 483 c.c.).

Il beneficio d'inventario

Per evitare il rischio di dover pagare debiti ereditari o legati anche oltre il valore dei beni lasciati dal de cuius, il chiamato all'eredità può accettare con beneficio d'inventario. In tal caso egli acquista l'eredità, ma la tiene separata dal proprio patrimonio (art. 490 c.c.).

Egli risponde dei debiti ereditari solo entro i limiti dell'attivo ereditario.

L'accettazione con beneficio d'inventario ha il seguente effetto ulteriore: i creditori dell'eredità e i legatari hanno preferenza sul patrimonio ereditario di fronte ai creditori dell'erede.

La distinzione dei due patrimoni impedisce che i crediti o debiti dell'erede verso il de cuius si estinguano per confusione.

Si concede all'erede il beneficio della limitazione della responsabilità per i debiti ereditari, in quanto egli segua una determinata procedura, disposta dalla legge a tutela dei creditori ereditari.

La procedura inizia con la dichiarazione di accettare con beneficio d'inventario. Questa dichiarazione è soggetta a pubblicità, deve essere trascritta presso l'ufficio dei registri immobiliari del luogo in cui si è aperta la successione (art. 484 c.c.). La dichiarazione deve essere preceduta o seguita dall'inventario, che è di importanza essenziale nella procedura.

L'erede che abbia accettato con beneficio d'inventario amministra il patrimonio ereditario anche nell'interesse dei creditori del defunto e dei legatari, ai quali deve rendere il conto (art. 496 c.c.), e nei confronti dei quali risponde, ma solo per colpa grave (art. 491 c.c.).

Il pagamento dei creditori e dei legatari può avvenire in uno dei tre modi seguenti:

- L'erede può pagare i creditori e i legatari man mano che si presentano. Esaurito l'asse ereditario, i creditori rimasti insoddisfatti hanno soltanto diritto di regresso contro i legatari, nei limiti del valore dei legati (art. 495 c.c.).
- Oppure l'erede può seguire una procedura concorsuale, in modo da assicurare a tutti parità di trattamento, e una soddisfazione proporzionale, salvo il rispetto delle cause legittime di prelazione.
- L'erede che non voglia assumersi il peso della liquidazione, può rilasciare tutti i beni ereditari ai creditori e ai legatari. In tal caso viene nominato un curatore, il quale provvede alla liquidazione e ai pagamenti con il criterio concorsuale.

La decadenza dal beneficio d'inventario può essere fatta valere solo dai creditori del defunto e dai legatari (art. 505 c.c.).

Le eredità devolute a incapaci legali, o a persone giuridiche, associazioni, fondazioni o enti non riconosciuti si possono accettare solo con beneficio d'inventario. Questa disposizione non si applica alle società (artt. 471-473 c.c.).

La separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede

La separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede è ammessa in favore dei creditori del de cuius (e

anche dei legatari), i quali temano un pregiudizio dalla confusione del patrimonio ereditario con quello dell'erede, quando quest'ultimo sia oberato di debiti.

I creditori del defunto e i legatari ottengono che i beni siano destinati al soddisfacimento delle loro pretese con preferenza rispetto ai creditori dell'erede.

I creditori e i legatari devono agire entro tre mesi dall'apertura della successione (**art. 516 c.c.**). La separazione di un bene immobile si attua mediante un'iscrizione nel registro immobiliare (**art. 518 c.c.**). Se si tratta invece di un bene mobile, la separazione si attua mediante un provvedimento del pretore (**art. 517 c.c.**).

I creditori del defunto e i legatari conservano la possibilità di agire anche sul patrimonio dell'erede (**art. 512 c.c.**). I creditori dell'erede si possono anch'essi soddisfare sui beni separati, dopo che siano stati soddisfatti i creditori del defunto e i legatari che hanno chiesto la separazione.

Non si ha qui una separazione, bensì semplicemente una *preferenza* dei creditori del defunto e dei legatari.

La separazione dei beni ha carattere particolare: essa opera, infatti, solo sui singoli beni per i quali sia stata specificamente esercitata.

La rinuncia all'eredità

La rinuncia all'eredità è un negozio unilaterale e non recettizio. Essa riguarda infatti una pluralità indeterminata di persone: non solo i chiamati in subordine, ma anche i creditori del defunto e, in generale, tutti i terzi che abbiano in qualche modo a che fare con il patrimonio del defunto.

La rinuncia all'eredità non può farsi prima dell'apertura della successione, perché urterebbe contro il divieto di patti successori (**art. 458 c.c.**); né può farsi dopo di avere accettato l'eredità.

La rinuncia è una dichiarazione formale, che deve essere ricevuta da un notaio o dal cancelliere del tribunale, e deve essere inserita nel registro delle successioni (**art. 519 c.c.**).

Non tollera l'apposizione di un termine o di una condizione, né può essere parziale, a pena di nullità.

La rinuncia da parte del chiamato all'eredità rende possibile l'acquisto dell'eredità stessa da parte del chiamato in subordine. Ma fino a che tale acquisto non sia avvenuto, il rinunciante conserva la possibilità di accettare l'eredità, così revocando la precedente rinuncia.

Al pari dell'accettazione di eredità, e per la medesima ragione, la rinuncia non è impugnabile per errore, mentre è impugnabile per violenza o dolo (**art. 526 c.c.**).

Acquisto del legato

Il legato si acquista senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare (**art. 649 c.c.**).

La volontà di accettare il legato è normale e si può presumere. Talvolta però si può avere interesse a non conseguire il legato.

È ammessa perciò la rinuncia al legato.

Chiunque vi abbia interesse può richiedere che l'autorità giudiziaria fissi un termine entro il quale il legatario dichiari se intende rinunciare al legato. Trascorso questo termine senza che abbia fatto alcuna dichiarazione, il legatario perde il diritto di rinunciare (**art. 650 c.c.**).

Il legatario diventa automaticamente, e al momento stesso dell'apertura della successione, creditore dell'onerato.

Poteri del chiamato prima dell'accettazione. Giacenza dell'eredità

Nel tempo che intercorre tra l'apertura della successione e l'accettazione da parte dell'erede occorre difendere il patrimonio ereditario contro il pericolo di disgregazione e di illecite appropriazioni o approfittamenti da parte di terzi.

La legge dispone che il chiamato all'eredità può, anche prima dell'accettazione, esercitare le azioni possessorie a tutela dei beni ereditari.

Se il chiamato non ha accettato l'eredità, ma è nel possesso di beni, si può presumere che l'eredità sarà difesa da lui stesso.

Se invece il chiamato non è nel possesso dei beni ereditari, occorre affidare a un curatore la difesa dell'eredità fino a quando essa sia accettata (*eredità giacente*).

Un trattamento analogo si fa all'eredità lasciata a un erede istituito sotto condizione sospensiva, oppure lasciata a un erede nascituro (**artt. 641 ss., 600 c.c.**).

La petizione dell'eredità. Gli acquisti dell'erede apparente

Accettata l'eredità, l'erede può chiedere il riconoscimento della sua qualità ereditaria contro chiunque possieda tutti o parte dei beni ereditari a titolo di erede, o senza titolo alcuno, allo scopo di ottenere la restituzione dei beni medesimi (**art. 533 c.c.**).

Quest'azione, che si chiama *petizione di eredità*, ha in comune con la rivendicazione la funzione recuperatoria, il carattere reale, l'imprescrittibilità. Con la rivendicazione si fa valere un diritto di proprietà, il quale va provato nei modi che abbiamo visto a suo luogo; per la petizione dell'eredità, invece, è sufficiente dimostrare la propria qualità di erede e la qualità ereditaria dei beni di cui si chiede la restituzione.

Se l'azione è accolta, il convenuto è condannato a restituire i beni.

Se, nel frattempo, un bene è stato alienato a un terzo, questi può avere bene acquistato in base al principio della tutela dell'affidamento (*acquisto dall'eredità apparente*). Quando l'acquisto del terzo è salvo, all'erede vero non resterà che rivolgersi contro l'eredità apparente: quest'ultimo, se di buona fede, sarà solo obbligato a riversare il prezzo o il corrispettivo ricevuto; se di malafede, sarà tenuto a risarcire ogni danno, il che può implicare il pagamento di una somma superiore al corrispettivo conseguito.

LA COMUNIONE EREDITARIA. LA DIVISIONE

La comunione ereditaria

Se l'eredità è acquistata da più coeredi, fra questi si forma una comunione.

Se un coerede vuole alienare la propria quota, o parte di essa, a un estraneo, gli altri coeredi hanno il diritto di essere preferiti, purché offrano un prezzo non inferiore a quello offerto dal terzo (*diritto di prelazione*).

I debiti e i crediti ereditari

i coeredi sono tenuti al pagamento dei debiti e pesi ereditari in proporzione delle rispettive quote e senza vincolo di solidarietà fra loro: se uno dei coeredi non paga la propria parte, il creditore non può chiederne il pagamento agli altri.

Il testatore può disporre diversamente, ma questa disposizione varrà solo nei rapporti interni fra gli eredi e non nei confronti del creditore (**artt. 752, 754 c.c.**): il debito non potrà dividersi tra gli eredi quando sia per sua natura indivisibile: in tal caso il creditore chiederà la prestazione a quel coerede che sia in condizione di eseguirla.

Se il debito ereditario è garantito da ipoteca, il coerede al quale sia stato attribuito il bene ipotecato può vedersi costretto a pagare oltre la parte a lui incombente, allo scopo di evitare l'esecuzione ipotecaria. In tal caso egli può ripetere l'eccedenza dai coeredi, entro i limiti della responsabilità di ciascuno (**art. 754 c.c.**).

Anche i crediti ereditari si dividono automaticamente tra i coeredi in proporzione delle rispettive quote.

La divisione ereditaria

Le regole sullo scioglimento della comunione in generale sono applicabili anche alla divisione ereditaria.

Il testatore può fissare criteri vincolanti circa la divisione ereditaria e può anche determinare quali beni vadano attribuiti a ciascun coerede: tali beni non cadono in comunione, ma sono acquistati in proprietà dai singoli eredi designati dal testatore, non appena accettino l'eredità (**artt. 733, 734 c.c.**).

La divisione fatta dal testatore è nulla se in essa non è compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi designati nel testamento. Se invece essa lede quantitativamente la quota riservata a un legittimario, questi potrà esercitare l'azione di riduzione contro gli altri coeredi (**art. 735 c.c.**).

La collazione

Se il de cuius ha fatto una donazione a uno dei suoi figli o discendenti, o al coniuge, la legge presume che in tal modo egli abbia voluto attribuire un'anticipazione sulla successione, senza modificare, in rapporto agli altri appartenenti a questo gruppo di prossimi congiunti, la ripartizione stabilita nel testamento o derivante dalle norme sulla successione legittima. In sede di divisione ereditaria il bene donato deve essere conferito alla massa da dividere tra figli, discendente e coniuge (*collazione*). Se il de cuius ha disposto che il bene donato sia conseguito dall'eredità come un soprappiù rispetto alla quota ereditaria, la collazione non si applica, purché questo soprappiù non ecceda la porzione disponibile (*dispensa dalla collazione*) (**art. 737 c.c.**).

Reciprocamente tenuti alla collazione sono i figli legittimi e naturali, i loro discendenti legittimi e naturali, il coniuge, che concorrano alla successione. Oggetto della collazione è ciò che l'eredità ha ricevuto dal defunto per donazione, diretta o indiretta. Se oggetto della donazione fu una cosa immobile, la collazione si può fare o col rendere il bene in natura o con l'imputarne il valore alla propria porzione, a scelta di chi conferisce (**art. 746 c.c.**). La collazione dei beni mobili si fa soltanto per imputazione (**art. 750 c.c.**). La collazione del danaro si fa in primo luogo prendendo una minore quantità del danaro che si trova nell'eredità (**art. 751 c.c.**).

La collazione deve giovare solo agli altri figli e ai discendenti e al coniuge del de cuius, e non anche agli altri coeredi. Anche quando il bene donato sia reso in natura, esso non rientra nel patrimonio ereditario: cade in comunione, ma si tratta di una comunione ristretta al coniuge, ai coeredi figli e ai discendenti del de cuius, così che i coeredi estranei non se ne avvantaggino.