

Alcune pagine del Manuale

(tratte da M. Paradiso, Corso di Istituzioni di diritto privato,
12^a edizione, Giappichelli Editore, 2022)

Sommario

1. Società e diritto
2. Fatti, atti e negozi giuridici
3. Il possesso
4. Le obbligazioni pecuniarie
5. Inadempimento delle obbligazioni
6. La delegazione
7. Il contratto
8. La tutela del contraente debole
9. La causa
10. Interpretazione e qualificazione dei contratti
11. Atto illecito e atto dannoso
12. La famiglia e il matrimonio
13. Le successioni. Il testamento

Per contattare l'autore scrivere a: mparadiso@lex.unict.it

1. Società e diritto

Sommario: 1. Società e regole di condotta. - 5. Diritto e giustizia. Il diritto naturale. - 6. Il diritto naturale. - 7. Segue. Storicismo, positivismo e dottrina pura del diritto. - 8. Neogiusnaturalismo e problemi di giustificazione del diritto. - 9. Consenso, giustizia e forza.

1. *Società e regole di condotta.*

La vita associata presuppone delle regole che disciplinino il comportamento dei singoli e, così, stabiliscano che cosa è permesso fare e che cosa è vietato, quale sia l'ambito di libertà di ciascuno e quali i comportamenti che i consociati debbono obbligatoriamente tenere. In mancanza di regole di tal genere viene meno la stessa possibilità di instaurare rapporti fra gli uomini, anche di semplice contatto, e tanto più, dunque, la possibilità di creare una qualsiasi organizzazione sociale.

La vita associata, d'altra parte, si presenta come esigenza e dimensione irrinunciabile per l'individuo, che già alla nascita sperimenta la realtà del bisogno e, così, la necessità di un *rapporto* con altri - e in primo luogo con i genitori - senza il quale l'individuo stesso non sopravvivrebbe. Del resto pur l'individuo adulto che, in ipotesi, fosse in grado di provvedere autonomamente ai propri bisogni, constata che una più completa soddisfazione di essi si realizza tramite la collaborazione con altri esseri umani, sì che l'uomo si trova, anche per questo, naturalmente inclinato alla vita

associata. Carattere coesenziale all'uomo è perciò la sua *relazionalità*, l'essere in (necessario) rapporto con altri esseri umani, sì che l'esigenza di una regolamentazione di tali rapporti è connaturale all'uomo, costituendo necessaria premessa di qualsiasi piano o progetto che voglia 'rimediare' a quella finitezza.

Si pone, pertanto, l'esigenza di *regole di organizzazione* della società e di *regole di condotta* nei rapporti fra gli uomini: è questo, in termini molto semplificati, il fenomeno del «diritto», che si presenta dunque come *l'insieme delle regole di condotta e di organizzazione di una collettività umana*. È del resto osservazione corrente quella relativa al nesso strettissimo e necessario tra società e diritto, nel senso che non si dà società, per quanto rudimentale o primitiva, senza regole sulla sua organizzazione e sui rapporti reciproci fra i suoi membri (*ubi societas, ibi ius*), e, per converso, una regolamentazione dei rapporti tra gli esseri umani, per quanto elementare, dà luogo a una forma sia pur minima di società (*ubi ius, ibi societas*).

Con riferimento alle società odierne, è agevole constatare la presenza di numerosissime regole: esse predeterminano la condotta umana e rendono perciò possibile una ordinata convivenza basata (anche) sulla previsione o attesa di determinati comportamenti altrui con cui coordinare la propria attività.

Si rende possibile così, anzitutto, prevenire i conflitti (ad es., circa l'appropriazione di un bene della vita) delimitando le sfere di ciò che a ciascuno è garantito. Ciò comporta, di riflesso, la determinazione di ciò che agli altri non è consentito - in quanto spettante ai primi - e consente altresì di qualificare come *deviante* il comportamento di chi non si adegua alla norma di condotta e di prevedere poi *conseguenze negative* per tale violazione.

5. Diritto e giustizia.

Il diritto, dunque, è espressione di un gruppo sociale e tende ad assicurare l'ordinata convivenza dei suoi membri e l'appagamento dei bisogni umani in vista dei quali è costituito il gruppo stesso. È ovvio d'altra parte che non qualsiasi disciplina, se pure assicura l'ordine, garantisce la migliore soddisfazione di quei bisogni, ma soltanto quella che dia «a ciascuno il suo», in quanto attua una *equa*, e cioè ottimale, ripartizione delle risorse e una *giusta* articolazione dei rapporti umani. Una norma, ad es., che semplicemente ammettesse la libera appropriazione dei beni - senza neppure il limite 'minimo' del rispetto di precedenti appropriazioni - sarebbe in contraddizione con se stessa, perché equivarrebbe a dire che non v'è altra regola se non quella della forza; sarebbe perciò una non-regola, la negazione del concetto stesso di norma per l'azione e perciò della fondamentale relazionalità dell'uomo (oltre che, naturalmente, fonte di negazione e di dissoluzione del gruppo sociale).

Ora, se l'esigenza di *giustizia* nelle norme è in sé evidente, in quanto connaturata all'idea stessa di regola, non è affatto semplice dire in che cosa consista in concreto la giustizia, quale sia il 'suo' che spetta a ciascuno. Nondimeno, l'aspirazione alla giustizia del diritto ha accompagnato costantemente la riflessione filosofica e politica sul tema che, accanto al *diritto positivo* (o *ius in civitate positum*, e cioè il diritto concretamente vigente in una società), ha sistematicamente fatto riferimento al *diritto naturale*, come *ordinamento* o insieme di principi non arbitrari, *legato alla natura e alla ragione umana* di là dalle contingenze storiche e dal volere dei principi, nella aspirazione a fondare una convivenza umana basata sulla forza della ragione, piuttosto che sulle ragioni della forza.

6. Il diritto naturale.

La prima espressione di tale esigenza rimasta emblematica si deve a Sofocle che, nel V sec. a. C., la tratteggiò nei suoi termini essenziali nella protagonista di una tragedia: Antigone. Costei, violando il divieto del tiranno Creonte, diede sepoltura al cadavere del fratello (che aveva combattuto contro di lui) affermando che, al di là della legge vigente, avvertiva nel suo cuore una legge superiore, quella che impone pietà per i defunti, alla quale sentiva di dovere obbedienza. Seppellisce dunque il fratello e affronta la punizione prevista per i trasgressori.

Storicamente, l'espressione diritto naturale si deve ad Aristotele (IV sec. a.C.), il quale non esitò a riconoscere l'esistenza di un diritto *universale*, come diritto non scritto di cui tutti gli uomini hanno intuizione, in quanto legato alla *natura razionale e sociale dell'uomo*, e perciò idoneo a prevalere sul diritto storicamente vigente nelle diverse società. A lui si deve inoltre la definizione di giustizia che è rimasta insuperata ed è comunemente condivisa: *giustizia significa dare a ciascuno il suo* (*unicuique suum tribuere* è l'espressione latina trasmessaci dalla tradizione).

L'esigenza e l'aspirazione a una superiore giustizia, oltre i limiti del diritto positivo, operò profondamente nella cultura giuridica romana, finendo col trasformare incisivamente l'intero sistema giuridico. Conformemente peraltro allo spirito essenzialmente pratico della civiltà latina, non ci si prospettò in termini teorici il problema del fondamento di tale superiore giustizia. Fu piuttosto l'opera del pretore che venne lentamente integrando il diritto positivo, man mano che l'espansione romana rendeva più frequenti i contatti con altri popoli. In particolare, il *praetor* temperò l'originario rigore formalistico del *ius civile* col cd. *ius gentium*, e cioè con principi e regole fondati sulla ragione e sulla buona fede che, in quanto tali, sono condivise da tutte le genti e costituiscono patrimonio comune dell'umanità.

Tappa fra le più significative della riflessione sul diritto naturale è quella segnata da san Tommaso d'Aquino (XIII sec.) che inquadrò il problema, nella *visione teocentrica* tipica della

filosofia Scolastica, nel rapporto con la legge divina da un lato e la legge umana (o diritto positivo) dall'altro. La *legge divina* è rivelata direttamente da Dio tramite le Scritture; la *legge naturale* è la legge eterna scritta da Dio nell'ordine della natura ma *scoperta* dall'uomo con il retto uso della ragione; la *legge umana* è posta dagli uomini, in maniera storicamente variabile, e vincola in coscienza ove sia *giusta*: ove non violi cioè né la legge divina né quella naturale. La legge naturale, così, si configura come un esempio da seguire e, comunque, come un *limite* da non travalicare.

Al *giusnaturalismo* (un movimento filosofico e giuridico del XVII sec.) si deve l'elaborazione più complessa, e di maggiore 'successo' storico, dell'idea di diritto naturale. Anche in esso la legge di natura è legata alla ragione, ma con un essenziale mutamento di prospettiva rispetto alla filosofia medievale. La *prospettiva antropocentrica*, emersa dall'umanesimo e dal rinascimento, indusse a vedere nella *ragione* non un semplice strumento (per scoprire ciò che è già oggettivamente insito nella natura delle cose), bensì lo stesso *fondamento* di una legge che è *universale e immutabile* in quanto legata a un dato costante nel variare delle civiltà e dei tempi: la natura razionale e sociale dell'uomo. Il diritto naturale perciò, come insieme di *principi eterni e immutabili*, viene a costituire non più soltanto un *limite esterno* da non travalicare (come nell'impostazione di san Tommaso), bensì un *modello* per la legge positiva, prospettando l'esigenza di un sistematico adeguamento delle leggi al modello del diritto naturale.

Tale compito, in effetti, fu affrontato dal movimento di pensiero che va sotto il nome di illuminismo (XVIII sec.) e culminò da un lato nella «Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo», proclamata dalla assemblea rivoluzionaria francese, e dall'altro nell'imponente opera di *codificazione*, e cioè di 'riscrittura' e razionalizzazione di tutta la legislazione allora esistente in testi normativi unitari e sistematici (appunto, i «codici»), che impegnò praticamente tutti gli Stati europei continentali nel corso dell'800.

7. Segue. *Storicismo, positivismo e dottrina pura del diritto.*

Il *romanticismo* segnò la temperie culturale del XIX secolo nel segno di una decisa reazione al "freddo razionalismo" del «secolo dei lumi». Più specificamente, lo *storicismo*, nel quadro di una esaltazione della tradizione storica e dello 'specifico' culturale e sociale di ciascun popolo, respinse decisamente l'idea di una legge universale ed eterna. Il diritto, si osservò, muta storicamente in connessione con le diverse civiltà che si succedono nel tempo e nello spazio: è pertanto prodotto dalla cultura dei diversi popoli, si evolve con essa e ne è condizionato totalmente.

La critica dei fondamenti teorici del giusnaturalismo fu condotta a termine dal *positivismo giuridico*, espressione di un più ampio movimento filosofico – appunto, il positivismo – che fu il vero denominatore culturale del secolo XIX: le scoperte sempre più esaltanti della scienza e le sorprendenti realizzazioni della tecnologia determinarono una cieca fiducia nel *progresso*, come processo inarrestabile e in costante ascesa che avrebbe determinato un progressivo, sicuro miglioramento di quelle che furono definite «le magnifiche sorti, e progressive» dell'umanità. È alla scienza che spetta dunque il ruolo di guida della società e la scienza giuridica, se *scientifica* vuole essere, può occuparsi solo di indagare la realtà 'oggettiva' delle norme positive, per come esse sono in un dato momento storico, non può affrontare questioni 'soggettive' e opinabili come i valori etici e la giustizia. Compito della scienza giuridica sarà pertanto lo studio e l'interpretazione del diritto (positivo) come è, non come si vorrebbe che fosse.

Infine, la cd. *dottrina pura del diritto* (elaborata in particolare nel secolo XX) portò alle estreme conseguenze tale impostazione, escludendo radicalmente il problema della giustizia dalle questioni in senso proprio giuridiche: le norme, si affermò, sono giuridiche se ed in quanto formalmente poste dagli organi ai quali, nei diversi ordinamenti,

spetta tale compito. Verificata la loro *regolarità formale*, il diritto resta valido e vincolante pur se ingiusto, né, comunque, è compito del giurista occuparsi di tali problemi.

8. *Neogiusnaturalismo e problemi di giustificazione del diritto.*

Il positivismo giuridico e la dottrina pura del diritto, nel respingere come non pertinente il problema della giustizia, muovono da avvertite esigenze di rigore e da scrupoli di oggettività che, in effetti, sono essi stessi coerenti ai bisogni che fondano l'esigenza di una disciplina giuridica, posto che la *certezza del diritto* favorisce indubbiamente l'ordine e costituisce essa stessa centrale istanza di giustizia. Al contempo, però, tali impostazioni trascurano l'esigenza fondamentale per cui l'esperienza sociale pone le regole giuridiche: l'esigenza non è quella di assicurare un *qualsiasi ordine*, bensì un ordine che sia anche *giusto*. Inoltre, tali impostazioni muovono in realtà da un presupposto implicito e nient'affatto scientifico: la convinzione circa la 'giustizia' complessiva del sistema che si sforzano di chiarire e interpretare scientificamente.

Non a caso, d'altra parte, la seconda metà del '900 ha conosciuto un rifiorire degli studi sul diritto naturale (cd. *neogiusnaturalismo*): invero, le impostazioni positivistiche hanno fornito uno dei supporti teorici per legittimare le barbarie di cui il secolo scorso si è reso responsabile, discriminando ed eliminando fisicamente milioni di persone, appartenenti a "razze inferiori" o a "classi ostili". Se invero si ritiene regola di diritto quella (e solo quella) che è formalmente posta come tale, né sono configurabili limiti intrinseci o interni alle prescrizioni della legge, nessun rimprovero dovrebbe potersi muovere a chi ha emanato ad es. le norme sull'eugenetica razziale né a chi si è materialmente prestato alla loro attuazione. E se tale conclusione ci ripugna invincibilmente, è segno che, per quanto gravi siano le difficoltà a precisare che cosa è giusto e che cosa non lo è, non si può puramente e semplicemente espellere il problema della giustizia dalla nozione di diritto.

Breve è stata la stagione del neogiusnaturalismo, ben presto travolta dal neopositivismo e dalla diffusa convinzione della impossibilità di arrivare a una intesa comune sulla verità, rifiutando così la stessa idea di diritto naturale. Ma che questo debba consistere in un sistema giuridico *universale, perenne e immutabile* lo avevano affermato solo gli illuministi del '700 che, ritenendo infallibile la ragione umana, ne avevano fatto la stessa 'materia' con cui costruire a tavolino un intero sistema di diritto razionale. Per contro, la filosofia Scolastica, consapevole della fallibilità della ragione umana, l'aveva considerata come un semplice *strumento*, un *lume* che consente di *scoprire* un dato ritenuto oggettivo: le regole naturali che si trovano iscritte nelle cose e nel cuore dell'uomo, *per quel tanto di esse che la ragione umana, in modo variabile nel tempo e nello spazio, è in grado di percepire*. Si comprende così che, come progrediscono le conoscenze scientifiche, così si può progredire nella conoscenza, nella scoperta del diritto naturale, 'scorgendo' cose che ieri non si vedevano e dando così ragione del variare delle idee in proposito nel tempo e nello spazio. E

del resto, se pure si parla raramente di diritto naturale, inesausta è la ricerca, e la rivendicazione, di sempre nuovi diritti e tutele per la persona umana.

9. *Consenso, giustizia e forza.*

La gran parte degli ordinamenti attuali, basati su sistemi di democrazia rappresentativa, fondano essenzialmente la loro legittimazione sul consenso popolare, mentre la dialettica di partiti e ideologie, collegata alle libertà di associazione e di manifestazione del pensiero, assicurano la partecipazione di tutti alle decisioni di comune interesse. Pertanto, almeno gli aspetti di maggiore importanza dell'organizzazione sociale tengono conto, sia pure con vari compromessi, delle esigenze di tutti, assicurando indirettamente (quella che riteniamo) una accettabile ripartizione delle risorse ed una complessiva *giustizia* del sistema, almeno nel senso che dà un minimo di garanzie a tutti.

E se il sistema democratico è comunemente giudicato il migliore finora escogitato per assicurare più diffusa giustizia sociale, eguaglianza e partecipazione di tutti alle scelte di interesse generale - anzi, se vogliamo, ci appare talmente 'giusto' che ci è difficile immaginarne uno ad esso preferibile -, occorre però abbandonare l'idea che il *consenso* popolare garantisca, di per sé, la *giustizia* del sistema. Non ci si può illudere che i regimi dittatoriali si reggano soltanto sulla forza. Nessuna forza sarebbe bastevole se non vi fosse un consenso di fondo almeno sulle strutture globali e sulle scelte politiche complessive del sistema.

A tale riguardo anzi taluno paventa il rischio che la democrazia, proprio perché si affida alla regola del consenso, possa degradare a una "dittatura della maggioranza" che, in ipotesi, potrebbe conculcare i diritti delle minoranze o, al limite, comprimere o negare i diritti fondamentali dei singoli. Va considerato tuttavia che il sistema democratico non consiste nel mero rispetto formale delle regole, e in particolare della regola che conta il "numero dei voti": al contrario, già per il fatto di attribuire uguale valore al "voto" di ciascuno pone a proprio fondamento l'uguale dignità e valore di ogni essere umano - che perciò non potrebbero essere negati senza inficiare in radice la stessa base fondativa del sistema - e come fine ultimo (e criterio regolativo della sua azione) la tutela della persona e il perseguimento del bene comune (come sintesi e somma riassuntiva del bene dei singoli). La questione richiederebbe più ampio discorso. Qui può essere sufficiente rammentare che la pari dignità delle persone implica anzitutto la pari rilevanza - in termini di rispetto, tutela, garanzia - di ogni essere umano «senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali» (art. 2 Cost.), tra le quali «condizioni», in particolare, vanno annoverate le capacità, le attitudini, lo stato di salute, l'età, l'eventuale debolezza economica o psichica (cfr. art. 21 Carta europea dei dir. fondamentali; ma sul principio di uguaglianza v. § 4.2).

D'altra parte, come dimostra l'esperienza quotidiana, pur i sistemi democratici non possono fare a meno della forza per garantire l'osservanza delle norme. Le ricorrenti utopie sull'avvento di un'era in cui il diritto diverrà inutile - perché la completa giustizia del sistema ne garantirà il rispetto spontaneo e totale - sono state puntualmente smentite dalla storia e, a ben vedere, traggono origine da uno stesso orgoglio di fondo che, quando non è totalmente scettico sulla possibilità di conoscere che cosa sia giusto, si mostra per contro insofferente di una giustizia limitata e parziale, quale soltanto, invece, è consentita alla finitezza umana.

Infine, pur se problematica sul piano teoretico, la questione della giustizia si riaffaccia prepotentemente nell'applicazione quotidiana del diritto: trova spazio nella interpretazione delle leggi e nel margine che essa lascia all'interprete (§ 3.2), ma è sottesa altresì già alle leggi formali, ad es. là dove si parla di «*riconoscimento*» dei «*diritti inviolabili* dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2 Cost.).

Grande impulso comunque va acquistando la dottrina del diritto naturale dal crescente sviluppo del *diritto sovrastatale* (comunitario e internazionale: § 2.5): in esso invero emerge una generale tendenza a vagliare il rispetto dei diritti inviolabili della persona da parte delle legislazioni nazionali fondandosi sui «*principi e le tradizioni comuni*» ai diversi paesi. In particolare, le corti europee di giustizia hanno più volte giudicato illegittime talune restrizioni ai diritti fondamentali, pur previste da norme di diritto positivo, in quanto contrastanti col canone della «*ragionevolezza*». Di per sé, la ragionevolezza è la veste, dimessa e pragmatica, sotto la quale soltanto oggi ardisce presentarsi in pubblico la «*ragione*» di cui s'è detto, raggelata dalle tante correnti relativiste del nostro tempo; in concreto, essa finisce col porre alla base delle decisioni la regola del *bilanciamento* tra tutti gli interessi in conflitto: criterio, in sé non «*irragionevole*», ma certo di non assoluta coerenza con l'idea della salvaguardia dei diritti inviolabili di ciascuno.

E se il dibattito sui fondamenti teoretici del «*diritto naturale*» rimane aperto, non è meno vero che attualmente sussiste un generale riconoscimento che individua nella *dignità e nel valore della persona umana* non solo il fondamento «*inviolabile*» dei diritti della persona, e perciò un argine esterno all'arbitrio del legislatore, ma anche una positiva indicazione di principio che orienti la legge a una sua sempre maggiore tutela e promozione, configurando così l'istanza di giustizia (almeno) come irrinunciabile esigenza di ogni umano diritto.

2. Fatti, atti e negozi giuridici

SOMMARIO: 1. Fatti giuridici e atti umani. - 2. Meri fatti giuridici. - 3. Atti giuridici in senso stretto. - 4. Negozi giuridici. - 5. Atti giuridici, dichiarazioni e operazioni materiali. - 6. Categorie sistematiche e disciplina positiva. - 7. Segue. La categoria del negozio giuridico.

1. *Fatti giuridici e atti umani.*

S'è veduto nel capitolo 5 come il rapporto giuridico nasce e si modifica in seguito al verificarsi di fattispecie che sono state designate, genericamente, come *fatti giuridici*. È il caso di chiarire adesso che la nozione generale di fatto giuridico si articola in 'sottocategorie' in relazione alle *caratteristiche specifiche* dei diversi 'fatti' giuridicamente rilevanti, e, in particolare, in relazione alla circostanza che si tratti di comportamenti umani o non.

Nella *categoria generale del fatto giuridico*, si distinguono:

- i *meri fatti giuridici* (o fatti giuridici in senso stretto), che possono consistere in un accadimento naturale o in una azione umana;
- gli *atti giuridici*, che sono atti umani consapevoli e volontari;
- i *negozi giuridici*, che, oltre a dover essere consapevoli e volontari, si caratterizzano per il fatto che l'autore ne vuole gli effetti.

Per ben comprendere tale tradizionale distinzione occorre muovere dalla considerazione che nella sfera intellettuale dell'uomo si distinguono due facoltà: la coscienza e la volontà. La *coscienza* consiste nella consapevolezza di sé e del mondo esterno, nella capacità di comprendere il rapporto con gli altri e il significato dei propri atti: giuridicamente si designa, e rileva, come *capacità di intendere*. La *volontà* va intesa come capacità di autodeterminarsi, di decidere liberamente il proprio comportamento in vista di uno scopo: giuridicamente assume rilievo come *capacità di volere*.

In mancanza di tali estremi si avrà un atto 'irriflesso', un atto cioè che quasi in nulla si differenzia da un accadimento naturale, da un evento dovuto alle forze della natura. Così, nel demente manca la capacità di intendere il significato delle proprie azioni; nel cleptomane, pur essendovi tale facoltà, è esclusa la capacità di volere, poiché il soggetto non è in grado di resistere ai propri impulsi. Un'azione perciò sarà in senso proprio umana solo se accompagnata da capacità di intendere e da capacità di volere: due estremi, il cui pieno possesso si acquista giuridicamente con la maggiore età (e si parla così di capacità *legale*), ma che non mancano tuttavia nei minori, sia pure in gradi diversi, in relazione all'età e alla maturità raggiunta (e si parla in tal caso di capacità *naturale*) (v. § 6.5).

Ebbene, la categoria generale dei *fatti giuridici* (come insieme degli eventi giuridicamente produttivi di effetti) viene distinta in sottocategorie a seconda della rilevanza che in ciascuna di esse

assumono la coscienza e la volontà dell'agente. Si crea cioè una *sequenza* ordinata secondo il rilievo che, al fine della produzione degli effetti giuridici, assume la capacità di intendere e di volere del soggetto.

Si ha così un *mero fatto* (o fatto giuridico in senso stretto) quando tale capacità, vi sia o non vi sia, non assume alcun rilievo, poiché la legge assume un certo evento (determinato da una azione umana o da una forza della natura) come mero presupposto per certi effetti. Ad es., la morte di una persona.

Per aversi invece un *atto giuridico*, si richiede anzitutto che si tratti di azione dell'uomo e che, nel soggetto agente, vi sia la capacità *naturale* di intendere e di volere.

Si avrà infine un (valido) *negozio giuridico* solo se, fra l'altro, l'autore dell'atto abbia (oltre alla capacità naturale) la capacità *legale* di agire.

2. Meri fatti giuridici.

Con approccio in parte diverso, può dirsi che la legge determina i *requisiti* perché gli eventi naturali e le azioni umane producano effetti giuridici.

a) A un primo livello, ciò che si richiede è solo la *pura fenomenicità* di un evento, il mero accadere di un fatto, sia esso determinato dalle forze della natura o da una azione umana: la nascita o la morte di una persona, la «scoperta del tesoro», la costruzione e la piantagione (artt. 932, 934 c.c.). Tali accadimenti prendono il nome di *meri fatti giuridici* poiché l'effetto previsto si collega al loro accadere a prescindere dalla circostanza che siano dovuti ad accadimenti naturali o ad azione dell'uomo e, in quest'ultimo caso, a prescindere dal fatto che siano stati compiuti con coscienza e volontà o in modo del tutto irriflesso e involontario.

Così, rispetto all'effetto dell'apertura della successione è indifferente che la morte dell'ereditando sia sopravvenuta per causa naturale o per opera di altri uomini; riguardo all'effetto dell'acquisto delle piante al proprietario del suolo, è irrilevante che la semina avvenga ad opera del vento che trasporta i semi o ad opera di un uomo, proprietario o no del fondo (e sia che questi semini il campo intenzionalmente o in via del tutto accidentale, come quando i semi spagliati su un fondo cadono sul terreno confinante).

In tutte tali ipotesi, dunque, ciò che conta è il puro accadere, la *fenomenicità* di un evento e lo si definisce come *mero fatto giuridico* (o *fatto giuridico in senso stretto*).

3. Atti giuridici in senso stretto.

b) A un secondo 'livello', l'ordinamento considera (solo) i comportamenti umani e ciò che si richiede per la produzione degli effetti è la *volontarietà* del comportamento. Così, l'atto di chi paga

un debito, di chi riconosce una persona come figlio nato fuori del matrimonio, di chi danneggia la cosa altrui, produrrà gli effetti tipicamente previsti dalla legge per tali ipotesi solo se dette azioni sono compiute *volontariamente*. Più precisamente, si richiede: 1) la volontarietà dell'atto (anche se il soggetto ne ignorava o non ne voleva gli effetti giuridici); 2) quella capacità di intendere e di volere che si è definita come *naturale* (mancando la quale, come s'è veduto, viene meno la stessa riferibilità dell'atto all'uomo).

Sussistendo tali requisiti, gli effetti sono ricollegati *automaticamente* al compimento volontario dell'atto, restando irrilevante che il soggetto non ne abbia voluto le conseguenze materiali o giuridiche. In tal caso si parla di *atti giuridici in senso stretto* e si distingue poi fra *atti leciti* e *atti illeciti*.

Pertanto, chi effettua il «riconoscimento» di un figlio ai sensi dell'art. 250 (e cioè dichiara che una certa persona è suo figlio, generato al di fuori del matrimonio), inutilmente protesterà di non averne voluto gli effetti giuridici (obblighi di mantenimento, istruzione, etc.): questi infatti discendono direttamente dalla legge ed è irrilevante che il dichiarante non li volesse o addirittura li ignorasse. Il soggetto potrà sottrarsi a tali conseguenze solo provando la *mancaza di volontarietà dell'atto* (art. 265). Analogamente, non è possibile impugnare il pagamento a causa della propria incapacità *legale* (art. 1191): una volta che l'obbligazione sia stata validamente assunta (ad es., tramite il legale rappresentante), l'adempimento è *dovuto* e l'atto di pagamento sarà validamente compiuto ove sussista una *naturale* capacità di intendere e di volere. Si può solo provare la mancanza di volontarietà di esso (ad es., perché il creditore ha estorto il danaro sotto la minaccia di una pistola).

Quanto agli *atti illeciti*, anch'essi sono *atti giuridici*, dando luogo a responsabilità dell'agente. Essi obbligano al risarcimento dei danni ove siano *volontari* e compiuti da chi abbia una *naturale* «capacità d'intendere e di volere» (art. 2046): siano compiuti cioè da chi sia in grado, in relazione all'età e alla maturità, di rendersi conto del disvalore sociale dell'atto che compie. Qui è il caso di evidenziare che la volontarietà richiesta si ferma al compimento dell'atto (ad es., la manovra per parcheggiare l'auto), non richiedendosi anche la volontà delle conseguenze materiali (nella specie, il danneggiamento di altra vettura) e giuridiche (la responsabilità).

4. *Negozi giuridici.*

c) Per aversi infine un *negozio giuridico* occorre non solo che l'atto sia voluto, ma altresì che esso sia compiuto da chi ha *capacità legale* di agire e sia accompagnato dal requisito della *intenzionalità*, come preordinazione dell'atto a un fine giuridicamente tutelato. Occorre cioè che il

soggetto *voglia* anche *gli effetti* previsti dalla legge; se tale volontà manca, gli effetti non si produrranno pur in presenza di un atto che, formalmente, appartiene alla categoria del ‘negozio’.

Così, se dichiaro di rinunciare a un diritto, in tanto si produrrà l’effetto abdicativo proprio del negozio in quanto io realmente *voglia* tale effetto; non si produrrà invece se la dichiarazione è frutto di errore (ad es., perché ignoro le conseguenze legali dell’atto oppure perché emetto la dichiarazione in una lingua che conosco male, equivocando sul significato dei termini). Analogamente, se Tizio e Caio stipulano una compravendita, ma in realtà il loro intendimento è quello di realizzare una donazione, gli effetti che si produrranno saranno quelli del contratto realmente voluto (e perciò il donatario non dovrà pagare il prezzo che figura nell’atto).

Per meglio comprendere tali profili va considerato che il ‘negozio’ è lo strumento che la legge offre ai privati affinché ciascuno dia ai propri interessi l’assetto che ritiene più congruo. In altre parole, il negozio è *atto di autonomia*, cioè *di disposizione della propria sfera* giuridica; è strumento attraverso il quale ciascuno realizza l’assetto dei propri interessi, personali e patrimoniali, che ritiene a sé più confacente. È tramite l’autonomia privata, ad es., che ciascuno può decidere dove fissare la propria residenza, se e con chi contrarre matrimonio, se assumere un certo lavoro, prendere in locazione un bene o accettare una eredità, esercitare o no un diritto che gli compete, e così via. Ed è poi tramite *atti* che si inquadrano nella categoria dei negozi che si porranno in essere le singole scelte con effetti giuridicamente rilevanti (e, per lo più, vincolanti anche per lo stesso soggetto ove siano coinvolti diritti di terzi: v. § 30.1): atto di matrimonio, contratto di lavoro o di locazione, dichiarazione di accettazione dell’eredità e così via.

Si comprende pertanto, considerata la funzione propria dell’atto e la ragione per la quale viene riconosciuto dalla legge, come esso in tanto produrrà gli effetti che gli sono propri in quanto sia *voluta* da un soggetto che abbia la relativa *capacità legale* per compierlo (sulla nozione v. più ampiamente § 6.5). Sono negozi giuridici, ad es., il matrimonio, il testamento, il contratto, la rinuncia a un diritto.

5. *Atti giuridici, dichiarazioni e operazioni materiali.*

Gli *atti* giuridici dunque, siano essi negoziali o non negoziali, consistono in azioni umane alle quali la legge ricollega effetti giuridici. È il caso di precisare adesso che tali azioni possono consistere in *dichiarazioni* ovvero in *operazioni materiali* senza che ciò influisca sulla natura giuridica degli atti e sui loro effetti.

Nell’ambito degli *atti negoziali* si avranno per lo più *dichiarazioni (di volontà)*: il soggetto dichiara quali effetti intende perseguire e dispone così della propria sfera giuridica (ad es., Tizio dichiara di rinunciare a un suo diritto). È possibile però che il soggetto manifesti il proprio intento

non solo con dichiarazioni (e cioè con segni di linguaggio: parole, scritti, etc.), ma anche con *operazioni materiali* che, se in via immediata modificano la realtà fisica, hanno tuttavia un *specifico significato sociale e giuridico*. Così, chi distrugge il proprio testamento ovvero sale su un autobus manifesta, rispettivamente, la volontà di revocare le disposizioni contenute nel testamento e la volontà di stipulare un contratto di trasporto (cfr. art. 684). In tali atti, perciò, non va individuata solo una mera operazione materiale, un puro accadimento fisico, bensì la volontà di produrre effetti giuridici: hanno dunque natura negoziale e prendono il nome di *negozi di attuazione* (altri esempi se ne rinvencono nel ritiro del testamento segreto e nella convalida del contratto mediante esecuzione: artt. 608, 1444²).

Del pari, nell'ambito degli *atti giuridici in senso stretto*, l'atto umano può consistere anzitutto in una *operazione materiale*, come il pagamento di un debito, l'offerta di adempimento, la presa di possesso di un bene, la destinazione di una cosa a servizio di un'altra (artt. 1191, 1209, 923, 817). Ma può consistere altresì in una dichiarazione, che sarà però *dichiarazione di scienza* (o «partecipazione» o comunicazione di fatti a sé noti) e non dichiarazione di volontà (poiché, come s'è veduto, non è richiesta la volontà degli effetti perché essi si producano). Così avviene ad es. nella testimonianza, nella confessione, nella intimazione o diffida ad adempiere, negli avvisi, denunce o notifiche, nel riconoscimento di un figlio, nel rilascio di una quietanza (artt. 2730, 1219, 1264¹, 1495¹, 250, 1195). Si tratta in ogni caso di atti non negoziali perché gli effetti sono collegati direttamente al compimento dell'atto, a prescindere dalla consapevolezza che il soggetto ne abbia e dalla volontà di produrre detti effetti.

Si noti comunque che la qualificazione di un atto, e in specie di una dichiarazione, può non essere del tutto pacifica; e infatti si riscontrano talvolta diverse opinioni dottrinali, in particolare per la diffida ad adempiere e per le intimazioni (ad es., intimazione di sfratto o di finita locazione). Tenuto conto che uno dei tratti caratterizzanti degli atti negoziali è quello di costituire *atti di (consapevole) disposizione della propria sfera giuridica*, il criterio discretivo più affidabile sembra quello di far leva su tale profilo: quando l'atto ha per effetto di *incidere su un diritto* del dichiarante, ovvero è suscettibile di *pregiudicare un suo interesse*, deve propendersi per la sua natura negoziale: ad es., sarà atto negoziale la «diffida» prevista dall'art. 1454 perché implica la scelta per la risoluzione del contratto e preclude perciò la richiesta di una sua esecuzione coattiva. E analogamente ha natura negoziale l'adempimento di una obbligazione alternativa (v. § 22.12): essa infatti, implicando la scelta tra diverse prestazioni che magari hanno diverso valore, può pregiudicare l'interesse economico del debitore e richiede perciò (quella maturità che si acquista con) la capacità legale di agire.

6. *Categorie sistematiche e disciplina positiva.*

La distinzione dei fatti giuridici in *meri fatti, atti e negozi giuridici*, corrisponde a una tradizionale classificazione e ad una consolidata terminologia. Essa peraltro, almeno nei termini esposti, non sempre trova riscontro nel codice che, mentre detta una regolamentazione generale solo per il contratto (ignorando la categoria del negozio), disciplina volta per volta i singoli atti giuridici e parla poi di fatti (piuttosto che di atti) illeciti.

Anche per tali ragioni, una parte della dottrina ha sottoposto a critica serrata non solo la teoria dei fatti giuridici, e in particolare la categoria del negozio, ma altresì la stessa ‘categorizzazione’ dell’esperienza e degli istituti giuridici: la possibilità cioè di inquadrarli in schemi concettuali generali, accusati di essere figure dogmatiche astratte e astoriche, lontane dalla realtà dei rapporti sociali e dalla stessa disciplina positiva, sulla quale agirebbero come una sorta di “letto di Procuste”, soffocandone la varietà e amputandone la reale consistenza.

Si tratta di un rischio che non va sottovalutato, ma che dipende essenzialmente da un uso distorto delle categorie sistematiche, che sono e devono restare un mero *strumento* di conoscenza, non un istituto esse stesse. Su tali punti converrà tornare per uno specifico approfondimento. Qui basti rilevare come tali distinzioni dottrinali rispondono a due rilevanti esigenze: una teoretico-conoscitiva, di *classificazione e inquadramento sistematico* degli istituti, e un’altra pratico-applicativa, di *disciplina dei casi per i quali manchi una specifica regolamentazione*. Ad es., il codice civile nulla dice in ordine all’atto di rinuncia a un diritto che sia frutto di errore o di minaccia da parte di terzi: ebbene, il suo inquadramento fra gli *atti negoziali* (alla luce dei caratteri identificanti sopra richiamati) consente di applicare a tale ipotesi la disciplina propria di tali atti (con conseguente annullabilità della dichiarazione ove sia frutto di errore o estorta con minacce). Dunque, il significato e il ruolo delle categorie così introdotte nel sistema, lungi dal sovrapporsi alla disciplina positiva, si colgono in tali essenziali funzioni, affiancandosi a quelle *categorizzazioni e classificazioni dell’esperienza* che sono strumento, e condizione imprescindibile, della conoscenza umana.

7. *Segue. La categoria del negozio giuridico.*

Tale discorso vale, in particolare, per la categoria del *negozio giuridico*: una figura ignorata dal diritto positivo e contestata da una parte della dottrina, ma che abita ormai stabilmente le costruzioni giuridiche.

Il negozio cioè non è un istituto - al pari del contratto, del testamento o del matrimonio - che trovi riscontro nel codice, bensì una categoria dogmatica enucleata dalla dottrina (e in particolare dalla pandettistica tedesca del secolo XIX e da quella italiana del secolo scorso) per via di astrazioni

successive. Essa è stata elaborata movendo da alcune figure di diritto positivo accomunate dal fatto di costituire espressione di *autonomia*: esse dispongono cioè di interessi individuali, perseguendo effetti giuridici tutelati dalla legge, tramite un 'programma' o schema di regolamento che diviene vincolante per le parti.

Così, la «remissione» è una dichiarazione (unilaterale) volta a dismettere un credito (e cioè a 'condonare' un debito); il matrimonio è un patto (bilaterale) volto a impegnare i nubendi a un vincolo reciproco di fedeltà, assistenza e mutuo aiuto; il contratto è un accordo (bi- o plurilaterale) volto a disciplinare un rapporto giuridico patrimoniale e che vincola i contraenti a determinate conseguenze. Astraendo perciò dalle peculiarità delle singole figure si è elaborata la nozione di *negozio giuridico*, come 'supercategoria' che tutte le ricomprende facendo leva sui *tratti comuni*: atti consapevoli e volontari volti a produrre un determinato effetto giuridico.

Sulla sua definizione, peraltro, non v'è accordo unanime. La definizione classica di negozio lo vede come una *dichiarazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici tutelati dalla legge*, dando così rilievo centrale alla volontà del soggetto che diviene 'protagonista' del fenomeno giuridico. Contro questa impostazione si è osservato che essa è funzionale alla concezione liberista del secolo XIX: appare perciò condizionata alla relativa scelta 'ideologica' e, comunque, incompatibile col diritto positivo, che talvolta vincola il soggetto alla sua dichiarazione anche se non vi corrisponda una reale volontà e, talaltra, vi aggiunge effetti non voluti (v. § 36.6). La *teoria della volontà* è stata perciò per lo più abbandonata. Oggi riscuotono maggior credito la *teoria della dichiarazione* - per cui ciò che rileva è il tenore esterno della dichiarazione, restando irrilevanti eventuali riserve mentali -, e la *teoria dell'affidamento*, che vincola il soggetto solo nei limiti in cui la sua dichiarazione abbia indotto terzi a farvi affidamento.

Una più moderna impostazione lo definisce invece *atto di autoregolamento dei propri interessi*. Il soggetto cioè emette una dichiarazione con la quale, ponendo un vincolo a se stesso, persegue effetti garantiti dalla legge, dove per «atto» s'intende (non necessariamente una dichiarazione, quanto) un comportamento volontario diretto a dare regola ai propri interessi e la cui funzione corrisponde a quella prevista dalla legge: da questa, in definitiva, deriveranno perciò gli effetti giuridici, sia quelli voluti dal soggetto, sia quelli 'aggiunti' dalla legge stessa.

Si spiega in tal modo come la *volontà* realmente necessaria, nell'atto di autonomia, è un «intento empirico» del soggetto (l'acquisto di un bene, l'attribuzione di esso post mortem, l'instaurazione di una comunità di vita con il coniuge) e come pertanto, una volta che sia garantito tale intento empirico, alcuni degli effetti che pur il soggetto ha voluto possano non prodursi (ad es., per nullità parziale dell'atto: § 35.7), altri effetti aggiungersi (ad es., gli effetti 'naturali': § 36.6) ed

altri ancora sostituirsi automaticamente a quelli preveduti dalle parti (cd. inserzione automatica di clausole: § 35.10). Su tutti tali profili, comunque, si tornerà nel prosieguo.

Quel che intanto preme rilevare, allora, è la ricordata funzione del «negozio giuridico», come categoria dogmatica utile al fine di *inquadrare in uno schema unitario* i diversi atti di autonomia privata – siano essi unilaterali, bi- o plurilaterali, abbiano essi contenuto patrimoniale o no, causa di scambio o intento di liberalità –, definendo al contempo, in modo unitario, i requisiti generali che essi debbono avere (volontà, nel senso sopra visto, capacità legale di agire, autonomia della determinazione, etc.). Il negozio cioè costituisce la categoria o ‘tipo’ generale nel quale si inquadrano i concreti strumenti positivamente previsti dalla legge (matrimonio, contratto, atto unilaterale, testamento) per disporre dei propri interessi nell’ambito della riconosciuta autonomia privata.

Ferma restando allora, nei termini indicati, l’utilità di tali categorie concettuali, l’impostazione qui seguita, chiarite alcune classificazioni di portata generale, manterrà piena fedeltà alle scelte operate dal codice e mancherà pertanto una “parte generale” dedicata al negozio, operandosi piuttosto di volta in volta quelle qualificazioni e inquadramenti che consentano una più piena comprensione dei singoli istituti.

3. Il possesso

SOMMARIO: 1. Le situazioni possessorie. - 2. Ragioni della tutela. - 3. Nozione di possesso. - 4. Possesso e detenzione. - 5. Rapporti fra detenzione e possesso. - 6. Acquisto del possesso. - 8. Successione nel possesso e accessione del possesso.

1. *Le situazioni possessorie.*

Il *possesso* non è un diritto. Consiste semplicemente in una *situazione di fatto*, e precisamente nel *fatto che un soggetto gode di un bene*, a prescindere dalla circostanza che tale soggetto abbia o non abbia il diritto di farlo.

Ciò che rileva nel possesso, allora, è l’effettiva, concreta esplicazione di una signoria sulla cosa, a prescindere dalla (questione della) sua legittimità, al punto che il possessore potrebbe essere il proprietario o un ladro, l’usufruttuario o un abusivo occupante del bene. Ciò che conta perciò è che, *di fatto, un soggetto esercita sulla cosa i poteri* che spetterebbero al proprietario o al titolare di un altro diritto reale. Ebbene, la legge prende in considerazione e tutela (sia pure provvisoriamente) anche tale situazione di fatto, indipendentemente dalla sua corrispondenza alla situazione di diritto.

In altre parole, proprietà e diritti reali minori designano una *situazione di diritto*, consistente nell’attribuzione di un legittimo potere di godimento sulla cosa. Viceversa, «possesso» indica una *situazione di fatto* (non importa se legittima o no) consistente nell’*effettivo esercizio di un*

godimento sulla cosa. Qui, pertanto, la legge considera non tanto il diritto di godere della cosa in conformità alla legge, quanto la circostanza in sé, il fatto materiale o fenomenico che *in concreto* un potere sia esercitato sulla cosa stessa.

Di regola, tale potere viene esercitato da chi ha il diritto di farlo: il proprietario, l'usufruttuario, etc.; e dunque, in quanto i titolari *effettivamente* esercitano tali poteri (e sono perciò possessori del bene), la tutela del possesso proteggerà anche la situazione di diritto.

Ma può accadere che, in concreto, tale potere sia esercitato da chi non ha titolo: ad es., il ladro che porta l'orologio rubato, chi coltiva il fondo abbandonato dal proprietario, chi abbia ricevuto un usufrutto con un testamento nullo. Ebbene, anche in tal caso è garantita temporaneamente la situazione possessoria, eventualmente anche contro il legittimo titolare, al fine di garantire la pace sociale.

In estrema sintesi, la tutela consiste nel *garantire temporaneamente il mantenimento della situazione di fatto*: il possessore non deve giustificare i suoi poteri sulla cosa (non deve cioè provare di aver diritto di godere della cosa stessa) e, ove sia privato del possesso, può ottenere una immediata reintegrazione.

2. Ragioni della tutela.

Numerose sono le ragioni che giustificano la tutela immediata di una situazione di fatto senza alcuna preventiva indagine sulla sua legittimità (che, come s'è detto, può anche mancare, ove il possessore violi i diritti dell'effettivo titolare).

Anzitutto, s'è già sottolineato come il titolare del diritto è anche, di regola, possessore della cosa (cioè, di fatto, ne gode): pertanto la tutela della situazione possessoria di norma protegge proprio chi ha diritto di possedere (cd. *ius possidendi*). La tutela possessoria, inoltre, è rapida in quanto, limitandosi a garantire la semplice situazione di fatto esistente, non richiede che il soggetto dia anche la prova, a volte complessa, del proprio diritto: anche sotto tale profilo, perciò, la tutela della situazione di fatto rende agevole la tutela della situazione di diritto.

Ma è anche possibile che il possessore non sia titolare del diritto: e tuttavia, come s'è detto, pur in tal caso la legge appronta la tutela tipica del possesso perché in tal modo si garantisce la pace sociale. Se al proprietario fosse lecito riappropriarsi con la forza della cosa sua, la violenza si generalizzerebbe come mezzo per far valere le proprie ragioni. Egli, invece, dovrà far valere in giudizio il suo buon diritto. Più precisamente, il proprietario che si veda spogliato del suo bene può anzitutto resistere alla altrui violenza mentre essa è in atto (*vim vi repellere licet*: legittima difesa). Cessata la violenza inoltre egli stesso potrebbe tutelarsi (entro un anno) con le azioni a difesa del (perduto) possesso (§ 18.10); infine (trascorso un anno dalla perdita del possesso) potrà comunque agire in giudizio con le azioni petitorie a difesa della proprietà: § 15.12).

Un'altra ragione della tutela del possesso in capo a chi non vi avrebbe diritto è l'intento di 'premiare' chi, a differenza del proprietario assenteista, utilizza il bene e lo mette a frutto - recando

così un vantaggio a tutta la collettività - e comunque l'esigenza di garantire provvisoriamente, nei tempi brevi, il mantenimento dell'organizzazione produttiva data ai beni (cd. valore organizzatorio del possesso). Si pensi ad es. a un industriale manifatturiero che utilizza una macchina non sua: tutelare la situazione possessoria significa anche mantenere il livello della produzione fin quando non sarà stato dimostrato il diritto di un altro sulla macchina stessa.

In breve, i vantaggi che il possesso assicura (cdd. *commoda possessionis*) sono:

- la *posizione di convenuto nell'azione di rivendica*: chi possiede non è tenuto a dimostrare di avere un titolo (cioè un diritto: proprietà, usufrutto, etc.) a fondamento del proprio possesso: interpellato, può limitarsi a rispondere *possideo quia possideo*. Sarà chi pretende di avere un diritto poziore a dover dimostrare tale diritto;

- la *tutela giudiziaria*, tramite l'esperimento di azioni di *reintegrazione nella situazione di fatto* contro chi abbia sottratto o turbato il possesso (eventualmente anche contro lo stesso proprietario che si riappropri con la forza della cosa: § 18.11);

- il diritto al *rimborso* di determinate spese sostenute per la cosa (§ 18.9).

Sono questi, essenzialmente, i vantaggi assicurati dal possesso; altri effetti, e altri vantaggi, sono collegati come vedremo all'esistenza di ulteriori qualificazioni del possesso (buona fede, pacificità, etc.), ma, si noti, *il possesso non fa presumere la titolarità* del diritto.

3. Nozione di possesso.

Fatte queste premesse, si può comprendere la nozione dettata dall'art. 1140, a tenore del quale «il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale».

È dunque, anzitutto, un *semplice «potere»* sulla cosa, piuttosto che un «diritto» (così, invece, gli artt. 832, 952, 959, 981) e si manifesta esteriormente in una *«attività che corrisponde»* all'esercizio della proprietà o di altro *diritto reale*: si estrinseca cioè in una serie di atti e di comportamenti che, stando alla legge, competerebbero al titolare di un diritto reale. Al pari di tale soggetto, cioè, il possessore compie atti di godimento della cosa: recinta il fondo, lo migliora, demolisce una costruzione, ne percepisce i frutti, e così via.

E, come costituisce esplicazione del diritto di godimento il concedere in uso la cosa a terzi, così anche la situazione possessoria può presentarsi - oltre che come (situazione di) godimento diretto del bene - come una situazione di esercizio solo *indiretto* del potere sulla cosa, realizzato tramite un altro soggetto. Invero, secondo l'art. 1140², «si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa»: così ad es. avviene quando il possessore lascia la cosa in deposito a un terzo, la affida a un proprio dipendente, affitta il fondo, etc. In tutte tali ipotesi il possessore non perde il controllo sulla cosa: continua a esercitare un potere su di essa tramite un altro soggetto che ne ha la *detenzione*, cioè la *materiale disponibilità*. Tale disponibilità, d'altra parte, è anch'essa una relazione diretta con la cosa: comporta pur sempre cioè un potere su di essa e,

come vedremo, può assumere una sua autonomia, una configurazione propria come situazione ‘possessoria’.

Si distinguono perciò diverse situazioni possessorie: 1) il *possesso diretto*, consistente nell’esercizio dei poteri sulla cosa da parte del possessore; 2) il *possesso mediato*, che si ha quando i poteri sono esercitati dal possessore per il tramite di un terzo, che ne ha; 3) la *detenzione*, e cioè la materiale disponibilità. Si noti che la prima situazione (il possesso diretto) include in sé anche l’ultima, avendo il possessore la detenzione della cosa. Il possesso mediato invece implica che la detenzione sia presso un terzo (ad es., depositario, affittuario), presso il quale pertanto la detenzione si configura come situazione di fatto *distinta* dal possesso ma da esso in vario modo dipendente.

4. *Possesso e detenzione.*

Si suole esprimere la distinzione tra possesso e detenzione dicendo che il primo consta di due elementi: uno oggettivo, la materiale disposizione della cosa (o *corpus*), e uno soggettivo, l’intenzione, o *animus*, di tenere la cosa per sé. Nella detenzione, viceversa, si riscontrerebbe solo l’elemento oggettivo, il *corpus*, ma non l’*animus*, perché la detenzione implica sempre l’obbligo di restituire la cosa, l’obbligo di render conto al possessore dell’uso fattone. Questi infatti, pur quando non abbia il *corpus* presso di sé (come avviene nel possesso mediato), mantiene il cd. *animus rem sibi habendi*, la volontà di tenere la cosa per sé.

Tale impostazione non appare condivisibile. Deve dirsi invece che possesso e detenzione sono entrambe situazioni di fatto che consistono nell’esercitare un potere su una cosa, ma le somiglianze finiscono qui. Per aversi possesso, basta che il potere venga *di fatto* esercitato e che esso ‘*corrisponda*’ al contenuto di un diritto reale (art. 1140); e dunque, come s’è veduto: 1) il possesso può essere legittimo o illegittimo; 2) ha il contenuto che, di fatto, gli è conferito dal suo concreto esercizio; 3) viene esercitato sempre nel proprio interesse, non nell’interesse di altri.

La detenzione, invece, ha caratteri diversi. Anzitutto, è un potere *giuridicamente fondato* su un *titolo specifico* che ne determina il contenuto; e pertanto: 1) la detenzione può essere solo legittima; 2) deve avere il contenuto specificamente autorizzato dal titolo; 3) viene esercitata nell’interesse del soggetto designato dal titolo (v. *infra*). Pertanto la relazione di fatto con la cosa può assumere *contenuti diversi* in relazione al titolo dal quale essa deriva: locazione, comodato, deposito, etc. In altre parole, posto che la detenzione in capo a un soggetto deriva dal fatto che la cosa gli è stata consegnata da un altro *per uno scopo particolare*, i poteri che egli può esercitare dipendono da tale ‘scopo’, dal *titolo* in base al quale la cosa gli è stata affidata: e perciò, custodia, amministrazione, locazione, etc. E se nei primi due casi il potere è evidentemente esercitato nell’interesse di chi glie l’ha consegnata, nell’ultimo esso è esercitato (anche) nell’interesse del locatario. Sinteticamente, può dirsi che la detenzione – sempre che si presenti come situazione distinta rispetto al possesso (e cioè in capo a un soggetto diverso) – ‘*corrisponde*’ alla relazione con la cosa che si riscontra nei

diritti personali di godimento e in alcuni rapporti obbligatori: ad es., locazione, deposito, comodato.

Si noti perciò che se la detenzione sussiste in capo al possessore, essa costituirà solo una *modalità* dell'esercizio del potere: potere *diretto* sulla cosa. Se invece la detenzione sussiste in capo a un soggetto diverso - che costituirà il tramite per mezzo del quale il possessore esercita il suo potere (cd. possesso *mediato*) - la detenzione assume una diversa fisionomia, come situazione distinta dal possesso, e in tal caso essa può avere una sua specifica e autonoma tutela.

Vero è infatti che il detentore, derivando il suo potere da un altro, può farne esclusivamente l'uso consentito dal titolo per cui la cosa gli è stata consegnata (ad es., locazione); e tuttavia, tale titolo può contemplare sia un interesse del possessore mediato (amministrazione, mandato, deposito), sia un interesse proprio del detentore (locazione, affitto). In quest'ultima ipotesi, pertanto, la detenzione ha una sua autonomia (tanto che si parla di detenzione qualificata) e riceverà tutela anche contro lo stesso possessore da cui deriva (§ 18.11).

5. Rapporti fra detenzione e possesso.

La distinzione teorica tra possesso e detenzione è dunque netta. Meno agevole è però distinguere in concreto, tra le varie situazioni di fatto, quale sia da qualificare come possesso e quale come detenzione. Salvo casi particolari infatti (chi stacca le pagine di un libro o consuma dei cibi si qualifica senz'altro come possessore a titolo di proprietà), il potere esercitato sulla cosa può risultare ambiguo: può cioè 'corrispondere' all'esercizio di un diritto reale o di un diritto di credito. Ad es., chi guida una automobile o usa un martello tiene un comportamento che non si qualifica in sé come (corrispondente alla) proprietà, ma è compatibile anche coi poteri tipici di chi ad es. ha ricevuto la cosa in prestito. Dunque, potrebbe essere il proprietario (o al limite un ladro) ed esercitare così un potere 'possessorio' in senso stretto, o potrebbe aver preso in locazione l'auto e in prestito il martello ed esserne così un mero detentore. D'altra parte, chi abita un appartamento (oltre che detentore a titolo di locazione) potrebbe esserne possessore a titolo di proprietà, ma anche possessore a titolo di usufrutto o di abitazione. Occorre allora un criterio per stabilire quando ci si trovi dinanzi a un possesso e quando si tratti invece di semplice detenzione.

A tali esigenze soccorre la legge dettando una regola in tema di prova: *si presume il possesso* in colui che esercita il potere di fatto, a meno che non si provi che ha cominciato a esercitarlo semplicemente come detenzione (art. 1141). In pratica, occorrerà dimostrare che la disponibilità del bene è stata conseguita in base a un titolo (comodato, deposito, locazione, etc.) che, non comportando un diritto reale e l'esercizio dei corrispondenti poteri, qualifica come semplice detenzione la disponibilità della cosa. Analoga presunzione può valere a favore del possesso *pieno* (cioè a titolo di proprietà) rispetto a quello *minore* (a titolo di diritto reale parziario), spettando a chi assuma trattarsi di un possesso minore provare inequivoche limitazioni nel potere di fatto o che esso è iniziato sotto l'egida di altro diritto reale.

Ciò che è decisivo pertanto non è l'*animus* di chi esercita i poteri sulla cosa, quanto il *titolo* in base al quale ha iniziato a esercitarli.

È possibile peraltro che la detenzione si muti in possesso. Non basta però che il detentore muti il suo *animus* e intenda farla da padrone: occorrerà piuttosto che tale mutamento di animus abbia un *riscontro esterno*. L'art. 1141 considera anzitutto l'ipotesi in cui il titolo, sulla cui base si esercita il potere sulla cosa, «*venga ad essere mutato per causa proveniente da un terzo*»: ad es., Tizio è detentore di una bicicletta datagli in prestito da Caio; se questi successivamente gliela dona, Tizio terrà la cosa a titolo di proprietà e perciò il suo potere su di essa muta i suoi caratteri e si qualifica come possesso.

Ma la detenzione può trasformarsi in possesso anche «in forza di opposizione fatta contro il possessore» (art. 1141²): l'*opposizione* consiste in una manifestazione esterna che renda univoco il significato dei poteri esercitati sulla cosa come (esercizio del) possesso. Ad es., non basterà che l'inquilino sospenda il pagamento dei canoni (che di per sé costituisce solo inadempimento). Occorrerà piuttosto una inequivoca manifestazione esterna che qualifichi il mutamento intervenuto nell'esercizio del potere: ad es., un espresso rifiuto sia di pagare il canone sia di restituire la cosa, o magari l'alienazione della cosa stessa.

E una regola in tutto analoga, in applicazione del principio per cui *nemo sibi causam possessionis mutare potest*, è dettata in tema di comunione e in tema di mutamento del cd. possesso minore in possesso pieno (artt. 1102² e 1164; cd. *interversio possessionis* o interversione del possesso). Ad es. chi possiede a titolo di (diritto reale di) abitazione non potrà pretendere di aver iniziato a possedere a titolo di usufrutto per il fatto di aver locato (illegittimamente: § 16.7) la casa a terzi. Occorrerà una *causa proveniente da un terzo* o una sua *opposizione* al possessore.

6. *Acquisto del possesso.*

Mentre la detenzione può acquistarsi solo in modo derivativo, presupponendo un possessore dal quale si riceve la cosa, il possesso può acquistarsi anche in *modo originario*, tramite impossessamento:

- a) nei casi di acquisto della proprietà a titolo originario, che presuppongono l'apprensione materiale della cosa (accessione, occupazione, invenzione);
- b) nell'ipotesi sopra vista di “opposizione” al possessore;
- c) quando il possesso sia conseguito direttamente con la materiale sottrazione od occupazione del bene altrui (anche se abusiva: furto, intromissione nel fondo altrui, etc.).

Va precisato però che non valgono a far acquistare il possesso gli atti compiuti con l'altrui «tolleranza», e cioè consentiti per benevolenza, rapporti di buon vicinato, etc. (art. 1144). Così, non acquisterà il possesso il vicino che per mia tolleranza posteggia nel mio posto-macchina o passa sul mio fondo.

Si ha invece un acquisto *derivativo* quando il possesso venga trasmesso dal precedente possessore tramite la *consegna* della cosa: sia essa *materiale*, sia essa *simbolica* (cd. *traditio ficta*): ad es., per gli immobili, con la consegna delle chiavi.

Una consegna simbolica si ha anche nella cd. *traditio brevi manu*, in cui il detentore diviene possessore del bene (ad es., l'inquilino compra la casa tenuta in locazione) e nel *costituito possessorio*, ove si realizza la vicenda inversa: il possessore diviene semplice detentore per conto dell'acquirente, che *acquista perciò il possesso (mediato: § 18.3; ad es., il gallerista, venduto un quadro, lo tiene in deposito presso la galleria d'arte; vendo l'azienda, ma vi rimango come affittuario)*. In tali ipotesi, evidentemente, non si realizza alcuna consegna del bene, ma in virtù del *nuovo titolo* appare diversa la situazione di chi tiene la cosa presso di sé (l'insegnamento tradizionale dice che nel primo caso si muta l'*animus detinendi* in *animus possidendi*, e viceversa nel secondo).

8. Successione nel possesso e accessione del possesso.

Il possesso dunque si qualifica variamente in base alle circostanze che, *di fatto*, accompagnano il suo acquisto: buona o mala fede, violenza o pacificità, etc. Pertanto, in particolare in caso di acquisto *originario* del possesso, il soggetto sarà ad es. in buona fede in relazione al suo effettivo stato psicologico, *senza essere pregiudicato* dalla eventuale mala fede di precedenti possessori.

Invece in caso di *acquisto derivativo* del possesso occorre fare una distinzione.

Ove si tratti di *successione a titolo universale* (es.: eredità), si ritiene prevalente, rispetto al fatto in sé dell'acquisto, il *subingresso dell'erede nella stessa posizione* del defunto (di cui, si dice, l'erede continua la personalità): l'art. 1146¹ dispone infatti che *il possesso continua nell'erede* con effetto dall'apertura della successione. Se ne deduce perciò, anzitutto, che non è necessaria l'effettiva apprensione materiale del bene: l'erede diviene possessore pur se ignori l'esistenza del bene o che questo sia compreso nell'eredità. In secondo luogo, il possesso mantiene i medesimi caratteri e qualificazioni che esso aveva presso l'ereditando (art. 1146¹): perciò se il *de cuius* era in buona fede tale sarà anche il possesso dell'erede, pur se questi sappia che la cosa appartiene ad altri; se il possesso era viziato, tale continua ad essere in capo all'erede: cd. *successione nel possesso*.

Ove si tratti invece di *subingresso* in seguito a un acquisto *a titolo particolare* (ad es., consegna del bene a seguito di vendita o donazione), torna ad applicarsi la regola generale: colui che subentra nel possesso sarà in buona o in mala fede in dipendenza della sua effettiva condizione psicologica al momento dell'acquisto, senza essere pregiudicato dalla eventuale mala fede dell'alienante. E, a scolpire il concetto, si dice che il suo è un *possesso nuovo*, non lo stesso possesso che prosegue in capo all'acquirente. Se ne trova conferma nel fatto che la legge gli dà *facoltà di unire il suo possesso* a quello del suo dante causa per goderne gli effetti (art. 1146²). Così,

il compratore, ricevuta la cosa, può trovare utile congiungere al proprio possesso quello del venditore (anche se costui era in mala fede) al fine di raggiungere il tempo necessario per l'usucapione (e v. § 19.3). E si parla in tal caso di *accessione del possesso*, e cioè di unione di un possesso a quello di un altro: un effetto, che non deriva automaticamente per legge bensì dalla libera scelta del soggetto.

Si noti allora che *solo in senso figurato* può parlarsi di acquisto *derivativo* del possesso: ciò che si può propriamente trasferire a un altro soggetto è il diritto (e cioè il *potere giuridico* su una cosa); il possesso invece consiste in un *potere di fatto* che si estrinseca in una attività, e *una attività si può solo esercitare* (con ciò stesso conseguendo il potere di fatto), non trasmettere da un soggetto a un altro. Tanto meno poi il possesso può essere alienato per contratto separatamente dal diritto reale di cui costituisce esercizio, perché sarebbe contraddittorio: equivarrebbe a trasferire (l'esercizio di) un potere... mantenendo al contempo il diritto di esercitarlo. Il possesso perciò, consistendo in una attività, non può trasferirsi da un soggetto ad un altro: una attività si può solo esercitare (con ciò spesso "acquisendola" alla propria sfera). Ciò che da un altro si può ricevere è invece la *consegna della cosa*. Pertanto, il possesso: a) può acquistarsi in via di fatto, in conseguenza dell'esercizio del potere, nei casi di acquisto cd. originario (§ 18.6); b) può derivare in via automatica, per legge, nel caso di successione a titolo universale nel diritto; c) può conseguirsi per effetto dell'esercizio del potere conseguente alla *consegna della cosa* negli acquisti a titolo particolare. La consegna dunque mette a disposizione la cosa, ma il possesso consegue solo all'esercizio del potere e si tratta, come s'è detto, di un potere 'nuovo' (di buona o mala fede, a seconda dei casi), salva restando la facoltà dell'avente causa di unire al proprio possesso quello dell'alienante per goderne gli effetti. Alcune conseguenze di tali precisazioni saranno esposte al § 19.4.

4. Le obbligazioni pecuniarie

SOMMARIO: 5. Le obbligazioni pecuniarie. Il denaro. - 6. Denaro e moneta. a) Il nominalismo valutario. - 7. Segue. L'introduzione dell'euro. - 8. b) Il nominalismo del rapporto obbligatorio - 9. Gli interessi - 10. Fonte e saggio degli interessi.

5. Le obbligazioni pecuniarie. Il denaro.

Le *obbligazioni pecuniarie* sono obbligazioni che hanno ad oggetto una somma di denaro (art. 1224¹).

È appena il caso di evidenziare l'importanza preminente delle obbligazioni pecuniarie che, del resto, costituisce riflesso del ruolo centrale svolto dal denaro nell'odierno sistema economico. Piuttosto, è opportuno sottolineare come *a rigor di termini* il denaro non sia un bene in sé, bensì in quanto consente di procurarsi, col suo scambio, i veri e propri beni.

Più precisamente, tre sono le funzioni classiche svolte dal denaro: esso costituisce anzitutto generale *mezzo di scambio* per beni e servizi; è inoltre *unità di misura dei valori economici* delle cose, esprimendo il valore relativo o 'reciproco' dei diversi beni; costituisce infine *riserva di liquidità*, o capitale, assicurando una disponibilità di mezzi finanziari per impieghi futuri. Si tratta ovviamente di funzioni collegate e interdipendenti, giacché in tanto il denaro può costituire unità di misura dei valori economici in quanto è generalmente accettato come mezzo di scambio e, pertanto, si presta altresì a costituire strumento di riserva, di tesaurizzazione per impieghi futuri.

D'altra parte, è opportuno evidenziare che il denaro viene sempre meno in considerazione come «cosa», come corpus con una sua realtà fisica - materialmente consistente in oggetti metallici

o cartacei - e rileva sempre più nella sua *funzione*, tanto che si parla ormai di astrattezza o smaterializzazione della moneta. Sempre più spesso infatti il denaro non viene materialmente scambiato fra debitore e creditore, operandosi piuttosto dei meri *pagamenti contabili*, con semplici annotazioni dei trasferimenti nei registri o con accrediti presso gli istituti bancari: si parla così di “moneta scritturale” e di “moneta elettronica” (sul punto, e sui pagamenti effettuati con carte di credito, v. § 40.5). In ogni caso, i pagamenti effettuati con tali tipi di “moneta”, ricorrendo determinate condizioni, hanno effetto pienamente liberatorio (d.lgs. n. 11/2010).

6. Denaro e moneta. a) Il nominalismo valutario.

Un ruolo centrale, nell’ambito delle obbligazioni pecuniarie, è svolto dal “principio nominalistico”.

Per ben comprendere il punto occorre anzitutto introdurre la distinzione tra denaro e moneta: «denaro» è termine *generico*, idoneo a designare in modo omnicomprensivo i “mezzi di pagamento” che, nei diversi paesi, svolgono le funzioni appena ricordate; «moneta» indica invece *quella particolare specie di denaro che circola nei singoli Stati*: e perciò euro, dollari, sterline, e così via (si parla in tal caso anche di *valuta* o *divisa*).

Inoltre, occorre considerare che nei sistemi moderni la moneta circolante non ha più un *valore intrinseco*: non soltanto i pezzi metallici non contengono ormai né oro né argento, ma anche la cartamoneta non è più, come nel passato, rappresentativa di una certa quantità d’oro in cui possa essere “convertita” (e cioè scambiata presso l’istituto di emissione: ad es., la Banca d’Italia). È stata infatti soppressa ovunque la cd. *convertibilità* (in oro) della moneta e il suo “valore” si fonda ormai esclusivamente sulla solidità economica e sulla stabilità politica dei singoli Stati.

Pertanto, in ordine al principio nominalistico occorre propriamente distinguere il *nominalismo valutario* e il nominalismo del rapporto obbligatorio .

Il primo si trova sancito nell’art. 1277¹ ove si dispone che «i debiti pecuniarî si estinguono con *moneta avente corso legale* nello Stato al tempo del pagamento». Si tratta di regola attinente a importanti interessi pubblici e, pertanto, in vari modi favorita: anzitutto, la sua accettazione come mezzo di pagamento costituisce un preciso obbligo (e il rifiuto di riceverla è punito con sanzione amministrativa: art. 693 c.p.). Inoltre, se pure è possibile contrarre obbligazioni in valuta estera, il debitore ha comunque «*facoltà di pagare in moneta legale*» (salvo solo il caso che sia indicata la clausola «effettivo» o altra equivalente: art. 1278 s.). Infine, con tale moneta si estinguono anche i debiti relativi a monete non aventi più corso legale al tempo del pagamento (art. 1277²).

Da tale regola deriva ancora che il debitore è tenuto ad adempiere con *moneta contante* (o con *moneta elettronica*) e non può, senza il consenso del creditore, adempiere tramite titoli di credito che non garantiscano l’effettivo incasso di quanto dovuto: ad es., può pagare con assegno circolare, non con assegno bancario (per la differenza v. § 55.20, 22). La previsione, tuttavia, soffre

oggi importanti deroghe, introdotte per ragioni fiscali e di controllo sui movimenti di denaro: i pagamenti d'importo ~~pari o~~ superiore a 2000 euro *non possono* essere effettuati *in contanti*, né possono essere emessi assegni al portatore di importo pari o superiore a 1000 euro (d.l. n. 124/2019, legge n. 214/2011).

7. Segue. *L'introduzione dell'euro*

Il sistema monetario europeo, del quale fa parte l'Italia e che ha introdotto *l'euro* come *moneta avente corso legale nello Stato* (a partire dal 1.1.2002), non ha modificato tali regole: ha soltanto *sostituito l'euro alla lira*, come ha del pari sostituito le monete di altri paesi europei.

Nel diritto interno il passaggio all'euro è regolato principalmente dal d.lgs. n. 213/1998 la cui disciplina, per quanto qui interessa, può essere così sintetizzata:

- è stato previsto anzitutto un *periodo transitorio* (dal 1.1.99 al 31.12.01) retto dal principio "nessun obbligo-nessun divieto": tutte le obbligazioni e i contratti potevano essere espressi sia in lire sia in euro, ma i pagamenti in euro potevano farsi solo con moneta scritturale (assegni, bonifici, carte di credito), non esistendo ancora la nuova divisa come moneta circolante;

- a partire dal 1.1.2002 *l'euro* diviene a tutti gli effetti la moneta avente *corso legale* ed entrano in circolazione banconote e monete metalliche in euro. A partire da tale data perciò tutti i pagamenti vanno effettuati in euro e i riferimenti alla lira, nei contratti e negli altri atti giuridici, devono intendersi fatti all'euro. Le lire residue ancora in circolazione non possono più essere convertite nella nuova moneta (a partire dal 7.12.2011: art. 26 d.l. n. 201/2011 che ha così anticipato, con dubbia legittimità costituzionale, il termine originariamente previsto del 31.12.2012);

- la sostituzione dell'euro alla lira è retta dal *principio di continuità*: essa non modifica in alcun modo il contenuto dei contratti e delle obbligazioni se non per l'*automatica conversione in euro* degli importi espressi in lire, al cambio fisso e invariabile di 1936,27 lire per euro.

8. b) *Il nominalismo del rapporto obbligatorio.*

Il *nominalismo del rapporto obbligatorio*, invece, fa riferimento propriamente al cd. *potere d'acquisto della moneta* e sul punto occorre qualche chiarimento preliminare. Poste le ricordate funzioni del denaro e considerato che a rigor di termini esso non è un "bene" – poiché la valuta circolante non ha valore intrinseco –, il suo *valore reale* dipende dalla sua idoneità ad acquistare beni e servizi, e cioè dal suo «potere d'acquisto». Se questo si modifica – ad es., diminuisce nel corso del tempo – si riduce l'utilità del denaro: nominalmente posseggo la stessa somma, ma effettivamente ho in mano qualcosa che vale meno di prima.

Stando così le cose, sembrerebbe conseguente che l'idoneità del denaro a costituire mezzo di pagamento, e cioè *esatto* adempimento di un'obbligazione, dipenda dal *mantenimento del suo potere di acquisto*, dalla sua inalterata idoneità ad acquistare quella *stessa quantità di beni* che con esso si poteva acquistare nel momento in cui era sorta l'obbligazione. Viceversa, è regola generale al riguardo il *principio nominalistico*, quale *irrelevanza delle variazioni del potere di acquisto della moneta* tra il momento della nascita dell'obbligazione e quello della scadenza. Irrilevanti perciò saranno sia la *rivalutazione*, sia la (ben più frequente e ormai fisiologica) *svalutazione* della moneta: ad es., se 10 anni fa ho ricevuto in prestito una certa somma, dovrò restituire denaro di pari importo nominale, anche se il suo valore reale, nel frattempo, è sensibilmente diminuito.

Il principio è sancito nell'art. 1277 ove si dispone la validità del pagamento effettuato con moneta legale «*e per il suo valore nominale*». Pertanto, se il debito era fissato in 1000 euro il debitore si libera pagando (moneta di valore nominale pari a) 1000 euro, anche se nel frattempo la moneta si è fortemente deprezzata. È pertanto rispetto alla moneta o «valuta» che si verificano i fenomeni di svalutazione e rivalutazione ed è con «moneta avente corso legale nello Stato» che occorre adempiere le obbligazioni pecuniarie.

La regola peraltro è *derogabile* dalle parti, che possono pattuire apposite *clausole* volte a rivalutare la somma dovuta o ad agganciarla a determinati parametri: si possono ad es. ricordare la clausola oro, la clausola merci, la clausola numeri-indici. A meccanismi del genere fa riferimento ad es. l'adeguamento periodico dei canoni di locazione sulla base della svalutazione risultante dagli *indici Istat* (cdd. clausole di indicizzazione), ed è poi la legge stessa che stabilisce in alcune ipotesi la rivalutazione periodica di alcuni crediti (v. ad es. artt. 337-ter⁵ c.c.; 429³ c.p.c.). Più spesso peraltro i privati ricorrono ad un diverso accorgimento per evitare gli effetti della svalutazione, concordando un *tasso d'interesse variabile* in relazione all'andamento dell'inflazione.

Il principio nominalistico, intuitivamente, risulta oneroso per il creditore, alterando a volte sensibilmente le ragioni dello scambio a suo tempo pattuito: in particolare, in periodi di inflazione 'galoppante' diviene particolarmente oneroso per il creditore ricevere una somma il cui potere di acquisto si discosta sensibilmente da quello a suo tempo presente alle parti. Si comprende perciò come numerosi siano stati i tentativi di attenuare la portata di tale principio (per i casi in cui le parti non abbiano provveduto con apposite clausole). Al riguardo è ormai consolidata la distinzione tra debiti di valuta e debiti di valore.

Si ha *debito di valuta* quando l'obbligazione è *determinata fin dall'origine con riferimento al denaro* (o valuta): ad es., 1000 euro, 10 euro al chilo. Si ha *debito di valore* quando l'obbligazione, almeno in origine, è determinata con riferimento a un *valore economico diverso dal denaro*: ad es., il valore dei miglioramenti che vanno rimborsati al possessore (§ 18.9).

In altre parole, sono dette "di valuta" le obbligazioni che *già alla nascita sono pecuniarie*, avendo ad oggetto una somma di denaro: ad es., il prezzo di una vendita. Si dicono invece "di valore" le obbligazioni che *diventano pecuniarie* solo in un secondo momento (al momento della quantificazione monetaria di quanto dovuto), mentre in origine hanno ad oggetto un "valore economico": ad es., l'ammontare del danno arrecato ad altri. In tal caso cioè l'*oggetto* originario del debito non è direttamente il denaro, bensì la *reintegrazione del patrimonio altrui*: ben è possibile, ed anzi necessario, che la prestazione venga poi quantificata in una somma di denaro; questa tuttavia è soltanto un *equivalente economico di quel che realmente si deve*, e cioè la riparazione del danno. Si comprende perciò come la somma così determinata, esprimendo soltanto il 'valore economico', la 'traduzione' in termini monetari di ciò che è dovuto, *si sottrae al principio*

nominalistico: in particolare, se essa viene quantificata con riferimento ai prezzi correnti alla nascita dell'obbligazione, dovrà essere *rivalutata*, per evitare di far gravare sul creditore il deprezzamento della moneta. Sono debiti di valore le obbligazioni risarcitorie e quelle indennitarie: e perciò sia le obbligazioni nascenti da fatto illecito, sia le indennità dovute ad es. al possessore.

9. *Gli interessi.*

Gli *interessi* sono una *obbligazione pecuniaria accessoria* a una principale avente ad oggetto una somma di denaro. Essi consistono in una somma ulteriore, dovuta da chi fruisce di un capitale altrui, che si aggiunge a detto capitale. La loro entità si determina in misura percentuale rispetto alla somma capitale e in relazione al tempo del godimento (o del ritardo nella restituzione).

In quanto *accessoria*, l'obbligazione segue le sorti della principale e pertanto si trasferisce automaticamente col trasferimento di questa, non è dovuta o viene meno se l'obbligazione principale è nulla, viene annullata, etc. Pur se accessoria, essa è tuttavia obbligazione *distinta* dalla principale, e pertanto può formare oggetto di separati atti di disposizione (cfr., per le pertinenze, l'art. 818), necessita di specifica domanda giudiziale e ha un autonomo termine di prescrizione (art. 2948, n. 4).

È opportuno distinguere tre profili generali: funzione, fonte, saggio degli interessi.

Quanto alla *funzione* gli interessi hanno natura composita, svolgendo funzioni diverse: remunerativa e risarcitoria.

La *funzione remunerativa* è legata alla natura del denaro, che è bene fruttifero per eccellenza, e indica che gli interessi rappresentano *il corrispettivo, il compenso dovuto per il godimento di denaro altrui*. Tale funzione adempiono gli interessi detti *corrispettivi*, che hanno natura di frutti civili e rappresentano la remunerazione del capitale (art. 820³): ipotesi tipica e ben nota è quella del mutuo (art. 1815; § 51.1).

La *funzione risarcitoria*, svolta dagli interessi *moratori*, è profondamente diversa, servendo a risarcire il danno per il ritardo nell'adempimento: in caso di mora infatti allo svantaggio insito nel mancato godimento del denaro si aggiunge una perdita, consistente nel non aver ricevuto la somma a tempo debito (ciò che, ad es., può aver impedito un affare conveniente o costretto il creditore a ricorrere a prestiti onerosi).

Gli interessi moratori hanno dunque funzione risarcitoria, ma presentano questo di caratteristico: essi assorbono gli interessi corrispettivi, in quanto sono dovuti di norma in misura superiore ad essi. La funzione compensativa cioè viene ricompresa in tal caso in quella risarcitoria, venendo a costituire una posta, un elemento del complessivo risarcimento dovuto. Gli interessi moratori allora costituiscono uno strumento specifico, in caso di mora, per risarcire la perdita complessiva (mancato godimento del denaro e danno per il ritardo nella restituzione della somma), ma altresì, come vedremo, uno strumento forfettario di liquidazione minima del danno stesso (§ 25.6).

10. *Fonte e saggio degli interessi.*

Quanto alla *fonte* degli interessi, si distinguono interessi convenzionali e legali.

a) Gli interessi *convenzionali* sono quelli che traggono origine da un apposito accordo fra le parti, fermi restando i divieti di legge (ad es., per l'anatocismo: § seguente).

b) Quanto agli interessi *legali* norma fondamentale è l'art. 1282, a tenore del quale *i crediti pecuniari liquidi ed esigibili producono interessi di pieno diritto*. Sono *liquidi* i debiti determinati nel loro ammontare o agevolmente determinabili con mere operazioni aritmetiche. Sono *esigibili* i crediti non sottoposti a termine né a condizione o il cui termine di pagamento sia scaduto.

Su *tutti i crediti liquidi ed esigibili*, dunque, decorrono interessi (corrispettivi) «di pieno diritto», e cioè senza che occorra una ulteriore, specifica previsione normativa o negoziale. Negli altri casi, invece, saranno dovuti interessi solo in presenza di *esplicita disposizione* di legge o di usi normativi.

In concreto, con riguardo ai *crediti non liquidi* l'ipotesi di maggior rilievo è quella delle obbligazioni risarcitorie e indennitarie. Per le prime tuttavia opereranno immediatamente gli interessi *moratori* (art. 1219²) che, come s'è detto, assorbono gli interessi corrispettivi. Per le seconde provvedono talvolta apposite previsioni normative (ad es., artt. 1282³, 2033, 2036²).

Con riguardo ai *crediti non esigibili*, tipiche ipotesi sono quelle relative a obbligazioni contrattuali per le quali sia pattuita una 'dilazione' di pagamento. In tal caso si produrranno interessi solo nei *casi previsti dalla legge*, e tali casi sono relativamente numerosi. È anzitutto il caso del compratore di un bene fruttifero che abbia ricevuto la cosa ma debba ancora il relativo prezzo, ma anche del mutuo, del conto corrente, del deposito bancario (cfr. artt. 1499, 1815, 1825, 1782²). Previsioni, che si ritiene possano estendersi *analogicamente* a tutte le figure di contratti bancari, per i quali operano comunque consolidati *usi* in tal senso.

Quanto al *saggio* degli interessi, la misura è stabilita dalla legge o dalle parti. In ordine agli *interessi corrispettivi*, qualora le parti non abbiano provveduto interviene la legge, che attualmente prevede una misura variabile, fissata annualmente dal Ministero del Tesoro (con la procedura stabilita dall'art. 1284¹): dall'1 gennaio 2020 essa è pari allo 0,05% «in ragione d'anno». Tale saggio si applica sia agli interessi di fonte legale sia a quelli di fonte convenzionale, sempre che le parti non abbiano disposto diversamente. La pattuizione di un saggio superiore richiede però, a pena di nullità, la *forma scritta*: in mancanza, gli interessi sono dovuti nella misura legale sopradetta (art. 1284³).

Rimane in ogni caso vietata la pattuizione di *interessi usurari*, fortemente contrastati sia sul piano civile, sia sul piano penale. La legge n. 108/1996 anzitutto fissa i parametri per la definizione del tasso usurario prendendo come punto di riferimento iniziale i *tassi medi di interesse* praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati (sulla base di rilevazioni trimestrali effettuate dal Ministero del Tesoro). Sono poi definiti usurari gli interessi che, rispetto a detto tasso medio:

a) siano «sproporzionati» (quando il debitore si trovi in condizioni di difficoltà economiche o finanziarie), oppure:

b) superino il cd. *tasso-soglia*: esso si calcola aumentando il tasso medio di $\frac{1}{4}$ e aggiungendovi altri 4 punti percentuali (artt. 2⁴, legge n. 108/1996 e 644³ c.p.). Se ad es. il tasso medio rilevato è il 4%, il tasso-soglia sarà pari al 9% (4+1+4). Il saggio usurario di interessi, oltre a dar luogo a severe sanzioni penali, non solo rende nulla la relativa pattuizione, ma fa anche venir meno l'obbligo di pagare qualsiasi interesse, compreso l'interesse legale (art. 1815).

Degli *interessi moratori*, attesa la loro funzione risarcitoria, diremo in tema di inadempimento (§ 25.6).

5. Inadempimento delle obbligazioni

SOMMARIO: 1. L'inadempimento. - 2. L'«impossibilità» liberatoria. - 3. La prova della impossibilità liberatoria.

1. L'inadempimento.

L'inadempimento è la *mancata o inesatta esecuzione* della prestazione dovuta (art. 1218). Può consistere perciò in una inesecuzione totale oppure in una esecuzione parziale o inadeguata, e cioè non conforme alle regole che definiscono l'«esatto adempimento»: sarà inesatta, ad es., una prestazione che non abbia i requisiti richiesti di diligenza o di esattezza quantitativa e qualitativa.

L'inadempimento si dice *assoluto* quando la prestazione è mancata del tutto; *relativo* quando una prestazione vi è stata ma risulta difforme da quella dovuta (ad es., per il *ritardo* con cui è stata adempiuta). Vedremo inoltre che l'inadempimento si dice *imputabile* quando è dovuto a colpa del debitore o, comunque, egli debba risponderne.

Come già sappiamo, di fronte all'inadempimento il creditore può chiedere anzitutto l'esecuzione forzata in forma specifica, sempre che essa sia possibile ed egli vi abbia ancora interesse (§ 21.3). In ogni caso, conseguenza dell'inadempimento imputabile è la *responsabilità del debitore*: egli è tenuto a risarcire i danni cagionati con l'inadempimento.

Precisamente, secondo l'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*».

Analizzando tale disposizione è agevole però rilevare la dissonanza con quanto disposto dall'art. 1176 c.c. Mentre quest'ultimo impone l'osservanza della diligenza *media*, l'art. 1218 sembra tenere responsabile il debitore fino al limite della *impossibilità*, e cioè fino al limite di *tutto lo sforzo umanamente possibile* (oltre il quale soltanto, appunto, comincia una vera e propria «impossibilità»). E in effetti una parte della dottrina ritiene tale difformità non casuale, individuando nel sistema un *doppio regime di responsabilità*.

In particolare, secondo questa dottrina, vigerebbe un regime di *responsabilità per colpa* (e cioè per inosservanza della diligenza media) nelle obbligazioni di dare cose specifiche e nelle obbligazioni di mezzi; vigerebbe, per contro, un regime di *responsabilità oggettiva* (e cioè senza colpa, fino al limite della «impossibilità» assoluta) per le obbligazioni di dare cose generiche, per quelle di risultato, per quelle di non fare (per tali nozioni, v. § 22.1). Tale impostazione viene giustificata alla luce di esigenze di razionalizzazione del sistema economico: per alcuni tipi di obbligazioni, cioè, sarebbe particolarmente viva l'esigenza di sicurezza nell'adempimento, senza che il debitore possa invocare esimenti o cause di giustificazione che nuocerebbero alla puntualità e alla sicurezza degli scambi. Pertanto, la responsabilità oggettiva costituirebbe un fattore importante per elevare il livello di diligenza mediamente impiegato, contribuendo a spingere fuori dal mercato le imprese che non riescono ad adeguarsi e rafforzando così, indirettamente, il funzionamento del sistema economico.

2. L'«impossibilità» liberatoria.

Osserva però altra dottrina che tale impostazione muove da una nozione di impossibilità desunta dal linguaggio corrente, ma che non trova riscontro nella legge; inoltre, secondo il criterio sistematico di interpretazione, il significato dei termini deve essere ricostruito tenendo conto di tutte le disposizioni normative. Ebbene, da una ricostruzione complessiva del sistema emerge che la prestazione è *impossibile quando non può essere eseguita con l'impiego della diligenza richiesta*: quando cioè nessun debitore, applicando lo sforzo diligente *dovuto*, sarebbe in grado di adempiere. E la diligenza richiesta, come s'è veduto, è sempre quella del «buon padre di famiglia», cioè una *diligenza media* secondo un *canone di normalità* (§ 24.2).

Vero è piuttosto, come pure s'è veduto, che la diligenza concretamente dovuta si configura in maniera diversa in relazione all'*oggetto* e al *titolo* dell'obbligazione, che possono richiedere perizia, attenzione, accorgimenti tecnici differenziati nei diversi casi (v. § 24.2). Ad es., l'obbligo di custodia si struttura in modo diverso sia in relazione al bene da custodire (si pensi a una valigia depositata alla stazione e a cento chili d'oro custoditi nel caveau di una banca), sia in funzione del «titolo» da cui nasce (vendita, trasporto, deposito oneroso o gratuito, comodato, etc.: cfr artt. 1177, 1693, 1710 e 1718¹, 1768, 1804¹).

Ciò tuttavia non influisce sul regime della responsabilità, che è unitario, in quanto collegato alla *inosservanza dello sforzo diligente richiesto in relazione alla specifica prestazione dovuta*. Ebbene, se oggetto della prestazione è solo una *attività* (cd. obbligazione di mezzi) il debitore sarà esente da responsabilità se nessun debitore, applicando lo sforzo diligente concretamente richiesto, avrebbe potuto eseguirla: ad es., se ho affidato a degli sterratori il compito di effettuare uno scavo, essi non saranno inadempienti se, trovando della roccia, non possono svolgere il loro compito (pur se, ovviamente, lo scavo sarebbe possibile a un'impresa dotata di idonei macchinari). Parallelamente, ove sia dovuto un *risultato*, non vi sarà inadempimento se nessuno, in base

all'impegno richiesto, potrebbe realizzarlo: ad es., il camionista non sarà inadempiente se frana la strada su cui si doveva effettuare il trasporto pur se, in astratto, sarebbe possibile un trasporto per via aerea: si tratterebbe infatti di uno sforzo che esula dall'impegno normalmente assunto da un'impresa di trasporti terrestri.

Quanto alle prestazioni di dare, e in particolare alle *obbligazioni pecuniarie*, vero è che l'*impotenza finanziaria* non costituisce esimente pur se determinatasi senza colpa del debitore (ad es., il lavoratore è stato licenziato ed è rimasto privo di risorse); e tuttavia, anche in tal caso può configurarsi una ipotesi di "impossibilità" (almeno temporanea: ad es., uno sciopero bancario) come sancito del resto dall'art. 3 d.lgs. n. 231/2002.

In conclusione, l'inadempimento è l'inesatta esecuzione della prestazione alla luce dello sforzo debitorio concretamente dovuto. Pertanto, ciò che si richiede per esonerare il debitore da responsabilità non è una impossibilità assoluta (e cioè fisica o materiale, tale che nessuno sforzo umano potrebbe vincerla), bensì una impossibilità insieme *oggettiva*, tale cioè che nessun debitore "medio" potrebbe superarla, e *relativa*, dovendo essere valutata in relazione allo sforzo debitorio richiesto (e perciò in relazione al tipo di contratto, all'oggetto dell'obbligazione, etc., come s'è detto trattando della nozione di diligenza: § 24.2).

3. La prova della impossibilità liberatoria.

In tale quadro si chiarisce allora il ruolo dell'art. 1218: esso non deroga all'art. 1176; prevede piuttosto che all'*obbligo* di diligenza media da esso previsto si aggiunge, al fine di evitare la responsabilità per inadempimento, un *onere*: l'*onere di provare l'impossibilità* della prestazione (nel significato sopra visto) e, inoltre, che essa è dovuta a una *causa a lui non imputabile*.

Si tratta di una disposizione importante: il debitore deve provare anzitutto la *causa specifica* che ha impedito la prestazione; se non vi riesce risulterà responsabile, perché resteranno a suo carico tutte le cause ignote (ad es., le cause dell'incendio o dell'affondamento della nave che non sia stato possibile accertare). Deve provare inoltre che tale causa *non è a lui imputabile*, e cioè che essa è stata *imprevedibile e inevitabile*. Classiche ipotesi di inimputabilità sono il *caso fortuito* e la *forza maggiore* (ad es., una frana, un terremoto, una insurrezione popolare o una guerra), il *fatto dell'autorità* (ad es., un decreto che mette fuori commercio una specialità medicinale), lo *sciopero generale* (non invece quello limitato all'impresa del debitore). Anche la morte e la malattia del debitore, almeno in alcuni casi, possono dar luogo a impossibilità della prestazione (§ 26.6).

Si noti che anche il giudizio su *prevedibilità ed evitabilità* dell'evento che ha impedito la prestazione va condotto alla stregua dello sforzo diligente dovuto in relazione alla natura e al titolo dell'obbligazione: ad es., una frana costituirà causa di impossibilità sopravvenuta rispetto al trasporto terrestre, ma non sarà tale rispetto all'obbligazione del costruttore che avrebbe dovuto effettuare adeguate indagini geologiche prima di costruire; il diniego della concessione edilizia (che

integra un “fatto dell’ autorità”) costituirà esimente per il costruttore, non per l’ingegnere che abbia redatto un progetto non conforme al regolamento edilizio.

* * *

Così delineata la disciplina dell’ inadempimento delle obbligazioni, è opportuno operare alcune precisazioni. Anzitutto, essa costituisce la *disciplina generale* in materia, e va perciò coordinata con le *regole speciali* dettate per le singole fattispecie, e cioè per le *specifiche fonti* dalle quali le obbligazioni stesse derivano, e in particolare con le norme dettate per i diversi contratti: esse invero ben possono prevedere un aggravamento o una attenuazione della responsabilità rispetto al regime generale (v. ad es. artt. 1693 e 2236; qui basti segnalare che, nei contratti gratuiti, la responsabilità è in genere prevista solo in caso di colpa grave).

In secondo luogo, va evidenziato che pur quando la responsabilità sia esclusa (per l’impossibilità di adempiere), la prestazione non è stata comunque eseguita: il debitore allora è sì liberato (in quanto l’obbligazione si estingue: § 26.6) e non dovrà risarcire il danno, ma non avrà diritto alla controprestazione ove si tratti di contratti di scambio: sul punto v. § 39.5, nonché artt. 1492-1494.

6. La delegazione

SOMMARIO 7. La delegazione di pagamento. - 8. La delegazione di debito. - 9. Effetti della delegazione di debito. -12. Modi e strumenti di circolazione delle obbligazioni.

7. La delegazione di pagamento.

La *delegazione* è l’incarico che un soggetto (delegante) dà a un altro soggetto (delegato) di pagare, ovvero di promettere un pagamento, a un terzo (delegatario).

L’ipotesi più frequente è quella in cui un soggetto A è contemporaneamente creditore di B e debitore verso C ($B \rightarrow A \rightarrow C$): ad es., A è creditore di B perché gli ha prestato del denaro ed è debitore di C perché gli deve il prezzo delle merci acquistate. A può allora utilizzare il credito che vanta nei confronti di B per adempiere il debito verso C tramite l’istituto della *delegazione* che, in sé, significa delega, incarico. Possono darsi due figure: delegazione di pagamento e delegazione di debito.

Con la *delegazione di pagamento* (o *delegatio solvendi*) il delegante incarica il delegato di *effettuare un pagamento* al delegatario. Il delegato non è tenuto ad accettare l’incarico, anche se è debitore del delegante (art. 1269²), ma, se accetta e lo esegue, il suo adempimento ha l’effetto di estinguere contemporaneamente sia il suo debito verso il delegante, sia il debito di questi verso il delegatario.

Si consideri infatti che il delegato non ha un debito verso il delegatario e il suo adempimento è giustificato dal fine di adempiere l'obbligazione di A (che, dunque, sarà estinta). Contemporaneamente, B avrà effettuato indirettamente una prestazione a vantaggio di A, e perciò si estinguerà anche il suo debito verso di lui. In altre parole, la prestazione di B trova giustificazione nei rapporti sottostanti: e cioè nel rapporto tra delegato e delegante (cd. *rapporto di provvista*) e nel rapporto tra delegante e delegatario (cd. *rapporto di valuta*).

B — provvista → A — valuta → C
(delegato) (delegante) (delegatario)

Si tratta di uno schema molto frequente nella pratica e che si ritrova, ad es., nell'assegno bancario e nel mandato di pagamento. Così, invece di tenere pronto denaro contante, posso affidarlo a una banca incaricandola di provvedere ai miei pagamenti: l'assegno bancario infatti, pur essendo consegnato al creditore, contiene un ordine rivolto alla banca-delegata (il testo prestampato reca infatti la dicitura «a vista *pagate* per questo assegno bancario euro..., all'ordine del Sig. ...»). Lo stesso schema si presenta quando un ente pubblico rilascia un «*mandato di pagamento*» esigibile presso un istituto bancario. E in effetti, dovendo il debitore-delegato prestare il proprio consenso, la delegazione si configura come un contratto, e precisamente un mandato (art. 1703; § 50.1).

Non è richiesto il consenso del creditore che, del resto, non può lagnarsi di nulla poiché la sua posizione non è alterata: semplicemente, sarà un altro soggetto che effettuerà il pagamento, com'è consentito in via generale (art. 1180 e § 24.5).

8. La delegazione di debito.

La *delegazione di debito* (o *delegatio promittendi*) riprende lo schema già visto, ma se ne differenzia perché il delegante incarica il delegato (non già di pagare immediatamente, bensì) di *promettere un futuro pagamento*, e cioè di assumere una obbligazione verso il delegatario (art. 1268).

La figura si articola in passaggi successivi che è utile esporre distintamente:

- il delegante invita il delegato a obbligarsi verso un'altra persona (delegatario), ma il delegato, come s'è veduto, non è tenuto ad accettare l'incarico (art. 1269²);

- se accetta, il delegato effettuerà la *promessa* al delegatario, rimanendo così obbligato verso di lui;

- contestualmente a tale promessa, il delegato potrebbe far riferimento a uno o a entrambi i rapporti sottostanti (di provvista e di valuta). Ad es., la promessa del delegato potrebbe essere del seguente tenore: «Su invito di A, mi impegno a pagarLe la somma di mille euro che A Le deve a titolo di prezzo per la merce acquistata»: in tal caso la promessa fa espresso riferimento alla 'causa' sottostante al debito del delegante (e perciò si dice che essa è 'titolata' sul rapporto di valuta, ma potrebbe anche essere titolata sulla provvista) e si parla di *delegazione titolata* o *causale*. Ciò ha l'effetto di rendere opponibili al delegatario le eccezioni fondate su tali rapporti. Ad es., il delegato

potrà rifiutare il pagamento promesso se la merce acquistata dal delegante non è stata poi consegnata, oppure era viziata, e così via;

- ordinariamente, tuttavia, la promessa non farà riferimento ai rapporti sottostanti (ad es., il delegato dichiara: «Su invito di A mi impegno a pagarLe la somma di mille euro»), e si parla allora di *delegazione astratta o pura*. In tal caso il delegato rimane vincolato al tenore letterale della sua promessa e non potrà opporre le eccezioni fondate su tali rapporti, salvo che siano entrambi inefficaci (cd. *nullità della doppia causa*: art. 1271¹). È ovvio che l'astrattezza della delegazione rafforza il vincolo obbligatorio del delegato, rendendolo insensibile alle vicende dei rapporti sostanziali sottostanti. Il limite dato dall'ipotesi di nullità della doppia causa si spiega considerando che un eventuale adempimento sarebbe inutile: mancando sia il rapporto di provvista sia il rapporto di valuta, il pagamento sarebbe inutile perché la prestazione andrà poi restituita;

- la promessa del delegato, pur se accettata dal delegatario, non libera il delegante, e la delegazione perciò è di norma *cumulativa*, salvo che il delegatario consenta espressamente di liberare il delegante (art. 1268¹; cd. *delegazione liberatoria o privativa*).

Lo schema appena esposto si ritrova nella «cambiale tratta», che consiste in un invito che il delegante fa ad un soggetto - per lo più suo debitore - di obbligarsi verso un altro (il delegatario; sulla tratta v. specificamente § 55.9 e, per un fac-simile, § 55.10).

9. Effetti della delegazione di debito.

Effetto della delegazione di debito è quello di *creare una nuova obbligazione*, a carico del delegato, per effetto della sua promessa. Poiché di norma la delegazione è *cumulativa*, tale nuova obbligazione *si affianca*, si aggiunge a quella del delegante ma non la non estingue: essa rimane in vita, pur se diviene *sussidiaria*, e cioè il delegatario accettante «non può rivolgersi al delegante se prima non ha richiesto al delegato l'adempimento» (art. 1268²).

Se invece (col consenso del delegatario) la delegazione è *liberatoria*, la nuova obbligazione derivante dalla promessa *si sostituisce* a quella del delegante. In particolare:

- ove la delegazione sia titolata, si avrà una mera *successione nello stesso debito*, operandosi solo una sostituzione del soggetto debitore nel rapporto originario;
- ove la delegazione sia astratta, si avrà una *novazione*, in quanto la nuova obbligazione estingue la vecchia e i suoi 'accessori': interessi, garanzie, eccezioni.

* * *

L'ipotesi da cui si sono prese le mosse, nel parlare della delegazione, è quella in cui *il delegante è al tempo stesso creditore del delegato e debitore del delegatario* (e utilizza il credito per estinguere il debito): tale tipo di delegazione viene perciò definita come *attiva e passiva* allo stesso tempo.

Può darsi tuttavia l'ipotesi che il delegante A sia *soltanto* debitore del delegatario C (A → C): in tal caso, invitando un terzo ad obbligarsi verso il suo creditore, egli interviene sul proprio debito. È questa, allora, la delegazione *passiva*, così detta perché l'iniziativa è presa dal *debitore* e delegato è un terzo. Il terzo, non dovendo nulla al delegante, acquisterà perciò un credito nei suoi confronti. La delegazione passiva è la sola disciplinata dal codice, che definisce tale ipotesi come quella in cui «il debitore [delegante] assegna al creditore un nuovo debitore» (art. 1268¹).

È ammissibile, però, anche la delegazione *attiva*, che si ha quando delegante è il *creditore* (B → A): il creditore A incarica B di obbligarsi verso un terzo (C). In tal caso, A agisce nella sua qualità di creditore: con la delegazione, interviene sul lato attivo del rapporto obbligatorio (e perciò si parla di delegazione *attiva*), disponendo del credito che vanta nei confronti di B. Il delegato B, adempiendo, estinguerà il proprio debito verso A, mentre quest'ultimo acquisterà un credito verso il delegatario C.

Come s'è avvertito, peraltro, il delegante è di solito sia creditore del delegato, sia debitore del delegatario, e la delegazione sarà perciò al tempo stesso *attiva e passiva*: essa, piuttosto che a far sorgere dei crediti, sarà diretta a estinguere i due rapporti (di provvista e di valuta) sui quali si innesta.

12. Modi e strumenti di circolazione delle obbligazioni.

Si sono veduti, nelle pagine precedenti, alcuni degli 'strumenti' cui si ricorre più di frequente al fine di far 'circolare' le obbligazioni. È il caso adesso di sottolineare brevemente come, pur nelle diverse conseguenze sul piano giuridico, tali strumenti siano in larga misura intercambiabili.

Muoviamo dall'ipotesi, frequentissima nella realtà, che un soggetto A sia debitore verso C e vanta un credito nei confronti di B (B → A → C). I mezzi che gli si offrono per 'collegare' i due rapporti, in modo da adempiere il debito con il credito, sono i più vari.

Nello schema delineato, A può limitarsi ad indicare C come *destinatario del pagamento* di B (art. 1188), oppure può dar vita a una *delegazione di pagamento* (art. 1269). Può poi invitare B a *promettere* un pagamento a C, e avremo allora una *delegazione di debito* (art. 1268) o può stipulare con B (suo debitore) un contratto d'*accollo* del debito verso C (art. 1263). Ma A potrà realizzare un risultato sostanziale analogo con una *cessione* a C del proprio credito verso B (art. 1260), ponendo in essere una cessione solutoria.

In tutti questi casi, perciò, A ha utilizzato il proprio credito verso B per realizzare una attribuzione a C, facendo fronte così al proprio debito. Nell'analogia del "risultato sostanziale" di tali operazioni, la scelta dell'uno o dell'altro strumento dipenderà da varie ragioni, e in particolare dalla diversità delle conseguenze giuridiche derivanti nei singoli casi.

Va inoltre evidenziato che le discipline delineate non soltanto integrano figure a se stanti, e cioè negozi tipici che ben possono essere stipulati autonomamente, soddisfacendo particolari, occasionali esigenze del creditore o del debitore: essi costituiscono altresì il "nucleo centrale", lo schema essenziale, che si ritrova all'interno di più ampie operazioni economiche e di corrispondenti, specifici negozi giuridici. Così, cessione e delegazione si ritrovano all'interno di cambiali e assegni, strumenti giuridici complessi appositamente configurati per consentire la circolazione rapida e sicura delle obbligazioni; la cessione dei crediti da parte di un'impresa può avvenire in via sistematica o addirittura programmatica, dando vita a specifici contratti per la gestione e la riscossione dei crediti, come il factoring, o ad operazioni finanziarie come la cartolarizzazione dei crediti, divenendo strumenti di finanziamento delle imprese. Naturalmente, la disciplina di questi contratti deroga per più aspetti a quella generale appena studiata, ma

quest'ultima va sempre tenuta presente, come lo schema generale su cui le "deroghe" si innestano. Di alcuni di essi ci occuperemo nella sede appropriata (§ 51.2, cap. 55).

7. Il contratto

SOMMARIO: 1. Il contratto come fonte di obbligazioni. - 2. Contratto e rapporto contrattuale. - 3. Autonomia privata e autonomia contrattuale. - 4. Gli atti unilaterali.

1. *Il contratto come fonte di obbligazioni.*

Completata la disciplina delle «obbligazioni in generale», il libro quarto del codice civile passa a trattare delle *singole fonti di obbligazione* che, come si ricorderà, sono «il contratto, il fatto illecito e ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico», secondo la dizione dell'art. 1173. In tale disegno complessivo, il titolo II del libro IV (art. 1321 ss.) regola anzitutto i «contratti in generale»: detta cioè la *disciplina generale* che - salvo diversa previsione - si applica a *tutti* i contratti, abbiano o non abbiano nella legge una regolamentazione specifica (art. 1323). Il titolo III, poi (art. 1470 ss.), disciplina i «singoli contratti»: vendita, locazione, appalto, etc. È alla disciplina generale che dedicheremo ora attenzione, rinviando al prosieguo la trattazione delle specifiche tipologie.

Il contratto, nella definizione dell'art. 1321, è *l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*. Così, due soggetti possono accordarsi nel senso che uno di essi si obbliga a svolgere una attività lavorativa a favore dell'altro, che a sua volta si obbliga a pagare un salario (e si tratterà di un contratto di lavoro); oppure possono decidere di associarsi, conferendo ad es. lavoro e capitali, per svolgere insieme un'attività economica (contratto di società), e così via; ma di ciò si dirà nel prosieguo.

In questo primo approccio, piuttosto, occorre richiamare l'attenzione sul fatto che, nella sistematica del codice, il contratto si configura come *fonte* di rapporti giuridici e in particolare *di obbligazioni*: esso è idoneo a produrre nelle relazioni fra i contraenti modificazioni giuridiche tutelate dalla legge: precisamente, dà luogo ad un «rapporto contrattuale», con i relativi diritti e obblighi; questi ultimi, poi, si configurano come «obbligazioni» in senso tecnico (v. § 20.2).

Il contratto, però, svolge anche un altro ruolo di centrale rilievo nel sistema, configurandosi come lo strumento principale con cui si attua il *trasferimento della proprietà* e degli altri diritti reali sui beni. E in tale veste, infatti, lo si è già incontrato fra i *modi (derivativi) di acquisto della proprietà*. S'è veduto anzi che nell'impostazione del codice civile abrogato - che faceva della proprietà il cardine dell'intero sistema di diritto privato - il contratto trovava in tale ruolo la sua funzione fondamentale e il suo principale rilievo sistematico. La diversa scelta del codice vigente –

di inquadrare il contratto tra le fonti delle obbligazioni – risponde a una visione più aderente alla moderna realtà economica e al ruolo centrale svolto in essa dai rapporti obbligatori, attribuendo principale rilievo a tale funzione (cfr. §§ 15.2 e 21.2).

Per la verità, parte della dottrina ha criticato la scelta del legislatore perché, considerando il contratto soltanto come *una* fra le diverse fonti di obbligazione (e perciò equiparandolo, sistematicamente, a fatti di indubbio minor rilievo: ad es., la gestione d'affari), non rispecchierebbe il ruolo centrale che alla volontà delle parti compete nella moderna economia.

In realtà, tale ruolo fondamentale non è affatto escluso, né comunque pregiudicato, dalla sistematica del codice che appare anzi apprezzabile anche sotto un ulteriore profilo, difficile da spiegare nell'impostazione che attribuisce rilievo assorbente alla volontà privata: e cioè il fatto che dal contratto non derivano solo gli effetti voluti dalle parti, ma anche ulteriori conseguenze giuridiche, talvolta in contrasto con la stessa volontà manifestata dai privati (ad es., la durata minima della locazione per immobili urbani e fondi rustici). Sul punto si tornerà nel prosieguo, ma va fin d'ora evidenziato come la volontà privata riveste un ruolo (centrale sì, ma) non esclusivo nella produzione degli effetti giuridici: il contratto semplicemente *concorre*, con altri *fatti* e con la stessa *legge*, a disciplinare i rapporti giuridici privati.

L'impostazione del codice, pertanto, appare apprezzabile anche sotto tale profilo, evidenziando la complessità del sistema e l'articolato atteggiarsi della relazione tra autonomia ed eteronomia nella disciplina dei rapporti contrattuali.

2. Contratto e rapporto contrattuale.

Dalla definizione dell'art. 1321, sopra riportata, emergono allora i due profili qualificanti del contratto: la creazione di un *rapporto giuridico* - e perciò di una serie di diritti e obblighi - e la sua derivazione dall'«accordo», e cioè da un *atto di volontà* degli interessati.

Il termine «contratto» viene usato infatti sia per designare l'*atto* posto in essere dalle parti – tramite le dichiarazioni di volontà con cui si dà vita all'«accordo» –, sia per indicare il *rapporto*, e cioè la relazione giuridica che dall'atto stesso (e per effetto del 'riconoscimento' attribuitogli dalla legge) deriva. Ma si tratta di caratteristica comune a tutti gli atti (produttivi di effetti) giuridici. Ad es., il matrimonio-*atto* consiste nella dichiarazione degli sposi, resa davanti al pubblico ufficiale, di volersi prendere in marito e in moglie; il matrimonio-*rapporto* consiste nei «diritti e doveri che nascono dal matrimonio» (art. 143: fedeltà, coabitazione, assistenza, etc.). L'atto di matrimonio richiede alcuni requisiti o elementi essenziali perché sia validamente posto in essere (ad es., la dichiarazione, la forma dell'atto pubblico, etc.), e il rapporto matrimoniale nasce da quell'atto, come *effetto* giuridico che trova in esso la propria base o fonte. L'*atto* è perciò *strumentale* al

rapporto e ne è il presupposto necessario: se l'atto manca, o è invalido, non sorgerà l'effetto del rapporto o vincolo giuridico.

Analogamente, il contratto-atto consiste nelle dichiarazioni delle parti fuse nell'*accordo*; il contratto-rapporto consiste nella relazione giuridica che, come *effetto dell'atto*, si instaura fra le parti e ne precisa diritti e obblighi (ad es., l'obbligazione di far godere l'appartamento e, per contro, di pagare il canone). In tal senso, può anche dirsi, il contratto-atto è *fonte* del rapporto contrattuale fra le parti (cfr. art. 1173).

E si noti ancora: se il contratto-atto consiste nelle dichiarazioni delle parti fuse nell'*accordo*, quando questo è raggiunto si dice che il contratto è *concluso* e può perciò iniziare a produrre i suoi effetti. L'espressione «conclusione del contratto», allora, non indica la 'fine' del contratto stesso né l'esecuzione delle prestazioni; indica piuttosto il momento *conclusivo* dell'accordo, il momento in cui si *perfeziona* lo scambio dei consensi che dà vita al rapporto contrattuale. Dunque, *conclusione* e *perfezionamento*, ma anche *stipulazione* del contratto (v. cap. 32), sono sinonimi.

In sintesi, il contratto consiste nella definizione di un certo assetto di interessi giuridicamente vincolante, e perciò nella creazione di una regola di comportamento derivante dalla *volontà delle parti*, e si conferma perciò la qualificazione del contratto come *negozio*, di cui costituisce, come s'è detto, la figura più importante e sul quale si tornerà fra breve (§ 30.6). Intanto, è necessario rimarcare che il contratto è lo strumento principale attraverso il quale la volontà privata è chiamata a dare assetto ai rapporti giuridici, a configurarli nella maniera che ciascuno ritiene adeguata alle proprie esigenze e interessi. È, pertanto, uno strumento di essenziale rilievo in tutto il diritto privato.

3. *Autonomia privata e autonomia contrattuale.*

Dopo aver dettato la «nozione» di contratto, il codice sancisce il principio della *autonomia contrattuale*, come libertà delle parti di determinarne il contenuto (art. 1322) e, così, di decidere liberamente delle relative clausole (prezzo, consegna, luogo e tempo dell'adempimento, etc.).

L'«autonomia contrattuale» si colloca nel quadro della più ampia *autonomia privata*, come libertà dei soggetti di *autodeterminarsi*, di decidere da sé circa i propri interessi, personali ed economici. S'è visto anzi che questa libertà costituisce uno dei cardini del diritto privato: in particolare, nell'ambito degli *interessi economici*, il contratto appare lo strumento generale offerto ai singoli per tale regolamentazione e si articola in una serie di facoltà di segno e contenuto diversi.

a) Primo e fondamentale aspetto dell'autonomia contrattuale è la cd. *libertà contrattuale in senso negativo*: la facoltà di autodeterminarsi in ordine alla opportunità di *concludere o no* un contratto e, altresì, in ordine alla *libera scelta dell'altro contraente*. Il principio conosce però alcune

deroghe, delle quali ci occuperemo nel prossimo capitolo. Corollario di tale regola fondamentale è il principio, in certo senso speculare, per cui nessuno può essere vincolato da un contratto al quale sia rimasto estraneo: non abbia prestato, cioè, il proprio consenso (art. 1372; § 37.1).

b) *In senso positivo* l'autonomia contrattuale si specifica anzitutto nella facoltà delle parti di «determinare liberamente il contenuto del contratto, nei limiti imposti dalla legge» (art. 1322¹), e ciò pur quando si tratti dei contratti cdd. nominati: che hanno cioè un «nome» e una disciplina specifica nella legge. Le parti perciò, col loro accordo, possono anche *derogare alle norme dispositive* di legge, secondo quanto già s'è veduto in precedenza. Ad es., l'art. 1490¹ dispone che il venditore deve «garantire che la cosa venduta sia immune da vizi»: ebbene, trattandosi di norma *dispositiva* le parti possono accordarsi nel senso di *escludere* tale «garanzia per i vizi». Il secondo comma di tale articolo, peraltro, stabilisce dei limiti a tale facoltà, statuendo che il patto non è valido «se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa». Una eventuale pattuizione in tal senso, perciò, rimarrà priva di effetto: è questo, appunto, uno dei «limiti stabiliti dalla legge», inviolabile dai privati in quanto trattasi di disposizione «imperativa», volta a tutelare il superiore interesse alla correttezza delle contrattazioni e come tale non rimesso alla disponibilità delle parti.

c) Infine, l'autonomia contrattuale attribuisce ai singoli la facoltà di «concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare»: possono cioè stipulare *contratti cdd. innominati* (o atipici). I privati possono così dettare per i loro interessi un regolamento che non trova rispondenza nei *tipi* o modelli predisposti dalla legge e la prassi odierna conosce molti «contratti innominati», che per la loro frequenza ben possono dirsi *socialmente* tipici e che sono entrati ormai nel linguaggio comune con la terminologia dei paesi in cui hanno avuto origine: *leasing, factoring, merchandising, etc.* È però necessario che tale contratto atipico sia «diretto a realizzare *interessi meritevoli di tutela* secondo l'ordinamento giuridico» (art. 1322²). La legge cioè presterà la propria assistenza ai contratti atipici solo dopo aver verificato la meritevolezza dei fini perseguiti dai privati: ma si tratta di profilo che verrà esaminato a proposito della *causa* del contratto (§ 33.3).

4. *Gli atti unilaterali.*

Mentre è ammessa la stipulazione di contratti atipici, la volontà *unilaterale* di un soggetto non trova un analogo, generale riconoscimento quale fonte di rapporti giuridici. L'insegnamento tradizionale anzi contrappone al contratto, quale strumento *generale* dell'autonomia privata (flessibile nel tipo e negli effetti e suscettibile di avere il più vario contenuto), la *tipicità degli atti*

unilaterali. Si insegna cioè che di essi sono ammissibili solo quelli esplicitamente previsti (cd. *numero chiuso* degli atti unilaterali) e con i *tipici effetti* previsti dalla legge: cfr. art. 1987. Le ragioni di tale diversa configurazione sono molteplici e forse non tutte rispondenti all'attuale assetto socio-economico. Tra quelle ancor oggi valide va qui rammentato il principio per cui al singolo non è consentito incidere unilateralmente sulla sfera giuridica altrui: e infatti, s'è veduto che un aspetto dell'autonomia contrattuale consiste proprio nella cd. *libertà negativa*: nessuno può essere vincolato dalla volontà altrui. Ma ragioni di tutela sussistono anche quando si tratti di attribuire effetti vantaggiosi: questi infatti possono creare obblighi giuridici o morali verso il disponente che il beneficiario potrebbe non voler assumere (cfr. ad es. l'art. 437 sull'obbligo del donatario di prestare gli alimenti al donante).

Un'altra importante ragione della diffidenza della legge verso gli atti unilaterali va individuata nel rischio che tramite le promesse unilaterali si alteri la disciplina del contratto e le connesse garanzie apprestate dal sistema per assicurare una equilibrata distribuzione dei rischi e dei poteri delle parti. Come vedremo infatti la disciplina del contratto fa perno sul nesso di interdipendenza che già socialmente ed economicamente caratterizza le prestazioni, e cioè sul cd. *sinallagma* che lega le reciproche prestazioni di scambio: in tanto alieno la proprietà di un bene in quanto ottengo in cambio un altro bene, o denaro o servizi. E pertanto, se il venditore non consegna il bene il compratore può rifiutarsi di eseguire la sua prestazione, chiedere la risoluzione, etc.: in breve, le due controprestazioni si garantiscono a vicenda. Se dunque invece di stipulare un contratto Tizio e Caio promettessero, ciascuno unilateralmente, una certa prestazione all'altro, dette prestazioni non risulterebbero collegate e l'inadempimento di uno non consentirebbe all'altro di invocare i relativi rimedi. La generalizzazione di tali promesse perciò, mentre non rispecchierebbe la realtà socio-economica dei rapporti, si presterebbe a realizzare distorsioni del sistema e forme di abuso da parte dei contraenti forti.

Gli atti unilaterali dunque sono tipici, sia nel *tipo*, sia negli *effetti*. Ciò non toglie comunque che la categoria degli atti unilaterali ammessi dalla legge sia ricca di figure diverse (rinuncia a un diritto, remissione del debito, promessa al pubblico, promesse cambiarie, etc.). La loro peculiarità, piuttosto, consiste nel fatto che manca una disciplina di carattere generale: *ad essi si applicano* le disposizioni specificamente dettate per ciascuno di essi e, «*in quanto compatibili, le norme che regolano i contratti*» (art. 1324).

Nei limiti in cui sono ammessi comunque anche gli atti unilaterali sono idonei a realizzare effetti giuridici, e ad alcuni di essi la legge dedica una analitica disciplina quali specifiche «fonti di obbligazione» (promesse unilaterali e titoli di credito: artt. 1987 ss.; capp. 40, 55).

In sintesi, allora, un atto unilaterale può:

a) incidere soltanto sul suo autore: l'atto è ammesso alla sola condizione che riguardi interessi disponibili (o costituisca legittimo esercizio di quelli indisponibili): ad es., derelizione di un bene, rinuncia a un diritto, accettazione di eredità, consenso a un trattamento sanitario;

b) incidere favorevolmente su altri: è ammissibile quando l'acquisto dipenda dall'accettazione del beneficiario o questi possa rifiutare il vantaggio acquisito con effetto retroattivo: ad es., proposta irrevocabile, contratto a favore di terzi, remissione di un debito, lascito testamentario;

c) incidere sfavorevolmente su altri: è ammissibile solo quando l'autore sia a ciò autorizzato dalla legge o da un precedente accordo tra le parti: ad es., diffida ad adempiere, recesso dal contratto, riscatto del prelaionario.

Infine, proprio perché l'atto promana dalla volontà di un singolo soggetto, deve ammettersi che la stessa volontà possa ritirarlo: può cioè procedere alla *revoca* dell'atto, privandolo degli effetti già prodotti, salvo che altri abbia conseguito un vero e proprio diritto (e un diritto "stabile": *infra*, § seguente). Ad es., si può revocare il testamento, la proposta e l'accettazione contrattuale, la procura (artt. 1328, 1396, 679).

8. La tutela del contraente debole

13. Disciplina del contratto, principio di uguaglianza e tutela dei contraenti: difesa dal mercato e difesa nel mercato. - 14. La tutela del contraente debole e il divieto di «abuso di potere contrattuale».

13. Disciplina del contratto, principio di uguaglianza e tutela dei contraenti: difesa dal mercato e difesa nel mercato.

S'è detto a suo tempo della scelta operata dal legislatore del '42 che, nel rivedere il disegno complessivo del sistema di diritto privato, ha proceduto alla "riunificazione" dei codici civile e commerciale: ne è scaturita una disciplina che, nel suo insieme, risulta improntata per un verso a esigenze di snellezza e rapidità del traffico giuridico, per l'altro al principio di uguaglianza tra i soggetti di diritto, e perciò connotata da una regolamentazione unitaria, indipendente dalla qualifica dei contraenti come 'privati' o come 'commercianti'. S'è veduto del resto che le stesse regole dettate per le clausole vessatorie – che pur rappresentano un'importante presa d'atto della ricorrente disparità di potere contrattuale tra le parti – si applicano a tutti i contraenti e a tutti i contratti: sia tra privati cittadini, sia tra imprese, sia tra queste e cittadini privati.

Certo, già in anni non lontani dalla codificazione erano venute emergendo segnalate esigenze di protezione di particolari categorie di persone, al fine di rendere effettivo il principio di uguaglianza sostanziale (cfr. § 4.2), che hanno condotto all'emanazione di numerose discipline di settore, in

particolare nel campo delle locazioni, del lavoro subordinato e dei contratti agrari, in larga parte ancora vigenti. Si è trattato peraltro di una disciplina che, per lo più, è intervenuta direttamente sul conflitto d'interessi tra i contraenti, e in particolare sull'equilibrio economico dei contratti, ma non ha toccato sostanzialmente i principi cardine del diritto contrattuale: si è intervenuti cioè su talune regole (come il canone o la durata del rapporto) che sono giuridiche, sì, ma che attengono essenzialmente al profilo economico.

L'ottica complessiva, allora, guardava alla platea dei contraenti come distinta per *classi sociali* (semplificando: 'padroni' e lavoratori) e mirava a correggere gli squilibri economici del rapporto, perseguendo così una *difesa dal mercato* delle classi deboli.

Con il declino dell'ideologia politica che più direttamente aveva ispirato (e comunque favorito) tale assetto della disciplina, è venuto emergendo per un verso che *parte debole* nei contratti sono in qualche modo tutti coloro che contrattano con le grandi imprese, con i colossi imprenditoriali e finanziari che dominano nei diversi settori produttivi: e si tratta in particolare dei "piccoli" imprenditori. Ma, per altro verso, si è acquisita consapevolezza delle potenzialità di un mercato realmente concorrenziale, tanto che il senso complessivo della disciplina che verrà via via introducendosi è quello della difesa dei contraenti deboli non *dal* mercato, bensì *nel* mercato: in un *mercato reso efficiente da clausole contrattuali equilibrate* e dal superamento delle situazioni di abuso di potere contrattuale cui talvolta dà luogo la "posizione dominante" di alcune imprese. Efficienza, altresì, rafforzata dalla lotta a pratiche commerciali ritenute "scorrette", nella convinzione che tali pratiche – consentendo di operare a costi minori – attribuiscono a chi le attua un vantaggio indebito sulle altre imprese. In breve, si è operato nella fiducia che l'adozione di principi di «correttezza, trasparenza ed equità» in seno ai contratti vada non solo a vantaggio dei singoli contraenti, ma anche a beneficio del mercato e dell'efficienza e funzionalità dell'intero sistema economico.

La tematica è di ampio respiro e la relativa disciplina ben potrebbe meritare una trattazione autonoma, conforme all'orientamento che vi ravvisa un intero "sottosistema contrattuale" e parla poi di "terzo contratto" per la disciplina dedicata ai contratti tra imprese. Considerato tuttavia che il punto d'incidenza sulla comune normativa contrattuale afferisce alla stipulazione (e al contenuto dell'accordo), riteniamo preferibile trattarne in questo capitolo, anche al fine di meglio delineare le differenze rispetto alla disciplina in tema di clausole vessatorie.

14. *La tutela del contraente debole e il divieto di «abuso di potere contrattuale».*

Quando abbiamo trattato dei contratti standard, è emerso che la tutela predisposta dagli artt. 1341 e 1342 c.c. si è rivelata insufficiente al fine di garantire la *parte debole* del rapporto – colui che può soltanto accettare o rifiutare in blocco il contratto con le sue clausole –, riducendosi per taluni aspetti a una tutela soltanto formale. E già s'è detto, d'altra parte, come contraenti deboli si siano rivelati non soltanto i "consumatori", e cioè coloro i quali acquistano beni o servizi per le

esigenze della vita quotidiana: non pochi *imprenditori* infatti si trovano in una condizione di *dipendenza economica* e talvolta di *subordinazione imprenditoriale* rispetto ad altre imprese, dalle quali dipendono quasi totalmente per la loro attività produttiva, e sono esposti pertanto a subirne la posizione dominante e, non di rado, gli abusi che esse sono in grado di perpetrare a loro danno. Ma s'è evidenziato altresì come abusi e pratiche commerciali scorrette non ledono soltanto la libertà negoziale di singoli consumatori o imprenditori: essi producono anche *effetti distorsivi sul mercato*, non di rado falsando la libertà di concorrenza, per l'indebito vantaggio economico che gli operatori scorretti conseguono a danno di altri.

La regolamentazione via via introdotta con leggi speciali, perciò, è venuta differenziando sempre più marcatamente i contratti in relazione a una peculiare qualità dei contraenti: consumatori o (alcune categorie di) imprenditori. Nell'arco di oltre un ventennio si sono così succeduti, quasi sempre in attuazione di specifiche direttive comunitarie, numerosi provvedimenti normativi a tutela dei contraenti deboli, tanto che si è ritenuto di potervi ravvisare l'emersione di un *nuovo principio*: il *divieto di abuso di potere contrattuale*; divieto, posto a carico della parte che si trovi in posizione di forza – economica, conoscitiva, imprenditoriale – e sia perciò in grado di incidere sul contenuto del contratto, “imposto” al contraente debole.

Alcuni interventi legislativi hanno avuto ad oggetto i contratti tra imprenditori, altri – e sono i più numerosi – i contratti tra “consumatori” e “professionisti”.

9. La causa

SOMMARIO: 1. La causa del contratto. - 2. I contratti tipici. - 3. I contratti atipici. - 4. I negozi astratti. - 5. I motivi. La presupposizione.

1. *La causa del contratto.*

Gli altri «requisiti» del contratto, elencati dall'art. 1325, sono la causa, l'oggetto e la forma (quando questa sia prescritta dalla legge sotto pena di nullità).

Il codice civile non dà la nozione di causa del contratto né definisce il suo ruolo “in positivo”; si preoccupa piuttosto di precisare il profilo ‘negativo’ della illiceità della causa (e dei motivi): artt. 1343-1345. Tale requisito si definisce, pertanto, in base alla tradizione e alla disciplina complessiva della materia.

Per «causa» si intende comunemente la *funzione economico-sociale* del contratto, e cioè lo scopo, il risultato economico-giuridico cui è diretto un certo schema contrattuale. Ad es., causa della compravendita è lo scambio di una cosa contro un prezzo; causa della locazione è lo scambio tra il godimento di un bene e il corrispettivo di un canone, e così via. Si tratta di un elemento essenziale del contratto: di un elemento, cioè, la cui mancanza (o illiceità) produce come vedremo la nullità assoluta e insanabile del negozio.

La necessaria presenza di una causa, e di una causa che sia lecita e meritevole di tutela (v. § 30.3), risponde all'esigenza di una *giustificazione socialmente apprezzabile* del rapporto creato dalle parti e rende evidente come *la volontà privata non è da sola sufficiente a creare un rapporto giuridico* cui l'ordinamento presta la propria assistenza e tutela. È necessario, cioè, che la volontà degli interessati sia accompagnata e sostenuta da una sufficiente 'giustificazione': deve essere «diretta a realizzare *interessi meritevoli di tutela* secondo l'ordinamento giuridico» (art. 1322²); sul punto, peraltro, ci siamo già soffermati in precedenza e si tornerà fra breve (§ 33.3). Qui è il caso di osservare che il controllo dell'ordinamento sull'autonomia privata opera anzitutto proprio attraverso la valutazione della causa del contratto. Così, non è possibile realizzare un'attribuzione patrimoniale a un soggetto, né assumere un'obbligazione nei suoi confronti, se non ricorre una 'giustificazione' di tali prestazioni che l'ordinamento consideri adeguata: causa adeguata potrebbe essere ad es. lo 'scambio' con un bene o un servizio, oppure l'intento 'donativo' (la volontà di arricchire la controparte per spirito di «liberalità»).

Ma giustificazione adeguata potrebbe essere anche l'intento di definire una lite, di adempiere un'obbligazione naturale, di estinguere una obbligazione di diverso contenuto (tramite la cd. *datio in solutum*; v., rispettivamente, §§ 53.1, 42.4, 24.3). Non si può invece semplicemente trasferire la proprietà di un bene a un altro soggetto, né obbligarsi nei suoi confronti, se non risulta a che 'titolo', 'perché' si voglia realizzare tale attribuzione. Vero è soltanto (ma questo è un altro discorso) che la causa deve essere *espressa* (e cioè dichiarata esplicitamente nell'atto negoziale) soltanto nei negozi formali, mentre è *presunta* negli altri contratti tipici e nei negozi astratti (§ 33.2, 4).

La causa, allora, risulta centrale in quanto definisce e riassume il nucleo essenziale dell'operazione economica, la *tipica funzione economico-sociale* che a quel contratto si riconnette nella vita di relazione, consentendo così di valutarne la 'meritevolezza'.

Piuttosto, ferme rimanendo tali esigenze e funzioni del requisito della causa, è il caso di ricordare che una parte della dottrina critica la definizione riportata perché il riferimento alla funzione *tipica* o *astratta*, che la legge assegna a un certo tipo di contratti, non consente di tener conto adeguatamente degli interessi *reali* che muovono le parti e che poi verranno in considerazione quando si voglia operare un controllo sugli interessi in concreto perseguiti col singolo contratto. Tale dottrina definisce piuttosto la causa come «funzione economico-individuale», come *ragione pratica* o interesse concreto effettivamente perseguito dalle parti. La questione peraltro è complessa e sarà ripresa nel prosieguo del discorso (§ 46.5). Intanto basti precisare che la nozione di causa come funzione economico-sociale non esclude che il 'controllo' vada poi condotto sulla specifica causa effettivamente inerente al singolo accordo raggiunto tra le parti (§ seguente).

2. I contratti tipici.

Ora, con riguardo alle operazioni economiche più consolidate e diffuse nella realtà sociale, la legge ha provveduto a disciplinare, a ‘tipizzare’ alcuni schemi contrattuali, decidendo così in via generale e preventiva circa la meritevolezza degli interessi perseguiti. Si parla così di contratti «nominati» o «tipici» a proposito di vendita, locazione, mutuo, mandato, trasporto, appalto, etc.: quanti sono i contratti che appartengono ai «tipi aventi una disciplina particolare» nella legge (così, l’art. 1322²).

I contratti nominati si presentano dunque come *modelli astratti o schemi tipici di operazioni economiche* che le parti possono tranquillamente adottare. La tipizzazione di tali schemi infatti equivale a una *preventiva valutazione* circa la meritevolezza degli interessi e la tutelabilità del contratto. Si badi, però, che anche in tale ipotesi la causa conserva la sua importanza centrale: la valutazione dell’ordinamento non investe qui lo schema astratto - che è lecito per definizione, trattandosi di ‘modello’ ammesso dalla legge - bensì la *causa concreta* relativa allo specifico contratto stipulato dalle parti, verificando che essa *in effetti* esista e sia valida.

Potrebbe accadere infatti che la causa, astrattamente esistente, non possa *in concreto* realizzarsi. Ciò potrebbe verificarsi, ad es., quando compro una cosa che è già mia o assicuro contro il furto un bene che è stato già rubato. Vendita e assicurazione sono contratti nominati e leciti, ma è chiaro che le operazioni ricordate non hanno alcuna *causa concreta*, nessuna effettiva giustificazione: la vendita non potrebbe conseguire l’effetto di farmi acquistare la proprietà di una cosa che è già mia. Manca la causa e il contratto è nullo.

Ma altresì, potrebbe accadere che le parti utilizzino schemi contrattuali tipici per il *perseguimento di interessi diversi e ulteriori* rispetto a quelli propri del negozio utilizzato: è questo il cd. *uso indiretto del negozio*. Ad es., al fine di estinguere un debito conferisco al mio creditore un mandato ad alienare un mio bene senza obbligo di rendiconto: il ‘mandatario’ potrà vendere il bene senza dovermi rendere conto delle somme incassate, che potrà dunque trattenere a soddisfazione del suo credito. La dispensa dal rendiconto è lecita (art. 1713²) e, di per sé, ha la funzione di alleggerire la responsabilità del mandatario (cfr. art. 217³); essa, tuttavia, potrebbe in concreto essere pattuita al fine di conseguire il fine “solutorio” di cui s’è detto o, al limite, per effettuare una liberalità al mandatario. Il che è quanto già prevede in termini generali la legge là dove consente che il fine di realizzare l’arricchimento gratuito di un altro soggetto - che è lo scopo tipico della donazione - possa conseguirsi anche tramite altri negozi: negozi, che l’art. 809 denomina proprio «donazioni indirette» (v. § 54.8). Altri esempi sono costituiti dalla vendita a scopo di garanzia e dalla vendita fiduciaria (§§ 29.4 e 37.9).

Dunque, in linea di principio è consentito l’*uso indiretto dei negozi* ove si vogliano raggiungere *finalità ulteriori e diverse rispetto a quelle tipiche*. Tuttavia, non va trascurato che il risultato finale dell’operazione può risultare molto diverso da quello proprio del negozio impiegato

(così è, ad es., nell'ipotesi della donazione perseguita tramite un mandato senza obbligo di rendiconto): si tratterà allora di verificare se detto risultato non sia per avventura vietato dalla legge e serva perciò, nel *caso concreto*, a «eludere l'applicazione di una norma imperativa»: cfr. art. 1344. In tal caso si ricadrebbe nell'ipotesi del contratto o del *negozio in frode alla legge*: e cioè di un negozio (o più negozi collegati insieme) che, *rispettando la lettera della legge*, serve in concreto a violarne i precetti. Negli esempi fatti, i contratti sarebbero in frode alla legge se servissero a eludere i divieti posti dagli art. 779, 1963, 2744 c.c. E lo stesso dicasi per una vendita con patto di riscatto stipulata al fine di garantire un credito: essa risulterà illecita se in concreto sia volta a eludere il divieto del patto commissorio (v. art. 2744 e §§ 29.4 e 47.9).

Il contratto in frode alla legge è nullo per illiceità della causa (art. 1344).

3. I contratti atipici.

Abbiamo già ricordato che all'autonomia delle parti è consentito stipulare contratti «che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare» nella legge, purché siano diretti a «realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (art. 1322²): contratti detti «atipici» o «innominati» in quanto non corrispondono a un tipo legale e, così, non hanno un 'nome' nella legge.

Si tratta di una facoltà di cui si fa largo uso nella pratica degli affari, che conosce numerose figure contrattuali non previste normativamente. Si possono ricordare, a mo' d'esempio, i contratti di albergo, di *leasing*, di *factoring*. Spesso anzi si tratta di figure talmente diffuse nella pratica, e così uniformi nel contenuto, che si parla al riguardo di contratti *socialmente tipici*, al punto che non di rado la legge poi interviene a disciplinarle (v. ad es. la legge n. 129/2004, che ha regolamentato il *franchising*: § 50.4).

Anche in tal caso il controllo dell'ordinamento opera essenzialmente attraverso la valutazione della *causa*, della funzione o scopo del negozio: sarà nullo pertanto non soltanto un accordo diretto a fini illeciti (ad es., pago un pubblico funzionario per ottenerne un favore), ma anche un accordo rivolto a fini futili o comunque indifferenti per l'ordinamento (ad es., pago una persona perché mi garantisca la sua amicizia o mi predica il futuro). Per essere valido, dunque, un contratto atipico dev'essere diretto a realizzare *interessi meritevoli di tutela*: e tale meritevolezza si valuta sulla base della complessiva disciplina legislativa e dei principi, ordinari e costituzionali, che reggono l'ordinamento giuridico.

La *disciplina* dei contratti atipici è anzitutto quella dettata per i contratti in generale, quella derivante dalle specifiche pattuizioni negoziali, quella, infine, desumibile per analogia dalle «disposizioni che regolano casi simili» (artt. 1323, 1374 c.c., 12 disp. prel.): e cioè i contratti nominati che attengono a interessi analoghi a quelli considerati dalle parti.

Un problema particolare si pone con riguardo ai cdd. *contratti misti*: contratti che, pur non rientrando completamente in nessuno dei tipi legali, hanno tuttavia caratteri che li accostano a più di una figura tipica. Ad es., il *leasing* presenta elementi della locazione e della (opzione di) vendita, il portierato partecipa del lavoro subordinato e della locazione. Ora, in alcuni casi è la legge stessa che indica la sua preferenza per una certa disciplina: così avviene ad es. per i contratti agrari, e cioè «i contratti aventi per oggetto la concessione di fondi rustici o tra le cui prestazioni vi sia il conferimento di fondi rustici», ai quali si applica esclusivamente la disciplina dell'affitto (art. 27 legge n. 203/1982).

In mancanza di indicazioni legislative, la giurisprudenza suole applicare il *criterio dell'assorbimento*: ove in un contratto misto appaiano *prevalenti* gli elementi di un tipo legale, si applicheranno esclusivamente le norme valevoli per il contratto nominato. Minor credito ha il criterio della *combinazione*, che applica a ciascun aspetto del rapporto la disciplina dettata per gli aspetti 'analoghi' che si ritrovano nel tipo regolato dalla legge.

A una caratteristica diversa allude la nozione di *contratti collegati*, che vuol evidenziare la connessione funzionale (e non strutturale) tra negozi diversi intercorrenti *tra gli stessi soggetti*: si tratta cioè di *contratti distinti e formalmente autonomi*, ciascuno dei quali persegue un propria funzione immediata. Tali funzioni tuttavia sono strumentali a un più ampio *interesse unitario* perseguito tramite l'insieme dei contratti, dai quali si desume la *causa complessiva* dell'operazione economica: ad es., acquisto di macchinari e contestuale contratto di manutenzione, comodato d'uso di un decoder collegato all'abbonamento a una televisione satellitare. La rilevanza del nesso si coglie in ciò, che il venir meno di un rapporto (ad es., per risoluzione) travolge di riflesso anche l'altro perché fa venir meno la sua ragion d'essere (cfr., per tale tipologia di conseguenze, l'art. 77 cod. cons. in ordine ai cdd. «contratti accessori» e lo stesso art. 1420 c.c.).

4. I negozi astratti.

Rimane dunque fondamentale il principio per cui nel contratto si richiede una *causa*, una giustificazione socialmente apprezzabile. E tale limite all'autonomia privata vale ovviamente anche per gli atti unilaterali: s'è veduto anzi come la loro necessaria tipicità escluda l'ammissibilità di figure diverse da quelle previste dalla legge (§ 30.4). I negozi perciò, unilaterali o bilaterali che siano, devono avere una causa lecita.

Va precisato ora che non soltanto una causa deve esserci, ma altresì, quando si tratti di negozio *formale* (che richiede cioè una certa «forma» per la manifestazione di volontà: ad es., l'atto scritto), detta causa deve emergere dall'atto, deve poter essere rilevata dall'atto stesso (e perciò, ad es., si deve indicare se l'alienazione avviene a titolo di vendita o di donazione). Non è possibile perciò realizzare gli effetti voluti (nell'esempio: l'attribuzione della proprietà) *prescindendo* dalla

causa, e cioè - come anche si dice - *facendo astrazione* dalla causa. In particolare, non sono ammessi nel nostro ordinamento - come avviene invece nel sistema tedesco - *negozi astratti di trasferimento* della proprietà.

È ammesso tuttavia, nel nostro ordinamento, un caso particolare di *negozio astratto*, di atto che produce i suoi effetti a prescindere dalla causa: è il caso della cambiale. La *cambiale*, come si vedrà, consiste in una promessa di pagamento “pura”, che non indica la ragione dell’impegno assunto: se, cioè, prometto una prestazione per pagare la merce acquistata, per risarcire il danno arrecato, per restituire la somma avuta in prestito, etc. (e v. § 27.8, sulla delegazione cd. pura o astratta, e § 55.10 per un fac-simile di cambiale). Essa, d’altra parte, è destinata essenzialmente alla circolazione: e perciò il prenditore ben potrà (oltre che attendere la scadenza e incassare direttamente il credito) cederla a un terzo che la presenterà poi all’incasso. In tal modo si realizza quel trasferimento del credito che già s’è veduto avvenire nella cessione del credito: in questa, peraltro, il cessionario potrà vedersi opporre dal debitore ceduto tutte le eccezioni opponibili al creditore originario (§ 27.4): il credito acquistato perciò non è al riparo da sorprese, essendo esposto a tutte le eccezioni nascenti dalla causa originaria del credito. La cambiale invece evita tali inconvenienti, perché rende la promessa di pagamento *autonoma, indipendente* dalla causa sottostante: il debitore dovrà adempiere a chi presenti la cambiale, senza poter invocare eventuali anomalie del rapporto sottostante.

Se, pertanto, in pagamento della merce acquistata rilascio al venditore delle cambiali e queste sono ‘girate’ a un terzo, non potrò esimermi dall’adempiere adducendo che la merce è difettosa, o che il contratto di vendita è stato risolto o dichiarato nullo. Non posso, cioè, invocare il venir meno o la mancanza originaria della *causa* (la compravendita) che aveva dato origine alla mia promessa: dovrò pagare e poi rivolgermi al venditore per ottenere la restituzione delle somme. Nei confronti del terzo ‘giratario’, perciò, la cambiale opera come *negozio astratto*, come titolo idoneo a pretendere una prestazione che *astrae*, che prescinde dalla causa (della compravendita) sottostante. La legge consente tale deroga al principio della causalità degli atti negoziali al fine di garantire *sicurezza e rapidità nella circolazione* dei crediti (incorporati in un ‘titolo’ quale la cambiale; sul punto, v. §§ 55.3, 18). Altra ipotesi in cui sembra configurabile un’astrazione sostanziale dalla causa si rinviene nel contratto autonomo di garanzia (su cui v. § 51.4).

Quella di cui abbiamo parlato è l’*astrazione sostanziale*, che può definirsi come *autonomia del negozio dal requisito della causa* (e perciò quale irrilevanza della causa per la validità dell’atto). Sul diverso fenomeno della *astrazione processuale* dalla causa v. § 40.3.

5. I motivi. La presupposizione.

La causa è un profilo oggettivo del contratto e costituisce un elemento comune alle parti, poiché essa è unica per entrambi i contraenti. Si distingue così dai *motivi*, che sono le *finalità individuali*, le *utilità specifiche* che ciascuno si ripromette e che possono essere le più varie. Ad es.,

posso comprare per fare un investimento, per rivendere il bene, per utilizzarlo personalmente o per farne dono a un amico; e analogamente posso vendere per procurarmi del denaro, per disfarmi di un bene ingombrante, e così via.

Ebbene, tutte tali finalità individuali o «*motivi*», *anche se noti alla controparte*, rimangono *giuridicamente irrilevanti*. Se ho comprato una bottega non posso chiedere la risoluzione perché mi è stata negata la licenza di commercio, né posso restituire il regalo che avevo comprato perché il mio amico non si è sposato oppure non mi ha invitato alle nozze. Certo, sono ragioni che mi hanno spinto all'acquisto e che per me risultano determinanti, ma attengono soltanto alla mia sfera individuale: se dovessero essere di per sé rilevanti introdurrebbero intollerabili elementi di insicurezza nelle operazioni contrattuali. Ragione dell'irrelevanza dei motivi è perciò l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, e specificamente la difesa della stabilità del contratto.

Occorre invece, perché i motivi acquistino rilevanza, che essi si inseriscano nella *struttura contrattuale*, ad es. con una *clausola condizionale*: compro la bottega *a condizione* che riesca a ottenere la licenza di commercio; compro un libro ma mi riservo di restituirlo se non piacerà al mio amico (sulla condizione, v. § 34.2). Al di fuori di tale ipotesi, la legge dispone che il motivo è rilevante solo se esso è illecito o erroneo.

Il *motivo illecito* rende nullo il contratto quando sia *comune* a entrambe le parti e *determinante* del consenso (art. 1345). Il motivo è comune quando ambedue i contraenti traggono profitto dalla finalità illecita: ad es., vendo a prezzo esorbitante una tipografia perché so che il compratore se ne servirà per falsificare dei documenti. È determinante «quando le parti hanno stipulato il contratto *esclusivamente*» per tale motivo (art. 1345).

Il *motivo erroneo*, o errore sui motivi, rileva soltanto nella donazione e nel testamento: l'atto è annullabile se il donante o il testatore si sono indotti a una certa disposizione esclusivamente per una ragione erronea e, inoltre, purché tale ragione risulti dall'atto (artt. 624², 787; §§ 54.3; 67.7): ad es., lascio un bene a Tizio perché, errando, lo ritengo mio nipote.

* * *

Infine, non costituisce un semplice motivo, come tale irrilevante, la cd. *presupposizione*. L'esempio classico in materia è quello di chi prende in locazione un balcone per assistere a una manifestazione sulla pubblica via: quale sarà la sorte del contratto se poi la manifestazione viene soppressa? È chiaro che non si tratta di un semplice motivo individuale, poiché la locazione del balcone era preordinata proprio alla possibilità di assistere a quella manifestazione e, per il resto, non presenta nessun'altra utilità. Ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi: cosa succede se mi assicuro la possibilità di installare un'antenna parabolica sul tetto di un edificio o alcune vetrine sulla facciata di un edificio e poi il Comune mi nega l'autorizzazione? Sono tenuto a pagare il compenso pattuito?

Secondo l'orientamento classico della giurisprudenza tali circostanze costituiscono una *condizione implicita* del contratto perché, se pure nulla si è pattuito al riguardo, entrambe le parti le

presupponevano: e cioè non soltanto le conoscevano, ma ne condividevano anche la rilevanza. Esse costituiscono perciò un *presupposto oggettivo e comune* sul quale si fonda non solo l'interesse di una delle parti, bensì l'intero contratto (che, senza quella 'premessa', non sarebbe stato stipulato). Così inteso, detto presupposto viene a incidere sul profilo della funzione: sia essa la *causa genetica*, perché la circostanza divisata dalle parti manca già al momento della stipulazione (ad es., era previsto che la manifestazione si svolgesse in altro luogo), sia essa la *causa funzionale*, perché il contratto non può realizzare il suo obiettivo (la manifestazione, effettivamente prevista in quel luogo, è stata soppressa o spostata altrove).

Nella prima ipotesi il contratto è nullo per mancanza originaria della causa concreta; nella seconda il contratto è valido ma andrà incontro a «risoluzione» per impossibilità sopravvenuta, non potendo più realizzarsi lo scopo pratico cui era preordinato (sulla risoluzione per venir meno della causa funzionale, v. § 39.2). Più di recente tuttavia la giurisprudenza si è orientata nel senso che in entrambe le ipotesi la parte interessata potrebbe direttamente *recedere* dal contratto, inquadrando tale facoltà nell'ambito delle nuove funzioni che si accreditano al recesso, e in particolare nel cd. recesso *impugnatorio* o in *autotutela* (v. § 36.8).

10. Interpretazione e qualificazione dei contratti

SOMMARIO: 1. Disciplina dei «contratti in generale» e disciplina dei «singoli contratti». - 2. Interessi concreti, interpretazione e qualificazione dei contratti. - 3. L'interpretazione del contratto. - 4. Qualificazione giuridica, contratto e operazione economica. - 5. Causa e tipo del contratto.

1. Disciplina dei «contratti in generale» e disciplina dei «singoli contratti».

Il libro IV del codice civile, dopo aver dettato la disciplina dei «contratti in generale», regola nel titolo III i «singoli contratti», tipici o nominati, che hanno un «nome» e una speciale considerazione nella legge per la loro rilevanza socio-economica, per la frequenza con cui, nella pratica degli affari, si ricorre a tali schemi di sistemazione delle operazioni economiche.

Peraltro, non tutti i contratti nominati sono disciplinati in questo libro: i contratti di società e di lavoro subordinato trovano collocazione nel libro V e in leggi speciali; le convenzioni matrimoniali - e cioè i patti relativi al regime patrimoniale familiare - sono disciplinati nel libro I, nel contesto del diritto della famiglia; divisione e donazione trovano posto nel libro dedicato alle successioni; altre figure di più recente emersione, infine, sono regolamentate in leggi speciali (ad es., il *factoring*, il contratto di viaggio).

Di tale materia dobbiamo ora occuparci e troveranno posto nella trattazione anche alcuni contratti che non hanno una specifica disciplina nella legge ma che ben possono considerarsi *tipici* dal punto di vista socio-economico, per la loro frequenza nella pratica degli affari e perché la

regolamentazione negoziale tende a riproporre un contenuto uniforme.

In ordine ai contratti disciplinati nel libro IV, seguiremo in linea di principio l'ordine di trattazione del codice, con alcune modifiche dirette a evidenziare insieme le finalità economiche e gli effetti giuridici.

Quanto al profilo sostanziale, è appena il caso di rammentare che ai *singoli contratti* si applica sia la *disciplina generale*, relativa ai caratteri o elementi comuni ai diversi contratti, sia la *regolamentazione specifica* dettata per ciascun tipo. Si realizza così una coesistenza di norme che vanno ricostruite nel segno della *combinazione* o concorso, piuttosto che della reciproca esclusione, fermo restando che, secondo i principi, la *lex specialis* prevale sulla *lex generalis* e pertanto, in caso di contrasto, è destinata a prevalere la disciplina specificamente dettata per ciascun tipo.

E tanto più tale criterio si impone con riguardo ai *nuovi contratti*, che si caratterizzano per una "tendenza centrifuga" rispetto alla disciplina generale o comune, con vocazione sempre più marcata all'autosufficienza, a regolarsi secondo logiche proprie e comunque differenziate, in aderenza alle "nuove" ragioni economiche che ne costituiscono il fondamento e che hanno dato luogo alla loro emersione nella pratica degli affari.

2. *Interessi concreti, interpretazione e qualificazione dei contratti.*

Sui «singoli contratti» la trattazione che segue farà dunque riferimento alla disciplina del «tipo» prefigurato dalla legge, che configura *schemi o modelli astratti di operazioni contrattuali* che corrispondono al modo in cui, secondo la pratica degli affari, si atteggiavano ordinariamente gli interessi dei contraenti. In altre parole, l'esperienza evidenzia che gli interessi in concreto coinvolti nei singoli contratti tendono a trovare un certo punto di equilibrio o composizione: e a tale assetto "spontaneamente" raggiunto dagli interessi in conflitto si adegua la disciplina normativa, rispecchiando quella che, nel tempo, si è andata assestando come tipicità sociale.

Naturalmente la regolamentazione non si limita a tale passivo recepimento, svolgendo anche l'essenziale ruolo di *correggere gli eventuali squilibri* registratisi nella prassi in danno di una parte del rapporto, sfavorita dalla condizione di debolezza economica, dalla insufficiente competenza, talvolta dalla superficialità o dalla obiettiva impossibilità di dedicare sufficiente attenzione a tutti i contratti quotidianamente conclusi.

Ma accanto a tale funzione di *integrazione cogente*, come già s'è veduto, la disciplina legale svolge un fondamentale ruolo di *integrazione suppletiva*, per le ipotesi in cui le parti non abbiano diversamente disposto (§ 36.6).

La disciplina legale pertanto, e necessariamente, fa riferimento al *tipo astratto*, al modello prefigurato dalla legge come emblematico di una certa operazione economica, laddove gli accordi

specificamente stipulati tra le parti danno forma a un *concreto assetto* d'interessi e tale operazione assumono all'interno di una specifica intesa contrattuale. Il primo problema che si prospetta, allora, è quello di *ricondere la fattispecie concreta alla fattispecie astratta* più idonea a rispecchiarne contenuto e propositi.

Tale operazione prende il nome di *qualificazione* del contratto, servendo a precisarne natura e contenuto in modo da ricondurlo al tipo più appropriato. La qualificazione, tuttavia, per un verso *presuppone l'interpretazione del testo contrattuale* che, come vedremo, conferisce il massimo risalto alla volontà delle parti (§ successivo); ma per altro verso, una volta accertata tale volontà, prescinde dal 'nome' che le parti abbiano dato al negozio, perché la riconduzione all'uno o all'altro tipo avverrà in base all'assetto *oggettivamente* conferito agli interessi in conflitto. Così, a nulla vale etichettare come appalto il contratto col quale una parte assume l'obbligo di vendere beni dell'altra in una certa zona, e a nulla serve qualificare come preliminare di vendita il contratto col quale le parti manifestano una volontà attuale di vendere e di comprare (magari eseguendo contestualmente le rispettive prestazioni).

Ciò che conta infatti è la «*comune intenzione* delle parti» quale si è *obiettivata nell'accordo*, e la qualificazione deve rispecchiare l'assetto oggettivamente conferito agli interessi regolati, al di là delle denominazioni ed espressioni impiegate dai contraenti (art. 1362).

La qualificazione allora serve essenzialmente a *ricondere il singolo contratto a uno specifico tipo negoziale*, individuando così la disciplina applicabile. E detta qualificazione si opera essenzialmente *in base alla causa concreta* dell'atto: ad es., vendita o appalto, locazione o affitto (sul rapporto tra causa e tipo v. § 46.5).

È appena il caso di avvertire, infine, che la concreta analisi dell'accordo contrattuale potrebbe escludere la riconduzione a uno schema tipico, dovendosi allora propendere per una *figura atipica* o, più spesso, per un *contratto misto* - che presenta cioè elementi di più fattispecie tipiche - secondo le linee che si sono già tracciate (§ 33.3).

3. *L'interpretazione del contratto.*

In ordine alla *interpretazione del contratto*, basterà dire che essa è l'operazione diretta a *chiarire il significato dell'intesa negoziale*: è dall'intendimento del suo contenuto, infatti, che potrà determinarsi quali siano gli effetti che le parti intendevano conseguire e, pertanto, la stessa *qualificazione* dell'atto e la sua riconduzione al tipo normativo più appropriato.

Anche al riguardo sono dettate apposite prescrizioni, ma una fondamentale differenza rispetto all'interpretazione della legge è data dal fatto che l'interpretazione del negozio è diretta ad accertare il *contenuto che le parti hanno voluto dare al loro accordo*. Rimane perciò come fine

l'accertamento dell'*intendimento soggettivo* delle parti, della «*comune intenzione dei contraenti*», come prescrive l'art. 1362. Viceversa, e come s'è veduto, nell'interpretare la legge è assolutamente prevalente l'esigenza di ricostruire il significato oggettivo della norma all'interno del sistema, tanto che la cd. «intenzione del legislatore» assume una valenza impersonale, di scopo o *ratio* obiettivamente insita nella disposizione (§ 3.3).

Quanto ai criteri che presiedono all'interpretazione, canone fondamentale è la *buona fede*, quale esigenza di *salvaguardare l'affidamento* che ciascuna delle parti poteva ragionevolmente fare sul contenuto del contratto. Non trovano spazio perciò interpretazioni magari supportate dal tenore formale dell'accordo ma che finiscano col tradire ragionevoli aspettative fondate sulla funzione complessiva riconducibile all'intesa.

Si distinguono poi, secondo l'intendimento corrente, regole di interpretazione soggettiva e oggettiva: le prime impongono di accertare, alla stregua di alcuni criteri, quale sia stata la «*comune intenzione delle parti*», e solo se a tale stregua il significato rimane ancora oscuro si potrà passare al secondo tipo di regole.

Criteri di *interpretazione soggettiva* sono anzitutto il *criterio testuale*, basato sul significato comune delle espressioni impiegate, e il *criterio globale*, dovendosi valutare non solo il testo contrattuale ma anche il *comportamento complessivo* delle parti, *anteriore e posteriore* alla conclusione del contratto (art. 1362). Se ad es. in un contratto di somministrazione viene qualificata come essenziale l'ora di consegna delle derrate, e tuttavia il somministrante abbia sistematicamente effettuato le consegne con un'ora di ritardo, il somministrato non potrà improvvisamente invocare il ritardo come causa di risoluzione del rapporto: la precedente, reiterata tolleranza magari non varrà a modificare per il futuro i termini del contratto, ma dimostra almeno la concreta inessentialità del termine nel periodo pregresso.

Opera inoltre il *criterio sistematico*, le clausole dovendosi interpretare «le une per mezzo delle altre» (art. 1363): ad es., la descrizione dell'immobile fatta con parole va integrata con la 'piantina' eventualmente allegata al contratto. Infine, le «*espressioni generali*» e le «*indicazioni esemplificative*» usate dalle parti non escludono che il significato appropriato possa essere, rispettivamente, più ristretto o più ampio (artt. 1364, 1365). Se ad es. un commerciante vende «*tutti i vestiti*» che si trovano nel suo negozio, nonostante l'espressione generale sarà certamente da escludere il cappotto personale del venditore; il riferimento al caso di «*terremoto*» non esclude che possano ricomprendersi il maremoto, la frana o lo smottamento del terreno, e così via.

Ove con l'applicazione di tali criteri il contratto rimanga ancora oscuro, soccorrono i criteri di *interpretazione oggettiva*, diretti a ricostruire il significato obiettivo dell'atto nell'ambiente socio-economico di riferimento. Canoni di interpretazione oggettiva sono il principio di *conservazione*,

per cui nel dubbio le clausole devono interpretarsi «nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno», e gli *usi negoziali*: il contratto cioè si interpreta «secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è stato concluso» (artt. 1367, 1368; per la distinzione dagli usi normativi v. § 36.6). Inoltre, le espressioni ambigue vanno intese nel «senso più conveniente alla natura e all’oggetto del contratto» (art. 1369) e, quando si tratti di «condizioni generali», in senso favorevole all’aderente (art. 1370; cfr. § 32.12). Ove vi sia ancora incertezza, il contratto oneroso va inteso nel significato che realizzi «l’equo temperamento degli interessi delle parti» e il negozio gratuito nel senso «meno gravoso per l’obbligato» (art. 1371).

4. *Qualificazione giuridica, contratto e operazione economica.*

Ricostruito così il “significato” dell’operazione contrattuale, sarà possibile poi procedere alla sua *qualificazione* che, individuando il modello appropriato di riferimento, servirà a determinare la disciplina applicabile. Occorre però richiamare l’attenzione su un ulteriore profilo per evitare il pericolo di apriorismo o concettualizzazione dei problemi.

La qualificazione non è un’operazione meccanica, dominata da criteri deduttivi o di logica formale: deve piuttosto orientarsi in funzione dell’esigenza di disciplinare il rapporto, avendo di mira l’individuazione di regole appropriate alla logica economica sottesa all’affare. È infatti una certa *operazione economica* che le parti hanno in mente e ad essa intendono dare veste o formalizzazione giuridica componendo al suo interno gli interessi in conflitto. In altre parole il contratto, come struttura giuridica nella quale è assunta l’operazione economica, va visto pur sempre come *strumento* per l’attuazione di un certo assetto di interessi. È perciò alla realtà di tale operazione che occorre avere riguardo perché la disciplina ne rispecchi la sostanza concreta, per quel tanto che può trovare ingresso attraverso il ‘filtro’ della valutazione normativa e alla stregua del giudizio di liceità-meritevolezza degli interessi in gioco.

Già si è detto del resto, con riferimento alla causa del contratto, che ciò che propriamente si richiede e si sottopone poi a controllo è il cd. *intento empirico* delle parti e a tale intento occorre rimanere fedeli per evitare che da una certa qualificazione si facciano discendere conseguenze ‘logicamente’ coerenti con tale qualifica, ma concretamente estranee alla logica dell’operazione economica sottostante. Il discorso rischia però di farsi complesso e preferiamo spiegarci con un esempio.

Si faccia il caso, già richiamato e sempre più frequente nella pratica, del cd. “preliminare a effetti anticipati”, e cioè di un preliminare che preveda l’immediata esecuzione di prestazioni che a rigore si giustificerebbero solo dopo la stipula del definitivo: ad es., il fondo promesso in vendita viene consegnato all’altra parte, che comincia a goderne e magari vi costruisce un edificio ma, per

contro, paga l'intero prezzo o una parte rilevante di esso. S'è già detto al riguardo che occorre valutare anzitutto se non si tratti in realtà di un contratto definitivo, nel quale la previsione di un successivo "atto pubblico di trasferimento" sia funzionale soltanto al rinvio di tale atto a un momento successivo (rinvio pattuito, ad es., per non dovere sostenere immediatamente le spese notarili e fiscali). Se così fosse, il successivo "atto pubblico di vendita" non sarebbe il vero contratto traslativo della proprietà, bensì una mera *ripetizione* (non novativa) del contratto precedentemente stipulato, al quale vanno propriamente riportati - e con efficacia *ex tunc* - gli effetti del trasferimento, dell'obbligo di pagare il prezzo, etc.

Quando peraltro sia certo che nel contratto manchi una volontà *attuale* di trasferire immediatamente la proprietà (ciò che, per altro verso, ben può essere conforme agli interessi sottostanti, ad es. perché il promittente venditore si garantisce il tal modo il pagamento del residuo prezzo), il contratto andrà qualificato come «preliminare», attributivo perciò di diritti di credito, ma occorre valutare con prudenza le conseguenze derivanti da tale qualificazione. Si faccia il caso che il fondo sia lasciato nella disponibilità del promittente acquirente per lungo tempo: decorsi venti anni il promittente venditore potrà chiederne la restituzione?

Il preliminare ha effetti obbligatori e, attribuendo al promittente acquirente solo diritti di credito, non gli conferisce a rigore il possesso del bene, bensì solo la *detenzione*. Il promittente acquirente, così, non potrebbe invocare l'usucapione del bene e dovrebbe restituirlo, ma, per contro, si è ormai prescritta l'azione di ripetizione delle somme pagate. Ebbene, quale che sia la soluzione 'sostanziale' che si ritenga in tal caso appropriata, sarebbe erroneo argomentare esclusivamente da una previa qualificazione del contratto come «a effetti reali» o «ad effetti obbligatori» per dedurne la qualifica di «possesso» o di «detenzione» del potere attribuito sul bene e, su tale base, semplicemente affermare o negare l'avvenuta usucapione.

E analogamente, si immagini che una persona scriva a un suo conoscente offrendogli in vendita, per un certo prezzo, un determinato appartamento e che l'interpellato risponda di accettare l'offerta. Atteso che qui siamo in presenza di due dichiarazioni scritte nelle quali si ritrovano tutti gli estremi di una compravendita, in astratto potremmo ritenere che si sia già perfezionato il contratto definitivo di acquisto. Ma è proprio così? In realtà è improbabile che una tale conclusione risponda adeguatamente all'interesse delle parti e perciò al loro reale intendimento: l'offerente perderebbe immediatamente il diritto reale sulla cosa, senza aver incassato neppure una parte del prezzo, a fronte dell'acquisto di un mero diritto di credito (privo di qualsiasi tipo di garanzia: e v. invece gli artt. 1460 e 2817 n. 1) che lo pone in concorso con tutti gli altri creditori della controparte. Quest'ultima, d'altro canto, mentre ha l'obbligo di versare l'intero prezzo non ha potuto controllare che il bene sia esente da vizi e da diritti altrui e non potrebbe poi provvedere alla

trascrizione finché non si proceda alla “ripetizione” del contratto per atto pubblico o all’accertamento giudiziale delle sottoscrizioni (§ 43.9): rimane perciò esposto non solo a eventuali alienazioni successive, ma altresì alle azioni esecutive che fossero proposte da altri creditori dell’offerente (art. 2644¹; § 43.2). Più aderente agli interessi di entrambe le parti, allora, sarebbe la conclusione che qualifichi l’accordo come un preliminare di compravendita, nonostante il tenore letterale delle espressioni impiegate dalle parti.

La complessiva realtà economico-giuridica dell’operazione pertanto va desunta da un complesso di elementi: il regolamento contrattuale, il comportamento tenuto dalle parti, il contesto complessivo nel quale si è operato, gli interessi sostanziali sottesi al rapporto, etc. Elementi, che concorreranno tutti a qualificare in modo più appropriato la «causa» della reale operazione economica e giuridica intercorsa tra le parti.

5. *Causa e tipo del contratto.*

Infine, è il caso di evidenziare un ulteriore profilo in ordine al rapporto tra *causa* e *tipo* del contratto. Quando si è trattato della causa se n’è data una nozione in termini di «funzione economico-sociale», ma si è avvertito come una parte della dottrina critichi tale impostazione, asserendo che essa confonde la *causa concreta*, la causa del singolo contratto stipulato dalle parti - che, in senso proprio, costituisce il requisito prescritto dalla legge - con il *tipo contrattuale*, e cioè con lo schema astratto, con il modello prefigurato dalla legge per determinate operazioni economiche. In questo è sì rinvenibile una funzione o causa, ma solo come *fine o scopo proprio di ciascun tipo contrattuale* - per definizione lecito e meritevole di tutela -, laddove la causa che rileva nel singolo contratto, come requisito essenziale di cui si richiede la liceità, è piuttosto quella effettiva e concreta, voluta dalle parti e inerente alla specifica operazione posta in essere.

Ed è tale causa concreta, e solo essa, che potrebbe in concreto mancare, essere illecita o perseguire fini soltanto analoghi a quelli propri del tipo adottato dalle parti (col meccanismo dell’uso indiretto dei negozi), non potendo certo mancare o essere illecita la ‘causa’ o funzione ricollegata dalla legge a ciascun tipo astratto. È perciò alla *causa concreta*, alla funzione economico-individuale o *ragione pratica* della singola operazione negoziale che dovrà allora aversi riguardo nel definire la causa quale requisito essenziale del contratto.

Quella che si è delineata è la configurazione ormai prevalente, pur se una rilevante parte della giurisprudenza continua a fare riferimento al concetto di causa come funzione economico-sociale. Ma, al di là della questione teoretica, ciò che conta è che l’individuazione di una “funzione meritevole di tutela” sia condotta in concreto, con riferimento alla singola operazione economica e agli interessi in effetti perseguiti. Quel che importa inoltre è che non si confonda la funzione astratta

di ciascun tipo negoziale con la causa concretamente perseguita dalle parti, che deve essere compatibile col suo termine 'esemplare' di riferimento.

11. Atto illecito e atto dannoso

Sommario: 16. Atto illecito e atto dannoso. L'inibitoria. - 17. Segue. Atti leciti dannosi. - 18. Atti illeciti dolosi. - 19. Le funzioni della responsabilità aquiliana.

16. *Atto illecito e atto dannoso. L'inibitoria.*

Nei paragrafi precedenti abbiamo parlato di responsabilità per fatto *illecito*, conforme al linguaggio del codice civile.

Tuttavia, la moderna dottrina evidenzia che, nella concreta disciplina dell'istituto, ciò che è fonte di risarcimento non è tanto il fatto *illecito*, cioè il fatto *vietato dalla legge*, quanto piuttosto il fatto *dannoso*, il fatto produttivo di danno. Le due figure, certo, possono coincidere - ad es., un furto è insieme un atto illecito e un atto dannoso -, ma restano tuttavia concettualmente distinte e possono anche darsi indipendentemente l'una dall'altra. Così, nell'illecito può in concreto mancare un danno (Tizio attraversa il mio fondo senza danneggiare le colture) e viceversa, come presto vedremo, l'atto dannoso può in certi casi non essere illecito, in quanto espressamente consentito dalla legge, e tuttavia dar luogo a responsabilità.

È il caso allora di operare qualche ulteriore precisazione.

Con riguardo all'atto illecito, diremo che la qualifica di *illiceità* deriva dal *dato obiettivo della violazione di una norma* (e in particolare di un diritto o interesse tutelato), non richiedendosi alcun altro requisito: non si richiede in particolare che da esso derivi un danno, né, d'altra parte, l'imputabilità del fatto o il dolo o la colpa dell'agente. Ad es., il passare su un fondo altrui è comportamento vietato pur se non si rechi danno alle colture o al fondo; un'aggressione sarà illecita anche se l'aggressore è del tutto incapace di intendere e di volere; una pubblicazione che lede il diritto alla riservatezza costituisce atto illecito pur in caso di errore scusabile circa il consenso della persona.

E tale conclusione sulla illiceità di detti comportamenti deriva dal fatto che sono previsti *specifici mezzi di tutela* volti a reagire contro tali violazioni della legge: tutela, va rimarcato, che prescinde dal verificarsi di un danno, dalla imputabilità del fatto, dalla colpa dell'agente. Nel primo caso si potrà ad es. reagire con una azione di manutenzione nel possesso; nel secondo si potrà esercitare la legittima difesa; nel terzo, si potrà chiedere il sequestro delle pubblicazioni. Vero è infatti che in tali ipotesi nulla si può rimproverare all'agente o manca un danno; e tuttavia non c'è ragione per non reagire contro comportamenti che comunque violano diritti altrui (e v. anche §

11.2).

L'atto illecito dunque si qualifica *oggettivamente* come tale, perché *contra ius* e, di per sé, trova propri strumenti di reazione: in particolare, la legge prevede mezzi di *tutela preventiva e reintegrativa*.

Le *misure preventive* sono dirette a impedire il compimento, o l'ulteriore prosecuzione, dell'illecito tramite la proposizione di una «*azione inibitoria*»: un'azione, che ha lo scopo di inibire, di vietare un certo comportamento. Ne costituiscono figure specifiche (e nominate) alcune azioni a tutela dei diritti della personalità (artt. 7, 9, 10), dei diritti reali e del possesso (artt. 949², 1171 s.), della lealtà della concorrenza (art. 2599), dei diritti del consumatore e altre ancora (v. ad es., artt. 27²⁻⁸ e 37, 139 e 140 cod. cons. 28 l. n. 300/1970, 44 d.lgs. n. 286/1998, 150² e 152¹² d.lgs. n. 196/2003).

È discusso invece se tale tutela debba ammettersi anche fuori dai casi esplicitamente previsti e, in particolare, se si possa procedere in base alla previsione generale sulla «tutela d'urgenza» (disciplinata dal codice di procedura civile). È da ritenere che la risposta possa essere positiva, ma con l'essenziale precisazione che le disposizioni richiamate hanno carattere solo processuale, non di diritto sostanziale: esse non attribuiscono cioè un generale diritto a inibire l'attività altrui (pur se fonte di pericolo o molestia) ma offrono solo uno *strumento processuale* col quale (in mancanza di altre, specifiche previsioni) possono farsi valere quei *diritti* che trovino in *puntuali disposizioni sostanziali* la loro base normativa.

Le *misure reintegrative* hanno la funzione di reintegrare il soggetto leso nella situazione giuridica alterata, anche qui prescindendo dalla imputabilità del fatto e dalla colpa dell'agente. Ne sono figure specifiche le azioni a tutela di alcuni diritti della personalità, della proprietà e del possesso (artt. 872², 948, 951, 1168, 1170), le ipotesi di esecuzione forzata in forma specifica (artt. 2930-2933).

17. Segue. *Atti leciti dannosi*.

D'altra parte, occorre considerare che la legge consente talvolta il compimento di atti che di per sé sarebbero illeciti, in quanto interferiscono con la sfera giuridica altrui e sono fonte di danno: sono i cd. *atti leciti dannosi*.

Le ipotesi principali sono: *accesso al fondo altrui* per riparare o recuperare la cosa propria, *immissioni intollerabili* (e tuttavia consentite: § 15.6), *inseguimento di animali* sul fondo altrui, *revoca della proposta* contrattuale (artt. 843, 844, 924, 925, 1328).

In tali ipotesi la legge contempera gli interessi in conflitto consentendo l'attività fonte di danno, ma imponendo al contempo l'obbligo di corrispondere una *indennità*. Questa si differenzia dal risarcimento perché non deve comprendere tutto il danno, ma costituire solo un *equo ristoro o compenso* per il pregiudizio. Così, v'è una ragione seria per consentire l'accesso al fondo altrui di chi voglia riparare il muro posto sul confine (e l'atto è perciò consentito e lecito: art. 843); ma, al

contempo, non è equo che il vicino sopporti il danno derivante dall'accesso (che è ingiusto in quanto lede un diritto): la previsione di una *indennità* perciò contempera equamente gli interessi in conflitto, entrambi meritevoli di tutela.

Si conferma allora, conclusivamente, che un atto ben può essere *illecito e dannoso* (ad es., l'occupazione del fondo altrui), *illecito ma non dannoso* (ad es., passeggiare sul fondo altrui), *dannoso ma non illecito* (ad es., accedere al fondo altrui per riparare il muro sul confine), attestando così che la responsabilità aquiliana è volta a reagire contro il danno piuttosto che contro l'illecito, che trova nel sistema propri, specifici strumenti di reazione.

18. *Atti illeciti dolosi.*

Infine, per completare il discorso, va segnalato che residua comunque un'area in cui la responsabilità richiede sia l'estremo del danno, sia una specifica illiceità della condotta: sono le ipotesi – elaborate dalla dottrina – in cui per l'imputazione del fatto non basta la colpa, ma occorre il dolo: ad es., false informazioni, atti emulativi, storno di dipendenti, doppia alienazione immobiliare.

Sono, per la verità, ipotesi di cui solo di recente si è affermata la specifica rilevanza risarcitoria, atteso che chi fornisce informazioni senza esservi obbligato, per legge o per contratto, non ha obbligo di informarsi a sua volta, e chi assume persone che già lavorano presso altri esercita un suo diritto. E tuttavia la condotta può essere illecita quando sia diretta ad arrecare un pregiudizio ad altre persone. Invero, se il dovere di *solidarietà sociale* non impone di documentarsi prima di dare un'indicazione a titolo di cortesia, certamente vieta di arrecare intenzionalmente danno ad altri fornendo informazioni che si sa essere false. Quanto poi all'esercizio di un proprio diritto, la responsabilità può considerarsi specifica applicazione del divieto di abuso del diritto che si ritrova nell'art. 833, non essendo consentito compiere «atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri» (ma sull'abuso del diritto v. § 5.5).

Si noti, infine, che la tendenza ad ampliare la protezione del danneggiato induce parte della dottrina e della giurisprudenza a ritenere sufficienti, in alcune delle ipotesi sopra indicate, la sola mala fede dell'agente – qui intesa come positiva conoscenza dell'effettivo stato di fatto: ad es., della precedente alienazione immobiliare – o addirittura della sola colpa (ad es., nell'acquisizione o controllo delle informazioni).

19. *Le funzioni della responsabilità aquiliana.*

S'è veduto nelle pagine precedenti come, a fronte di un fatto illecito, la tutela preventiva e

reintegrativa sia incondizionata e, per contro, come la tutela risarcitoria sia subordinata a diversi requisiti (colpa, imputabilità, etc.). Rimane allora da chiarire il perché di tale differenza di disciplina, di tale diverso livello di tutela a fronte di condotte che violano pur sempre diritti e interessi altrui. Ciò tuttavia equivale a chiedersi quale sia la *funzione specifica assolta dalla responsabilità aquiliana* nell'ambito delle tutele di tipo rimediabile.

In termini generali, l'obbligazione risarcitoria si giustifica quale (specifica forma di) reazione alla violazione commessa con la lesione dell'altrui sfera giuridica quando le misure di tipo preventivo e reintegrativo si rivelino inadeguate, o comunque insufficienti, al fine di rimediare alla violazione. La responsabilità aquiliana così, prevedendo l'obbligo risarcitorio, assolve a una *funzione riparatoria*, rimettendo il danneggiato nella condizione originaria, *rectius*: in una condizione per quanto è possibile uguale a quella che si sarebbe avuta se il danno non si fosse verificato.

Ma ulteriori considerazioni possono aggiungersi muovendo dal principio, più volte sottolineato, che gli spostamenti patrimoniali da un soggetto a un altro (e tale in ultima analisi è anche il risarcimento pecuniario) devono essere "giustificati" (v. § 33.1, ma altresì 42.5). Ebbene, non basta a tal fine che un soggetto abbia subito una perdita ad opera di altri: si consideri infatti che il risarcimento *non elimina* la perdita economica come fatto storico (e dunque non pone rimedio sostanziale alla distruzione di ricchezza determinata dall'illecito), ma si limita a *spostarne l'incidenza* dal soggetto che l'ha subita a chi l'ha provocata. Inoltre, la riparazione pecuniaria comporta dei costi (contestazioni, accertamenti, perizie, eventuali azioni giudiziarie, etc.), e perciò un'ulteriore perdita di risorse per la collettività considerata nel suo complesso. Dal punto di vista dell'economia generale, perciò, sarebbe conveniente lasciare il danno là dove si è verificato! È necessario allora che il risarcimento svolga una utile funzione anche dal punto di vista collettivo. Semplificando, può dirsi allora che la disciplina aquiliana, *accanto alla generale funzione riparatoria* di cui s'è detto, svolge altre fondamentali funzioni/ finalità.

a) La *responsabilità soggettiva* o per colpa risponde a una *concezione etica* e ha funzione insieme sanzionatoria e deterrente: *sanzionatoria* perché punisce chi colpevolmente (o dolosamente) ha violato l'altrui sfera giuridica (e cagionato un danno); *deterrente* perché (con la minaccia dell'obbligo risarcitorio) dissuade dal tenere una tale condotta.

b) La *responsabilità oggettiva* viceversa risponde a una *concezione tecnica* dello strumento risarcitorio e svolge una funzione in senso lato *economico-assicurativa*. Si parla di concezione tecnica per sottolineare che essa è una mera *tecnica di allocazione (o redistribuzione) dei danni*: esulando una colpa dell'agente è fuori luogo invocare risvolti etici e scopi sanzionatori per una

condotta che non è riprovevole; si prospetta piuttosto un problema di allocazione delle perdite che va risolto come un problema economico-sociale: è bene che il danno sia sopportato da chi meglio è in grado di sopportarne le conseguenze col *minor impatto sociale*. Da tale punto di vista, è l'imprenditore che meglio di altri è in grado di sostenere l'onere economico di tali perdite: anzitutto perché è in grado di prevedere, in linea di principio, l'entità dei danni che mediamente potranno derivare dalla sua attività (che sono una parte del cd. rischio d'impresa), e può perciò predisporre strumenti per farvi fronte (ad es., con degli accantonamenti); in secondo luogo, perché è in grado di trasferire tali oneri economici sui prezzi dei prodotti, così ridistribuendoli su una larga platea di persone. Ogni singolo acquirente, così, supporterà una frazione modesta di un "costo" che, se gravasse su uno solo, potrebbe essere insostenibile.

Tale tecnica di distribuzione del "costo degli incidenti", perciò, si avvicina al meccanismo assicurativo (cfr. § 52.3) e in effetti il sistema spinge in tale direzione, tanto che non soltanto è ormai largamente diffuso il ricorso a tale strumento di copertura dei rischi (conviene assicurarsi piuttosto che accantonare risorse per far fronte ai risarcimenti), ma è la stessa legge che in molti casi prevede come obbligatoria l'assicurazione della responsabilità civile (§ 52.5). L'inconveniente di tale sistema è ovviamente la deresponsabilizzazione: mancando il deterrente della responsabilità, viene meno l'incentivo alla prevenzione e all'adozione di maggiori cautele: ma al riguardo dovrebbe provvedere una (adeguata) disciplina pubblicistica, che fissi standard inderogabili di sicurezza nella produzione industriale e nello svolgimento delle attività in senso lato pericolose.

c) V'è poi una funzione che possiamo chiamare di *riequilibrio equitativo* nelle ipotesi in cui è sancito (non un risarcimento integrale del pregiudizio bensì) il pagamento di una *mera indennità*: sono i casi di danno arrecato da un incapace o in stato di necessità e le ipotesi di atti leciti dannosi (§§ 9 e 17). Qui la legge ha voluto contemperare gli interessi in conflitto tenendo conto delle condizioni in cui il danno si è verificato o delle ragioni che hanno spinto il responsabile ad agire.

E di *funzione meramente compensativa* parla taluno a proposito del risarcimento del danni non patrimoniali, attesa la mancanza di omogeneità tra perdita e riparazione pecuniaria e le difficoltà di quantificare adeguatamente detta riparazione.

d) Infine, recenti disposizioni legislative hanno previsto obblighi risarcitori che vanno oltre l'ammontare dei danni arrecati. Vi sono anzitutto i cdd. *risarcimenti punitivi*: violazione di brevetti o di diritti d'autore, diffamazione a mezzo stampa, licenziamento illegittimo, mala fede 'processuale', inadempimento di taluni termini di pagamento (v., rispettivamente, 3^a legge n. 192/1998; 12 legge n. 47/1948; 4 d.l. n. 259/2006; 18 legge n. 300/1970; 96 c.p.c.; 26¹ d.lgs. n. 104/2010; artt. 2, lett. e), d.lgs. n. 231/2002).

E vi sono poi le cdd. *astreintes*, che consistono nella condanna giudiziaria a pagare una certa somma in caso di nuova violazione o per ogni giorno (o mese) di ritardo nell'eseguire il comportamento imposto dalla sentenza. Così, ad es., in caso di violazione di taluni obblighi familiari, brevetti o diritti d'autore, licenziamento illegittimo, abuso del processo (v., rispettivamente, artt. 709-ter², n. 4, c.p.c.; 18 legge n. 300/1970; 124² e 131² cod. propr. ind.; 156 legge dir. aut.; 614 bis c.p.c.; 114³ c.p.a.; 140⁷ cod. cons.; 96³ c.p.c.). Ipotesi, tutte queste, in cui le *funzioni sanzionatoria e deterrente* assumono valenza senz'altro preminente su quella riparatoria.

Sono funzioni che alterano il quadro consolidato – e in particolare l'impostazione classica che esclude risarcimenti 'ultracompensativi' –, ma deve ormai prendersene atto: esse s'iscrivono in un nuovo approccio ai problemi di controllo della pubblica amministrazione, che, impossibilitata a far fronte ai tanti compiti prospettati dall'evoluzione dell'attività economica, li affida indirettamente alla iniziativa dei privati danneggiati: questi, attivandosi, finiranno col tutelare indirettamente anche interessi pubblici.

12. La famiglia e il matrimonio

SOMMARIO: 1. La famiglia, tra realtà sociale e regole giuridiche. – 2. Il diritto della famiglia tra Costituzione e codice civile. – 3. La famiglia legittima e il suo fondamento. – 4. La famiglia di fatto. –

1. La famiglia, tra realtà sociale e disciplina giuridica.

Una consolidata tradizione di pensiero vede nella famiglia la *cellula fondamentale della società civile*, il suo modulo organizzativo primario ed elementare, già per la ragione che essa costituisce la comunità originaria ove si realizza la venuta al mondo e la crescita personale e sociale di ciascuno di noi. Si osserva comunemente infatti che la naturale inclinazione dell'uomo a vivere con gli altri si manifesta primariamente nella convivenza per nuclei familiari, perché è solo al suo interno che trovano adeguata soddisfazione i bisogni fondamentali della persona: la dimensione affettiva e spirituale, l'esigenza di sicurezza, l'assistenza personale ed economica. La famiglia costituisce così una *dimensione naturale* della vicenda umana, perché si determina in base a una condizione comune a tutti e a una inclinazione del tutto spontanea, costanti nel tempo e nella storia, nonostante la diversità delle forme concrete in cui essa si incarna nelle diverse strutture sociali e nelle varie epoche.

La famiglia d'altra parte non è un fatto puramente privato, qual è l'amicizia, ma ha una *fondamentale rilevanza pubblica* per le funzioni che essa svolge: l'assistenza e il mutuo aiuto tra i

coniugi, la procreazione e l'educazione della prole, la trasmissione dei valori spirituali e culturali alle nuove generazioni. Pertanto, si insegna comunemente che l'ordinamento giuridico non crea la comunità familiare, come crea l'istituto della "trascrizione": la trova come *realtà sociale* e la assume come propria, riconoscendone il ruolo e agevolandone le funzioni, in un difficile equilibrio tra l'imposizione di vincoli esterni – com'è proprio di ogni regola giuridica – e il rispetto del suo modo d'essere, delle sue funzioni, dei suoi autonomi moduli organizzativi. E tanto più l'esigenza di equilibrio si impone ove si consideri che la ricchezza e la complessità della dimensione familiare non è certo riducibile al solo profilo giuridico.

Si è dubitato anzi che l'esperienza familiare, determinandosi «secondo matrici umane e sociali largamente estranee al diritto», possa costituire oggetto proprio di una disciplina giuridica, una disciplina cioè che l'investa pienamente e non si limiti piuttosto a «lambirne le sponde», come «isola» che all'invasione del diritto resta tendenzialmente estranea o refrattaria. In tali termini, tuttavia, l'affermazione non è condivisibile.

Al contrario, *la giuridicità è una dimensione originaria, costitutiva della famiglia*, già per il fatto che essa non è riducibile a puro fatto di sentimento, alla sola dimensione affettiva. Il consorzio familiare cioè ha una essenziale dimensione giuridica sia perché consiste in una serie di relazioni stabili tra le persone, che vi realizzano un'intera vicenda esistenziale, sia perché è intimamente destinata a proiettarsi sul piano della società esterna. Il problema vero è allora quello del *rispetto della realtà* propria o autentica della famiglia, che non può essere piegata al raggiungimento di finalità "altre", non può essere asservita al perseguimento di scopi ad essa ulteriori, quali ad es. fini politici o di controllo del consenso sociale. Si tratta cioè di trovare il giusto, e difficile, punto di equilibrio tra la tutela dei diritti individuali al suo interno e la garanzia del ruolo esistenziale e sociale della comunità, nel rispetto della sua autonomia, delle sue finalità, dei moduli organizzativi propri di ogni concreto organismo familiare. gruppo

2. Il diritto della famiglia tra Costituzione e codice civile

Coerente con tale visione è l'art. 29 Cost., a tenore del quale «la Repubblica *riconosce i diritti della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio*». La norma ne riconosce anzitutto il carattere originario, come gruppo sociale preesistente allo Stato-ordinamento e da esso non creata quanto piuttosto "trovata". Immediato è perciò il parallelo con l'art. 2 Cost., in cui l'ordinamento parimenti «*riconosce*», e non attribuisce, «i diritti inviolabili dell'uomo», mentre la famiglia si configura poi come la prima tra le «*formazioni sociali*» nelle quali si svolge la personalità» del singolo: una comunità, che la stessa disposizione individua quale luogo privilegiato per la difesa e la promozione dei diritti individuali.

In secondo luogo, la disciplina costituzionale vincola la legge ordinaria a una disciplina della società familiare che ne rifletta il naturale modo d'essere e i ruoli spontaneamente assunti: una disciplina cioè che ne rispetti l'*autonomia*, i moduli organizzativi e le funzioni che essa si mostra in grado di svolgere.

Il disegno costituzionale su di essa, così, prevede (artt. 29-31 Cost.):

- l'*eguaglianza morale e giuridica dei coniugi* quale “ordine interno” del matrimonio che sta a fondamento della famiglia;

- la garanzia dell'*unità familiare* quale bene ad essa essenziale;

- il dovere dei genitori di *mantenere, istruire, educare i figli*, anche se nati fuori del matrimonio, prevedendo forme di intervento nei casi di incapacità dei genitori;

- la *libertà educativa*, che non potrebbe essere compressa imponendo vincoli ideologici o attribuendo ad altri la funzione educativa;

- il *sostegno pubblico alle famiglie*, perché ne sia agevolata la formazione e l'adempimento dei compiti relativi.

A voler tentare una sintesi estrema, può dirsi che la Costituzione sancisce i *principi di autonomia e di sussidiarietà*: la famiglia dev'essere lasciata libera di perseguire le sue funzioni e sostenuta in tale adempimento, intervenendo solo là dove si manifestino distorsioni o essa non sia in grado di assolvere i suoi compiti.

Tale disegno non trovava certo piena rispondenza nella disciplina dettata dal codice civile del 1942, ispirato agli opposti principi della preminenza del marito, della disuguaglianza dei coniugi nei diritti e nei doveri, della deteriore condizione, e della insufficiente tutela, dei figli nati fuori del matrimonio. Il quadro legislativo, tuttavia, è ormai profondamente mutato per effetto di una serie di interventi normativi che hanno profondamente innovato, fino a rivoluzionarlo, l'impianto originario del codice. Qui è il caso solo di rammentare che le più incisive innovazioni sono state avviate da una serie di pronunce della Corte costituzionale – che ha via via provveduto ad “abrogare” alcune delle disposizioni in più stridente contrasto con i principi costituzionali – e realizzate poi in particolare dalle *riforme* del diritto di famiglia e della filiazione, attuate con le leggi n. 151/1975 e n. 219/2012, che hanno operato con la tecnica della “novellazione” delle norme codicistiche.

La prima riforma, in particolare, ha preso atto (e in parte contribuito a determinare) le profonde trasformazioni cui la famiglia è andata incontro negli ultimi anni, e che ne hanno cambiato significativamente il volto, in parallelo con i radicali mutamenti intervenuti nell'organizzazione sociale, nel costume, nell'assetto economico della società. Le trasformazioni, in particolare, hanno investito sia la cerchia di persone ricomprese nella nozione di famiglia e i loro rapporti reciproci,

improntati a una progressiva “democratizzazione”, sia le funzioni e i compiti del gruppo. Specificamente, si è assistito al declino di alcune delle sue tradizionali funzioni – in particolare, culturali ed economiche – nel passaggio da una società agricola ad una prevalentemente industriale e con largo sviluppo del settore terziario, tanto che si è parlato di trasformazione della famiglia da azienda di produzione ad azienda di consumo. Si è determinata così la cessazione della convivenza dei grandi gruppi parentali e l’allentamento dei legami, affettivi solidaristici autoritativi, che prima univano tra loro i membri del gruppo. L’emancipazione anche economica della donna e la più precoce autonomia dei figli, culturale prima ancora che professionale, hanno contribuito non poco a una progressiva democratizzazione dei rapporti, che si sono evoluti verso relazioni di tipo paritario. Esautorata di alcune delle sue tradizionali funzioni, ridotta nella sua consistenza numerica, ridimensionata nello stesso ruolo educativo e culturale, la famiglia ha finito così col potenziare la sua funzione di sostegno affettivo, tanto che si è parlato di una progressiva interiorizzazione o *privatizzazione* del gruppo familiare.

La riforma della filiazione poi, attuata di recente, ha largamente modificato l’impostazione originaria del codice che, sulla base del rapporto esistente tra i genitori, distingueva diversi status personali dei figli e ad essi poi collegava effetti peculiari in ragione della preminente tutela assicurata alla famiglia fondata sul matrimonio. Sul punto si tornerà specificamente; intanto basti dire che le differenze rimaste dopo la riforma del 1975 sono state quasi tutte abolite e si è introdotta una norma che assume valore di principio generale: «*tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*» (a prescindere dall’esistenza di un valido matrimonio tra i genitori; art. 315), anche qui prendendo atto della profonda evoluzione registratasi nel costume sociale.

Di tale profonda evoluzione è sintomo significativo il fatto che oggi, da parte di molti, non si parla più della famiglia come di un fenomeno unitario e di contenuto definito; si parla piuttosto di diverse figure o tipi di famiglia, che hanno rilevanza e ruoli differenti. E ciò non è certo senza riscontro nella realtà, pur se si rischia in tal modo di enfatizzare il ruolo di fenomeni familiari che, oggi come ieri, rivestono un indubbio minor rilievo – come la famiglia allargata – e, per altro verso, di ridurre arbitrariamente la rilevanza della figura centrale del fenomeno, la “famiglia nucleare”, composta dai coniugi e dai figli. Di queste si dovrà ora dire, trattando in particolare della famiglia legittima e della famiglia di fatto.

3. *La famiglia legittima e il suo fondamento*

Punto di riferimento primario, sotto il profilo sociale e giuridico, rimane la famiglia “*nucleare*”, composta dai coniugi e dai loro figli. Ad essa, per comune riconoscimento, si riferisce l’art. 29¹ Cost. là dove, nel «riconoscere i diritti della famiglia», pone a suo *fondamento il*

«matrimonio» e ordina poi il rapporto coniugale sotto il segno della «eguaglianza morale e giuridica» degli sposi.

È questa la *famiglia legittima* il cui tratto saliente, per quanto qui interessa, è costituito dalla sua fondazione su uno specifico atto negoziale – *il matrimonio* – col quale i coniugi si impegnano reciprocamente a realizzare una comunione di vita, un progetto di convivenza intessuta di diritti e doveri reciproci: fedeltà, assistenza, educazione dei figli, mutua collaborazione. Ma altresì, tratto caratterizzante del matrimonio è quello di essere non un semplice patto “interno” o privato tra gli sposi, quanto impegno assunto *pubblicamente*, di fronte alla società, chiamata a essere testimone di questo impegno e di quel progetto.

La famiglia legittima così è assunta esplicitamente quale oggetto di una *tutela preferenziale* tanto che, nel testo costituzionale, perfino la tutela dei «figli nati fuori del matrimonio» è legata al vaglio di «compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima» (art. 30³ Cost.). Sul punto specifico si dovrà tornare per meglio precisare il significato attuale della previsione (§ 59.1); quel che intanto si deve evidenziare è che la ragione della privilegiata tutela va individuata anzitutto nel carattere di *stabilità* e di *certezza* dei rapporti; e altresì nel fatto che la famiglia nucleare costituisce il “nocciolo duro”, la costante delle varie esperienze familiari succedutesi nel corso della storia, perché in essa si realizzano *funzioni di essenziale rilievo per tutta la società*: il mutuo aiuto tra i coniugi e il reciproco sostegno personale ed economico, la procreazione e l’educazione della prole, la trasmissione dei valori religiosi, etici e culturali.

Si conferma allora che la dimensione giuridica, se non è l’aspetto centrale della famiglia, ne costituisce tuttavia dimensione imprescindibile: sia perché essa non è soltanto luogo di affetti, come superficialmente talvolta si afferma, sia perché occorre comunque provvedere alla tutela dei suoi membri quante volte i loro diritti siano violati. Ma altresì, la dimensione giuridica è importante sia perché il modello proposto dalla legge assume un *valore esemplare* e paradigmatico di fronte alle possibili deviazioni della prassi, sia perché il vincolo giuridico è anche un *punto di riferimento stabile* oltre lo spontaneismo e l’oscillazione dei sentimenti.

4. La famiglia di fatto

In anni recenti ha conosciuto nuova diffusione il fenomeno, per la verità più esteso nei secoli passati, del «convivere come coniugi», della *convivenza fuori del matrimonio*. Fenomeno, che si suole designare con l’espressione «famiglia di fatto» quando tale convivenza si atteggi secondo il modello della famiglia legittima, in particolare per il suo carattere non occasionale e per la presenza di figli della coppia. Le ragioni della nuova diffusione sono diverse e, non di rado, non omogenee: si va dalla insofferenza per i legami giuridici all’incertezza sui propri sentimenti, dall’intento di fare

una sorta di “prova generale” del matrimonio all’impossibilità, per precedenti vincoli matrimoniali, di regolarizzare il rapporto. Se dunque non mancano ipotesi di tendenziale stabilità della relazione, altre sono caratterizzate, al contrario, da una sorta di voluta o “programmatica” provvisorietà. Ma, al di là delle differenze che si riscontrano nelle diverse esperienze, rimane il fatto che la famiglia legittima è caratterizzata dal suo *dover essere*, garantito dal matrimonio, di contro al semplice *essere* della convivenza.

Si è posto così il problema della *rilevanza giuridica* del fenomeno e sono state avanzate numerose proposte di regolamentazione: da quelle che intendono disciplinare solo alcuni aspetti a quelle che propongono invece una sorta di generale riconoscimento. La difficoltà con la quale si sono scontrate tali proposte è però quella dell’intrinseca contraddittorietà di un intervento legislativo: ove esso *parificasse la convivenza al matrimonio* violerebbe la libertà personale, vanificando la scelta dei conviventi di non vincolarsi; ove si limitasse a *estendere alcune previsioni* dettate per la famiglia legittima, il riconoscimento rischierebbe di tradursi in una sorta di matrimonio di serie B, già largamente sperimentato nella storia ma con esiti di netta discriminazione: dal *concubinato* di epoca romana al *matrimonio morganatico* o *della mano sinistra* dei secoli successivi, fino al recente *madamato* dell’epoca coloniale.

D’altra parte, alle istanze volte a disciplinare tali realtà negli ultimi anni si sono aggiunte le richieste di “riconoscimento” legislativo per altri fenomeni, radicalmente diversi rispetto alle convivenze familiari: quelli delle coppie dello stesso sesso che vogliano convivere in un quadro normativo assimilabile a quello delle coppie coniugate.

Dopo un lungo e travagliato dibattito politico, la legge n. 76/2016 (d’ora in poi: legge conv.) ha introdotto una articolata normativa sia per le «convivenze di fatto», sia per l’«unione civile» tra persone dello stesso sesso. Ad essa si dedicherà attenzione dopo l’esposizione della disciplina del matrimonio, se non altro perché le scarse disposizioni dettate per le «convivenze» non potrebbero intendersi senza una previa conoscenza di questo, mentre la normativa sull’«unione civile» ricalca largamente quella dettata per il matrimonio (cap. 63).

13. Le successioni.

Sommario: 1. Nozione e funzioni della successione a causa di morte. – 2. Il titolo della successione. I patti successori. – 3. L’oggetto. Successioni ordinarie e successioni anomale

1. Nozione e funzioni della successione a causa di morte

La *successione a causa di morte* è la *trasmissione dei rapporti giuridici* di una persona che si determina quando questa cessa di vivere.

La morte, come sappiamo, estingue la persona e i suoi diritti personalissimi e, d'altra parte, pone il problema della sorte dei suoi beni. Il diritto successorio, allora, disciplina la destinazione del patrimonio del defunto tenendo conto di una serie di esigenze, e variamente temperandole:

- l'esigenza di definizione dei rapporti patrimoniali che facevano capo al defunto, e in particolare di attribuzione dei beni a un soggetto, evitando una "vacatio" che sarebbe fonte di incertezze e di disordinati tentativi di appropriazione;

- la solidarietà familiare che, nel comune sentire sociale, vede nei congiunti i naturali e primi destinatari del patrimonio del defunto;

- la volontà del titolare circa la destinazione dei suoi beni;

- l'opportunità di favorire un ricambio nella titolarità dei patrimoni familiari, sì che almeno una parte dei beni sia "rimessa in circolazione" e ritorni a vantaggio di tutta la collettività.

Tali esigenze trovano riscontro e fondamento nel testo costituzionale che demanda alla legge ordinaria la determinazione «delle norme e dei limiti delle successioni legittime e testamentarie e dei diritti dello Stato sulle eredità» (art. 42⁴ Cost.), sì che la legge può in concreto articolare diversamente il loro temperamento, ma non potrebbe invece – stante altresì il riconoscimento della proprietà privata e dell'autonomia contrattuale – escludere gli uni o gli altri. Così, la legge potrebbe in concreto ampliare o restringere la cerchia dei successibili, aumentare o ridurre il prelievo fiscale, ma non potrebbe abrogare o comprimere oltre misura il sistema della trasmissione dei beni per via ereditaria.

In estrema sintesi, tali esigenze trovano soddisfazione prevedendosi che, alla morte di una persona, i suoi diritti patrimoniali vengono attribuiti secondo le determinazioni espresse dal defunto in un apposito atto, il testamento (*successione testamentaria*). In mancanza di testamento, il patrimonio è attribuito per legge ai suoi parenti o allo Stato (*successione legittima*). In ogni caso, e perciò anche in presenza di una diversa volontà del testatore, una quota dell'eredità si devolve necessariamente a favore di alcuni stretti congiunti, che non possono perciò essere pretermessi (*successione necessaria*). Quale che sia il tipo di successione, infine, su di essa incidono «i diritti dello Stato sulle eredità» (art. 42⁴ Cost.) tramite l'imposizione fiscale, tanto più elevata quanto meno intenso è il vincolo di parentela tra il defunto e i suoi eredi.

Negli ultimi anni si è sopito il dibattito, particolarmente vivo nella seconda metà del '900, sulla *legittimità del sistema delle successioni a causa di morte*, quale sistema che, prevedendo una trasmissione familiare della ricchezza, perpetua il mantenimento dei patrimoni all'interno dello stesso gruppo parentale e consente un acquisto della proprietà non fondato sul lavoro e sul

risparmio. Si sono infatti profondamente modificati il sistema sociale e le strutture economiche complessive: anzitutto, la diffusione della ricchezza in larghi strati della popolazione ha esteso l'esigenza di definizione dei rapporti patrimoniali alla morte del titolare e consolidato il consenso sulla legittimità del sistema.

Per altro verso, l'esigenza di contenere l'accumulazione di ingenti patrimoni privati è andata declinando perché gli intenti ad essa sottesi, di favorire la redistribuzione della ricchezza e una sua maggiore diffusione nel corpo sociale, sono oggi assicurati dall'elevata imposizione fiscale sui redditi e dallo stesso incremento di ricchezza prodotto dall'economia moderna. Parallelamente, va scemando l'importanza "politica" del diritto successorio: per un verso, e come già s'è messo in evidenza, nella produzione della ricchezza cresce il peso dei redditi di lavoro rispetto ai cespiti patrimoniali (§ 15.2); per l'altro, le grandi concentrazioni di capitali si trovano ormai in capo a strutture societarie e le partecipazioni azionarie si prestano a una trasmissione che sfugge facilmente al sistema delle successioni a causa di morte e al relativo "controllo".

Ma altresì, a segnare la ridotta importanza del sistema delle successioni a causa di morte concorre il fatto che quote non irrilevanti del patrimonio del defunto seguono ormai strade diverse, tanto che si parla di «*successioni anomale*»: v. § 64.3.

A disciplinare la materia, accanto al codice civile, concorre oggi per taluni aspetti anche il Regolamento UE n. 650/2012, recante «disposizioni in materia di successioni e di creazione di un certificato successorio europeo».

Iniziamo perciò a trattare di tale importate istituto delineando tre profili: titolo, oggetto, soggetti della successione.

2. Il titolo della successione. I patti successori.

Causa della successione ereditaria è dunque la *morte della persona*, quale evento che determina e giustifica la trasmissione dei rapporti giuridici facenti capo al defunto. Essa però non specifica ancora la "direzione" della trasmissione ereditaria, a chi andranno i beni: il codice civile stabilisce al riguardo che «l'eredità di devolve per legge o per testamento» (art. 457¹).

La *legge* e il *testamento* costituiscono perciò il *titolo* della successione, che si denomina, rispettivamente, *legittima* e *testamentaria*. Già s'è accennato all'articolazione di massima tra i due tipi di successione, che saranno poi oggetto di trattazione specifica (capp. 67 e 69). Qui deve aggiungersi anzitutto che l'un titolo può concorrere con l'altro, nel senso che ove il testatore abbia disposto di una parte soltanto dei suoi beni, quelli rimanenti si devolveranno per successione legittima.

Ma altresì va evidenziato che, nel disegno originario del codice, non erano ammessi altri “titoli” per la successione a causa di morte, e in particolare titoli negoziali diversi dal testamento. Questo perciò costituiva un *negozio tipico e unico*, nel senso che l’effetto dell’attribuzione dei beni alla morte di una persona non poteva essere realizzato con altri atti di autonomia privata. La ragione della sancita tipicità va individuata nella tutela della *libertà testamentaria*, volendosi garantire alla persona la facoltà di modificare precedenti determinazioni fino all’ultimo istante di vita. L’esigenza di tutelare al massimo grado tale libertà – che, per vero, altri ordinamenti non conoscono – escludeva perciò l’adozione di altri strumenti, e in particolare del contratto, che avrebbe vincolato il disponente impedendo un suo ripensamento.

L’emersione di nuove esigenze, mentre ha moltiplicato le ipotesi di “successioni anomale” (di cui di dirà nel § seguente), ha indotto di recente a una *deroga al principio di tipicità del testamento* con l’introduzione del cd. «patto di famiglia»: un contratto, col quale si assegnano ad alcuni discendenti i beni strumentali a una attività in senso lato imprenditoriale, al fine di assicurare l’integrità aziendale e la continuità dell’attività in capo agli eredi (ritenuti) più idonei. Tale negozio si prospetta oggi come una possibile alternativa al testamento, ma, mentre riguarda soltanto alcuni tipi di beni, presuppone l’esposizione di diversi istituti: se ne deve perciò rinviare la trattazione (§ 69.12), mentre qui di seguito si esporrà la disciplina tuttora vigente per le altre ipotesi: disciplina, che conserva carattere generale, in quanto non sia specificamente derogata cioè da tale normativa di settore.

Restano dunque *vietati, in linea generale, i negozi tra vivi a causa di morte*. Sono colpiti da nullità, in particolare, i cdd. *patti successori*, e cioè i negozi, unilaterali o bilaterali, con i quali si dispone dei diritti relativi a una successione futura. Il divieto riguarda sia atti di disposizione dei propri beni fatti con strumenti diversi dal testamento (ad es., con un contratto), sia atti di disposizione dell’eredità di altra persona, ancora vivente, che si spera di conseguire in futuro. Il divieto trova fondamento nella tutela della libertà testamentaria e altresì nella riprovazione sociale che colpisce ogni speculazione sulle eredità future, che fatalmente si trasforma in *votum captandae mortis*. In sintesi, sono vietati (art. 457) i *patti*:

- *istitutivi*, con i quali si istituisce erede un’altra persona (ad es., con un contratto marito e moglie si nominano reciprocamente eredi);
- *dispositivi*, con i quali si alienano i diritti che potranno derivare da una futura successione;
- *rinunciativi*, con i quali si rinuncia ai diritti relativi a una eredità futura.

La formulazione in termini ampi del divieto è atta a ricomprendere tutti i negozi che comportino effetti analoghi: ad es. un *deposito bancario* intestato a due persone, nel quale sia previsto che una di esse potrà effettuare prelievi solo alla morte dell'altra, realizza di fatto un'attribuzione destinata a produrre effetti alla fine della vita dello stipulante e perciò "a causa di morte". Per la stessa ragione, incorrono nel divieto sia la cd. *donazione a causa di morte*, e cioè la donazione in cui l'effetto traslativo è subordinato alla morte del donante, sia il *mandato post mortem*, con cui si incarica il mandatario di attribuire i beni a un terzo al momento in cui il mandante non sarà più in vita.

Sono validi invece il *contratto a favore di terzi*, e in particolare l'assicurazione sulla vita, e la donazione con *clausola di premorienza*, nella quale è previsto che il bene ritorni al disponente ove il donatario muoia prima del donante: *in entrambi i casi* infatti il diritto nascente dal contratto – e cioè il credito o la proprietà del bene – viene attribuito *immediatamente*, non è rinviato al momento della morte, e la disposizione non si configura perciò come "a causa di morte".

3. L'oggetto. *Successioni ordinarie e successioni anomale*

Oggetto della successione a causa di morte sono anzitutto i *rapporti giuridici di contenuto patrimoniale*, già facenti capo al defunto, che non abbiano carattere strettamente personale. Sono intrasmissibili perciò, e si estinguono con la persona, l'uso e l'abitazione, la rendita vitalizia, gli alimenti; non si trasmettono inoltre le posizioni giuridiche derivanti dai contratti di lavoro, subordinato e autonomo, taluni tipi di appalto, il mandato (art. 1674; ma v. artt. 1722 e 1723²).

Gli altri diritti patrimoniali, reali e di credito, si trasmettono agli eredi. La successione avviene sia nei rapporti attivi che in quelli passivi, e perciò sia nei diritti sia negli obblighi, nei crediti come nei debiti: in particolare, l'erede subentra nei crediti e nei diritti potestativi (ad es., diritto di riscatto o di recesso), ma anche nei debiti e nelle situazioni di soggezione all'altrui potere (di revoca, di impugnazione, etc.) che erano propri del defunto.

Nel sistema emerso dalle codificazioni dell'800, il rilievo dei diritti patrimoniali era assorbente, tanto che si individuavano quali *caratteri fondamentali* dell'istituto l'unità e la patrimonialità. L'*unità* si sostanziava nel carattere unitario della disciplina (che prescinde sia dalla tipologia dei diritti che entrano in successione, sia dalla qualità dei successori); la *patrimonialità* concerneva la natura necessariamente economica dei diritti trasmessi agli eredi. Pertanto, con riguardo ai *diritti non patrimoniali*, si negava che essi potessero cadere in successione, tanto che le ipotesi legislativamente previste (ad es., la tutela dell'onore del defunto) venivano inquadrate diversamente: o come casi in cui si acquistava una *mera legittimazione* ad esercitare *diritti che restavano del defunto* (e che, perciò, in qualche modo gli sopravvivevano), ovvero come casi in cui

i designati divenivano titolari di un diritto conferito direttamente dalla legge (cd. acquisto *iure proprio* e non *iure successionis*).

Una rinnovata lettura della disciplina ha posto in crisi detta configurazione, tanto che oggi si delinea un vero e proprio *sottosistema* successorio, quello delle *successioni anomale o qualificate*, che pone in crisi i principi di unità e di patrimonialità: successioni “anomale” perché seguono regole diverse, “qualificate” perché tengono conto della qualità personali degli eredi: e questo anche con riguardo a taluni diritti patrimoniali.

Per un verso quote significative del *patrimonio* del defunto vengono attribuite in base a *regole proprie e distinte*, diversificate in base alla tipologia dei beni e alla qualità personale dei soggetti chiamati a succedere: così avviene, in particolare, per la pensione di reversibilità e l'indennità di fine rapporto del lavoratore subordinato, attribuite a soggetti già a carico del defunto (anche se diversi dagli eredi legittimi) e ripartite secondo criteri peculiari («il bisogno di ciascuno»: art. 2122). E analogamente avviene per la successione nella proprietà diretto-coltivatrice e in talune imprese agricole, che risponde all'esigenza di mantenere integro il complesso produttivo, evitandone la frammentazione tra i diversi eredi (per la “successione” nell'azienda e in alcune partecipazioni societarie, v. § 69.12).

Quanto agli interessi *non patrimoniali*, per un verso si interpreta con larghezza la possibilità, consentita in via generale dall'art. 587², di inserire nel testamento disposizioni di carattere non economico: riconoscimento di un figlio non matrimoniale e riabilitazione dell'indegno del resto sono ammesse esplicitamente dagli artt. 254 e 466 c.c. (§§ 59.4 e 64.6). Per altro verso, emerge la tendenza a riportare all'ambito delle successioni molte delle disposizioni normative che ammettono gli eredi o altri congiunti alla tutela di alcuni interessi (già propri) del defunto: ad es., diritto d'autore, decisioni in ordine alla sepoltura, azioni di stato, diritti della personalità (il nome, il ritratto, il riserbo, l'onore: artt. 8, 10, 246, 248, 267, 270, 276 c.c.; 23, 24, 93, 96 l. aut.; 597 c.p.). Sembrano così riacquistare significato quelle espressioni che designavano l'erede come «continuatore della personalità del *de cuius*», già proprio della *hereditas* romana, che delineava anzitutto una successione nello *status* del *pater familias* e perciò nei poteri anche personali ad esso collegati; espressione, che oggi acquista nuova valenza in grazia della crescente attenzione ai diritti della personalità.