

DIFFIDA DELLE COPISTERIE, LA MASSIMA QUALITÀ SOLO SU



APPUNTI LUISS

Esplorazione di Diritto privato II

Corso A/ B/ C

S.L.F.

Premessa

Chi siamo

Appunti Luiss è un progetto nato per rendere meno difficoltosa e più soddisfacente la vita universitaria.

Questo è stato possibile perché il team di appunti Luiss ha fatto una scoperta tanto banale quanto geniale: la collaborazione tra studenti tramite la condivisione di esperienze universitarie facilita il superamento degli esami. Tale collaborazione e condivisione, molto spesso, si concretizza nella produzione, anche involontaria, di lavori come appunti, compendi o esplicazioni.

Ora, dato che la diffusione di questo tipo di lavori aiuta lo studio e il superamento degli esami, il **favorire** tale diffusione è il primo obiettivo che Appunti Luiss si propone.

Il secondo obiettivo che ci proponiamo è quello di **valorizzare** questo tipo di lavori. Tale valorizzazione, per natura, produce un doppio effetto: favorisce la **diffusione**, incentivando gli studenti a produrne sempre di più, e costituisce la giusta **ricompensa** per gli studenti che li hanno prodotti agevolando anche il sostentamento dello studente stesso.

Insomma, quello che Appunti Luiss vuole fare è **aiutare** gli studenti e **premiare** coloro che hanno reso questo possibile.

Appunti Luiss Team

I Diritti di Credito

Il rapporto Obbligatorio

Nozione.

Dicesi **obbligazione** il rapporto fra due soggetti tale che uno sia *tenuto* al compimento di una **prestazione** nei confronti dell'altro. Fra questi soggetti distinguiamo un soggetto "attivo", il creditore, e un soggetto "passivo", il debitore. Al primo fa capo un **diritto di credito**, mentre al secondo si dice faccia capo, appunto, **un'obbligazione**.

Il diritto di credito è, quindi, un diritto **relativo**, poiché il creditore ha bisogno della collaborazione del debitore per veder realizzato il suo diritto. Vi possono poi essere casi in cui la prestazione a cui è tenuto il debitore consista nel permettere al creditore il godimento di un bene. In questi casi il diritto risulta sia mediato (poiché è necessaria la collaborazione del debitore), sia relativo (poiché può esercitarsi solo nei confronti del debitore e non *erga omnes*). Con riferimento a questi diritti parliamo allora di "diritti personali di godimento" (locazione, comodato...), per distinguerli dai diritti reali di godimento (usufrutto, uso, abitazione....).

In questo tipo di rapporto, la giuridicità del vincolo è sanzionata esclusivamente con una *responsabilità patrimoniale*.

Il creditore può far valere il suo diritto tramite l'esecuzione forzata, facendo attaccare direttamente il patrimonio del debitore. Per alcuni diritti è possibile far eseguire una esecuzione forzata in forma *specificata* (obbligo di consegna di cosa determinata, obbligo di *facere* fungibile, conclusione di contratto, obbligo di *non facere*). Negli altri casi potrà essere possibile solo un corrispettivo dello stesso valore della prestazione dovuta.

Fonti delle obbligazioni.

Secondo l'articolo 1173:

“Le obbligazioni derivano da [contratto](#) (1), da [fatto illecito](#) (2), o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'[ordinamento giuridico](#) (3). ”

sono solo tre le fonti delle obbligazioni. Per quanto riguarda la terza fonte, essa si esplica concretamente in determinate figure del codice che sono: promesse unilaterali, titoli di credito, gestione d'affari, pagamento dell'indebito, l'arricchimento senza causa.

L'obbligazione naturale.

Alla nozione di obbligazione suddetta (c.d. Civile) si contrappone quella di **obbligazione naturale** (art 2034), che si ha quando una prestazione è dovuta in esecuzione di un dovere **morale o sociale**. Da ciò discende che il debitore non è giuridicamente obbligato all'adempimento ma, ove adempia, non può chiedere la ripetizione di quanto fatto o dato. Questo, comunque, sole ove concorrano le seguenti caratteristiche della prestazione e cioè *spontaneità*, *capacità* e

proporzionalità(fra la prestazione effettuata e quella dovuta). L'unico effetto è quindi quello della non ripetizione.

Alcune obbligazioni naturali previste dalla legge sono: il debito di gioco, la disposizione fiduciaria e il debito prescritto. Inoltre si ritengono adempimenti di obbligazioni naturali anche le prestazioni gratuite verso il convivente *more uxorio*, il pagamento spontaneo di interessi pattuiti oralmente ed extra legalmente, adempimento di disposizione testamentaria orale. Si pensa che invece non costituiscano obbligazioni naturali, seppure non si possa ugualmente chiedere la ripetizione, le attribuzioni patrimoniali effettuate per riconoscenza o per speciale remunerazione.

Gli elementi del rapporto obbligatorio

I soggetti.

All'interno di un rapporto obbligatorio i soggetti, attivo e passivo, devono essere determinati o determinabili. A questo si collegano le *obbligazioni propter rem* in cui il soggetto del rapporto è determinabile appunto grazie alla titolarità di un determinato diritto su una cosa.

Queste si distinguono dalle obbligazioni *ambulatorie* ove sussiste l'onere di comunicazione per ricevere la soddisfazione della pretesa.

Le obbligazioni plurisoggettive.

In alcuni è possibile che l'obbligazione faccia capo ad una pluralità di soggetti(debitori o creditori). Abbiamo due casi:

< 1. <*obbligazione solidale*>> che si ha quando:

- Per il lato passivo, ciascuno dei debitori è obbligato ad effettuare l'intera prestazione nei confronti del creditore.
- P • er il lato attivo, ciascuno dei più creditori ha diritto all'intera prestazione nei confronti dell'unico debitore.

< 2. <*obbligazione parziaria*>> che si ha quando:

- c ○ iascuno dei più debitori è tenuto ad eseguire solo una parte dell'unitaria prestazione
- c ○ iascuno dei più creditori ha diritto a solo una parte dell'intera prestazione.

In queste due ipotesi in cui vi siano *condebitori* o *concreditori* la legge afferma che, nel primo caso, la prestazione si presume sempre solidale (art 1294) a meno che non risulti diversamente da una legge o dal titolo, nel secondo caso, la prestazione si presume sempre parziaria, a meno che non sia previsto diversamente come sopra.

Le obbligazioni solidali.

Considerando ora il caso di *solidarietà passiva* va rilevato che:

- N ei rapporti esterni fra debitori e creditore valgono seguenti principi:
 - il creditore potrà richiedere il pagamento integrale della prestazione a chiunque dei

condebitori (sempre che questo non possa avvalersi del beneficio di escussione, l'onere cioè del creditore di procedere preventivamente verso gli altri debitori);

- l'effettuazione della prestazione da parte di uno solo dei condebitori estingue l'intera prestazione;
- il debitore a cui sia richiesta la prestazione può opporre solo le *eccezioni comuni* e
 - non quelle *personali* altrui.
 - la costituzione in mora di uno dei condebitori non vale nei confronti degli altri.
- gli atti di estinzione della prescrizione che il creditore effettua nei confronti di uno solo dei debitori hanno effetto anche sugli altri.
- la rinuncia del creditore della solidarietà nei confronti di uno dei debitori non vale nei confronti degli altri.
- nei rapporti interni fra i coobbligati:
 - il carico delle prestazioni si dividono fra i debitori e si presumono in parti uguali, salvo che l'obbligazione non sia sorta nell'interesse di uno solo dei condebitori.
 - chi ha corrisposto al creditore la prestazione ha il diritto di rivalersi contro gli altri nelle corrispettive parti che questi devono (c.d. *Azione di regresso*).
 - se uno dei debitori in via di regresso risulti insolvente, questa si ripartisce fra tutti i condebitori.

Divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione.

Si dicono:

1. **indivisibili** le obbligazioni non suscettibili di adempimento parziale.

D 2. **divisibili** quelle che invece lo sono.

Tale particolarità è importante in caso di successione testamentaria di una prestazione indivisibile.

La prestazione

Le caratteristiche della prestazione sono che:

D ✗ deve essere suscettibile di valutazione economica.

D ✗ deve rispondere ad un interesse, anche non economico, del creditore.

Le obbligazioni si distinguono a seconda che la stessa consista:

◆ in un **dare** (trasferimento di un diritto su un bene).

◆ In un **facere** (compimento di un'attività materiale o giuridica).

◆ in un **non facere** cioè un'attività omissiva.

Le obbligazioni di facere a sua volta si dividono in:

○ ● obbligazioni di **mezzi** (in cui il debitore si svolge al compimento di una attività senza garantire il risultato)

○ ● obbligazioni di **risultato** (in cui si promette di raggiungere un determinato risultato).

Le prestazioni si distinguono ancora in:

- F ➤ fungibili, se per il creditore non è rilevante chi adempì;
- I ➤ infungibile, nel caso opposto.

Infine l'obbligazione deve essere possibile, lecite, determinata o determinabile.

L'oggetto.

Dicesi oggetto dell'obbligazione la prestazione dovuta.

Obbligazioni semplici, alternative e facoltative.

Si suole distinguere:

- o (a) **obbligazioni semplici**, che hanno per oggetto un'unica prestazione.
- O (b) **obbligazioni alternative**, che pur avendo ad oggetto due o più prestazioni, il debitore si libera adempiendo a solo una di queste. Egli non può costringere il debitore ad accettare parte di una e parte di un'altra. Se non è diversamente previsto la scelta di quale prestazione compiere è rimessa al debitore.
- O (c) **obbligazioni facoltative**, che hanno ad oggetto una sola prestazione ma il debitore può liberarsi eseguendone un'altra.

Fra queste ultime la distinzione è decisiva in caso di impossibilità sopravvenuta poiché nel primo caso se una delle prestazione diventa impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti l'obbligazione si considera semplice e il debitore è tenuto ad eseguire la prestazione rimanente, mentre nel secondo caso, se diviene impossibile l'obbligazione non facoltativa, l'obbligazione diviene impossibile, se diviene impossibile l'altra, il debitore sarà tenuto a corrispondere solo la prima.

Le obbligazioni pecuniarie.

Essa è l'obbligazione che ha per oggetto del dare una somma di denaro. Tali debiti devono essere estinti in moneta avente corso legale nello stato. In caso questa sia cambiata da quando è sorta l'obbligazione si dovrà procedere ad un conguaglio. Se è espressa in moneta estera si potrà effettuare il cambio tenendo conto del valore di cambio alla data di **scadenza**.

La cassazione ha deciso che le obbligazioni pecuniarie possano essere estinte anche mediante altri mezzi di pagamento che garantiscano al creditore il medesimo effetto. Da ciò segue che:

- s 1. se il pagamento avviene in contanti, il creditore non può rifiutare il pagamento
- s 2. se il pagamento avviene attraverso altro mezzo, il creditore può rifiutare il pagamento solo per giustificato motivo è può avere l'onere di provarlo.

Sappiamo che la moneta ha due valori, uno legale e uno nominale. Nel nostro ordinamento è comunque seguito il principio *nominalistico* per cui si dovrà avere riguardo al valore nominale della moneta la momento in cui l'obbligazione sorge. Al fine di cautelarsi contro il deprezzamento è possibile avvalersi di <<Clausole di indicizzazione>>.

Si sottraggono al principio nominalistico le obbligazioni di *valore*, cioè quelle aventi inizialmente ad oggetto una prestazione diversa dalla dazione di una somma di denaro.

Gli interessi.

Questa è una *obbligazione pecuniaria a carattere accessorio rispetto ad una obbligazione principale pur essa a carattere accessorio.*

In base alla fonte si distinguono in:

- L ➤ legali se dovuti in forza di una previsione di legge.
- C ➤ convenzionali se dovuti in forza di un accordo fra creditore e debitore.

In base alla funzione si dividono invece in:

- C ◆ corrispettivi che rappresentano una sorta di corrispettivo per il godimento che il debitore ha delle somme del creditore.
- C ◆ Compensativi che rappresentano una sorta di rimborso del danno che il creditore ha sofferto per il mancato e tempestivo adempimento della prestazione dovutagli.
- M ◆ Moratori che sono dovuti dal debitore in mora.

Il tasso di interesse dovuto si divide in:

- L • Legale che è fissato dalla legge.
- C • Convenzionale che è fissato dalle parti ma che non può essere superiore del tasso legale più 4 punti percentuali, maggiorato del 25% e in ogni caso superiore al 8%. Questo per essere stabilito richiede la forma scritta ad substantiam pena nullità quando prevede un tasso maggiore di quello legale.

Si dicono *interessi anatostici* gli interessi scaduti sui quali non maturano interessi(art 1283).

Modificazione dei soggetti del rapporto obbligatorio

All'interno del rapporto obbligatorio, ai soggetti originari del rapporto , possono sostituirsi nuovi soggetti. Ciò vale sia per i soggetti passivi(debitori) sia per i soggetti attivi(creditori).

La successione nel rapporto può essere di due tipi:

- A • A titolo universale, per cui si ha la successione in tutti i diritti facenti capo al soggetto, limitatamente a quelli suscettibili di trasmissione
- A • A titolo particolare, per cui il nuovo soggetto succede al primo solo nella titolarità di un determinato diritto.

a) Modificazioni del lato attivo del rapporto obbligatorio

Le figure che realizzano una modificazione dal lato attivo del rapporto obbligatorio sono le seguenti:

- c 1. *Cessione del credito*(art 1260-1267)
- d 2. *Delegazione attiva*(figura non presente nel codice civile)
- p 3. *Pagamento con surrogazione*(art 1201-1205) di cui però parleremo in seguito.

La cessione del credito.

Con il termine cessione del credito si parla con due significati:

- p • Per indicare il *contratto* con il quale il creditore(*cedente*) pattuisce con un terzo(*cessionario*) il trasferimento in capo a quest'ultimo del suo diritto nei confronti del debitore.;
- p • Per indicare *l'effetto* che questo contratto crea.

Di regola qualsiasi credito può essere ceduto(principio della *libera trasferibilità del credito*) salvo che: il credito non abbia carattere personale; Il trasferimento non sia vietato dalla legge;il trasferimento non sia escluso in via convenzionale fra le parti.

Possono essere oggetto di cessione, purché a titolo oneroso, anche i crediti futuri da quando sia sorto il rapporto dal quale detti crediti deriveranno.

Il contratto di cessione si perfeziona tramite *l'accordo* fra **cedente** e **cessionario**. Non è necessario il consenso del debitore.

La cessione può avvenire:

- i • In cambio di un corrispettivo in danaro o di altra prestazione (*vendita del credito*);
- S • Senza corrispettivo(*donazione del credito*).
- I • In funzione di garanzia.
- P • Per estinguere un debito(*cessione solutoria*).

Effetti della cessione.

Il credito si trasferisce in forza del principio del *consenso traslativo*. Per la cessione di debiti futuri, il debito si trasferisce quando tale credito sorge. Abbiamo già detto che non serve il consenso del debitore, ma a questo va comunque notificata la cessione del credito. Sicché se il debitore pagherà al creditore originario, dopo che la cessione del credito sia avvenuta ma non gli sia stata ancora notificata, non sarà obbligato a ripetere il pagamento al nuovo creditore.

L'accettazione e la notificazione servono anche per l'opponibilità a terzi della cessione.

L'obbligazione si trasferisce rimanendo del tutto inalterata. Il debitore potrà quindi opporre al nuovo creditore tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al primo. Non può però opporre al cessionario un credito in compensazione che questo aveva con il primo creditore e nemmeno negozi estintivi o modificativi del credito ceduto se questi sono successivi alla notifica o alla accettazione del trasferimento.

Rapporti fra cedente e cessionario.

Bisogna aggiungere che:

- S • Se la cessione è a titolo oneroso, il cedente garantisce al cessionario solo la *veritas nominis*, ovvero l'esistenza del credito e non anche la *bonitas nominis* cioè la solvenza del debitore;
- s • Se la cessione è a titolo gratuito, il cedente non garantisce né la *veritas* (a meno che non l'abbia espressamente promessa) né la *bonitas nominis*.

Pertanto, in entrambi i casi sopradetti, con apposito patto può essere garantita anche la *bonitas nominis*. In tal caso il cedente sarà obbligato a restituire al cessionario ciò che ha ricevuto in cambio del trasferimento del credito se il debitore si mostrerà insolvente.

Infine, in caso di *cessione solutoria* distinguiamo:

- c • Cessione pro solvendo, la liberazione dal debito si verifica solo quando il cessionario ha ricevuto il credito da parte del debitore;
- C • Cessione pro soluto, dove la liberazione dal debito si ha in ogni caso e quindi il cessionario si assume il rischio dell'insolvenza del debitore.

Cessione di crediti d'impresa e il factoring.

Il factoring è una figura contrattuale con il quale un imprenditore (factor) offre una vasta gamma di servizi relativi alla riscossione dei crediti della clientela dell'altro imprenditore a cui offre tali servizi. Il factor quindi rende all'impresa cliente **una anticipazione finanziaria** e in casi più rari può anche **assumersi il rischio** dell'insolvenza dei debitori. Tale figura contrattuale fa quindi perno sulla cessione dei crediti. Nella seconda ipotesi, in cui il factor si presenta con funzione assicurativa, abbiamo una cessione del credito pro solvendo. In questo ambito la L 52/1991 ha posto delle agevolazioni nel caso in cui: il cedente sia un imprenditore, i crediti siano pecuniari e derivino dallo svolgimento dell'attività dell'impresa, il cessionario sia una banca o un intermediario finanziario. Le agevolazioni sono: la possibilità di cedere i crediti in massa, limitandosi ad indicare solo il nome del debitore, che il cedente garantisce per la solvenza del debitore, che la cessione diventa opponibile a terzi dal momento del pagamento del corrispettivo di cessione da parte del factor.

Cartolarizzazione dei crediti.

Con tale operazione finanziaria si ha lo *smobilizzo di crediti* e la costituzione di un nuovo *bene, ovvero un titolo*. In poche parole accade che: una società vende titoli sul mercato per finanziare la possibilità di comprare crediti da riscuotere. Questi titoli acquisiranno un valore una volta che questi crediti saranno riscossi. Per garantire gli acquirenti dei titoli, i singoli crediti riscossi dalla società vengono acquisiti come patrimonio separato.

Delegazione attiva.

Questa consiste in un accordo considerato trilaterale fra creditore, debitore ed un terzo, in forza del quale il creditore delega il debitore ad impegnarsi a pagare il debito nei confronti del terzo. L'effetto principale è che il debitore diviene debitore nei confronti sia del delegante che del delegatario, salvo che le parti abbiano stipulato una *liberatoria*. La seconda differenza quindi è che tale accordo ha una funzione cumulativa, cioè al creditore originale non si sostituisce ma si aggiunge un terzo.

B) Modificazioni nel lato passivo del rapporto obbligatorio.

Singole ipotesi di modificazione nel lato passivo del rapporto obbligatorio.

Tali modificazioni possono avvenire tramite le figure:

- d • Della *delegazione passiva*;
- d • Dell'*espromissione*;
- d • Dell'*accolo*;

Quando a modificarsi è il lato passivo di un'obbligazione, dobbiamo ricordare che per il creditore non è indifferente chi sia il suo debitore, per cui tale modificazione potrà avvenire solo con l'accettazione di tale modificazione da parte del creditore. Se questa non si ottiene, il primo debitore non viene liberato ma si aggiunge al nuovo soggetto passivo.

La delegazione passiva.

Questa si divide in *delegazione a promettere* e *delegazione di pagamento*.

Con la prima intendiamo un negozio trilaterale fra creditore(delegatario), debitore(delegante) e un terzo(delegato), in forza del quale il delegante odelega il delegato ad obbligarsi ad effettuare un pagamento nei confronti del delegatario. L'obbligazione di pagare non libera il debitore originario ma questo resta obbligato insieme al delegato, sebbene il delegatario(C) non possa pretendere il pagamento dal delegante(D) se prima non lo abbia chiesto al delegato(3°). Con dichiarazione espressa il delegatario(C) può liberare il delegante (D). Tale liberazione importa anche l'estinzione delle garanzie annesse al credito a meno che chi le abbia prestate non acconsenta a mantenerle.

La delegazione si definisce "titolata" se nella stessa si fa riferimento a altri rapporti intercorrenti tra le parti. Questi rapporti possono essere:

- D • **Di provvista**, quando il delegato(3°) è debitore del delegante(D). Tipico esempio del delegante che detiene un conto corrente in una banca, che in questo caso costituisce il delegato. In questo caso il delegato(3°) può opporre al delegatario(C) tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al delegante(D).
- D • **Di valuta**, quando il delegante(D) è debitore del delegatario(C). In questo caso il delegato(3°) potrà opporre al delegatario(C) tutte le eccezioni che il delegante(D) avrebbe potuto opporre al delegatario(C).

In ogni caso il delegato(3°) potrà opporre al delegatario(C) tutte le eccezioni che riguardano i rapporti con quest'ultimo.

Con **delegazione di pagamento** intendiamo l'accordo fra debitore e terzo con il quale il terzo si impegna a svolgere una determinata prestazione nei confronti del creditore. Tale delegazione ha quindi funzione di immediata soluzione dell'obbligazione, non solo di mera modificazione del soggetto passivo.

All'interno del rapporto di valuta, è come se il pagamento fosse effettuato direttamente dal debitore al creditore(il caso in cui la banca paga un nostro acquisto, è come se noi avessimo pagato direttamente al negoziante). Mentre all'interno del rapporto di provvista vale come effettuato dal delegato al delegante.

La delegazione può essere ritirata fino a quanto il delegato non abbia **assunto l'obbligo** o il delegato non abbia **effettuato il pagamento**.

Espromissione.

Esso è un contratto in forza del quale un terzo(espromittente) di impegna nei confronti del creditore(espromissario) a pagare il debito del debitore(espromesso).

La differenza con la delegazione è la **spontaneità** dell'iniziativa del terzo e quindi **l'assenza di delega** da parte del debitore. Il debitore non prende parte in alcun modo all'accordo. Anche l'espromissione è però **cumulativa** a meno che non sia una *espromissione liberatoria*. Un'altra differenza con la delegazione è che il terzo può opporre al creditore tutte le eccezioni che a questo poteva opporre il debitore, ad eccezione di quelle personali e delle eccezioni che derivano da fatti successivi all'espromissione.

Se il terzo non si limita a promettere ma provvede al pagamento, non si parla più di espromissione ma di *adempimento del terzo*.

L'accollo.

Consiste in un accordo bilaterale fra debitore(accollato) e terzo(accollante) nel quale quest'ultimo si impegna a prendersi carico dell'onere di procurare al creditore(accollatario) il pagamento del debito del primo.

L'accollo si divide in *interno* ed *esterno*.

Si ha accollo interno quando il terzo si impegna solo nei confronti del debitore accollato e non si riconosce alcun diritto al creditore. Quindi il creditore non acquista un nuovo debitore e non può rivolgersi all'accollante per l'adempimento che risponde di questo solo nei confronti del debitore.

Si ha accollo **esterno** quando l'accordo tra debitore e terzo si presenta come contratto a favore di un terzo. Questo a sua volta può essere: *cumulativo* o *liberatorio*.

Al creditore il terzo può opporre anche quelle eccezioni che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore

L'estinzione dell'obbligazione

I modi di estinzione.

Essi sono:

- L • L'adempimento
- L • La morte del debitore in caso di prestazioni infungibili.
- C • Compensazione;
- C • Confusione;
- N • Novazione;
- R • Remissione;
- I • Impossibilità sopravvenuta.

I. L'Adempimento.

L'esatto adempimento.

Con adempimento si intende l'*esatta* realizzazione della prestazione dovuta. Il codice prevede che il debitore nella realizzazione debba usare la diligenza del buon padre di famiglia, ovvero deve curare l'adempimento con l'attenzione, la perizia e la prudenza dell'uomo medio.

Le parti possono pure prevedere aggravamenti o attenuazioni della diligenza richiesta ma non potranno mai prevedere clausole che comportino l'irresponsabilità da atti caratterizzati per *colpa grave* o *dolo*.

Il creditore ha il diritto di rifiutare *adempimenti parziali*, e ciò anche se la prestazione è divisibile.

Il debitore può adempiere personalmente o per mezzo di ausiliari essendo responsabile del comportamento di questi.

Il debitore non può impugnare il pagamento effettuato in stato di *incapacità* o lo abbia effettuato con cose di cui non poteva disporre.

Il debitore può richiedere che gli sia rilasciata una *quietanza*, a sue spese, in forza del quale il creditore dichiara di aver ricevuto l'adempimento.

Il destinatario dell'adempimento.

Il pagamento deve essere eseguito direttamente nelle mani del *creditore*. Occorre, però che si accerti che questo abbia la capacità legale di ricevere: altrimenti il debitore potrebbe essere obbligato a pagare una seconda volta a meno che non si provi che l'incapace ne abbia comunque tratto vantaggio.

Il debitore può, se vuole, pagare ad una persona che il creditore gli abbia indicato come legittimata a riceverlo. Se il debitore paga a chi non è legittimato a ricevere non è esonerato dall'adempimento a meno che:

- i • Il creditore non abbia ratificato comunque il pagamento;
- i • Il creditore ne approfitti;
- L'abbia effettuato ad un creditore *apparente*, cioè se il pagamento è avvenuto in buona fede nei confronti di chi, in base a circostanze univoche, appare essere il creditore.

Ovviamente chi riceve il pagamento in questi casi è tenuto alla restituzione.

Il luogo dell'adempimento.

Questo è di solito indicato nel titolo costitutivo del rapporto, ovvero dagli usi o dalla natura della prestazione.

Se tali requisiti non sussistono il legislatore ha adottato delle regole suppletive:

- obbligo di consegnare una cosa certa e determinata va adempiuta nel luogo dove la cosa si trova quando l'obbligazione è sorta.
- L'obbligo di pagare una somma di denaro va adempiuta al domicilio che il creditore ha al momento della scadenza.
- l • In tutti gli altri casi l'obbligazione va adempiuta al domicilio del debitore.

Il tempo dell'adempimento.

Si deve osservare che:

- s • Se l'obbligazione è ad esecuzione continuata o periodica (obbligazioni di durata) occorre determinare il momento iniziale e finale.
- S • Se l'obbligazione invece è ad obbligazione istantanea occorre determinare il *dies solution*.

Questo di solito è specificato nel titolo costitutivo dell'obbligazione.

Quando è stabilito si presume essere fissato nell'interesse del *debitore*, quindi il creditore non può richiedere l'adempimento prima della scadenza del termine (prestazione inesigibile ma eseguibile prima del termine).

Qualora il termine risulti fissato nell'interesse del *creditore*, la prestazione è esigibile ma non eseguibile.

Se il termine è fissato in favore di entrambi la prestazione è inesigibile e inesequibile.

Il debitore decade dal termine fissato se:

- d • Diventa insolvente;
- d • Diminuisce le garanzie che aveva dato;
- n • Non abbia fornito le garanzie promesse.

Per il regime previsto delle transazioni commerciali si rimanda a Pag 407 del Manuale.

Se il titolo nulla dice per quanto riguarda il termine di adempimento si presume che la prestazione sia esigibile immediatamente.

Se il termine è necessario per la natura della prestazione questo è rimesso alla scelta del giudice.

Limitazioni all'uso del contante.

Non possono essere effettuate transazioni usando i contanti per un valore della transazione maggiore di 2500(1000) euro.

Adempimento del terzo.

Se la prestazione è infungibile, il creditore può legittimamente rifiutare che una prestazione gli sia adempiuta da un terzo. Se invece è fungibile questo non è avvenire. Può avvenire solo se il debitore gli comunichi la sua opposizione. L'adempimento di un obbligo altrui non va confuso con la promessa ad adempiere che abbiamo già visto nell'espromissione, accollo e delegazione passiva.

Imputazione del pagamento.

Quando un debitore sia tale verso la stessa persona di diversi debiti della stessa natura può espressamente dichiarare quale debito paga. Eccezione è il caso in cui, in un'obbligazione pecuniaria non si può imputare il pagamento al capitale prima che siano stati soddisfatti gli interessi.

La legge ha poi dettato dei criteri per l'imputazione del pagamento nel caso in cui mancasse la scelta del debitore. Questi sono in ordine:

- a • Al debito scaduto
- a • A quello meno garantito

- a • Al più oneroso per il debitore
- e • E al più antico.

Il pagamento con surrogazione.

Si può avere la sostituzione del creditore con un'altra persona. In questo caso l'obbligazione non si estingue ma muta direzione. A differenza però della delegazione attiva e della cessione del credito, questo suppone che l'obbligazione si sia adempiuta. La finalità di tale istituto è quella di agevolare l'adempimento tramite il terzo che dovrebbe possedere attributi che rendono possibile l'adempimento.

La surrogazione può avvenire per volontà del debitore, del creditore o di legge.

Prestazione in luogo dell'adempimento.

Il creditore può accettare, se vuole, una prestazione diversa in luogo della precedente. Tale istituto non deve essere confuso né con la novazione né con una convenzione volta a modificare l'obbligo, infatti, se la nuova prestazione non viene adempiuta si potrà sempre richiedere la *prima(datio in solutum)*.

Quando la prestazione nuova consiste nel trasferimento del diritto su una cosa, il debitore deve dare garanzia per l'evizione e per i vizi della cosa.

La cooperazione del creditore nella riscossione del credito e la mora credendi.

Per la realizzazione dell'adempimento è necessaria la collaborazione del creditore. Nel caso in cui però, senza legittimo motivo, rifiuti di ricevere l'adempimento o ometta di compiere gli atti preparatori per l'adempimento, il creditore viene costituito in mora, se il debitore gli faccia *l'offerta* dell'adempimento.

L'offerta, che non sarebbe altro che la volontà di volersi liberare dell'obbligazione, può essere:

- S • *Solenne* o *formale* quando è compiuta da un pubblico ufficiale. A sua volta può essere *reale* se questo porta con sé i beni(cose mobili, danaro o titoli) o *per intimazione* mediante atto notificato al creditore.
- S • Secondo gli usi.

Per la costituzione in mora, l'offerta deve comprendere la totalità della prestazione dovuta.

Affinché il debitore ottenga la liberazione è comunque necessario *il deposito(per cose mobili) o la convalida giudiziale*.

L'offerta non formale non vale a costituire in mora il creditore ma solo ad evitare la mora debendi.

II. I modi di estinzione diversi dall'adempimento.

La compensazione.

Quando fra due soggetti intercorrono rapporti obbligatori *reciproci*, le relative obbligazioni possono estinguersi in maniera totale o parziale senza ricorrere ai relativi adempimenti. Condizione principale è l'*autonomia* dei rispettivi rapporti di debito o credito.

Vi sono comunque alcuni crediti che non sono soggetti a compensazione(elencati nell'art 1246 fra i quali vi è l'obbligazione degli alimenti).

Non è ammessa compensazione fra un'obbligazione *naturale* e una *civile*.

La legge prevede tre tipi di compensazione: *legale*, *giudiziale* e *consensuale*.

<<Compensazione legale>> si ha quando i crediti fra di loro presentino le caratteristiche di: **omogeneità** (gli oggetti devono essere cose fungibili dello stesso genere), **liquidità** (già determinati nel loro ammontare e non contestati) e **esigibilità** (devono poter essere suscettibili del loro adempimento). Questa non può essere rilevata dal giudice d'ufficio, ma deve essere eccepita da una delle parti. I debiti si estinguono non dalla loro esistenza ma dal momento della loro coesistenza.

<<compensazione giudiziale>> quando nel corso del giudizio si oppongano due crediti liquidi ed esigibili di cui *uno dei due non ancora liquidi*, il giudice può ordinare la compensazione a patto che il secondo sia di facile e pronta liquidazione.

<<Compensazione volontaria>> quando le parti rinunciano scambievolmente, in tutto o in parte ai rispettivi crediti, sempre che i crediti presentino le caratteristiche per quella legale o giudiziale. Tale compensazione può anche essere preventiva, cioè anteriore alla scadenza dei crediti.

La confusione.

Si ha l'estinzione dell'obbligazione per confusione quando la qualità di creditore e di debitore si vengano a trovare nella stessa persona. Naturalmente questo determina anche la liberazione di eventuali terzi che abbiano prestato garanzia.

La novazione.

È un contratto con il quale i soggetti di un rapporto obbligatorio sostituiscono questo con un altro.

Distinguiamo:

- N • Novazione *soggettiva*: quando questa riguarda la persona del debitore che viene liberato. Si applicano le norme della sostituzione della parte passiva del rapporto obbligatorio.
- N • Novazione *Oggettiva*: quando la sostituzione riguarda l'oggetto o il titolo. A tal riguardo devono intercorrere due presupposti:
 - u ○ Uno **oggettivo** ovvero la modificazione sostanziale dell'oggetto o del titolo. Non basterebbero modificazioni accessorie di questo.
 - U ○ Uno **soggettivo** ovvero la comune ed univoca volontà di estinguere l'obbligazione precedente. Questo ultimo carattere distingue la novazione dalla "datio in solutum"

La remissione.

Esso è un negozio unilaterale recettizio tramite il quale il creditore rinuncia, parzialmente o totalmente, al proprio credito. L'obbligazione si estingue dal momento in cui il debitore riceve la notifica. Questi può anche decidere di non approfittarne.

Presunzione assoluta di remissione è la restituzione volontaria del titolo originale del credito fatta dal creditore al debitore.

Questa si distingue dal *pactum de non petendo* perché questo non estingue l'obbligazione ma si ha un accordo che consiste nel non chiedere la prestazione prima di un periodo di tempo determinato. Quindi qui il creditore conserva le garanzie e può agire nei confronti dei debitori

solidali.

L'impossibilità sopravvenuta.

Essa determina l'estinzione dell'obbligazione qualora dipenda da causa non imputabile al debitore, ovvero quella situazione impeditiva *non prevedibile e non superabile* con lo sforzo da questo **esigibile**.

Affinché si abbia tale impossibilità:

- n • *Non è sufficiente una maggior difficoltà della prestazione o una maggiore onerosità della prestazione stessa.*
- N • *Non è necessaria una **impossibilità assoluta**, ossia il sopravvenire di quella situazione che rende impossibile l'adempimento per quanti sforzi faccia il debitore (**impossibilità naturale o giuridica**).*
- N • *Non è necessaria un **impossibilità oggettiva**, ovvero quella situazione impeditiva che concerne la prestazione in se.*
- N • *Non è neppure necessario che l'inadempimento sia imputabile al debitore a titolo di colpa o di dolo.*

È necessario solo che la situazione sopravvenuta, imprevedibile al momento del sorgere dell'obbligazione, sia tale da non poter essere superata tramite lo sforzo diligente cui il debitore è tenuto e che da lui è *esigibile*.

Occorre inoltre distinguere fra:

- i • **Impossibilità definitiva**, che è determinata da un evento irreversibile ed estingue immediatamente l'obbligazione.
- l • **Impossibilità temporanea**, che è determinato da un impedimento transitorio, che estingue l'obbligazione sino a quando tale situazione perdura oppure solo *leil debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguire l'obbligazione o il creditore non ha più interesse a conseguirla*. In ogni caso questa esonera il debitore dalla responsabilità per il ritardo.

Distinguiamo pure:

- i • **Impossibilità totale** che preclude integralmente l'interesse creditorio;
- i • **Impossibilità parziale** che preclude l'interesse solo in parte, sicché il debitore sarà obbligato ad adempiere la prestazione solo nella parte possibile e il creditore non potrà rifiutare l'adempimento parziale.

Infine all'impossibilità sopravvenuta il legislatore equipara lo smarrimento di una cosa determinata se questa non è imputabile al debitore. Se la stessa diviene impossibile per causa di un terzo, il debitore non in corre in responsabilità ma è tenuto a dare al creditore quanto abbia ricevuto dal terzo e al creditore spetta la possibilità di far valere contro il terzo i diritti che nei confronti di quest'ultimo potrebbe far valere il debitore.

L'inadempimento e la mora

L'inadempimento

Se il debitore non adempie esattamente alla prestazione dovuta incorre nell'*inadempimento*. Di

solito per aversi, è necessario che sia scaduto il termine dell'adempimento ma in alcuni casi si può avere anche prima della scadenza. È il caso in cui il debitore non abbia svolto le attività preparatorie per l'attuazione, quando non rispetti le norme stabilite a regola d'arte o, infine, quando si sia certi che il debitore non sarà in grado di eseguire la prestazione.

L'inadempimento può essere:

- t • *Totale*, quando la prestazione è mancata interamente;
- p • *Parziale*, quando è stata effettuata ma non completamente.

Questo può essere tale per mancanza di: *diligenza, perizia, prudenza, luogo esatto, adeguatezza dei mezzi, quantità dovuta o qualità*.

Ancora possiamo dividerlo in:

- A • *Assoluto*, quando non possa effettuarsi nemmeno in futuro;
- R • *Relativo*, se potrà essere ancora adempiuto.

In questo caso si parla di "ritardo" che è una situazione transitoria destinata a sfociare nell'inadempimento *definitivo* o nell'adempimento *tardivo*.

La responsabilità contrattuale.

Art 1218: << 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>>. Diversamente il debitore è tenuto a risarcire il danno. Si parla in questo caso di *responsabilità contrattuale*, ovvero la responsabilità di inadempimento non del contratto ma dell'obbligazione, qualunque ne sia la fonte.

In caso di inadempimento assoluto la prestazione risarcitoria si sostituisce alla prestazione originaria. In caso di inadempimento relativo questa si aggiunge e la prestazione continua ad essere dovuta.

L'opinione prevalente afferma che tale articolo enuncia, non il criterio per individuare le cause di giustificazione, ma una *norma di rinvio* ad una **pluralità di criteri**. Perciò sembra che il regime della responsabilità contrattuale varierebbe a seconda dell'obbligazione presa in considerazione.

In alcuni casi il debitore risponde se, nell'adempimento non abbia utilizzato la diligenza, la prudenza e la perizia richiestagli. In questi casi il debitore risponde *per colpa*. Questo vale per le obbligazioni che abbiamo definito "di mezzi". La diligenza richiesta varia a seconda del caso concreto se, ad esempio, l'attività deve essere svolta da un operatore professionale, un soggetto dotato di specifiche competenze o la prestazione sia a titolo gratuito (tranne se riguardi diritti indisponibili). Nel caso di professionista intellettuale, risponde solo se versi in *dolo* o *colpa grave*.

Vi sono poi delle ipotesi previste dal legislatore in cui parliamo di *responsabilità oggettiva* (ovvero quella mancanza di colpa dell'obbligato che non è di per se sufficiente per esonerarlo dalla responsabilità per inadempimento). *Queste sono:*

- I • Il vettore che risponde della perdita e dell'avaria delle merci trasportate. Questo può liberarsi solo se dimostra *il caso fortuito* o da cause che sfuggono alla sfera di controllo del vettore stesso.
- P • Per l'albergatore, per il gestore di grandi magazzini, per le cassette di sicurezza della banca.

- O • Obbligazioni di consegnare cose determinate solo nel genere (principio del *genus numquam perit*). Sono salvi gli inadempimenti derivanti da sopravvenienza che sfuggono alla sua sfera organizzativa.
- D • Debitore di somma di denaro, salvo che gli inadempimenti derivino da sopravvenienza che sfuggono alla sua sfera organizzativa.
- D • Di chi si avvale di ausiliari, dove questo compiano atti dolosi o colposi nell'adempimento dell'obbligazione.

Dal punto di vista processuale il creditore deve solo dimostrare il suo credito e sarà invece al debitore l'onere di l'adempimento dell'obbligazione.

Nel caso invece di prestazioni "Negative" la prova dell'inadempimento è al creditore.

È sempre al debitore l'onere di dimostrare la *causa di giustificazione*.

Il danno risarcibile.

Il risarcimento del danno varia a seconda che l'inadempimento risulti:

- a • Assoluto, sicché il risarcimento si sostituisce alla prestazione;
- relativo, sicché il risarcimento si aggiunge ed è costituito dalle cause negative del ritardo.

Il risarcimento del danno deve comprendere:

- i • Il danno emergente (la perdita subita)
- i • Il lucro cessante (il mancato guadagno)

In più è risarcibile non solo il danno patrimoniale ma anche quello *non patrimoniale*, ovvero quello che derivi dalla lesione di diritti inviolabili.

Inoltre può essere risarcito solo il danno che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento. E se il risarcimento non dipenda da dolo, il risarcimento è limitato a solo ciò che il debitore avrebbe potuto prevedere.

Il creditore ha poi l'onere di provare le singole *voci di danno*. Per sfuggire a quest'onere il creditore può prevedere con il debitore *ex ante*, una "clausola penale" in forza del quale le parti stabiliscono quanto dovrà il debitore in caso di inadempienza. Se il creditore non riesce a dare la prova dell'effettivo ammontare del danno subito, avendo però dimostrato il danno, tale valore potrà essere deciso dal giudice con valutazione "equitativa".

Per i danni derivanti da inadempienza di prestazioni **pecuniarie** tali regole sono parzialmente derogate alla disciplina della mora debendi. Se il tasso non è stato stabilito, questo sarà pari al *tasso legale*. Se già dal debitore erano dovuti interessi di tasso paria quello legale, gli interessi moratori saranno dovuti a quel tasso. Se però il creditore crede di aver ricevuto un danno maggiore, si ritorna alle regole usuali.

Nel caso di deprezzamento monetario sembra essere fatta salva solo la posizione del lavoratore subordinato e dell'assegno divorzile al coniuge. È però necessario fornire la prova che il denaro ricevuto sarebbe stato prestatato in modo da evitare le conseguenze del deprezzamento.

La liquidazione del danno va diminuita se nel danno può essere riscontrato "il fatto colposo del debitore". In più il creditore ha il dovere di non aggravare il pregiudizio derivatogli dall'inadempimento.

La mora del debitore.

Questa si ha quando ricorrono tre presupposti:

- r • Ritardo nell'adempimento;
- l • Imputabilità al debitore;
- l • Intimazione o richiesta per iscritto. Questa non è necessaria quando:
 - L ◦ L'obbligazione derivi da fatto illecito
 - l ◦ Il debitore dichiara per iscritto di non voler adempiere;
 - L ◦ L'obbligo è a termine e l'obbligazione deve essere seguita al domicilio del creditore;
 - S ◦ Siamo in un contratto di Subfornitura;
 - l ◦ L'obbligazione nasce da una *transazione commerciale*.

In tutti gli altri casi tale intimazione è richiesta in quanto si presume che dietro la mancanza di questa vi sia la tolleranza del creditore per l'inadempimento.

La costituzione in mora vale anche ad interrompere la prescrizione. La mora debendi non si può avere in obbligazioni in negativo poiché l'inadempimento non potrebbe che essere *assoluto*.

Effetti del ritardo e della mora debendi.

Il *semplice ritardo* (quello che non dà luogo alla mora) ha però altre conseguenze giuridiche come la risoluzione per inadempimento, il pagamento di una penale o l'eccezione di inadempimento.

Effetti della mora debendi sono invece:

- L • l'obbligo del pagamento di interessi moratori;
- l • Il passaggio del rischio, ovvero in caso vi sia un fortuito, il rischio non è più a carico del creditore ma del debitore che dovrà perciò rispondere del risarcimento del danno. L'unica dimostrazione che il debitore può fare per liberarsi è dimostrare che l'oggetto sarebbe perito anche se in mano del creditore.

Differenza tra mora debendi e mora credendi.

La mora credendi dipende dal ritardo dell'esecuzione causata dal creditore. Gli effetti sono che:

- i • Il debitore non deve più:
 - g ◦ gli interessi
 - i ◦ frutti della cosa che dovrebbe normalmente restituire;
- l • Il debitore può pretendere il risarcimento del danno e il rimborso delle spese per custodia e conservazione della cosa.
- È • a carico del creditore in mora il rischio che la prestazione divenga impossibile. Il debitore sarà quindi liberato dalla prestazione ma il creditore no, in caso di prestazioni corrispettive, e dovrà quindi eseguire la controprestazione.

Comunque la mora credendi non estingue né elimina l'obbligazione. Non ne attenua né elimina la responsabilità se, quando questa cessa, il debitore rende impossibile la mora per sua colpa.

La responsabilità patrimoniale del debitore

Nozione.

Il creditore può, avendo fatto accertare dal giudice l'inadempimento, far promuovere un processo esecutivo sui beni del debitore, facendoli espropriare.

Altre volte può chiedere *l'esecuzione forzata* della prestazione.

Quando il debitore è invece condannato al pagamento di una somma di denaro, sia che costituisca l'oggetto della prestazione sia che costituisca il risarcimento del danno, può far espropriare i beni del debitore e farli vendere giudizialmente all'incanto per soddisfarsi sul ricavato.

Il debitore risponde con tutti i suoi beni, presenti e futuri. Quindi possiamo dire che tutto il patrimonio costituisce una garanzia generica.

Concorso di creditori e cause legittime di prelazione.

Se vi sono più creditori, tutti hanno egual diritto di soddisfarsi con il ricavato della vendita dei beni del debitore.

A taluni, talvolta però, la legge assicura il soddisfacimento a preferenza degli altri. Ciò accade quando si è una *causa legittima di prelazione*. Queste possono essere:

- i • Privilegi;
- i • Il pegno;
- l • l'ipoteca.

Nel caso in cui il bene soggetto a una di queste cause perisce, il creditore perde il diritto. Egli mantiene però la *surrogazione reale* ovvero la possibilità di soddisfarsi sull'indennità prevista per quel bene da parte dell'assicurazione.

Il privilegio.

Il privilegio è la preferenza che la legge accorda in conseguenza alla causa del credito. Anche l'ordine di preferenza tra i vari creditori è stabilito dalla legge stessa. La legislazione al riguardo è stata notevolmente modificata, dando sempre maggiore riguardo ai rapporti di lavoro ed ai crediti ad essi assimilati.

Il privilegio può essere:

- g • *generale*: è costituita su tutti i beni mobili del debitore e non costituisce un diritto soggettivo ma una qualità del credito e non attribuisce diritto di sequela: può quindi esercitarsi solo finché i beni immobili fanno parte del patrimonio del debitore.
- S • *speciale*: costituisce un vero e proprio diritto reale di garanzia e quindi segue il bene anche se è stato alienato dal patrimonio del debitore.

Alle volte l'esistenza del privilegio viene fatta dipendere dalla condizione che la cosa si trovi in un determinato luogo o si trovi in possesso del creditore.

Se però il bene è acquistata da un terzo in buona fede, la proprietà si acquista in virtù dell'art 1153.

I DIRITTI REALI DI GARANZIA

A) CARATTERI GENERALI E COMUNI

Nozione.

Pegno e ipoteca sono due cause legittime di prelazione e sono al contempo due diritti reali, detti appunto di garanzia. Caratteristica di questi due diritti è quindi *l'inerenza* ed attribuisce al creditore il diritto di *sequela*.

Essi si distinguono dal privilegio generale poiché hanno carattere reale, cioè gravano solo su beni determinati.

Si differenziano invece da privilegio *speciale* in quanto:

- i • I privilegio è costituito dalla legge su un determinato credito, che è quindi privilegiato o no dal momento della nascita.
- l • I pegno e l'ipoteca richiedono un titolo costitutivo. Per questo motivo pegno e ipoteca, al contrario del privilegio, possono essere costituiti anche su un bene di un terzo (c.d. *Terzo datore di pegno o di ipoteca*).

L'*istituto* del terzo datore di ipoteca si differisce da quello del fideiussore perché quest'ultimo risponde di tutti i suoi beni, al contrario del terzo che risponde solo di quelli su cui è l'ipoteca.

Pegno e ipoteca sono entrambi rapporti accessori, cioè presuppongono un credito. Ancora, entrambi sono funzionali al soddisfacimento del credito. Quindi se la cosa perisce il creditore può chiedere un'altra garanzia e in mancanza, può chiedere l'immediato pagamento del debito.

Il pegno e l'ipoteca attribuiscono al creditore:

- l • o *ius distrahendi*, la facoltà di far espropriare la cosa se il debitore non paga.
- L • o *ius prelationis*, ossia la preferenza rispetto agli altri creditori riguardo la distribuzione del ricavato della vendita.
- l • I *diritto di sequela* il diritto di sottoporre il bene ad esecuzione forzata anche se divenuto proprietà di terzi.

Pegno e ipoteca: Differenze.

Diversità *dell'oggetto*:

- i • I pegno ha per oggetto beni mobili, universalità di beni mobili e crediti.
- L • 'ipoteca ha per oggetto beni immobili, taluni diritti reali su beni immobili, beni immobili registrati e rendite dello Stato.

Ulteriore differenza sta nel possesso del bene che, per ovvi motivi, passa in mano del creditore solo nel pegno.

Il patto commissorio.

La legge prevede espressamente il divieto di <<*patto commissorio*>> e cioè il patto con il quale si dispone dell'immediato trasferimento della proprietà del bene ipotecato o in pegno senza l'intervento giudiziale. In più tale disposizione colpisce anche qualsiasi *risultato pratico* volto a perseguire tale scopo. Perciò tale divieto si estende a qualsiasi pattuizione, o pluralità di negozi tra loro collegati che abbiano quell'obbiettivo.

Ma il divieto colpisce solo gli accordi che siano stipulati *anteriamente* alla scadenza dell'obbligazione e in previsione di un *futuro* o suscettibile adempimento. Alle parti è consentito invece concordare successivamente ad un inadempimento già intervenuto stabilire il trasferimento della proprietà di un bene (dove la validità della *datio in solutum*, della *bonorum cessio*..).

Non è invece vietato il patto <<*marciano*>> cioè quello in cui un bene viene trasferito ma ad un valore stimato da un terzo al momento del trasferimento.

B) Il pegno

Nozione.

È un diritto reale su beni mobili (universalità di mobili, diritti reali su beni mobiliari) del debitore o di un terzo, che il creditore acquista mediante un accordo con il proprietario, a garanzia del proprio credito.

Con *pegno rotativo* si intende la possibilità di sostituire con altri beni quelli istituiti in garanzia. È anche necessario che il bene sostituito sia consegnato al creditore e che tale bene non abbia un valore superiore a quello dei precedenti.

Il *suppegno* vietato.

Scaduta l'obbligazione, in caso di inadempimento, il creditore può fare vendere coattivamente il bene per conseguire quanto gli è dovuto. Il creditore può anche chiedere che la cosa gli sia assegnata in pagamento per il valore che sarà dato dal giudice o dal prezzo di mercato che questa ha (*ius distrahendi*).

Il pegno dà anche lo *ius prelationis* ovvero il creditore in caso di inadempienza potrà soddisfarsi sulla cosa anche se la proprietà passi a terzi purché della stessa ne mantenga il possesso.

Pegno irregolare.

Si parla di pegno irregolare quando si istituisce un pegno su cose fungibili. Il creditore infatti ne acquista la proprietà e se sorge il credito questo lo compensa in tutto o in parte con la "cauzione" che gli è stata versata.

Costituzione.

Un diritto di pegno può essere costituito attraverso un accordo contrattuale tra creditore e debitore. Questo può essere anche verbale, se è seguita dalla consegna della cosa al creditore o ad un terzo, se si guarda agli effetti *inter se* ma importante nel pegno è l'opposizione a terzi. Per questo è necessario che:

- i • I contratto risulti da atto scritto;
- c • che contenga una data certa;
- c • che risultino specificati il diritto di credito garantito ed il suo ammontare e il bene costituito in pegno.

Infine per la costituzione è necessario lo spossessamento della cosa dalla mani del debitore. Questa oltre che al creditore può essere pure tenuta in custodia di entrambi le parti, ma a condizione che il costituente sia nell'impossibilità di disporre senza cooperazione del creditore.

Per il pegno di un credito occorrono l'atto scritto e la notifica al debitore, ovvero l'accettazione da parte di quest'ultimo con un atto di data certa.

Effetti.

Sono:

- i • I creditore ha diritto di trattenere la cosa ma ha l'obbligo di custodirla. Se perde il possesso può esercitare l'azione di rivendicazione, se questa spetta al costituente.
- l • I creditore non può usare o disporre della cosa: se viola ciò il costituente può ottenere il sequestro della cosa. Il creditore può però far propri i frutti della cosa imputandoli prima agli interessi e poi al capitale. Deve restituire la cosa a debito pagato.
- l • I creditore può chiedere la vendita della cosa ai pubblici incanti, previa intimazione al debitore, e può anche intimare al giudice che la cosa gli venga *assegnata*.

L'effetto principale è quindi il diritto di soddisfarsi con prelazione rispetto agli altri creditori sul prezzo ricavato dall'espropriazione.

C) L'ipoteca

Nozione.

È il diritto reale di garanzia che attribuisce al creditore il potere di espropriare il bene e quello di essere soddisfatto con preferenza sul ricavato dell'espropriazione (*ius distrahendi* e *ius prelationis*). Essendo un diritto reale, attribuisce anche il diritto di sequela. Non sono ammesse ipoteche se non su beni determinati. È necessario che sia determinata la somma per cui l'ipoteca è concessa.

L'ipoteca è indivisibile, ovvero grava per intero su ogni parte del bene e ugualmente su tutti i beni sui quali è costituita.

Carattere *costitutivo* ed essenziale dell'ipoteca è la pubblicità. Non possono esistere ipoteche occulte. Infatti la convenzione di ipoteca tra le parti, l'ipoteca legale, e la sentenza di condanna attribuiscono al creditore solo il diritto di ottenere l'iscrizione, ma l'ipoteca si costituisce solo dopo che sia stata effettuata l'iscrizione.

Oggetto dell'ipoteca.

Oggetto dell'ipoteca possono essere: *immobili e le loro pertinenze, mobili registrati, rendite dello Stato*. Possono formare oggetto di ipoteca alcuni diritti su beni immobili, fra cui l'usufrutto, la superficie, la nuda proprietà, l'enfiteusi e il diritto del concedente sul fondo enfiteutico. Sulle servitù non si può costituire ipoteca poiché, come i diritti di uso e abitazione, non possono circolare.

L'ipoteca su un usufrutto si estingue con la cessazione di questo. L'ipoteca sulla nuda proprietà si espande alla proprietà piena quando l'usufrutto si estingue.

Si rinvia agli articoli 2815 e 2816 per le norme relative all'ipoteca sul diritto di enfiteusi e superficie.

Può essere soggetto ad ipoteca anche la quota di un bene indiviso.

L'ipoteca si estende anche ai miglioramenti, alle costruzioni e accessioni dell'immobile ipotecato.

Ipoteca legale.

Abbiamo tre tipi di ipoteche:

- l • poteca legale;
- l • poteca giudiziale;
- i • poteca volontaria, o di un terzo che la costituisce(terzo datore di ipoteca).

Per quanto riguarda l'ipoteca legale, la legge attribuisce a determinati creditori, in virtù della causa del loro credito meritevole di protezione, la possibilità di costituire un'ipoteca con un atto unilaterale e quindi di iscrivere a cura dell'Ufficio territoriale dell'Agenzia del Territorio.

Essa spetta:

- A 1. ll'alienante, sopra gli immobili alienati.
- A 2. i coeredi, ai soci e agli altri condividenti, a garanzia del pagamento dei conguagli dovuti dall'assegnatario in forza dell'atto di divisione.

Essa è caratterizzata perché:

- è • iscritta d'ufficio;
- p • revale sulle trascrizioni o iscrizioni già eseguite contro l'acquirente o il condividente.

Ipoteca giudiziale.

Il creditore, in forza di una sentenza che condanna il debitore al pagamento di una somma di denaro, dell'adempimento di un'altra obbligazione, o di un risarcimento di danni può ottenere l'iscrizione dell'ipoteca su uno qualsiasi dei beni immobili del debitore senza alcun consenso di questo, semplicemente presentando copia della sentenza all'Ufficio dell'agenzia del territorio.

Ipoteca volontaria.

Questa può essere iscritta in forza di un *contratto* od anche di una *dichiarazione unilaterale* del concedente. Si esclude che il testamento possa costituire ipoteca in quanto andrebbe a violare la *par condicio* dei creditori.

La forma richiesta è quella scritta *ab substantiam*. L'atto deve contenere le indicazioni per individuare l'immobile. È legittimato il titolare del diritto reale sul bene.

Ha efficacia obbligatoria l'ipoteca di cosa altrui come nel caso della vendita di cosa altrui, ovvero chi la concede è obbligato ad acquisirne il diritto.

Lo stesso si applica sull'ipoteca su cosa futura che può essere iscritta solo quando il diritto viene ad esistenza.

La pubblicità ipotecaria.

Questa ha natura costitutiva. Da questa deriva l'ordine di preferenza tra le varie ipoteche.

Quest'ordine si basa sulla data dell'iscrizione e non di quella del titolo. A ogni ipoteca viene quindi assegnato un *numero d'ordine*. Lo scambio del grado non è vietato purché non leda i creditori di grado successivo.

Si rimanda all'art 2856 la surrogazione del creditore perdente.

Comunque la pubblicità non sana gli eventuali vizi dell'ipoteca. Quindi se poi si annulla il negozio costitutivo dell'ipoteca, si annulla anche l'iscrizione.

L'iscrizione.

La pubblicità si attua tramite:

- i • iscrizione;
- a • annotazione;
- r • innovazione;
- c • cancellazione.

L'iscrizione abbiamo visto è l'atto tramite il quale l'ipoteca prende vita. Per ottenerla bisogna presentare il titolo dell'ipoteca (sentenza, o altro atto che vale a costituirlo) all'Ufficio. In caso di scrittura privata è necessario che questa sia autenticata.

L'annotazione.

Serve a rendere pubblico il trasferimento dell'ipoteca a favore di un'altra persona ovvero a rendere pubblico il vincolo che venga a riguardare il credito ipotecario.

Anche questa ha efficacia costitutiva per dare effetto al vincolo o al trasferimento sopradetti. Essa si fa con l'annotazione al margine dell'iscrizione.

La rinnovazione

Dato che l'iscrizione resta in vigore 20 anni, con la rinnovazione si evita che questa si estingua per il passaggio di quel periodo. Essa deve essere fatta prima che i 20 trascorrono. Serve quindi ad evitare che una nuova iscrizione di ipoteca faccia perdere il grado che questa aveva prima di scadere. Altro effetto della scadenza è che nel caso in cui il bene in questo periodo viene alienato, l'ipoteca non potrà più essere iscritta né verso il nuovo acquirente né verso il suo dante causa.

La cancellazione.

Essa estingue l'ipoteca e vi si ricorre quando il credito è estinto. Questa può:

- E • essere concessa dal creditore (seguendo tutte le formalità per la costituzione);
- E • essere ordinata dal giudice, ma solo se la sentenza è passata in giudicato.

Il terzo acquirente del bene ipotecato.

Il terzo acquirente del bene ipotecato risponde solo con quel bene da lui acquistato su cui gravava l'ipoteca.

Costui può solo evitare l'espropriazione nei tre seguenti modi:

- p • pagando i crediti;
- r • rilasciare i beni ipotecari ad un amministratore dei beni stesso;
- l • liberare l'immobile da ipoteca offrendo ai creditori il prezzo stipulato o il valore da lui stesso dichiarato. (c.d. *purgazione delle ipoteche*)

Il terzo datore di ipoteca.

Questo non può opporre il *beneficium excussionis*, cioè non può intimare ai creditori di espropriare altri beni prima del suo. Può solo, se paga i crediti iscritti o subisce l'espropriazione, rivolgersi contro il debitore per farsi rimborsare.

Estinzione dell'ipoteca.

Tramite l'estinzione dell'ipoteca (diversa dall'estinzione dell'iscrizione dell'ipoteca) viene meno il diritto di ipoteca.

Le cause sono indicate nell'articolo 2878.

Tipica causa di istinzione è l'estinzione dell'obbligazione garantita.

L'ipoteca può anche essere oggetto di rinunzia.

Ipotesi particolare è la prescrizione dell'ipoteca che si può avere solo dopo ventanni dall'alienazione del bene ad un terso da parte del costituente.

I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale.

Premessa.

Abbiamo già detto che il *patrimonio* del debitore costituisce una garanzia generica per il creditore.

Per impedire che questo possa subire diminuzioni, che inficino la garanzia anzidetta, il legislatore ha previsto tre rimedi di cui il creditore può servirsi. Questi sono:

- a • *zione surrogatoria* (art 2900)
- a • *zione revocatoria* (artt 2901-2904)
- i • *I sequestro conservativo* (artt 2905-2906)

Azione surrogatoria.

Tale azione permette di sindacare il modo con cui il debitore amministra il suo patrimonio e di sostituirsi a lui nell'esercizio dei diritti che gli spettano. Questo può accadere comunque solo quando il debitore, trascurando di compiere atti necessari per far valere i propri diritti, determini con tale inerzia un generico pregiudizio che renda più *difficoltosa*, o *meno agevole*, o più *onerosa* la **realizzazione coattiva** dei diritti dei creditori.

Tale azione quindi permette ai creditori di surrogarsi al debitore inattivo per esercitare in suo luogo *i diritti e le azioni* che gli spettano.

I presupposti sono dunque:

- i • *nerzia del creditore*
- p • *regiudizio per le ragioni dei creditori.*

Gli effetti di chi agisce in surrogatoria hanno effetto per tutti i creditori del debitore.

Solo i diritti patrimoniali possono essere esercitati in via surrogatoria. Non possono nemmeno essere esercitati i diritti patrimoniali che per loro natura o per disposizioni di legge non possono essere esercitati se non dal suo titolare (es. alimenti).

Legittimato è il **creditore** anche a termine o sotto condizione.

Qui abbiamo una ipotesi di litisconsorzio necessario in quando in ogni relativo giudizio deve partecipare anche il debitore.

L'azione revocatoria.

Tale azione può essere esperita quando il debitore peggiori la sua situazione patrimoniale, rendendo più difficoltoso l'adempimento del credito, tramite atti di disposizione sul proprio patrimonio.

Quindi i presupposti sono che il debitore modifichi il proprio patrimonio dal punto di vista *quantitativo* o *qualitativo* fino a renderla *incerta* o *difficoltosa* la realizzazione coattiva dei diritti del creditore.

Legittimato attivamente è il creditore che detenga un credito che possa valutarsi anche solo come *probabile*.

Per poterla esperire è necessario che vi sia:

- U • n atto di *disposizione* con il quale il creditore **modifichi** la sua situazione patrimoniale.
- U • n *eventus damni* ovvero un pregiudizio per il creditore.

Non costituisce pregiudizio l'adempimento di un credito scaduto.

- L • a c.d. *Scientia fraudis* ovvero la conoscenza che l'atto arrecherebbe pregiudizio al creditore.
- Ma:

- S ○ e l'atto è a titolo gratuito, tale conoscenza deve esservi anche solo nel debitore.
- S ○ e l'atto è a titolo oneroso, occorre la *participatio fraudis*, ossia che anche il terzo sia consapevole del pregiudizio arrecato al creditore.

A tal proposito, le prestazioni di garanzia si considerano a titolo oneroso se date contestualmente al credito garantito.

Soggetto ad azione revocatoria è anche l'atto posto in essere anteriormente alla nascita del credito, ma a questo riguardo è necessario anche la *dolosa preordinazione* in frode alle ragioni del creditore.

L'onere della prova della *scientia fraudis* del debitore o anche del terzo spetta a chi agisce in revocatoria.

Effetti dell'azione revocatoria.

Tale azione non ha effetto restitutorio, ovvero il bene non torna nel patrimonio del debitore.

Questa consente solo nei confronti dei *solo* creditore che ha richiesto tale azione di rendere l'atto compiuto dal debitore come inefficace nei suoi confronti che quindi potrà promuovere sul bene azioni esecutive o conservative come se il bene stesso non fosse mai uscito dal patrimonio del debitore.

Come si proteggono i terzi che hanno acquistato a loro volta dal debitore? Per quelli che acquistano a titolo gratuito, la legge non accorda nessuna protezione. Quelli che hanno acquistato a titolo oneroso non vedono pregiudicato invece il loro diritto acquistato.

Tale azione ha una prescrizione **più breve, pari a 5 anni**, sempre a tutela dell'affidamento dei terzi.

Il sequestro conservativo.

È una *misura preventiva e cautelare* che il creditore può chiedere quando ha fondato timore di perdere le garanzie per il proprio credito. Il giudice può quindi ordinare il sequestro conservativo di beni quando concorrono due presupposti:

- i • I c.d. *fumus boni iuris* ossia elementiche consentano di ritenere che il diritto di credito sia sussistente e fondato;
- i • I c.d. *Periculum in mora* il rischio che, nel lasso di tempo per far valere le proprie ragioni, il debitore depauperi il suo patrimonio si da compromettere la possibilità di rifarsi su di esso.

L'effetto di tale sequestro è che gli effetti di tale richiesta *valgono solo per il creditore che li richiede* (come azione revocatoria), e che gli atti dispositivi del debitore non avranno valore nei suoi confronti.

Il diritto di ritenzione.

Esso è concesso in alcuni casi al creditore e consiste nella possibilità di rifiutare la consegna di una cosa di proprietà del debitore finché questi non abbia adempiuto al suo debito connesso con la cosa. Esso non è tanto un mezzo di conservazione della garanzia quanto un forma di *autotutela*. Tale diritto è consentito solo nei casi espressamente previsti e la disciplina non è suscettibile di applicazione analogica.

I contratti in generale.

Il contratto.

Nozioni introduttive. Il contratto come atto di autonomia dei privati.

Il contratto è la figura più importante di *negozio giuridico*.

Il codice lo definisce come "*l'accordo di due o più parte per costituire, modificare od estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*". Quindi *accordo* volto a perseguire un *effetto giuridico*. Ancora è lo strumento per realizzare determinati interessi attraverso la produzione di effetti giuridici.

Esso è quindi un modo di espressione della libertà dei singoli nella gestione dei loro interessi materiali, per mezzo di atti che producono effetti nel loro patrimonio giuridico. Tale libertà ha dei limiti in quando non vengono ad essere configurati come contratti quei determinati accordi che non perseguono un interessi giuridicamente rilevanti.

Sul piano fenomenico esso è un negozio, ovvero una manifestazione di volontà. In realtà non ogni accordo è un contratto. Per questo motivo per definire altri tipo di accordi il legislatore usa spesso altri termini, quali quello di *convenzione*, *patto*, *assenso* ecc ecc...

Infine è necessario ancora distinguere la definizione di *contratto* con quella di *documento contrattuale* e *rapporto contrattuale*.

Centralità sistematica della disciplina legale del contratto.

É importante stabilire il rapporto fra contratto e negozio giuridico. Il nostro codice, infatti, non da una definizione di negozio giuridico ma utilizza la disciplina del contratto in generale come termine di riferimento generale per la disciplina dei negozi giuridici.

Il nostro codice infatti, grazie a tale discipline, permette alle parti di determinare liberamente il contenuto dei contratti, ossia le clausole volte a regolare il loro rapporto, mantenendosi nei limiti imposti dalla legge. Tale autonomia si esplica anche nella possibilità di scegliere il "tipo" o "modello contrattuale". Questa poi può andare oltre la scelta di un tipo contrattuale già previsto e regolato dal legislatore, perché tale autonomia permette di giungere alla creazione di contratti atipici.

Elementi essenziali del contratto.

Tali elementi sono:

- I • *'accordo*;
- I • *a causa*;
- I • *'oggetto*;
- I • *a forma*(quando è richiesta ad *substantiam actus*).

Classificazione dei contratti.

Queste sono:

- C • *ontratti tipici o nominati ed atipici o innominato*.
- C • *ontratti bilaterali e plurilaterali*.
- C • *ontratti a prestazioni corrispettive e con obbligazioni a carico di una sola parte*.

- C • a titolo *oneroso* e a titolo *gratuito*.
- C • di *scambio* e *associativi*
- C • *commutativi* e *aleatori*
- C • ad *esecuzione istantanea* e di *durata*
- C • a *forma libera* e a *forma vincolata*
- C • *consensuali* e *reali*.
- C • a *efficacia reale* ed a *efficacia obbligatoria*.

Le trattative e la conclusione del contratto.

La formazione del contratto. La proposta e l'accettazione.

Per comprendere quando e dove si perfeziona il contratto dobbiamo considerare due istituti: la proposta e l'accettazione. Sebbene queste siano espressioni di volontà, si pensa che esse non costituiscano negozi giuridici quanto invece *prenegozi*.

Proposta ed accettazione sono dichiarazioni di volontà unilaterali: quando alla proposta segue l'accettazione, si ha l'accordo. Precisamente occorre però che:

- l • l'accettazione prevenga al proponente in un termine da lui stabilito o da quello ordinariamente necessario secondo il tipo di affare o gli usi;
- c • che l'accettazione sia conforme alla proposta e che, cioè, non contenga variazioni;
- c • che l'accettazione sia compiuta nella *forma* richiesta dal proponente.

Ora, per comprendere dove e quando avviene la fusione delle volontà, dobbiamo considerare vari criteri tramite i quali è possibile regolare ogni manifestazione di volontà. Questi sono:

- p • principio della *dichiarazione* (manifestazione di volontà è efficace non appena espressa);
- P • principio della *spedizione* (manifestazione di volontà è efficace non appena trasmessa all'altra parte);
- P • rin. Della *ricezione* (manifestazione di volontà è efficace non appena l'altra parte la riceve);
- P • rinc della *cognizione* (manifestazione di volontà è efficace non appena il destinatario ne viene a conoscenza);

Il criterio che considera il legislatore in materia contrattuale è quella della *Cognizione*, quindi il contratto si considera concluso nel momento e nel luogo in cui il proponente viene a conoscenza dell'accettazione della proposta comunicategli dall'altra parte.

A tal riguardo l'art 1335 stabilisce una *presunzione* di di cognizione ovvero che ogni manifestazione di volontà si presume essere venuta a cognizione non appena questa è giunta all'indirizzo del proponente. Starà a quest'ultimo dimostrare l'impossibilità di averne la notizia.

Alcuni contratti si possono perfezionare mediante la semplice esecuzione. Questa caratteristica deve essere espressamente indicata dal proponente e questo deve essere messo a conoscenza dell'inizio dell'esecuzione.

Diversa regola è dettata per in contratto con obbligazioni a carico del solo proponente dove la legge non ritiene necessaria una esplicita dichiarazione di accettazione. Il codice qui sottolinea che la tale proposta è allora considerata irrevocabile dal momento in cui giunge a conoscenza del

destinatario, e che per perfezionare il contratto è sufficiente che il destinatario non respinga tale proposta. Ciò detto non vale per la donazione.

La revoca della proposta è dell'accettazione.

Proposta e accettazione possono essere ritirate dalle parti che le esprimono. Nella revoca di tali espressioni di volontà vi è però una differenza di regime.

Riguardo la proposta, il codice dice che la revoca di questa può essere revocata finché il contratto non sia concluso

Per l'accettazione invece, la sua revoca deve giungere al proponente prima che gli giunga l'accettazione.

Da questo regime dettato dal codice civile sembra che la revoca della proposta sia un atto *non recettizio* mentre la revoca dell'accettazione *lo sia*.

Un'altra tesi sostiene invece che sia revoca che accettazione siano atti recettizi.

È comunque dato sempre indennizzo nel caso in cui l'accettante inizi l'esecuzione prima di essere venuto a conoscenza della revoca della proposta.

Entrambe (prop e accet) perdono efficacia se prima che il contratto si sia perfezionato gli individui muoiano o diventino incapaci. Questo non vale se tali sono state fatte da imprenditori nell'esercizio della loro impresa (esclusi i piccoli imprenditori).

Il proponente può anche escludersi la possibilità di revoca. Si dà così vita alla proposta irrevocabile. Il codice però vuole che sia fissato un termine per tale irrevocabilità, termine che se non è apposto fa perdere il carattere di irrevocabilità alla proposta. Tale proposta è irrevocabile anche se il proponente muore.

L'offerta al pubblico.

Essa è una proposta contrattuale indirizzata a destinatari indeterminati. Occorre che l'offerta contenga gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta.

Anche essa è revocabile, ma tale revoca, che deve essere fatta con la stessa forma della proposta, è efficace anche nei confronti di chi non viene a conoscenza della revoca.

Il contratto aperto all'adesione.

Sono contratti che presentano una struttura aperta a ricevere adesione di altri soggetti. In tali contratti è disciplinato anche come aderire e nel caso questo non disponga, supplisce l'art 1332 che afferma che l'adesione deve essere diretta all'organo eventualmente costituito per dare attuazione al contratto oppure a tutti i contraenti originali.

Le trattative. Il dovere di buona fede.

Durante le trattative di un contratto le parti sono ancora libere di accettare o no il contratto. Esse però sono obbligate a comportarsi seguendo buona fede. Alcune cause possono essere (tratte dalla casistica):

- a • abbandono ingiustificato della trattativa;
- m • mancata informazione sulle cause di invalidità di un contratto (art 1338);
- l • influenza illecita sulla determinazione negoziale della controparte (dolo contrattuale);

- I • induzione della controparte alla stipulazione di un contratto pregiudizievole.

La responsabilità precontrattuale.

Secondo alcuni tale tipo di responsabilità è di tipo extracontrattuale mentre secondo altri si risponderebbe ad una responsabilità contrattuale per inadempienza di un obbligo di buona fede.

È opportuno comunque importante evidenziare la differenza fra il danno in questo caso e nel caso di inadempimento. La differenza sostanziale sta nel fatto che in questo caso si risponde del danno dall'*eventuale mancato guadagno*, e a questo niente verrà risarcito per il danno ricevuto dalla mancata conclusione del contratto perché nessun contratto è mai venuto ad esistenza.

Le condizioni generali di contratto. I contratti del consumatore:Rinvio.

Come è ovvio, il procedimento di conclusione del contratto per mezzo di trattative individuali non sempre può essere posto in essere, se consideriamo ad esempio, tutti quei contratti di vendita ad opera di grandi imprese. Queste imprese di solito predispongono "moduli" o "formulari" contrattuali. Queste vengono definite "condizioni generali di contratto". Contro questi tipi di contratti il cliente può scegliere se aderire o rifiutare.

Per tutelare la posizione di questi clienti, già nel codice civile del 42 era stata introdotta una norma protrettrice di questa posizione. Tale norma prevedeva che: tali condizioni generali fossero efficaci solo se erano poste in essere in modo che il cliente le potesse conoscere usando la normale diligenza, che, in caso di dubbi, queste fossero interpretate a favore della parte debole, e che clausole che comportavano limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, o altre limitazioni dovevano essere approvate per iscritto. Queste ultime clausole erano definite *vessatorie*.

Proprio per queste ultime clausole era stato disposto che queste dovevano essere approvate dal cliente con un'apposita firma. Se non che in molti casi bastava chiedere una doppia firma per la conclusione del contratto. Quindi recenti interventi normativi a tutela della posizione del consumatore hanno ormai previsto una protezione non solo <<formale>> ma bensì sostanziale, in quando prevedono la nullità delle clausole che non possiedano determinati requisiti.

In ultimo vi è da dire che questa protezione si ha solo quando un contratto è concluso fra un *consumatore* e un *imprenditore* e non ha quindi effetto per quelli conclusi fra *imprenditori* fra di loro.

I VIZI DELLA VOLONTA'

a) IL PROBLEMA IN GENERALE

Problemi del consenso negoziale. Incapacità di agire e vizi della volontà.

Come sappiamo il negozio è una espressione di volontà individuale. A tal riguardo è necessario che questa volontà sia espressa in maniera *attendibile* e che si *correttamente formata*. Da ciò discende che devono considerarsi *annullabili* quei negozi che sono caratterizzati per essere stati formati da chi non era in grado di esprimere correttamente la propria volontà(*per incapacità di agire*) o da chi ha visto distorta questa medesima(*per vizi della volontà*). Tale ultimo caso si concretizza nel considerare i vizi della volontà quali: errore, dolo e violenza.

Volontà e dichiarazione. La teoria dell'affidamento.

Abbiamo già definito il negozio come manifestazione di volontà. Da questo dovrebbe discendere che una dichiarazione cui non corrisponda una interna volontà è priva della sua stessa esistenza.

A tal riguardo si sono formate diverse teorie per la tutela dei singoli individui nel compimento dei negozi giuridici. Alcune di queste sono: quella della *volontà* che da rilievo esclusivo a questo elemento, ritenendo invalido ogni atto espressivo di una volontà viziata, quella della *dichiarazione* che da esclusivo rilievo alla dichiarazione espressa anche se viziata, e quella della *responsabilità* per cui il dichiarante è obbligato se la divergenza è imputabile a sua colpa. Essendo state tutte queste teorie escluse rilievo ha preso la teoria dell'*affidamento*.

Tale teoria, nel caso in cui la dichiarazione diverga dalla volontà e questa non si è correttamente formata, protegge comunque i terzi che hanno regolato la loro condotta considerando pienamente attendibile ed efficace quella dichiarazione. Questa vale però per i negozi patrimoniali *inter vivos* ma non per quelli *mortis causa*, per i negozi di diritto personale o patrimoniale a titolo gratuito nel quale occorre dare importanza all'effettiva volontà del dichiarante.

b) L'ERRORE

Errore ostativo ed errore vizio.

L'errore consiste in una falsa rappresentazione della realtà. A tal riguardo si riconoscono due tipi di errore: *errore ostativo* ed *errore-vizio*.

Con il primo si intende l'errore che cade sulla *dichiarazione* o sulla *trasmissione* della dichiarazione stessa sicché la volontà alla fine, sia differente rispetto la dichiarazione. Questo presuppone quindi che la volontà si sia correttamente formata ma che poi sia stata espressa o trasmessa male.

Per errore-vizio si intende invece l'errore che causa una diversa dichiarazione poiché si era valutato in modo errato le circostanze e i presupposti di fatto del negozio giuridico.

Per il codice abrogato il primo errore considerato avrebbe portato la nullità dell'atto. Nel codice odierno invece, entrambi gli errori comportano l'annullabilità dello stesso.

Condizioni di rilevanza dell'errore.

Il legislatore, con tale disciplina intende da un lato tutelare l'affidamento dei terzi e dall'altro poter dare un rimedio alla parte che non sia riuscita ad esprimere correttamente la propria volontà. Per tale motivo l'errore deve essere *essenziale* e *riconoscibile dall'altro contraente*.

Tali regole si estende per tanto a tutti gli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale e recettizi(art 1324).Non si applicano invece né al testamento né al matrimonio.

Per di più per l'art 1432 l'annullamento non può essere proposto se prima che la parte in errore ne riceva un pregiudizio, l'altra parte offre di eseguirlo in base alla volontà originaria della prima.

Essenzialità dell'errore.

Un contratto affetto da errore può essere impugnato solo quando tale errore assuma un apprezzabile rilievo rispetto l'obbiettivo assetto degli interessi realizzato nel contratto.

Tale *essenzialità* è diverso dal carattere *determinate* dell'errore che invece attiene all'influenza che l'errore ha avuto nella determinazione di volontà.

La legge enumera i casi in cui l'errore è considerato essenziale. Questi sono:

- I • 'errore sulla natura del negozio
- L • 'errore sull'oggetto;
- s • ulla qualità delle cose che costituiscono oggetto del negozio(non sul valore perché in quel caso l'ordinamento da un rimedio ovvero *la rescissione per lesione*);
- s • ulla persona, questo è determinante solo in alcuni negozi dove le qualità della persona e la sua identità siano determinati, tali negozi sono caratterizzati per *l'intuitus personae*;
- s • ulla quantità della prestazione;
- L • 'errore di diritto che è differente dall'addurre come scusa l'ignoranza di una norma imperativa. Tale errore deve infatti essere caratterizzato per aver influito sui presupposti che hanno indotto alla formazione di una determinata volontà, dovuta ad un errata valutazione di una situazione giuridica, per cui non si tenta di sottrarsi alla norma che regola la fattispecie, bensì questa è stata valutata diversamente.

Non ha rilevanza l'errore che cade sui motivi. Questo ha rilevanza solo nel testamento e nella donazione.

Riconoscibilità dell'errore.

Come già detto, l'errore deve essere riconoscibile dall'altro contraente, ovvero la controparte, usando la normale diligenza, avrebbe dovuto potuto accorgersene. Al riguardo si ci riferisce alla possibilità astratta che la controparte avrebbe potuto riconoscere l'errore.

Tale indagine deve essere comunque esperita caso per caso.

Nel caso in cui entrambe le parti cadano sullo stesso errore, il negozio sarà comunque annullabile in quanto la legge pensa che l'essenzialità dell'errore sia sufficiente.

c) IL DOLO

Un negozio è annullabile quando sia stato formato a causa di *raggiri* perpetrati ai danni del suo autore. Questo è il dolo come *vizio del consenso*.

Per l'annullabilità dell'atto devono concorrere i seguenti requisiti:

- i • I raggiro o l'artificio ovvero qualsiasi azione idonea a trarre in inganno la vittima.
- L • 'errore del raggirato, in quanto è necessario che il raggirato cada in tale raggiro;
- I • a provenienza dell'inganno dalla controparte, a meno che questa non abbia approfittato di quella di un terzo. Tale regola non è invece valida se il vizio della volontà è causato da violenza.

Per l'inganno è necessario qualsiasi comportamento ingannevole, non è necessario che crei un errore essenziale, può causarne uno anche sui motivi. Anche la *menzogna* ovvero una dichiarazione inveritiera, rende il negozio annullabile quando la controparte non avrebbe potuto accorgersene usando la normale diligenza.

Invece, il *dolo incidente* ovvero quello che determina il contratto solo in via accessoria, si ritiene non renda annullabile l'atto completamente ma comunque porti il risarcimento del danno.

Riguardo l'attività commerciale e la protezione del consumatore vi è tutta una legislazione apposita che impone l'obbligo del consenso informato e la punizione di ogni atto anche solamente

omissivo da parte della controparte.

Rapporti tra il dolo vizio della volontà e la nozione generale di dolo.

Il dolo-inganno non è da confondere da quello vizio della volontà. Esso infatti non si esternalizza in un fatto concreto ma rimane un aspetto psicologico. Esso non è altro che una corrispondenza fra un programma perseguito da una persona e l'azione da essa posta in essere.

d) VIOLENZA

Nozione. Violenza fisica e violenza psichica.

La violenza psichica consiste nella *minaccia di un male ingiusto* rivolto ad una persona specifica per estorcergli il consenso per la conclusione di un negozio giuridico. È il caso in cui la condotta altrui interferisce illecitamente con il processo di formazione della volontà negoziale.

Questa si differisce dalla violenza fisica. In questa infatti (sebbene sia quasi solo una ipotesi di scuola) la volontà della contro parte non viene mai posta in essere. Per tale motivo il negozio stesso non è semplicemente annullabile ma bensì nullo.

Nella violenza psichica invece la volontà vi è benissimo. La parte ha la possibilità di scegliere se sottostare alla minaccia o no. Ed è per evitare la minaccia che sceglie cosa previsto dal minacciante. Infatti, l'ordinamento affida a chi ha subito la minaccia se scegliere di annullare il contratto o no.

La violenza non ha nulla a che fare con il *timore reverenziale* ovvero il rispetto nutrito nei confronti di una persona.

Violenza e stato di pericolo.

Lo stato di pericolo si differenzia perché proveniente non da una persona ma da un fatto esterno.

Se per lo stato di pericolo una persona ha concluso un negozio a condizioni inique, il negozio non è annullabile ma rescindibile. Tale profilo è infatti preso in considerazione dalla legge non come vizio della volontà, bensì come ingiusta lesione.

Requisiti della violenza.

Abbiamo già detto che la violenza deve essere diretta allo scopo di indurre la vittima a perfezionare il negozio che le si richiede di concludere. Deve essere una minaccia tale da far impressione ad una persona media.

Il male deve essere ingiusto e notevole e deve riguardare la vittima stessa o un coniuge o un discendente o i rispettivi beni. In ogni caso la valutazione della minaccia è rimessa al libero apprezzamento del giudice.

Nel caso in cui il male minacciato riguarda la possibilità di far valere un proprio diritto, questo non può essere usato come pretesto per l'annullamento del contratto, a meno che il titolare del diritto si serva della minaccia per far concludere alla controparte un contratto che non aveva interesse o piacere di concludere.

Come già accennato la violenza produce l'annullabilità del contratto anche se esercitata da un terzo e questo anche se la controparte sia ignara della violenza. Ciò è giustificato dalla maggiore anti-giuridicità attribuisce alla violenza rispetto al dolo.

LA FORMA DEL CONTRATTO

La forma del contratto.

Per forma si intende la modalità di espressione della volontà individuale. Tale volontà può esprimersi tramite i segni del linguaggio convenzionale o tramite comportamenti concludenti (comportamento materiale univocamente espressivo di un intento individuale) od eccezionalmente anche tramite il silenzio, anche se solo in un contesto che possa attribuire all'inerzia una specifica rilevanza giuridica.

Nel nostro ordinamento vige il principio della libertà della forma, secondo il quale un contratto deve essere concluso seguendo una determinata forma solo ove ciò sia espressamente previsto dalla legge a pena di nullità.

Un requisito di forma minimo richiesto dalla legge è quello secondo cui la volontà deve essere espressa (es nella fideiussione). Più frequente invece la legge impone la forma scritta che può essere scrittura privata o atto pubblico. Il massimo di forma che la legge chiedi è quella *ad substantiam* tramite atto pubblico (come nel caso della donazione).

La forma dalla legge può essere chiesta per i più vari motivi, da quello pubblicitario per la tutela dei terzi a quello di protezione (clausole vessatorie).

Il requisito di forma si proroga anche ai contratti preparatori, strumentali o risolutivi.

Per quanto riguarda la forma scritta è indifferente che le parti sottoscrivano lo stesso documento, si scambino due uguali documenti sottoscritti da entrambi, o si scambino due distinte dichiarazioni scritte, l'importante è il *significato* delle loro dichiarazioni.

Per quanto riguarda telefax e comunicazione digitale non sono idonee a perfezionare contratti per i quali la legge richiede la *forma scritta*.

Le forme convenzionali.

L'art 1352 ammette che con *accordo scritto* le parti possano adottare una determinata forma per la conclusione di un contratto.

Un altro tipo di forma convenzionale è quella offerta dall'art 1326 per cui la legge dà la possibilità alla parte di richiedere una particolare forma per l'accettazione del contratto.

LA RAPPRESENTANZA

Nozione.

In tal istituto la volontà contrattuale non è espressa dall'interessato ma da un terzo appositamente incaricato. Quindi la rappresentanza è l'istituto tramite il quale ad un individuo (rappresentante) è attribuito (dalla legge o dall'interessato) il potere di agire *in nome e per conto* di un altro soggetto (il rappresentato) per concludere un'attività a cui questo stesso è interessato. Gli effetti giuridici si verificano nella sfera della persona fisica o dell'ente per cui l'affare è concluso.

Diversa è la figura dal rappresentante da quella del *nuncius* ovvero colui il quale trasmette materialmente la dichiarazione altrui. Questo quindi non manifesta una volontà negoziale propria.

Rappresentanza diretta e indiretta.

Abbiamo visto che basilare è che il rappresentante agisca in *nome* del rappresentato. Deve cioè

dichiarare che non compie l'atto per se ma in nome dell'interessato, o come si dice, deve *spenderne* il nome.

Se una persona agisce nell'interesse altrui ma non dichiara di agire in nome altrui, si ha la rappresentanza *indiretta*.

Nella rappresentanza *diretta* gli effetti giuridici si trasferiscono immediatamente sulla sfera giuridica del rappresentato. In quella *indiretta* ciò invece non accade, poiché occorrerà un altro negozio per trasmettere gli effetti dell'atto nel patrimonio della persona nel cui interesse l'atto è stato compiuto. La rappresentanza indiretta si chiama anche *interposizione reale*. Il compimento di tale negozio costituisce oggetto di una obbligazione a carico del rappresentante (a questo si applicano le regole del mandato senza rappresentanza).

L'autorizzazione è una figura che si avvicina a tale istituto in quanto tramite questo, una persona (l'autorizzante) dà il potere ad un'altra di compiere negozi giuridici, diretti ad influire nella sfera dell'autorizzante in nome dell'autorizzato.

Negozi per i quali è esclusa la rappresentanza.

La rappresentanza è esclusa per i negozi che per la loro natura si vogliono riservare solo alla persona interessata ovvero quelli di diritto familiare ed il testamento. Per la donazione è ammessa solo entro limiti ristretti.

Fonti della rappresentanza.

Il potere rappresentativo può derivare dalla legge (*rappresentanza legale*) o essere conferito dall'interessato (*rappresentanza volontaria*).

Quella legale ricorre quando il soggetto è incapace (minore, interdetto, amministrato di sostegno).

Fenomeno particolare è quello della rappresentanza organica, ovvero quando un *organo* dell'ente può esternare la volontà di quest'ultimo.

Diverso è anche l'istituto dell'*ufficio privato* tramite il quale è possibile compiere atti nell'interesse altrui e con effetto nella sua stessa sfera giuridica.

La procura

Esso è il negozio con il quale una persona conferisce all'altra il potere di rappresentarla. Il rappresentante volontario si chiama *procuratore*.

La procura attiene al lato *esterno* del rapporto di rappresentanza. Esso consiste in un negozio *unilaterale recettizio* ed ha principalmente lo scopo di rendere noto ai terzi con il quale il rappresentante verrà in contatto che egli è autorizzato dal rappresentato a compiere quel medesimo atto.

Tale rapporto va quindi tenuto distinto da quello *interno* che può derivare da un mandato, da contratto di lavoro, di società....

La procura deve essere *espresa* o *tacita* (risultante da fatti concludenti). Di regola non è richiesta alcuna forma particolare tranne che quando tale forma sia richiesta dall'atto da concludere (es per la vendita di beni immobili la procura deve essere scritta).

I requisiti di capacità per rappresentato e rappresentante ai fini della conclusione di un negozio di rappresentanza sono la capacità legale per il primo, mentre per il secondo solo e semplicemente la capacità di intendere e di volere.

La procura può essere concernente un solo affare o più affari determinati (*procura speciale*) o può

riguardare tutti gli affari del rappresentante (*procura generale o ad negotia*). Entrambe le procure possono prevedere limitazioni per il rappresentante. Da questo discende che al rappresentante può essere legittimamente chiesta dal terzo copia del documento (se effettuata con atto scritto) con il quale la procura è stata stabilita o in ogni caso la sua giustificazione. Tale documento deve essere restituito quando i suoi poteri sono cessati.

Possibile è anche la *revoca* della procura che anche essa è un atto unilaterale recettizio. Questa non è mai ammessa quando la procura è conferita per interessi di terzi o dello stesso procuratore. Revoca tacita della procura si ha con la nomina di un nuovo rappresentante, purché sia comunicato al primo rappresentante. La revoca deve essere portata a conoscenza dei terzi. Per il principio dell'affidamento, se non si è portato il terzo a conoscenza della revoca o della modificazione della procura, nei suoi confronti il negozio resta valido. Il rappresentato potrà solo provare a dimostrare che il terzo sarebbe potuto venirne a conoscenza in un altro modo.

La procura cessa con la morte del rappresentante o del rappresentato.

Vizi della volontà e stati soggettivi del negozio rappresentato.

Per stabilire se la volontà si sia rettamete formata è necessario riferirsi in primo luogo a quella del rappresentante perché è lui che impiega la propria nella conclusione di atti a mezzo di procura. Però si ritiene che il negozio possa essere annullabile nel caso in cui viziata sia stata la volontà del rappresentato in caso di errore, incidendo sulle istruzioni date.

Nel caso di buona o mala fede si ha riguardo anche sempre alla volontà del rappresentante. In caso di mala fede però, non ricevendo alcuna protezione dall'ordinamento, sarà considerata anche quella del rappresentante.

Conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato.

Il potere di rappresentanza sappiamo che può essere conferito anche nell'interesse del rappresentante (*procurator in rem propria*). Nel caso in cui il rappresentante si portatore di interessi in contrasto con quelli del rappresentato si ha *conflitto di interessi*, ovvero una situazione di incompatibilità tra i due interessi.

In questo caso, l'atto del rappresentante è viziato, a prescindere se vi sia stato realmente o meno uno svantaggio per il rappresentato. Il negozio quindi sarà annullabile su richiesta di quest'ultimo. Nel caso però in cui vi sia un interesse di un terzo, il negozio è annullabile solo se il conflitto era conosciuto o poteva essere conosciuto con l'ordinaria diligenza del terzo. Il conflitto è invece irrilevante se il rappresentato, conoscendolo, lo autorizza.

Rientra in tale schema il *contratto con se stessi*. Questo è di regola annullabile, ma è valido quando sia stato autorizzato dal rappresentato o il contenuto del contratto sia stato determinato preventivamente dal rappresentato.

Rappresentanza senza poteri.

Si ha tale figura quando lo svolgimento di un'attività negoziale in nome altrui non sia stata preceduta da nessun conferimento di poteri da parte dell'interessato. In tal caso, il negozio, che è stato compiuto da chi aveva *difetto o eccesso* di potere, non produce alcun effetto nella sfera giuridica dell'interessato. Il negozio è quindi inefficace.

Si può avere però il caso in cui l'interessato ratifichi il negozio stipulato per lui dal *falsus procurator*. Secondo l'opinione prevalente, tale ratifica potrebbe equipararsi ad una procura successiva. Tale ratifica può essere espressa o tacita (tramite fatti concludenti come il caso in cui il rappresentato esegua il contratto). La ratifica ha effetto retroattivo.

In ogni caso la retroattività della ratifica non può pregiudicare i diritti acquistati dai terzi. In ogni caso all'interessato è data la facoltà di chiedere l'actio interrogatoria al rappresentato.

Se, in ogni caso la ratifica non avviene, il negozio resta inefficace. In questo caso il terzo ha la facoltà di chiedere il risarcimento del danno al falsus procurator. Tale risarcimento è limitato al rimborso spese, al risarcimento per aver perso eventuali occasioni e al risarcimento per l'attività sprecata con la trattativa. Non è dato risarcimento se il terzo sapeva o avrebbe potuto accorgersi usando la normale diligenza che colui che agiva non aveva il relativo potere.

La gestione di affari altrui.

In taluni casi l'occuparsi degli affari altrui può avere un fine socialmente utile. Per tale motivo tale istituto è disciplinato dal codice civile prevedendo che:

- i • Il gestore non può dismettere a proprio piacimento la gestione, ma continuarla condurla a termine finché l'interessato non sia libero di occuparsene lui stesso. Il gestore è quindi sottoposto alle norme sul mandato ed è responsabile in caso di mala gestio.
- Q • Quando tale gestione sia utilmente iniziata, l'interessato deve adempiere alle obbligazioni prese in suo nome dal gestore;
- n • Non si deve guardare all'esito finale della gestione, bensì dell'utilità iniziale

Il contratto per persona da nominare.

Si ha tale istituto quando una parte vuole riservarsi la facoltà di nominare la persona nella cui sfera giuridica il negozio deve produrre effetti. Se segue entro tre giorni (ma le parti possono convenire che la dichiarazione di nomina possa essere effettuata entro un termine maggiore, anche se ciò non ha effetto ai fini tributari) la dichiarazione di nomina si producono gli stessi effetti come se fosse stata data procura anteriormente al negozio.

Se alla fine tale dichiarazione manca, il negozio si ritiene produrre effetti direttamente sulla persona che ha effettuato la riserva.

Differenze con altri istituti:

- c • Con la rappresentanza indiretta: non occorre nuovo negozio perché gli effetti della dichiarazione negoziale si producano sull'interessato.
- D • All'interposizione fittizia o simulata: perché in tale istituto l'interponente dichiara di acquistare a suo nome anche se poi ciò non si rivela vero.
- D • Al contratto *per conto di chi spetti*: perché qui la nomina non è eventuale ed è generata da un *evento oggettivo*.

La natura giuridica di tale istituto sembra essere una rappresentanza eventuale in incertam personam, perché il terzo non dichiara di agire in nome proprio e la dichiarazione è solo eventuale.

La dichiarazione di nomina e l'accettazione sono negozi unilaterali. Servono ad integrare il contratto e devono seguire la stessa forma del contratto basilare.

IL CONTRATTO PRELIMINARE ED I VINCOLI A CONTRARRE

Il contratto preliminare.

Si dice preliminare il contratto con il quale le parti si *obbligano* a stipulare un successivo contratto *definitivo* del quale deve essere già determinato nel preliminare il contenuto essenziale.

Questo non deve essere confuso con un contratto definitivo dove le parti si impegnano a concludere successivamente la documentazione formale. Non si deve nemmeno fare confusione fra questo e semplici dichiarazioni preparatorie. In ogni caso per la definizione di un contratto preliminare, nel tentativo di distinguerlo dagli altri tipi di contratto, si dovrà avere riguardo per l'effettiva intenzione delle parti. Si tratta quindi di un problema di interpretazione di un contratto.

Per quanto riguarda il contenuto, il contratto preliminare deve precisare il contenuto del contratto definitivo, in modo che la conclusione del definitivo non comporti alcuna ulteriore discussione, salva la possibilità di aggiunte o modifiche consensuali.

La forma è la stessa prescritta per il contratto definitivo.

Tale contratto ha effetti obbligatori, non reali. L'obbligo consiste proprio nello stipulare il contratto definitivo.

Il contratto preliminare può vincolare ambedue le parti o solo una (*promessa o preliminare unilaterale*). Nel caso in cui poi una delle parti si rifiuti di stipulare il contratto, questa risponde per inadempimento. Questo è un caso di responsabilità *contrattuale* perché gli effetti di inadempienza derivano da un contratto, anche se preliminare. Quindi la parte inadempiente sarà obbligata a risarcire il danno. In più la legge pone un altro strumento per rimediare all'inadempienza, ovvero *l'esecuzione in forma specifica* degli obblighi derivanti dal contratto. Esso non è altro che una sentenza volta che produca gli stessi effetti di quelli che avrebbe dovuto svolgere il contratto. Tale strumento può essere attivato quando: a) sia materialmente possibile, b) non sia escluso dal titolo.

Si discute se il contratto preliminare sia ammissibile per i contratti che prevedono la consegna di una cosa determinata, e parte della dottrina reputa ciò sia possibile.

Nulla per difetto di causa sarebbe un contratto preliminare di un contratto preliminare (Cass. Sent. 2 aprile 2009 n. 8038).

Trascrivibilità del contratto preliminare. Rinvio.

Inizialmente il contratto preliminare non era trascrivibile in quanto non contemplato dell'elenco degli atti trascrivibili e non avendo natura reale bensì obbligatoria.

Ciò obbligava la parte ad proporre al più presto una domanda giudiziale volta ad ottenere una sentenza costitutiva del trasferimento non operato spontaneamente per evitare che l'altra parte, dopo aver concluso il preliminare, alienasse il bene ad un terzo.

Per ovviare a questi inconvenienti, è stato introdotto l'articolo 2645-*bis* che ha permesso la trascrizione di un tal tipo di contratto.

La tutela degli acquirenti di immobili da costruire.

Per l'articolo già citato è possibile anche la trascrizione di un preliminare per l'acquisto di edifici ancora da costruire. Con ciò viene tutelato l'acquirente della res. Questo però non bastava a proteggere gli acquirenti dall'eventuale fallimento del costruttore che avrebbero dovuto compere anche con gli altri creditori di questo.

Per ovviare a questi altri problemi è intervenuto un decreto legislativo che ha introdotto garanzie per tali acquirenti che devono essere date dal costruttore. Tale intervento normativo non riguarda solo contratti di vendita, ma anche tutti quelli che abbiano per effetto l'acquisto non immediato di diritti su un determinato immobile da costruire.

L'opzione.

Si ha *opzione* quando il vincolo di irrevocabilità della proposta consegue, non già da un impegno assunto unilateralmente dal proponente, ma da entrambe le parti. Gli effetti sono gli stessi previsti per la *proposta irrevocabile*.

Si differenzia dal contratto preliminare perché qui il beneficiario è libero di avvalersi o no dell'opzione, ma se accetta il contratto è senz'altro perfezionato e se ne producono tutti gli effetti senza che occorra nessun'altra volontà negoziale. Questa si distingue anche dal patto di prelazione con cui una parte si impegna a preferire un determinato soggetto a parità di condizione nella stipulazione di un contratto.

La prelazione.

Con un contratto di prelazione si attribuisce ad un soggetto il diritto di essere preferito nella stipulazione di un contratto a parità di condizioni, fra tutti gli altri possibili contraenti.

Il soggetto vincolato dalla prelazione è quindi obbligato ad effettuare una *denuntiatio* cioè a comunicare al beneficiario della prelazione le condizioni pattuite con il terzo, invitandolo a dichiarare se intenda o meno avvalersi del proprio diritto.

La prelazione può essere *volontaria o legale*. La prelazione volontaria ha mera efficacia obbligatoria e non può essere opponibile a terzi. Essa quindi, in caso di inadempimento comporta il risarcimento del danno.

Quella legale invece ha un protezione maggiore, in quanto è opponibile a terzi e tutelabile in forma specifica.

L'OGGETTO DEL CONTRATTO

Requisiti dell'oggetto.

Secondo l'articolo 1346 l'oggetto del contratto deve essere: lecito, possibile, determinato o determinabile.

Prima però chiariamo cosa si intenda per oggetto. Vi sono almeno tre interpretazioni:

P 1) per oggetto deve intendersi le *prestazioni* dedotte in contratto;

I 2) *l bene* dovuto;

I 3) *il contenuto* del contratto nel senso di *contenuto regolamentare* ossia l'insieme di disposizioni che disciplinano il rapporto tra i contraenti e che questi possono liberamente determinare.

Ritornando ai requisiti del contratto analizziamoli:

L • *lecito* in quanto l'oggetto non può essere contrario al buon costume, a nessuna legge imperativa e all'ordine pubblico.

P • *possibile*, cioè deve poter essere eseguibile. Tale possibilità ovviamente va apprezzata in se e per se non con riguardo alla persona che deve porre in essere l'atto. Ora mentre l'impossibilità *originaria* come abbiamo visto rende nullo il contratto, quella sopravvenuta non incide sulla validità dell'atto ma comporta solo l'estinzione dell'obbligazione divenuta impossibile e in quelli a prestazioni corrispettive la risoluzione del contratto. L'unico caso in cui l'impossibilità originaria non dà nullità al contratto e quando, essendo tale oggetto sottoposto a condizione o termine, in questo intervallo tale oggetto divenga possibile.

- D • *eterminato o Determinabile*, per far sorgere un vincolo giuridico deve essere chiaro su cosa le parti si impegnano. Non è valido infatti il contratto con cui le parti si promettono di decidere l'oggetto in seguito.

Alle volte la legge detta dei criteri integrativi per la determinazione dell'oggetto, evitando che l'incompletezza dell'oggetto renda il contratto nullo.

È ammesso il contratto di cose future quando non espressamente vietato dalla legge.

La determinazione dell'oggetto ad opera del terzo.

Questo può anche essere determinato dal terzo. Questo è chiamato *arbitratore* (da non confondere con l'*arbitro* che può essere scelto dalle parti quando sorge fra questi una lite).

Tale terzo dovrà procedere tramite un *equo apprezzamento*, se ciò non avviene le parti possono rivolgersi al giudice. Le parti possono poi rimettersi al *mero arbitrio del terzo*. In tal caso non possono impugnare la decisione a meno che non riescano a provare la sua mala fede. Sempre in questo caso le parti non potranno chiedere che intervenga il giudice. Il massimo che possono fare e scegliere concordemente un altro arbitratore.

LA CAUSA DEL CONTRATTO.

Nozione.

Altro elemento essenziale del negozio giuridico è la sua *causa*. Esso può avere vari significati: si parla di causa dell'obbligazione con riguardo alla sua fonte; di causa di un'attribuzione patrimoniale per determinare se questa è avvenuta per giustificato motivo. In generale il concetto di causa è importante solo per i negozi nei quali l'autonomia privata può influire sugli effetti del negozio. Infatti in questo caso è necessario che gli effetti giuridici siano giustificati dal punto di vista dell'ordinamento giuridico.

Il nostro codice richiede che la causa sia lecita, ovvero che siano leciti e meritevoli di protezione giuridica non solo gli effetti perseguiti ma anche *la loro combinazione*.

L'ordinamento quindi, prima di concedere protezione al volere delle parti, sottopone l'autonomia privata ad un controllo circa il *fondamento razionale e giuridico*. Se tale fondamento manca, le parti non potranno pretendere l'esecuzione coattiva agendo in giudizio.

La causa quindi si metterebbe in relazione alla *funzione* obbiettiva del contratto.

Per i contratti *tipici* la causa di questi, e cioè la giustificazione dell'accordo della sua *funzione* che lo rende meritevole di tutela, è già valutata positivamente dalla legge. Resta però da valutare se per ogni singolo caso concreto il singolo accordo sia meritevole di approvazione.

Per i contratti *atipici* la valutazione deve riguardare invece non solo il contenuto concreto, ma anche lo schema generico della pattuizione.

Ciò si complica nei contrastti misti, ovvero in quei contratti in cui la causa è costituita *dalla fusione* delle cause di due o più contratti tipici. Per questi tipi di contratti sembra che la disciplina giuridica applicabile sia quella che si riferisce a chi fra i contatti ha una causa prevalente (teoria dell'assorbimento).

Situazione differente si verifica nei contratti *collegati*, ovvero quando le parti stipulano accordi fra loro distinti ma che sono preordinati alla realizzazione di un disegno unitario condiviso dai contraenti. In questo caso, se gli effetti di uno dei due non si possono produrre anche l'altro rimarrebbe senza effetto. Esempio è il caso del *subcontratto*.

Negozi astratti.

Di solito ogni negozio deve avere la sua causa perché ogni negozio deve corrispondere ad uno scopo socialmente apprezzabile.

In alcuni casi però, gli effetti del negozio si realizzano prescindendo dalla causa. Tale negozi sono detti *astratti*, mentre gli altri si dicono causali.

Tali tipi di negozi servono a facilitare l'acquisto e la circolazione dei diritti.

Casi di astrazione si possono riscontrare nella cambiale e nella delegazione pura.

Infine può essere ricordata anche la distinzione fra astrazione processuale ed astrazione sostanziale. Quest'ultima è quella per cui il negozio rimane svincolato dalla causa nel suo funzionamento, mentre la prima presuppone che il negozio sia causale: chi è chiamato in giudizio può cercare di provarne la mancanza o l'illiceità per sottrarsi alla condanna derivante da inadempimento di un negozio.

In ogni caso nel nostro ordinamento le figure di negozi astratti possono produrre solo effetti obbligatori.

Mancanza della causa.

La causa può mancare sin dall'origine del negozio (*difetto genetico della causa*), oppure difettare successivamente (*mancanza funzionale della causa*).

Occupiamoci del *difetto genetico*. Nei negozi tipici dovrebbe evversi sempre sebbene questa poi possa mancare nel caso concreto (quando stipulo un contratto di compravendita su una cosa che è già mia senza saperlo). Tale mancanza originaria importa la *nullità* del negozio.

Può anche darsi che la causa manchi originariamente solo in *parte* (*difetto genetico parziale della causa*). Ciò può avvenire nei contratti a prestazioni corrispettive dove lo squilibrio di una prestazione rispetto all'altra porterebbe alla rescissione del contratto.

Nel caso invece di *difetto sopravvenuto o funzionale della causa* il contratto non è nullo ma la parte può agire per la risoluzione e così sciogliersi dal vincolo.

L'illiceità della causa.

La causa è illecita quando è contraria al buon *costume* (*immorale*), all'ordine pubblico o a leggi *imperative* (*illegale*).

Nel caso di negozi con causa immorale non è ammessa la ripetizione di quanto dovuto. Questa regola non si applica al negozio illegale se non è anche contrario al buon costume.

La differenza fra illiceità della causa rispetto a quella dell'oggetto si coglie se si considera che il giudizio sulla causa implica una valutazione complessiva dello scambio cui il contratto è preordinato, mentre quella sull'oggetto si rivolge alle singole prestazioni.

I motivi.

Esso è lo scopo pratico che spinge al compimento di quel determinato atto. Tali motivi individuali sono estranei alla controparte e sono *giuridicamente irrilevanti*.

Essi possono diventare rilevanti quando sono espressi tramite *condizione* cui si subordina l'efficacia dell'atto.

Un'altra ipotesi di rilevanza del motivo è quando questo, in un contratto, sia illecito. Questo si ha quando tale motivo: a) sia di entrambe le parti; b) sia il motivo esclusivo. In tal caso il contratto sarà nullo.

Nella donazione è sufficiente per la sua nullità che il motivo illecito sia solo del donante. Anche nel testamento questo annulla la disposizione quando sia l'unico motivo che ha portato il testatore a quella disporre in quel modo. In tali atti (donazione e testamento) è causa di impugnabilità dell'atto anche il semplice *errore* sul motivo.

Il contratto in frode alla legge.

Si ha tale fattispecie quando il contratto costituisce un mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa e cioè per raggiungere un risultato praticamente equivalente a quello vietato. Esso viene equiparato alla illiceità della causa e rende quindi il negozio annullabile.

Questa si distingue dalla *frode ai creditori* e dalla *frode al fisco*. La prima viene colpita da azione revocatoria, la seconda con una sanzione stabilita dalle leggi tributarie.

L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

Regole legislative di ermeneutica.

L'interpretazione del negozio giuridico tende a determinare il significato giuridicamente rilevante da riconoscere ad una "dichiarazione" negoziale. Questa deve essere volta a determinare *quali effetti* il negozio sia idoneo a produrre valutandolo alla stregua dei criteri *legali* dettati dal legislatore. Tali sono:

- I • interpretazione soggettiva: ovvero gli intenti dei soggetti del negozio;
- I • interpretazione oggettiva: a quale si ricorre se il primo caso non è applicabile.

Il punto di riferimento deve essere il testo analizzato nel suo complesso.

Si devono analizzare le comuni intenzioni e per far questo è necessario analizzare anche le *trattative*.

Nel caso vi siano espressioni generali la loro rilevanza va riferita agli specifici oggetti. Nel caso opposto, in cui si usino delle espressioni semplificative non si presumono solo estreme al contratto i casi non menzionati ai quali possa ragionevolmente rivolgersi il patto.

Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede per il principio dell'*affidamento*.

Se tutte queste regole non bastano ci si rifà sul principio *della conservazione del negozio*.

Ancora, altri usi sussidiari sono:

- g • li usi interpretativi del luogo in cui il contratto è stato concluso;
- c • he le espressioni che risultano polisensibili devono essere intese in quello più conveniente per il contratto;
- I • a clausola predisposta da una parte nel dubbio di interpreta contro la parte che l'ha imposta.
- L • a regola finale è che il negozio deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che esso realizzi l'equo contemperamento degli interessi fra le parti.

Gli effetti del contratto.

La forza vincolante del contratto. Lo scioglimento convenzionale ed il recesso.

Dal momento che l'accordo si perfeziona le parti sono obbligate ad osservarlo. Ciò si esprime dicendo che "*il consenso ha forza di legge fra le parti*".

Le parti possono sempre tramite *mutuo dissenso* sciogliere o modificare il contratto.

Il *recesso unilaterale* dagli obblighi assunti con il contratto è ammissibile solo ove espressamente previsto dalla legge o dallo stesso contratto. Quando sia stata prevista la possibilità di recedere da entrambe le parti, questa deve essere esercitata prima che abbia inizio *l'esecuzione* del contratto.

Talvolta è la legge che attribuisce ad una delle parti la possibilità di recedere ove si verificano determinati presupposti, specialmente nei contratti a tempo *indeterminato*. Altre volte tale possibilità è subordinata ad una *giusta causa*.

Diversa dal recesso è la *disdetta* ovvero il *diniego di rinnovazione* di un contratto di durata per il quale è previsto un automatico rinnovo a scadenza.

Nella disciplina del consumatore sono incluse ulteriori deroghe alla vincolatività del contratto. Esso è il così detto *recesso di pentimento*.

Gli effetti tra le parti. L'integrazione.

La determinazione degli accordi tra le parti dipende dall'interpretazione della volontà delle parti.

Ora dopo averlo interpretato, il contratto deve essere *qualificato ed integrato*.

Con la prima espressione si intende che l'atto deve essere sussunto sotto la fattispecie legale appropriata. A tal riguardo non deve farsi riferimento al nomen iuris attribuito dalle parti ma al *tipo* di contratto entro il quale tale contratto può inserirsi.

Con la seconda che tale contratto deve essere *integrato* degli effetti che produce tramite la legge, gli usi o dall'equità. Questo è necessario per risolvere eventuali lacune nella disciplina negoziale.

La legge può anche intervenire con funzione *imperativa* attraverso l'imposizione ai privati di clausole o limiti ai prezzi.

Infine importante nel contratto è l'esecuzione secondo buona fede.

I contratti ad effetti reali e ad effetti obbligatori.

Un contratto è ad effetti reali quando determina la trasmissione o la costituzione di un diritto su una cosa. È invece ad effetti obbligatori quando dà luogo alla nascita di un rapporto obbligatorio.

Nel nostro ordinamento, nell'ambito dei contratti traslativi, vale il principio secondo cui la proprietà di cose determinate si trasferisce tramite il consenso manifestato nelle forme di legge.

Se invece si tratta di cose determinate solo nel genere la proprietà si passa con l'individuazione delle cose destinate a costituire oggetto del trasferimento. Ne consegue che tale tipo di contratto ha effetti obbligatori e non reali. Oltre all'individuazione è necessario anche che le cose non possano essere scambiate con le altre, dunque quando le cose devono essere trasportate, l'individuazione avviene mediante la consegna al vettore o allo spedizioniere.

Quanto detto sopra non vale quando oggetto del passaggio sia una determinata massa di cose dove la proprietà si trasmette con il semplice consenso.

Conflitto tra acquirenti di diritti sullo stesso oggetto.

Normalmente vale il principio secondo cui *nemo plus iuris trasferre potest quam ipse habet*, ma a causa della tutela di numerosi interessi come le esigenze di protezione della buona fede o la necessità di agevolare la circolazione dei beni, non si può applicare sempre questo principio. Quindi in caso di conflitti:

- s • u un bene immobile, viene preferito chi per primo ne acquista il possesso;
- s • u un bene immobile, chi per primo effettua la trascrizione;
- P • er diritti di godimento, chi per primo fruisca o abbia il godimento della cosa; se nessuno ha conseguito tale godimento la preferenza spetta a colui che possa dimostrare di possedere un titolo di data anteriore.

La clausola penale e la caparra.

In caso di inadempimento come sappiamo è il creditore che deve dimostrare il danno subito. Per evitare questa dimostrazione, si può aggiungere nel contratto una *clausola penale* la quale impone il pagamento di una somma determinata tra le parti nel caso in cui la parte sia inadempiente sicché il creditore non avrà più alcun onere di dimostrare la quantità del danno subito.

La penale può essere prevista anche solo per il semplice ritardo nell'inadempimento. In tal caso questa si aggiunge al resto della prestazione ancora dovuta e non si sostituisce come nel caso in cui fosse stata prevista per l'inadempimento totale.

Ovviamente il creditore non potrà pretendere più di quanto stabilito dalla clausola, anche se il danno subito risulti poi essere perfino maggiore. Le parti possono anche stipulare che possa essere risarcito anche il danno non coperto dalla previsione della clausola.

Il giudice può anche effettuare una riduzione secondo equità in due casi:

- s • e la penale risulti eccessiva;
- s • e il debitore abbia già eseguito almeno in parte la prestazione.

La clausola penale non va confusa con la *caparra*, ovvero la consegna di denaro o di altre cose fungibili che fa una parte nei confronti dell'altra (quindi si ha una consegna, mentre la clausola comporta la nascita di una obbligazione).

Vi sono due tipi di caparra. La prima è quella *confirmatoria*. Essa prevede la consegna al momento del perfezionamento dell'accordo che dovrà essere poi restituita o imputata nel prezzo una volta eseguito il contratto. Ove però la parte che ha consegnato la caparra si rendesse inadempiente, l'altra potrà trattenere in ogni caso la caparra e recedere dal contratto, oppure preferire l'esecuzione o la risoluzione trattenendo sempre la caparra come anticipo o garanzia del suo credito o al diritto al risarcimento. Se inadempiente fosse invece chi ha ricevuto la caparra, chi l'aveva consegnata ha diritto alla restituzione del doppio di quanto aveva versato.

L'altro tipo di caparra è quella *penitenziale*. La caparra qui ha solo funzione di corrispettivo di un diritto di recesso senza che la controparte possa pretendere altro. Chi invece l'ha consegnata ha diritto sempre al doppio.

Effetti del contratto rispetto terzi.

Gli effetti di un contratto sono limitati alle parti: questo, si regola, non può danneggiare né giovare al terzo estraneo. Nel caso in cui si voglia costituire un obbligo da parte di un terzo, obbligato sarà solo io a persuadere il terzo a fare ciò che ho promesso. Nel caso in cui questo non voglia ascoltare le mie premure la conseguenza sarà che dovrò indennizzare l'altra parte.

Per la vendita di cosa altrui non è ammessa. Fa sorgere solo un obbligo a mio carico di acquistare la cosa dal terzo per poi venderla a chi ho promesso.

Ancora, anche il *pactum de non alienando* ha effetto soltanto tra le parti. Questo comunque, anche fra le parti stesse, deve avere limiti temporali e rispondere ad interessi apprezzabili tra le parti.

Responsabilità del terzo si ha però in caso in cui sia questo ad indurre al non adempimento dell'obbligazione (*induzione al non adempimento*) per cui questo risponderà a titolo *extracontrattuale*.

Il contratto a favore di terzi.

Nonostante quanto detto sopra, è possibile costituire diritti a favore di terzi. Questo può aversi allorché le parti non stabiliscano un mero vantaggio di fatto per il terzo, bensì rendano il terzo *titolare del diritto di poter pretendere* egli stesso dall'obbligato l'esecuzione promessa. Inoltre questo può avvenire solo ove si riscontri un *interesse dello stipulante giuridicamente apprezzabile*.

Tipici esempi sono il contratto di assicurazione sulla vita a favore di un terzo, il contratto di trasporto di cose, l'accollo ecc ecc.

Non bisogna confondere tale tipo di contratto con quello costituito con il rappresentante.

La disciplina è la seguente:

- i • I terzo acquista il diritto, ma questo acquisto non è definitivo poiché non può negarsi al terzo la libertà di rinuncia al beneficio. Quando il terzo dichiara di volerne approfittare anche la facoltà di revoca o di modifica del contratto è preclusa alle parti.
- C • *ausa dell'acquisto a favore di un terzo* è il contratto a suo favore: chi ha promesso la prestazione può opporre al terzo tutte le eccezioni fondate su questo contratto, ma non quelle fondate su altri rapporti fra il terzo e il promittente.

La cessione del contratto.

Si ha cessione di un contratto quando una parte (il cedente) di un contratto originario -purché a prestazioni corrispettive da entrambe le parti non ancora eseguite- stipula con *terzo (cessionario)* un contratto con il quale cedente e cessionario si accordano per trasferire a quest'ultimo il contratto originario. In tutto questo è indispensabile il consenso del ceduto. Tale consenso può essere dato anche con atto separato unilaterale ed anche in via preventiva.

Se non appositamente previsto il cedente non è responsabile dell'inadempimento del cessionario.

Nemmeno il cedente è responsabile verso il cessionario dell'inadempimento del ceduto, tuttavia il cedente può garantire tale adempimento ed in tal caso risponde in solido con il ceduto come suo fideiussore. In ogni caso il cedente è sempre tenuto a garantire la validità del contratto.

La cessione può avvenire senza corrispettivo (non si può parlare di donazione perché se non prevedono corrispettivo e come se considerasse eguali i rispettivi oneri e vantaggi), come anche il corrispettivo può esservi a favore o dell'uno o dell'altro.

Tale istituto si distingue dal subcontratto poiché in questo caso si ha la cessione di un contratto e il cedente ne esce fuori, mentre in quel caso vi sono due contratti differenti e in cui tutte le parti sono legate. In sostanza nella cessione i rapporti rimangono invariati ma si modificano i titolari, nel subcontratto e derivati abbiamo la nascita di nuovi rapporti accanto ai preesistenti.

Gli elementi accidentali del contratto.

A) Nozioni generali.

Gli elementi accidentali.

Come dice la stessa terminologia, tali elementi non sono indispensabili ai fini della validità del negozio giuridico. Sono solo degli strumenti delle parti per orientare meglio il negozio al raggiungimento dei propri interessi.

Tali elementi sono: termine, condizione e modo. Tramite questi è possibile dare rilievo anche ai motivi che spingono alla stipulazione di un contratto.

B) LA CONDIZIONE

Definizione.

È un avvenimento futuro ed incerto cui le parti subordinano la produzione (condizione sospensiva) o l'eliminazione (condizione risolutiva) degli effetti del negozio giuridico. L'espressione condizione intende sia *la clausola condizionale*, sia *l'evento dedotto in condizione*.

Non a tutti i negozi possono essere apposte condizioni. Un negozio di questo tipo è definito *actus legitimus*. Infrangere questo divieto può avere due effetti: o la condizione si considera come non apposta (matrimonio), o l'atto si considera nullo (accettazione dell'eredità).

La condizione si distingue in:

- c • casuale, se dipende dal caso;
- p • potestativa, se dipende dalla volontà di una delle parti;
- m • mista, se dipende da volontà e dal caso;
- M • meramente potestativa, se consiste in un comportamento di una parte obbligata che decide secondo il suo arbitrio.

Per quanto riguarda tale ultimo tipo di condizione se fa dipendere un obbligo o l'alienazione di un diritto alla volontà del debitore o dell'alienante rende il negozio nullo. Se invece l'acquisto di un diritto o un credito dipende dal compratore o dal creditore non v'è ragione perché il negozio non sia valido.

Illiceità e impossibilità della condizione.

La condizione illecita è quella contraria al buon costume, all'ordine pubblico od ad una norma imperativa.

Si discute sulla liceità di una condizione che riguardi la volontà dell'individuo. Questa risulta essere illecita allorché tenda a sopprimerla o compierla ma non quella che miri ad indirizzare la libertà verso fini non riprovevoli.

Tale condizione ha una diversa disciplina a seconda che sia apposta a negozi inter vivos o mortis causa. Nel primo caso rende nullo il negozio a cui è apposto, nei secondi, in favor testamenti, si dà come non apposta.

Per la condizione impossibile, ovvero quella che consista in un avvenimento irrealizzabile dal punto di vista giuridico o naturale, essa è data come non apposta al testamento; negli atti inter vivos rende nullo l'atto quando è sospensiva mentre è data come non apposta se risolutiva.

Pendenza della condizione.

In un negozio condizionato si debbono distinguere due momenti:

- I • a fase di pendenza della condizione, dove l'avvenimento non si è ancora avverato ma può ancora verificarsi;
- L • l'avveramento o la definitiva mancanza della condizione, ove l'incertezza è eliminata.

Nella fase di pendenza il diritto non si è ancora realizzato ma vi è la possibilità che esso nasca (sospensiva) o vi è la possibilità che il diritto sia perduto dal suo titolare (risolutiva).

In ogni caso durante questo periodo temporale una delle parti esercita un diritto mentre l'altra ha la speranza di diventarne titolare. Tale parte non ha un diritto ma una aspettativa. A tutela di questa posizione la legge consente al titolare dell'aspettativa di compiere degli atti conservativi.

La condizione invece si dà per avverata quando chi non ha interesse a che si realizzi faccia né impedisca il realizzarsi.

Durante la pendenza si può anche disporre del proprio diritto sottoposto a condizione ma è chiaro che gli effetti di questo negozio restano subordinati all'avverarsi della condizione stessa.

Il periodo di pendenza può essere anche delimitato temporalmente dalle parti che possono stabilire che si avveri entro un certo termine pena la considerazione della stessa come mancata.

Avveramento della condizione.

Quando si verifica l'evento dedotto in condizione, questa si dice avverata. In questo caso le conseguenze del negozio si verificano con effetto retroattivo. Tale retroattività è definita retroattività *reale*, ovvero gli effetti del negozio si considerano realizzati retroattivamente anche nei confronti dei terzi.

Tale retroattività è comunque derogabile dalla volontà delle parti.

La retroattività della condizione non influisce né sugli atti di amministrazione compiuti (perché si considerano conservativi) né sui frutti percepiti durante la pendenza della condizione.

Si ammette che la condizione possa avere carattere unilaterale, cioè essere imposta solo nell'interesse di una sola parte. In questo stesso caso tale parte può decidere di non invocare gli effetti senza che l'altra parte vi possa opporre. Tale condizione può definirsi unilaterale solo ove ciò sia espressamente previsto da contratto.

C) IL TERMINE

Nozione.

Il termine è un evento futuro e certo dal quale o fino al quale devono prodursi gli effetti del negozio. Esso quindi differisce gli effetti del negozio al verificarsi dell'avvenimento.

Il termine previsto è sicuramente certo che arriverà sebbene non possa essere sicuro quando questo si realizzerà. Infatti il termine può essere *determinato* o *indeterminato*.

Anche qui alcuni negozi possono non accettare l'apposizione di un termine. Questi sono definiti anche qui *actus legitimi*.

Il termine previsto descritto fino ad ora era il termine di *efficacia* che si distingue dal termine di *adempimento* previsto per le obbligazioni.

Effetti del termine.

Abbiamo già detto che a differenza della condizione il termine non subordina ma differisce gli effetti del negozio al sopraggiungere del evento. Da ciò si deduce anche che a differenza della condizione è ammesso il contratto con il quale sia il debitore a scegliere il termine di adempimento. Anche qui si distinguono due momenti: pendenza e scadenza.

Durante la pendenza il diritto non può essere esercitato ma se l'altra parte adempie non può essere richiesta la ripetizione. Questa potrebbe invece chiedere di essere rimborsata del vantaggio che l'altra parte ha avuto dell'adempimento precoce se questa ignorava l'esistenza del termine.

Al sopraggiungere del termine iniziale si verificano gli effetti del negozio ma ovviamente questi non retroagiscono. Al sopraggiungere di quello finale terminano gli effetti del contratto, anche questi senza valore retroattivo.

d) Il modo

Natura.

Il modo o onere è una clausola accessoria che si appone ad una liberalità allo scopo di limitarla imponendo un determinato dovere di condotta o di astensione a carico del beneficiario della liberalità.

La limitazione può consistere nell'obbligo di dare, di fare o di non fare.

Occorre precisare che esso non è da considerarsi come un corrispettivo alla liberalità, esso non è altro che un certo ulteriore scopo che il soggetto della liberalità vuole raggiungere. L'onere non costituisce la causa del negozio ma un'attribuzione a titolo gratuito. Da ciò deriva anche che il beneficiario non è mai tenuto, nell'adempimento del modo, oltre il valore della liberalità ricevuta.

Il modo si distingue dall'obbligazione per il carattere solo morale e non giuridico di questa.

Si distingue dalla condizione sospensiva perché non produce un obbligo a carico della persona e non sospende l'efficacia del negozio.

Modo impossibile e modo illecito.

Ad entrambi si applica la disciplina che la legge adotta rispetto il motivo illecito e il motivo impossibile negli atti a titolo gratuito(art 626, 788, 1419).

L'onere impossibile e l'onere illecito si danno come non apposti a meno che non risulti essere stato il solo motivo determinante.

Adempimento del modo.

L'adempimento dell'obbligo che forma oggetto del modo può essere chiesto da ogni interessato. Non si applica all'inadempimento del modo le regole dei contratti a prestazioni corrispettive.

La risoluzione avviene solo quando nella volontà di chi ha fatto la liberalità il modo ha assunto tanto rilievo da essere prevista nell'atto come conseguenza dell'inadempimento. Nel testamento il giudice può pronunciare la risoluzione se risulta che l'inadempimento ha costituito il solo motivo determinante della disposizione.

LA MANCANZA DI VOLONTA' E LA SIMULAZIONE

Il problema in generale. Dichiarazioni a scopo rappresentativo, didattico; scherzo; riserva mentale; violenza fisica.

Problema della teoria del negozio giuridico è quello della disciplina nei casi in cui una dichiarazione esteriorizzata non corrisponda realmente alla volontà dell'individuo che l'ha emessa.

Per tale motivo alcuni tipi di dichiarazioni devono essere escluse dalla possibilità che queste abbiano una volontà di produrre effetti giuridici. È il caso delle dichiarazioni a scopo *didattico e rappresentativo* e da quelle fatte *nello scherzo* ovvero quelle fatte in condizioni tali che nessuno possa prenderle sul serio. Più complessa è la disciplina sulle dichiarazioni fatte *per scherzo* in quanto se la controparte non è in grado di avvalersi dello scherzo, tale negozio dichiarato è valido.

La *riserva mentale* invece consiste nel dichiarare intenzionalmente cosa diversa da ciò che si vuole realmente. Tale tipo di dichiarazione ha completo effetto poiché l'altra parte non ha alcun dovere di indagare cosa la parte realmente vuole.

Per ultimo, sappiamo già come la violenza fisica renda nullo in contratto in quanto vi è totale mancanza della parte che sembra emettere la dichiarazione.

Simulazione nozione.

Un contratto è simulato quando le parti pongono in essere atti che sembrano destinati esteriormente al raggiungimento di un determinato obiettivo giuridico ma con l'accordo che tali atti non sono voluti e non si devono verificare.

Caratteristico della simulazione è dunque l'*accordo simulatorio* ovvero il patto con le quali se parti decidono che non daranno effetto al negozio tra loro concluso. Dunque la situazione giuridica che dovrebbe sorgere è solo *apparente* mentre quella *reale* è quella prevista dal patto (e quindi una situazione di nullità nel caso di simulazione assoluta; una situazione diversa in caso di simulazione *relativa*). Siamo quindi in presenza di una *finzione concordata*. Lo scopo che le parti perseguono tramite la simulazione è detto *causa simulandi*.

Per l'art 1414 la disciplina della simulazione si applica anche ai negozi unilaterali simulati destinati a persona determinata, quando questi siano simulati per accordo fra dichiarante e destinatario.

Simulazione assoluta e relativa.

La simulazione si dice assoluta quando le parti sono concordi di rimanere nella situazione giuridica preesistente alla conclusione del loro contratto simulato.

Si dice relativa quando le parti sono invece concordi per porre realmente in essere un negozio *diverso* da quello posto in essere esteriormente. Tale negozio prende il nome di *dissimulato*.

Tale simulazione relativa può investire:

- I • I tipo contrattuale (si simula una vendita e si dissimula una donazione);
- I • l'oggetto del contratto (si simula un prezzo per dissimularne un altro);
- I • i soggetti del contratto (le parti si accordano affinché gli effetti ricadano su un terzo).

In quest'ultimo caso si parla di interposizione fittizia per contrapporla *all'interposizione reale* che è un caso di *rappresentanza indiretta* ove la persona che acquista per l'altra fa ricadere gli effetti della dichiarazione negoziale sulla sua sfera patrimoniale.

Effetti della simulazione: tra le parti.

Dobbiamo qui distinguere le ipotesi di simulazione assoluta con quella di simulazione relativa.

Se la simulazione è assoluta, dato che le parti si sono accordate affinché realmente nessun effetto giuridico il negozio producesse, tale negozio fra le parti è considerato nullo. Ognuna della parti potrà quindi agire per farne valere tale nullità e l'azione in questione sarà una semplice azione di

accertamento poiché mira solamente ad accertare l'effettiva situazione giuridica esistente fra le parti.

Se la simulazione è relativa, il negozio simulato è considerato nullo, mentre potrà avere effetto il negozio *dissimulato*. Ovviamente questo dovrà rispettare dei requisiti di *forma* e *sostanza*.

Infatti se l'atto dissimulato è palesemente illecito anche questo sarà considerato nullo. Nullo sarà anche l'atto dissimulato se questo non rispetterà i requisiti di forma prescritti anche se tale atto sarà destinato a restare nascosto. Particolare è la concessione che il legislatore fa quando ad essere dissimulata è una donazione dato l'alto grado di formalismo che il legislatore richiede per questo tipo di negozio (forma scritta a mezzo di atto pubblico). In tal caso si ritiene che sia sufficiente la scrittura privata dichiarante che il prezzo previsto nella vendita simulata non deve essere realmente corrisposto.

Occorre infine ricordare che, mentre l'azione volta ad accertare la simulazione non si prescrive mai, i diritti previsti dai contratti dissimulati rispettano le regole di prescrizione normali inerenti a quei diritti.

Effetti della simulazione rispetto ai terzi.

Problematiche sono due situazioni in questo tema:

- I • a situazione dei terzi interessati a svelare la simulazione, i quali possono agire per l'accertamento qualora siano pregiudicati dal contratto simulato sicché da farlo colpire da nullità;
- I • a situazione dei terzi che abbiano acquisiti diritti dal titolare apparente risultato dal negozio simulato. IN questo caso il principio dell'affidamento fa salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede, sicché l'alienante potrà solamente agire per il risarcimento nei confronti di colui il quale ha disposto di un diritto che realmente non aveva la facoltà di esercitare (con la conseguenza che questi avrà posto male la sua fiducia e che ne resterà danneggiato se tale individuo risultasse in realtà nullatenente).

In tale ultimo caso la buona fede del terzo è presunta quindi sarà il primo alienante a dover dimostrare che il terzo possa essere stato a conoscenza (anche usando la normale diligenza) che il negozio in realtà era simulato. Anche qui vale la regola che conta solo la buona fede al momento dell'acquisto e non la mala fede sopravvenuta.

In più terzo si qualifica anche chi ha acquistato a titolo gratuito.

Effetti della simulazione rispetto ai creditori.

Problema anche maggiore è quello dell'effetto della simulazione rispetto ai creditori.

- I • creditori del simulato alienante possono far accertare la simulazione che pregiudica i loro diritti facendo prevalere la realtà sull'apparenza.
- I • creditori del simulato acquirente invece:
 - S ○ e hanno acquisito diritti di garanzia sui beni simulati o hanno fatto valere atti di esecuzione sugli stessi beni, se in buona fede, sono tutelati dalla legge sicché il simulato alienante soccomberà rispetto alle loro ragioni.
 - S ○ e sono solo creditori chirografi, a questi potrà essere fatta valere la simulazione poiché questi non hanno costituito alcun particolare diritto sui beni del loro debitore ma solamente hanno un diritto di credito generale sui beni di questo.

Se vi sono creditori chirografi di entrambe le parti, sono preferiti dalla legge quelli del simulato alienante solo se il loro credito è anteriore all'atto di simulazione in quanto in caso contrario non avranno alcun diritto da far valere, non essendo a conoscenza che quel bene faceva parte del loro debitore.

La prova della simulazione.

La legge regola diversamente i mezzi di prova a seconda se interessati a dimostrare la simulazione siano le parti oppure terzi in virtù dell'impossibilità di questi ultimi di essere in possesso del *documento* che attesti la simulazione in quanto appositamente nascosto.

I mezzi di prova disponibili alle parti nel contratto simulato sono solo: *confessione*, *giuramento decisorio* e la produzione della *controindicazione scritta* (ovvero del documento che attesti il contrario del negozio simulato). Proprio in virtù di questa loro possibilità che per legge, non possono far ricorso alla prova per *presunzione* e a quella per *testimoni*. Le parti possono però utilizzare ogni mezzo di prova quando sarà necessario dimostrare l'illiceità dell'accordo dissimulato.

I terzi invece possono utilizzare tutti i mezzi di prova. A tal riguardo vi è da notare che gli eredi delle parti sono considerati terzi solo quando agiscono per la reintegrazione della loro quota di legittima, violata da un contratto simulato, poiché in questo caso essi mirano a realizzare un proprio diritto e non quello dei loro defunti.

Negozio indiretto e negozio fiduciario. Il trust.

Vediamo ora la differenza fra simulazione e altre situazioni negoziali apparentemente affini.

La simulazione si differisce da quella in frode ai creditori o alla legge poiché negli atti in frode gli effetti negoziali sono realmente voluti seppure per frodare la legge o i creditori.

Ancora essa è diversa dall'*intestazione di un bene a nome d'altri*, poiché in questo caso si ha il reale acquisto di un bene con mezzi che non sono propri del compratore e ciò va disciplinato in base ai veri intenti delle parti.

Dal negozio *indiretto* (che si ha quando un determinato effetto giuridico si ottiene per via traversa ponendo in essere atti diretti ad altri effetti ma che con la loro combinazione permettono di raggiungere il risultato perseguito) poiché in questo caso tutti gli effetti dei negozi compiuti sono effettivamente voluti.

Dal negozio fiduciario (cioè quando un soggetto trasferisce o fa trasferire senza un corrispettivo la titolarità di beni ma con il patto, detto *pactum fiduciae*, che l'intestatario lo amministri in conformità delle istruzioni del fiduciante) poiché qui il negozio fiduciario è vero è reale mentre il primo risulta fittizio e qui l'azione del fiduciante non può avvalersi di un'azione di accertamento ma bensì di una volta a far valere l'obbligo sorto tramite il *pactum fiduciae*.

In ultimo meritano due parole la disciplina del *trust* ovvero il negozio con il quale un soggetto mette a disposizione del *trustee* una serie di beni affinché questi siano amministrati e di questi sia disposto secondo le decisioni impartitegli dal costituente. La peculiarità di tale istituto è che tali beni dati al trustee costituirebbero un patrimonio separato e non sarebbero attaccabili dai creditori di questo.

INVALIDITÀ ED INEFFICACIA DEL CONTRATTO.

A) IL PROBLEMA GENERALE

Invalidità ed inefficacia.

Quando un atto è carente dei presupposti e dei requisiti che la legge prescrive per quel determinato atto, la sanzione che lo colpisce è l'invalidità. Quindi un atto è *invalido* quando è affetto da vizi che non gli permettono di acquisire *valore giuridico*. Tale invalidità può assumere due aspetti: la *nullità* e l'*annullabilità*.

Più controversa è la categoria dell'*inesistenza* poiché questa non è prevista dal codice. Essa implica una deficienza talmente grave da impedire la qualificazione dell'atto come negozio giuridico. Tale categoria è importante per evitare la possibilità di eventuali sanatorie. Così ad esempio viene qualificato come inesistente il matrimonio concluso fra due persone dello stesso sesso per evitare che possano in alcun modo avere efficacia effetti garantiti dal matrimonio putativo che ricorre invece quando il matrimonio sia stato dichiarato nullo....

In materia contrattuale invece l'inesistenza non trova grande applicazione. Possiamo dire che è inesistente un atto che non sia in alcun modo confrontabile con la fattispecie legale.

Altra importante distinzione concettuale è quella fra *validità* ed *efficacia*.

L'efficacia è l'idoneità del negozio a produrre effetti giuridici per i quali è preordinato.

Di regola può accadere che un atto sia valido ma inefficace o in casi più rari anche l'opposto (es di un contratto annullabile).

L'*inefficacia* può essere *originaria* o *successiva*. La prima rispetto alle parti è sempre transitoria se no non si distinguerebbe dalla nullità. Quella successiva può dipendere dall'impugnativa di una delle due parti o di terzi oppure ancora da appositi atti negoziali come *la revoca* o il *recesso*.

b) LA NULLITÀ'

La categoria della nullità.

Il negozio nullo non è solamente invalido, ma completamente inidoneo per la sua nullità a produrre effetti ai quali dalle parte è orientato. Il codice specifica quando un atto è nulla ma non specifica cosa comporta tale qualifica.

Le cause di nullità del contratto.

Tali cause sono i vizi ritenuti così gravi da determinare una condanna perentoria e tendenzialmente irrimediabile di inidoneità dell'atto a produrre gli effetti cui tende. Dal punto di vista del diritto privato la nullità è la più grave delle sanzioni che possano colpire un atto.

Le cause di nullità contemplate nell'art 1418 possono essere raggruppate in tre grandi categorie.

- N 1) nullità testuale, ovvero quando un atto è dichiarato nullo espressamente dalla legge. È quindi la legge che descrive la fattispecie negoziale colpita da invalidità.
- N 2) nullità strutturale, ovvero quando vi sia la mancanza o il vizio di uno degli elementi strutturali nel negozio che lo rendono inidoneo e inadatto a produrre i propri effetti. È il caso, ad esempio, in cui: manchi la forma prevista ad *substantiam*, vi sia una causa illecita o un motivo illecito comune, manchi l'oggetto o i suoi requisiti, ecc...
- N 3) nullità virtuale, ovvero quando è contrario a norme imperative quando anche la nullità

dell'atto non sia prevista espressamente dalla legge (nullità testuale). La legge non descrive uno specifico atto disapprovato ma reputa l'atto incompatibile con una norma determinata.

Un'altra categoria di nullità che si sta diffondendo è quella della *nullità di protezione* che si ha quando un negozio è qualificato nullo ai fini di tutela di una parte giudicata più debole (es. clausole vessatorie per la protezione del consumatore ecc. ecc.). Caratteristica di questa nullità è che può essere dedotta solo ad opera della parte a tutela della quale la libertà è comminata.

Nullità parziale e sostituzione di clausole.

La nullità può travolgere tutto l'atto (nullità totale) o solo una o più clausole di questo (nullità parziale): in tal caso il contratto è parimenti travolto da nullità solo se tali clausole sono considerate come *essenziali* ovvero se risulta che le parti non avrebbero contratto senza tali clausole. Se invece il contratto può continuare a svolgere una funzione apprezzabile l'atto rimane valido per la parte non colpita da nullità.

In alcuni casi può essere il legislatore stesso a prevedere la sostituzione di clausole invalide con clausole *imposte*.

Azione di nullità.

In seguito ad un negozio nullo, ciascuna delle parti ha diritto alla restituzione delle prestazioni effettuate a meno che la prestazione non sia *immorale*.

Nei casi in cui si voglia dirimere una controversia a seguito di un negozio nullo, oppure si voglia chiedere la restituzione di una prestazione od ancora rifiutare l'esecuzione di una prestazione, sempre assumendo che il negozio da cui deriva sia nullo, si deve ricorrere al giudice promuovendo un'*azione di nullità* sul negozio in questione.

Le caratteristiche di tale azione sono che:

- è • *imprescrittibile*;
- è • esclusa qualsiasi sanatoria, non potendo tale negozio essere convalidato, con alcune deroghe per le disposizioni testamentarie o donazioni;
- l • l'azione di nullità è un'azione di mero *accertamento*.
- L • la legittimazione attiva è riconosciuta a chiunque ne abbia interesse;
- l • la nullità di un atto può essere rilevata d'ufficio dal giudice (tale è la gravità del vizio, e per non richiama che, se la nullità non venisse sottoposta da nessuna delle due parti, si possa dare attuazione ad un negozio nullo)

La conversione del contratto nullo.

Con *conversione* si intende la possibilità che si possa attuare un fenomeno di trasformazione o limitazione di quanto pattuito e che tale atto di autonomia possa produrre alcuni effetti.

I presupposti sono che:

- s • sia stato stipulato un contratto nullo e come tale idoneo a produrre gli effetti tipici o quelli divisi dalle parti.
- C • che quel contratto presenti i requisiti di forma e di sostanza (contenuto) di un contratto diverso;
- c • che sia possibile accertare che le parti, se avessero conosciuto al momento della conclusione la nullità dell'atto, avrebbero voluto concludere quel diverso contratto che

sarebbe stato valido;

C • he il vizio che rende nullo il contratto non ne comporti illiceità.

In tal caso è il giudice a rendere concreto l'effetto di conversione del contratto nullo. Tale fattispecie è abbastanza difficoltosa da applicare in quanto richiede di interpretare la volontà ipotetica delle parti e per di più, di solito, all'interno di una lite fra le stesse.

Da tale tipo di conversione si distingue la conversione *formale* che opera automaticamente (es caso del testamento segreto che può valere come olografo ecc ecc)

Diverso dalla conversione è la *rinnoiazione* che si ha quando le parti pongono in essere un nuovo negozio privo del vizio che dava luogo alla nullità di quello precedente.

Conseguenze della nullità.

Il legislatore può porre delle deroghe alla regola secondo cui il negozio nullo non produca alcun effetto e specialmente questo, a volte, potrebbe avere effetto nei confronti dei terzi.

Per quanto riguarda le deroghe queste possono trovarsi in materia di lavoro (per tutto il tempo in cui un rapporto di lavoro ha esecuzione l'eventuale nullità del contratto non produce effetto) o di società per azioni.

Per quanto riguarda i terzi, i loro diritti sono fatti salvi dalla legge ove questi siano stati acquisiti in buona fede (caso della nullità del contratto simulato che non sempre può essere opposto a terzi ecc).

In ultimo è necessario ricordare che sebbene l'azione di nullità sia imprescrittibile, sono sempre fatti salvi gli effetti di *usucapione* e prescrizione dell'*azione di ripetizione*.

c) L'Annullabilità

Le cause e la disciplina dell'annullabilità.

Tale costituisce un'anomalia di minore gravità rispetto alla nullità. Essa viene, infatti, di solito prevista ove non siano rispettate delle regole previste per la protezione dei singoli soggetti che concludono un negozio giuridico.

Generalmente le cause di annullabilità sono:

- I • 'incapacità (legale o naturale) di uno dei soggetti (anche se è escluso il caso in cui il minore abbia compiuto atti per occultare la propria età oppure quando in incapacità naturale manchi la mala fede del contraente);
- I • vizi della volontà: errore, dolo e violenza;

Quindi il negozio annullabile produce tutti i suoi effetti ma questi vengono meno se viene proposta l'azione di annullabilità.

I caratteri di tale azione sono:

- è • un'azione *costitutiva* poiché non semplicemente accerta una situazione giuridica ma mira a modificarla.
- L • a legittimazione spetta solo alla parte nel cui interesse l'invalidità è prevista (che è quella che la legge vuole proteggere). Deroghe sono previste nei casi dove vige l'*annullabilità assoluta* (es per il matrimonio o il testamento).

- L • 'annullabilità *non* può essere *rilevata d'ufficio* da giudice;
- è • soggetta a *prescrizione* quinquennale (anche se alle volte sono previsti tempi più brevi) che inizia a decorrere da quando è cessata la causa che ha dato luogo al vizio (scoperta dell'errore o del dolo, fine della violenza, riacquisizione della capacità legale) oppure in altri casi, da quando è stato concluso il negozio.
- L • a relativa *eccezione* non è sottoposta a prescrizione.
- L • 'annullabilità è *sanabile* attraverso la convalida del negozio.

Effetti dell'annullamento.

Se la domanda di annullamento viene accolta dal giudice tale annullamento ha effetto retroattivo e quindi si considera come se il negozio non avesse mai prodotto alcun effetto. Devono quindi essere restituite le prestazioni eventualmente effettuate (azione di ripetizione). Se l'annullamento è avvenuto per incapacità, l'incapace deve restituire la prestazione solo nei limiti in cui questa è avvenuta a suo svantaggio.

Tale azione non ha effetto nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti a titolo oneroso e in buona fede eccetto che il negozio sia stato annullato per incapacità perché in questo caso la possibilità di riconoscere il vizio cui il negozio sarebbe potuto andare in contro è maggiore.

Vi è anche da considerare l'effetto della trascrizione per quando riguarda le vicende dei diritti su beni immobiliari. In quanto la trascrizione della domanda di annullamento rende opponibile la relativa sentenza a tutti quelli che hanno acquistato diritti successivamente.

La trascrizione pone anche un limite al caso di incapacità detto sopra poiché, se la domanda di annullamento, anche riguardante un negozio concluso da un incapace, viene trascritta dopo 5 anni dalla trascrizione dell'atto impugnato, tale sentenza non incide sui diritti acquisiti a qualunque titolo da terzi in buona fede.

La convalida.

Esso è il negozio con il quale la parte legittimata a proporre l'annullamento si preclude la possibilità di far valere il vizio. Essa quindi deve promanare da chi è in condizione di concludere validamente il contratto e la sua volontà non deve essere affetta dallo stesso vizio che ha reso annullabile il contratto.

Questa può essere *espresa* o *tacita*. La prima deve contenere la menzione del negozio annullabile, del motivo e la dichiarazione che si intende convalidare il negozio. La seconda si ha quando, chi consapevole del vizio del contratto, ne dia comunque esecuzione.

Chi convalida il contratto si preclude definitivamente la possibilità di contestare la validità del medesimo anche in via eccezionale.

La rescissione e la risoluzione del contratto.

Rescissione del contratto concluso in stato di pericolo.

In alcuni casi la legge tutela la parte la cui decisione di stipulare un certo contratto sia stata alterata da determinate condizioni che l'hanno indotta ad accettare un contratto economicamente pregiudizievole. In questi casi la legge concede l'azione di *rescissione*.

In particolare questa può essere concessa per anomalie *genetiche* in due ipotesi: a) stato di pericolo; b) per lesione.

Per quanto riguarda l'esercizio dell'azione di rescissione di un contratto stipulato in stato di pericolo occorrono due condizioni:

- I • o *stato di pericolo* di uno dei contraenti o di altra persona che abbia indotto la parte a concludere il contratto. La situazione di pericolo deve essere attuale e recante un grave danno alla persona (non a cose). La nozione di tale stato ricalca quella di *stato di necessità* che in ogni caso esime da responsabilità con la differenza che questa non esime da responsabilità quando la necessità era evitabile o causata per colpa propria, mentre in questi due casi si può avere la rescissione per stato di pericolo.
- I • Il fatto tale che tale stato fosse noto alla controparte.
- L • *'iniquità delle condizioni* a cui il contraente ha dovuto soggiacere.

In questi casi comunque il giudice può prevedere un equo compenso per l'altra parte.

L'azione generale di rescissione per lesione.

Essa è un rimedio contro i contratti sinallagmatici nei quali si intravede una sproporzione abnorme tra le due prestazioni.

I presupposti sono:

- I • a *lesione* ovvero che una parte abbia ricevuto una sproporzione tale che la prestazione abbia un valore doppio rispetto quello della controprestazione. La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta. Ovviamente essa non è eccezionale per contratti aleatori.
- L • o *stato di bisogno* cioè una semplice difficoltà economica che abbia indotto la parte a concludere un contratto così svantaggioso.
- O • occorre che l'altra parte si sia approfittata della difficoltà economica. A tal riguardo è sufficiente anche un contegno passivo purché si fosse a conoscenza di tale difficoltà.

Il contraente cui tale azione è proposta può evitarlo eliminando lo squilibrio che ne costituisce il fondamento.

A tale azione sono proposti principi differenti da quelli di convalida come il fatto che non si possano applicare le regole di convalida. L'unico modo per eliminare la sproporzione è dare il supplemento.

Essa non ha effetto retroattivo e quindi non pregiudica i diritti acquistati dai terzi.

Si prescrive in un anno dalla conclusione del contratto.

Azione di risoluzione per inadempimento.

La risoluzione del contratto, ossia la cessazione dei vincoli contrattuali e degli effetti da esso derivanti, è prevista per anomalie *funzionali* che impediscono la realizzazione degli interessi delle controparti. Ciò può avvenire: a) per inadempimento; b) per impossibilità sopravvenuta; c) per eccessiva onerosità.

Per quanto riguarda l'inadempimento, la risoluzione può avvenire solo quando il contratto sia a prestazioni corrispettive. Qui il legislatore ammette che in caso di inadempimento di una parte, l'altra possa preferire di risolvere il contratto. Il contraente potrebbe infatti scegliere fra la *manutenzione del contratto*, chiedendo quindi la condanna ad eseguire la prestazione, ovvero il diritto potestativo di chiedere la *risoluzione*.

In entrambi i casi la parte adempiente ha diritto a chiedere il risarcimento che va calcolato in modo diverso a seconda delle due ipotesi.

Nel primo caso infatti l'adempiente avrà diritto al compimento della prestazione in *ritardo* ed al risarcimento causato da questo. Nel secondo invece, il risarcimento si *sostituisce* (e non aggiunge) alla prestazione non adempiuta.

Alla parte è concesso chiedere l'azione di adempimento e dopo quella di risoluzione, ma mai l'opposto in quanto si presume che dal momento in cui chiede la risoluzione non abbia più interesse all'adempimento.

Dalla domanda di risoluzione l'altra parte non può più rimediare con l'inadempimento in quanto l'altra parte può legittimamente rifiutare la prestazione. Tale rifiuto può avvenire anche quando la domanda non sia stata ancora proposta ma l'inadempimento ha avuto una gravità tale da giustificare la risoluzione del contratto.

Per ottenere la risoluzione occorre una domanda giudiziale e che il giudice emetta una sentenza *costitutiva*. Il giudice per risolvere il contratto deve verificare che l'inadempimento non sia di scarsa gravità.

Per una sent della cassazione (**30 ottobre 2001 n°13533**) l'adempiente deve solo dimostrare il titolo dal quale derivi la prestazione e non anche l'inadempimento.

La risoluzione ha efficacia retroattiva sicché le prestazioni già eseguite devono essere restituite. Tale retroattività non opera per prestazioni ad esecuzione continuata e periodica relativamente alle prestazioni già eseguite.

La risoluzione opera solo tra le parti quindi sono fatti salvi i diritti eventualmente acquisiti dai terzi. Si seguono i principi della trascrizione.

La risoluzione di diritto.

La risoluzione di un contratto non avviene solo a causa di una sentenza del giudice ma può avvenire anche di diritto in tre casi espressamente previsti dal codice:

- C • *lausola risolutoria espressa*, ovvero la clausola tramite la quale le parti decidono che il contratto dovrà considerarsi automaticamente risolto qualora non vengano adempite (o eseguite secondo le modalità pattuite) una o più *specifiche* obbligazioni. In tal caso la risoluzione non avviene immediatamente ma solo quando questa venga notificata all'altra parte. Nel caso però fra le parti insorga una lite, la sentenza non sarà costitutiva ma bensì *dichiarativa*.
- D • *diffida ad adempiere*, essa è una dichiarazione scritta con la quale una parte intima ad adempiere l'altra parte entro un termine congruo con l'avvertenza che se non interverrà l'adempimento il contratto sarà da considerarsi risolto. Se la diffida è mandata a mezzo di rappresentante la procura deve essere scritta. Anche in questo caso in caso di lite la sentenza del giudice non potrà che essere semplicemente di accertamento.
- T • *termine essenziale*, il contratto si risolve *ipso iure* se l'obbligazione non viene adempiuta entro il termine essenziale ovvero quel termine per cui l'adempimento diventa *inutile* per l'altra parte se questo avviene successivamente a questo termine. L'essentialità del termine può essere *oggettiva* quando derivi dalla stessa natura dell'obbligazione o *sogettiva* quando dipenda da un particolare interesse del creditore. Qui per la risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive non serve nessun'altra dichiarazione per la risoluzione. Se la parte non è interessata ad un inadempimento tardivo può comunicarlo all'altra parte

dando notizia della sua decisione entro tre giorni dalla scadenza del termine rimasto inosservato.

Eccezioni di inadempimento.

Sempre nei contratti a prestazioni corrispettive la legge offre rimedi che hanno la funzione di tutelare la parte non inadempiente. Una di queste è l'eccezione di inadempimento ovvero la facoltà di una parte di rifiutarsi di adempiere quando l'altra sia inadempiente o non offre di adempiere contemporaneamente e quando il suo adempimento avrebbe dovuto avvenire successivamente o contemporaneamente.

Tale rimedio si applica anche ove la prestazione sia stata adempiuta ma in modo inesatto. Essa è una delle poche forme di autotutela che l'ordinamento permette. Non basta comunque l'inadempimento dell'altra parte in quanto occorre anche la buona fede.

Mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti.

L'ordinamento tutela anche il pericolo di inadempimento nel senso che è dato ad una delle parti la possibilità di sospendere l'esecuzione della prestazione nel quando vi sia il pericolo che il patrimonio dell'altra parte sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione.

Se viene prestata idonea garanzia il pericolo cessa e la sospensione non ha più motivo d'essere.

Tale previsione dell'art 1461 da quindi un mezzo di tutela alla parte che sarebbe tenuta ad adempiere per prima e non potrebbe valersi dell'eccezione prevista dall'art 1460(paragrafo precedente).

La clausola solve et repete.

Tale clausola è data alle parti per imporre che l'altra non possa opporre nessuna eccezione(di quelle sopra viste) per evitare o ritardare l'adempimento. Sarà necessario, a questa parte, prima adempiere l'obbligazione e poi riferirsi al giudice per farsi restituire in tutto o in parte ciò che è stato pagato.

Tale clausola è reputata come vessatorie quando il contratto sia tra un professionista ed un consumatore.

La clausola ha i limiti che:

- n • non ha effetto per eccezioni di nullità, annullabilità o rescissione in quanto queste mettono in dubbio tutto il negozio e quindi anche tale clausola.
- l • Il giudice può sospendere la condanna all'adempimento se riconosce che sussistano gravi motivi.

La risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

Come sappiamo l'impossibilità sopravvenuta estingue l'obbligazione. Se tale accade quindi un contratto a prestazioni corrispettive, essa fa venir meno il diritto a controprestazione.

Se la prestazione è divenuta solo parzialmente impossibile si è tenuti a corrispondere quella parte con la rispettiva riduzione anche dell'altra prestazione, a meno che il creditore non abbia interesse a ricevere parzialmente la prestazione e quindi può recedere dal contratto. Tale è una risoluzione di diritto.

Un po' più complessa è la situazione per i contratti traslativi. Qui, infatti, se il perimento della cosa avviene dopo il consenso, la proprietà è già passata alla controparte e quindi questa subirà il

danno, dovendo anche corrispondere la controprestazione. Quindi se dopo il consenso ma prima della *traditio* un caso fortuito distrugge la cosa, il venditore non ne sarà responsabile e avrà comunque diritto alla controprestazione. Tale criterio si applica anche quando il negozio traslativo è sottoposto a termine.

Invece, in deroga al principio della retroattività, se il negozio è sottoposto a condizione, il rischio deve essere sopportato dall'alienante.

Nei contratti plurilaterali l'impossibilità che colpisca uno dei contraenti non inficia gli altri e il contratto ma colpisce solo quest'ultimo a meno che tale prestazione impossibile non fosse basilare per l'economia di tutto il contratto.

Risoluzione per eccessiva onerosità.

Quando fra le due prestazioni di un contratto intercorre un lungo periodo di tempo, e quando in tale periodo accadono fatti *imprevedibili* e *straordinari* tali da rendere una delle prestazioni *eccessivamente onerosa* rispetto l'altra prestazione, determinando un sacrificio sproporzionato di una parte rispetto all'altra, allora si ha diritto alla *risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*.

Devono concorrere le seguenti condizioni:

- d 1. deve essere un contratto che prevede un intervallo di tempo fra stipulazione e esecuzione;
- c 2. che si verifichi una onerosità eccessiva che sia soprattutto *sopravvenuta*.
- C 3. che tale onerosità dipenda da avvenimenti straordinari ed imprevedibili.

Risoluzione non può essere concessa quando l'onerosità non supera l'*alea normale*. In più essa non è prevista nemmeno per i contratti aleatori.

Anche qui come nella rescissione per lesione è ammessa l'*offerta di riduzione all'equità* per riportare il contratto entro l'*alea normale*. In questo caso non si ha la risoluzione ma la revisione.

Nei contratti dove uno solo ha assunto obbligazioni, non si ha la risoluzione del contratto ma solo la rivedibilità (ovvero una modificazione per ricondurla ad equità).

La presupposizione.

Tale istituto non è previsto nel codice ma è stato creato dalla giurisprudenza ed ancora crea numerosi dibattiti.

Tale si ha quando le parti abbiano basato il loro negozio su determinati presupposti in mancanza dei quali non avrebbero stretto il negozio, ma tali "condizioni inesprese" non sono indicate perché, in tal caso il problema non si avrebbe comportandosi come vere e proprie condizioni. Ora, la giurisprudenza pensa che in tale situazione, quando tali condizioni vengano meno, il contratto possa essere risolto.

I SINGOLI CONTRATTI

Dal contratto del consumatore a diritto del consumatore.

Premessa. La genesi e il diritto dei consumatori.

I contratti del consumatore non realizzano un <<tipo>> contrattuale sebbene la legislazione dell'ultimo tempo vi si sia enormemente dedicata. Tale legislazione si occupa di introdurre regole di correttezza e di informazione per la tutela di questa classe. La maggior parte della legislazione è

quindi poi confluita nel «Codice del Consumo» (D.Lgs. 6 settembre 2005 n 206).

Come è noto, la differenza fra queste due “classi”, quella del consumatore e quella del professionista, è sempre esistita tanto da essere dimostrata dall'esistenza di due codici distinti prima di quello attuale, ovvero il codice civile e il codice del commercio. Con il codice del 42 però si è voluta creare una disciplina maggiormente uniforme ed egualitaria in virtù dell'autonomia contrattuale. Nei tempi recenti però si è avvertita nuovamente la necessità di una disciplina differente, quasi come un ritorno al passato, proprio in virtù del sempre maggior potere negoziale di alcune imprese rispetto i loro utenti. Si è registrato quindi un ritorno al passato per quanto riguarda la differenziazione della disciplina, ritorno che però non deve essere visto con fine discriminante ma al contrario come protettivo di una classe e tipologia di utenti manifestamente più debole contrattualmente.

Proprio il codice del consumo esordisce (all'art 2) con ciò che del consumatore si promette di tutelare, ovvero:

- t 1. tutela alla salute;
- s 2. sicurezza e qualità di prodotti e servizi;
- a 3. adeguata informazione e corretta pubblicità;
- e 4. servizio delle pratiche commerciali secondo i principi di *buona fede, correttezza e lealtà*;
- e 5. *educazione al consumo*;
- c 6. correttezza, trasparenza e equità dei rapporti contrattuali;
- p 7. promozione dell'associazionismo fra consumatori;
- e 8. erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza;

I soggetti: il consumatore ed il professionista.

Tale disciplina si applica quando le parti siano rispettivamente un *professionista ed un consumatore*, e solo quando le parti siano eterogenee, ovvero, ad esempio, non si applica quando queste siano due professionisti.

Secondo la definizione legislativa, per consumatore si intende la persona fisica che ha interessi estranei all'attività imprenditoriale, mentre per professionista, al contrario, la persona fisica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale. La distinzione comunque dovrà essere fatta valutando le circostanze concrete.

L'«educazione del consumatore»: gli obblighi di informazione, la comunicazione pubblicitaria e la promozione commerciale.

L'obiettivo principale della legge è quello di fare acquistare al consumatore una adeguata capacità di autodeterminazione. Per far questo, la legge, da una parte agisce per la promozione delle conoscenze e delle capacità del consumatore, e dall'altra per l'imposizione di adeguate regole di correttezza dell'informazione precontrattuale.

Sempre a scopo informativo la legge impone le informazioni e le modalità con cui queste devono essere riportate sui prodotti venduti.

Essa regola anche come il professionista si avvicina al pubblico e quindi con delle regole sulla pubblicità che deve essere *palese, veritiera e corretta*. Tale pubblicità, inoltre, non deve essere né *ingannevole* (ovvero trasmettere al consumatore informazioni non corrispondenti al vero) né *aggressiva* (ovvero miranti a condizionare il consumatore *limitando* la sua libertà di scelta).

È dato poi potere all'Autorità Antitrust di inibire la prosecuzione della pratica ritenuta scorretta e di comminare sanzioni pecuniarie.

I contratti del consumatore e le cause vessatorie.

Abbiamo già parlato dell'evoluzione della disciplina contro le clausole vessatorie da solo formale a sostanziale.

Si considerano vessatorie quelle pratiche che, non rispettando la buona fede contrattuale (quindi oggettiva) impongono squilibri di diritti e obblighi fra i contraenti. Non squilibri di prestazione ma a livello di protezione giuridica.

Vi sono due categorie di tali clausole: quelle che sono *sempre* vietate e quelle che la legge *presume* siano vietate. Per quanto riguarda questo secondo tipo sta alla parte che le ha imposte dimostrare che queste non sono vessatorie. Per la prima sono sempre considerate vessatorie quelle che: limitano la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore; limitano le azioni del consumatore in caso di inadempimento (come la c. solve et repete); che rendano efficaci clausole non conosciute a questo prima della conclusione del contratto.

Si impone un obbligo di *trasparenza* e inoltre vanno interpretate come a favore del consumatore.

La nullità delle clausole non rendono nullo tutto il contratto e tale nullità opera solo a vantaggio del consumatore.

I contratti negoziati fuori dai locali commerciali e i contratti a distanza. Il commercio <<elettronico>>. La commercializzazione a distanza dei servizi finanziari.

Sono tutelati i contratti fuori dai locali commerciali perché si presume che il consumatore non abbia compiuto quel processo valutativo che lo ha portato a recarsi nel locale e dove avrebbe potuto chiedere le dovute informazioni al venditore. Quando un tale tipo di contratto viene concluso il consumatore ha un diritto di *recesso* che deve comunicare entro 10 giorni dalla conclusione del contratto. Esso è un diritto irrinunciabile e il consumatore ha diritto alla restituzione di quanto già adempiuto.

Apposite regole sono anche stabilite per il commercio on-line con la regolamentazione completa di questa materia e lo stesso vale per la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari dove sono imposti obblighi di correttezza e di trasparenza e un diritto di recesso a favore del consumatore.

Singoli contratti del consumatore: multiproprietà e prestazione di servizi turistici.

Riguardo la multiproprietà anche qui il consumatore è protetto avendo garantito un diritto all'informazione, definendo gli obblighi del consumatore, e garantendo un diritto di recesso per il consumatore.

Lo stesso vale per i servizi turistici in particolare ui prevedendo la possibilità di avere risarcito il danno per vacanza rovinata.

Il credito al consumo.

Con tale espressione si intende qualsiasi forma di credito concesso al consumatore sotto forma di finanziamento o dilazione di pagamento. La legge prima di tutto prevede dettagliati obblighi di informazione in ordine alle condizioni del finanziamento.

Il contratto deve essere sotto forma scritta ad substantiam. In caso di risoluzione del contratto è previsto il rimborso per il consumatore di ciò che è stato versato.

Profili delle tutele: azioni inibitorie e azione collettiva risarcitoria.

Tali due azioni sono state introdotte poiché si è capito che in questo campo il processo civile non ha grandi risultati per la debole gittata degli effetti della sentenza. A tal riguardo sono state introdotte tali azioni con lo scopo di tutelare situazioni in cui un medesimo contratto è concluso con una massa di consumatori, per far sì da proteggerli e non scoraggiare la singola azioni a causa dei costi che potrebbe portare.

La prima è l'azione *inibitoria* tramite la quale può essere chiesto al giudice di inibire una volta per tutte ad un professionista od a un imprenditore l'uso nei contratti con i clienti di determinate clausole.

La seconda è l'azione *collettiva risarcitoria*, tramite la quale è possibile la tutela in massa di diritti individuali omogenei. Essa viene proposta dall'associazione alla quale il consumatore aderisce e questa farà poi stato nei confronti di tutti i consumatori che vi abbiano aderito. Soloro che non vi hanno aderito possono proporre azioni individuali mentre non è possibile proporre altre azioni individuali verso la stessa impresa e per gli stessi fatti.

I contratti tipici e atipici

Singoli contratti e relativa disciplina.

Al terzo libro del titolo quarto del codice civile troviamo la disciplina dei contratti nominati o tipici.

In questo titolo non sono comunque compresi tutti i contratti in quanto troviamo ad esempio la donazione nel titolo terzo insieme al testamento, i contratti patrimoniali connessi con il matrimonio nel primo libro ed altri ancora che non compaiono completamente nel codice ma trovano la loro disciplina in leggi (es affiliazione commerciale).

Si ricorda l'autonomia contrattuale concessa alle parti rende potenzialmente infiniti i contratti atipici.

La compravendita

Definizione.

Conosciamo già l'importanza di tale tipo di contratto. Tale contratto può essere attuato da: a) il produttore del bene; b) un intermediario nella circolazione dei beni; c) un venditore non professionale. Tale classificazione è stata effettuata perché in molti casi la connotazione oggettiva delle parti può influenzare la disciplina che si applica a tale tipo di istituto

La compravendita si qualifica come il contratto che ha per oggetto lo *scambio di una cosa* (o il trasferimento di un diritto) dietro un corrispettivo che ne costituisce il *prezzo*. Tale prezzo, che è un corrispettivo in denaro, costituisce l'elemento essenziale della vendita, in quanto distingue la vendita dalla permuta. Il prezzo deve essere determinato o determinabile, in mancanza il contratto è nullo. Il codice prevede dei criteri legali per la determinazione del prezzo in caso di mancanza.

La compravendita è un contratto consensuale, per il suo perfezionamento richiede solo il consenso e non la consegna della cosa che è un'obbligazione del venditore.

La vendita può avere ad oggetto anche realtà complesse come una eredità o una sua quota o ancora un'azienda.

Vendita ad effetti reali e obbligatoria.

La vendita ha *effetti reali* quando ha ad oggetto una cosa *determinata*. Quando questo non può immediatamente realizzarsi allora questa assume effetti *obbligatoria*. Le figure più importanti di

vendita obbligatoria sono:

- V • endita di cose determinate solo nel *genere*;
- v • endita *alternativa* (dove il trasferimento non si realizza finché non viene effettuata la scelta)
- v • endita di *cosa futura*;
- v • endita di cose *altrui*, come sappiamo, infatti, questa non è né nulla né annullabile ma obbliga il venditore ad acquistare la cosa dal proprietario per trasmetterla al compratore. Il trasferimento in capo al compratore si realizza non appena la cosa è stata acquistata dal venditore.

La giurisprudenza ammette tale obbligo sia adempiuto anche se il venditore induca il proprietario a vendere la cosa direttamente al compratore. In caso il venditore non riesca ad acquistare la cosa questo risponde del proprio inadempimento.

Quando tale compratore venga a sapere solo *ex post* che la cosa non apparteneva al venditore, può chiedere la risoluzione del contratto oltre al risarcimento del danno ed al rimborso delle spese se ne frattempo il venditore non gli abbia fatto acquisire la proprietà.

- V • endita con riserva di proprietà.

Forma e pubblicità della vendita.

Sappiamo che per i beni immobili e mobili registrati è richiesta la forma scritta e la trascrizione. La forma scritta è richiesta anche per la promessa di vendita di beni immobiliari e se questa è fatta per atto pubblico o scrittura privata autenticata è soggetta pure a trascrizione.

Obblighi del venditore.

Per l'art 1476 questi sono:

- f 1. are acquistare al compratore la proprietà della cosa o la titolarità del diritto sulla cosa (quando la vendita ha effetti reali tale obbligo non sussiste perché il trasferimento è automatico);
- c 2. onsegnare la cosa al compratore. La consegna deve avvenire nel luogo e nel tempo previste dal contratto in mancanza si osserva la disciplina dell'art 1182. Nelle vendite da piazza a piazza il debitore si libera da tale obbligo consegnando la cosa al vettore od allo spedizionario.
- G 3. arantire il creditore dall'evizione e dai vizi della cosa .

La garanzia per evizione.

La legge tutela il compratore che sia privato (o ne subisca una limitazione) dal godimento della cosa per diritti che terzi vantavano sulla stessa.

Distinguiamo varie ipotesi:

- E 1. *vizione totale*. Si ha evizione quando il compratore risulti soccombente di un terzo a causa dei diritti che questo vantava sulla cosa. Costituisce evizione pre l'espropriazione per pubblica utilità ovvero un ordine di distruzione della cosa. Il compratore convenuto in giudizio da un terzo ha l'onere di chiamare in causa anche il venditore (poiché si presume che questo possa fornire prove per dimostrare che la pretesa del terzo è infondata). Se il compratore non lo fa perde la garanzia se il venditore dimostra che se fosse stato chiamato avrebbe potuto fornire le prove di cui sopra.

Il creditore perde del pari la garanzia se riconosce il diritto del terzo a meno che non dimostri che non vi era modo ragionevole di opporsi all'evizione (poichè in tal caso una opposizione sarebbe stata solo dispendiosa).

Il creditore che possa temere tale evizione può sospendere il pagamento del prezzo a meno che il pericolo non fosse già noto al momento della vendita.

Quando il creditore subisce l'evizione ha diritto a richiedere al venditore il risarcimento del danno, il rimborso del prezzo e le spese fatte per il contratto.

Tale garanzia costituisce un effetto naturale del negozio quindi non vi è bisogno che sia stabilita nel contratto. Tale garanzia è data nell'interesse del compratore che può quindi o rinunziarvi o scegliere una garanzia minore o maggiore: in ogni caso il venditore sarà sempre responsabile se l'evizione dipenda da fatto suo proprio ed è nullo ogni patto contrario. Quando si sceglie di eliminare la garanzia il venditore è comunque tenuto a rimborsare (se poi vi sia evizione) il prezzo.

Rinuncia più radicale vi si può avere quando il contratto è concluso a rischio e pericolo del compratore. In tal caso il venditore non è tenuto a rimborsare nemmeno il prezzo.

E 2. *vizione parziale*. In tal caso il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto se debba ritenersi che non avrebbe acquistato la cosa senza la parte di cui ha subito l'evizione oppure ha diritto alla riduzione del prezzo salvo il risarcimento del danno se ignorasse l'altruità della cosa.

C 3. *osa gravata da oneri o da diritti di godimento di terzi*. Se risulta che la cosa è gravata da diritti di terzi che ne limitano la disponibilità si applica la stessa disciplina dell'evizione parziale.

Garanzia per i vizi.

Vizi di una cosa sono le *imperfezioni o le alterazioni del bene*. Il compratore può richiedere tale garanzia solo quando i vizi siano tali da rendere *inutile la cosa per lo scopo alla quale è destinata* oppure se ne diminuiscano apprezzabilmente il *valore*.

La garanzia non è dovuta se il compratore conosceva i vizi della cosa ovvero se avrebbe potuto accorgersene usando la normale diligenza. Tali casi sono esclusi se il venditore abbia dichiarato la cosa come esente da vizi.

Per ottenere tale garanzia i vizi si devono dichiarare entro *otto giorni* dalla vendita se sono *apparenti* (se riconoscibili dal *bonus paterfamilias*) oppure dalla scoperta se sono *occulti*. Tale termine è un termine di decadenza.

Dove ricorrano questi requisiti il creditore può chiedere a sua scelta o l'azione *redibitoria* per la risoluzione del contratto, o l'azione *aestimatoria* per la riduzione del prezzo, salvo in ogni caso il risarcimento del danno. Da quando il compratore procede all'azione giudiziale non può più cambiare scelta. La giurisprudenza ha dichiarato che se il venditore si impegna a eliminare i vizi della cosa non si ha novazione.

La risoluzione implica la consegna della cosa. Ora il compratore ha diritto alla risoluzione anche se la cosa perisce per i vizi della cosa. Se questa viene alienata, perisce per caso fortuito o per colpa del compratore, questi può chiedere solo la riduzione del prezzo.

Tali azioni si prescrivono in un anno, mentre la relativa eccezione è imprescrittibile (come quella dell'azione di annullamento).

Se la cosa manca della qualità prevista dal contratto, si applicano le norme relative alla risoluzione

del contratto ma in questo caso valgono le norme di decadenza viste sopra.

Nel caso di vendita *aliud pro alio* il compratore può esperire la risoluzione del contratto per l'art 1453 ma non è soggetto alle norme di decadenza dell'art 1497(ossia quelle viste sopra).

La garanzia può essere modificata, accresciuta o eliminata in via convenzionale. IN questo ultimo caso però il patto è nullo se il venditore ha taciuto i vizi della cosa.

Tipica garanzia in ambito *mobiliare* è la garanzia di *buon funzionamento* e si ha quando il venditore abbia garantito il funzionamento della cosa per un certo periodo di tempo. In tal caso il giudice può assegnare al venditore l'obbligo di sostituire o riparare i vizi salvo risarcimento.

Obblighi del compratore.

L'obbligo principale è quello di pagare il prezzo, questo deve avvenire al momento della consegna della cosa ovvero se non previsto diversamente al domicilio del venditore.

Se il prezzo non è stabilito la legge prevede dei criteri integrativi. Se il venditore vende abitualmente quella cosa si farà riferimento al prezzo normalmente praticato da questo. Se si tratta di cose aventi un prezzo di borsa o di listino si ci rifà a tale prezzo.

Se le parti fanno riferimento ad un giusto prezzo si utilizzano i criteri quali sopra o questa sarà nominato da un terzo nominato dal presidente del tribunale.

Le parti possono domandare ad un terzo la definizione del prezzo. Questo deve essere previsto in caso contrario il contratto non viene ad esistenza per mancanza di uno dei suoi elementi essenziali.

Se la cosa è produttiva di frutti ed è stata consegnata al compratore prima del termine previsto allora questo oltre al prezzo dovrà dare pure gli interessi.

La vendita con patto di riscatto.

È tale la vendita munita della condizione risolutiva potestativa di restituire la cosa al venditore dietro la restituzione del prezzo e i rimborsi stabiliti dalla legge. Per evitare che tramite questo istituto si dia vita ad un'attività usuraia, è stabilito che è nullo ogni patto che preveda di corrispondere un prezzo maggiore di quello già versato.

Per far rientrare la proprietà nel patrimonio del venditore basta l'esercizio del suo diritto potestativo insieme all'offerta reale del prezzo.

Dato che la condizione ha effetto retroattivo i terzi subacquirenti sono tenuti a restituire la cosa(salvo gli effetti della trascrizione). È concesso un termine di decadenza di due anni per i beni mobili e 5 per i beni immobili per potersi avvalere del patto. Tale termine è inderogabile e improrogabile.

Esso si distingue dal patto di *retrovendita* perché in questo caso questo ha effetti obbligati, ovvero si è come se fosse un contratto preliminare di vendita.

Si distingue da tale patto la *in diem addictio* che è un patto con il quale si stabilisce che la vendita resta caducata se nel periodo di tempo il venditore trova un miglior acquirente.

Vendita di cose mobili.

Tale è la vendita più comune. La legge stabilisce ove debba avvenire la consegna della cosa ovvero dove e specificato nel contratto, se questo manchi, dove la cosa si trovava al momento della conclusione ed in fine al domicilio del venditore.

Se la cosa deve essere trasportata il venditore si libera consegnando la cosa al vettore. La cosa viaggia a rischio e pericolo del compratore e i costi ed il trasporto sono a carico del compratore. Salvi patti ed usi contrari.

A tal riguardo la prassi del commercio a messo appunto apposite clausole come:

- c • *if*, il prezzo comprende le spese per il caricamento o l'assicurazione. La polizza deve essere consegnata dal venditore e il compratore si assume il rischio quando questa viene caricata sulla nave;
- f • *ob*, qui le spese di trasporto e assicurazione sono a carico del compratore.

Apposite regole che tutelano l'inadempimento delle parti sono:

- c • se il compratore non si presenta a ricevere la cosa il venditore può depositarla in un pubblico deposito a spese del compratore;
- s • e il compratore non paga il prezzo il venditore può indire la "vendita a spese del compratore";
- s • e il venditore non adempie al contratto e questo aveva ad oggetto cose fungibili il compratore può farle comprare al mercato a spese del venditore ed ha diritto al maggior costo sostenuto ed al risarcimento del danno;
- s • e una delle parti offre la prestazione e l'altra non l'accetta e non esegue la propria si ha la risoluzione del contratto di diritto: le parti possono avvalersi di questa solo se lo fanno presente entro otto giorni dalla scadenza del termine.

Figure particolari di vendite mobiliari espressamente previste dal codice sono:

- v 1. vendita con riserva di gradimento, in cui il contratto si perfeziona solo quando il compratore dichiara che la cosa è di suo gradimento;
- v 2. vendita a prova, vendita sottoposta a condizione sospensiva che la cosa abbia le caratteristiche pattuite o sia idonea all'uso per la quale era destinata;
- v 3. vendita su campione che è una vendita perfetta che può essere risolta se la merce è difforme dal campione;
- v 4. vendita su documenti che attribuiscono a chi li possiede il diritto ad ottenere la cosa dal detentore e il potere di disposizione su di esse.
- V 5. vendita a termine di titoli di credito.

La vendita di beni di consumo.

Tale disciplina è contenuta negli articoli 1519-bis-1519-nonies ed oggi sono confluite nel codice del consumo. Essa si applica ogni qualvolta le parti siano un *professionista* ed un *consumatore*.

Tale disciplina sostituisce quella sui vizi della cosa con quella del *difetto di conformità* che si ha quando un bene non sia conforme (idoneo all'uso per il quale è destinato abitualmente o all'uso particolare che l'acquirente intenda farne) a quello stabilito da contratto.

Le tutele per tale obbligo sono: la possibilità che dal consumatore sia richiesta la sostituzione o la riparazione. Il venditore può rifiutarsi se questa risulta troppo onerosa e solo a tal momento possono essere invocate dal consumatore le tutele previste per i vizi della cosa, ovvero l'azione *quantum minoris* e quella *redhibitoria*.

Tale disciplina ha anche ampliato il termine temporali di tutela poiché il venditore è responsabile quando il vizio si manifesti entro il termine di due anni dalla consegna. Il compratore deve denunciare il vizio entro due mesi dalla scoperta (non più 8 giorni). Anche il termine dell'azione ha una maggior durata ovvero di 26 mesi.

Le parti possono sempre aggiungere a tale tutela minima ed inderogabile un garanzia convenzionale. Tale disciplina trova effetto anche nei contratti diversi dalla vendita.

Vendita con riserva di proprietà.

È tale il tipo di vendita in cui si stabilisca che il pagamento debba avvenire a rate e che la proprietà passi al compratore solo quando questo paghi l'ultima rata. Nel contempo però egli potrà usufruire di tutti gli effetti che derivano dal diritto di proprietà. L'effetto reale della vendita è sottoposto a condizione sospensiva (ovvero il pagamento dell'ultima rata).

Data tale condizione il compratore non può alienare il bene pena gli estremi dell'appropriazione indebita. Il terzo però che ha acquistato fa salvo il suo diritto se la cosa è mobile e se vi sono gli estremi dell'art 1153 (possesso di buona fede). Per opporre che la proprietà non è del compratore ai suoi creditori occorre che tale vendita risulti da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento.

Il compratore è tutelato da ipotetiche clausole vessatorie imponendo che la risoluzione del contratto per mancato pagamento di rata si possa avere solo quando tale rata rappresenti almeno un ottavo del valore della cosa. In più se il contratto si risolve per inadempimento del compratore questi ha diritto alla restituzione del prezzo salvo un equo compenso al venditore per l'utilizzo della cosa.

Vendita immobiliare.

Essa deve essere fatta per iscritto e dev'essere trascritta. Si distingue la vendita a *misura* e la vendita a *corpo*.

Per combattere l'abusivismo edilizio è previsto che nel contratto devono essere compresi, a pena di nullità, gli estremi del permesso di costruire. Se questi sono stati omessi per dimenticanza o errore possono essere allegati con atto successivo redatto nella stessa forma del precedente.

Gli altri contratti di scambio che realizzano un do ut des

La permuta.

Essa differisce dalla vendita in quanto prevede lo scambio di una cosa in cambio non di un prezzo, ma di un'altra res. Tranne alcune regole in tema di evizione (che l'evitto può scegliere se richiedere la cosa o il suo valore) e di spese (che spettano ad entrambe le parti e non solo al compratore) sono richiamate in quanto compatibili le norme stabilite dalla vendita.

I contratti di borsa e l'intermediazione finanziaria.

La vendita a termine di titoli di credito.

La *borsa valori* è il mercato dove vengono scambiati strumenti finanziari (una categoria di cui fanno parte obbligazioni, titoli di stato, azioni di società). Vediamo come, dopo la nuova disciplina del '98, la negoziazione di strumenti finanziari è divenuta attività di impresa posta sotto il controllo di organi dallo Stato espressamente autorizzati.

I contratti che possono essere conclusi hanno varie tipologie e in questa sede ne vedremo solo degli accenni. Il principio di ordine generale è che con i contratti di borsa si trasferiscono titoli di serie, quindi cose generiche, la cui proprietà passa all'acquirente solo al momento

dell'individuazione.

Il codice contiene alcune disposizioni in tema di vendita a termine di titoli di credito. In tale vendita il venditore si impegna a trasferire al compratore una certa quantità di titoli alla scadenza del termine convenuto mentre il compratore si impegna a corrispondere il prezzo corrente. Ogni parte spera in un mutamento a proprio favore del valore dei titoli. Di solito alla scadenza del termine si liquidano la differenza del valore così raggiunto.

Il codice stabilisce i diritti che spettano ad ogni parte: gli interessi e i dividendi maturati spettano al compratore; viceversa il diritto di voto spetta al venditore (se si tratta di titoli azionari).

Contratti più complessi sono gli strumenti finanziari derivati che sono contratti che fanno riferimento all'andamento di titoli, tassi di interesse, merci, per determinare quale delle parti dovrà il conguaglio all'altra.

Disciplina particolare è poi diretta a tutelare i *contratti di prestazione dei servizi di investimento*, ovvero quelli tramite i quali un intermediario abilitato acquista per conto di un investitore azioni quotate in borsa o svolge un'attività di gestione di un *portafoglio* di un cliente.

A questi la legge impone regole formali (come il fatto che il contratto deve essere in forma scritta e copia deve essere data al cliente) e sostanziali (come l'obbligo di informare e di tenere un comportamento diligente, trasparente e corretto).

Un'altra regola di particolare interesse è che l'onere della prova di avere agito secondo i criteri sostanziali detti sopra spetta all'intermediario. In caso in cui siano violati tali obblighi sostanziali la Cassazione ha previsto che non si ha nullità del contratto ma responsabilità dell'adempimento, in quanto un comportarsi senza tali obblighi risulta sempre una caratteristica dell'autonomia contrattuale.

Il riporto.

Con tale contratto un soggetto (*riportato*) trasferisce al contraente (*riportatore*) una certa quantità di titoli di credito in massa di una stessa specie contro il contestuale pagamento di un prezzo; allo stesso tempo il riportatore si impegna a restituire alla scadenza di un termine fissato la proprietà di altrettanti titoli della stessa specie contro il rimborso del prezzo che però può essere a seconda di quanto convenuto tra le parti, maggiore, inferiore, oppure uguale.

Tale istituto non si configura come una doppia vendita bensì come un *contratto unitario* il quale produce un trasferimento della proprietà immediato e contestualmente anche il sorgere di un obbligo per il riportatore di trasferire altrettanti titoli al riportato.

A differenza della vendita (che è un contratto *consensuale*), tale istituto è un contratto *reale*, si perfeziona infatti con la consegna di titoli.

Distinto da questo è il c.d. *Riporto proroga* che consiste nella proroga di un contratto a termine: non volendosi far luogo alla consegna dei titoli, il compratore stabilisce una proroga del termine dando a riporto all'altra parte quei titoli che questa gli dovrebbe consegnare. Tale è un contratto consensuale perché non dà luogo per il suo perfezionamento alla consegna di titoli.

Il contratto estimatorio.

Questo è il contratto con il quale il compratore si riserva la facoltà di restituire gli oggetti anziché pagare senz'altro il prezzo. Quindi con tale contratto una parte consegna una o più cose mobili all'altra che si obbliga a pagarne il prezzo, con la facoltà di liberarsi da tale obbligazione

ricevendo la cosa all'altra nel termine stabilito.

Il trasferimento della proprietà avviene solo al momento del pagamento del prezzo, infatti l'accipiens ottiene la facoltà di disporre della cosa proprio perché statuito dalla legge. Dato che quindi la cosa non diventa di proprietà dell'accipiens finché questa non ne paga il prezzo, i creditori non possono sottoporla a sequestro finché ciò non avvenga. Infine dobbiamo dire che la scelta dell'accipiens rientra in una *obbligazione facoltativa*, essendo appunto obbligato a pagare il prezzo salvo che restituisca la cosa.

La somministrazione.

Essa è il contratto con la quale una parte si obbliga, verso corrispettivo, ad eseguire prestazioni periodiche o continuative di cose.

Questa si differisce dalla vendita solo perché la consegna periodica della cosa non è solo una *modalità di esecuzione* del contratto ma è tale contratto che ha per oggetto proprio una *pluralità di prestazioni*. Si distingue dall'*appalto* perché questo ha per oggetto un *facere*.

La somministrazione è un *contratto di durata* perché le prestazioni non devono svolgersi in un unico momento ma o continuamente o ad intervalli.

Dato che il contratto ha una causa unica, l'inadempimento di una sola prestazione potrebbe avere influenza su tutto il contratto. Al riguardo vi è da dire che si può far dichiarare l'inadempimento solo se tale mancanza di prestazione possa menomare la fiducia sull'adempimento delle successive. In caso di inadempimento di lieve entità al somministrante è data una forma di autotutela ovvero può sospendere l'esecuzione del contratto.

Se il contratto ha durata infinita le parti possono recedere dando congruo preavviso.

In tale tipo di contratto può essere frequente la clausola chiamata *patto di preferenza* con la quale l'avente diritto alla somministrazione si impegna a preferire il somministrante nei futuri contratti a parità di condizioni con gli altri.

Altro patto ricorrente è quello di *esclusiva* che può essere pattuito a favore del somministrante o del somministrato.

I contratti di scambio che realizzano un do ut facias.

La locazione e l'affitto.

La locazione è il contratto con il quale una parte si obbliga a far *utilizzare* una cosa per un periodo di tempo in cambio di un corrispettivo detto *canone*.

La locazione può essere di varie tipologie, e queste hanno differenze nella disciplina: a) locazione di beni mobili; b) locazione di beni immobili *urbani*; c) locazione di beni immobili *non urbani*; d) locazione di beni produttivi, meglio detta *affitto*.

Alla locazione il codice dedica una vasta disciplina. Tale disciplina è stata integrata da moltissimi interventi legislativi che hanno introdotto norme vincolistiche per quanto riguarda la durata della locazione e la decisione del canone. Tali leggi sono anche state giudicate per alcuni versi illegittime dalla Cassazione in quanto lesive del diritto di proprietà, in un periodo in cui tali leggi stavano portando alla crisi del settore immobiliare.

Per quanto riguarda la disciplina del codice civile le caratteristiche di tale contratto sono che:

1. può essere a tempo determinato (ma non superiore a tre anni) o senza tempo determinato (in tal caso la legge stabilisce limiti di durata in base al bene locato).

- I 2. Il locatore ha l'obbligo di consegnare e mantenere la cosa nello stato da servire all'uso convenuto provvedendo alle riparazioni (eccetto quelle piccole che spettano al conduttore). In caso di vizi, anche sopravvenuti, il conduttore ha diritto alla risoluzione del contratto o alla riduzione del canone.
- I 3. Il conduttore ha l'obbligo di servirsi della cosa secondo la diligenza del buon padre di famiglia. Non ha diritto ad indennità per i miglioramenti apportati se non sono stati fatti con il consenso del locatore. Ha diritto di togliere le addizioni a meno che il locatore non voglia trattenerle pagandone un'indennità.
- L 4. L'alienazione del bene locato non comporta *risoluzione* del contratto purché la locazione del bene abbia data certa anteriore al trasferimento.
- I 5. Il conduttore ha la facoltà di *sublocare* il bene. Invece per *cedere* il contratto è necessario il consenso del locatore.
- S 6. Se la locazione ha un tempo determinato, il rapporto cessa automaticamente senza bisogno di disdetta. Se il conduttore è lasciato nella detenzione della cosa il rapporto si considera rinnovato.

Se la locazione è stata stabilita senza limiti di tempo, ciascuna delle parti può far cessare il rapporto comunicando la *disdetta* entro la scadenza del termine (che in tal caso è dettato dalla legge) con un congruo preavviso.

Le norme del codice in materia di *affitto* hanno delle differenze in relazione al tipo di bene sui quali la locazione di instaura. In tal caso: l'affittuario deve curarne la gestione e gli spettano i frutti della cosa o le utilità; il locatore può chiedere la risoluzione se l'affittuario modifichi permanentemente la destinazione economica della cosa; l'affittuario può anche intraprendere iniziative che portino all'aumento del reddito della cosa purché non comportino obblighi per il locatore.

La locazione di immobili urbani.

Tale disciplina è stata notevolmente modificata negli anni ad opere di leggi speciali. Alla fine si sono arrivate a distinguere due tipologie:

- I 1. locazione di immobili adibiti ad *uso abitativo*;
- I 2. locazioni di immobili adibiti ad *uso non abitativo*;

Per quanto riguarda la prima classificazione nel corso degli anni si è arrivati ad una liberalizzazione di tale materia, eliminati tutti i limiti imposti prima a tutela del conduttore visto come parte debole nel rapporto. Si è arrivati a distinguere:

- c • contratti *liberi* dove la determinazione del canone e del periodo è interamente lasciata alla determinazione delle parti;
- c • contratti *tipo* dove le parti aderiscono a contratti le cui condizioni sono definite tramite accordi fra organizzazioni della proprietà edilizia e organizzazioni di conduttori maggiormente rappresentative.

Sono comunque rimaste alcune regole vigenti nella legge n 392/1978 che prevedevano: il divieto del conduttore di cedere il contratto o sublocare il bene; la possibilità di recedere prima della scadenza per gravi motivi e dando un preavviso di almeno 6 mesi.....

Per le locazioni di immobili destinate ad *uso non abitativo* i principi più importanti in materia sono (L. N 392/1978):

- I 1. a durata non può essere inferiore a 6 anni o a 9 se adibiti ad attività alberghiera;
- i 2. I conduttore può redere per gravi motivi;
- a 3. Ila scadenza il contratto si rinnova tacitamente per un identico periodo salvo tempestiva disdetta;
- i 4. I conduttore può sia sublocare sia cedere il contratto senza bisogno del consenso del locatore purché sia locata o ceduta pure l'azienda;
- i 5. I canone iniziale può essere determinato liberamente dalle parti;
- i 6. I caso di cessazione del rapporto non dovuta al conduttore a questo è dovuta una indennità per la perdita dell'avviamento commerciale.
- S 7. e il locatore voglia vendere l'immobile locato I conduttore ha prelazione per l'acquisto.

Il leasing.

Il leasing è un'operazione intrinsecamente finanziaria in cui l'utilizzatore, avendo bisogno di un bene, invece di chiedere un prestito per comprarlo, si rivolge ad un intermediario finanziario chiedendogli di acquistare lui il bene per poi darlo in godimento temporaneo allo stesso utilizzatore contro il pagamento di un canone periodico.

Tale contratto deve essere tenuto distinto dal contratto di compravendita fra il "concedente" e il produttore del bene, sebbene tale contratto possa essere deciso alle condizioni dell'utilizzatore.

L'utilizzatore si impegna quindi a pagare tale canone assumendosi anche il rischio per l'eventuale perimento della cosa o dal suo cattivo funzionamento. Essenziale è un'opzione a carico dell'utilizzatore che consiste nella possibilità di acquistare il bene alla scadenza del contratto e per un prezzo finale stabilito.

La disciplina giudiziaria ha distinto diverse categorie di leasing. La prima distinzione si ha fra:

- o 1. perativo, dove il locatore è lo stesso produttore del bene e quindi si ha un contratto bilaterale;
- f 2. unzionale, in cui locatore e produttore non coincidono e quindi si ha un contratto trilaterale.

La seconda distinzione è fra:

- I 1. easing di *godimento*, dove è prevalente l'interesse dell'utilizzatore ad usare il bene per un certo periodo senza acquistarlo alla scadenza;
- I 2. easing *traslativo*, dove è prevalente l'interesse ad acquisire la proprietà del bene.

Tale distinzione è importante perché la cassazione ha definito che al primo caso si possa applicare in via analogia l'art 1458 mentre nel secondo caso l'art 1526, avvicinando il primo caso alla disciplina della locazione ed il secondo a quello della vendita regolando così diversamente il caso di inadempimento e gli effetti della risoluzione del contratto.

Diverso è il contratto di *lease back* che ha carattere bilaterale fra proprietario di un bene ed una finanziaria che a questa lo aliena lasciandolo però in godimento alienante contro il pagamento di un canone periodico fissato e con la facoltà del concessionario di riacquistare il la proprietà, di prorogare il godimento, oppure di consegnare definitivamente il bene al concedente.

L'appalto.

Questo è il contratto con il quale un *committente* affida un appaltatore il compimento di un'*opera*

o lo *svolgimento di un servizio* verso un corrispettivo in danaro.

Questi si distinguono in pubblici e privato a seconda del committente. Gli appalti pubblici hanno dei criteri differenti per la scelta dell'appaltatore. In quelli privati è invece libera la negoziazione tra le parti e non soggiace ad alcuna disciplina vincolistica in ordine aggiudicazione dell'appalto.

La differenza con il contratto d'opera è che l'appaltatore si *assume tutto il rischio* ed è a suo carico organizzare *i mezzi necessari* per l'esecuzione del contratto. Da ciò si deduce che l'appaltatore deve per forza essere un *imprenditore*.

Si distingue dalla vendita anche perché questa ha per oggetto un *dare*, mentre l'appalto ha per oggetto un *facere*.

La distinzione delicata è con la vendita *di cosa futura*. Qui ciò che fa la differenza è se il produttore produce un oggetto in conformità ad un modello di sua fabbricazione (vendita di cosa futura) o se la produzione risulta un *quid novi* rispetto alla normale serie produttiva. La differenza è importante non solo per mera classificazione ma per la disciplina a cui sono assoggettate.

L'oggetto dell'appalto deve essere *determinato* o *determinabile*. Normalmente questo è precisato da un *progetto* che l'appaltatore ha anche il diritto di cambiare per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte.

Il corrispettivo può essere stabilito a *forfet* o a *misura*. Se non è stato definito si avrà riguardo alle tariffe esistenti o sarà stabilito dal giudice.

Se si siano verificati imprevisti tali da far portare un aumento del prezzo pari al decimo le parti possono prevedere una revisione del prezzo che ecceda il decimo.

L'appaltatore ha diritto ad un ulteriore compenso se cause geologiche, idriche, o simili rendano *notevolmente* più onerosa lo svolgimento del lavoro.

Ultimati i lavori il committente ha diritto alla verifica dei lavori (*collaudo*). Se questo non procede entro breve tempo o non ne comunica il risultato, l'opera si considera accettata.

L'appaltatore è tenuto a garantire da eventuali vizi dell'opera. Questa non è dovuta se tali vizi sono stati accettati dal committente. Se invece non li ha accettati o se erano occulti devono essere denunciati entro 60 giorni.

Il committente ha diritto che i vizi vengano eliminati a spese dell'altra parte oppure può chiedere la riduzione del prezzo. Se tali vizi rendano inadatta l'opera alla sua funzione anche in parte, il committente può chiedere la risoluzione del contratto. Tale azione si prescrive in 2 anni mentre l'eccezione non si prescrive.

Se l'opera vada in rovina per vizi del suolo o dell'appaltatore la garanzia di questo dura solo 10 anni da compimento dell'opera purché sia fatta denuncia entro un anno dalla scoperta.

L'appaltatore può anche concludere subappalti con l'autorizzazione del committente.

Il contratto d'opera. La prestazione d'opera intellettuale.

Il contratto d'opera è il contratto con il quale una persona si obbliga a compiere un'opera od un servizio con *lavoro prettamente proprio e senza vincolo di subordinazione*. Le caratteristiche sono quindi la *personalità del lavoro* e l'assenza di *subordinazione*. La prima di queste caratteristiche è ciò che distingue tale contratto con l'appalto.

Tale contratto si distingue anche dalla vendita proprio perché qui l'oggetto è un *facere*. Distinzione che si fa più sottile quando la materia sia mezza a disposizione dal prestatore d'opera, ma che è

risolta dal codice affermando che si tratta di tale contratto tutte le volte che le parti non danno particolare importanza alla materia stessa. In caso contrario, ovvero la materia abbia più valore dell'opera, si tratta di vendita.

L'opera deve essere eseguita a regola d'arte e se il prestatore non si attiene a tale criterio il committente può assegnarli un termine per adeguarsi, decorso il quale il committente può recedere dal contratto.

La responsabilità per vizi dell'opera sono le stesse previste dalla disciplina dell'appalto, ma con la differenza dei termini entro cui i vizi devono essere denunciati(8 giorni contro i 60) e di quello per l'esperimento dell'azione(1 anno contro 2 anni).

L'*accettazione* libera il prestatore dai vizi riconoscibili o per le difformità. Non è liberalo per quelli occulti o dolosamente occulti.

Il corrispettivo se non è determinato dalle parti o stabilito dalle tariffe può essere determinato dal giudice.

Il committente può recedere dal contratto anche se l'opera sia già iniziata indennizzando il prestatore per il lavoro, per le spese e per il mancato guadagno. Se l'opera diventa impossibile per causa non imputabile a nessuna delle parti il prestatore ha diritto ugualmente ad un equo compenso.

Le professioni intellettuali non sono definite dal codice, sebbene si presupponga siano quelle che necessitano di determinate conoscenze. Queste si distinguono in quelle per il cui esercizio è necessaria l'iscrizione in determinati albi, e quelle che possono essere svolte liberamente da chiunque.

Se il soggetto non è iscritto all'albo, e ciò è necessario per lo svolgimento dell'attività, questo non ha il diritto all'azione per il pagamento del prezzo.

Per tutte le professioni valgono i seguenti presupposti:

- c 1. he sia predominante l'attività personale;
- c 2. he il compenso sia parametrato all'opera professionale svolta;
- c 3. he il professionista sia alleggerito dalla responsabilità nel caso in cui la prestazione sia di particolare difficoltà a meno che questo non versi in dolo o colpa grave;
- d 4. all'esonero dallo statuto dell'imprenditore.

La subfornitura.

È regolata dalla legge n 192/1998 e non disciplina una forma specifica di contratto ma tutela il fenomeno della *cooperazione tra imprese derivante dal c.d. decentramento produttivo*, ossia l'affidamento ad imprese minori della costituzione di parti del prodotto da parte di imprese maggiori. Quindi ciò che si viene ad inquadrare è un rapporto autonomo tra imprese.

Tale legge non regola pienamente tale disciplina ma si occupa di fornire una tutela alle posizioni considerate più deboli in tali tipi di rapporti. Essa può avere ad oggetto un *facere*(e si inserirà nel tipo dell'appalto) od un *dare*(e si inserirà nel tipo della vendita).

La disciplina si concretizza:

- n 1. ell'obbligatorietà della forma scritta ad substantiam, per assicurare certezza nel rapporto.
- l 2. I committente non può dilazionare il pagamento per un tempo superiore ai 2 mesi;

è 3. vietato ogni abuso dello stato di *dipendenza economica*;

Il contratto di trasporto.

Questo come l'appalto rientra nella categoria della *locatio operis* ma si differisce da questo per il contenuto della prestazione. Questo è infatti il contratto tramite il quale un parte si obbliga verso corrispettivo a trasferire persone o cose da un luogo all'altro.

Dal punto di vista dell'oggetto si distingue il trasporto di persone da quello di cose.

Abbiamo anche diverse tipologie di trasporto ovvero: terrestre(regolato dal codice), per acqua e per aria(regolato dal codice della navigazione).

Per evitare abusi sono a carico delle imprese di trasporti due obblighi:

- c 1. ontrarre con chiunque ne faccia richiesta;
- o 2. sservare la parità di trattamento fra i contraenti;

La differenza fra *trasporto di cose* e *trasporto di persone* è che nel primo vi è l'obbligo di custodia su quelle, mentre nel trasposto di persone, per ovvi motivi, non vi è, anzi i trasportati devono collaborare per condurre a buon fine il viaggio. Il vettore non ha obbligo di custodia nemmeno sulle cose che il passeggero porta con se.

Il trasportatore non ha solo l'obbligo di trasportare la persona ma anche quella di assicurarne l'incolumità. Da ciò deriva che la responsabilità del vettore per sinistri che colpiscono la persone o le sue cose ha carattere contrattuale. Non spetta quindi al passeggero provare la colpa del vettore ma a questo che anzi è tenuto a dimostrare pure che (nel caso di trasporto di persone) ha adottato tutte le cautele idonee ad evitare il danno.

Il viaggiatore deve dimostrare solo il contratto, il danno e il nesso fra questi due.

Sono nulle le clausole che esonerano il vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore a meno che non siano di lieve entità. Tale norma subisce deroga per il trasporto aereo, imponendo l'assicurazione dei viaggiatori.

Tutti i principi enunciati si ammettono anche per il trasporto a titolo gratuito.

Più discusso è se tali principi si applichino anche a quello a titolo di cortesia o amichevole. In tali tipi di trasporto manca infatti qualsiasi tipo di obbligo giuridico dovuto alla mancanza di un contratto. Da ciò discende che (mentre per il codice navale il vettore incorre in responsabilità solo per dolo o colpa grave) il vettore risponde in ogni caso del danno extracontrattuale, e per di più non secondo l'art 2043 ma secondo quello riguardante la circolazione dei veicoli all'art 2054.

Per il trasporto di cose, chi affida i beni al vettore si chiama *mittente*. Il contratto con il quale le cose dopo il trasporto devono essere consegnate a *persona diversa dal mittente*(destinatario) è un *contratto a favore di terzi*. La prova del contratto è fornita da un documento che si chiama *lettera di vettura* che di solito è compilata dal mittente e lasciata al vettore.

Nel trasporto di cose si ha un diverso tipo di responsabilità(detta *ex recepto*) che consiste nel fatto che il vettore ha l'onere di fornire la prova *positiva*(e non semplicemente negativa come nei casi in cui si voglia dimostrare che il danno non è derivante da responsabilità del debitore) che il danno è stato compiuto da causa estranea al vettore.

Contratti di cooperazione nell'altrui attività giuridica.

Il mandato.

Esso è il contratto con il quale una persona (mandatario) si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto (nell'interesse) di un'altra persona. Si distingue dai contratti dagli altri contratti di *locatio operis* per la natura dell'attività giuridica che forma oggetto dell'obbligazione del mandatario.

Il mandato può essere con o senza rappresentanza. La differenza è la stessa che vi è fra rappresentazione diretta e indiretta (non viene speso il nome del mandante, gli atti compiuti non hanno efficacia diretta sulla sua sfera giuridica, è necessario un altro negozio per trasferirli). Ovvio è la differenza tra la *procura* e il *mandato* (che gestisce solo i rapporti interni tra mandante e mandatario).

Se non vi è rappresentanza, il mandatario ha l'obbligo, in virtù del mandato, di trasferire gli obblighi assunti alla persona del mandante. Nel caso in cui oggetto di tale mandato sia l'acquisto di beni, occorre approfondire alcuni aspetti:

- p 1. per l'acquisto di beni immobili, questi vengono acquistati dal mandatario che poi ha l'obbligo di trasferirli al mandante. Se si rifiuta di adempiere si rispetta la disciplina prevista per l'inadempimento del contratto preliminare di vendita (ovvero la sentenza costitutiva). In questo caso il mandato deve avere forma scritta ad substantiam.
- P 2. per i beni mobili è attribuita la possibilità al mandante di esercitare un'azione di *rivendicazione*. Ciò vuol dire che si ammette che il mandante, nel caso di beni mobili, acquisti immediatamente la proprietà di questi già tramite l'acquisto del mandatario.

Ciò quindi dimostra che nel caso di acquisto di beni immobili è attribuito al mandante solo un *credito* nei confronti del mandatario.

Ulteriore temperamento della regola secondo cui nel mandato senza rappresentanza l'acquisto si verifica in testa al mandatario è quella secondo cui questo può opporre ai creditori che vogliono soddisfarsi sui beni acquistati per interesse del mandante, il mandato, sempre che questo abbia data certa anteriore rispetto al pignoramento.

Per quando riguarda i crediti nascenti dal rapporto di mandato, è dato al mandante la possibilità di esercitare un'azione surrogatoria di questi crediti proprio come quella che è data ai creditori nell'esercizio dei crediti del debitore, ma con la differenza che questa è data anche qualora questo non li stia trascurando. La giurisprudenza ha sottolineato che tale disciplina è applicabile solo relativamente ai crediti acquisiti in proprio nome e quindi è precluso l'esercizio di ulteriori azioni derivanti dal contratto.

Riguardo gli obblighi verso i terzi, dato che potrebbe essere rilevante per il creditore che avere come debitore, questi non può sottrarsi agli obblighi contratti con i terzi nell'esercizio del mandato senza il consenso del terzo sebbene il mandante abbia l'obbligo di tenerlo indenne da qualsiasi tipo di esborso.

Si dice *collettivo* il mandato in cui più mandanti si affidino all'unico mandatario. Per la revoca è necessario il consenso di tutti i mandanti. Si dice *congiuntivo* il mandato in cui un mandante si affidi a più mandatari per lo stesso interesse.

Il mandato si presume oneroso.

Il mandatario è obbligato a usare la diligenza del buon padre di famiglia, a tenere informato il mandante, a custodirne le cose, a rendere il conto e a rimettere tutto ciò che abbia ricevuto a causa del mandato.

Il mandante deve dare i mezzi necessari per l'esecuzione e risarcirgli i danni.

Il mandato è fondato sull'intuitus personae.

L'estinzione può aversi per *revoca* o per *rinuncia*.

La revoca può aversi a propria discrezione e può essere tacita come espressa. Può aversi solo per grave motivo ove il mandato fosse nell'interesse del mandatario o di terzi.

La revoca prima del compimento dell'opera è consentita come abbiamo detto ma obbliga il mandante a risarcire il mandatario, salvo la giusta causa. Se il mandato era a tempo indeterminato la revoca non produce il risarcimento del danno se data con congruo preavviso.

Anche la rinuncia porta il risarcimento danni se non fatta per giusta causa o in caso di mandato a tempo indeterminato fatta senza congruo preavviso.

La commissione.

È un mandato senza rappresentanza che ha come oggetto la vendita o l'acquisto di beni nell'interesse di una parte (committente) e a nome dell'altra parte (commissionario). A tale si applicano le regole generali del mandato senza rappresentanza, salvo le disposizioni speciali per tale istituto stabilite.

Il compenso prende il nome di *provvigione*. Il commissionario ha diritto ad una maggiore provvigione nel caso in cui scelga di assumersi il rischio nel caso in cui l'altra parte sia inadempiente (star nel credere).

Il tale occasione è ammesso il contratto con se stessi (*entrata del commissionario nel contratto*) che si ha quando, solo relativamente a titoli o beni il cui prezzo sia oggettivamente stabilito, e se ciò non è diversamente stabilito nel contratto, il commissario può fornire od acquistare al prezzo suddetto le cose che deve acquistare o vendere.

Il contratto di spedizione.

Anche questo è un mandato senza rappresentanza e si distingue dalla commissione per l'oggetto, ovvero l'obbligo di una parte di concludere, in nome proprio e nell'interesse del mandante, un contratto di trasporto e provvedere alle altre operazioni accessorie.

Ovviamente lo spedizioniere è diverso dal *vettore*. Anche qui può verificarsi l'*entrata dello spedizioniere nel contratto*.

Obblighi dello spedizioniere sono atenersi alle istruzioni del mandante e, in mancanza, agire nel migliore interesse di questo.

Il contratto di agenzia.

Con tale contratto un imprenditore detto *proponente* affida ad un *agente* l'incarico di promuovere nell'ambito di una zona territoriale assegnatagli la stipulazione di contratti con i terzi. Quindi di

regola l'agente non stringe direttamente i contratti ma ha il compito di raccogliere gli ordini di una data zona e comunicarli al proponente che sarà libero o meno di accettare.

L'opera prestata deve essere retribuita e tale retribuzione di solito consiste in una *provvigione* sugli affari conclusi tramite il suo tramite. La provvigione può essere restituita solo se il contratto concluso tramite l'agente non sarà concluso per causa non dipendente dal proponente. È nullo qualsiasi patto più sfavorevole all'agente.

È vietato lo "*star nel credere*" o qualsiasi altra che ponga a carico dell'agente una responsabilità per l'inadempimento del terzo contraente. È possibile che le parti "volta per volta" possano stabilire che l'agente debba una particolare garanzia ma che tale non deve mai essere superiore alla provvigione.

L'agente è considerato un imprenditore in quanto sopporta il rischio della propria attività e anche le spese della propria organizzazione.

In tale contratto vale il principio *dell'esclusiva reciproca* ovvero l'agente non può operare per imprese concorrenti e il proponente non può assegnare nella stessa zona altri agenti. Si ritiene comunque che tale principio sia derogabile. La violazione di questo porta responsabilità contrattuale.

Gli obblighi dell'agente sono il dover operare secondo lealtà e buona fede, in conformità delle istruzioni ricevute e deve informare di tutto il proponente. Quelli del proponente sono l'agire con lealtà e buona fede, mettere a disposizione dell'agente la documentazione relativa a prodotti o servizi trattati, ecc ecc (art 1748).

Il contratto può essere a tempo indeterminato o determinato. Alla fine del rapporto all'agente può spettare una *indennità*, giustificata dai nuovi clienti che questo ha portato all'agenzia. L'indennità non spetta a questo per risoluzione del contratto per suo inadempimento, o suo recesso, o trasferimento ad un terzo dei suoi obblighi e diritti derivanti dal contratto.

Un patto di non concorrenza per il periodo in cui l'agente finisce il lavoro non deve essere maggiore di due anni e deve prevedere la stessa merce, clientela e luogo di cui si occupava l'agente.

La differenza con altre figure si ha:

- c 1. on la mediazione, perché l'agente non è esterno alle parti e ha un rapporto stabile con il proponente;
- d 2. al lavoratore subordinato perché gode di autonomia e non è soggetto agli ordini del proponente;
- d 3. al mandatario perché non stipula contratti ma ne fornisce la stipulazione;

Il contratto di affiliazione commerciale (franchising).

Con tale contratto si acquista il privilegio di vendere i beni di un determinato produttore utilizzando il suo marchio ed esponendo la sua insegna.

Si può avere anche affiliazione <<di servizi>> e <<industriale>>. In questi casi l'affiliato produce direttamente il prodotto destinato al consumatore.

La legge mira ad introdurre numerose tutele a favore degli affiliati. Prima di tutto il contratto deve avere la forma scritta e deve indicare: spese e investimenti iniziali, modalità di calcolo dei compensi spettanti all'affiliante, modalità di recesso o risoluzione e modalità di rinnovo del contratto.

È imposto anche un dovere di trasparenza fra affiliante ed affiliato .

L'affiliato non può trasferire la sede dell'impresa se non per causa di forza maggiore.

La mediazione.

Simile al contratto di agenzia, la differenza è che il mediatore è esterno ad entrambe le parti che vengono messe in relazione per provocare o agevolare la conclusione di un affare.

Oggi è necessaria l'iscrizione al "ruolo" per svolgere il compito di mediatore. Se non iscritto non ha diritto di chiedere la provvigione.

Egli ha diritto alla provvigione da entrambe le parti, anche se abbia agito per incarico di una sola poiché ciò non preclude la sua terzerietà. Questa comunque gli spetta solo se l'affare è concluso per il suo intervento.

Il mediatore è libero di adoperarsi o meno per la stipulazione dell'affare, ma se accetta deve portare a termine il suo incarico. Inoltre se il mediatore non ha reso noto il nome di una parte all'altra, risponde in proprio dell'esecuzione del contratto.

Quando il mediatore agisce nell'interesse esclusivo di una delle due parti, ha diritto al rimborso delle spese anche se l'affare non viene poi concluso.

Le <<vendite piramidali>>.

Il rapporto tra imprenditore e soggetto incaricato della vendita può essere di qualsiasi tipo anche quindi con un agente, con un lavoratore autonomo o con un lavoratore subordinato.

Vieta però espressamente quei tipi di vendita in cui:

- s 1. in imposto all'incaricato della vendita di comprare per se una parte della merce con la speranza di rivenderla;
- l 2. a creazione di strutture di vendita in cui l'incentivo economico primario dei componenti è sia quello di reclutare nuovi soggetti piuttosto che dalla singola capacità di vendere.

Tali norme tutelano i reclutati.

A tutela dei consumatori, il codice del consumo reputa ingannevole la condotta di chi richieda un contributo a fronte della possibilità di ricevere un corrispettivo qualora egli favorisse l'entrata di altri consumatori nel sistema.

I principali contratti reali.

Il deposito regolare.

È il contratto con il quale un parte(depositario) riceve dall'altra(depositante) un bene mobile con l'obbligo di custodirlo e restituirlo in natura.

L'obbligo di custodia nasce con la consegna della cosa: tale è infatti un contratto reale. Il depositario non ne acquista né il possesso né la proprietà. Egli ne ha solo la *detenzione* e quindi non può servirsi della cosa che ha in deposito.

Il deposito si presume gratuito, infatti, spesso il deposito sorge come prestazione accessoria ad una avente carattere principale. Il depositario deve usare nella custodia l'ordinaria diligenza ed è esonerato dall'obbligo di consegna se la cosa gli è stata sottratta per fatto a lui non imputabile. Per il deposito gratuito sono previsti profili di responsabilità più lievi.

Se non è convenuto un termine per la consegna della cosa, il depositante può chiedere in qualsiasi

momento la restituzione della cosa e il depositario può in qualsiasi momento consegnarla e liberarsi dall'obbligo di custodia.

Dal contratto nasce l'obbligo di restituire a chi abbia consegnato la cosa, quindi il depositario non può pretendere che il depositante ne provi di essere proprietario. Se viene citato in giudizio da un terzo che vanta la proprietà della cosa, il depositario deve denunciare la lite al depositante. Se conosce che la cosa depositata presso di se è stata oggetto di furto deve denunciare il suo deposito.

Per completare la disciplina occorre parlare del deposito in albergo(o in stabilimenti e locali assimilati).

- P • er le cose che vengono consegnate personalmente *durante il tempo del soggiorno*, all'albergatore o che questi ha rifiutato ma aveva l'obbligo di accettare, la responsabilità di questo è illimitata.(art 1783)
- P • er le cose che si trovino in albergo al tempo del soggiorno; o di cui l'albergatore(o membro della famiglia o suo ausiliario) ha assunto la custodia fuori dall'albergo; o di cui l'albergatore(o membro della famiglia o suo ausiliario) prende in custodia *fuori o dentro l'albergo in periodo di tempo precedente o successivo il soggiorno*: la responsabilità è limitata al valore di 100 volte il prezzo di locazione dell'alloggio per giornata.(art 1784)

sono nulli i patti di limitazione preventiva della responsabilità dell'albergatore(art 1785 quater).

Il deposito irregolare.

Tale è il deposito di cose fungibili. In tal caso la proprietà passa al depositario che può servirsene e che ha l'obbligo di restituire nella stessa quantità e genere. Non ha quindi l'obbligo di custodia della res perché tale obbligo sarebbe superfluo.

Tale rapporto è regolato dalle norme sul mutuo in quanto applicabili.

Il deposito nei magazzini generali.

I magazzini generali sono luoghi in cui i commercianti possono depositare le merci: l'impresa che li gestisce provvede, dietro compenso alla custodia e alla conservazione. Tali luoghi hanno la funzione di agevolare la circolazione dei beni, poiché su richiesta del depositante vengono rilasciate titoli che rappresentano le merci.

Tale merce può essere tenuta distinta oppure confusa ma in tal caso non viene mai perso il diritto di proprietà poiché si passa da un diritto univoco ad un *diritto di comunione* sulla quota spettante. Esso quindi è diverso dal deposito irregolare perché la proprietà non passa mai al depositante.

Il comodato.

È il contratto con il quale una parte(*comodante*) consegna all'altra(*comodatario*) una cosa mobile o immobile affinché se ne serva *per un tempo ed uso determinato* con l'obbligo di restituire la cosa ricevuta, ma senza essere tenuta a pagare alcun corrispettivo.

Esso viene designato come *prestito d'uso* al contrario del mutuo che viene definito *prestito di consumo*. Altra differenza con il mutuo è che questo può essere anche oneroso e si stabilisce su cose *consumabili*, mentre oggetto del comodato possono essere solo le cose *inconsumabili*. Vi è un caso particolare di comodato di cose consumabili, ed il comodato *ad pompam* o *ad ostentationem* che si ha nel caso in cui la cosa consumabile si ostenti solamente ma non si consumi.

Con il deposito la differenza sta nel fatto che il depositario non può usare della cosa.

Il comodato è gratuito perché se tale carattere venisse meno si ricadrebbe in una locazione. Tale requisito non viene meno se sono poste a carico del comodatario prestazioni accessorie che rimangano nell'ambito di mere prestazioni modali.

Si dice che tale istituto sia un contratto *bilaterale imperfetto* poiché pone obbligazioni solo a carico del comodatario, ovvero quella di restituire la cosa.

Altra caratteristica è la temporaneità ovvero esso deve essere sottoposto a un termine finale. Se questo non è stabilito il comodato si dice *precario* perché può essere interrotto non appena il comodante lo richiede.

Per il comodato della casa coniugale e la crisi della coppia si rimanda a pag 762 torrente oppure alla sentenza :Cass. Sez. Un. 21 luglio 2004 n 13603, che sostanzialmente ha dichiarato che la casa deve essere lasciata in comodato sicché i da raggiungere lo scopo previsto dal contratto, salva la possibilità di richiedere la restituzione per un sopravvenuto ed improvviso impegno.

Il mutuo.

È il contratto con il quale una parte(*mutuante*) consegna all'altra(*mutuatario*) una determinata quantità di denaro o altre cose *fungibili* e si obbliga a restituirle tante cose della stessa specie e quantità.

La differenza con il comodato è stata già esposta.

Differenza più implicita si avrebbe con il deposito irregolare dato che la proprietà passa in entrambi i casi, ma con la differenza sostanziale della funzione di custodia che ha il depositante(anche se questa parola è impropriamente usata). La somiglianza è così stretta che si usa la stessa disciplina del mutuo.

Dal quasi-usufrutto distingue solo per *la natura del diritto*. Questo infatti è *consensuale* mentre nel mutuo è *reale*.

Il mutuo si considera oneroso. Esso si definisce anche *feneratizio*(ovvero con un tasso di interesse). Se questo non è definito si presume essere quello *legale*. Se ne è pattuito uno convenzionale deve essere definito per iscritto. Nel caso in cui sono dovuti tassi di interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi.

Altro elemento determinante è il *termine* il quale si presume stipulato a favore di entrambe le parti. Dal T.U.B. è stata anche definita la *portabilità del mutuo* ovvero la possibilità nel mutuatario di rivolgersi ad altri istituti che offrano condizioni migliori. Mediante la surrogazione del nuovo mutuante a quello originario.

Se il mutuo è gratuito tale termine è a favore del mutuatario. Se il termine non è stato stabilito, o si stabilisce che il mutuatario paghi solo quando potrà, tale è definito dal giudice.

Se il mutuatario non paga anche solo una rata del mutuo, il mutuante può chiedere immediatamente la restituzione dell'intero. Se non paga gli interessi, può essere richiesta la risoluzione del contratto e l'immediata restituzione del capitale.

La *promessa di mutuo* è regolata dalla legge ed importa un obbligo del promittente ad erogare il mutuo promesso a meno che le condizioni del mutuatario siano compromesse tali da non poter promettere la restituzione o questo non offra idonea garanzia.

[contratti bancari non presenti in quanto si presume siano nel programma di diritto commerciale]

I CONTRATTI ALEATORI.

La rendita.

La nozione di rendita.

Con l'espressione rendita si intende qualsiasi prestazione periodica avente ad oggetto denaro o altra quantità di cose fungibili.

I due tipi più importanti di rendita sono quella *perpetua* e quella *vitalizia*.

La rendita perpetua.

Con tale contratto una parte conferisce all'altra il diritto di esigere in perpetuo una prestazione come corrispettivo dell'alienazione di un immobile o della cessazione di un capitale (si applicano le regole vendita), oppure quale *onere* dell'alienazione gratuita di un immobile o della cessazione gratuita di un capitale (si applicano le regole della donazione).

Se è stato ceduto un immobile si dice *fondiarria*, se è stato ceduto un capitale si dice *semplice*.

Il debitore può togliersi dall'obbligazione tramite il *riscatto* ovvero una dichiarazione unilaterale di volontà accompagnata dalla capitalizzazione della rendita annua sulla base dell'interesse legale. Tale riscatto può essere forzoso se il debitore è in mora e non ha dato le idonee garanzie oppure se per effetto di alienazioni o divisioni, il fondo che garantisce la rendita è diviso fra tre o più persone.

Le norme sul riscatto si applicano a tutte le prestazioni perpetue costituite a qualsiasi titolo anche con atto di ultima volontà.

La rendita vitalizia.

Essa è l'obbligazione di corrispondere una rendita finché dura la vita di una delle parti, che può essere sia il beneficiario della rendita sia un terzo.

A differenza della rendita perpetua qui il carattere essenziale è l'aleatorietà di tale contratto. Nessuno può, infatti, sapere per quanti anni si sarà tenuto a corrispondere la rendita e verso chi sarà più vantaggioso tale contratto. Se l'alea manca, il contratto è nullo.

Tale contratto può essere disposto sia a favore di un terzo. Esso può costituirsi anche tramite testamento.

La rendita non è risolubile per inadempimento, se non viene pagato il vitalizio possono essere sequestrati i beni del debitore e la rendita verrà costituita con questi.

Il contratto non può risolversi nemmeno per onerosità sopravvenuta.

b) Le Assicurazioni

Il contratto e l'impresa di assicurazioni.

È il contratto con il quale una parte (assicuratore), verso il pagamento di una somma (detta *premio*), si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti,

- del danno ad esso prodotto da un sinistro(*assicurazione contro danni*),
- oppure a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana(*assicurazione sulla vita*)
- oppure a risarcire a terzi il danno che dovrebbe essere risarcito dall'assicurato(*assicurazione contro responsabilità civile*);

Causa del contratto è il trasferimento di un'alea economica. Il rischio viene infatti trasferito all'assicuratore dall'assicurato che può farvi fronte in base ai premi incassati da altri assicurati e dal calcolo delle probabilità.

Il rischio anche qui è parte essenziale del contratto:

- se manca il contratto è nullo;
- se cessa il contratto si scioglie;
- se è conosciuto in modo inesatto il contratto può essere annullabile, risolubile o rettificato.

Tale tipo di contratto rappresenta una forma di previdenza per l'assicurato e un'attività economica per l'assicuratore. Per questo motivo non è concesso a chiunque di poter fare l'assicuratore. Ecco può essere esercitato solo da un'istituto di diritto pubblico, una società per azioni o una mutua assicuratrice nel rispetto di determinate norme.

La conclusione del contratto.

Il contratto richiede la forma scritta *ad probationem*. L'assicuratore deve rilasciare una polizza che può essere all'ordine o al portato. A tale si applicano le regole generali del contratto, nonché se l'assicurato sia un consumatore quelle previste dal codice di consumo.

Il rischio, essendo elemento essenziale, deve poter essere apprezzato dall'assicuratore. Per questo motivo questo è protetto contro inesattezze o reticenze dell'assicurato secondo le regole normali dettate per errore o dolo. Per evitare che ogni minima inesattezza dia vita alla risoluzione del contratto, si è stabilito che le risposte inesatte o reticenti dell'assicurato danno vita ad annullabilità solo in ipotesi di dolo o colpa grave. Negli altri casi l'assicuratore può recedere dal contratto e l'indennità, se in tal periodo si verifichi l'evento, può essere ridotta proporzionalmente.

Per evitare che l'assicuratore a conoscenza di possibili vizi li comunichi solo quando si verifichi l'evento e continui ad incassarne i premi, sono stati previsti brevi tempi di decadenza sia per proporre l'annullamento che il recesso.

Tutti questi principi possono essere derogati solo con clausole più favorevoli all'assicurato.

L'ultima disciplina sulle assicurazioni ha previsto che l'assicuratore possa proporre un contratto di durata poliennale a fronte di una riduzione dei premi, anziché annuale, ed in tal caso l'assicurato può recedere dopo il decorso di 5 anni.

L'assicurazione contro danni.

In tale tipo di assicurazione vige il *principio indennitario* ovvero che l'indennizzo non può mai superare il danno effettivamente subito. L'assicurazione ha funzione previdenziale e non può quindi essere fonte di arricchimento. L'assicuratore può esercitare le azioni che spettano al proprio danneggiato nei confronti del danneggiante.

È previsto anche che debba sussistere un interesse dell'assicurato al risarcimento del danno. Non può ad esempio essere costituito tale contratto di assicurazione sul bene di un terzo verso il quale non vi sia alcun interesse.

È stato previsto che non possono costituirsi assicurazioni di tale tipo per pagare il riscatto di persone sequestrate o evitare sanzioni della pubblica amministrazione.

L'assicurazione della responsabilità civile. Le assicurazioni obbligatorie.

È l'assicurazione che si stipula per il danno che potrebbe arrecarsi al terzo in dipendenza della responsabilità dedotta dal contratto. È escluso che vi possa essere indennizzo nel caso il danno derivi da atto doloso. È obbligatorio impostare un *massimale* del danno che può essere indennizzato.

Tale tipo di assicurazione è sempre più diffuso tanto che il legislatore ne ha imposto l'obbligo per alcune categorie di lavoratori e per la circolazione delle automobili.

In tal caso è data azione diretta contro l'assicurazione del danneggiante anche se di solito prima ci si riferisce al danneggiato che può scegliere di avvalersi o meno dell'assicurazione.

L'assicurazione sulla vita.

In tal caso la prestazione dell'assicuratore dipende dalla durata della vita umana.

Le tipologie sono varie, possono infatti basarsi sulla morte di una data persona, sulla vita (al raggiungimento di una data età) oppure su entrambe (e sono dette *miste*).

L'assicurazione può essere anche contratta sulla vita di un terzo. In tal caso è necessario il suo consenso.

Anche il beneficiario può essere un terzo. Tale nomina può avvenire, oltre che con atto tra vivi, anche con testamento e deve essere revocato con lo stesso atto.

Particolarità si hanno nel caso delle successioni, poiché se un'assicurazione è fatta a favore di un terzo al tempo in cui il defunto viveva, si crea un credito fra assicurazione e terzo, per ciò gli eredi o altri aventi causa nessuna azione possono esercitare sul premio assicurativo ma possono far valere le proprie pretese al massimo sui premi pagati.

La riassicurazione.

Fenomeno abbastanza frequente e che assicurazioni più piccole assicurino la propria attività ad assicurazioni più grandi. In tal caso non si ha cessione del contratto poiché nessun rapporto su è creato fra assicurato e riassicuratore.

c) Giuoco e scommessa.

Natura.

Esso rappresenta il negozio aleatorio per eccellenza e, al contrario delle assicurazioni, non hanno carattere previdenziale ma di lucro per entrambe le parti.

Se il gioco è illecito nessun diritto sorge a favore del vincitore e se ha ricevuto la vincita è tenuto a restituirla. Se è lecito, il vincitore non ha azione per ricevere la vincita (si ha un'obbligazione naturale) e il debitore non può ripetere il pagamento effettuato.

I CONTRATTI DIRETTI A COSTITUIRE UNA GARANZIA

La fideiussione. Il mandato di credito. Le <<lettere di patronage>>.

La fideiussione è un contratto che costituisce un *contratto di garanzia personale* a favore di un terzo. Il fideiussore si obbliga personalmente verso il creditore e garantisce l'adempimento di un

obbligazione altrui.

La garanzia è *personale*, perché il creditore non si rifà su beni determinati ma su tutti quelli del patrimonio del fideiussore. Peraltro il creditore non ha diritto di seguito sui beni che il fideiussore alieni.

Il rapporto di fideiussione si stringe fra fideiussore e creditore nonostante vi possa essere un'intesa fra debitore e fideiussore che non ha alcuna rilevanza giuridica poiché il contratto è *bilaterale* fra creditore e fideiussore. In più il contratto si perfeziona senza bisogno di accettazione da parte del creditore perché tale contratto comporta obbligazioni nei confronti di una sola parte.

La fideiussione ha natura *accessoria*, quindi viene meno se viene l'obbligazione principale. Da ciò discende anche che il fideiussore non può essere obbligato per più del debito o a condizioni più onerose. La fideiussione è valida però, in deroga a quanto detto prima, se l'obbligazione è stata contratta da un incapace. In tal caso il fideiussore ha regresso nei confronti del debitore sono entro i limiti che tale obbligazione sia stata devoluta a suo vantaggio. Il fideiussore può quindi opporre al creditore tutte le eccezioni che a questo potrebbe opporre il debitore tranne l'incapacità dello stesso.

Non si può contrarre fideiussione con comportamenti concludenti ma è richiesta come minimo la forma espressa.

Il fideiussore risponde in solido con il debitore. Si può concludere il patto che si ci riferisca al fideiussore previa escussione del debitore (*beneficium excussionis*). In caso di più fideiussori un altro patto è quello di divisione per cui il debito dovrà dividersi equamente fra questi (*beneficium divisionis*).

Il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato in tutte le azioni che il creditore aveva contro di questo, anche valersi di eventuali pegni o ipoteche. Se per fatto del creditore, la surrogazione è impossibile, la fideiussione si estingue.

Il fideiussore ha azione di regresso nei confronti del debitore anche se questo non fosse a conoscenza della fideiussione.

La fideiussione non si estingue con l'estinzione dell'obbligazione principale se entro 6 mesi il creditore abbia proposto le sue azioni contro il debitore e questi le abbia convalidate.

Il **mandato di credito** è il contratto con cui una persona si obblighi nei confronti di un'altra a far credito ad un terzo. Non ha niente a che fare con il mandato ma si inquadra nel principio della fideiussione.

La **lettera di patronage** consiste nella dichiarazione rilasciata da un soggetto nei confronti di una banca e concernente i rapporti fra il soggetto e una terza società che abbia o intenda avere rapporti finanziari con la banca destinataria del patronage.

Abbiamo dichiarazioni *deboli* di solo contenuto *informativo*, e dichiarazioni *forti* di contenuto *impegnativo*. Tali ultime sono giuridicamente vincolanti in quanto una lettera forte consiste nell'assunzione di un'obbligazione di *facere*, con la relativa disciplina in caso di inadempimento.

La fideiussione omnibus. La fideiussione per obbligazione futura.

Con tale espressione si intende l'impegno assunto da un soggetto nei confronti di una banca che si promette di garantire l'adempimento di tutti i debiti che un terzo avrà con quella banca stessa al momento della scadenza pattuita ovvero quando la banca deciderà di recedere dal contratto.

Se quindi il debitore non sarà in grado di saldare i propri debiti, la banca potrà riferirsi al

fideiussore omnibus. Con questa formula si evita di dover chiedere una nuova fideiussione per ogni nuova operazione posta in essere dall'obbligato principale.

Si erano prospettati dubbi perché si riteneva che tale contratto dovesse ritenersi nullo per mancanza dell'oggetto, in realtà la Cassazione ha stabilito che questo fosse determinabile *per relationem*. A tal proposito è stato stabilito che dovesse definirsi un massimo per i quali il fideiussore avrebbe potuto rispondere.

Con tale riforma, tale massimo è stato imposto anche alle lettere di *patronage*. È stato anche stabilito che tale fideiussione debba considerarsi nulla se il creditore, prima di erogare il credito, non abbia chiesto preventiva autorizzazione al fideiussore e pur sapendo che le condizioni del debitore erano tali da rendere più difficile il soddisfacimento del credito.

La c.d. garanzia a prima richiesta.

Tale garanzia autonoma o "a prima richiesta" è l'accordo fra *garante* (di solito una banca o un istituto di assicurazioni) e *garantito* (il committente di un appalto o un acquirente di una vendita) che si inserisce in una complessa operazione volta a rendere sicuro, ove se ne verificano i presupposti, l'incasso di una somma di denaro da parte del *garantito*, a semplice richiesta di quest'ultimo.

Difatti tale garante si impegna a versare tale somma al garantito appena questo gliene faccia richiesta e con l'accordo che tale garante rinunci ad opporgli tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporgli il debitore principale, mandante del garante. Caratteristica è quindi l'autonomia di tale rapporto, a differenza ad esempio della fideiussione che è un rapporto accessorio.

Il garante ove abbia versato la somma non può quindi surrogare nessuna azione del proprio mandante (o debitore dell'obbligazione principale). Sarà proprio quest'ultimo a dover poi agire nei confronti del beneficiario, o suo creditore, se ciò che era stato erogato dal garante non sarebbe stato dovuto.

Per evitare comunque gli abusi di tale istituto, il debitore può adire al giudice per chiedere la sospensione del pagamento del suo garante ove appunto tema che il beneficiario ne stia approfittando e sollevando l'*exceptio dolis generalis* ovvero la possibilità di sollevare sempre eccezioni basate sul comportamento di mala fede o solo dell'altra parte.

L'anticresi.

È il contratto con il quale un debitore o un terzo, si obbliga a consegnare un immobile a garanzia del credito affinché il creditore ne percepisca i frutti, a garanzia del credito, imputandoli agli interessi ed quindi al capitale.

La differenza con l'ipoteca sta nel fatto che qui si ha il passaggio del possesso del fondo dal debitore al creditore. L'ipoteca poi è un diritto reale, mentre l'anticresi (anche se soggetta a trascrizione e essendo in tal modo opponibile ai terzi) non dà luogo a tal diritto.

Anche a questa si estende il divieto di patto commissorio. Richiede la forma scritta ad substantiam.

I contratti diretti a dirimere una controversia.

La transazione.

Questo è il contratto con cui le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o ne prevengono una che può sorgere fra di loro.

Fondamentale è quindi in tale istituto il reciproco sacrificio delle parti, si da pervenire ad una situazione non del tutto soddisfacente per entrambi. Ciascuna concessione deve essere valutata,

non in base alla situazione precedente, ma in relazione alle rispettive pretese.

Con tali reciproche concessioni le parti possono giungere pure a creare, modificare o estinguere, rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della controversia (transazione novativa). In questo caso il contratto non può risolversi per inadempimento salvo che sia stato disposto diversamente.

La transazione non può riguardare *diritti indisponibili*.

È nulla la transazione avente ad oggetto un contratto illecito. La transazione risultante da un contratto nullo è annullabile solo per iniziativa della controparte che ignorava la causa di nullità.

Per la forma è richiesta la forma scritta *ad probationem* e se ha ad oggetto diritti su immobili quella scritta *ad substantiam*.

Di regola la transazione non può essere impugnata dalla parte che si convinca che avrebbe potuto vincere il processo, quindi non può essere impugnata invocando un errore di diritto relativo alle questioni oggetto di controversia.

Se, invece, consapevole di aver torto, e consapevole che da parte sua la lite sarebbe stata *temeraria*, si può fare in modo che l'altra parte chieda l'*annullamento* della transazione.

L'annullamento può essere chiesto anche quando era stata stipulata in base a documenti che poi sono risultati falsi, oppure si venga a conoscenza di documenti che prima non erano stati presi in considerazione.

Dalla natura della transazione si deduce che questa non può essere impugnata per lesione, perché per valutarla, occorrerebbe prima accertare la reale situazione giuridica tra le parti che è stato ciò che si è voluto evitare con essa.

La cessione dei beni ai creditori.

Per evitare una sentenza di esecuzione sui propri beni, il debitore può decidere che determinati beni o tutti i suoi beni siano consegnati ai creditori così da soddisfare i loro crediti.

La dottrina ritiene che tale sia un *mandato in rem propriam*.

In questo caso il debitore può esercitare il controllo sulla gestione di tali beni e ottenere l'eventuale residuo della liquidazione.

Tale contratto si ritiene fatto *pro solvendo*, ovvero il debitore è liberato dal suo credito dal momento in cui i creditori ricevono il corrispettivo dei suoi beni e limitatamente al valore di questi.

Il debitore può sempre recedere da tale contratto pagando il capitale e gli interessi del suo debito.

Ai creditori è concesso di chiedere l'annullamento ove si scoprono altri beni del debitore dal momento in cui questi aveva detto di aver messo a disposizione tutti i propri.

È richiesta la forma scritta *ad substantiam*.

[mancano i contratti agrari]

LE OBBLIGAZIONI NASCENTI DA ATTI UNILATERALI

Le promesse unilaterali

a) tipicità delle promesse unilaterali.

Nozione.

La *promessa unilaterale* è vincolante solo ove essa è inserita in un contratto ed a condizione che questo abbia una valida *causa*, ovvero, ove tenda a realizzare una pura liberalità, sia munita della *forma solenne* richiesta per le donazioni.

Resta quindi completamente irrilevante per il diritto una promessa unilaterale semplice, seppure sia sempre possibile l'adempimento spontaneo. Nel nostro ordinamento il principio è che una promessa unilaterale produce i suoi effetti solo nei casi previsti dalla legge. Quindi, nonostante l'autonomia privata, *le promesse unilaterali vincolanti non possono che essere tipiche.*

b) promesse di pagamento e ricognizione di debito.

Nozione e disciplina.

Dalla promessa unilaterale si distingue la *promessa di pagamento* perché con tale si intende manifestare la consapevolezza di dover adempiere un *debito* che si ritiene già esistente.

Ecco perché la disciplina di questa, dal codice, è accomunata a quella della *ricognizione di debito*.

Entrambe costituiscono *dichiarazioni unilaterali recettizie* aventi contenuto sfavorevole al loro autore e favorevole al destinatario. Tali non hanno l'effetto di far sorgere il debito se questo non sia già preesistente. L'art 1988 attribuisce a dette dichiarazioni rilevanza solo sul piano *processuale*, quindi colui che può vantare una tale promessa è dispensato dall'onere di fornire la prova della sussistenza di tale debito. Sarà l'autore, in caso, a dover dimostrare l'inesistenza del debito vantato.

Entrambe possono presentarsi:

- I forma *pura* ovvero la dichiarazione che ha come oggetto l'asseverazione di un debito, ovvero della sua esistenza, senza che però si faccia riferimento al titolo dal quale questo è prodotto.

In questo caso il debitore dovrà fornire la prova che non esiste nessun debito con il presunto creditore. Per alleggerire l'onere probatorio è stato imposto che il creditore debba allegare la *causa debendi* senza provarla, e sarà invece il debitore a dover dare tale prova negativa.

- In forma *titolata* che è la stessa di sopra accompagnata però anche dall'indicazione della relativa *causa debendi*.

Qui la prova che dovrà essere fornita deve ridursi solo al tipo menzionato nella dichiarazione.

Diverso è ancora il fatto in cui il debitore alleggi anche il *fatto costitutivo del credito*. Qui la promessa e la ricognizione risultano accompagnate dalla *confessione* del fatto costitutivo che potrà essere impugnata solo per *errore di fatto*.

c) promessa al pubblico.

Nozione e disciplina.

Promessa unilaterale vincolante è la Promessa al pubblico, ovvero la promessa fatta, rivolgendosi al pubblico, a chi si trovi in una determinata *situazione*, ovvero abbia compiuto una determinata *azione*.

Essa acquista effetto non appena resa pubblica.

La differenza con l'offerta al pubblico sta nel fatto che questa è una proposta di contratto e non ha efficacia se non è accettata, quindi è revocabile finché l'accettazione non sia giunta al proponente.

La promessa è invece vincolante di per se senza bisogno di qualsiasi accettazione. È revocabile solo *per giusta causa* e purché la revoca sia resa pubblica in forma equivalente alla promessa. Questa non può avere effetto se la situazione si è già verificata o l'azione è stata compiuta.

Se alla promessa non è apposto un termine, il vincolo cessa se *entri un anno dalla promessa* non sia pervenuto il compimento dell'azione previsto o la situazione.

d) Titoli di credito(solo nozione)

Nozione.

Essi sono costituiti da un documento contenente una *promessa di pagamento* o un *ordine di pagamento*. In tale categoria confluiscono i titoli di Stato, le obbligazioni emesse da società per azioni, le polizze di carico...

Nei titoli, il *documento* non costituisce solo una prova ma anzi, è addirittura necessario per far valere il diritto documentato dal titolo. Conseguentemente, può essere *legittimato* a pretendere il pagamento chi non sia titolare del diritto ma esibisca il documento. Infatti se il debitore adempie verso questo soggetto, egli è liberato dal proprio debito.

Tramite i titoli di credito, staccando il rapporto cartolare con il rapporto fondamentale, si rendono opponibili al terzo acquirente del titolo, le opposizioni personali che il debitore poteva far valere nei confronti del primo prenditore. Il titolo di credito è caratterizzato per l'autonomia del diritto che circola in esso incorporato.

Alla circolazione dei titoli di credito è pure possibile applicare le regole della circolazione sui beni immobili come ad esempio la regola possesso vale titolo.

Dal titolo di credito dobbiamo distinguere i *documenti di legittimazione* e i *titoli impropri* poiché per tali figure non si verifica l'incorporazione del diritto nel titolo poiché in caso di smarrimento del documento, in queste figure si potrà comunque pretendere la prestazione derivante dal diritto vantato.

[**manca il resto**]

[**manca CAM BIALE**]

[**manca ASSEGNO**]

LE OBBLIGAZIONI NASCENTI DALLA LEGGE

Premessa.

Fonti legali di obbligazione sono:

- I 1. a gestione di affari;
- I 2. a ripetizione di indebito;
- I 3. l'arricchimento senza causa;

La gestione di affari.

Sappiamo già che si ha gestione di affari quando un soggetto si intrometta scientemente negli affari di un altro soggetto che non sia in grado di provvedervi.

Tale gestione nasce dunque da un *facere* del gestore che si esplica nel compimento di atti giuridici o materiali obiettivamente utili all'interessato.

I presupposti sono che:

- v 1. i sia un impedimento dell'interessato nello svolgere tali atti;
- c 2. che il gestore sia consapevole di curare un interesse altrui;
- c 3. che l'intervento sia spontaneo;
- c 4. che vi sia una utilità iniziale della gestione.

Non si applica tale istituto quando l'interessato abbia manifestato la propria opposizione.

Dati tali presupposti, le obbligazioni che sorgono sono:

- i 1. in capo al gestore:
 - c ○ continuare la gestione finché l'obbligo non sarà completo o il dominus non possa intervenire;
 - I ○ le obbligazioni che gli deriverebbero da un mandato(diligenza....)
- i ● in capo al dominus:
 - l'obbligo di adempiere alle obbligazioni che il gestore ha intrapreso in suo nome;
 - l'obbligo di tenere indenne il gestore dalle obbligazioni contratte in nome proprio;
 - l'obbligo di rimborsare il gestore delle spese necessarie o utili affrontate per il dominus;

La legge richiede la capacità di agire del gestore.

La ripetizione di indebito.

Se taluno effettua l'adempimento di una prestazione non dovuta, senza che preesista un debito, chi l'ha compiuto ha il diritto alla *restituzione di tale prestazione*.

Si devono distinguere due diverse figure:

- L 1. 'indebito *oggettivo* che si ha quando viene effettuato un pagamento sebbene non esista alcun debito(qui rientra anche il caso in cui si paghi un debito a chi non ne era creditore).
- L 2. 'indebito *soggettivo* che si ha quando chi non è debitore, credendosi tale, paghi al creditore un debito che in realtà a questo è dovuto da altri.

Si ha l'indebito solo se colui che paga il debito altrui è caduto in errore scusabile altrimenti si deve ritenere che si sia nella fattispecie dell'adempimento di un terzo.

Se il pagamento è avvenuto per errore inescusabile, l'accipiens ha diritto di trattenere quanto ricevuto e il solvens potrà farsi rivalere contro il vero debitore.

In ogni caso se il creditore si è privato della garanzia, il solvens potrà farsi rivalere solo contro il vero debitore.

Non dà luogo a ripetizione l'adempimento di una obbligazione naturale. Parimenti non ha diritto a ripetizione chi, anche da parte sua, ha compiuto offesa al buon costume.

Si può dar luogo a ripetizione anche l'indebito che sia diventato tale anche solo successivamente per qualsiasi causa.

L'indebito comprende anche i frutti e gli interessi. Se chi li aveva ricevuti era in buona fede devono essere dati dalla domanda giudiziale. Se era in mala fede, dal momento del pagamento.

Se il pagamento è stato effettuato da un incapace, la ripetizione è consentita solo nei limiti in cui questo è stato devoluto a suo favore.

Dato che l'azione di ripetizione dell'indebito è un'azione personale, se chi ha ricevuto la cosa indebitamente la aliena a terzi, il solvens non può agire verso di questo per la restituzione della cosa. Potrà solo chiedergli il corrispettivo, se ancora dovuto, o se l'alienazione è avvenuta a titolo gratuito, un'indennità nei limiti dell'arricchimento ricevuto.

Ingiustificato arricchimento.

L'ordinamento giuridico non consente che una persona riceva un vantaggio dal danno arrecato ad un'altra senza che vi sia una causa che giustifichi lo spossamento patrimoniale da un soggetto ad un altro.

Il codice prevede una serie di ipotesi tipiche come il fatto che chi riceve i frutti di una cosa deve prima rimborsare le spese fatte o che si rimborsi chi ha fatto migliorie alla cosa di cui restituisce la proprietà.

Tuttavia essa stabilisce anche un rimedio generale tramite la possibilità di proporre una azione: *l'azione di ingiustificato arricchimento*. Essa è un'azione accessoria in quanto può essere esperita solo ove non vi siano altri rimedi possibili. I presupposti sono che:

- v 1. i sia l'arricchimento di un soggetto;
- v 2. i sia un impoverimento di un altro;
- i 3. Il fatto che tali due sopra siano effetti di un medesimo fatto causativo;
- m 4. mancanza di causa giustificativa dell'arricchimento.

Gli effetti che scaturiscono sono un *obbligo di restituzione in natura* o, se ciò non è possibile, *un giusto indennizzo*. Presenta anche un doppio limite che l'indennizzo non può superare né l'entità dell'arricchimento né quella dell'impoverimento.

LE OBBLIGAZIONI NASCENTI DA ATTO ILLECITO

La responsabilità extracontrattuale.

Nozione.

Come abbiamo visto che il creditore può essere risarcito del danno causato dall'inadempimento del debitore, un soggetto può essere risarcito del danno ricevuto da un altro soggetto, anche se fra questi non concorra nessun precedente rapporto obbligatorio. Per tale motivo questa viene definita *responsabilità extracontrattuale* ovvero anche come *responsabilità civile*.

Tale trova il suo fondamento nell'art 2043 che letto in combinato disposto con l'art 2046 fa dedurre che, affinché possa aversi tale tipo di responsabilità, devono concorrere i seguenti presupposti:

- i 1. Il *fatto*;
- l 2. *'illiceità* del fatto;
- l 3. *'imputabilità* del fatto;
- i 4. Il *dolo* o la *colpa* del danneggiante;
- i 5. Il *nesso causale*;
- i 6. Il *danno* (c.d. danno-conseguenza).

Il fatto.

Per fatto si intende ciò che cagiona il danno. Se è un comportamento umano può anche parlarsi di *atto*. Tale condotta umana può essere *commissiva* (consistente in un *facere*) oppure *omissiva* (consistente in un *non-facere*). In tale ultimo caso non rileva una semplice omissione ma solo quella che risulti posta in essere in violazione di un obbligo giuridico di intervenire imposto dall'ordinamento (ad esempio il non prestare soccorso).

L'evento produttivo del danno può anche consistere in un mero *fatto materiale* che potrà essere imputato a chi sarà riconosciuto come responsabile dello stesso.

Illiceità del fatto.

Alle volte è la legge a designare un determinato fatto come illecito. È il caso degli illeciti penali che sono strettamente tipici. In virtù poi dell'art 185 c. p. ogni illecito penale si configura come illecito *civile* sì da dar luogo al risarcimento del danno.

Gli illeciti civili in senso stretto, invece, sono "*atipici*", poiché l'art 2043 contempla una *clausola generale* che contempla il principio della risarcibilità del danno che possa qualificarsi come *ingiusto*.

Problema potrebbe essere identificare quando un danno potrebbe considerarsi ingiusto. Scuro è che non basta una *qualsiasi* lesione dell'interesse altrui. Saranno considerati ingiusti solo gli atti *illeciti* e questi avranno la caratteristica dell'*antigiuridicità*. In realtà degli ultimi anni tale categoria si è di molto ingrandita, fino a che la nostra giurisprudenza si è orientata a ritenere ingiusto non solo quel danno che si traduce nella lesione di un diritto soggettivo assoluto, ovvero di un diritto soggettivo anche relativo, ma altresì quel danno che si traduce nella *lesione di un interesse che, seppur non protetto come diritto soggettivo, risulta comunque tutelato dall'ordinamento giuridico*.

Le cause di giustificazione.

Non può considerarsi ingiusto un danno conseguenza dell'esercizio di un proprio diritto.

Del pari non può considerarsi ingiusto un danno arrecato *dell'adempimento del proprio dovere*.

L'art 2044 esclude l'ingiustizia del danno causato per *legittima difesa*. Affinché possa realizzarsi tale fattispecie devono concorrere i seguenti presupposti:

- d • *ell'illegittimità* dell'aggressione alla *persona* od anche al *patrimonio* di un consociato;
- d • *ell'attualità* del pericolo;
- d • *ell'inevitabilità* del pericolo;
- d • *ella strumentalità* dell'offesa che deve essere volta a neutralizzare l'aggressione;
- d • *ella proporzionalità* tra difesa e offesa.

La legittima difesa deve essere esercitata nei confronti dell'aggressore. Se questa reca danno ad un terzo, non si potrà invocarla ma al massimo lo *stato di necessità*.

Ancora la legge ritiene *non ingiusto* il danno arrecato con il consenso dell'avente diritto, sempre che questo riguardi diritti disponibili.

Non ingiusto è ancora il danno ricevuto nella partecipazione volontaria ad *un'attività pericolosa levita*.

Infine l'art 2045 contempla lo *stato di necessità*, anche questo non considerato come danno ingiusto. I presupposti sono:

- p 1. *erico* di vita, alla salute, all'integrità fisica e ai diritti fondamentali della persona del *danneggiante od anche di un terzo*;
- l 2. a *serietà* del pericolo;
- l 3. *'attualità* del pericolo;
- l 4. *'inevitabilità* del pericolo;
- l 5. *'involontarietà* del pericolo;
- l 6. a *proporzionalità* del fatto dannoso al pericolo.

Diversamente da quanto accade nell'ipotesi di legittima difesa, in caso di stato di necessità il danno viene arrecato ad un terzo *innocente*. In questa ipotesi il danneggiante non è esonerato da qualsiasi onere risarcitorio ma deve al danneggiato una *indennità* la cui misura è rimessa al valido apprezzamento del giudice.

Nel caso in cui lo stato di necessità fosse causato da un terzo, il danneggiato potrà chiedere l'indennità all'autore del danno e la risarcibilità del danno al terzo che l'ha causato. Il danneggiante poi potrà chiedere di essere risarcito dell'indennità pagata al terzo che ha causato il danno.

Imputabilità del fatto.

L'art 2046 prevede che non risponde delle conseguenze del fatto dannoso *chi non aveva la capacità di intendere o di volere* al momento in cui ha commesso il danno. Non ha nessuna rilevanza la capacità di agire, in quanto questa riguarda esclusivamente la *capacità negoziale*.

Con tale capacità di intendere e di volere si intende la capacità di comprendere il disvalore sociale

causato dalla propria condotta. In ogni caso tale valutazione sarà compiuta dal giudice caso per caso.

La capacità di intendere e di volere non vale ad escludere il danno se questa è stata causata da una propria scelta e azione del danneggiante stesso.

Se il danno è stato compiuto da persona *incapace*, la risarcibilità del danno può essere chiesta a chi aveva il compito di sorvegliare le azioni di questo. Questa è una delle fattispecie legali di responsabilità per danno altrui.

Se la persona che dovrebbe rispondere o non può risarcire o dia la prova di non aver potuto impedire il fatto, la risarcibilità può essere chiesta all'incapace stesso nella misura di un'equa indennità.

Il dolo e la colpa.

Dall'art 2043 vengono indicati come presupposti per la risarcibilità del danno il *dolo* o la *colpa* del danneggiante.

Per dolo si intende l'*intenzionalità della condotta* nella consapevolezza che la stessa può determinare l'evento dannoso. Con *dolo diretto* indichiamo la condotta indirizzata proprio al fine di produrre l'evento dannoso. Si ha invece *dolo eventuale* quando il suo autore si sia rappresentato il suo verificarsi come possibile conseguenza della sua condotta.

Di solito è sufficiente la *colpa* per portare alla responsabilità extracontrattuale, anche se in alcuni casi si ha la responsabilità *solo* se la condotta è dolosa (atti emulativi, induzione all'inadempimento, ecc..)

Non confondiamo tale dolo con quello *vizio della volontà* che non è altro che un elemento psicologico che caratterizza la condotta dell'agente. Il dolo di cui ci stiamo occupando è caratterizzato dai *raggiri* posti in essere dal soggetto.

Per *colpa* invece intendiamo il difetto di *diligenza* (il prestare l'attenzione richiesta), *prudenza* (applicare le necessarie misure di cautela) e *perizia* (osservare precise regole tecniche), ovvero *l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*. Quindi la non corrispondenza della condotta ad uno standard imposto dall'ordinamento ovvero ad un parametro oggettivo che è quello del comportamento che sarebbe posto in essere dal *bonus pater familias*.

È irrilevante la misura della colpa, come è parimenti irrilevante se il danno sia stato cagionato con questa o con dolo perché in ogni caso il danno va risarcito *integralmente*.

Di regola la prova o la colpa del danneggiante deve essere fornita dal danneggiato. La prova della colpa del danneggiato può essere offerta anche a mezzo di presunzioni semplici.

La c.d. responsabilità oggettiva.

Oltre a quanto detto prima, vi sono ipotesi previste dal codice in cui un evento è considerato dannoso anche in assenza di dolo o colpa. Tali casi sono detti di *responsabilità oggettiva*. Eccone le ipotesi:

- a 1. rt 2049 la responsabilità del datore di lavoro per i danni posti in essere dai suoi preposti nell'esercizio delle incombenze cui gli stessi sono adibiti. Si tratta di un caso di responsabilità oggettiva poiché a tutela dei terzi sembra giusto accollare il danno dei preposti a colui della cui attività si avvale.
- A 2. rt 2053 stabilisce che è responsabile il proprietario di un edificio o di altra costruzione dei danni cagionati a terzi dalla loro rovina dovuta a *vizi di costruzione*. Anche qui si tende a

tenere responsabile chi gode di determinati beni.

- L 3. 'art 2054 stabilisce la responsabilità del conducente e del proprietario(o in sua vece dell'usufruttuario o dell'acquirente con patto di riservato dominio) di un veicolo senza guida di rotaie che cagioni danni a terzi per *vizi di costruzione*.

Ipotesi di responsabilità ex delicto si trovano anche fuori dal codice come nel caso della responsabilità di un esercente di un impianto nucleare e del produttore che è responsabile per i danni causati dai difetti del suo prodotto. IN quest'ultimo caso la prova deve essere fornita dal produttore che per evitare la responsabilità potrà solo cercare di dimostrare che non sussiste un nesso di causalità tra il fatto produttore e l'evento dannoso.

Tra responsabilità oggettiva e responsabilità aggravata.

Vi sono ipotesi in cui il legislatore prevede una maggiore protezione per la parte danneggiata. Tale "aggravamento" della responsabilità del danneggiante si concretizza in due profili:

- c 1. he non è il danneggiato a dover fornire la prova del danno ricevuto;
- c 2. he la "prova liberatoria" concessa al danneggiante non si riduce alla mera dimostrazione della sua mancanza di colpa.

Vediamo i casi specifici:

A) art 2047, per il danno causato da un incapace è responsabile chi doveva sorvegliare tale incapace. Tale responsabilità si estende anche ai genitori o i tutori del figlio, ma anche ai maestri e agli educatori. L'aggravante qui sta nel senso che essi devono dimostrare di *non aver potuto impedire il fatto*. Data la così difficile prova liberatoria la giurisprudenza pensa che siamo in concreto vicini ad una responsabilità *oggettiva*.

B) art 2050, per il danno causato nello svolgimento di un'attività pericolosa, l'aggravante sta nel fatto che il responsabile può liberarsi solo dimostrando di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. In più la giurisprudenza richiede anche che si dimostri la *causa esterna* che per imprevedibilità ed eccezionalità sfugge completamente alla sfera di controllo dell'esercente.

C)art 2051 per il danno cagionato dalle cose in custodia, il custode può liberarsi solo dimostrando il caso fortuito. La giurisprudenza pensa che si debba dimostrare la causa esterna con le stesse caratteristiche di sopra.

D)art 2052 per il danno cagionati da animali, è responsabile chi se ne serve o il proprietario. Per liberarsi deve dimostrare il caso fortuito o anche qui per la giurisprudenza la causa esterna.

e) art 2053 il proprietario dell'edificio che va in rovina non per vizi di costruzione o di manutenzione(perchè se no saremmo in resp oggettiva) deve dimostrare la causa di forza maggiore.

f) l'art 2054 il conducente di veicoli senza guida di rotaie che causa danno non per vizi di costruzione o di manutenzione (se no resp oggettiva) deve dimostrare di aver fatto *tutto il possibile per evitare il danno* e la causa esterna.

In ipotesi di collisione fra veicoli si presume il concorso paritario ai danni dell'altro. Se reca danno a terzi, i danneggianti sono debitori solidali nei confronti del danneggiato.

Il nesso di causalità.

Altro presupposto perché vi possa essere danno extracontrattuale è che vi sia un nesso di causalità fra *fatto* ed *evento lesivo*. La causalità richiesta dall'ordinamento non è quella *naturale* ma bensì quella <<*adeguata*>> per la quale una condotta si considera causa se sulla base di un giudizio *ex ante* detto evento ne risultava la conseguenza prevedibile ed evitabile, ovvero se normalmente quella causa è adeguata a realizzare quei determinati effetti.

Il giudizio sulla causalità adeguata si differisce da quello della colpevolezza perché ciò che rileva ai fini di questa è che l'evento sia prevedibile non da parte dell'agente, ma sulla base delle migliori conoscenze scientifiche disponibili.

Il danno cagionato da più soggetti.

Quando un danno è cagionato da più soggetti, sia che essi siano coordinati, sia che non lo siano, sia che un danno sia contrattuale che extracontrattuale, la legge permette al danneggiato di potersi rivolgere per l'intero a *ciascuno* dei responsabili senza dover verificare l'incidenza di ognuno sul danno causato.

Poi chi avrà effettuato il relativo esborso potrà rivolgersi con l'azione di regresso nei confronti degli altri coobbligati.

Il concorso del fatto colposo del danneggiato.

Quando concorre a causare il danno anche il danneggiato, il danno viene diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

In questo caso l'onere della prova di dover dimostrare il concorso, grava sul danneggiante.

Tale ipotesi non deve confondersi con il caso in cui il danneggiato incida sull'aggravarsi del danno.

La responsabilità per fatti altrui.

Di solito la responsabilità del danno grava su chi lo abbia causato con fatto proprio. In alcuni casi il codice prevede che la responsabilità gravi su determinati soggetti, anche se il pregiudizio è determinato da fatto altrui.

A) del danno cagionato da incapace di intendere e di volere, risponde chi è tenuto alla sorveglianza di questo. In tal caso la responsabilità *non si aggiunge* ma si fa in modo che il danneggiato possa essere risarcito del danno subito.

B) del danno cagionato dal fatto illecito di figli minori non emancipati e delle persone sottoposte a tutela rispondono i genitori e il tutore. Presupposto qui è la convivenza con l'autore dell'illecito. In tal caso la responsabilità *concorre* con quella dell'autore. Si tratta, infatti, di responsabilità solidale.

C) dei danni cagionati da allievi ed apprendisti rispondono i maestri e i precettori. Il presupposto è che tale atto venga compiuto mentre questi sono sotto la rispettiva vigilanza. In tal caso la responsabilità si *aggiunge in via solidale*. Caso particolare è per il danno causato da alunni di scuola statale per cui a rispondere è lo Stato che poi si farà rivalere contro l'insegnante.

D) dei danni cagionati da domestici e commessi rispondono i rispettivi padroni e committenti. La responsabilità si aggiunge a quella del preposto. Si crea quindi un vincolo di solidarietà.

E) i proprietari di edifici in rovina per vizi di costruzioni dopo aver risarcito il danno possono farsi valere contro il costruttore

F) dei danni derivati da vizi di costruzione di veicoli, in solido con il proprietario e il conducente risponde anche il costruttore secondo i principi contemplati nel codice del consumo.

g) dei danni causati da veicoli risponde il conducente ed in solido il proprietario. La prova liberatoria di questo non potrà consistere nel semplice aver proibito l'uso, ma dovrà anche dimostrare di aver preso tutte le cautele necessarie per poterlo evitare.

Il danno.

L'ultimo presupposto è il *danno*. A tal riguardo dobbiamo distinguere il *danno evento* (ovvero la lesione di un interesse tutelato giuridicamente) e il *danno conseguenza* (ovvero i pregiudizi concretamente sofferti dalla vittima). Ora oggetto del risarcimento è solo il danno-conseguenza. Se tale non vi è, non ci è nemmeno risarcimento. Punibile invece è il *danno evento* (specialmente dal diritto penale) anche se non vi sia stato un pregiudizio concretamente sofferto. Ù

La giurisprudenza fa rientrare nella nozione di danno evento anche la perdita di chance.

Il danno si distingue ancora in:

- p 1. atrimoniale, ovvero la lesione di interessi economici;
- n 2. on patrimoniale, ovvero la lesione di interessi della persona che non sono connotati da rilevanza economica.

Un singolo evento può causare sia danni patrimoniali che danno non patrimoniali. Allo stesso tempo esso potrebbe causare anche danno a soggetti diversi. In tal caso si parla di danno di rimbalzo, quando l'evento dannoso che colpisce la vittima principale, colpisce anche la sfera giuridica di terzi.

Il risarcimento del danno può avvenire:

- i 1. n forma equivalente, mediante la dazione di una somma di denaro in misura tale da compensarlo del pregiudizio sofferto;
- i 2. n forma specifica, mediante rimozione del pregiudizio verificatosi.

Il danno deve essere riparato integralmente. E devono essere risarciti tutti i tipi di danni, sia prevedibili che imprevedibili.

Il danno patrimoniale.

Tale danno consiste in un'alterazione negativa della situazione patrimoniale del soggetto leso, rispetto a quella che avrebbe avuto in assenza del fatto illecito.

Il danno patrimoniale comprende:

- i • I danno *emergente* ovvero la diminuzione del patrimonio del danneggiato;
- i • I *lucro cessante* ovvero il guadagno che la vittima avrebbe presumibilmente conseguito se non avesse ricevuto tale illecito.

Il risarcimento ha quindi ad oggetto sia il danno già sofferto, sia il danno futuro. In considerazione delle difficoltà nella quantificazione del *lucro cessante* questo dovrà essere determinato tramite un equo apprezzamento dal giudice. Stessa difficoltà si riscontra in riguardo al lucro cessante dalla mancata capacità reddituale futura. A tal riguardo suppliscono dei criteri stabiliti dal legislatore

emanate tramite il decreto legislativo n 209 del 2005 all'art 137. Si calcola anche il reddito che avrebbe potuto aver un minore ma in tal caso si utilizza un metodo probabilistico che tiene conto degli studi sostenuti da questo, dall'orientamento manifestato, dall'agiatezza familiare...

Il danno non patrimoniale.

Tale danno *ex art 2059* deve essere risarcito *solo* nei casi determinati dalla legge. Detto articolo nei primi tempi è stato oggetto di una interpretazione molto restrittiva che portava a considerare risarcibile solo il danno non patrimoniale derivante da illecito (come recita l'art 185 c. p.) e faceva coincidere tale tipo di danno con quello *morale soggettivo* anche detto *pretium doloris* o *pecuniam doloris*.

Oggi tale interpretazione non trova più molto credito. Primo perché la legislazione si è rinnovata di numerosissime norme che contemplan espressamente ipotesi di risarcibilità del danno.

La giurisprudenza poi è arrivata a definire che il danno non patrimoniale doveva considerarsi risarcibile ogni volta che si subiva la lesione di un diritto inviolabile della persona riconosciuto in Costituzione (fra i qualsiasi enumerano: il diritto alla salute, agli affetti reciproci in ambito familiare, alla potenzialità del rapporto genitori/figli).

La differenza che si ha con il danno patrimoniale è però la *tipicità* di questo. Da qui discende l'irrisarcibilità di tutti quei danni che poi in realtà non si traducono in lesioni di diritti della persona.

Quanto alla definizione di danno non patrimoniale ormai la giurisprudenza non fa terminare questo nella definizione di danno morale soggettivo ma vi enumera qualsiasi danno da lesione di valori inerenti la persona come ad esempio il <<danno biologico>>, il <<danno esistenziale>>. Tutte queste non costituiscono sotto-categorie del danno non patrimoniale ma solo aspetti che può assumere in concreto.

Le caratteristiche tale danno deve avere sono quelle di essere *grave* e non *futile*. In più si pensa che questo sia risarcibile anche per gli enti sia personificati che non.

Per quanto riguarda la liquidazione e la quantificazione di questa, essa è rimessa alla valutazione equitativa del giudice.

Risarcimento per equivalente e risarcimento in forma specifica.

Il danno può essere risarcito sia *per equivalente* che in forma *specificata*.

La scelta spetta di solito al danneggiato ma il giudice può negare la richiesta di adempimento in forma specifica ove tale risulti in tutto od in parte *impossibile* ovvero *eccesivamente onerosa per il debitore*.

Da non confondersi con quanto detto è la *tutela ripristinatoria del diritto* che mira solo ad eliminare la situazione antigiuridica creatasi a prescindere dai danni che da questo siano derivati o meno.

La prescrizione.

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno extracontrattuale è più breve di quello contrattuale. Essa è infatti di 5 anni.

Se il danno è prodotto dalla circolazione dei veicoli il termine è ancora più breve: è pari a due anni.

Per quanto riguarda l'individuazione del *dies a quo* dal quale inizia il termine prescrizione, la

suprema corte ha sancito che esso decorra dal momento in cui la vittima ha percepito(o avrebbe potuto percepire utilizzando la normale diligenza) che il danno sofferto è causato da un determinato comportamento colposo o doloso del terzo.

In più se il fatto è percepibile come reato, e per il tale è prevista un'azione più lunga, questa si applica anche all'azione civile.

La responsabilità per danno ambientale.

Con tale espressione si intende <<qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima>>. Per danno ambientale si intende quel danno arrecato all'interesse collettivo e non quello che può essere causato contro beni di proprietà di singoli soggetti. Il danno ambientale è quindi considerato a parte dal danno ai singoli beni che lo compongono.

Unico soggetto legittimato ad agire per la riparazione del danno ambientale è il Ministro dell'Ambiente.

Inoltre chiunque arrechi un danno all'ambiente è in primo luogo obbligato al risarcimento in forma *specificata* e solo ove questo risulti troppo oneroso od impossibile si potrà eseguire il risarcimento per *equivalente patrimoniale*.

In alternativa all'azione giudiziale, è concessa al ministro dell'ambiente di emettere un'ordinanza di perseguire gli stessi risultati sovra esposti tramite un'ordinanza.

Va anche detto che tale tipo di responsabilità è di tipo personale.

Responsabilità per danno da prodotto difettoso.

Esso è disciplinato dal codice del Consumo.

Intanto per prodotto si intende ogni *bene mobile* (anche beni immobili se questi sono stati incorporati, ed anche l'elettricità) purché messo in *circolazione*.

Tale bene è difettoso quando non offra la sicurezza che ci si può attendere tenuto conto di tutte le circostanze. Il difetto può dipendere dalla fabbricazione, dalla ideazione e concenzione del prodotto, ma anche dalla mancanza di informazioni adeguate sullo stesso. Non si considera difettoso se per conoscenze tecniche attuali non è dato ancora di riconoscerlo come tale.

Per ottenere il risarcimento è necessario solo:

- d 1. imostrare il danno sofferto;
- d 2. imostrare l'insicurezza del prodotto nella forma in cui si è manifestata;
- l 3. a connessione causale tra danno e difetto.

Del danno risponde il produttore, cioè il fabbricante del prodotto. Se questo non è individuato la responsabilità ricade sul fornitore (salvo che questo comunichi chi è il produttore o chi gli ha fornito il prodotto). Tale è un'altra ipotesi di responsabilità per fatto altrui.

Se il produttore opera al di fuori dell'unione europea, la responsabilità ricade sull'*importatore*.

La prova liberatoria deve consistere nel dimostrare che:

- n 1. on è stato messo il prodotto in circolazione;
- i 2. I difetto non esisteva quando il prodotto è stato messo in circolazione;
- c 3. he il prodotto non è stato fabbricato per la vendita o qualsiasi altra forma di distribuzione;

- i 4. I difetto è dovuto alla conformità del prodotto ad una norma giuridica;
- l 5. o stato di conoscenze tecniche fino a quel momento non portavano alla conoscenza del difetto;
- i 6. I difetto è dovuto alla materia prima incorporata;

Siamo quindi anche qui di fronte ad una responsabilità che prescinde dalla colpa ovvero una responsabilità *oggettiva*.

Il risarcimento non è dovuto se si era a conoscenza del difetto del prodotto ma ci si è esposti lo stesso.

Se il danno è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido.

Se ci si intende avvalersi di tale disciplina speciale per prodotto difettoso, la vittima può chiedere solo il risarcimento del danno alla persona e del danno a cosa diversa dal prodotto utilizzato destinata all'uso privato.

Il termine di prescrizione è di tre anni dal momento in cui il danneggiato è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere venuto a conoscenza del danno.

È previsto anche un termine di decadenza di 10 anni da quando il prodotto è stato messo in circolazione nell'unione europea.

Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

La prima differenza fra le due è sicuramente di fattispecie: la prima sanziona l'inadempimento di una obbligazione già esistente, la seconda un fatto illecito dannoso.

Per quanto riguarda la disciplina, invece, le differenze sono molteplici:

- s 1. sulla capacità di intendere e di volere, questa è richiesta solo per la R. Ex.
- S 2. sulla risarcibilità dei danni *imprevedibili*
 - s ▪ solo in caso di dolo del debitore-danneggiante nella R. C.;
 - q ○ questi devono essere risarciti sempre (insieme a quelli prevedibili) nella R. Ex;
- s 3. sulla prescrizione del diritto alla risarcibilità,
 - p ○ per la R.C. (salvo eccezioni) è previsto un termine di 10 anni;
 - p ○ per la R.Ex un termine più breve di 5 anni (salvo eccezioni).
- S 4. sull'onere della prova, questo,
 - n ○ nella R.C. Spetta al danneggiato che deve provare: il danno e il nesso fra danno ed inadempimento;
 - n ○ nella R.Ex il danneggiato deve dimostrare: danno, nesso, fatto illecito e colpa o dolo del danneggiante.

Tali differenze portano alla necessità di dover risolvere il problema su quale ipotesi ricorra nel caso concreto.

Il problema si è posto in base a vari ambiti come ad esempio quello sugli *ordini di protezione* (quegli interessi accessori rispetto l'obbligazione principale volti ad interessi giuridicamente rilevanti per il creditore), alla *responsabilità precontrattuale*, ai *rapporti di cortesia*, e ai *rapporti contrattuali di fatto* (ossia quei rapporti che si atteggiavano come rapporti contrattuali senza però che

vi sia contratto in senso proprio.

L'orientamento giurisprudenziale sembra ritenere che:

- S • iano ipotesi di responsabilità contrattuale quelli previsti negli *ordini di protezione e i rapporti contrattuali di fatto*.
- S • iano ipotesi di responsabilità extracontrattuale quelle previste riguardo la *responsabilità precontrattuale e i rapporti di mera cortesia*.

Il concorso di responsabilità ed extracontrattuale.

La nostra giurisprudenza ammette il c.d. *concorso* o *cumulo* tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, lasciando tale libertà di scelta al danneggiato.

L'esercizio di un'azione non comporta rinuncia all'altra.

Ma in ogni caso il risarcimento ottenuto in una via va venir meno qualsiasi ulteriore pretesa creditoria perché mai il risarcimento potrà superare la vera entità del danno.

LE LIBERALITA'

La Donazione.

Il contratto di donazione.

La donazione ha natura contrattuale in quanto presenta una struttura bilaterale in quanto richiede per la sua perfezione il consenso. Nella donazione è infatti necessaria l'accettazione da parte del donatario. Tale accettazione non è necessaria solo nella *donazione obnuziale*.

Il codice descrive tale istituto come il contratto con il quale una delle parte arricchisce l'altra per spirito di liberalità, o assumendo verso la stessa un'obbligazione (purchè non si tratti di un *facere*) o disponendo verso l'altra di un suo diritto.

Elementi del contratto di donazione sono quindi:

- I • *o spirito di liberalità* (animus donandi) che costituisce la *causa* del contratto.

Infatti in questo schema entra la donazione remuneratoria ovvero quella fatta a favore di un soggetto o per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donante, o per una speciale remunerazione. Tale tipo di donazione ha un trattamento differente in quanto è considerata irrevocabile, non comporta a carico del donatario gli alimenti e comporta a carico del donante la garanzia per evizione (sia pur nei limiti delle prestazioni che il donante ha ricevuto dal donatario portandolo a fare tale donazione).

- L • *'arricchimento*, ovvero l'incremento del patrimonio del donatario.

La donazione in alcun modo ammette un contratto preliminare perché sarebbe assurdo un obbligo a donare.

Donazioni, negozi gratuiti, liberalità non donative.

Non tutte le gratuità costituiscono una donazione. Questa infatti importa solo l'assenza di un corrispettivo ma non anche allo stesso tempo un arricchimento dell'altra parte. I negozi a titolo gratuito infatti, non è detto che trovino giustificazione solo in intenti di liberalità.

Maggiormente bisogna distinguere la donazione dall'obbligazione naturale poiché questa non

consiste in un'attribuzione liberale ma nell'adempimento di un dovere morale o sociale.

Dall'altro punto di vista vi sono pure atti di liberalità che però non integrano la donazione: è il caso dei regali d'uso (regali per ricorrenze o feste) e della donazione indiretta.

La donazione indiretta.

Si ha tale istituto quando le parti, per raggiungere uno scopo di liberalità, invece di utilizzare lo strumento messo all'uopo dall'ordinamento, si avvalgono di altri schemi negoziali, caratterizzati per causa diversa. Tipico esempio è quello in cui, per spirito di liberalità, pago il debito altrui.

Caso particolare è quello del *negotium mixtum donatione* (o *donazione mista*) che si ha nel caso in cui vendo un bene ad un prezzo inferiore al valore dello stesso. In tal caso non basta che semplicemente vi sia sproporzione fra le parti ma occorre che tale sproporzione sia voluta.

Non si ha tale fattispecie quando, invece di chiedere un prezzo inferiore, si stabilisce un prezzo così basso da considerarsi solo simbolico e quindi in sostanza da difettare in tal caso si è di fronte una vera e propria donazione.

Sempre con la *donazione mista* si deve distinguere la vendita dissimulante una donazione perché qui la volontà delle parti presentano un qualcosa di fittizio e riservato.

Dato che la donazione indiretta non dà vita ad un vero contratto di donazione, la sua relativa disciplina non avrà a che fare con quella prevista dalla donazione ma si prenderà in considerazione quella prevista dal negozio che in quel caso è utilizzato a fini indiretti.

Da ricordare che, essendo sempre la donazione indiretta dotata di fini di *liberalità* anche questa potrà essere soggetta a riduzione o collazione nel caso in cui leda le quote di coeredi.

Requisiti e disciplina.

La *capacità* di donare è assoggettata ai principi generali: non possono donare i minorenni, gli inabilitati, gli interdetti, e l'incapace naturale.

Eccezione è fatta in caso di donazione obnuziale per il minore o l'inabilitato che siano stati ammessi a contrarre matrimonio, sempre se assistite dalle persone che ne esercitano la potestà o la tutela.

Anche le persone giuridiche possono donare se tale capacità è riconosciuta nel loro statuto costitutivo.

Per quanto riguarda la rappresentanza del donante nella stipulazione dell'atto di donazione, questa è soggetta a dei vincoli. Infatti la persona del donatario e l'oggetto donato devono essere determinati dalla volontà del rappresentato. Eccezione è fatta ove il donatario sia da scegliere entro un numero di persone o il bene tra una serie di beni determinati.

La procura a donare deve essere fatta per atto pubblico, cioè con la stessa forma prevista dalla donazione.

La disciplina della donazione è analoga a quella della donazione per quanto riguarda la capacità di ricevere una donazione. Possono infatti ricevere tutte le persone fisiche anche nati e capaci sono anche le persone giuridiche anche non riconosciute.

Oggetto della donazione non può essere un bene futuro né un bene altrui.

La donazione di tutti i beni presenti non è vietata in considerazione dell'obbligo degli alimenti che

è dovuto dal donatario nei confronti del donante.

La forma richiesta dalla donazione è quella dell'atto pubblico *ad substantiam*. E per di più indispensabile la presenza di due testimoni. Tale forma non è richiesta se la donazione ha ad oggetto cose mobili di modico valore, ma occorre che sia avvenuta la traditio. Un tale contratto è anche definito *donazione manuale*. La modicità del valore deve essere considerato in relazione alle condizioni del donante.

La donazione può essere sottoposta a condizione. Tipica donazione sottoposta a condizione sospensiva mista è la donazione obnuziale. Tale tipo di donazione ha altre caratteristiche che la differenziano rispetto la donazione normale. Una di queste è l'unilateralità dell'atto. Altra è la nullità di questa donazione in seguito all'annullamento del matrimonio.

Altra particolare condizione che può inerire la donazione è quella di *riversibilità*, ovvero la condizione secondo la quale i beni ritornino al donante se il donatario muoia prima del donante.

La donazione può essere gravata di onere o modo al cui adempimento si è tenuti entro i limiti della cosa donata. Per l'adempimento possono agire sia il donante, sia chi ne sia interessato ma la risoluzione della donazione come causa dell'inadempimento si realizza solo se era stata espressamente prevista. L'onere illecito si considera come non apposto ma se si riscontra sia l'unico motivo che ha indotto a donare rende nulla la donazione.

Le *sostituzioni* sono consentite nei casi e nei limiti stabiliti per gli atti di ultime volontà.

La donazione può avere ad oggetto la nuda proprietà con riserva di usufrutto per il donante. Questo può anche decidere che dopo di lui l'usufrutto passi ad altre persone congiuntamente ma non successivamente.

L'adempimento agli obblighi derivanti da una donazione è sottoposta ad una disciplina meno rigorosa: la responsabilità è limitata alle ipotesi di colpa o dolo.

La garanzia per evizione e la responsabilità per i vizi della cosa si applicano sono quando espressamente promessa o solo in caso di dolo del donante. Abbiamo già visto che la garanzia è data anche per i vizi della cosa.

Invalidità della donazione.

La donazione è invalida se l'unico motivo che ha indotto tale donazione è illecito. Vediamo che si discosta dalla disciplina dei contratti in quanto non è necessario che illeciti siano entrambi i motivi dei soggetti del rapporto.

In tema di nullità troviamo lo stesso regime esistente per le donazioni e cioè è ammessa solo l'esecuzione volontaria per sanare una donazione nulla.

La revoca della donazione.

Come da art 800 cc la donazione è revocabile per *ingratitude o per sopravvenienza di figli*.

Per quanto riguardo l'ingratitude, innanzi tutto dal legislatore vengono menzionati gli stessi motivi che inducono a rendere indegno in materia di successioni. Altri modi per far scattare l'ingratitude si ha nel caso in cui ci si rifiuti di rendere gli alimenti e nel caso di *ingiuria grave* che non si ha quando previsto dal codice penale ma quando semplicemente vi sia un comportamento tale da recare offesa alla persona del donante che può consistere anche un solo atto, non chiedendosi una condotta reiterata.

Invece la sopravvenienza dei figli portano la revoca della donazione in relazione alla presunzione che secondo il legislatore vi dovrebbe essere un affetto maggiore per questi ultimi per cui forse

non si sarebbe spogliato di parte dei suoi averi se ne fosse venuto a conoscenza.

Tali ragioni che rendono revocabile la donazione non ricorrono in caso di donazioni remuneratorie e obnuziali.

La revoca è una iniziativa unilaterale del donante. Questa ha anche carattere personale e non può essere chiesta dai creditori in sostituzione del donante stesso.

La pubblicità immobiliare

La trascrizione-cenni.

La trascrizione

La trascrizione è un modo di pubblicità che si riferisce ai mobili o agli immobili registrati e serve a far conoscere ai terzi le vicende giuridiche riguardanti tali beni.

La funzione principale è quella di redimere i conflitti che sorgono in merito all'acquisto di diritti da parte di più soggetti. Il diritto reale su un bene immobile diventa *opponibile* a terzi grazie alla trascrizione dello stesso. In caso di conflitto su un diritto su un bene immobile o mobile registrato, viene preferito chi ha trascritto per primo quel suo diritto. Ovviamente è prevista sempre la possibilità di agire per il risarcimento del danno.

La trascrizione non costituisce elemento della fattispecie acquisitiva del diritto.

In alcuni casi la trascrizione potrebbe sembrare che possa eliminare il vizio su determinati negozi giuridici, ma in realtà, ha solo l'effetto di eliminare gli effetti di una sentenza derivante da una impugnazione di quel negozio in seguito a quel determinato vizio.

In alcuni casi può favorire l'acquisto della proprietà accorciando i termini dell'usucapione.

La trascrizione è un onere per il privato, mentre per alcuni ufficiali pubblici è un vero e proprio obbligo.