

niamo — di usucapire tale ultimo diritto) solo attraverso uno di quei mezzi che già abbiamo visto (v. § 176) idonei a consentire la trasformazione della detenzione in possesso (c.d. *interversione del possesso*); e cioè:

- a) l'« opposizione » fatta dal possessore a titolo di diritto reale minore nei confronti del possessore a titolo di proprietà;
- b) la « causa proveniente da un terzo » (art. 1164 cod. civ.).

§ 179. *L'acquisto e la perdita del possesso.*

Lecture suggerite: GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli, 2007;
TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, Napoli, 2003.

L'acquisto del possesso può avvenire:

a) *in modo originario*, con l'apprensione della cosa contro o senza la volontà di un eventuale precedente possessore (c.d. *impossessamento*) ed il conseguente esercizio sulla cosa stessa di poteri di fatto corrispondenti a quelli spettanti al titolare di un diritto reale (ad es., occupo una casa abbandonata, mi approprio di un'autovettura incustodita, rapino il campionario al rappresentante di gioielli, ecc.).

Acquisto
a titolo
originario

Non si ha acquisto del possesso se l'apprensione del bene ed il relativo esercizio di fatto del diritto reale si verificano per *mera tolleranza* del possessore (art. 1144 cod. civ.): ossia, quando chi potrebbe impedire l'acquisto del *corpus* se ne astiene per spirito di amicizia, di gentilezza, di cordialità, di buon vicinato, ecc. (così, se un amico o un vicino, per mia condiscendenza, si trattiene nella mia villa quando non ci sono, non per questo diventa possessore);

La
tolleranza

b) *in modo derivativo*, con la consegna (c.d. *traditio* o, in lingua italiana, « tradizione ») — materiale (ad es., consegna di un plico nelle mani del destinatario) o simbolica (ad es., consegna di un appartamento mediante consegna delle chiavi) — del bene da parte del precedente al nuovo possessore. Non è necessaria, perché si abbia consegna, la materiale apprensione del bene da parte dell'*accipiens*, essendo sufficiente che quest'ultimo consegua la possibilità, attuale ed esclusiva, di agire liberamente su di esso (ad es., consegna di merci mediante consegna delle chiavi del locale in cui le stesse sono depositate).

Acquisto
a titolo
derivativo

Peraltro, l'esperienza conosce due figure di *traditio ficta*, in cui non si ha alcun mutamento nella relazione di fatto con la cosa (che

La c.d. *tra-*
ditio ficta: ...

resta sempre nelle mani della stessa persona); ciò che muta è solo l'*animus*:

*traditio
re
vi manu*

— la *traditio brevi manu*, che si ha allorquando il detentore acquista il possesso del bene (ad es., se il proprietario vende la casa all'inquilino, quest'ultimo, che già la deteneva, con la vendita ne acquista il possesso, pur non mutando la sua relazione di fatto con il bene);

costituito
possessorio

— il *costituito possessorio*, che si ha allorquando il possessore, perdendo il possesso, acquista però la detenzione del bene (ad es., se chi acquista un immobile contemporaneamente lo concede in locazione al venditore, quest'ultimo conserva la relazione materiale con il bene quale detentore, ma perde il possesso che d'ora in poi spetta all'acquirente).

Poiché il possesso è — come si è detto — una situazione di fatto, la giurisprudenza (v. Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930) ritiene inammissibile un contratto avente ad oggetto il trasferimento del possesso, disgiunto dal diritto reale di cui costituisca l'esercizio (così, ad es., inammissibile sarebbe un contratto in forza del quale Tizio trasferisca a Caio, a fronte di un corrispettivo in danaro, il possesso *uti dominus* del bene, di cui Tizio si riservi però la proprietà). Per il trasferimento del possesso occorrerebbero dunque — da un lato — un contratto (anche viziato: ad es., perché il venditore non è proprietario del bene, o perché il contratto non è stato stipulato nella forma solenne richiesta dalla legge, ecc.) purché astrattamente idoneo a trasferire il diritto reale e — da altro lato — la *traditio*.

In dottrina si è obiettato che, se una consegna effettivamente consegua ad un contratto con il quale le parti hanno inteso trasferire il mero possesso, essa appare comunque idonea a far iniziare un possesso in capo all'acquirente.

perdita del
possesso

La *perdita* del possesso si verifica per il venir meno di uno o di entrambi gli elementi del possesso: cioè, del *corpus* e/o dell'*animus possidendi* (se abbandono il bene, se lo trasferisco ad altri, vengono meno e l'uno e l'altro; se qualcuno si impossessa del bene senza o contro la mia volontà, viene meno il solo *corpus*; se — come nel caso del costituito possessorio — cedo il possesso del bene, conservandone però la detenzione, viene meno il solo *animus*).

Per la perdita del *corpus*, non è sufficiente una semplice dimenticanza momentanea del bene (ad es., scordo l'ombrello a casa di amici) — né, tantomeno, un occasionale distacco fisico dalla cosa (ad es., lascio la macchina parcheggiata lungo la strada), che non precluda però al soggetto di ripristinare il rapporto materiale con la

stessa — occorrendo invece la sua definitiva irreperibilità od irrecuperabilità da parte del possessore (ad es., a seguito di uno smarrimento vero e proprio, di un furto, di una rapina, ecc.).

Il possesso degli animali selvatici si perde allorché essi riacquistino la naturale libertà; il possesso di quelli mansuefatti allorché essi perdano la *consuetudo revertendi*.

Per quanto concerne gli immobili, la dottrina tradizionale ritiene che la conservazione possa avvenire anche per solo effetto della persistenza dell'*animus*, nonostante si sia perduta la disponibilità fisica, limitatamente al periodo di tempo — un anno — entro cui si può esercitare l'azione di spoglio (art. 1168 cod. civ.: v. § 186).

§ 180. Successione nel possesso ed accessione del possesso.

Lecture suggerite: QUADRI, *Accessione del possesso e usucapione in materia di servitù*, in *Foro nap.*, 1999, 318.

Il possesso, alla morte del possessore, continua in capo al suo successore a titolo universale (erede: v. § 624) *ipso iure* — cioè, anche in mancanza di una materiale apprensione del bene da parte dell'erede e perfino se questi ignora l'esistenza del bene ovvero che questo fa parte dell'eredità — e con quei medesimi caratteri che aveva rispetto al defunto (così, se il defunto era in buona fede, si considera in buona fede anche l'erede, seppure per avventura sappia di ledere l'altrui diritto; se, invece, il defunto era in mala fede, poco importa che l'erede sappia, o non sappia, di ledere l'altrui diritto: egli subentra nella stessa posizione in cui si trovava il defunto e, quindi, secondo la legge, nel suo stato psicologico): si parla, in tal caso, di « *successione nel possesso* » (art. 1146, comma 1, cod. civ.).

Successione
nel possesso:
presupposti
e disciplina

Ben diversa dalla successione nel possesso (applicabile solo ai successori *a titolo universale*, cioè agli eredi), è l'« *accessione del possesso* » — di cui parla l'art. 1146, comma 2, cod. civ. — applicabile solo a chi acquista il possesso *a titolo particolare* (compratore, legatario, ecc.), e sempre che acquisti egli stesso il possesso (laddove, per l'erede, l'acquisto del possesso avviene — come detto — *ipso iure*, e quindi pure in assenza della materiale apprensione della cosa). L'acquirente a titolo particolare acquista un possesso *nuovo*, diverso da quello del suo dante causa. Pertanto può essere in buona fede, benché il suo dante causa fosse in mala fede, e viceversa. Le qualifiche del possesso vanno, cioè, valutate nei confronti dell'acquirente, senza dare rilievo alla situazione in cui si trovava l'alienante.

Accessione
nel possesso:
presupposti
e disciplina

Orbene, il successore a titolo particolare può — se lo ritiene utile — sommare al periodo in cui ha egli stesso posseduto, anche il periodo durante il quale hanno posseduto i suoi danti causa: questa sommatoria dei due o più periodi può, infatti, risultare utile ai fini dell'usucapione, dell'azione di rivendicazione, dell'azione di manutenzione, ossia ogni volta che assuma rilievo la durata del possesso (così ad es., se compero un bene mobile da chi non è proprietario e sono in buona fede, non avrò alcuna convenienza ad invocare, ai fini dell'acquisto della proprietà del bene, l'*accessio possessionis*, in quanto all'uopo basterà far ricorso alla regola « possesso vale titolo » *ex art 1153 cod. civ.: v. § 183*; se invece compero un bene mobile da chi so non esserne proprietario, mi potrà convenire, sempre ai fini dell'acquisto della proprietà del bene, invocare l'*accessio possessionis*, onde poter sommare a quella del mio possesso la durata del possesso del mio dante causa ai fini del computo del tempo necessario per l'usucapione: v. § 184).

§ 181. Effetti del possesso.

Il possesso rileva principalmente:

- a) quale titolo per l'acquisto dei frutti del bene posseduto e per il rimborso delle spese sullo stesso effettuate (v. § 182);
- b) quale possibile presupposto per l'acquisto della proprietà del bene posseduto (v. §§ 183 s.);
- c) quale oggetto di tutela contro le altrui aggressioni (v. §§ 185 ss.).

§ 182. L'acquisto dei frutti ed il rimborso delle spese.

Lecture suggerite: CORSALE, *Note in tema di possesso di buona fede e obbligo di restituzione dei frutti*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 797.

Frutti
e possesso
di mala fede

Il possessore (illegittimo) è, di norma, tenuto a restituire al titolare del diritto non solo il bene — e, se non lo fa spontaneamente, può esservi costretto attraverso l'esperimento dell'azione di rivendicazione (v. § 143) — ma anche i *frutti* (v. § 89) dal bene prodotti a partire *dal momento in cui ha avuto inizio il suo possesso*.

La regola, peraltro, trova eccezione in caso di *possesso* (illegittimo) *di buona fede* (§ 177): in tale ipotesi, infatti, il possessore ha diritto di tenere per sé tutti i frutti percepiti anteriormente alla proposizione, da parte del titolare del diritto, della relativa domanda giudiziale. Solo i frutti percepiti durante la lite spettano al proprietario. Anzi — ad evitare che il possessore, sapendo di doverli restituire, trascuri la coltivazione o lasci perire i frutti — dal giorno della domanda e fino alla restituzione della cosa il possessore stesso risponde verso il rivendicante non solo dei *frutti percepiti* durante la lite, ma anche di quelli (c.d. *frutti percipiendi*) che avrebbe potuto percepire usando la diligenza del *bonus pater familias* (art. 1148 cod. civ.).

Frutti
e possesso
di buona
fede

Quanto alle *spese*, occorre distinguere fra:

Spese

a) spese *ordinarie* (cioè, quelle che servono per la produzione dei frutti ed il loro raccolto, nonché per le riparazioni ordinarie del bene), di cui il possessore ha diritto al rimborso limitatamente al tempo per il quale è tenuto alla restituzione dei frutti (artt. 1149 e 1150, comma 4, cod. civ.): non sarebbe giusto che chi deve restituire i frutti non abbia diritto al rimborso delle spese effettuate per la loro produzione;

b) spese *straordinarie* (cioè, quelle che servono alle riparazioni straordinarie), di cui il possessore — sia di buona che di mala fede — ha sempre diritto al rimborso (art. 1150, comma 1, cod. civ.): non sarebbe giusto che il proprietario si avvantaggiasse di spese che superano il limite della conservazione del bene;

c) spese *per miglioramenti*, di cui il possessore — sia di buona che di mala fede — ha diritto al rimborso, purché detti miglioramenti sussistano al tempo della restituzione (art. 1150, comma 2, cod. civ.): e la ragione è che, nell'interesse generale della produzione, non si è vuole distogliere chi di fatto si trova ad utilizzare la cosa dal compimento di opere che ne accrescano il valore. Tuttavia, per quanto concerne l'importo del rimborso, bisogna distinguere se il possesso era di buona o di mala fede: al possessore di buona fede, l'indennità si deve corrispondere nella misura dell'aumento di valore conseguito dalla cosa per effetto dei miglioramenti; a quello di mala fede, nella minor somma tra lo speso ed il migliorato (art. 1150, comma 3, cod. civ.).

Al possessore — purché di buona fede — è riconosciuto il *diritto di ritenzione*: cioè, il diritto di non restituire il bene fino a che non gli siano state corrisposte le indennità dovute per spese, riparazioni e miglioramenti (art. 1152 cod. civ.).

Diritto di
ritenzione

**§ 183. L'acquisto della proprietà in forza del possesso:
a) la regola « possesso vale titolo ».**

Lecture suggerite: CENINI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 2009; RICCHIUTO, *Acquisto a non domino e doppia alienazione nel diritto d'autore*, in *Dir. autore*, 2005, 24; MENGONI, *Acquisto a non domino*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, 69.

Acquisto *a non domino*

Se acquisto un bene da chi non ne è proprietario (ad es., dal ladro; da chi, pochi minuti prima, ha già alienato il medesimo bene ad un terzo; da chi ha, a sua volta, acquistato il bene in base ad un titolo nullo, ecc.) (c.d. « acquisto *a non domino* »), non ne divento — di norma — proprietario: e ciò, per la semplice ragione che colui che mi ha alienato il bene non era legittimato a farlo (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*).

Il principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* e gli inconvenienti di una sua rigorosa applicazione

Detta regola, se fosse applicata in tutto il suo rigore, costituirebbe però un grave ostacolo alla circolazione della ricchezza: difatti, per essere sicuri di non restare esposti all'azione di rivendicazione da parte del *dominus*, prima di qualsiasi acquisto occorrerebbe indagare se l'alienante è davvero il proprietario del bene che si intende acquistare; ed anzi, per maggior sicurezza, occorrerebbe indagare pure se l'alienante ha a sua volta acquistato correttamente *a domino*, e così via. Ne deriverebbero difficoltà ed incertezze tali da paralizzare il traffico giuridico, che è viceversa essenziale, ancor più nelle società moderne fortemente dinamiche.

La regola « possesso vale titolo »

Ora — se per i beni immobili e per i beni mobili c.d. registrati (v. § 83) il legislatore ha ovviato a siffatto pericolo mediante l'istituzione di pubblici registri — per quel che riguarda invece i beni mobili ha dettato la *regola « possesso vale titolo »* (art. 1153 cod. civ.).

Presupposti:

In forza di detta regola, chi acquista un bene *a non domino* ne diventa — ciò nonostante — *proprietario*, purché concorrano i seguenti presupposti:

... l'acquisto di beni mobili

a) che l'acquisto riguardi *beni mobili* — ad esclusione dei beni mobili registrati (v. § 83) e delle universalità di mobili (v. § 92) — suscettibili di possesso (art. 1156 cod. civ.);

... il titolo idoneo

b) che l'acquirente possa vantare — come precisa l'art. 1153 cod. civ. — « un *titolo idoneo al trasferimento della proprietà* »: cioè, un contratto non solo astrattamente atto al trasferimento del diritto dominicale (ad es., una compravendita o un altro contratto ad effetti reali: v. § 314), ma anche che non presenti altro vizio se non quello di essere stipulato da chi non è legittimato a disporre del bene (tale non sarebbe, ad es., una compravendita nulla per difetto di forma);

c) che l'acquirente — oltre ad aver stipulato l'atto d'acquisto del bene mobile — ne abbia altresì acquistato il *possesso*: il legislatore tutela l'acquirente solo se già vi sia stata la consegna (*traditio*) a favore di quest'ultimo, altrimenti preferisce tutelare ancora il (precedente) *dominus* (così, se il *non dominus* — ad es., il ladro — mi ha venduto un bene mobile, ma non me lo ha ancora consegnato, nel conflitto fra il precedente *dominus* derubato e l'acquirente *a non domino* prevale il primo; se il *non dominus* mi ha venduto un bene mobile e me lo ha già consegnato, nel conflitto fra il precedente *dominus* e l'acquirente *a non domino* prevale il secondo);

... l'acquisto
del possesso

d) che l'acquirente sia in *buona fede* nel momento in cui il bene gli viene consegnato (*mala fides superveniens non nocet*): peraltro, a tal fine, non basta che l'acquirente ignori che l'alienante non aveva diritto di disporre della cosa, ma occorre altresì che tale ignoranza *non dipenda da sua colpa* (art. 1147, comma 2, cod. civ.); colpa, che sussisterebbe se le circostanze in cui l'acquisto ha avuto luogo avrebbero indotto in sospetto l'uomo medio, il *bonus pater familias*. Tuttavia, siccome per chi si trova nel possesso di una cosa « la buona fede è presunta » (art. 1147, comma 3, cod. civ.), incombe su chi intenda contestarne l'acquisto l'onere di provare la mala fede del possessore, adducendo ogni indizio utile a dimostrare che una persona di media diligenza, in quelle circostanze, avrebbe preferito astenersi dall'acquisto, non potendo non avere dei dubbi sulla reale titolarità dell'alienante. La buona fede è esclusa — secondo l'art. 1154 cod. civ. — se l'acquirente conosce l'illegittima provenienza della cosa (per es., sappia che è stata rubata): e ciò, anche quando ritenga erroneamente che colui da cui l'ha acquistata o un precedente possessore sia diventato nel frattempo proprietario (supponga che si sia, per es., verificata l'usucapione, mentre ciò non risponde al vero).

... la buona
fede

Quello realizzato in forza dell'applicazione della regola « possesso vale titolo » costituisce — secondo l'opinione prevalente — acquisto *a titolo originario* (v. § 40).

Effetti:
l'acquisto
del diritto...

Se il possesso di buona fede costituisce titolo d'acquisto della proprietà, a maggior ragione deve produrre l'effetto di porre nel nulla i diritti sulla cosa che siano ignorati. Perciò, il comma 2 dell'art. 1153 cod. civ. dispone che la proprietà si acquista *libera da diritti altrui sulla cosa* (se questi non risultano dal titolo e vi è la buona fede dell'acquirente). Quindi, se acquisto *a non domino*, in buona fede, un quadro e chi me lo vende non mi dice che su di esso è costituito un pegno (v. § 241), non soltanto divento proprietario del quadro, ma contro di me non può neppur essere fatto valere il diritto di pegno dal creditore pignoratizio.

... libero da
diritti altrui

Conflitto tra
più acquirenti
di beni
mobili

Un ulteriore corollario della regola « possesso vale titolo » è previsto nell'art. 1155 cod. civ.

Può darsi che taluno alieni il medesimo bene mobile (ad es., un orologio) a più persone (ad es., Tizio vende il medesimo orologio prima a Primus, poi a Secundus), o costituisca lo stesso diritto a favore di più persone (ad es., Tizio costituisce il diritto di usufrutto sul medesimo orologio prima a favore di Primus, poi a favore di Secundus), ovvero cerchi di trasferire a persone diverse diritti tra loro incompatibili (ad es., Tizio cede a Primus la proprietà dell'orologio, poi costituisce a favore di Secundus il diritto di usufrutto sul medesimo orologio).

Come si risolve il conflitto tra i vari acquirenti?

A rigore, se Tizio ha alienato il bene il 1° novembre a Primus ed il 15 novembre a Secundus, questa seconda alienazione non dovrebbe avere effetti, perché fatta *a non domino*: infatti, con la prima alienazione, Tizio si era già spogliato della proprietà e non avrebbe più potuto trasmetterla a Secundus. Ma, se Tizio ha trasmesso a Secundus, che in buona fede ignorava la prima alienazione, il possesso, non può non applicarsi il principio « possesso di buona fede vale titolo »: Secundus acquista la proprietà della cosa e Primus non può più rivendicarla, salva — s'intende — la possibilità di agire contro Tizio per il risarcimento dei danni.

Perciò l'art. 1155 cod. civ. stabilisce che, se taluno con successivi contratti aliena a più persone un bene mobile, tra esse quella che per prima ne acquista in buona fede il possesso è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore.

Acquisto a
non domino
di...

I principi fin qui esaminati, relativi agli effetti del possesso di buona fede, *non* si applicano — come si è detto — « alle *universalità di mobili* e ai beni *mobili iscritti in pubblici registri* » (art. 1156 cod. civ.).

Le ragioni di tale esclusione sono evidenti.

... universalità
di mobili

Per quanto riguarda le *universalità di mobili* (ad es., biblioteche, pinacoteche, greggi, ecc.: v. § 92), il legislatore preferisce sollecitare l'attenzione di chi voglia acquistare un siffatto complesso di beni, evitando che questi possa accontentarsi dell'apparente titolarità di chi si accinga a compiere atti di disposizione dell'*universitas*. Ragion per cui, con riferimento alle universalità di mobili, trova applicazione rigorosa il principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*; con la conseguenza che viene tutelato non già chi per primo acquista il possesso in buona fede, bensì chi può vantare un valido titolo d'acquisto di data anteriore.

Per quanto riguarda, invece, i beni *mobili iscritti in pubblici registri* (autoveicoli, natanti ed aeromobili: v. § 83), trovano applicazione — come per gli immobili — i principi relativi alla trascrizione (v. §§ 681 ss.), in virtù dei quali viene tutelato non già chi per primo acquista il possesso in buona fede, bensì chi per primo provvede alla trascrizione del suo titolo.

... mobili
registrati

**§ 184. L'acquisto della proprietà in forza del possesso:
b) l'usucapione.**

Lecture suggerite: GUERINONI, *L'usucapione*, in *Trattato dei diritti reali Gambaro-Morello*, I, Milano, 2008, 869; CATERINA, *Impium praesidium. Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001; SACCO, *Usucapione*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1999, 561.

Il possesso protratto per un certo lasso di tempo fa acquisire al possessore — attraverso l'istituto dell'«*usucapione*» — la *titolarità* del diritto reale (proprietà, usufrutto, enfiteusi, ecc.) corrispondente alla situazione di fatto esercitata (art. 1158 cod. civ.): l'usucapione costituisce, dunque, un *modo di acquisto a titolo originario* della proprietà e dei diritti reali minori.

Nozione

La *ratio* dell'usucapione va ricercata nell'opportunità, dal punto di vista sociale, di favorire chi, nel tempo, utilizza e rende produttivo il bene — facendo così cosa utile, non solo nel suo interesse, ma in quello generale — a fronte del proprietario che lo trascura.

Fondamento
dell'usucapione

L'usucapione agevola altresì — come già si è rilevato (v. § 143) — la prova del diritto di proprietà: se non soccorresse l'usucapione, chi si afferma proprietario dovrebbe dare la prova — estremamente difficile, se non impossibile — di aver acquistato il suo diritto da un soggetto che era effettivamente proprietario del bene per averlo, a sua volta, acquistato dal precedente proprietario, che era effettivamente tale per averlo acquistato da quello precedente, e così via fino alla notte dei tempi (c.d. *probatio diabolica*).

L'usucapione — lo si è già sottolineato (v. § 109) — si distingue dalla prescrizione estintiva (art. 2934 cod. civ.):

Usucapione e
prescrizione

— in entrambi gli istituti hanno importanza il fattore tempo e l'inerzia del titolare del diritto: ma nella prescrizione questi elementi danno luogo all'*estinzione*, nell'usucapione all'*acquisto* di un diritto;

— la prescrizione ha una *portata generale*, in quanto si riferisce a tutti i diritti, salvo eccezioni (di cui la più importante è la pro-

prietà); l'usucapione riguarda invece solo la proprietà ed i diritti reali minori.

Oggetto A quest'ultimo proposito, va sottolineato che per usucapione possono acquistarsi solo la *proprietà* ed i *diritti reali di godimento* — ad eccezione delle *servitù non apparenti* (v. § 158) e, secondo taluni, del diritto di *superficie* (v. § 145) — con esclusione, quindi, dei diritti reali di garanzia.

I diritti usucapibili possono avere ad oggetto tutti i beni corporali (v. §§ 81 s.) (immobili, mobili registrati, mobili, universalità di mobili), ad esclusione dei beni demaniali e dei beni del patrimonio indisponibile dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali (v. § 95). Si discute, invece, se siano suscettibili di usucapione anche diritti su taluni beni immateriali (ad es., la ditta e l'insegna).

Presupposti: Perché si verifichi l'usucapione, debbono concorrere i seguenti presupposti:

... possesso a) il *possesso* — sia « di buona fede » che « di mala fede » — del bene; *irrilevante*, ai fini dell'usucapione, è invece la *detenzione*; ovviamente inutile, ai fini dell'acquisizione del diritto (ma non della prova di esso), è il possesso legittimo (cioè, il possesso di chi già è titolare del diritto). Peraltro, se il possesso (illegittimo, di mala fede) viene acquistato con violenza (ad es., mediante rapina) o clandestinità (ad es., mediante furto) (c.d. *possesso vizioso*) (v. § 177), il possesso utile per l'usucapione decorre solo dal momento in cui sono cessate la violenza e la clandestinità (art. 1163 cod. civ.): è da tale momento, infatti, che il precedente possessore, vittima dell'atto violento o clandestino, potrebbe agire in giudizio per ottenere il recupero del bene; se omette di farlo, deve subire le conseguenze negative della sua colpevole inerzia;

... continuità del possesso: presunzione di possesso intermedio e presunzione di possesso anteriore b) la *continuità* del possesso per un certo lasso di tempo: peraltro, al fine di dimostrare la continuità del suo possesso, il soggetto interessato non ha l'onere di fornire la prova — particolarmente difficile, se non addirittura impossibile — di aver posseduto il bene giorno per giorno, minuto per minuto, per tutto l'arco di tempo richiesto: la legge, infatti, lo agevola con la *presunzione di possesso intermedio* (art. 1142 cod. civ.), in forza della quale basta che il possessore dimostri di possedere ora e di aver posseduto in un tempo più remoto: ciò è sufficiente per far presumere — *iuris tantum* — che abbia posseduto anche nel periodo intermedio; spetterà a chi eventualmente sostenga il contrario di dimostrare il suo assunto. Invece, il solo possesso attuale non fa presumere il possesso anteriore, salvo che il possessore possa invocare un titolo a fondamento del suo possesso (ad es., esibire un atto dal quale risulti che, in una certa data,

ha comperato il bene): in tal caso (poiché, normalmente, l'acquisto della proprietà o del diritto reale minore si accompagna all'acquisto del relativo possesso) la legge presume — sempre *iuris tantum* — che il possesso abbia avuto inizio dalla data del titolo (*presunzione di possesso anteriore*) (art. 1143 cod. civ.);

c) la *non interruzione* del possesso, che si ha allorquando, nel lasso di tempo richiesto dalla legge, non intervenga:

... non interruzione del possesso

— né una causa di *interruzione c.d. naturale* dell'usucapione, che si verifica allorquando il soggetto perda (ad. es., per abbandono del bene, trasferimento a terzi, smarrimento definitivo, ecc.) il possesso del bene; con la precisazione che, in ipotesi di perdita del possesso in conseguenza del fatto del terzo che se ne appropri (ad. es., perdo il possesso del mio fondo perché il vicino se ne impossessa), l'interruzione si considera verificata solo se chi si è visto privato del possesso non abbia proposto l'azione diretta a recuperare il perduto possesso (ad. es., l'azione di reintegrazione: v. § 186) entro il termine di un anno dall'avvenuto spoglio (art. 1167 cod. civ.);

— né una causa di *interruzione c.d. civile* dell'usucapione, che si verifica allorquando contro il possessore — che pure conserva materialmente il possesso del bene — venga proposta una *domanda giudiziale* volta a privarlo di esso (ad. es., un'azione di rivendicazione: v. § 143; un'azione di spoglio: v. § 186; un'azione di manutenzione volta a reagire contro uno spoglio non violento né clandestino: v. § 187), sempre che — ovviamente — si tratti di domanda fondata (*ex comb. disp. artt. 1165 e 2943 cod. civ.*); ovvero allorquando il possessore abbia effettuato un *riconoscimento* del diritto del titolare (*ex comb. disp. artt. 1165 e 2944 cod. civ.*). Si noti che le cause di interruzione c.d. civile dell'usucapione coincidono con quelle di interruzione della prescrizione (v. § 114);

d) il decorso di un certo lasso di *tempo*, che gli artt. 1158, 1160, comma 1, e 1161, comma 2, cod. civ. fissano — di regola — in *venti anni* (c.d. *usucapione ordinaria*): si ricordi che, ai fini del computo del tempo utile ai fini dell'usucapione, chi abbia acquisito il possesso a titolo particolare può sommare al tempo del proprio possesso anche il tempo del possesso dei propri danti causa (c.d. *accessione del possesso*: art. 1146, comma 1, cod. civ.; v. § 180), mentre chi ha acquisito il possesso a titolo universale si giova del possesso del suo autore (c.d. *successione nel possesso*: art. 1146, comma 2, cod. civ.; v. § 180).

... decorso del tempo

Peraltro, la legge prevede, relativamente a talune ipotesi, termini di usucapione più brevi (c.d. *usucapione abbreviata*); e precisamente:

Usucapione abbreviata

α) di dieci anni per i *beni immobili* (art. 1159 cod. civ.) e di tre anni per i *beni mobili registrati* (art. 1162 cod. civ.), allorquando — oltre a quelli fin qui indicati — concorrono cumulativamente i seguenti presupposti:

— che il possessore possa vantare a suo favore — come precisano gli artt. 1159 e 1162 cod. civ. — un « titolo idoneo a trasferire la proprietà » (per es., una vendita), non inficiato da altri vizi se non quello di essere stato stipulato da chi non è legittimato a disporre del bene: si tratta — evidentemente — di un'ipotesi di acquisto *a non domino*;

— che l'acquirente abbia acquistato il possesso del bene « in buona fede » (v. § 177);

— che sia stata effettuata la « trascrizione » del titolo: il termine utile per l'usucapione decorre proprio dalla data della trascrizione;

β) di dieci anni per le *universalità di mobili* (art. 1160 cod. civ.), allorquando — oltre a quelli generali sopra indicati — concorrono cumulativamente i seguenti presupposti:

— che il possessore possa vantare a suo favore — come precisa l'art. 1160, comma 2, cod. civ. — un « titolo idoneo » all'acquisto del diritto (per es., una vendita);

— che l'acquirente abbia acquistato il possesso del bene « in buona fede » (v. § 177);

γ) di dieci anni per i *beni mobili non registrati* (art. 1161 cod. civ.), allorquando l'acquirente abbia acquistato il suo possesso in *buona fede* (se, oltre alla buona fede, potesse vantare anche un « titolo idoneo » all'acquisto del diritto, il possessore non avrebbe ragione di invocare l'usucapione, poiché lo stesso — in forza della regola « possesso vale titolo »: art. 1153 cod. civ.; v. § 183 — avrebbe acquistato il diritto fin dal momento dell'acquisizione del possesso);

δ) di quindici anni per i *fondi rustici* con annessi fabbricati situati in comuni che per legge sono classificati come « montani » ai sensi di legge, ovvero per i fondi rustici con annessi fabbricati, anche se non situati in comuni « montani », che abbiano un reddito domenicale iscritto in catasto non superiore a complessive lire 350.000 (art. 2 L. 10 maggio 1976, n. 346, così come modificata dall'art. 6 legge 31 gennaio 1994, n. 97), pari — oggi — ad € 180,76 (art. 1159-bis, comma 1, cod. civ.): termine che — se concorrono i presupposti della sussistenza di un « titolo idoneo », della « buona fede » e della « trascrizione » del titolo — si riduce a cinque anni dalla trascrizione stessa (art. 1159-bis, comma 2, cod. civ.) (c.d. *usucapione speciale per la piccola proprietà rurale*).

L'acquisto del diritto in forza di usucapione avviene *ex lege*, nel momento stesso in cui matura il termine normativamente previsto. Peraltro, l'usucapiente potrebbe aver interesse (ad es., per eliminare ogni incertezza in ordine al suo acquisto, ovvero per ottenere un titolo utile per la trascrizione) a promuovere un giudizio di accertamento dell'intervenuta usucapione, che, in ogni caso, si concluderebbe con una sentenza avente valore dichiarativo e non già costitutivo (v. § 119).

Accertamento dell'avvenuta usucapione

Si discute se all'acquisto per usucapione debba riconoscersi efficacia retroattiva: cioè, fin dal momento in cui ha avuto inizio la situazione possessoria che ha portato all'usucapione stessa.

Il problema dell'efficacia retroattiva dell'usucapione

§ 185. *La tutela delle situazioni possessorie.*

Lecture suggerite: BREGANTE, *Le azioni a tutela del possesso*, Torino, 2007; DELLA PIETRA, *L'imparzialità del giudice civile nel riflesso del novellato procedimento possessorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 461; LOCATELLI, *Possessorio (giudizio)*, in *Digesto civ., Aggiornamento-II*, Torino, 2006, 939.

Contro l'altrui condotta volta a privarmi del mio possesso ovvero ad arrecarvi turbativa posso oppormi, in via di *autodifesa* (v. § 118), finché l'altrui azione illecita è *in atto* (per es., se il rapinatore vuole sottrarmi la valigetta con i preziosi, posso oppormi con la forza al suo tentativo): ciò, in virtù — e nei limiti — del generale principio della c.d. « legittima difesa » (art. 52 cod. pen.) (v. Cass. 9 gennaio 2007, n. 196).

Autodifesa delle situazioni possessorie

Se invece l'azione che si è risolta nella privazione o nella turbativa del possesso si è esaurita (per es., il rapinatore si è dileguato con la mia valigetta di preziosi), al possessore — sul piano civilistico — non resta che rivolgersi all'Autorità dello Stato attraverso una delle *azioni* che, proprio perché poste a tutela del possesso, si dicono « *possessorie* ».

Le azioni possessorie

Tali azioni sono concesse a chi esercita una situazione possessoria *a prescindere* dal fatto che lo stesso sia altresì titolare del correlativo diritto.

La categoria delle « *azioni possessorie* » si contrappone alla categoria delle « *azioni petitorie* » (v. § 143): queste ultime possono essere fatte valere solo da chi si affermi titolare del diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento, *a prescindere* dal fatto che abbia altresì il possesso del bene.

Azioni possessorie e azioni petitorie

Chi riveste contestualmente sia la qualità di possessore che la qualità di titolare del correlativo diritto reale, potrà esperire — quale possessore — le azioni possessorie, ovvero — quale titolare del diritto — le azioni petitorie.

Da notare che le azioni possessorie, da un lato, si giovano di un

procedimento giudiziale (artt. 703 ss. cod. proc. civ.) più agile rispetto a quello ordinario, applicabile invece alle azioni petitorie; e, da altro lato, fanno gravare su chi agisce un onere probatorio (relativo a *fatti*: cioè, la situazione possessoria) meno disagiata di quello (relativo, invece, a *diritti*) che grava su chi agisce in via petitoria (v. § 143).

Le azioni possessorie assicurano, per definizione, una *tutela di carattere* soltanto *provvisorio*, nel senso che chi soccombe nel giudizio possessorio può *successivamente* esperire un giudizio petitorio.

Divieto del cumulo del giudizio petitorio con quello possessorio

Peraltro, il convenuto in un giudizio possessorio non può proporre il giudizio petitorio, finché il primo non si sia definito e la decisione non sia stata eseguita (art. 705, comma 1, cod. proc. civ.: c.d. *divieto del cumulo del giudizio petitorio con quello possessorio*): così, ad es., se vengo evocato in giudizio con un'azione possessoria da colui cui ho sottratto il possesso del bene, non posso — per giustificare la mia condotta (*feci, sed iure feci*) — proporre, nell'ambito del medesimo giudizio, un'azione volta all'accertamento che il bene è, in realtà, di mia proprietà e, conseguentemente, che lo *ius possidendi* compete a me; debbo, invece, attendere la definizione del giudizio possessorio ed eseguire la sentenza che, in esito allo stesso, dovesse condannarmi alla restituzione del bene (*spoliatus ante omnia restituendus*); solo allora potrò avviare l'azione petitoria (nel caso di specie, l'azione di rivendicazione: v. § 143).

La regola legale del divieto del cumulo del giudizio petitorio con quello possessorio soffre deroga — come statuito dalla Corte Costituzionale con sentenza 3 febbraio 1992, n. 25 — nell'ipotesi in cui vi sia il rischio che dalla sua applicazione possa derivare, per il convenuto, un pregiudizio irreparabile.

Il danno da lesione di una situazione possessoria

La lesione di situazioni possessorie obbliga il suo autore — qualora concorrano i presupposti della responsabilità civile (artt. 2043 ss.: v. §§ 454 ss.) — a *risarcire il danno* che ne sia derivato al possessore o al detentore. La relativa azione può essere proposta congiuntamente all'azione possessoria.

§ 186. L'azione di reintegrazione (o spoglio).

Lecture suggerite: PROTETTI, *Reintegrazione (azione di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 2000; VERRIENI, *Tutela possessoria contro la pubblica amministrazione*, in *Digesto pubbl.*, XV, Torino, 1999, 397.

Petitum e causa petendi

L'« azione di reintegrazione » (o « spoglio ») risponde all'esigenza di garantire a chi possiede un bene una sollecita tutela giudiziaria —

indipendentemente dalla prova che sullo stesso gli spetti un diritto — ed è volta a *reintegrare nel possesso* del bene chi sia rimasto vittima di uno *spoglio violento o clandestino* (art. 1168 cod. civ.).

Per « *spoglio* » si intende qualsiasi azione che si risolva nella *duratura privazione* del possesso: *totale* (ad es., occupo integralmente il fondo del vicino; chiudo con un cancello la strada sulla quale al vicino spetta una servitù di passaggio) od anche solo *parziale* (ad es., occupo una parte del fondo del vicino; restringo il ponte sul quale al vicino spetta una servitù di passaggio). Lo
« spoglio »

Uno spoglio si dice « *violento* » o « *clandestino* », allorchando è posto in essere *contro la volontà espressa o presunta del possessore o detentore*: così, almeno, intende la giurisprudenza, che fornisce un'interpretazione molto ampia dell'espressione testuale utilizzata dal codice.

Si ritiene che l'azione di reintegrazione sia esperibile solo quando lo spoglio risulti accompagnato dal c.d. « *animus spoliandi* », cioè dall'intenzione del suo autore (c.d. *spoliator*) di privare il possessore o il detentore della disponibilità del bene: peraltro, di regola, quest'elemento soggettivo è insito nello stesso fatto materiale della privazione totale o parziale del possesso altrui, tranne che ciò non risulti escluso dalle circostanze (per es., quando il bene si presenta in stato di abbandono: in tal caso manca nell'autore del fatto la coscienza di privare altri del suo possesso). L'*animus*
spoliandi

La *legittimazione attiva* ad esercitare l'azione spetta a *qualsiasi possessore* (art. 1168, comma 1, cod. civ.): sia esso legittimo o illegittimo, *corpore et animo* o *solo animo*, di buona o di male fede; addirittura al possessore che tale sia divenuto con violenza o clandestinità. Spetta altresì al *detentore*, con esclusione del solo detentore non qualificato (cioè, a chi sia tale per ragioni di servizio o di ospitalità: v. § 177) (art. 1168, comma 2, cod. civ.): in quest'ultima ipotesi, infatti, è logico che l'azione venga intentata, anziché dal detentore precario, dal possessore, che è l'unico realmente interessato al recupero del possesso (così, ad es., se l'autovettura è dallo *spoliator* sottratta alla disponibilità materiale del mio autista, la legittimazione attiva all'azione di spoglio compete a me possessore; se la mia casa è occupata da un terzo, la legittimazione attiva all'azione di spoglio compete a me possessore, non all'eventuale amico che io ospito temporaneamente). Il detentore (qualificato) può esperire l'azione di spoglio non solo nei confronti dei terzi, ma anche nei confronti del possessore (si pensi al caso dell'inquilino che, tornato dalle vacanze, scopra che, nel frattempo, il proprietario si è ripreso la disponibilità dell'appartamento locatogli), purché la sua detenzione sia « auto- Legittimazione
attiva

noma » (cioè, acquisita nel proprio interesse) (perciò, ad es., l'amico cui ho affidato un quadro perchè lo venda per mio conto non è legittimato ad esperire l'azione di reintegrazione, nell'eventualità in cui io possessore mi sia ripreso il quadro).

Legittimazione passiva

La *legittimazione passiva* compete — oltre che, ovviamente, all'autore materiale dello spoglio (c.d. *spoliator*), quand'anche nel frattempo abbia trasferito ad altri il possesso del bene — a coloro che debbono rispondere del fatto di quest'ultimo (ad es., il datore di lavoro che abbia ordinato al dipendente di porre in essere lo spoglio), al c.d. « autore morale » dello spoglio (cioè, a colui che lo abbia approvato, traendone vantaggio), nonché a chi si trovi attualmente nel possesso del bene, in virtù di un acquisto a titolo particolare, fatto con la conoscenza dell'avvenuto spoglio (ad es., il soggetto che abbia acquistato il bene dallo *spoliator*, per sapendo come quest'ultimo aveva acquisito il suo possesso) (art. 1169 cod. civ.).

L'eccezione: *feci, sed iure feci*

Da notare che l'azione di reintegrazione può — come si è già detto — essere esperita contro lo *spoliator*, quand'anche quest'ultimo sia il titolare del diritto e tenti di difendersi opponendo l'eccezione « *feci, sed iure feci* »: infatti, anche in questo caso lo *spoliator* deve prima ripristinare la situazione *quo ante* abusivamente mutata (*spoliatus ante omnia restituendus*); solo dopo potrà agire giudizialmente per far valere contro il possessore il suo diritto.

Termine di decadenza

La proposizione dell'azione è soggetta ad un termine di *decadenza di un anno*, che decorre dal sofferto spoglio (art. 1168, comma 1, cod. civ.) ovvero, se questo è clandestino, dal giorno della sua scoperta (art. 1168, comma 3, cod. civ.).

Nel caso in cui lo spoglio *non* sia stato né *violento* né *clandestino*, chi l'abbia subito può reagire non già con l'azione « di reintegrazione », ma solo con l'azione « di manutenzione », se ed in quanto ricorrano le più restrittive condizioni previste dalla legge per la proponibilità di tale ultima azione (v. § 187).

§ 187. L'azione di manutenzione.

Lecture suggerite: ZACCARIA, *Possesso e manutenzione d'azienda*, in *Studium iuris*, 2002, 1195; PROTETTI, *Manutenzione (azione di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 2001.

L'« azione di manutenzione » è volta — alternativamente — a:

a) reintegrare nel possesso del bene chi sia stato vittima di uno *spoglio non violento né clandestino* (art. 1170, comma 3, cod. civ.); ovvero

b) far cessare le « *molestie* » o le « *turbative* », di cui sia stato vittima il possessore (art. 1170, comma 1, cod. civ.).

Petitum e causa petendi

Per « *molestia* » o « *turbativa* » s'intende qualunque attività che arrechi al possessore un apprezzabile disturbo, tanto che consista in attentati materiali (c.d. *molestia di fatto*: per es., taglio degli alberi, passaggio sul fondo, interruzione del deflusso di un'acqua, costruzione in violazione delle distanze legali, ecc.), quanto che si estrinsechi in atti giuridici (c.d. *molestia di diritto*: per es., notificazione di una opposizione al possessore di intraprendere una costruzione, giustificata con l'affermazione che la costruzione sarebbe in contrasto con una servitù di passaggio spettante all'opponente).

Molestia di fatto e molestia di diritto

La giurisprudenza — parallelamente a quanto afferma in tema di azione di spoglio — ritiene che l'azione di manutenzione sia esperibile solo in presenza del c.d. *animus turbandi*: cioè, della *consapevolezza*, nell'agente, che il proprio atto arreca pregiudizio al possesso altrui.

L'animus turbandi

La *legittimazione attiva* — a differenza di quanto accade per l'azione di spoglio — non spetta al *detentore* e neppure a tutti i possessori: spetta *soltanto* al *possessore* di un *immobile*, di un'*universalità di mobili* o di un diritto reale su un immobile (*non*, quindi, al possessore di *beni mobili*), e solo a condizione che sia possessore *da almeno un anno*, in modo continuativo e non interrotto (ovvero, qualora abbia acquistato il possesso con violenza o clandestinità, da almeno un anno dal giorno in cui la violenza o la clandestinità sono cessate) (art. 1170, comma 2, cod. civ.).

Legittimazione attiva

La *legittimazione passiva* compete — oltre che, ovviamente, all'autore dello spoglio (non violento e non clandestino) o della *turbativa* — a coloro che debbono rispondere del fatto di quest'ultimo, nonché, secondo la giurisprudenza, al c.d. autore morale.

Legittimazione passiva

Anche l'azione di manutenzione è soggetta al termine di *decadenza* di *un anno*, che decorre dall'avvenuto spoglio (non violento e non clandestino), ovvero dal giorno in cui ha avuto inizio l'attività molestatrice (v. Cass. 10 marzo 2008, n. 6305).

Termine di decadenza

§ 188. Le azioni di nuova opera e di danno temuto.

Lecture suggerite: AULETTA, *Le denunce di nuova opera e di danno temuto dopo la l. 80/05*, in *Foro it.*, 2006, V, 224; BASILICO, *La denuncia di danno temuto: contributo allo studio della tutela preventiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 39; VERDE, *Azioni di nunciazione*, Padova, 2004.

Carattere
alternativa-
mente peti-
torio e
possessorio

L'« azione di nuova opera » e l'« azione di danno temuto » — che il codice definisce, rispettivamente, come « denuncia di nuova opera » e « denuncia di danno temuto » — (c.d. *azioni di nunciazione*) possono essere esercitate sia *a tutela del possesso* sia *a tutela della proprietà* o di altro diritto reale di godimento.

Finalità
cautelare

Esse hanno *finalità* tipicamente *cautelare*, in quanto mirano a prevenire un danno o un pregiudizio che può derivare da una nuova opera o dalla cosa altrui, in attesa che successivamente si accerti il diritto alla proibizione.

Denuncia di
nuova opera:
legittima-
zione, *peti-
tum e causa
petendi*

La *denunzia di nuova opera* spetta al proprietario, al titolare di un diritto reale di godimento o al possessore che abbia ragione di temere che da una nuova opera (per es.: costruzione, scavi) — *iniziata da meno di un anno e non terminata* (se fosse terminata, non ricorrebbe più la figura dell'azione preventiva o cautelare e si potrebbe agire con l'azione petitoria o possessoria) — stia per derivare danno alla cosa che forma oggetto del suo diritto o del suo possesso. Il giudice può vietare o permettere la continuazione dell'opera, stabilendo le opportune cautele (art. 1171 cod. civ.).

Denuncia di
danno temu-
to: legitti-
mazione,
*petitum e
causa
petendi*

La *denunzia di danno temuto* è data al proprietario, al titolare di un diritto reale di godimento o al possessore nel caso in cui vi sia *pericolo* di un *danno grave e prossimo* derivante da qualsiasi edificio, albero o altra cosa (non, quindi, da una persona), senza che ricorra l'ipotesi di nuova opera (art. 1172 cod. civ.). Il giudice dispone i provvedimenti necessari per ovviare il pericolo e, se del caso, impone idonea garanzia per gli eventuali danni.

I DIRITTI DI CREDITO

CAPITOLO XVII
IL RAPPORTO OBBLIGATORIO

§ 189. *Nozione.*

Lecture suggerite: FAVA (a cura di), *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, Milano, 2008; AA.VV., *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006; INZITARI, *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006; FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, Torino, 2004.

Con il termine « *obbligazione* » si intende il *rapporto* tra due soggetti — il soggetto passivo (c.d. *debitore*) ed il soggetto attivo (c.d. *creditore*) — in forza del quale il primo è *tenuto*, nei confronti del secondo, ad una determinata « *prestazione* » (ad es., il venditore è tenuto, nei confronti dell'acquirente, alla consegna del bene: v. § 370; il responsabile di un sinistro stradale è tenuto, nei confronti del danneggiato, al risarcimento del danno: v. § 454; ecc.).

Il rapporto
obbligatorio

Il rapporto obbligatorio dà, dunque, luogo a *due posizioni correlate*: alla posizione *passiva* (di « *debito* ») fa da contraltare quella *attiva* (di « *credito* ») (così, per restare al nostro es., alla posizione passiva, debitoria, del venditore, che è tenuto alla consegna, si contrappone quella attiva, creditoria, dell'acquirente, che ha diritto a siffatta consegna). Tale concetto si esprime anche dicendo che al debitore fa capo una determinata « *obbligazione* » (nel nostro es., l'obbligazione di consegnare il bene), mentre al creditore fa capo il correlativo « *diritto di credito* » (nel nostro es., il diritto alla consegna stessa): in siffatto contesto, il termine « *obbligazione* » è sinonimo di « *debito* ».

Il debitore
ed il
creditore

Il creditore, per conseguire l'utilità cui ha diritto, ha bisogno dell'indispensabile cooperazione del debitore (così, per restare ancora una volta al nostro es., chi ha diritto alla consegna del bene non può prenderselo da sé, ma deve avvalersi della collaborazione del debitore, che a siffatta consegna proceda).

La coopera-
zione del
debitore

Il diritto del creditore è, quindi, un diritto *nei confronti* del debitore: per questo, si dice « *relativo* » (o *personale*), in quanto può essere fatto valere solo nei confronti di quest'ultimo.

Relatività
del rapporto
obbligatorio

Diritti reali
e diritti di
credito:
rinvio

La nozione di *diritto di credito* viene tradizionalmente contrapposta a quella di *diritto reale*: mentre quest'ultimo è un diritto *sulla cosa*, caratterizzato dai connotati dell'« immediatezza » e dell'« assolutezza » (v. § 131), il primo è un diritto *nei confronti di un soggetto obbligato* ad una determinata prestazione. La distinzione si fa più sottile allorché la prestazione dovuta dal debitore consiste nel consentire al creditore di trarre da un bene le utilità che lo stesso è in grado di offrire (si pensi, ad es., al diritto che concedo ad un terzo di venire a pescare nel laghetto sito sul mio fondo; al diritto che l'albergatore concede al cliente di fruire di una camera dell'hotel; ecc.). Con riferimento a questi ultimi casi — si dice — il potere del creditore sul bene è *mediato* (in quanto il godimento del bene gli viene garantito attraverso la condotta imposta al debitore, e non già mediante l'attribuzione di una diretta potestà sul bene medesimo, come accade invece in ipotesi di diritto reale) e *relativo* (in quanto può esercitarsi nei confronti del solo debitore, e non già *erga omnes*, come accade invece in ipotesi di diritto reale). Proprio con riferimento a tali ipotesi si parla di « *diritti personali di godimento* » per distinguerli dai « *diritti reali di godimento* ».

La responsa-
bilità
patrimoniale

La giuridicità del vincolo del debitore è sanzionata — a differenza di quanto avveniva in altri tempi, quando era previsto anche l'arresto per l'inadempimento di un debito — soltanto con una « *responsabilità patrimoniale* » (art. 2740 cod. civ.): il debitore risponde dell'inadempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (v. § 235). Vale a dire che il creditore, se la sua pretesa all'adempimento resta insoddisfatta, può invocare misure coercitive (solo) sul patrimonio dell'obbligato.

L'esecuzione
forzata

Se il creditore ha diritto al pagamento di una somma di danaro (che è il caso più frequente di obbligazione), tramite l'esecuzione forzata (v. § 121) potrà conseguire, se il patrimonio del debitore è capiente, proprio quanto aveva diritto di conseguire con l'adempimento spontaneo: cioè, l'importo di cui era creditore.

Esecuzione
forzata in
forma speci-
fica ed ese-
cuzione for-
zata per
equivalente

La stessa coincidenza tra diritto e risultato delle misure sanzionatorie può realizzarsi — come si è già visto — anche in taluni altri casi, in cui è ammissibile l'« *esecuzione forzata in forma specifica* »: obbligo di consegnare una cosa determinata, obbligo di *facere* fungibile, obbligo di concludere un contratto, obbligo di *non facere* (artt. 2930-2933 cod. civ.) (v. § 121). Negli altri casi, il creditore insoddisfatto può soltanto chiedere il risarcimento dei danni subiti, con la sostituzione, alla prestazione originariamente dovuta e rimasta inadempita, di un credito pecuniario suscettibile di esecuzione coattiva.

§ 190. Fonti delle obbligazioni.

Lecture suggerite: CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004; CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Trattato Perlingieri*, Napoli, 2004; BONILINI, *Le obbligazioni di fonte successoria*, in *Studium iuris*, 2003, 41.

Le obbligazioni — secondo l'indicazione contenuta nell'art. 1173 cod. civ. — possono sorgere da: Nozione

a) *contratto* (v. §§ 264 ss.);

b) *fatto illecito* (v. §§ 454 ss.);

c) *ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico* (promesse unilaterali: v. § 426; titoli di credito: v. §§ 429 ss.; gestione di affari: v. § 451; pagamento dell'indebitato: v. § 452; arricchimento senza causa: v. § 453; imposizione tributaria, ecc.).

Proprio per questo, tali fattispecie si dicono « *fonti* » delle obbligazioni.

La classificazione accolta nell'attuale codice civile corrisponde a quella adottata da GAIO (fr. 1, pr., D. 44, 7), che distingueva tra obbligazioni da contratto, da delitto e da « *variae figurae* ». Il legislatore del 1942 ha così ripudiato la quadripartizione (contratto, delitto, quasi contratto, quasi delitto) che si ritrova nelle Istituzioni di Giustiniano — ed era ancora ripetuta nel codice del 1865 — per la manifesta incongruenza delle figure del « quasi contratto » e del « quasi delitto » (parlare, ad es., di « quasi contratto » a proposito del pagamento dell'indebitato e della gestione d'affari è un non senso: o la fattispecie realizza un contratto o non lo realizza).

Così, il legislatore — rinunciando a ricondurre ad un'unica categoria le obbligazioni che non derivano né dal contratto né dall'atto illecito — ha riconosciuto che, oltre al contratto e all'atto illecito, altri atti o fatti sono idonei a produrre rapporti obbligatori nei soli casi in cui tale idoneità sia riconosciuta dall'ordinamento giuridico.

Il codice prevede e disciplina autonomamente (agli artt. 1173-1320 cod. civ.) la *figura generale* dell'obbligazione, a *prescindere dalla fonte* da cui, volta a volta, l'obbligazione concretamente discende; trattando poi — separatamente — delle singole fonti da cui la stessa può derivare: il contratto (artt. 1321-1986 cod. civ.), le promesse unilaterali (artt. 1987-1991 cod. civ.), i titoli di credito (artt. 1992-2027 cod. civ.), la gestione d'affari (artt. 2028-2332 cod. civ.), il pagamento dell'indebitato (artt. 2033-2040 cod. civ.), l'arricchimento senza causa (artt. 2041-2042 cod. civ.), i fatti illeciti (artt. 2043-2059 cod. civ.).

La figura generale dell'obblig.

... e la pluralità delle fonti

Siffatta impostazione si traduce in una visione parziale del fenomeno obbligatorio: così, ad es., l'obbligazione a fonte contrattuale non costituisce altro che uno strumento attraverso cui si realizza il programma contrattuale stesso (per riprendere l'es. sopraricordato, l'obbligazione del venditore di consegnare il bene compravenduto è finalizzata alla realizzazione dell'operazione economica formalizzata con il contratto di compravendita); sicché al suo inadempimento conseguono non solo le sanzioni previste in caso di inadempimento *dell'obbligazione* (ad es., il risarcimento del danno: artt. 1218 ss. cod. civ.; v. § 230), bensì anche quelle previste in tema di inadempimento *del contratto* (ad es., la risoluzione del contratto stesso: artt. 1453 ss. cod. civ.; v. § 350).

§ 191. *L'obbligazione naturale.*

Lecture suggerite: BASINI, *Obbligazioni naturali e successione a causa di morte*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, 678; MOROZZO DELLA ROCCA, *Può un'obbligazione naturale essere trasformata in un debito civile?*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 336; BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2004.

Obbligazione civile e obbligazione naturale

Alla nozione di *obbligazione* (c.d. « civile »), cui abbiamo fatto riferimento ai precedenti §§ 189-190, si contrappone la nozione di « *obbligazione naturale* » (art. 2034 cod. civ.), che si ha allorché una determinata prestazione è *dovuta* non già in forza di una delle fonti di cui si è appena detto, bensì in esecuzione di un *dovere morale o sociale*.

Incoercibilità e *soluti retentio*

Diversamente da quel che avviene in ipotesi di obbligazione civile, il debitore *non* è *giuridicamente obbligato* ad eseguire la prestazione oggetto di obbligazione naturale; ma, *se la esegue, non può chiederne la restituzione* (c.d. *soluti retentio*) (art. 2034 cod. civ.).

Presupposti della *soluti retentio*

Quest'ultimo effetto presuppone, però, il concorso dei seguenti presupposti:

a) la *spontaneità* dell'esecuzione, cioè che la prestazione sia eseguita senza coazione (ad es., non vi è spontaneità, se pago in adempimento di una sentenza di primo grado, poi riformata in sede di appello; se pago per effetto di minaccia; ecc.) (art. 2034, comma 1, cod. civ.);

b) la *capacità* del soggetto che esegue la prestazione (in difformità da quanto previsto dall'art. 1191 cod. civ. con riferimento alle obbligazioni civili: v. § 214) (art. 2034, comma 1, cod. civ.);

c) la *proporzionalità* tra la prestazione eseguita, da un lato, ed i mezzi di cui l'adempiente dispone e l'interesse da soddisfare, da altro lato: non può, infatti, considerarsi doveroso ciò che va oltre quanto l'adempiente può ragionevolmente fare o quanto il beneficiario può ragionevolmente attendersi.

Il diritto del destinatario di non restituire la prestazione effettuata a suo favore in adempimento di un'obbligazione naturale (c.d. *soluti retentio*) costituisce l'*unico effetto* dell'obbligazione naturale stessa (art. 2034, comma 2, cod. civ.): sicché quest'ultima non potrà, ad es., essere oggetto di novazione oggettiva, di cessione, di trasmissione ereditaria, di compensazione legale o giudiziale, venir presidiata da garanzie reali o personali, essere resa vincolante mediante assunzione, da parte dell'obbligato, dell'impegno giuridico di eseguirla, ecc.

Talune ipotesi di obbligazione naturale — il debito di gioco (art. 1933 cod. civ.; v. § 417); l'obbligo di eseguire la c.d. disposizione fiduciaria (art. 627, commi 1 e 2, cod. civ.; v. § 650); e (secondo taluni, ma il punto è contestato) il debito prescritto (art. 2940 cod. civ.; v. § 110) — sono espressamente previste dalla legge: che, con riferimento alle stesse, non concede al creditore di chiederne giudizialmente l'adempimento, ma solo di rifiutare la restituzione di quanto eventualmente percepito.

Ipotesi legalmente tipizzate

Siffatte ipotesi — normativamente tipizzate — non esauriscono, però, il novero delle obbligazioni naturali, che comprendono altresì tutte quelle ipotesi — non tipizzate — in cui l'esecuzione di una determinata prestazione è comunque giustificata dall'adempimento di un *dovere morale o sociale*: per tale dovendosi intendere quello, la cui inosservanza comporterebbe un giudizio di riprovazione o disistima, da parte dei consociati, alla luce dell'*etica sociale* corrente in un dato momento storico.

Il dovere morale o sociale

In forza di siffatto criterio, si ritiene costituiscano adempimento di obbligazione naturale le prestazioni gratuite, diverse dalla donazione, effettuate a favore del convivente *more uxorio*, il pagamento spontaneo di interessi pattuiti oralmente in misura extralegale (sempreché, ovviamente, non assumano carattere usurario) (art. 1284, comma 3, cod. civ.; v. Cass. 30 maggio 2008, n. 14481), l'adempimento spontaneo di una disposizione testamentaria orale, le prestazioni effettuate a favore di parenti nei cui confronti non sussista un obbligo alimentare, l'adempimento del debito che residua dopo l'esecuzione del concordato; ecc. È invece discusso se costituisca adempimento di obbligazione naturale, con conseguente irripeti-

Ipotesi giurisprudenzialmente tipizzate

bilità di quanto prestato, il pagamento effettuato a favore di un professionista non iscritto all'apposito albo.

Obbligazione
naturale,
donazione
remunera-
toria, dona-
zione d'uso

Seppure consistano in prestazioni gratuite non dovute, ma non ripetibili se spontaneamente eseguite, non costituiscono — per espressa previsione di legge — adempimento di obbligazione naturale le attribuzioni effettuate per riconoscenza, o in considerazione dei meriti del beneficiario, o per speciale remunerazione (c.d. *donazione remuneratoria*: art. 770, comma 1, cod. civ.: v. § 675), ovvero in conformità agli usi, anche in occasione di servizi resi (ad es., le mance) (c.d. *donazione d'uso*: art. 770, comma 2, cod. civ.).

CAPITOLO XVIII
GLI ELEMENTI DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO

§ 192. *I soggetti.*

Lecture suggerite: MANNA, *Le obbligazioni propter rem*, Padova, 2007; GANDOLFI, *Obbligazione (obbligazione propter rem)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2006; PENNAZIO, *Apparenza e obbligazioni propter rem*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 987.

I *soggetti* attivo e passivo del rapporto obbligatorio — cioè, il creditore ed il debitore — debbono essere *determinati* (ad es., in ipotesi di compravendita, « creditore » del prezzo sarà il venditore, « debitore » l'acquirente) o, quanto meno, *determinabili* (si pensi, ad es., all'ipotesi in cui prometto un premio a chi mi riporti il cane che ho smarrito: art. 1989 cod. civ., v. § 428; all'ipotesi in cui il testatore disponga un lascito a favore di una persona da scegliere fra più candidati: art. 631, comma 2 e 3, cod. civ.; v. anche art. 778, comma 2, cod. civ.).

Come si è già avuto modo di ricordare, talora la titolarità (passiva) del rapporto obbligatorio si determina in base alla titolarità della proprietà o di altro diritto reale su un determinato bene (ad es., le spese condominiali gravano sui proprietari delle singole unità immobiliari site nel condominio, in proporzione al valore delle rispettive proprietà esclusive: art. 1123, comma 1, cod. civ.; v. anche artt. 882, comma 1, 886, 1006, 1009, comma 1, 1010, 1091, 1104, comma 1, cod. civ., ecc.): si parla allora di « obbligazioni *propter rem* » (ovvero di « *obbligazioni reali* »).

L'obbligazione *a soggetto determinabile* — cui abbiamo appena fatto riferimento — va tenuta distinta dall'obbligazione c.d. « *ambulatoria* », in cui la trasferibilità del credito senza onere di comunicazione al debitore comporta che quest'ultimo ignori a chi, alla scadenza, dovrà effettuare la prestazione (ad es., in ipotesi del pagherò-cambiarario, se il titolo è liberamente trasferibile, l'emittente non sa a chi dovrà effettuare il pagamento sino al momento in cui il titolo stesso non venga presentato per l'incasso: v. § 444).

Determini
del soggetto
attivo o passivo,
dell'obbligazione

Obbligazione
propter rem
determinata
del soggetto
passivo

Obbligazione
ambulatoria

§ 193. Le obbligazioni plurisoggettive.

Lecture suggerite: TASSONE, *Illecito extracontrattuale. Solidarietà e parziarietà nell'ordinamento italiano: un'analisi operativa*, in *Danno e resp.*, 2007, 1095; VILLANACCI, *Confideiussione e obbligazione solidale*, Napoli, 2005; TICOZZI, *Le obbligazioni solidali*, Padova, 2001.

- Nozione Perché sussista un rapporto obbligatorio è indispensabile la presenza — come si è detto — di *almeno due soggetti*: il debitore e il creditore. È tuttavia possibile che l'obbligazione faccia capo ad una *pluralità di soggetti* (debitori e/o creditori) (c.d. *obbligazione plurisoggettiva*).
- Obbligazione solidale...
... passiva Siffatta ipotesi ricorre in caso di:
a) « *obbligazione solidale* », che si ha allorquando:
— ciascuno dei *più debitori* è obbligato ad effettuare, a favore dell'unico *creditore*, l'*intera* prestazione e l'esecuzione di questa, fatta da uno qualsiasi di essi, ha effetto liberatorio a favore di tutti gli altri (ad es., se più persone concorrono a cagionare un medesimo evento dannoso, *ciascuna* è obbligata, nei confronti del danneggiato, al risarcimento dell'*intero* danno e la prestazione risarcitoria effettuata da uno dei coobbligati estingue integralmente il credito risarcitorio del danneggiato, determinando la liberazione anche degli altri condebitori: art. 2055 cod. civ.; v. § 463; se due coniugi contraggono un mutuo bancario, *ciascuno* è tenuto, nei confronti della banca, alla restituzione dell'*intera* somma dovuta e la restituzione della somma mutuata effettuata da uno di essi estingue integralmente il credito della banca, determinando l'estinzione del parallelo obbligo restitutorio gravante sull'altro coniuge) (c.d. *obbligazione solidale passiva*); ovvero
- ... attiva — ciascuno dei *più creditori* ha diritto, nei confronti dell'*unico debitore*, all'*intera* prestazione e l'esecuzione fatta a favore di uno dei creditori estingue l'obbligazione (ad es., se due coniugi sono cointestatari di un medesimo conto corrente bancario — art. 1854 cod. civ. — *ciascuno* può prelevare anche l'*intera* somma risultante dal saldo attivo del conto e la prestazione effettuata dalla banca ad uno dei cointestatari libera la banca stessa da qualsiasi obbligo restitutorio anche nei confronti dell'altro) (c.d. *obbligazione solidale attiva*);
- Obbligazione parziaria
... passiva b) « *obbligazione parziaria* », che si ha allorquando:
— ciascuno dei *più debitori* è tenuto ad eseguire una *parte* soltanto dell'*unitaria* prestazione, mentre la restante parte della *medesima* prestazione deve essere eseguita, da ciascuno per la sua parte, dagli altri condebitori (ad es., se Tizio deve 100 a Caio, alla sua

morte nel debito subentrano gli eredi, ciascuno dei quali deve pagare Caio in proporzione della propria quota ereditaria: *nomina hereditaria ipso iure dividuntur*; art. 752 cod. civ.; v. § 672) (c.d. *obbligazione parziaria passiva*); ovvero

— ciascuno dei *più creditori* ha diritto ad una *parte* soltanto dell'*unitaria* prestazione, mentre la restante parte della *medesima* prestazione deve essere eseguita a favore di ciascuno degli altri creditori, per la quota di rispettiva spettanza (ad es., se Tizio e Caio vendono a Sempronio la casa che hanno in comunione *pro indiviso* al 50%, Sempronio dovrà pagare il prezzo convenuto, nella misura del 50%, a Tizio e, nella misura del 50%, a Caio) (c.d. *obbligazione parziaria attiva*). ... attiva

Con riferimento alle ipotesi in cui *più* siano i soggetti obbligati (c.d. *condebitori*) ovvero i soggetti creditori (c.d. *concreditori*), si pone il problema di sapere *se* l'obbligazione è *solidale* ovvero *parziaria*.

L'art. 1294 cod. civ. statuisce il principio secondo cui, in caso di *pluralità di debitori* di una medesima prestazione, gli stessi « sono tenuti in solido », se dalla legge (v. ad es., con riferimento ai debiti ereditari, i già richiamati artt. 752 e 1295 cod. civ.) o dal titolo non risulta diversamente (c.d. *presunzione di solidarietà passiva*). La regola tende a tutelare il creditore: il creditore di un'obbligazione solidale (passiva) si trova infatti in una situazione più favorevole rispetto a quella del creditore di un'obbligazione parziaria (passiva); quest'ultimo non solo ha il fastidio di dover chiedere a ciascuno dei debitori la sua parte, ma corre anche il rischio dell'insolvenza di taluno dei condebitori. Presunz di solidità passiv

In caso di *pluralità di creditori*, si ritiene invece che la solidarietà ricorra *solo* nelle ipotesi espressamente previste dalla legge (ad es., artt. 1840, comma 2, e 1854 cod. civ.) ovvero dal titolo (v. Cass. 11 giugno 2008, n. 15484).

§ 194. Le obbligazioni solidali.

Lecture suggerite: D'ADDA, *L'oggetto della transazione: il caso della transazione con il debitore solidale*, in *Riv. dir. privato*, 2007, 307; MAGGIOLÒ, *Responsabilità solidale e regressi nei gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 565; CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002.

Concentrando l'attenzione sull'ipotesi più importante di obbligazione plurisoggettiva — cioè, sull'*obbligazione solidale passiva* — va rilevato che: Solidarie passiva:

... rapporti
esterni

a) nei *rapporti esterni* fra debitore e creditore, valgono i seguenti principi:

— il creditore — come già detto — può rivolgersi, per ottenere l'intera prestazione, ad uno qualsiasi ovvero a taluni, a sua scelta, dei coobbligati: il coobbligato richiesto della prestazione non potrà esimersi dall'adempimento integrale (art. 1292 cod. civ.); salvo che la legge (v. artt. 2268 e 2304 cod. civ.) ovvero il titolo (v. art. 1944, comma 2, cod. civ.) non prevedano, a suo favore, il c.d. *beneficio di escussione*, cioè l'onere del creditore di procedere preventivamente nei confronti di altro condebitore;

— l'effettuazione integrale della prestazione, ad opera di uno dei coobbligati, estingue l'obbligazione, con conseguente liberazione di tutti gli altri da ogni ulteriore obbligo nei confronti del creditore (art. 1292 cod. civ.);

— il condebitore, cui sia richiesta l'esecuzione della prestazione, può opporre al creditore le c.d. *eccezioni comuni* (che attengono, cioè, all'intero rapporto obbligatorio: ad es., invalidità, estinzione, inesigibilità, ecc.), ma non quelle c.d. *personali* altrui (che attengono, cioè, esclusivamente al rapporto tra il creditore ed uno o più degli altri condebitori: ad es., il vizio del consenso che inficia il titolo di un altro dei condebitori, ecc.) (art. 1297, comma 1, cod. civ.);

— la costituzione in mora (v. § 232) di uno dei condebitori in solido non vale a costituire in mora gli altri (art. 1308, comma 1, cod. civ.);

— gli atti con i quali il creditore interrompe la prescrizione (v. § 114) contro uno dei debitori in solido hanno effetto anche riguardo agli altri condebitori (art. 1310, comma 1, cod. civ.);

— la rinuncia, da parte del creditore, alla solidarietà a favore di uno dei condebitori non incide sulla natura solidale dell'obbligazione degli altri condebitori (art. 1311, comma 1, cod. civ.); ecc.

... rapporti
interni

b) nei *rapporti interni* fra i coobbligati, valgono i seguenti principi:

— il carico della prestazione si divide fra i vari condebitori (art. 1298, comma 1, cod. civ.) in parti che si presumono *eguali*, se non risulta diversamente (artt. 1298, comma 2, e 2055, comma 3, cod. civ.), salvo che l'obbligazione non sia sorta nell'interesse esclusivo di alcuno dei condebitori (art. 1298, comma 1, cod. civ.) (ad es., nei confronti della banca che ha concesso un mutuo a Tizio, sono solidalmente responsabili sia Tizio che ha contratto il mutuo, sia Caio che ha prestato alla banca fideiussione — v. § 418 — a garanzia della restituzione del mutuo concesso a Tizio: art. 1944, comma 1, cod.

civ.; è peraltro evidente che l'obbligazione fideiussoria è stata da Caio assunta nell'interesse esclusivo del debitore principale Tizio);

— se uno dei condebitori solidali ha corrisposto al creditore l'intera prestazione, ha diritto di richiedere a ciascuno degli altri la *parte di rispettiva competenza* (artt. 1299, comma 1, e 2055, comma 2, cod. civ.) (ad es., se uno dei quattro condebitori solidali, in parti uguali, paga al creditore l'intero debito di 100, avrà diritto di richiedere a ciascuno degli altri tre condebitori la restituzione di 25 a testa) (c.d. *azione di regresso*); se, invece, l'obbligazione è sorta nell'interesse esclusivo di uno dei condebitori, l'altro che abbia effettuato l'intera prestazione ha diritto di richiedere a quest'ultimo il rimborso dell'*intera prestazione* eseguita (così, per riprendere il nostro es., il fideiussore che abbia effettuato la prestazione a favore del creditore garantito, potrà richiederne il rimborso *integrale* al debitore principale);

— nell'ipotesi in cui uno o più degli obbligati in via di regresso risulti insolvente, la perdita si ripartisce fra tutti gli altri condebitori (art. 1299, commi 2 e 3, cod. civ.).

§ 195. *Divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione.*

Lecture suggerite: D'ANDREA, *Le obbligazioni volontariamente indivisibili*, in *Studium iuris*, 2004, 887; BUSNELLI, *Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

Le obbligazioni si distinguono in:

a) « *indivisibili* », per tali intendendosi quelle che hanno ad oggetto una *prestazione* non suscettibile di adempimento parziale: o per sua natura (ad es., l'obbligazione di consegnare un cavallo) (c.d. *indivisibilità oggettiva*) o per volontà delle parti (ad es., l'obbligazione di consegnare i due biglietti aerei per il viaggio di nozze) (c.d. *indivisibilità soggettiva*) (art. 1316 cod. civ.); e

b) « *divisibili* », che sono le altre (art. 1314 cod. civ.).

La distinzione fra obbligazioni divisibili ed indivisibili ha importanza — soprattutto — in tema di obbligazioni plurisoggettive: l'obbligazione plurisoggettiva *indivisibile* è, infatti, *solidale* (art. 1317 cod. civ.). Conseguentemente, alla stessa trova applicazione la disciplina della solidarietà, seppure con alcune differenze (artt. 1318-1320 cod. civ.): la principale riguarda il fatto che l'indivisibilità opera anche nei confronti degli eredi del debitore e del creditore. Così — mentre la regola generale vuole che, se muore il debitore, i

Azione di regresso

Nozione

Disciplina

suoi eredi siano tenuti non già in solido, ma solo in proporzione delle rispettive quote (artt. 752 e 1295 cod. civ.) — in caso di obbligazione indivisibile, l'erede non può dare una parte soltanto della prestazione (nel nostro es., una parte soltanto del cavallo), ma ciascuno è tenuto per l'intero (art. 1318 cod. civ.).

§ 196. La prestazione.

Lecture suggerite: PIRAINO, *Obbligazioni « di risultato » e obbligazioni « di mezzi » ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 83; FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano, 2005; SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003.

Caratteri
della
prestazione

La prestazione cui è tenuto il debitore deve:

a) essere *suscettibile di valutazione economica* (c.d. requisito della *patrimonialità* della prestazione) (tale non è, ad es., il dovere di fedeltà imposto ai coniugi — art. 143, comma 2, cod. civ.: v. § 590 — che, conseguentemente, non costituisce un'obbligazione in senso tecnico);

b) rispondere ad un *interesse* — anche non patrimoniale (ad es., un interesse meramente ideale, culturale, religioso, ricreativo, ecc.) — *del creditore* (può, ad es., costituire oggetto di obbligazione la fruizione di uno spettacolo teatrale, sportivo, ecc.) (art. 1174 cod. civ.).

Tipologia
delle
prestazioni

In relazione al tipo di prestazione dovuta, le obbligazioni si distinguono tradizionalmente a seconda che la stessa consista:

a) in un *dare*, cioè nel trasferimento del diritto su un bene ovvero nella consegna di un bene: se il bene è specifico (ad es., un determinato quadro), si parla di *obbligazione specifica*; se il bene è invece determinato solo nel genere (v. § 85) (ad es., 100 quintali di grano), si parla di *obbligazione generica*;

b) in un *facere*, cioè nel compimento di un'attività materiale (ad es., la realizzazione di un edificio da parte dell'appaltatore; lo svolgimento di un'attività lavorativa da parte del lavoratore subordinato; ecc.) o giuridica (ad es., la stipulazione di un contratto da parte del mandatario: v. § 390), sempre che non consista in un *dare*;

Obbligazioni
negative

c) in un *non facere*, cioè nell'osservanza di una condotta omisiva, consistente in *non dare* (ad es., in ottemperanza ad un divieto negoziale di non alienazione: art. 1379 cod. civ.) ovvero in un *non facere* in senso stretto (ad es., in ottemperanza ad un obbligo di non

concorrenza: art. 2596 cod. civ.): in questi casi si parla di *obbligazione negativa*.

Sempre in relazione al contenuto della prestazione dovuta, è tradizionale la distinzione — all'interno delle obbligazioni di *facere* — fra:

Obbligaz
di mezzi
obbligazi
di risulta

a) « obbligazioni *di mezzi* », in cui il debitore è tenuto a svolgere una determinata attività, senza peraltro garantire che per il creditore ne derivi il risultato sperato (si pensi, ad es., alla prestazione del medico che si obbliga a svolgere la propria attività professionale con diligenza e perizia tecnica, ma non a guarire il malato; ovvero a quella dell'avvocato che si obbliga a difendere il cliente in sede giudiziale, ma non a vincere la causa; ecc.); e

b) « obbligazioni *di risultato* », in cui il debitore è tenuto invece a realizzare proprio un determinato risultato quale esito della propria attività (si pensi, ad es., all'appaltatore che si obbliga a costruire un determinato immobile, non semplicemente a fare quanto possibile per costruirlo): il risultato sperato fa parte della prestazione dovuta.

Peraltro, la più recente giurisprudenza (v. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577) ritiene che la distinzione fra « obbligazioni di mezzi » ed « obbligazioni di risultato » — se può avere funzione descrittiva — sia sostanzialmente inutile al fine di risolvere problemi di ordine pratico (ad es., per l'individuazione del contenuto dell'obbligo gravante sul debitore): in realtà — si osserva — in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, seppure in misura variabile a seconda del diverso tipo di obbligazione (così, ad es., se è vero che l'avvocato non si impegna a vincere la causa, non è men vero tuttavia che si impegna a proporre l'appello entro i termini di decadenza fissati dall'art. 325 cod. proc. civ.).

La prestazione si distingue ancora in:

— *fungibile*, se per il creditore non sono rilevanti né l'identità né le qualità personali di chi la esegue (ad es., nelle obbligazioni di dare una somma di denaro, per il creditore è indifferente chi procede al pagamento);

Prestazio
fungibile
prestazio
infungibi

— *infungibile*, nel caso contrario (ad es., nell'obbligazione di cantare nella serata inaugurale della stagione lirica della Scala, per il creditore non è indifferente che a salire sul palcoscenico sia il grande tenore all'uopo « scritturato » ovvero un *quivis de populo!*).

Per l'esistenza di un'obbligazione, è necessario che la prestazione dovuta sia *possibile, lecita, determinata o determinabile*. Il rispetto di tali requisiti, peraltro, dipende dal modo in cui le parti,

Requisit
legali del
prestazio
rinvio

nelle obbligazioni di fonte negoziale, hanno definito l'oggetto del rapporto: pertanto il tema verrà approfondito trattando della disciplina dell'oggetto del contratto (artt. 1346 ss. cod. civ.; v. §§ 303 s.).

§ 197. L'oggetto.

Lecture suggerite: ALBANESE, *Prestazione gratuita, spirito di liberalità e vantaggi indesiderati (il problema degli scambi imposti)*, in *Contratto e impr.*, 2007, 482; ROLFI, *La patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore. Brevi note sull'art. 1174 c.c.*, in *Jus*, 2006, 485; GRECO, *Le classificazioni della prestazione*, in *Studium iuris*, 2005, 1424.

Nozione « *Oggetto* » dell'obbligazione — come dice l'art. 1174 cod. civ. — è la « *prestazione* » dovuta.

Nelle *obbligazioni di dare*, peraltro, pure il bene dovuto viene talvolta indicato come « oggetto » (mediato) dell'obbligazione. Analogamente, sebbene con minor frequenza, anche nelle *obbligazioni di fare*, quando la prestazione consista nel procurare un *opus* al creditore, si parla talvolta di quest'ultimo come « oggetto » dell'obbligazione (ad es., la casa che l'appaltatore deve costruire per il committente).

Obbligazioni
generiche e
obbligazioni
specifiche

Come si è anticipato (v. §§ 86 e 196), con riferimento alle obbligazioni di dare, avendo riguardo all'oggetto dovuto, si distinguono:

— le « *obbligazioni generiche* », quando il debitore è tenuto a dare cose non ancora individuate ed appartenenti ad un *genere* (ad es., cento quintali di grano, cento bottiglie di vino di quel certo tipo, ecc.);

— dalle « *obbligazioni specifiche* », quando il debitore è tenuto a dare una cosa determinata (ad es., questa automobile, quel quadro, ecc.).

L'art. 1178 cod. civ. dispone che, in caso di obbligazione generica, il debitore deve prestare cose di qualità non inferiore alla media. L'obbligazione da generica si trasforma in specifica quando si perviene alla *individuazione*, d'accordo tra le parti o nei modi da esse stabiliti, delle *res* (questi sacchi di grano, queste cento bottiglie) scelte per adempiere.

L'importanza della distinzione risulterà quando studieremo gli effetti che l'« impossibilità sopravvenuta » della prestazione produce sull'obbligazione (v. §§ 228 e 355).

§ 198. *Obbligazioni semplici, alternative e facoltative.*

Lecture suggerite: CECCHETTI, *Le obbligazioni alternative*, Padova, 1997; GIRINO, *Obbligazioni alternative e facoltative*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

Sempre con riferimento alla prestazione dovuta, si suole distinguere fra: Nozioni

— « *obbligazioni semplici* », che hanno ad oggetto un' *unica prestazione*, che il debitore — per liberarsi — è tenuto senz'altro ad eseguire;

— « *obbligazioni alternative* », che hanno ad oggetto *due o più prestazioni* (nel qual ultimo caso si parla di « *obbligazioni con alternativa multipla* »: art. 1291 cod. civ.), ma il debitore si libera eseguendone *una sola*, senza peraltro poter costringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra (art. 1285 cod. civ.) (si pensi, ad es., ad un concorso a premi in cui al vincitore è consentito scegliere tra una motocicletta ed una crociera): se non è diversamente previsto, la scelta di quale prestazione eseguire (che dà luogo alla *concentrazione*, ossia alla riduzione delle prestazioni dedotte ad una sola) compete al debitore (art. 1286, comma 1, cod. civ.); con l'esercizio della facoltà di scelta, l'obbligazione alternativa diviene semplice;

— « *obbligazioni facoltative* », che hanno ad oggetto *una sola prestazione* (l'obbligazione facoltativa è, pertanto, « *semplice* »), ma il debitore ha facoltà di liberarsi eseguendone un'altra (si pensi, ad es., ad un contratto di compravendita di un'area edificabile in cui è previsto un determinato corrispettivo in danaro, ma con facoltà dell'acquirente di liberarsi trasferendo al venditore la proprietà di una determinata porzione dell'immobile che verrà realizzato sull'area stessa; ovvero all'ipotesi del legato di cosa altrui di cui all'art. 651, comma 1, cod. civ.).

La distinzione fra obbligazione alternativa e obbligazione facoltativa assume decisiva importanza pratica in caso di « *impossibilità sopravvenuta* » di una delle prestazioni: Disciplina

— in caso di obbligazione alternativa, se una delle prestazioni diviene impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti, l'obbligazione si considera semplice ed il debitore è tenuto ad eseguire l'altra prestazione (art. 1288 cod. civ.);

— in caso di obbligazione facoltativa, se l'unica prestazione dedotta in obbligazione diviene impossibile per causa non imputabile al debitore, l'obbligazione si estingue; se diviene impossibile l'altra,

l'obbligazione permane ed il debitore non può liberarsi che eseguendo la prestazione dedotta in obbligazione.

§ 199. Le obbligazioni pecuniarie.

Lecture suggerite: CUFFARO, *Esecuzione della prestazione pecuniaria e tutela del contraente creditore*, in *Riv. dir. privato*, 2008, 7; RICCIO, *Il risarcimento del maggior danno nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Contratto e impr.*, 2008, 1228; SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008.

- Nozione** Come si diceva, l'obbligazione di gran lunga più diffusa nella prassi è sicuramente quella « *pecuniaria* »: quella, cioè, in cui il debitore è tenuto a *dare* al creditore una *somma di danaro*.
- Adempimento delle obbligazioni pecuniarie** I debiti pecuniarî vanno estinti mediante « moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento » (art. 1277, comma 1, cod. civ.).
- Euro e lira** Nel nostro Paese, corso legale ha — a decorrere dal 1° gennaio 1999 — l'euro (€) (artt. 2 e 3 regolamento CE n. 974/1998).
Relativamente alle obbligazioni ancora espresse in lire, vale la regola secondo cui, « se la somma dovuta era determinata in una moneta che non ha più corso legale al tempo del pagamento, questo deve farsi in moneta legale ragguagliata per valore alla prima » (art. 1277, comma 2, cod. civ.).
- Debito in moneta estera** Se il *debito pecuniario* è espresso in *moneta estera*, il debitore, di regola, può pagare anche in moneta nazionale, al corso del cambio nel giorno della scadenza (art. 1278 cod. civ.). Peraltro, qualora sia stato chiarito — con la clausola « *effettivo* » o altra equivalente — che il pagamento va fatto proprio nella moneta pattuita, il debitore è tenuto ad adempiere con la valuta straniera (art. 1279 cod. civ.).
- Estinzione mediante assegno circolare** La più recente giurisprudenza (v. Cass., sez. un, 18 dicembre 2007, n. 26617; v. anche Cass. 10 marzo 2008, n. 6291) ritiene che le obbligazioni pecuniarie possano essere estinte — oltre che attraverso la dazione di moneta contante (seppure nel limite di € 12.500: v. § 218) — mediante qualsiasi mezzo di pagamento (ad es., mediante assegno circolare) che garantisca al creditore il medesimo effetto del pagamento in contanti.
Da ciò consegue che:
a) se il debitore paga in moneta avente corso legale, il creditore non può rifiutare il pagamento se di importo inferiore ad € 12.500 e l'effetto liberatorio si verifica al momento della consegna della somma di danaro;

b) se il debitore paga mediante assegno circolare (o altro mezzo di pagamento che assicuri ugualmente la disponibilità della somma dovuta), il creditore può rifiutare il pagamento solo per giustificato motivo (che deve allegare e, all'occorrenza, anche provare) e l'effetto liberatorio si verifica quando il creditore acquista la concreta disponibilità della somma.

La moneta — a differenza degli altri beni — non risulta idonea a soddisfare direttamente determinati bisogni dell'uomo: la sua utilità risiede, in buona sostanza, nel fatto che la si può scambiare al fine di ottenere, quale contropartita, altri beni o servizi (questi si idonei a realizzare interessi dell'uomo) (c.d. *funzione di pagamento della moneta*). Ciò che importa quindi — relativamente alla moneta quale mezzo di pagamento — è non già il suo « *valore nominale* » (cioè, il suo valore numerico), bensì il suo « *valore reale* » (cioè, il suo potere d'acquisto).

Funzione della moneta

Poiché il « *valore reale* » della moneta tende a variare nel tempo — nella più recente esperienza, a diminuire costantemente, seppure in misura differente nei vari periodi (fenomeno del c.d. *deprezzamento monetario*) — si pone il problema se, nelle obbligazioni pecuniarie in cui la prestazione deve essere eseguita dopo un certo *intervallo di tempo* rispetto al momento in cui è sorta, il debitore, alla scadenza, debba prestare tanti pezzi monetari quanti erano originariamente previsti (a prescindere dal loro potere d'acquisto), ovvero tanti pezzi monetari quanti sono necessari per assicurare al creditore quel medesimo potere di acquisto che avrebbe conseguito se avesse avuto la disponibilità dei pezzi monetari previsti in obbligazione fin dal momento del sorgere dell'obbligazione stessa.

Valore nominale e valore reale della moneta

In proposito, l'art. 1277, comma 1, cod. civ. codifica il c.d. *principio nominalistico*: ossia, il principio secondo cui il debitore si libera pagando, alla scadenza, la *medesima quantità* di pezzi monetari inizialmente fissata, nonostante il tempo passato dalla costituzione del debito ed *indipendentemente* dal fatto che, nel frattempo, il potere d'acquisto del denaro sia più o meno sensibilmente diminuito (ad es., se il compratore ha assunto a gennaio l'obbligo di pagare a dicembre il prezzo di 100, alla scadenza deve 100 — e soltanto 100, in ogni caso — quand'anche in quel lasso di tempo il denaro abbia subito una certa perdita di valore): in forza del principio nominalistico, quindi, il *rischio del deprezzamento monetario* grava sul creditore.

Principio nominalistico

Al fine di cautelarsi contro gli effetti delle oscillazioni di valore della moneta, le parti possono concordare — attraverso apposite « *clausole c.d. di indicizzazione* » — di ancorare l'importo pecuniario

Clausole di indicizzazione

dovuto a parametri (ad es., gli indici ISTAT di variazione del costo della vita, ecc.) al cui variare si modificherà parallelamente l'entità della somma da corrispondere.

In considerazione del carattere fisiologico del deprezzamento monetario, la previsione che determinate prestazioni pecuniarie siano indicizzate è talora dettata dalla stessa legge (v. art. 429, comma 3, cod. proc. civ., con riferimento ai crediti di lavoro), ovvero può essere statuita in un provvedimento giudiziale (v. art. 5, comma 7, L. 1° dicembre 1970, n. 898, con riferimento all'assegno spettante al coniuge divorziato).

Obbligazioni
di valuta e
obbligazioni
di valore

Dottrina e giurisprudenza ritengono che il principio nominalistico trovi applicazione non già a tutte le obbligazioni destinate ad essere estinte mediante la dazione di una somma di danaro, bensì a quelle sole obbligazioni — c.d. « *obbligazioni di valuta* » — aventi *fin dall'origine* ad oggetto una somma di danaro, non importa se già quantificata ovvero suscettibile di esatta quantificazione solo in esito all'operazione di liquidazione (si pensi, ad es., all'obbligazione di restituire la somma ricevuta a mutuo; di pagare il prezzo di una compravendita; di corrispondere al professionista l'onorario dovuto; ecc.). Con ciò, si sottraggono all'applicazione del principio nominalistico tutte quelle obbligazioni — c.d. « *obbligazioni di valore* » — aventi *originariamente* ad oggetto una prestazione *diversa* dalla dazione di una somma di danaro, rappresentando la moneta solo un bene sostitutivo di una prestazione con diverso oggetto (si pensi, ad es., all'obbligazione, facente capo a chi è responsabile di un sinistro stradale, di porre la vittima, che abbia visto irrimediabilmente lesa la propria integrità fisica, nella situazione in cui si sarebbe trovata se non si fosse verificato l'evento dannoso, che si converte in un'obbligazione di pagare una somma di danaro a titolo risarcitorio: v. Cass. 22 giugno 2007, n. 14573).

Liquidazio-
ne dell'ob-
bligazione
di valore

La liquidazione dell'obbligazione « di valore » va effettuata — secondo la giurisprudenza prevalente — attraverso una triplice operazione:

a) la quantificazione in termini monetari del valore che la prestazione oggetto dell'obbligazione aveva all'epoca in cui è sorta l'obbligazione stessa (c.d. *aestimatio*);

b) la successiva rivalutazione di detto importo, dall'epoca in cui è sorta l'obbligazione al momento della liquidazione, attraverso l'applicazione degli indici ISTAT di variazione del costo della vita (c.d. *taxatio*);

c) la liquidazione dell'ulteriore danno da ritardo — dall'epoca in cui è sorta l'obbligazione al momento della liquidazione — nell'ot-

tenimento della prestazione (c.d. *interessi compensativi* che — secondo il più recente orientamento giurisprudenziale — vanno calcolati sulla somma corrispondente al valore della prestazione via via rivalutata: v. Cass., sez. un., 17 febbraio 1995, n. 1712; v. § 200).

In alternativa, parte della giurisprudenza tende — semplificando — a quantificare direttamente il valore monetario *attuale* (al momento, cioè, della decisione) dell'obbligazione « di valore » da liquidare, specificando se tale valore comprende o meno il danno da ritardo (funzione che, in caso negativo, deve essere assolta dagli interessi compensativi) (v. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584).

Per effetto della liquidazione — convenzionale o giudiziale — il debito « di valore » si converte in debito « di valuta ».

§ 200. *Gli interessi.*

Lecture suggerite: COLOMBO, *L'anatocismo*, Milano, 2007; RICCIO, *Anatocismo: svolta clamorosa della Corte costituzionale*, in *Contratto e impr.*, 2007, 1395; PANDOLFINI, *La disciplina degli interessi pecuniari*, Padova, 2004.

Quella agli « *interessi* » è una particolare obbligazione *pecuniaria*, avente *carattere accessorio* rispetto ad un'obbligazione principale pur essa a contenuto pecuniario (si pensi, ad es., agli interessi dovuti al creditore da chi ha avuto a prestito una somma di danaro).

Nozione

Quanto alla *fonte*, gli interessi si distinguono in:

Fonti:

a) legali, se dovuti in forza di una previsione di legge (si pensi alle ipotesi contemplate negli artt. 1499 cod. civ., in tema di vendita; 1782, comma 2, cod. civ., in tema di deposito irregolare; 1815 cod. civ., in tema di mutuo; 1825 cod. civ., in tema di conto corrente; nell'art. 11 L. 27 luglio 1978, n. 392, in tema di deposito cauzionale effettuato dal conduttore di immobili urbani a favore del locatore; ecc.); l'ipotesi di maggior rilevanza è, peraltro, quella prevista nell'art. 1282, comma 1, cod. civ., secondo cui « producono interessi di pieno diritto » i crediti *liquidi* (cioè, quelli il cui ammontare è determinato o determinabile mediante operazioni di mero conteggio aritmetico) ed *esigibili* (cioè, quelli di cui il creditore è legittimato a chiedere l'immediato pagamento) aventi ad oggetto somme di danaro; e

... interessi
legali

b) convenzionali, se dovuti in forza di un accordo fra debitore e creditore, non importa se contestuale o successivo al sorgere del credito.

... interessi
convenzionali

Funzioni: Quanto alla loro *funzione*, gli interessi vengono normalmente distinti in:

... interessi
corrispettivi a) *corrispettivi* — ma il termine non ricorre nel linguaggio del codice — che sono quelli dovuti al creditore sui capitali concessi a mutuo (art. 1815 cod. civ.) o, comunque, lasciati nella disponibilità di terzi (artt. 1782, comma 2, e 1825 cod. civ.; art. 11 L. 27 luglio 1978, n. 392); nonché quelli dovuti sui crediti liquidi ed esigibili di somme di danaro (art. 1282, comma 1, cod. civ.): essi rappresentano una sorta di « corrispettivo » per il godimento che il debitore ha del danaro del creditore (e, come tali, vengono considerati quali « *frutti civili* »: v. § 89);

... interessi
compensativi b) *compensativi*, che sono quelli dovuti al creditore di obbligazioni c.d. « di valore » (ad. es., al creditore di somme di danaro a titolo di risarcimento danni): essi rappresentano una sorta di « compenso » — da computarsi sulla somma via via rivalutata — del danno dal creditore sofferto per il mancato tempestivo ottenimento della prestazione dovutagli. La figura degli interessi compensativi è una creazione giurisprudenziale determinata dall'esigenza di non lasciare il creditore privo del diritto agli interessi nei casi in cui l'illiquidità del credito « di valore » non consente la decorrenza, di pieno diritto, di interessi corrispettivi (*ex* art. 1282, comma 1, cod. civ.);

... interessi
moratori c) *moratori*, che — « anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno » — sono dovuti dal debitore *in mora* (v. § 233) al creditore di obbligazioni aventi ad oggetto una somma di danaro, non importa se liquida o meno (non vale dunque, nel nostro ordinamento, il principio *in illiquidis non fit mora*): essi rappresentano una sorta di « risarcimento » per il ritardo con cui il creditore riceve il pagamento dovutogli (art. 1224, comma 1, cod. civ.). Peraltro, al creditore che dimostri di aver subito un danno *maggior* di quello ristorato attraverso la percezione degli interessi moratori al tasso legale, spetta altresì il risarcimento di tale « maggior danno » (art. 1224, comma 2, cod. civ.): sul punto torneremo più ampiamente allorché tratteremo delle conseguenze del ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie (v. § 231).

Il tasso di
interesse: L'ammontare dell'obbligazione degli interessi si determina in misura percentuale (c.d. *tasso* o *saggio* di interesse) rispetto all'entità dell'obbligazione principale (c.d. *capitale*) ed in relazione al *tempo* con riferimento al quale gli interessi sono dovuti.

Il *tasso*, sulla base del quale si calcolano gli interessi, si distingue in:

... legale — *legale*, che è fissato dall'art. 1284, comma 1, cod. civ., di re-

gola, « in misura pari al 5 per cento in ragione d'anno », ma può venire annualmente modificato con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze « sulla base del rendimento medio annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi e tenuto conto del tasso di inflazione registrato nell'anno » (art. 1284, comma 1, cod. civ.) (da ultimo, con D.M. in data 12 dicembre 2007, il tasso legale è stato appunto fissato — a partire dal 1° gennaio 2008 — nella misura del 3% in ragione d'anno). Il tasso legale si applica sia agli interessi *legali* che a quelli *convenzionali*, sia agli interessi *corrispettivi*, che a quelli *compensativi*, che a quelli *moratori*, qualora le parti non ne abbiano determinato la misura (art. 1284, comma 2, cod. civ.). Recenti interventi normativi (art. 3, comma 3, L. 18 giugno 1998, n. 192; art. 5, comma 1, D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231) — con riferimento a *talune ipotesi particolari* (e, precisamente, con riferimento ai pagamenti dal committente dovuti al c.d. « *subfornitore* »: v. § 388; nonché ai pagamenti dovuti a titolo di corrispettivo di c.d. « *transazioni commerciali* »: v. § 232) — hanno fissato il tasso legale degli interessi *moratori* ad un livello molto più elevato rispetto a quello comunemente applicabile (e, precisamente, « in misura pari al saggio di interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali »): ciò, al fine di predisporre una vigorosa tutela a favore di talune categorie di creditori ritenute meritevoli di particolare protezione (si pensi che, nel primo semestre 2009, il tasso legale degli interessi *moratori* è risultato, nei casi in esame, pari al 9,50%);

— *convenzionale*, che viene fissato per accordo fra debitore e creditore (spesso tramite rinvio a tassi variabili — ad es., l'Euribor — che promanano da organismi terzi dotati di particolare autorevolezza): il relativo patto richiede la *forma scritta ad substantiam*, qualora determini il tasso di interesse in misura *superiore* a quello legale (art. 1284, comma 3, cod. civ.); in quest'ultimo caso, in difetto di forma scritta, gli interessi sono dovuti nella misura legale (art. 1284, comma 3, cod. civ.).

In ogni caso, le parti non possono fissare un tasso di interesse superiore di oltre il 50% rispetto al tasso effettivo globale medio di interesse praticato dalle banche e dagli intermediari finanziari, così come trimestralmente rilevato con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze (c.d. *tassi usurari*) (art. 2, comma 1 e 4, L. 7 marzo 1996, n. 108; v. anche art. 1 D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito con L. 28 febbraio 2001, n. 24).

...
convenzionale

Interessi
usurari

« Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e *non* sono dovuti interessi » (art. 1815, comma 2, cod. civ.).

Anatocismo

Sugli interessi scaduti *non* maturano interessi (c.d. interessi « *anatocistici* ») — non è cioè prevista, di regola, la c.d. « capitalizzazione » degli interessi scaduti (art. 1283 cod. civ.) — salvo che, trattandosi di interessi primari scaduti e dovuti da almeno sei mesi, non intervenga:

a) una domanda giudiziale appositamente diretta al conseguimento degli interessi anatocistici; ovvero

b) una convenzione, *posteriore* alla scadenza degli interessi primari, che li preveda (art. 1283 cod. civ.).

L'art. 1283 cod. civ. — nell'escludere, in via di principio, che gli interessi scaduti producano interessi anatocistici — fa espressamente salvi gli « *usi contrari* » (da intendersi come « *usi normativi* »: v. § 17).

Modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'*attività bancaria* — prevedendo, in ogni caso, che nelle operazioni di conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori — sono oggi fissati (*ex* art. 120, comma 2, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, « Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia ») con delibera del CICR (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio) del 9 febbraio 2000.

CAPITOLO XIX
MODIFICAZIONE DEI SOGGETTI
DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO

§ 201. Successione nel debito e nel credito.

Lecture suggerite: MANNINO e ALESSI (a cura di), *La circolazione del credito*, in *Trattato delle obbligazioni Garofalo-Talamanca*, Padova, 2008; RESCIGNO, *Debito (successione nel)*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1989, 124; GRASSO, *Successione particolare nel debito (o nel credito) corrispettivo, successione nel sinallagma e regime delle eccezioni*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1009.

Ai soggetti originari del rapporto obbligatorio (creditore e debitore) possono, nel corso della vita del rapporto stesso, *sostituirsi* od *aggiungersi* altri soggetti (così, ad es., in caso di morte del debitore o del creditore, l'erede succede, rispettivamente, nel debito o nel credito).

Nozione

Ciò può verificarsi:

a) nell'ambito di una *successione a titolo universale* (eredità: v. § 624; fusione tra società: v. § 553), nel qual caso la modificazione riguarda contemporaneamente *tutti* i rapporti facenti parte del patrimonio del dante causa, ad esclusione dei soli rapporti intrasmissibili;

Successione a titolo universale

b) per effetto di una *successione a titolo particolare* (nel credito o nel debito), nel qual caso la modificazione riguarda il *singolo* rapporto.

Successione a titolo particolare

Nel presente capitolo ci occuperemo di quest'ultima ipotesi.

A) **MODIFICAZIONI NEL LATO ATTIVO
DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO**

**§ 202. Le singole ipotesi di modificazione
nel lato attivo del rapporto obbligatorio.**

Lecture suggerite: LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2009; BRIGANTI e VALENTINO, *Le vicende delle obbligazioni: la circolazione del debito e del credito*, in *Trattato Perlingieri*, Napoli, 2007.

La modificazione del soggetto *attivo* del rapporto obbligatorio

può realizzarsi per atto *inter vivos* — a titolo particolare — mediante le figure:

- a) della *cessione del credito* (artt. 1260-1267 cod. civ.) (v. § 203);
- b) della *delegazione attiva*, figura non espressamente disciplinata dal codice, ma di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale (v. § 208);
- c) del *pagamento con surrogazione* (artt. 1201-1205 cod. civ.), di cui — per opportunità di esposizione — parleremo quando tratteremo dell'estinzione dell'obbligazione (v. § 221).

§ 203. La cessione del credito.

Lecture suggerite: STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, 2007; BORDIGNONI, *La cessione del credito tra disciplina generale e disciplina speciale. L'esperienza francese*, Padova, 2003; TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, Padova, 1999.

Cessione del
credito qua-
le contratto
e quale
effetto

Di « *cessione del credito* » (art. 1260 cod. civ.) la legge parla in *due significati differenti*:

— da un lato, per indicare il *contratto* con il quale il creditore (*cedente*) pattuisce con un terzo (*cessionario*) il trasferimento in capo a quest'ultimo del suo diritto verso il debitore (*ceduto*);

— da altro lato, per indicare l'*effetto* di tale contratto: cioè, per l'appunto, il *trasferimento del credito* in capo al cessionario.

Crediti
cedibili
e incedibili

Di regola, qualunque credito può formare oggetto di cessione (c.d. principio della *libera cedibilità dei crediti*) (art. 1260, comma 1, cod. civ.); salvo che:

a) il credito abbia carattere *strettamente personale* (art. 1260, comma 1, cod. civ.) (ad es., i crediti alimentari: art. 447, comma 1, cod. civ.; v. § 620); ovvero

b) il trasferimento sia *vietato dalla legge* (art. 1260, comma 1, cod. civ.) (vietata, ad es., è la cessione dei crediti litigiosi a favore dei giudici appartenenti all'ufficio giudiziario avanti al quale pende la relativa controversia: art. 1261 cod. civ.); ovvero

c) la cessione sia stata *convenzionalmente esclusa* dalle parti (art. 1260, comma 2, cod. civ.): in quest'ultimo caso, peraltro, il patto di non trasferibilità non è opponibile al cessionario, se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione.

I crediti
futuri

Oggetto di cessione, purché a titolo oneroso (arg. *ex* art. 771, comma 1, cod. civ.), possono essere anche i *crediti futuri* (arg. *ex* art.

1348 cod. civ.), sempre che — nel momento in cui si perfeziona il contratto di cessione — già esista il rapporto dal quale detti crediti deriveranno.

Il *contratto di cessione* si perfeziona in forza di un *accordo* fra il *creditore* (cedente) ed il *terzo* (cessionario). Non è invece richiesta l'accettazione da parte del *debitore* (ceduto), il quale rimane, in ogni caso, *estraneo* all'accordo di cessione: per quest'ultimo, infatti, è normalmente indifferente il fatto di dover pagare al creditore originario ovvero al terzo cessionario (ma v. art. 1182, comma 3, cod. civ.; e Cass. 14 marzo 2007, n. 5917).

Accordo di cessione

Il contratto di cessione può prevedere, a favore del cedente, un *corrispettivo* in danaro (nel qual caso si potrà parlare di « vendita del credito ») ovvero una prestazione di altra natura (ad es., Tizio cede a Caio il credito di 100 dallo stesso vantato nei confronti di Sempronio a fronte di una fornitura di merci che Caio effettua a favore di Tizio). Peraltro, la cessione può aver luogo anche *senza corrispettivo* (nel qual caso potrà trattarsi di una vera e propria « donazione del credito »), ovvero essere effettuata in *funzione di garanzia* (ad es., Tizio cede a Caio il credito di 100 che vanta nei confronti di Sempronio per garantire a Caio che lo stesso Tizio onorerà un diverso credito da Caio vantato proprio nei confronti di Tizio), ovvero per estinguere un diverso debito del cedente verso il cessionario (nel qual caso si parla di « *cessione solutoria* »: art. 1198 cod. civ.), ecc.: proprio in considerazione delle molteplici funzioni che può svolgere, il contratto che ha come effetto la cessione del credito viene spesso definito come contratto « *a causa variabile* » (per il concetto di « causa » del contratto v. § 305).

Variabilità della causa

§ 204. *Effetti della cessione.*

Lecture suggerite: VALENTINO, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, Napoli, 2003; MACARIO, *Trasferimento del credito futuro ed efficacia verso i terzi: lo « stato dell'arte » (di giudicare)*, in *Riv. dir. privato*, 2000, 437.

Per quanto concerne gli *effetti « inter partes »*, il credito è dal cedente trasferito al cessionario — in forza del principio del c.d. *consenso traslativo* (art. 1376 cod. civ.: v. § 314) — nel momento stesso del perfezionamento dell'accordo di cessione. Fa eccezione l'ipotesi di cessione di crediti futuri: in tal caso il trasferimento si verifica al sorgere del credito (v. Cass. 10 maggio 2005, n. 9761).

Efficacia della cessione fra cedente e cessionario

... nei confronti del debitore ceduto

Affinché la cessione abbia *efficacia nei confronti del debitore ceduto*, occorre che a quest'ultimo la cessione venga *notificata* (dal cedente o dal cessionario) ovvero sia da lui *accettata* (art. 1264, comma 1, cod. civ.): fino a quel momento, infatti, il debitore — il cui consenso, come si è detto, non è necessario per il perfezionamento dell'accordo di cessione — potrebbe ritenere di essere pur sempre obbligato nei confronti del creditore originario. Di conseguenza, se — dopo il perfezionamento dell'accordo di cessione, ma prima che sia intervenuta la relativa notifica o accettazione — il debitore (ceduto) paga al creditore originario (cedente), non può essere tenuto ad effettuare, una seconda volta, la prestazione a favore del nuovo creditore (cessionario); salvo che non si provi che, nonostante la mancata notifica o accettazione, era comunque a conoscenza dell'avvenuta cessione (art. 1264, comma 2, cod. civ.).

... nei confronti dei terzi

L'accettazione o la notificazione della cessione servono, inoltre, a renderla *opponibile ai terzi*: in particolare, se il cedente ha ceduto lo stesso credito a Tizio e, successivamente, a Caio ed è stata notificata od accettata per prima, con atto di data certa (art. 2704 cod. civ.; v. § 125), la cessione fatta a Caio, è questa a prevalere sull'altra (art. 1265, comma 1, cod. civ.).

Effetti della cessione

Quanto agli effetti della cessione, va sottolineato che in conseguenza di essa — benché venga modificato il soggetto attivo del credito — l'*obbligazione* rimane, per tutto il resto, *inalterata*: perciò il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, le garanzie personali e reali, e gli altri accessori (ad es., gli interessi a scadere: art. 1263, comma 3, cod. civ.) (art. 1263, comma 1, cod. civ.).

Eccezioni opponibili al cessionario

Per la medesima ragione, il debitore ceduto può opporre al cessionario le stesse *eccezioni* che avrebbe potuto opporre al cedente (così, per es., se il contratto in base al quale è sorto il credito è annullabile per violenza o dolo o errore, questo vizio, come poteva essere opposto al cedente, può essere fatto valere nei confronti del cessionario: v. Cass. 28 febbraio 2008, n. 5302). Tuttavia il debitore ceduto non può opporre in compensazione al cessionario un controcredito verso il cedente qualora abbia accettato la cessione, ovvero qualora si tratti di credito sorto posteriormente alla cessione (art. 1248 cod. civ.).

§ 205. Rapporti tra cedente e cessionario.

Letture suggerite: FESTI, *Cessione del credito e clausola compromissoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2005; II, 241; GIORGETTA, *La corte di cassazione torna a negare la legittimazione del cessionario del credito a far valere la clausola compromissoria per arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 653; AMBROSINI, *La vendita del credito con garanzia di solvenza*, Milano, 2004.

Per quanto concerne i rapporti tra cedente e cessionario, si deve aggiungere che:

a) se la *cessione* è a titolo oneroso, il cedente, salvo patto contrario, garantisce al cessionario l'esistenza del credito al momento della cessione (c.d. *veritas nominis*) (art. 1266, comma 1, cod. civ.) (così, se il credito ceduto non esisteva — ad es., perché era già stato adempiuto od era prescritto — ovvero non era nella titolarità del cedente, questi dovrà restituire tutto quello che abbia ricevuto dal cessionario, oltre che risarcirgli l'eventuale danno). Non garantisce, invece, la solvenza del debitore (c.d. *bonitas nominis*: art. 1267, comma 1, cod. civ.): cioè, la realizzabilità del credito;

Veritas e bonitas nominis

b) se la *cessione* è a titolo gratuito, il cedente garantisce al cessionario la *veritas nominis* solo se l'ha espressamente promessa, ovvero negli altri casi previsti dall'art. 797, nn. 2 e 3, cod. civ. (art. 1266, comma 2, cod. civ.). Non garantisce, invece, la *bonitas nominis*.

Peraltro — sia in caso di cessione gratuita che di cessione onerosa — il cedente, con apposito patto, può assumere anche la garanzia della solvenza del debitore (c.d. *bonitas nominis*): in tal caso, qualora il debitore ceduto non adempia, il cedente sarà tenuto a restituire quanto eventualmente ricevuto come corrispettivo della cessione, oltre agli interessi, alle spese della cessione ed a quelle sostenute dal cessionario per escutere il debitore, salvo sempre l'obbligo ulteriore del risarcimento del danno, ove ne ricorrano i presupposti (art. 1267, comma 1, cod. civ.).

Quando la cessione sia stata effettuata per estinguere un debito del cedente verso il cessionario (c.d. *cessione solutoria*: art. 1198 cod. civ.), si presume che la cessione avvenga « *pro solvendo* » (ossia, che la liberazione del cedente si verifichi solo quando il cessionario abbia ottenuto il pagamento dal debitore ceduto). Qualora risulti una diversa volontà delle parti — nel senso che il cessionario liberi senz'altro il cedente dall'obbligo che quest'ultimo aveva nei suoi confronti, accollandosi pertanto l'intero rischio della solvenza del debitore ceduto — si parla di cessione « *pro soluto* ».

Cessione pro solvendo e pro soluto

§ 206. Il contratto di factoring.

Lecture suggerite: INFANTINO, *Note comparatistiche sulle utilità dell'uniformazione: il factoring internazionale e la cessione del credito fra convenzioni e principi*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 232; BUSSANI e INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, Milano, 2006; SIRGIOVANNI, *Qualificazione giuridica del contratto di factoring e suoi riflessi in caso di fallimento del cedente*, in *Obbligazioni e contratti*, 2005, 348.

Obblighi
del factor

Il « *factoring* » è una figura contrattuale (di matrice anglosassone, ma oggi largamente diffusa anche nel nostro Paese), in forza della quale un imprenditore specializzato (c.d. *factor*) — a fronte del pagamento di una *commissione* variabile a seconda dell'entità degli obblighi assunti — si impegna a fornire all'impresa cliente una vasta gamma di *servizi* (ad es., la contabilizzazione, l'amministrazione, il sollecito, l'incasso, il recupero, ecc.) relativi alla *gestione dei crediti* dalla stessa impresa cliente vantati nei confronti della propria clientela e derivanti dalla sua attività imprenditoriale.

Peraltro, il *factor* rende all'impresa cliente — normalmente — anche l'ulteriore prestazione consistente nell'effettuare, a suo favore, un'*anticipazione finanziaria*, rispetto alla scadenza dei crediti ceduti, pari ad una parte del loro valore nominale (c.d. *funzione di finanziamento*); e — sebbene più raramente — quella di accollarsi il rischio dell'insolvenza di uno o più dei debitori dell'impresa stessa (c.d. *funzione assicurativa*).

Factoring e
cessione dei
crediti

Per realizzare siffatta complessa operazione, la prassi contrattuale fa, di regola, perno sull'istituto della *cessione del credito*. L'impresa cliente cede al *factor*, in massa, i crediti dalla stessa vantati o che la stessa vanterà in futuro nei confronti di uno o più o tutti i propri clienti. Ciò consente al *factor* — che ne diviene formalmente titolare — da un lato, la gestione di detti crediti; da altro lato, l'erogazione dell'anticipazione finanziaria eventualmente richiesta dall'impresa cliente, destinata ad essere dal *factor* recuperata proprio attraverso l'incasso dei crediti ceduti (con ritrasferimento dei relativi importi all'impresa cliente nei soli limiti eccedenti l'anticipazione già effettuata).

Se, poi, l'impresa cliente richiede di essere altresì sollevata dal rischio dell'eventuale insolvenza di uno o più dei debitori ceduti, sarà sufficiente che la cessione a favore del *factor* venga effettuata « *pro soluto* » (v. § 205): in tal caso infatti, quand'anche il credito ceduto dovesse risultare irrecuperabile, il *factor* non potrà pretendere dall'impresa cliente la restituzione degli anticipi alla stessa già versati. Diversamente, la cessione avverrà « *pro solvendo* » (v. § 205), con la conseguenza che l'impresa cliente dovrà restituire al *factor* le anticipazioni relative ai crediti che non si siano potuti incassare.

Al fine di eliminare taluni ostacoli che la regolamentazione codicistica della cessione del credito indubbiamente frapponeva alla realizzazione, sul piano giuridico, dell'operazione di *factoring*, la L. 21 febbraio 1991, n. 52, ha apportato talune deroghe alla disciplina generale dettata dagli artt. 1260 ss. cod. civ.; ma *solo* con riferimento all'ipotesi in cui:

- a) il cedente sia un imprenditore;
- b) i crediti ceduti siano pecuniari e sorgano da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa;
- c) il cessionario sia una banca o un intermediario finanziario, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti d'impresa (art. 1, L. n. 52/1991).

Cessione dei crediti d'impresa e deroghe al regime codicistico

In particolare, la L. n. 52/1991 ha statuito:

— che i crediti futuri possono essere oggetto di cessione anche *prima* che siano stipulati i contratti dai quali sorgeranno, purché questi ultimi vengano perfezionati nei ventiquattro mesi successivi (art. 3, comma 1 e 3, L. n. 52/1991);

— che i crediti — sia esistenti che futuri — possono essere ceduti « *in massa* », dovendo ritenersi sufficiente, perché l'oggetto della cessione possa dirsi « determinato », che sia indicato il nominativo del debitore ceduto (art. 3, comma 4, L. n. 52/1991);

— che — in deroga al disposto dell'art. 1267 cod. civ. — il cedente, salvo patto contrario, garantisce la solvenza del debitore ceduto (art. 4 L. n. 52/1991);

— che la cessione è opponibile ai terzi non solo — come previsto dall'art. 1265 cod. civ. — quando sia stata notificata od accettata con atto di data certa, ma altresì allorquando il *factor* abbia *pagato* all'impresa cedente, in tutto o in parte, il corrispettivo della cessione con atto avente *data certa* (art. 5 L. n. 52/1991).

L'ambito di applicabilità della disciplina dettata dalla L. n. 52/1991 è stato esteso — dall'art. 117 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 — ai crediti verso i committenti di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e fornitori disciplinati dallo stesso D.Lgs. n. 163/2006.

§ 207. *La cartolarizzazione dei crediti.*

Lecture suggerite: SEVERI, *La tutela degli investitori nella cartolarizzazione dei crediti*, Milano, 2007; VIRGA, *Le operazioni di cartolarizzazione tra tutela degli investitori ed esigenza del capitale finanziario*, in *Contratto e impr.*, 2007, 1011; SCHLESINGER, *La cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 265.

Con L. 30 aprile 1999, n. 130, è stata disciplinata anche nel nostro Paese un'ulteriore operazione finanziaria (pur essa di deriva-

zione anglosassone), che fa perno sull'istituto della cessione del credito: la c.d. « *cartolarizzazione dei crediti* » (o *securisation* nel linguaggio dei Paesi d'origine).

L'operazione — finalizzata, da un lato, allo *smobilizzo dei crediti* (procurando immediata liquidità al creditore) e, da altro lato, alla *creazione di un nuovo bene* (uno « strumento finanziario »: v. § 84) da collocare sul mercato — risulta così articolata:

a) un soggetto (c.d. *originator*) — nella pratica, sovente una banca o un intermediario finanziario — cede, a titolo oneroso, uno o (anche « in blocco ») più *crediti pecuniari*, sia esistenti sia futuri, ad una società: c.d. « *società veicolo* »;

b) per procurarsi la provvista necessaria all'acquisto dei crediti, la « società veicolo » — direttamente o tramite altra società — emette « titoli » (cui, a tutela del mercato, trovano applicazione le disposizioni dettate dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, « Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria »; e dagli artt. 129-143, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, c.d. « Testo unico bancario ») destinati ad essere collocati presso investitori, professionali e non (nel qual ultimo caso sono previste particolari cautele a protezione dell'investitore: art. 2, commi 4 e 5, L. n. 190/1999);

c) la « società veicolo » — direttamente o attraverso altra distinta società (c.d. *servicer*: art. 2, comma 3 lett. c, L. n. 190/1999) — provvede alla riscossione dei crediti ceduti ed alle attività ad essa finalizzate (consistenti, ad es., nel monitorare i debitori, assumere tempestivamente le iniziative giudiziarie e stragiudiziali occorrenti, accettare le transazioni indispensabili, chiedere i sequestri quando necessari, esercitare oculatamente le facoltà che spettano ai creditori, cedere a terzi, se previsto e opportuno, i crediti acquistati, ecc.);

d) le somme incassate dai debitori ceduti vengono destinate, *in via esclusiva* (salvo il pagamento dei costi dell'operazione), ai portatori dei « titoli » emessi per finanziare l'acquisto dei relativi crediti.

Per garantire tale ultimo obiettivo, l'art. 3, comma 2, L. n. 190/1999 statuisce che i crediti oggetto di cessione da parte dell'*originator* a favore della « società veicolo », pur divenendo formalmente di titolarità di quest'ultima, costituiscono però un « *patrimonio separato* » (v. § 94): un patrimonio, cioè, *distinto* sia dal residuo patrimonio della stessa « società veicolo », sia da quello relativo ad altre operazioni di cartolarizzazione che la stessa abbia in atto. Da ciò consegue che i portatori dei titoli emessi a fronte di una determinata

operazione di cartolarizzazione, da un lato, hanno un *diritto esclusivo* sui crediti dalla « società veicolo » acquistati in attuazione di detta operazione e sui flussi di danaro generati dal loro incasso (non essendo ammesso che altri creditori della « società veicolo » possano fare azioni esecutive su detti cespiti); ma, da altro lato, possono far valere le loro pretese *solo su detti cespiti*, e non già sul restante patrimonio della « società veicolo » o, peggio, sui restanti « patrimoni separati » eventualmente ad essa intestati, ma vincolati ad altra operazione di cartolarizzazione.

§ 208. *La delegazione attiva.*

Il codice si occupa solo della « *delegazione passiva* » (art. 1268 cod. civ.: v. § 210). Si ritiene tuttavia che possa rientrare nell'*autonomia negoziale delle parti* dar luogo anche ad una « *delegazione attiva* ».

La « *delegazione attiva* » (c.d. di credito) consiste in un *accordo* — che si ritiene *trilaterale* tra *creditore*, *debitore* ed un *terzo* — in forza del quale il creditore (*delegante*) delega il debitore (*delegato*) ad impegnarsi ad effettuare la prestazione al terzo (*delegatario*) (ad es., Tizio, creditore di Caio per 100, volendo gratificare il figlio Sempronio, si accorda con Caio e Sempronio perché il primo si obblighi a pagare detto importo direttamente al secondo).

Per effetto della delegazione attiva, il delegato diviene, di regola, debitore nei confronti sia del delegante che del delegatario (cosicché, in caso di successiva inadempienza, contro il delegato potranno agire sia il delegante che il delegatario) (c.d. delegazione « *cumulativa* »); salvo che le parti abbiano concordato la liberazione del delegato nei confronti del delegante (c.d. delegazione « *liberatoria* »).

A differenza di quanto avviene nella cessione del credito (v. §§ 203 ss.) — in cui l'accordo interviene fra creditore originario e cessionario, mentre il debitore ceduto, cui la cessione va soltanto notificata, ne resta estraneo — nella delegazione attiva l'accordo vede come parte *anche il debitore*. Inoltre — mentre l'effetto della cessione del credito è quello della sostituzione del creditore originario con un nuovo creditore — l'effetto della delegazione attiva è, di regola, *cumulativo*: al creditore originario (il delegante) non si sostituisce, ma si aggiunge un nuovo creditore (il delegatario).

Fonte

Nozione

Effetti

Distinzione:
cessione del
credito e
delegazione
attiva