

**RIASSUNTI DEL  
“MANUALE DI DIRITTO PRIVATO”  
Di: A.Torrente P.Schlesinger**



## NOZIONI PRELIMINARI

### Capitolo 1: L'ORDINAMENTO GIURIDICO

#### 1 L'ordinamento giuridico

L'ordinamento giuridico è costituito dal complesso delle norme e di istituzioni, mediante le quali viene regolato e diretto lo svolgimento della vita sociale e dei rapporti tra i singoli.

La cooperazione tra gli uomini rende realizzabili risultati che sarebbero altrimenti irraggiungibili per il singolo.

Per aversi un gruppo organizzato occorrono tre condizioni:

- a) che il coordinamento degli apporti individuali non sia lasciato al caso o alla buona volontà di ciascuno, ma venga disciplinato da *regole di condotta*;
- b) che queste regole siano decise da appositi organi ai quali tale compito sia affidato in base a precise *regole di struttura o di competenza o organizzative*;
- c) che tanto le regole di condotta quanto quelle di struttura vengano effettivamente osservate.

Il sistema di regole, modelli e schemi mediante i quali è organizzata una collettività viene chiamato "ordinamento". Quindi la finalità dell'ordinamento giuridico è quella di "ordinare" la realtà sociale.

Gli uomini danno vita a collettività di vario tipo: si pensi alle chiese o ai partiti politici, ai sindacati o alle organizzazioni culturali...Tra tutte le forme di collettività, importanza preminente ha sempre avuto la società *politica*: quella, cioè, rivolta alla soddisfazione non dei vari bisogni dei consociati, bensì di quello più importante condizionandone il conseguimento, e che consiste nell'assicurare i presupposti necessari affinché le varie attività promosse dai bisogni stessi possano svolgersi in modo ordinato e pacifico. Naturalmente le società politiche hanno assunto forme diverse nella storia.

Un ordinamento giuridico si dice *originario* quando la sua organizzazione non è soggetta ad un controllo di validità da parte di un'altra organizzazione.

#### 2 La norma giuridica

L'ordinamento di una collettività è costituito da un sistema di regole. Ciascuna di queste regole, proprio perché concorre a disciplinare la vita organizzata della comunità, si chiama *norma*; e poiché il sistema di regole da cui è assicurato l'ordine di una società rappresenta il diritto di quella società, ciascuna di tali norme si dice *giuridica*.

La norma giuridica non va mai confusa con la norma morale, nemmeno quando l'una e l'altra abbiano identico contenuto. Difatti, mentre ciascuna regola morale è *assoluta*, nel senso che trova solo nel suo contenuto la propria validità, la regola giuridica deriva la propria forza vincolante dal fatto di essere prevista da un atto dotato di autorità nell'ambito dell'organizzazione di una collettività.

I fatti produttivi di norme giuridiche si chiamano "fonti". Di solito la norma viene consacrata in un documento normativo. In tal caso occorre non confondere la "formula" (il testo) della disposizione, con il "precetto" (il significato) che a quel testo viene attribuito dall'interprete.

Non bisogna confondere il concetto di "norma giuridica" con quello di "legge". Per un verso infatti, la legge è un atto o documento normativo, che contiene norme giuridiche, e che quindi sta con queste in rapporto da contenente a contenuto; per altro verso, accanto a norme aventi "forza di legge", ogni ordinamento conosce tante altre norme

diche frutto di altri atti normativi; per altro verso ancora, una medesima legge può contenere molte norme, ma



una norma può anche risultare soltanto dal “combinato disposto” di più disposizioni legislative, ciascuna delle quali può regolare anche un solo aspetto del problema complesso.

### 3 Diritto positivo e diritto naturale

Il complesso delle norme da cui è costituito ciascun ordinamento giuridico rappresenta il “diritto positivo” di quella società.

Il c.d. “diritto naturale” è talvolta inteso come matrice dei singoli diritti positivi, talaltra come criterio di valutazione critica dei concreti ordinamenti.

### 4 La sanzione

Le norme giuridiche si caratterizzano per il fatto di essere suscettibili di attuazione forzata (*coercizione*) o sono comunque garantite dalla predisposizione, per l'ipotesi di trasgressione, di una conseguenza *in danno* del trasgressore, chiamata “sanzione”, la cui minaccia favorirebbe l'osservanza spontanea della norma.

Spesso, accanto a “norme di condotta” (dette *primarie*), il legislatore prevede una “risposta” o una “reazione” dell'ordinamento (c.d. norme sanzionatorie o *secondarie*), da far scattare in caso di inosservanza del comportamento prescritto.

Vi è peraltro da rilevare che la difesa dell'ordinamento non viene perseguita soltanto attraverso misure repressive di una situazione preesistente illegittimamente violata, ma anche mediante misure preventive, di vigilanza e di dissuasione, e perfino con l'ausilio di norme che si limitano ad affermazioni di principio, che svolgono un'importante funzione “esemplare”, indipendentemente dalla previsione di qualsiasi sanzione.

Di recente sono frequenti anche norme che stabiliscono “premi” e “incentivi a favore dei soggetti che si vengano a trovare in particolari situazioni (ad es. a favore di imprese che intraprendono nuove attività in zone considerate depresse o sottosviluppate).

La sanzione può operare in modo *diretto* (realizzando il risultato che la legge prescrive), o in modo *indiretto*: in questo caso l'ordinamento si avvale di altri mezzi per ottenere l'osservanza della norma o per reagire alla sua violazione. Nel diritto privato, in particolare, la sanzione non opera, di regola, direttamente.

### 5 Caratteri della norma giuridica: il principio di eguaglianza

I caratteri essenziali della norma giuridica avente forza di legge sono la *generalità* e la *estrettezza* dei relativi precetti.

Con il carattere della *generalità* si intende sottolineare che la legge non deve essere dettata per *singoli* individui, bensì o per tutti i consociati o per classi generiche di soggetti.

Con il carattere della *astrattezza* si intende sottolineare che la legge non deve essere dettata per specifiche situazioni concrete, bensì per *fattispecie* (stato di cose) *astratte*, ossia per situazioni individuate *ipoteticamente*.

Importante è diventata, per caratterizzare la norma avente valore di legge, il c.d. “principio di eguaglianza”(art. 3 Cost.).

Dal principio di eguaglianza va tenuto distinto il principio per cui i pubblici uffici devono rispettare il criterio della *imparzialità* (art. 97 Cost.), ossia l'obbligo di applicare le leggi in modo eguale.

Nell'art. 3 della Cost. è invece codificato il vero principio di eguaglianza, che ha due profili:

- a) il primo è di carattere *formale* (art. 3.1) ed importa che “tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono *eguali davanti alla legge*, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni sociali e personali”.
- b) il secondo è di carattere *sostanziale* (art. 3.2) ed impegna la Repubblica a “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Il controllo del rispetto del principio di eguaglianza è affidato alla corte Costituzionale, la quale può dichiarare l'illegittimità di una norma avente forza di legge quando ritenga “irragionevole” o “incongruente” o “contraddittoria” o “arbitraria” una differenziazione normativa di situazioni che, in realtà, siano omogenee, ovvero assimilazione di trattamento nei confronti di situazioni che, in realtà, siano diverse.



## 6 L'equità

In qualche ipotesi può avvenire che l'applicazione del comando al caso concreto dia luogo a conseguenze che urtano contro il sentimento di giustizia.

L'equità è stata, pertanto, definita la giustizia del caso singolo.

L'ordinamento giuridico sacrifica spesso la giustizia del caso singolo all'esigenza della certezza del diritto, in quanto ritiene pericoloso affidarsi alla valutazione soggettiva del giudice e preferisce che i singoli possano prevedere esattamente quali saranno le conseguenze dei loro comportamenti (*principio della certezza del diritto*).

Perciò, nel diritto privato, il ricorso all'equità è ammesso solo in casi eccezionali e precisamente in quelli in cui la stessa norma giuridica rinvia all'equità.

## Capitolo 2 : IL DIRITTO PRIVATO

### 7 Diritto pubblico e diritto privato

Il diritto pubblico disciplina l'organizzazione dello Stato e degli altri enti pubblici, regola la loro azione, interna e di fronte ai privati, ed impone a questi ultimi il comportamento cui sono tenuti per rispettare la vita associata e il reperimento dei mezzi finanziari necessari per il perseguimento delle finalità pubbliche.

Il diritto privato, invece, si limita a disciplinare le relazioni interindividuali, sia dei singoli che degli enti privati, non affidandone la cura ad organi pubblici, ma lasciando alla iniziativa personale anche l'attuazione delle norme.

Molto spesso, un medesimo fatto è disciplinato sia da norme di diritto privato che da norme di diritto pubblico.

### 8 Distinzione tra norme cogenti e norme derogabili

Le norme di diritto privato si distinguono in *derogabili* (o *dispositive*) e *inderogabili* (o *cogenti*): si dicono inderogabili quelle norme la cui applicazione è imposta dall'ordinamento prescindendo dalla volontà dei singoli; derogabili le norme la cui applicazione può essere evitata mediante un accordo degli interessati. Poi distinguiamo anche le norme *suppletive*, le quali sono destinate a trovare applicazione solo quando i soggetti privati non abbiano provveduto a disciplinare un determinato aspetto della fattispecie, in relazione al quale sussiste una lacuna, cui la legge sopperisce intervenendo a disciplinare ciò che i privati hanno lasciato privo di regolamentazione.

Sebbene le norme di diritto pubblico siano quasi sempre cogenti, e quelle di diritto privato per la maggior parte dispositive, possono anche aversi norme di diritto pubblico suscettibili di deroga o norme di diritto privato cogenti. Con la norma dispositiva il legislatore enuncia una regola conforme alla disciplina che viene adottata di solito dalle parti stesse, e perciò può considerarsi "tipica", potendosi presumere che, se l'ipotesi fosse stata contemplata, la volontà comune dei contraenti si sarebbe indirizzata verso quella soluzione.

### 9 Fonti delle norme giuridiche

Per "fonti" legali di "produzione" delle norme giuridiche si intendono *gli atti e i fatti* che producono o sono idonei a produrre diritto. Dalle fonti di produzione si distinguono le fonti di "cognizione", ossia i documenti e le pubblicazioni ufficiali da cui si può prendere conoscenza.

Alle fonti di produzione delle singole norme giuridiche si possono contrapporre le fonti di un intero ordinamento, ossia le vicende storico-politiche che ne hanno determinato la nascita con quelle determinate caratteristiche.

Le fonti si possono distinguere in *materiali* e *formali*.

Rispetto a ciascuna fonte, quando si tratti di un "atto", si può distinguere: a) l'Autorità investita del potere di emanarlo (il Parlamento, il Governo); b) il procedimento formativo dell'atto; c) il documento normativo (la legge considerata nella sua lettera); d) i precetti ricavabili dal documento.

E' chiaro che ogni ordinamento deve stabilire le norme sulla produzione giuridica, ossia a quali Autorità, a quali organi, e con quali procedure, sia affidato il potere di emanare norme giuridiche.

Nel nostro Paese la gerarchia delle fonti viene così ricostruita:

a) alla sommità della scala si collocano i principi "fondamentali", da cui discendono diritti "inviolabili" (Art.2 Cost.);

eguono le disposizioni della Carta costituzionale italiana entrata in vigore nel 1948;



c) le leggi statali ordinarie che sono approvate dal Parlamento con una particolare procedura disciplinata dalla Carta costituzionale.

Una legge ordinaria non può né modificare la Costituzione o altra legge di rango costituzionale, né contenere disposizioni in qualsiasi modo in contrasto con norme costituzionali. A presidio di questa *rigidità* della nostra Carta costituzionale è stato istituito un apposito organo, la Corte costituzionale, cui è affidato il compito di controllare se le disposizioni di una legge ordinaria siano in conflitto con norme costituzionali (Art.134 Cost.). Se la Corte ritiene illegittima una norma, dichiara con sentenza la incostituzionalità della disposizione viziata, che cessa la sua efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (Art.136 Cost.).

A sua volta la legge ordinaria può abrogare o modificare qualsiasi norma non avente valore di legge, mentre non può essere modificata o abrogata se non da una legge successiva. Alle leggi statali sono equiparati sia i *decreti legislativi delegati* che i *decreti legge di urgenza*, sebbene emanati dal Governo e non dal Parlamento, ma a condizione che, rispettivamente, o si mantengano rispettosi della *legge di delega* ( nel 1° caso) o siano *convertiti in legge* dal Parlamento entro 60 gg.( nel 2° caso).

Peraltra ha valore prevalente rispetto alle stesse leggi ordinarie statali tutta la normativa *comunitaria*.

Subordinate alle leggi si possono avere tante altre “fonti” di diritto: l’art.1 delle preleggi menziona “ regolamenti”, “le norme corporative” e “gli usi”.

La Carta costituzionale prevede pure la legge regionale ed il referendum popolare abrogativo.

## 10 Il codice civile

Nel linguaggio giuridici, il termine “codice” indica *una raccolta* di materiali normativi.

Essi possono essere sempre modificati o, in tutto o in parte abrogati, con leggi ordinarie successive; spesso le modifiche vengono apportate con la tecnica della “Novella”, ossia sostituendo direttamente il testo di un articolo, ferma la numerazione originaria, ovvero aggiungendo articoli nuovi.

## 11 La consuetudine

Affinchè sussista una consuetudine è necessario che siano soddisfatte tre condizioni:

- 1) che un certo tipo di comportamento sia generalmente e costantemente ripetuto in un dato ambito per un tempo non breve;
- 2) che il comportamento ripetuto sia giudicato come vincolante (come un comportamento che deve essere tenuto);
- 3) che il tipo di comportamento in questione venga ripetuto perché viene avvertito come vincolante (che, cioè, la prima condizione sia soddisfatta perché è soddisfatta la seconda).

Non c’è elemento che sia prioritario e determinante rispetto all’altro.

In dottrina si usa distinguere tre tipi di consuetudini:

- a) si dicono consuetudini *secundum legem* quelle che operano “in accordo” con la legge;
- b) si dicono consuetudini *praeter legem* quelle che operano “al di là” della legge;
- c) si dicono consuetudini *contra legem* quelle che operano contro la legge.

La consuetudine non è prevista e disciplinata dalla Costituzione. Essa è fonte strutturalmente subordinata alla legge, e può operare solo nei limiti in cui la legge lo consente.



## Capitolo 3: EFFICACIA TEMPORALE DELLE LEGGI

### **12 Entrata in vigore della legge**

Per l'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi si richiede oltre all'approvazione da parte delle due Camere:

- a) la *promulgazione* della legge da parte del Presidente della Repubblica entro un mese dall'approvazione (Art.73 Cost.);
- b) la *pubblicazione* sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica (Art.73.3 Cost.);
- c) il decorso di un periodo di tempo, detto *vacatio legis*, che va dalla pubblicazione all'entrata in vigore della legge, e che di regola è di 15 gg.

Con la pubblicazione la legge si reputa conosciuta e diventa obbligatoria per tutti, anche per chi, in realtà, non ne abbia conoscenza. Vale, infatti, il principio per cui *ignorantia iuris non excusat*, cosicché nessuno può invocare a propria scusa, per evitare una sanzione, di aver ignorato l'esistenza di una disposizione di legge. La Corte costituzionale ha tuttavia stabilito che l'ignoranza della legge è scusabile quando l'errore di un soggetto in ordine all'esistenza o al significato di una legge penale sia stato *inevitabile*.

### **13 Abrogazione della legge**

Una disposizione di legge viene *abrogata* quando un nuovo atto dispone che ne cessi l'efficacia (anche se una norma, pur dopo abrogata può continuare ad essere applicata ai fatti verificatisi anteriormente).

Per abrogare una disposizione occorre sempre l'intervento di una disposizione nuova di pari valore gerarchico: e così una legge non può essere abrogata che da una legge posteriore.

L'abrogazione può essere *espresa* o *tacita*. Espresa quando la legge posteriore dichiara esplicitamente abrogata una legge anteriore. Tacita se manca, nella legge successiva, una tale dichiarazione formale, ma le disposizioni posteriori: a) o sono *incompatibili* con una o più disposizioni antecedenti; b) o costituiscono una regolamentazione dell'intera materia già regolata dalla legge precedente, la quale, pertanto, deve ritenersi assorbita e sostituita integralmente dalle disposizioni più recenti anche in assenza di una vera e propria incompatibilità tra la vecchia e la nuova disciplina.

La *deroga* si ha quando una nuova norma sostituisce, ma solo per specifici casi, la disciplina prevista dalla norma precedente, che continua però ad essere applicabile a tutti gli altri casi.

Un'altra figura di abrogazione espressa può essere realizzata mediante un *referendum* popolare, quando ne facciano richiesta almeno 500.000 elettori o 5 Consigli regionali, e la proposta di abrogazione si considera approvata se alla votazione partecipi la maggioranza degli aventi diritto purchè la proposta di abrogazione consegua la maggioranza dei voti espressi (Art.75 Cost.). Anche la dichiarazione di incostituzionalità di una legge ne fa cessare l'efficacia. Ma mentre l'abrogazione ha effetto solo per l'avvenire (la legge, benchè abrogata, può e deve essere ancora applicata ai fatti verificatisi quando era in vigore), la dichiarazione di incostituzionalità, invece, *annulla* la disposizione illegittima *ex tunc*, come se non fosse mai stata emanata, cosicché non può più essere applicata neppure nei giudizi ancora in corso e neppure ai fatti già verificatisi in precedenza.

L'abrogazione di una norma che, a sua volta, aveva abrogato una norma precedente non fa rivivere quest'ultima, salvo che sia espressamente disposto: in tal caso la norma si chiama *ripristinatoria*.

### **14 Irretroattività della legge**

L'art.11.1 delle preleggi stabilisce che "la legge non dispone che per l'avvenire: essa *non ha effetto retroattivo*". Si dice, quindi, *retroattiva* una norma la quale attribuisca conseguenze giuridiche a fattispecie (concrete) verificatesi in momenti *anteriori* alla sua entrata in vigore. Nel nostro ordinamento solo la norma penale non può essere retroattiva: "nessuno può essere punito per un fatto che non costituiva reato. Efficacia retroattiva hanno, poi, le c.d.



“leggi interpretative”, ossia emanate per chiarire il significato di norme antecedenti e che, quindi, si applicano a tutti i fatti regolati da queste ultime.

## 15 Successione di leggi

In alcuni casi interviene il legislatore a regolare il passaggio tra la vecchia e quella nuova con specifiche norme, che si chiamano *disposizioni transitorie*. La legge nuova non può colpire i diritti quesiti, che, cioè, sono già entrati nel patrimonio di un soggetto (*teoria del diritto quesito*); inoltre la legge nuova non estende la sua efficacia ai fatti definitivamente perfezionati sotto il vigore della legge precedente, ancorchè dei fatti stessi siano pendenti gli effetti (*teoria del fatto compiuto*). Quest’ultima teoria è maggiormente seguita.

Si parla, invece, di *ultrattività* quando una disposizione di legge stabilisce che atti o rapporti, compiuti o svolgentisi nel vigore di una nuova normativa, continuano ad essere regolati dalla legge anteriore.

## Capitolo 4: L’APPLICAZIONE E L’INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

### 16 L’applicazione della legge

Per *applicazione* della legge s’intende la concreta realizzazione, nella vita della collettività, di quanto è ordinato dalle regole che compongono il diritto dello Stato.

E’ compito dello Stato attraverso i suoi organi, curare l’applicazione delle norme di diritto pubblico. Viceversa l’applicazione delle norme di diritto privato non è imposta in modo autoritario, ma è lasciata alla prudenza e al buon senso dei singoli.

La maggior parte delle liti che quotidianamente insorgono, non viene portata all’esame del giudice: o si trascinano restando insolute, oppure vengono composte attraverso una delle seguenti vie.

- a) *rinuncia* alla lite da parte di uno dei litiganti;
- b) *transazione* (Art.1965 c.c.), ossia accordo col quale le parti compongono la lite facendosi reciproche concessioni rispetto agli iniziali punti di vista;
- c) *compromesso*, ossia accordo per deferire la soluzione della controversia ad uno o più arbitri privati, la cui decisione acquisterà valore vincolante analogo a quello delle sentenze.

Ciascuna delle parti, se non vuole lasciare insoluta la lite e non trova alcun altro mezzo per giungere ad una composizione stragiudiziale, ha sempre il diritto di rivolgersi ai giudici dello Stato, chiamando in giudizio la controparte.

Di fronte all’iniziativa giudiziale dell’attore, il convenuto può assumere uno dei seguenti atteggiamenti:

- a) non costituirsi in giudizio, rinunciando a difendersi; anche in tale ipotesi, tuttavia, il giudice non può accogliere la domanda proposta dall’attore, ma deve controllarne il fondamento sia in linea di fatto che in linea di diritto (se Tizio chiede la condanna di Caio al pagamento di una somma di danaro, ma non fornisce alcuna prova del credito vantato, il giudice deve respingere la domanda pure se Caio è contumace);
- b) costituirsi in giudizio per opporsi all’accoglimento della domanda dell’attore;
- c) costituirsi in giudizio per proporre a sua volta delle domande *riconvenzionali* contro l’attore.

Per risolvere sia le questioni “di fatto” che quelle “di diritto” è indispensabile avere individuato la disposizione da applicare e averla “interpretata”.

### 17 L’interpretazione della legge

Interpretare un testo normativo non vuol dire solo conoscere quanto il testo in sé già esprimerebbe, bensì decidere che cosa si ritiene che il testo effettivamente possa significare e, conseguentemente, come vadano risolti i conflitti che insorgono nella sua applicazione.

L’attività di interpretazione non può mai esaurirsi nel solo esame dei dati testuali.

In primo luogo, infatti, non tutti i vocaboli contenuti nelle leggi possono essere definiti nelle leggi stesse: pertanto il significato che viene loro attribuito in ciascun contesto va ricavato da elementi extra-testuali.

In secondo luogo le leggi, nel disciplinare rapporti sociali, si riferiscono, in generale a classi di rapporti: spetterà all’interprete, di fronte a rapporti concreti, decidere se considerarli inclusi nella disciplina della singola norma, oppure no, ed a tal fine l’interprete dovrà impiegare particolari tecniche di “estensione” o di “integrazione” delle disposizioni della legge, attingendo a criteri di decisione extra-legislativi.



In terzo luogo le formulazioni delle leggi sono spesso in conflitto tra loro: conflitti che si superano ricorrendo a criteri di gerarchia tra le fonti, a criteri cronologici, a criteri di specialità.

In quarto luogo, di fronte a ciascun caso singolo difficilmente si può applicare un'unica norma, ma occorre utilizzare un'ampia combinazione di disposizioni, ritagliate e ricomposte per adattare al caso: operazione complessa che si avvale di nozioni *sistematiche* a carattere dottrinario ed extra-testuali.

L'attribuzione da parte dell'interprete a un documento legislativo viene detta interpretazione "dichiarativa". Quando invece il processo interpretativo attribuisce ad una disposizione un significato diverso da quello che apparirebbe, a prima vista, esserle "proprio", si parla di interpretazione "correttiva".

Dal punto di vista dei soggetti che svolgono l'attività interpretativa si distingue tra interpretazione *giudiziale*, *dottrinale* e *autentica*.

L'attività interpretativa assume valore vincolante solo quando è compiuta dai giudici dello Stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale (c.d. interpretazione *giudiziale*).

L'interpretazione *dottrinale* è costituita dagli apporti di studio dei cultori delle materie giuridiche, i quali si preoccupano di raccogliere il materiale utile alla interpretazione delle varie disposizioni, di illustrarne i possibili significati, di sottolineare le conseguenze delle varie soluzioni interpretative.

Non costituisce, infine, vera attività interpretativa la c.d. interpretazione *autentica*, ossia quella che proviene dallo stesso legislatore, che emana apposite norme per chiarire il significato di norme preesistenti. Questa ha efficacia *retroattiva*: infatti essa chiarisce anche per il passato il valore da attribuire alla legge precedente, troncando i dubbi che erano sorti sulla sua interpretazione.

## 18 Le regole dell'interpretazione

Il c.c. impone di valutare non solo il significato proprio delle parole (c.d. interpretazione letterale), ma anche l'intenzione del legislatore.

Altri criteri cui l'interprete e il giudice si rivolge, sono:

- a) il criterio *logico*, attraverso l'*argumentum a contrario* (volto ad escludere dalla norma quanto non vi appare espressamente compreso), l'*argumentum a simili* (volto ad estendere la norma per comprendervi anche fenomeni simili a quelli risultanti dal contenuto letterale della disposizione), l'*argumentum a fortiori* (volto ad estendere la norma in modo da includervi fenomeni che a maggior ragione meritano il trattamento riservato a quello risultante dal contenuto letterale della disposizione), l'*argumentum ad absurdum* (volto ad escludere quella interpretazione che dia luogo ad una norma assurda);
- b) il criterio *storico*: nessuna disposizione spunta all'improvviso in un ordinamento;
- c) il criterio *sistematico*: per determinare il significato di una disposizione è indispensabile collocarla nel quadro complessivo delle norme in cui va inserita, onde evitare contraddizioni e ripetizioni;
- d) il criterio *sociologico*: la conoscenza degli aspetti economico-sociali dei rapporti regolati è spesso illuminante per pervenire ad una interpretazione congruente con la realtà disciplinata e su cui quelle regole sono destinate e svolgere una influenza;
- e) il criterio *equitativo*: volto ad evitare interpretazioni che contrastino col senso di giustizia della comunità.

## 19 L'analogia

Il giudice quando non riesce a risolvere il caso su cui deve pronunciarsi deve procedere applicando "per analogia" le disposizioni che regolino casi simili, e qualora il caso rimanga ancora dubbio, applicando "i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

Ricorrere ad un ragionamento per analogia significa applicare ad un caso *non regolato* (in quanto per esso non si è trovata nessuna norma che lo contempli) una norma non scritta ricopiata da una norma scritta, la quale, però, risulta dettata per regolare un caso diverso, sebbene simile a quello da decidere.

Individuare tra due fattispecie diverse, una regolata ed un'altra non regolata, un rapporto di somiglianza, significa che di due entità può dirsi che sono simili se hanno qualche elemento in comune. Deve trattarsi proprio dell'elemento che giustifica la disciplina accordata al caso: l'identità di quell'elemento ci fa concludere che pur il caso non regolato merita identica disciplina.

L'analogia si fonda su una identità di *ratio*: ove tra due fattispecie sussista una somiglianza data da identità di alcuni elementi e la *ratio* della norma che disciplina uno dei due casi va rintracciata proprio in esigenze legate all'elemento che risulta comune ad entrambe le fattispecie, anche al secondo caso, per il quale ricorre una identica (giustificazione), potrà applicarsi la norma dettata per la prima fattispecie.



Il ricorso all'analogia è sottoposto, nel nostro ordinamento a limiti: essa non è consentita né per le leggi penali, né per quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi.

Il divieto si giustifica in relazione alle norme penali, per il principio di stretta legalità che caratterizza le norme incriminatrici: nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto compiuto.

Il divieto dell'analogia nell'applicazione delle leggi penali non vale, peraltro, per l'interpretazione *estensiva*, con la quale ci si limita ad adeguare la portata letterale della norma alla effettiva volontà legislativa.

## Capitolo 5: I CONFLITTI DI LEGGI NELLO SPAZIO

### **20 Il diritto internazionale privato**

In ciascun Paese, vengono elaborate norme di diritto internazionale privato: ossia regole che stabiliscono quale tra varie leggi nazionali vada applicata nelle singole ipotesi, scegliendo dal punto di vista spaziale, la legge più idonea a disciplinare quella fattispecie, ossia la legge vigente nello Stato ove il rapporto appaia meglio localizzato.

Il diritto internazionale privato:

- a) sebbene venga tradizionalmente denominato così, non è in realtà un diritto internazionale: tale è il c.d. diritto internazionale pubblico, ossia il diritto che ha fonte in accordi tra soggetti internazionali, ma non il diritto internazionale privato, che è invece il diritto interno, ciascun ordinamento stabilendo il proprio;
- b) non abbraccia solo norme relative a rapporti di diritto privato, ma comprende pure altri tipi di rapporti soprattutto quelli di tipo processuale;
- c) è costituito non da norme materiali, ossia che disciplinano esse stesse la sostanza di taluni rapporti, bensì da regole strumentali, che si limitano cioè ad individuare a quale ordinamento debba farsi capo, per giungere poi, applicando l'ordinamento così individuato, a stabilire come quel rapporto vada disciplinato.

### **21 Qualificazione del rapporto e momenti di collegamento**

Per stabilire quale sia l'ordinamento da applicare occorre in primo luogo procedere alla qualificazione del rapporto in questione, evidenziandone la natura. Fatto ciò, occorre che la norma di diritto internazionale privato precisi un elemento del rapporto per elevarlo a *momento di collegamento*, ossia al momento decisivo per l'individuazione dell'ordinamento competente a regolare il rapporto in oggetto.

### **22 Il limite dell'ordine pubblico**

L'art.31 delle preleggi disponeva che "in nessun caso le leggi e gli atti di uno Stato estero possono avere effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume.

L'ordine pubblico in questione non è il c.d. ordine pubblico interno, bensì quello internazionale, che abbraccia solo i fondamentali principi cui l'ordinamento pubblico giuridico italiano è ispirato.

### **23 I vari momenti di collegamento**

Per quanto riguarda la capacità giuridica delle persone fisiche si applica la legge nazionale della persona. Se questa ha più cittadinanze si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale.

La capacità d'agire delle persone fisiche è pure regolata dalla loro legge nazionale.

Gli enti, le società, le associazioni e le fondazioni sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Tuttavia si applica la legge italiana se la sede dell'amministrazione è in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti.

Quanto riguarda il matrimonio si distingue tra:



- a) la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio, sono regolata dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio;
- b) per la forma del matrimoni vale la legge del luogo di celebrazione, ma può applicarsi pure la legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o la legge dello Stato di comune residenza in quel momento;
- c) per i rapporti personali tra coniugi si applica la legge nazionale se hanno uguale cittadinanza o, se hanno diversa cittadinanza, la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale è localizzata;
- d) i rapporti patrimoniali tra coniugi vanno regolati dalla legge applicabile ai rapporti personali a meno che i coniugi abbiano convenuto per iscritto l'applicabilità della legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede.

Lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita. Il riconoscimento di un figlio naturale è regolato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita o dalla legge nazionale del soggetto che fa il riconoscimento, nel momento in cui questo avviene.

L'adozione è regolata dal diritto nazionale dell'adottato o degli adottanti se comune o, in mancanza, del diritto dello stato nel quale gli adottanti sono entrambi residenti al momento dell'adozione.

La successione *mortis causa* è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta al momento della morte.

Per i beni immobili immateriali si applica la legge dello Stato di utilizzazione.

Le obbligazioni contrattuali sono regolate dalla legge dello Stato con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto.

La responsabilità per il fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento.

## 24 La condizione dello straniero

Tra gli stranieri occorre distinguere i c.d. cittadini comunitari dai c.d. extracomunitari. Per i primi si applica l'art.8 del Trattato Istitutivo della CE che ha introdotto la "cittadinanza dell'Unione", attribuita a chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. Ai cittadini comunitari non solo va riconosciuto il godimento degli stessi diritti civili attribuiti al cittadino nazionale, ma spettano perfino alcuni limitati diritti politici, quali il voto delle elezioni comunali.

Per gli extracomunitari è applicabile sia il diritto d'asilo, sia l'inammissibilità della estradizione per reati politici. Inoltre allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno. Pure all'extracomunitario è assicurato il godimento dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano a meno che le convenzioni internazionali in vigore per Italia dispongano diversamente. Nei casi in cui sia prevista la condizione di *reciprocità*, ossia la concessione di un diritto allo straniero a condizione che nella medesima fattispecie ad un italiano, nel paese di cui quello straniero è cittadino, quel diritto sarebbe parimenti riconosciuto, la ricorrenza di tale reciprocità deve essere accertata secondo criteri da statuirsi in un apposito regolamento di attuazione.

A tutti i lavoratori stranieri, infine, è garantita parità di trattamento e piena eguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani.



## PARTE GENERALE

### SEZIONE PRIMA: L'ATTIVITA' GIURIDICA

#### Capitolo 6: IL RAPPORTO GIURIDICO

##### 25 Il rapporto giuridico

Il rapporto giuridico è la relazione tra due soggetti, regolata dal diritto oggettivo. *Soggetto attivo* è colui a cui l'ordinamento giuridico attribuisce il potere (o diritto soggettivo) (per es. di pretendere il pagamento). *Soggetto passivo* è colui a carico del quale sta il dovere (per es. di pagare).

Quando si vuole alludere alle persone tra le quali intercorre un rapporto giuridico si usa l'espressione "parti". Contrapposto al concetto di parte è quello di *terzo*. Terzo è chi non è parte o non è soggetto di un rapporto giuridico. Regola generale è che il rapporto giuridico non produce effetti né a favore, né a danno del terzo.

##### 26 Situazioni soggettive attive (diritto soggettivo, potestà, facoltà, aspettativa, status)

Con l'attribuzione del diritto soggettivo si realizza la più ampia protezione dell'interesse del singolo al quale, al tempo stesso si riconosce una situazione di libertà (di chiedere o non chiedere il risarcimento del danno secondo una mia personale valutazione di opportunità).

In alcuni casi il potere non è attribuito al singolo nell'interesse proprio, ma per realizzare un interesse altrui. Le figure di poteri che al tempo stesso sono doveri (poteri-doveri) si chiamano *potestà*. Mentre l'esercizio del diritto soggettivo è libero, in quanto il titolare può perseguire i fini che ritiene più opportuni, l'esercizio della potestà deve sempre ispirarsi al fine della cura dell'interesse altrui.

Le *facoltà* (o diritti facoltativi) sono, invece, manifestazioni del diritto soggettivo che non hanno carattere autonomo, ma sono in esso comprese. Le facoltà non si estinguono se non si estingue il diritto di cui fanno parte.

Può avvenire che l'acquisto di un diritto derivi dal concorso di più elementi successivi. Se di questi alcuni si siano verificati ed altri no, si ha la figura dell'*aspettativa* (si pensi per es. all'ipotesi di un'eredità lasciata a taluno a condizione che prenda la laurea. Egli non acquisterà il diritto all'eredità se non quando avrà preso la laurea: intanto si trova in una posizione di attesa che viene tutelata dall'ordinamento).

Quest'ipotesi del diritto soggettivo che si realizza attraverso stadi successivi viene anche considerata, oltre che dal lato del soggetto (aspettativa), sotto il punto di vista oggettivo della fattispecie. Si parla, infatti, di *fattispecie a formazione progressiva*, per dire che il risultato si realizza per gradi e l'aspettativa attribuita al singolo costituisce un effetto anticipato della fattispecie.

A volte alcuni diritti e doveri si ricollegano alla qualità di una persona, la quale deriva dalla sua posizione in un gruppo sociale. *Status* è, pertanto, una qualità giuridica che si ricollega alla posizione dell'individuo in una collettività. Lo *status* può essere di diritto pubblico (es. stato di cittadino) o di diritto privato (es. stato di figlio).

##### 27 L'esercizio del diritto soggettivo

Il soggetto al quale l'ordinamento giuridico attribuisce il diritto soggettivo si chiama *titolare* del diritto medesimo.



L'esercizio del diritto soggettivo deve essere distinto dalla sua *realizzazione*, che consiste nella soddisfazione dell'interesse protetto, sebbene spesso i due fenomeni possono coincidere.

La realizzazione dell'interesse può essere *spontanea* o *coattiva*: quest'ultima si verifica quando occorre far ricorso ai mezzi che l'ordinamento predispone per la tutela del diritto soggettivo (il debitore non adempie; il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, fa espropriare i beni del debitore).

## 28 Categorie di diritti soggettivi

La prima distinzione dei diritti soggettivi è in *diritti assoluti*, che garantiscono al titolare un potere che egli può far valere verso tutti e *diritti relativi*, che gli assicurano un potere che egli può far valere solo nei confronti di una o più persone determinate.

Tipici diritti assoluti sono i *diritti reali* e cioè diritti su una cosa.

La categoria dei diritti relativi si riferisce in primo luogo ai *diritti di credito* (che vengono anche chiamati *personali*); quella dei diritti assoluti non comprende solo i diritti reali ma anche i c.d. *diritti della personalità* (diritto al nome, all'immagine,...).

Il rovescio, sia del diritto di credito che del diritto reale, è costituito dal *dovere*.

## 29 Gli interessi legittimi

In taluni casi, l'osservanza di una disposizione interessa determinati individui non più genericamente quali cittadini, bensì specificamente come portatori di interessi coinvolti dall'azione pubblica: ad es. il candidato di un concorso. In questi casi al privato viene riconosciuto uno specifico potere di controllo della regolarità dell'azione pubblica ed un potere di impugnativa degli atti eventualmente viziati.

La situazione giuridica dei portatori di tali interessi qualificati viene definita come "interesse legittimo" (il candidato ad un concorso non ha diritto di vincerlo, ma ha un interesse legittimo al regolare svolgimento della gara e può quindi chiedere l'annullamento di tutti gli atti che siano illegittimi).

## 30 Situazioni di fatto

L'ordinamento stesso protegge provvisoriamente contro la violenza e il dolo altrui anche la situazione di fatto in cui il soggetto può trovarsi rispetto ad un bene ed attribuisce anche ad essa alcuni effetti.

Le situazioni di fatto possono essere altresì rilevanti in tema di società, di pre-uso di un marchio, di famiglia, di rapporti di lavoro, di mezzadria.

## 31 Situazioni soggettive passive (dovere, obbligo, soggezione, onere)

La figura del *dovere generico di astensione* incombe su tutti come rovescio della figura del diritto assoluto; all'*obbligo* è tenuto il soggetto passivo di un rapporto obbligatorio, a cui fa riscontro nel soggetto attivo la *pretesa*, ossia il potere di esigere il comportamento; *la soggezione* invece, corrisponde al diritto potestativo. Da queste situazioni passive si deve distinguere la figura dell'*onere*. Quest'ultimo ricorre quando ad un soggetto è attribuito un potere, ma l'esercizio di tale potere è condizionato ad un adempimento (che però, essendo previsto nell'interesse dello stesso soggetto, non è obbligatorio e quindi non prevede sanzioni per l'ipotesi che resti inattuato).

## 32 Vicende del rapporto giuridico

Il rapporto giuridico si costituisce quando un soggetto attivo acquista il diritto soggettivo. L'acquisto può essere di due specie: *a titolo derivativo* quando il diritto si trasmette da una persona ad un'altra (fenomeno di successione); e *a titolo originario* quando il diritto soggettivo sorge a favore di una persona senza essere trasmesso da nessuno. Per es. il pescatore che fa propri i pesci caduti nella rete fa un acquisto a titolo originario; se invece compro un immobile da chi è proprietario compio un acquisto a titolo derivativo.

*Titolo d'acquisto* è l'atto che giustifica l'acquisto.

Con la successione, colui che per effetto di essa perde il diritto si chiama *autore o dante causa*; chi lo acquista si chiama *successore o avente causa*. E' chiaro che la successione non si verifica nel caso di acquisto originario.

L'acquisto a titolo derivativo può essere di due specie: si può trasmettere proprio lo stesso diritto che aveva il cedente titolare (*acquisto derivativo-traslativo*) o può attribuirsi al nuovo titolare un diritto differente che,



peraltro, scaturisce dal diritto del precedente titolare (*acquisto derivativo-costitutivo o successione a titolo derivativo-costitutivo*), in quanto lo suppone e ne assorbe il contenuto, o, in parte, lo limita.

Nelle due forme dell'acquisto a titolo derivativo, il nuovo soggetto ha lo stesso diritto che aveva il precedente titolare. La successione è di due specie: *a titolo universale*, quando una persona subentra in tutti i rapporti di un'altra persona, e, cioè, sia nella posizione attiva, sia in quella passiva (es. nella fusione tra società); *a titolo particolare*, quando una persona subentra solo in un determinato diritto o rapporto (es. nel caso di morte di una persona).

La vicenda finale di un rapporto è la sua *estinzione*. Il rapporto si estingue quando il titolare perde il diritto senza che questo sia trasmesso ad altri. Non di tutti i diritti soggettivi è consentito al titolare disfarsi o trasferendoli ad altri o rinunciandovi. Oltre ai *diritti disponibili* ci sono i *diritti indisponibili* che sono in genere i rapporti che servono a soddisfare un interesse superiore: tali le potestà e i diritti familiari.

## **Capitolo 7: IL SOGGETTO DEL RAPPORTO GIURIDICO**

### **A) LA PERSONA FISICA**

#### **33 La capacità giuridica**

La capacità giuridica è l'idoneità a diventare titolare di diritti e doveri. Per le persone fisiche si acquista al momento della nascita (art.1.1 c.c.), del distacco, cioè, del bimbo dal seno materno, purchè vivo, anche se segue immediatamente la morte, o se il bimbo nasca "non vitale", destinato cioè a morte sicura a breve, o ancora il nato presenti gravi anomalie. Non è invece considerato "soggetto" il *concepito*.

Per l'art.462.2 c.c. si presume concepito al tempo dell'apertura della successione che è nato entro 300 gg. dalla morte della persona della cui successione si tratta. Il comma 3 afferma che possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benchè non ancora concepiti. Accanto alla capacità di succedere, ai nascituri non concepiti, il legislatore accorda pure una capacità di ricevere per donazione (art.784 c.c.) sempre che sia fatta sempre in favore di figli di una determinata vivente al tempo della donazione e in favore di *tutti* i figli di questa.

A norma dell'art.22 Cost., nessuno può essere privato della capacità giuridica.

#### **34 Inammissibilità di limitazioni della capacità giuridica individuale**

L'art.3 Cost. afferma che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge e senza distinzioni di sesso, di razza, lingua, religione, opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

Sono tuttora individuabili figure di limitazione della capacità giuridica, come nel caso dello straniero che è ammesso a godere dei diritti civili a condizione di reciprocità, cioè nei limiti in cui lo Stato di appartenenza dello straniero riconoscerebbe gli stessi diritti ad un cittadino italiano.

#### **35 La capacità di agire**

La capacità di agire è l'idoneità a compiere validamente atti giuridici che consentano al soggetto di acquisire ed esercitare diritti o assumere ed adempiere obblighi. Se la persona fisica è incapace d'agire occorre che altri provvedano per lui alla cura dei suoi interessi (tutore). Ricorre in tal caso il fenomeno della rappresentanza legale. Anche la persona giuridica è sempre, in un certo senso incapace di agire, e può compiere atti giuridici esclusivamente tramite i propri amministratori o rappresentanti (la c.d. rappresentanza organica).

Peraltro gli atti *personalissimi*, non possono essere compiuti tramite rappresentanti (es. testamento, matrimonio).

#### **36 La minore età**

Con la legge 8 marzo 1975 la maggiore età è fissata al compimento del 18° anno. Con essa si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non si è richiesta un'età diversa (sup. inf.).

Gli atti posti in essere da un minore sono, di regola, *annullabili*, a meno che il minore abbia, non soltanto dichiarato, falsamente, di essere maggiorenne, ma addirittura abbia con raggiri occultato la sua minore età (art.1426 c.c.). L'atto annullabile può essere impugnato dal rappresentante legale del minore o dallo stesso minore quando sia divenuto maggiorenne. Non può mai, viceversa, essere impugnato dalla controparte maggiorenne (si parla perciò di negozi *claudicanti*).



### 37 Interdizione giudiziale

Manca nell'ordinamento un'organica disciplina che conceda tutela alle persone handicappate, disabili, psicotabili. Le ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio sono limitate e possono effettuarsi solo in casi di urgenza e con carattere di eccezionalità: la degenza deve essere disposta dal sindaco e convalidata dal giudice tutelare il quale adotta i provvedimenti per la conservazione e l'amministrazione del patrimonio dell'infermo.

Se un maggiorenne si trova "in condizioni di abituale infermità di mente" tale da renderlo incapace di provvedere ai propri interessi possono richiederne la *interdizione* (art.414 c.c.) qualora lo ritengano necessario, il coniuge o i parenti entro il 4° grado, o gli affini entro il 2° grado, o il tutore o il curatore, ovvero il Pubblico Ministero (art.417 c.c.). Gli atti compiuti dall'interdetto, dopo la sentenza di interdizione possono essere annullati. L'incapacità decorre dalla pubblicazione della sentenza che il giudice pronuncia solo previo interrogatorio della persona sottoposta a procedimento d'interdizione e dopo aver atteso all'istruttoria (consulenza medica, interrogatorio dei parenti).

L'*interdizione giudiziale* è l'effetto di un provvedimento del giudice che accerta lo stato di inidoneità della persona a curare i propri interessi.

### 38 Interdizione legale

Il codice penale, oltre all'incapacità d'agire del minore e quella dell'interdetto giudiziale, prevede un altro caso di incapacità d'agire, come pena accessoria di una condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a 5 anni: per indicare questa ipotesi si parla di *interdizione legale*. Il condannato è in stato di interdizione legale fino a quando dura la pena. All'interdetto legale si applicano, per la disponibilità e l'amministrazione dei suoi beni, le norme dettate per l'interdetto giudiziale.

### 39 L'incapacità naturale

E' incapace naturale la persona che *sebbene legalmente capace*, sia tuttavia incapace di intendere o di volere (art.428 c.c.). In tale situazione può trovarsi l'infermo di mente, il malato grave, l'anziano, il drogato, l'ubriaco.

Come si vede l'incapacità naturale può consistere sia in una condizione permanente di incapacità, sia in una situazione transitoria: ciò che conta, affinché l'incapacità naturale assuma rilevanza, è il *momento* in cui un atto giuridico sia stato posto in essere.

L'impugnabilità consegue automaticamente alla sola incapacità naturale per alcuni atti più gravi (matrimonio, testamento, donazione). L'art.428 distingue due ipotesi:

- a) per gli atti unilaterali (es. accettazione di una eredità dannosa), per l'invalidità dell'atto occorre oltre all'incapacità di intendere o di volere, un grave pregiudizio a danno dell'incapace.
- b) per i contratti, per l'invalidità dell'atto occorre oltre all'incapacità di intendere e di volere la mala fede dell'altro contraente.

### 40 Incapacità relativa (emancipazione, inabilitazione)

La minore età e l'interdizione sono incapacità legali *assolute*: in quanto non consentono al soggetto di compiere validamente alcun atto giuridico. Ma il minore può essere talvolta emancipato o l'infermità non essere così grave da farsi luogo all'interdizione. In queste ipotesi si ha la c.d. *incapacità relativa o parziale*: il soggetto non può compiere da solo gli atti che possano incidere sul suo patrimonio, ma può compiere validamente atti di ordinaria amministrazione (art.394,424 c.c.).

Atti di ordinaria amministrazione sono quelli che riguardano la conservazione del bene e il consumo del reddito che il bene dà.

Incapaci relativi o parziali sono il minore emancipato e l'inabilitato. L'emancipazione può essere quindi conseguita soltanto dal minore che venga ammesso dal tribunale a contrarre matrimonio prima del compimento del 18° anno (art.84 c.c.). In tal caso con il matrimonio il minore risulta emancipato *di diritto*, ossia senza bisogno di altri provvedimenti (art.390 c.c.).

L'inabilitazione può essere pronunciata dal giudice nei confronti dell'infermo di mente lo stato del quale non sia ente grave da far luogo all'interdizione (art.415 c.c.).



Sono anche causa di inabilitazione: l'abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, il sordomutismo o la cecità dalla nascita o dalla prima infanzia.

La *revoca* dell'inabilitazione è disposta quando cessa la causa che via ha dato luogo. Legittimati a chiedere la revoca sono gli stessi soggetti che possono promuovere il procedimento di inabilitazione.

#### **41 Rappresentanza legale**

Ogni soggetto legalmente incapace di agire deve avere un rappresentante legale che sia in condizione di curare i suoi interessi e compiere ogni atto giuridico opportuno in sostituzione dell'incapace.

Per i minorenni, la rappresentanza legale spetta ai genitori (art.320 c.c.). Se entrambi i genitori sono morti o per altra causa non possono esercitare la patria potestà deve essere nominato un tutore (art.343 c.c.): la nomina spetta al giudice tutelare che deve scegliere "persona idonea all'ufficio, di ineccepibile condotta, la quale di affidamento di educare e istituire il minore conformemente a quanto è prescritto nell'art.320 c.c. .

Sia i genitore che il tutore non possono compiere atti di straordinaria amministrazione dei beni del minore senza autorizzazione del giudice tutelare (artt.320, 372, 374, 375 c.c.).

All'interdetto può essere nominato pure un tutore provvisorio se, dopo l'esame dell'interdicendo, il giudice si convinca che ciò sia opportuno (art.419.3 c.c.).

#### **42 Assistenza**

All'incapacità relativa o parziale si ovvia, per gli atti di straordinaria amministrazione, facendo ricorso all'assistenza che è affidata al curatore. Questi non si sostituisce, come accade nella rappresentanza legale, all'emancipato o all'inabilitato, che esprimono anch'essi la loro volontà, ma integra la dichiarazione di volontà dell'uno o dell'altro. Purchè l'atto sia valido il curatore deve dare il suo assenso. Il curatore è nominato dal giudice tutelare (artt.392, 424 c.c.).

#### **43 L'autorizzazione**

Per taluni atti più gravi, che possono depauperare il patrimonio dell'incapace occorre l'autorizzazione da parte di un organo pubblico, il quale deve controllare se l'atto corrisponda agli interessi del minore. L'autorizzazione si chiede con ricorso al giudice competente che provvede in camera di consiglio con decreto motivato.

#### **44 La legittimazione. L'apparenza**

La legittimazione è l'idoneità giuridica dell'agente ad essere soggetto del rapporto che si costituisce con il compimento dell'atto. Legittimato è chi ha il potere di disposizione rispetto ad un determinato diritto, o, chi è qualificato o ha veste per esercitarlo.

#### **45 La sede della persona**

In relazione alle persone fisiche abbiamo: il *domicilio* (luogo in cui una persona ha stabilito la sede principale dei suoi affari, anche morali e familiari), la *residenza* (luogo in cui la persona ha la dimora abituale) e la dimora (luogo in cui la persona attualmente si trova). Art.43 c.c. .

L'interdetto ha domicilio del tutore e il minore quello del luogo di residenza della famiglia o del tutore. Se i genitori non hanno la stessa residenza, il minore ha il domicilio del genitore con il quale convive (art.45 c.c.).

Inoltre, per determinati affari si può stabilire un luogo diverso (domicilio speciale) da quello in cui è la sede principale dei propri affari (domicilio generale). Mentre unico è il domicilio generale, si possono avere più domicili speciali.

#### **46 La cittadinanza**

La cittadinanza è la situazione di appartenenza di un individuo ad un determinato Stato.

La cittadinanza italiana si acquista:



- a) *iure sanguinis*: è cittadino per nascita il figlio di madre o padre con cittadinanza italiana (acquisto originario). Anche i figli adottivi, se stranieri, acquistano la cittadinanza italiana ove l'adottante o uno degli adottanti sia cittadino italiano, ma naturalmente l'acquisto avviene non per nascita per effetto di adozione;
- b) *iure soli*: è cittadino chi è nato nel territorio della repubblica se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi;
- c) *per iuris communicatio*: acquista la cittadinanza il coniuge straniero o apolide, di cittadino italiano purchè ne faccia richiesta e in quanto o risieda da almeno 6 mesi in Italia o sia unita in matrimonio da almeno 3 anni;
- d) *per concessione*: la cittadinanza può essere concessa allo straniero del quale un genitore o un nonno fosse cittadino italiano purchè risieda in Italia da almeno 3 anni o presti il servizio militare per l'Italia o assuma pubblico impiego alle dipendenze dello Stato; allo straniero che presti servizio, anche all'estero, alle dipendenze dello Stato per almeno 5 anni; al cittadino di uno dei Paesi della CEE che risieda per almeno 4 anni in Italia; all'apolide che risieda in Italia per almeno 5 anni; a qualsiasi straniero che risieda in Italia da almeno 10 anni.

Con la nuova disciplina si è ammessa la possibilità che un cittadino abbia anche contemporaneamente un'altra cittadinanza e si è ammessa la possibilità di riacquistare la cittadinanza anche avendola in precedenza perduta.

#### 47 La posizione della persona della famiglia

Il rapporto che lega le varie persone appartenenti alla stessa famiglia dà luogo ad una serie di diritti e doveri (*status familiae*). La *parentela* è il vincolo che unisce le persone che discendono dalla stessa persona e quindi dallo stesso stipite (art.74 c.c.). Ai fini della determinazione dell'intensità del vincolo occorre considerare *le linee e i gradi*: la *linea retta* unisce le persone di cui l'una discende dall'altra (nonno-nipote, padre-figlio); la *linea collaterale* quella che, pur avendo uno stipite comune non discendono l'una dall'altra (art.75 c.c. es. fratelli, zio-nipote). I gradi si contano calcolando le persone e togliendo lo stipite. Così tra padre e figlio vi è parentela di primo grado; tra fratelli, di secondo grado (figlio, padre, figlio=3; 3-1=2); tra nonno e nipote vi è parentela di secondo grado (nonno, padre, figlio=3, 3-1=2); tra cugini vi è parentela di 4° grado .....

Di regola, la legge riconosce effetti alla parentela solo fino al 6° grado (art.77 c.c.).

L'*affinità* è il vincolo che unisce un coniuge e i parenti dell'altro coniuge (art.78 c.c.). Per stabilire il grado di affinità si tiene conto del grado di parentela con cui l'affine è legato al coniuge; così suocera e nuora sono affini in primo grado; i cognati sono affini di secondo grado. Di regola la morte di uno dei coniugi, anche se non vi sia prole, non estingue l'affinità. Questa cessa, invece, se il matrimonio è stato dichiarato nullo.

Tra coniugi non v'è né rapporto di parentela né di affinità ma di *coniugio*.

#### 48 Cessazione della persona fisica

La personalità giuridica dell'individuo si estingue con la morte. Si tende a considerare decisiva la morte cerebrale, consistente nell'irreversibile cessazione di ogni attività del sistema nervoso centrale. L'accertamento del momento della morte è importante ai fini della disciplina dei trapianti.

Nel nostro ordinamento, il tentativo di suicidio non è sanzionabile mentre è punita la istigazione al suicidio.

Se due persone muoiono nello stesso sinistro, può avere talora rilevanza stabilire quale delle sue sia morta prima.

#### 49 La scomparsa e l'assenza

*Persona scomparsa* è quella rispetto alla quale concorrono questi due elementi: l'allontanamento dal luogo del suo ultimo domicilio o residenza; la mancanza di notizie. Accertati questi requisiti, il tribunale dell'ultimo domicilio o residenza può nominare un curatore il quale rappresenterà lo scomparso negli atti che siano necessari per la conservazione del suo patrimonio (curatore dello scomparso art.48 c.c.).

L'*assenza* è la situazione che si verifica quando la scomparsa della persona si protrae per più tempo. Essa è dichiarata con sentenza, trascorsi due anni dal giorno a cui risale l'ultima notizia della persona (art.49 c.c.). Il tribunale ordina l'apertura dei testamenti, se vi sono, e i presunti eredi, legittimi o testamentari, sono immessi nel possesso temporaneo dei beni (art.50 c.c.).

La dichiarazione di assenza non scioglie però il matrimonio dell'assente.

#### 50 La dichiarazione di morte presunta



La dichiarazione di morte presunta viene pronunciata con sentenza del tribunale quando la scomparsa si protrae per un periodo di tempo maggiore o si riconnette ad avvenimenti (guerra, infortuni) che fanno apparire probabile la morte, produce effetti analoghi a quelli prodotti dalla morte: gli aventi diritto possono disporre liberamente dei beni (art.63 c.c.); il coniuge può contrarre nuovo matrimonio (art.65 c.c.). Essa tuttavia da luogo solo ad una presunzione di morte, quindi, se la persona ritorna e se ne prova l'esistenza, recupera i beni nello stato in cui si trovano ed ha diritto di conseguire il prezzo di quelli alienati (art.66 c.c.), il nuovo matrimonio contratto dal suo coniuge è invalido (art.68 e 117.5 c.c.). Tuttavia, l'annullamento non pregiudica i figli, i quali restano legittimi. Si applicano i principi che l'art.128 c.c. stabilisce per il matrimonio putativo. Per la dichiarazione di morte presunta occorre che siano trascorsi 10 anni dal giorno a cui risale l'ultima notizia dell'assente (art.58 c.c.); termini minori sono richiesti dall'art.60 c.c. nell'ipotesi di scomparsa in operazioni belliche, prigionia di guerra, infortuni.

## 51 Gli atti dello stato civile

Le vicende più importanti della persona fisica sono documentate in appositi registri (registri dello stato civile), tenuti nell'ufficio di ogni comune.

I registri sono 4:

- a) di cittadinanza
- b) di nascita
- c) di matrimonio
- d) di morte.

Essi sono pubblici (art.450 c.c.): chiunque può chiedere estratti e certificati.

I registri dello stato civile adempiono, pertanto, anche alla funzione di *pubblicità-notizia* delle vicende principali della persona fisica.



## Capitolo 8: IL SOGGETTO DEL RAPPORTO GIURIDICO

### B) LA PERSONA GIURIDICA

#### 52 Gli enti

Persone giuridiche dovrebbero essere soltanto gli enti specificamente individuati e registrati (art.33 e 2200 c.c.). Si costituiscono inoltre, enti “di fatto”, ciascuno privo di riconoscimento come persona giuridica, ma comunque attivi come centri ai quali è delegata la cura di interessi settoriali di gruppi più o meno numerosi di individui (campo sociale, culturale, sportivo...).

#### 53 Classificazione degli enti

Gli enti si distinguono in base ai diversi criteri di classificazione:

- a) persone giuridiche *pubbliche* e persone giuridiche *private*, o persone giuridiche “di diritto pubblico” (art.11 c.c.) e persone giuridiche “di diritto privato” (art.12 c.c.). Tra le prime vi è innanzitutto lo Stato e poi gli altri enti pubblici territoriali (regioni, province, comuni), nonché altri numerosi enti pubblici (Inps...);
- b) enti *registrati* (art.34 e 2200 c.c.) ed enti “di fatto” (quali le associazioni non riconosciute, le società semplici);
- c) enti a struttura *associativa* (a base contrattuale e con la partecipazione di una pluralità di persone) ed enti a struttura *istituzionale*, costituiti da volontà unilaterale di un fondatore (Stato o privato);
- d) enti con finalità *di lucro* ed enti con finalità *ideali* (politiche, sindacali, culturali, sportive...);
- e) tra gli enti con finalità di lucro distinguiamo enti con finalità egoistiche, in cui cioè gli operatori intendono appropriarsi degli eventuali lucri ricavati, ed enti c.d. non profit, in cui gli operatori, invece, si impegnano a non distribuirsi gli utili, ma o a reinvestirli nell’impresa o a destinarli ad altri scopi non lucrativi.

Le figure più importanti di enti sono: le società, le associazioni, le fondazioni, le organizzazioni di volontariato.

#### 54 Autonomia patrimoniale della persona giuridica

Elemento caratteristico fondamentale della persona giuridica è la c.d. autonomia patrimoniale: vale a dire che il patrimonio dell’ente si distingue nettamente da quello degli associati, degli amministratori, di qualunque altro soggetto.

#### 55 Elementi della personalità giuridica

Gli elementi costitutivi della persona giuridica sono, per le associazioni, *una pluralità di persone e lo scopo comune*; per le fondazioni, *il patrimonio e lo scopo*. Ma non basta che questi elementi sussistano perché la personalità giuridica sia attribuita. Perché nasca, occorre *il riconoscimento dello Stato*, concesso con decreto del Presidente della Repubblica (art.12 c.c.). La facoltà di riconoscimento può anche essere delegata dal Governo ai prefetti per determinati categorie di enti che esercitano la loro attività nell’ambito della provincia. Il riconoscimento può, peraltro, anche essere conferito genericamente dalla legge (*riconoscimento generico*).

Il riconoscimento è, di regola, preceduto da atti mediante i quali uno o più persone manifestano la volontà di dar vita ad una persona giuridica. Questo atto si chiama *atto costitutivo*.



La vita e l'attività della persona giuridica sono regolate da un atto che si chiama *statuto*. Esso può essere anche incorporato nell'atto costitutivo o nel negozio di fondazione.

## 56 Capacità e formazione della volontà della persona giuridica

La persona giuridica non può unirsi in matrimonio, avere figli, essere titolari di rapporti di natura familiare, ..., peraltro, essa può essere titolare di alcuni diritti personalissimi (diritto al nome, all'integrità morale ....). Le persone giuridiche non sono, per loro natura, in condizione di formare una loro volontà e di esprimerla. Esse si servono di persone fisiche, le quali si chiamano *organi*. La persona giuridica, dunque, agisce attraverso i suoi *amministratori*, i quali ne hanno in primo luogo la gestione e inoltre hanno il potere di rappresentare l'ente di fronte ai terzi.

## 57 La nazionalità e la sede

La cittadinanza è un concetto riferibile alle persone fisiche, rispetto alle persone giuridiche, per designare l'appartenenza a questo o a quello Stato, si usa il termine nazionalità. La nazionalità è determinata dallo Stato che ha proceduto al riconoscimento. Alle persone giuridiche non si applicano i concetti di dimora e di residenza; essi sono sostituiti da quello di *sede*, che è il luogo in cui la persona giuridica svolge la sua principale attività. La sede deve risultare dall'atto costitutivo (art.16 c.c.); deve essere indicato nel registro delle persone giuridiche (art.33 c.c. sede legale). Se, questa sede è diversa da quella effettiva, i terzi hanno facoltà di attribuire prevalenza a quest'ultima.

## 58 L'estinzione

Le persone giuridiche non sono soggette alla morte, ma la loro estinzione ha luogo per cause previste nell'atto costitutivo o nello statuto. Inoltre, l'estinzione si produce per il venire meno dell'elemento fondamentale per l'esistenza della persona giuridica: lo scopo. Ciò ha luogo quando lo scopo è stato raggiunto e ne è diventata impossibile la realizzazione.

Nelle associazioni l'estinzione si verifica anche per lo scioglimento disposto dall'assemblea o dal governo, oppure quando tutti gli associati sono venuti a mancare. Non è sufficiente, invece, la perdita dei beni, perché il patrimonio si può ricostituire con lasciti, donazioni ...

L'estinzione non ha luogo automaticamente, ma è necessario un provvedimento di carattere pubblico: la dichiarazione dell'autorità governativa su istanza di qualunque interessato o di ufficio. Ma neppure questo provvedimento vale a segnare la fine della persona giuridica: esso serve solo a determinare il passaggio alla fase della *liquidazione*. Durante questa fase la personalità dell'ente continua a sussistere, ma con la limitazione che possono essere compiuti solo gli atti necessari per la finalità della liquidazione. Ricevuta infatti la comunicazione del provvedimento di estinzione, gli amministratori non possono compiere nuove operazioni. I beni residuati dalla liquidazione sono devoluti secondo le disposizioni dell'atto costitutivo o dello statuto, in mancanza di queste provvede l'autorità governativa.

## 59 La pubblicità delle vicende delle persone giuridiche

Le vicende fondamentali relative alle persone giuridiche sono indicate in un registro istituito in ogni provincia (art.33 c.c.). Per spingere gli amministratori o i liquidatori ad effettuare le richieste di iscrizione nei casi e nei termini previsti dalla legge sono stabilite sanzioni penali (art.35 c.c.): per di più se omettono di chiedere la registrazione di una persona giuridica riconosciuta, rispondono in proprio, personalmente e solidalmente, insieme con la persona giuridica, delle obbligazioni da questa assunta (art.33.4 c.c.).

Scopo di queste registrazioni è di porre i terzi, che concludono atti con le persone giuridiche, in grado di conoscere se esse abbiano ricevuto il riconoscimento, quale sia il patrimonio su cui possano contare (pubblicità dichiarativa). L'omissione della pubblicità non importa la nullità o l'inefficacia dell'atto, ma importa solo che l'atto stesso non può essere opposto al terzo, a meno che non si provi che egli ne era ugualmente a conoscenza (art.34 c.c.).

## 60 Le associazioni non riconosciute



Le associazioni non riconosciute sono quelle che non hanno chiesto il riconoscimento o, seppure l'hanno chiesto, questo è stato negato o non è stato ancora concesso (partiti politici, sindacati, circoli di cultura, ass. sportive ...). Naturalmente si presuppone che lo scopo a cui l'attività di queste organizzazioni è rivolta sia lecito, altrimenti si costituirebbe reato. Anzitutto, viene riconosciuta efficacia agli accordi intervenuti tra gli associati per quanto attiene all'ordinamento interno, cioè, ai rapporti degli associati tra loro e all'amministrazione dei beni (art.36 c.c.). I contributi degli associati ed i beni acquistati con essi costituiscono il fondo comune dell'associazione (art.37 c.c.). Questo fondo comune è destinato a soddisfare i creditori dell'associazione. Vi è anche qui un'autonomia patrimoniale imperfetta. L'autonomia sussiste perché i creditori non possono far valere i propri diritti sul patrimonio dei singoli associati, ma sul fondo comune (art.38 c.c.). L'autonomia è imperfetta in quanto per le obbligazioni dell'associazione rispondono anche, personalmente e solidalmente, non tutti gli associati ma le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione (art.38 c.c.). Alle associazioni non riconosciute è attribuita la *capacità processuale*: esse possono stare in giudizio nella persona di coloro ai quali, secondo gli accordi degli associati, è conferita la presidenza o la direzione dell'associazione (art.36.2 c.c.). L'associazione non riconosciuta non può, in quanto tale, ricevere donazioni (art.786 c.c.), né lasciti testamentari (art.600 c.c.). Per conseguire la donazione o il lascito eventualmente disposto a suo favore, l'ente non riconosciuto deve richiedere entro l'anno il riconoscimento della personalità giuridica.

## 61 I comitati

Comitato è il gruppo delle persone che si propongono di raccogliere i fondi. Esso di può costituire senza formalità, anche verbalmente. Il comitato mira alla formazione di un patrimonio destinato ad uno scopo. I fondi si costituiscono con le offerte dei singoli che, di regola, avendo per oggetto beni mobili di modico valore, devono considerarsi *donazioni manuali* (art.783 c.c.).

Gli organizzatori, e coloro che assumono la gestione dei fondi raccolti, sono responsabili, sia verso gli oblatori sia verso i destinatari delle offerte, personalmente e solidalmente della conservazione dei fondi e della loro destinazione allo scopo (art.40 c.c.). Accanto a questa responsabilità civile può sussistere, ove ne ricorrano gli estremi, la responsabilità penale (appropriazione indebita).

Se sono state assunte obbligazioni verso terzi, di queste rispondono personalmente e solidalmente i componenti del comitato. I sottoscrittori sono tenuti solo ad effettuare le oblazioni promesse (art.41 c.c.).

Anche al comitato è stata riconosciuta la capacità processuale: essa può stare in giudizio nella persona del presidente (art.41 c.c.).

Se i fondi raccolti sono insufficienti o lo scopo non si può attuare o, raggiunto lo scopo, vi è un residuo di fondi, sulla devoluzione dei beni provvede l'autorità governativa.



## **Capitolo 9: L'OGGETTO DEL RAPPORTO GIURIDICO**

### **62 Il bene**

L'art.810 c.c. precisa che sono beni solo le cose che possono formare oggetto di diritti, cioè quelle suscettibili di appropriazione e di utilizzo e che, perciò, possono avere un valore. Quindi il bene è oggetto diretto dei soli diritti reali. Può essere oggetto mediato dei diritti di credito, peraltro nelle sole obbligazioni *di dare*.

### **63 Categorie di beni: corporali e immateriali**

I beni oggetto dei diritti reali si caratterizzano per la loro materialità, oltre che per la loro suscettibilità di valutazione economica. Tra i beni mobili ritroviamo pure le energie naturali (energia elettrica) purchè anch'esse abbiano valore economico (art.814 c.c.).

Tra i beni immateriali vanno considerati gli stessi diritti quando possono formare oggetto di negoziazione.

Le opere di ingegno (poesia, brani musicali, quadro, ...) sono considerate beni immateriali solo quando l'opera arrivi a formare oggetto di scambio o di sfruttamento, altrimenti all'autore spetta solo un diritto morale a riconoscimento della paternità.

Sono considerati beni anche marchi e invenzioni tutelati da brevetti.

### **64 Beni mobili ed immobili**

Immobile è il suolo e tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato ad esso (art.812.1 c.c.). L'art.812.2 c.c. considera immobili anche alcuni beni che non sono incorporati al suolo: i mulini, i bagni e gli edifici galleggianti, uniti saldamente per destinazione permanente alla riva.

Tutti gli altri beni sono mobili (art.812.3 c.c.).

Gli atti di trasferimento dei beni immobili e le loro vicende giuridiche devono essere annotate in pubblici registri, in guisa da porre i terzi in condizione di conoscerli (art.2643 c.c. pubblicità immobiliare). Questo regime di pubblicità si è potuto istituire anche per alcuni beni mobili, detti *mobili registrati* (nave, aereo, auto).

### **65 Valori mobiliari**

Sono valori mobiliari le azioni ed obbligazioni emesse da società di capitali, titoli di stato, quote di fondi comuni di investimento e altri titoli negoziati sul mercato dei capitali e sul mercato monetario, contratti futures, swaps ...

Qualsiasi sollecitazione all'investimento rivolta al pubblico per l'acquisto di strumenti finanziari, deve essere preventivamente comunicata alla Consob, allegando un apposito prospetto destinato alla pubblicazione e contenente ogni informazione utile per consentire ad ogni interessato una adeguata valutazione dell'investimento oggetto della sollecitazione.

### **66 Beni fungibili ed infungibili**



Fungibile è il bene che può essere sostituito indifferentemente con un altro, in quanto non interessa avere proprio quel bene, ma una data quantità di beni di quel genere. Per adempiere l'obbligazione di dare una quantità di beni fungibile e renderne proprietaria un'altra persona è necessaria la separazione, la quale consiste nella numerazione, nella pesatura o nella misura della parte dovuta (art.1378 c.c.).

## 67 Beni consumabili e inconsumabili

Consumabili sono quei beni che non possono prestare utilità all'uomo senza perdere la loro individualità o senza che il soggetto se ne privi (es. danaro). Gli altri beni (es. i vestiti) sono inconsumabili, ancorchè si deteriorano con l'uso. I beni consumabili, siccome capaci di una sola utilizzazione, sono anche detti beni di utilità semplice; i beni inconsumabili, in quanto suscettibili di una serie di utilizzazioni, sono invece detti beni di utilità permanente

## 68 Beni divisibili e indivisibili

Divisibili sono le cose suscettibili di essere ridotte in parti omogenee senza che se ne alteri la destinazione economica (es. un fondo, un edificio, un animale morto); è indivisibile, invece, un animale vivo, un appartamento. L'indivisibilità può dipendere pure dalla volontà delle parti, che possono considerare non suscettibile di divisione anche un bene che, secondo il comune modo di vedere, è ritenuto divisibile.

## 69 Beni presenti e futuri

Presenti sono i beni già presenti in natura; solo questi possono formare oggetto di proprietà o di diritti reali. Possono, peraltro, formare oggetto di rapporti obbligatori (art.1348 c.c.), salvo i casi in cui ciò non sia vietato dalla legge.

La ragione per cui non è concepibile un rapporto di natura reale su un bene futuro è ovvia: non si può esercitare un potere immediato su una cosa che non esiste. Comunque può darsi che chi acquista un bene futuro non voglia assumere nessun rischio: è perciò stabilito che, se esso non viene ad esistenza, il contratto non produce effetto e nessun corrispettivo è dovuto dall'altra parte. Del tutto diversa è, invece, l'ipotesi in cui le parti si affidano alla sorte (e perciò il contratto è detto *aleatorio*): comprano ciò che si ricaverà dal getto della rete, e quindi lo stesso prezzo sarà dovuto sia nel caso che la rete esca dal mare piena di pesci sia in quello in cui risulti vuota.

## 70 I frutti

I frutti si distinguono in: *frutti naturali e frutti civili*.

I frutti naturali provengono direttamente da altro bene, con o senza l'opera dell'uomo, come i prodotti agricoli, i prodotti delle miniere (art.820.1 c.c.). perché si possa parlare di frutti, occorre che la produzione abbia carattere periodico e non incida sulla sostanza e sulla destinazione economica della cosa madre.

Finchè non avviene la separazione dal bene che li produce i frutti naturali si dicono *pendenti*: essi formano parte della cosa madre, non hanno ancora esistenza autonoma. Si può tuttavia disporre di essi come di cosa mobile futura (art.820.2 c.c.). chi li vende non trasferisce al compratore il diritto di proprietà su di essi, ma si obbliga a trasferirlo allorchè verranno ad esistenza. L'acquirente potrà chiedere che sia effettuata la separazione; solo quando questa si sarà verificata, acquisterà il diritto di proprietà sui frutti. Se la cosa madre forma oggetto di procedimento di espropriazione forzata da parte del creditore che vuol soddisfarsi del proprio credito, il pignoramento che cade sulla cosa madre colpisce anche i frutti pendenti, appunto perché essi non hanno ancora esistenza autonoma (art.2912 c.c.).

Frutti civili sono i redditi che si conseguono da un bene, come corrispettivo del godimento che ne venga concesso ad altri. Tali sono gli interessi di capitali, i dividendi azionari, le rendite vitalizie, il corrispettivo delle locazioni.

I frutti civili devono avere il requisito della periodicità. Essi si acquistano giorno per giorno in ragione alla durata del diritto: così ad es. se viene venduta la cosa locata, il canone in corso di maturazione va diviso tra alienante ed acquirente in proporzione della durata dei rispettivi diritti.



*Cosa semplice* è quella i cui elementi sono talmente compenetrati tra di loro che non possono staccarsi senza distruggere o alterare la fisionomia del tutto (es. un animale, un minerale, un fiore).

*Cosa composta* è, invece, quella risultante dalla connessione, materiale o fisica, di più cose, ciascuna delle quali potrebbe essere staccata dal tutto ed avere autonoma rilevanza giuridica ed economica (es. la cosa è fatta di mattoni, di un'armatura di ferro...).

## 72 Le pertinenze

Se una cosa è posta a servizio o ad ornamento di un'altra, senza costituirne parte integrante e senza rappresentare elemento indispensabile per la sua esistenza, ma in guisa da accrescerne l'utilità o il pregio, si ha la figura della pertinenza (art.817 c.c.). Per la costituzione del rapporto di pertinenza occorrono sia l'elemento oggettivo (ornamento tra cosa e cosa) sia l'elemento soggettivo (volontà di effettuare la destinazione dell'una cosa a servizio od ornamento dell'altra).

Esempi di pertinenza d'immobile ad immobile: il box è destinato al servizio di una casa d'abitazione; un pozzo per l'irrigazione di un fondo.

Esempi di pertinenza di mobile ad immobile: la cucina a gas e lo scaldabagno.

Esempi di pertinenza di mobile a mobile: le scialuppe di una nave.

La destinazione di una cosa al servizio o all'ornamento dell'altra fa sì che l'una cosa abbia carattere accessorio rispetto all'altra, che assume posizione principale. Se manca il vincolo di accessorietà, non vi è figura della pertinenza.

Il vincolo che sussiste tra due cose dev'essere durevole, ossia non occasionale, e dev'essere posto in essere da chi è proprietario della cosa principale ovvero ha diritto reale su di essa (art.817 c.c.).

Le pertinenze seguono, di regola, lo stesso destino della cosa principale, a meno che non sia diversamente disposto (art.818 c.c.).

La legge tutela la buona fede dei terzi in riferimento a:

- a) *costituzione*: i terzi, proprietari delle pertinenze, possono rivendicarle contro il proprietario della cosa principale. Se, tuttavia, costui ha alienato la cosa principale, senza esclusione della pertinenza, a terzi i quali ignoravano che la pertinenza non apparteneva al proprietario della cosa principale, l'art.819 c.c. protegge questi terzi contro facili frodi ai loro danni. Se la cosa principale è un bene immobile o un mobile registrato, ai terzi in buona fede non si può opporre l'esistenza di diritti altrui sulle pertinenze, se esse non risultano da scrittura avente data certa (art.2704 c.c.), anteriore all'atto di acquisto da parte del terzo in buona fede. Se poi la cosa principale è un mobile non registrato, il terzo acquirente in buona fede è protetto in base al principio *possesso vale titolo*;
- b) *cessazione*: la cessazione della qualità della pertinenza non è opponibile ai terzi i quali abbiano anteriormente acquistato diritti sulla cosa principale (es. se la cosa principale è stata venduta dal proprietario a Tizio senza esclusione delle pertinenze e queste poi vengono vendute a Caio, questa seconda vendita non può essere opposta a Tizio (art.818.3 c.c.).

## 73 Le universalità patrimoniali

L'art.816 c.c. definisce universalità di mobili la pluralità di cose che appartengono alla stessa persona e hanno una destinazione unitaria (es. i libri di una biblioteca).

L'universalità di mobili si distingue dalla cosa composta perché non vi è coesione fisica tra le varie cose; si distingue dal complesso pertinenziale in quanto le cose non si trovano l'una rispetto all'altra in rapporto di subordinazione: l'una non è posta a servizio o a ornamento dell'altra, ma tutte insieme costituiscono una entità nuova dal punto di vista economico-sociale: la biblioteca, il gregge.

I beni che formano l'universalità possono essere considerati a volte separatamente (art.816.2 c.c.) a volte come un tutt'uno. Ciò dipende dalla volontà delle parti ed assumere particolare importanza nell'usufrutto.

Il principio "possesso vale titolo" non si applica all'universalità di mobili (art.1156 c.c.).

Inoltre, il possesso di un'universalità di mobili può essere tutelato con l'azione di manutenzione (art.1170 c.c.), che non è concessa, invece, per i beni mobili.

## 74 L'azienda



Un'azienda è costituita da un insieme di beni vari, tutti organizzati, ossia collegati tra loro da un nesso di dipendenza reciproca, in guisa da servire al fine produttivo comune: danaro, crediti, bottega, merci.

Tra gli elementi che formano l'azienda ha particolare importanza l'*avviamento* che si può definire come la capacità di profitto dell'azienda. Secondo la cassazione, l'avviamento è una qualità dell'azienda, che può anche mancare come accade nel caso di un'azienda di nuova costituzione, o di azienda già in esercizio che abbia cessato temporaneamente di funzionare.

Per quanto riguarda l'*impresa*, il c.c. non dà la definizione, ma dà quella dell'imprenditore, che, secondo l'art.2082 c.c., è chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (es. agricoltore, assicuratore...).

L'impresa, dunque, è l'attività economica svolta dall'imprenditore; l'azienda è, invece, il complesso dei beni di cui l'imprenditore si avvale per svolgere l'attività stessa.

## 75 Il patrimonio

Si chiama patrimonio il complesso dei rapporti attivi e passivi suscettibili di valutazione economica facenti capo ad una persona.

Diverso è il *patrimonio autonomo* che è quello che viene attribuito ad un nuovo soggetto mediante la creazione di una persona giuridica.

## 76 Beni pubblici

Di beni pubblici si parla in due sensi: a) beni appartenenti ad un ente pubblico (beni pubblici in senso soggettivo; b) beni assoggettati ad un regime speciale, diverso dalla proprietà privata, per favorire il raggiungimento dei fini pubblici cui quei cespiti sono destinati (beni pubblici in senso oggettivo).

Sotto questo secondo profilo sono pubblici i beni *demaniali*, che possono appartenere solo ad enti pubblici territoriali. E così vi appartengono:

- 1) il demanio marittimo (spiaggia, porti);
- 2) il demanio idrico (fiumi, torrenti, laghi).

Queste due categorie costituiscono il demanio naturale *necessario*, cioè beni che non possono non appartenere allo Stato;

- 3) il demanio militare (fortificazioni militari);
- 4) il demanio stradale (strade, autostrade);
- 5) gli acquedotti (di qualunque ente pubblico), i beni culturali di interesse archeologico, artistico e storico (dello Stato), i mercati comunali e i cimiteri (dei comuni).

I beni demaniali sono *inalienabili* (art.823 c.c.); non possono formare oggetto di possesso (art.1145 c.c.) e non possono essere acquistati per usucapione da privati. Essi sono disciplinati dal diritto pubblico.

I beni non demaniali appartenenti ad un ente pubblico si chiamano beni *patrimoniali*. Si distinguono in due categorie: a) beni *indisponibili* (foreste, miniere, edifici destinati a sedi di uffici pubblici ...), che non possono essere sottratti alle loro destinazioni; b) beni *disponibili*, che non sono destinati direttamente ed immediatamente a pubblici servizi e sono soggetti, salvo leggi speciali, alle norme del c.c. .

Le chiese possono appartenere anche a privati e sono soggette alla disciplina del diritto privato, possono essere quindi alienate, usucapite..., ma finchè non siano sconsacrate secondo le regole del diritto canonico, non possono essere sottratte alla loro destinazione e al culto (art.831.2 c.c.).

## Capitolo 10: IL FATTO GIURIDICO



Per fatto giuridico s'intende qualsiasi avvenimento che produca effetti giuridici. Si distinguono fatti *materiali o bruti* (quando si verifica un mutamento della situazione preesistente nel mondo esterno, percepibile dall'uomo con i sensi) e fatti in senso ampio, comprensivi sia di omissioni che di c.d. fatti interni o psicologici.

Si parla di fatti giuridici in *sensu stretto o naturali* quando le conseguenze giuridiche sono ricollegate ad un evento senza che assuma rilievo se a causarlo sia intervenuto o meno l'uomo (morte per cause naturali di una persona, un'inondazione che può provocare perdite di proprietà).

Si parla invece di *atti giuridici*, se l'evento causativo di conseguenza giuridica postula un intervento umano (i reati, i contratti, le sentenze).

La giuridicità di un fatto, non dipende mai da caratteristiche intrinseche di quell'avvenimento, bensì soltanto dalla circostanza estrinseca che a quell'evento sia ricollegabile, in forza di una norma giuridica che lo disponga, un effetto giuridico.

## 78 La fattispecie

Il termine fattispecie deriva dal latino *species facti*.

Si parla di fattispecie *astratta* e di fattispecie *concreta*. Per fattispecie "astratta" s'intende un complesso di fatti non realmente accaduti, ma descritti ipoteticamente in una norma ad indicare quanto deve verificarsi affinché si produca una data conseguenza giuridica.

La struttura della norma giuridica è articolata nella previsione di una fattispecie astratta, un'ipotesi d'evento, al verificarsi del quale la legge ricollega determinati effetti giuridici.

Per fattispecie "concreta" invece, s'intende non più un modello configurato ipoteticamente, ma un complesso di fatti realmente verificatisi, e rispetto ai quali occorre accertare se e quali effetti giuridici ne siano derivati.

Mentre l'individuazione della fattispecie astratta si risolve in una pura operazione intellettuale, l'indagine sulla fattispecie concreta consiste nell'accertamento del fatto storico, quale realmente verificatosi, da porre poi a confronto con l'ipotesi astratta prevista dalla legge.

La fattispecie può constare di un solo fatto (morte di una persona) e si chiama allora *fattispecie semplice*. Se invece la fattispecie è costituita da una pluralità di fatti giuridici (per alienare i beni di un incapace occorrono l'autorizzazione del tribunale e il consenso del rappresentante legale) essa si dice *complessa*.

In alcuni casi se la fattispecie consta di una serie di fatti che si succedono nel tempo, si possono verificare effetti prodromici o preliminari, prima che l'intera serie sia completata (contratto sottoposto a condizione sospensiva: il soggetto è titolare di una aspettativa fino a quando la condizione non si sia verificata).

## **Capitolo 11: INFLUENZA DEL TEMPO SULLE VECENDE GIURIDICHE** **(in particolare: LA PRESCRIZIONE E LA DECADENZA)**

### A) NOZIONI GENERALI

## 79 Computo del tempo

Il tempo è preso in considerazione dall'ordinamento giuridico sotto vari aspetti: non si conta il giorno iniziale, si conta quello finale; il termine scadente il giorno festivo è prorogato al giorno seguente non festivo; se il termine è a mese, si segue il criterio secondo il quale il termine scade nel giorno corrispondente a quello del mese iniziale.

**Influenza del tempo sull'acquisto e sull'estinzione dei diritti soggettivi**



Il decorso di un determinato periodo di tempo insieme con altri elementi può dar luogo all'acquisto o all'estinzione di un diritto soggettivo. Se il decorso del tempo serve a far acquistare un diritto soggettivo, l'istituto che viene in considerazione è l'usucapione; invece, l'estinzione del diritto soggettivo per decorso del tempo forma oggetto di altri due istituti: la prescrizione estintiva e la decadenza.

## B) LA PRESCRIZIONE ESTINTIVA

### 81 Definizione e fondamento

La prescrizione estintiva produce l'estinzione del diritto soggettivo per l'inerzia del titolare del diritto stesso che non lo esercita (art.2934 c.c.) o non ne usa (art.954.4, 970, 1014, 1073) per il tempo determinato dalla legge.

### 82 Operatività della prescrizione

Le parti non possono rinunciare preventivamente alla prescrizione (art.2937 c.c.) né prolungare né abbreviare i termini stabiliti dalla legge (art.2936 c.c.).

Il debitore che paga spontaneamente il debito, non può farsi restituire quanto ha pagato (art.2940 c.c.). Si verifica così, una ipotesi di *obbligazione naturale* (art.2034 c.c.).

### 83 Oggetto della prescrizione

La regola è che tutti di diritto sono soggetti a prescrizione estintiva; ne sono esclusi i diritti indisponibili come gli stati, la potestà dei genitori sui figli minori, ... (art.2934 c.c. diritti imprescrittibili).

La ragione dell'esclusione è che questi diritti sono attribuiti al titolare nell'interesse generale e costituiscono, spesso, oltre che un potere anche un dovere.

Anche il diritto di proprietà non è soggetto a prescrizione estintiva (art.948.3), perché anche il non uso è un'espressione della libertà riconosciuta al proprietario: inoltre la prescrizione ha sempre come finalità il soddisfacimento di un interesse, la dove l'estinzione del diritto di proprietà per non uso non avvantaggerebbe nessuno. Sono inoltre imprescrittibili sia l'azione di petizione di eredità (art.533.2 c.c.) sia l'azione per far dichiarare la nullità di un negozio giuridico (art.1422 c.c.).

### 84 Inizio della prescrizione

La prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto avrebbe potuto essere esercitato; quindi se il diritto deriva da un negozio sottoposto a condizione o a termine, la prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata o il termine è scaduto.

### 85 Sospensione e interruzione della prescrizione

La sospensione è determinata o da particolari rapporti fra le parti (art.2941 c.c. tra i coniugi, tra il genitore che esercita la potestà sui figli minori), o dalla condizione del titolare (art.2942 c.c. minori non emancipati o interdetti per infermità di mente o militari in servizio attivo in tempo di guerra). Le cause indicate sono tassative, cosicché i semplici impedimenti di fatto non valgono ad impedire il decorso della prescrizione.

L'interruzione ha luogo o perché il titolare compie un atto (art.2943 c.c.) con il quale esercita il diritto o perché il diritto viene riconosciuto dal soggetto passivo del rapporto (art.2944 c.c.).

Nella sospensione l'inerzia del titolare del diritto continua a durare, ma è giustificata; nell'interruzione invece è l'inerzia stessa che viene a mancare o perché il diritto è stato esercitato, o perché esso è stato riconosciuto dall'altra parte.

La differenza tra la sospensione e l'interruzione è che: la sospensione spiega i suoi effetti per tutto il periodo per il quale gioca la causa giustificativa dell'inerzia (quindi per esempio finché dura la minore età), ma non toglie valore al periodo eventualmente trascorso in precedenza (es. prima del matrimonio). Nella sospensione quindi, il tempo anteriore al verificarsi della causa di sospensione non perde la sua efficacia e si somma con il periodo successivo alla cessazione dell'operatività della causa di sospensione. Invece, l'interruzione, facendo venir meno l'inerzia, toglie ogni valore al tempo anteriormente trascorso: dal beneficiarsi del fatto interruttivo, però, comincia a decorrere un nuovo periodo di prescrizione (art.2945 c.c.).

### 86 Durata della prescrizione

Rispetto alla durata si distinguono *la prescrizione ordinaria e le prescrizioni brevi*.

Prima è applicabile in tutti i casi in cui la legge non dispone diversamente e dura 10 anni (art.2946 c.c.). Il periodo più lungo (20 anni) è stabilito in armonia con il termine per l'usucapione (art.1158 c.c.), per l'estinzione



dei diritti reali su cosa altrui (art.954, 970, 1014, 1073 c.c.). Termini più brevi sono previsti per altri tipi di rapporto e danno luogo alle c.d. prescrizioni brevi (art.2947 e segg.). Esse riguardano il diritto al risarcimento del danno, le prestazioni periodiche (art.2948 c.c.) e vari rapporti commerciali (società, spedizione, trasporto, assicurazione).

### **87 Le prescrizioni presuntive**

Le prescrizioni presuntive si basano sulla considerazione che vi sono rapporti della vita quotidiana nei quali l'estinzione del debito può avvenire senza che il debitore abbia cura di richiedere e conservare una quietanza che gli garantisca la possibilità di provare anche a distanza di tempo, di avere già provveduto ad estinguere il debito. A sua tutela perciò, la legge, trascorso un breve periodo, presume che il debito si sia già estinto.

Si noti bene: non è che il debito si estingua, ma si presume che si sia estinto ossia che il debitore è esonerato dall'onere di fornire in giudizio la prova dell'estinzione.

Le presunzioni sono di due specie: quelle che ammettono la prova contraria e quelle che non la ammettono (art.2728 c.c.). La presunzione che nasce a favore del debitore dalla prescrizione presuntiva appartiene alla prima categoria.

Contro la presunzione di estinzione non è ammesso qualsiasi mezzo di prova; il creditore, il quale abbia lasciato trascorrere imprudentemente l'intero periodo prescrizionale prima di pretendere il pagamento, ove la prescrizione presuntiva sia stata posta in giudizio, può cercare di vincerla solo ottenendo dal debitore la confessione che il debito, in realtà, non è stato pagato (art.2959 c.c.); altrimenti occorre deferire all'altra parte il giuramento decisorio (art.2736 c.c.), ossia l'invito ad assumere tutte le responsabilità inerenti ad una dichiarazione solenne davanti al giudice con la quale il debitore confermi che l'obbligazione sia davvero estinta (art.2960 c.c.).

Il vantaggio che il debitore riceve opponendo la prescrizione presuntiva è, perciò, chiaro: egli è esonerato dall'onere di provare quale fatto avrebbe determinato l'estinzione del debito: il giudice deve assolverlo dalla domanda di pagamento, senza bisogno che dimostri di avere effettivamente già pagato ovvero che si è davvero verificata qualche altra causa di estinzione del debito.

## **C) LA DECEDENZA**

### **88 Fondamento e natura**

La decadenza produce l'estinzione del diritto in virtù del fatto oggettivo del decorso del tempo, esclusa, in genere, ogni considerazione relativa alla situazione soggettiva del titolare. La decadenza implica, quindi, l'onere di esercitare il diritto esclusivamente entro il tempo prescritto dalla legge.

La decadenza può, quindi, essere impedita solo dall'esercizio del diritto mediante il compimento dell'atto previsto (art.2966 c.c.). Con l'esercizio del diritto cade, infatti, la stessa ragione d'essere della decadenza: l'onere, a cui era condizionato l'esercizio del diritto, è ormai soddisfatto.

La *decadenza legale* costituisce sempre un istituto eccezionale, in quanto deroga al principio generale, secondo il quale l'esercizio dei diritti soggettivi non è sottoposto a limiti e il titolare può esercitarli quando, come e dove gli pare opportuno.

## **Capitolo 12: L'ATTO E IL NEGOZIO GIURIDICO**

### **89 Classificazione degli atti giuridici**

Gli atti giuridici si distinguono in due categorie: atti conformi alle prescrizioni dell'ordinamento giuridico (*atti leciti*) e atti compiuti in violazione di doveri giuridici e che producono la lesione del diritto soggettivo altrui (*atti illeciti art.2043 c.c.*).

Gli atti leciti si distinguono in *operazioni* che consistono in modificazioni del mondo esterno (es. la presa di possesso di una cosa), e *dichiarazioni*, che sono atti diretti a comunicare ad altri il proprio pensiero.

Si dicono invece *dichiarazioni di scienza* di atti con quali si comunica ad altri di essere a conoscenza di un atto o di una situazione (es. nella confessione).

Tutti gli atti umani consapevoli e volontari, che non siano negozi giuridici, sono denominati *atti giuridici in senso stretto*.



Il negozio giuridico è una dichiarazione di volontà con la quale vengono enunciati gli effetti perseguiti ed alla quale l'ordinamento giuridico ricollega gli effetti giuridici conformi al risultato voluto.

Il nostro c.c. non dedica un'apposita disciplina al concetto di negozio giuridico: in esso è regolato *il contratto* (artt.1321-1469), *il testamento* (artt.587-712), *il matrimonio* (artt.84-142), alcune altre figure negoziali, ma non il negozio giuridico in generale.

I negozi giuridici possono essere collegati tra loro: la figura più importante è costituita dal *procedimento o atto-procedimento*, che consiste in più atti successivi, di cui ogni atto costituisce l'antecedente del successivo.

## 91 Classificazione dei negozi giuridici:

### a) in relazione alla struttura soggettiva

Se il negozio giuridico è perfezionato con la dichiarazione di una sola parte, il negozio si dice *unilaterale* (es. il testamento).

Se le dichiarazioni di volontà sono dirette a formare la volontà di un soggetto diverso, si ha *l'atto collegiale* (es. deliberazione dell'assemblea di una s.p.a.). nell'atto collegiale si applica il principio della maggioranza: la deliberazione è valida ed efficace anche se è approvata dalla maggioranza e non da tutti coloro che hanno diritto di partecipazione alla formazione della volontà della persona giuridica.

I negozi giuridici unilaterali si distinguono in *recettizi*, se, per produrre effetto, la dichiarazione negoziale deve pervenire a conoscenza di una determinata persona, alla quale, pertanto, deve essere comunicata o notificata (art.1334 c.c.); e *non recettizi*, se producono effetto indipendentemente dalla comunicazione ad uno specifico *destinatario* (es. riconoscimento di un figlio naturale). Se le parti sono più di una, si ha il *negozio bilaterale* (se sono due) o *plurilaterale* (se sono più di due). Negozio bilaterale tipico è il contratto, che è l'accordo di due parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale (art.1321 c.c.).

### 92 b) in relazione alla funzione

Si distinguono così i negozi *mortis causa* (unico es. il testamento), i cui effetti presuppongono la morte di una persona dai negozi *inter vivos*, che prescindono da tale presupposto (es. vendita).

Secondo che si riferiscano a rapporti familiari o ad interessi economici si distinguono i *negozi di diritto familiare* (in cui prevale sull'interesse del singolo l'interesse superiore del nucleo familiare, onde sono stati qualificati come atti di potestà familiare) dai *negozi patrimoniali* che a loro volta si distinguono in *negozi di attribuzione patrimoniale* (che tendono ad uno spostamento di diritti patrimoniali da un soggetto ad un altro (es. vendita)), e i *negozi di accertamento* (che si propongono solo di eliminare controversie, dubbi sulla situazione esistente).

I negozi di attribuzione patrimoniale, a loro volta, si distinguono in *negozi di disposizione* (che importano una immediata diminuzione del patrimonio mediante alienazione o rinuncia), e *negozi di obbligazione* (che danno luogo solo alla nascita di una obbligazione diretta al trasferimento di un bene (es. vendita di cosa altrui nella quale il venditore si obbliga ad acquistare la cosa dal proprietario in guisa che il compratore possa, di conseguenza, diventarne a sua volta immediatamente proprietario art.1478.2 c.c.)).

I negozi di disposizione si distinguono in *negozi traslativi* (se attuano il trasferimento o la limitazione del diritto a favore di altri) e *abdicativi*.

## 93 La rinuncia

Negozio abdicativo è la rinuncia, che è la dichiarazione unilaterale del titolare di un diritto soggettivo, diretta a dismettere il diritto stesso senza trasferirlo ad altri.

Se la rinuncia ha per oggetto un diritto di credito si chiama remissione (art.1236 c.c.).

## 94 Negozi a titolo gratuito e negozi a titolo oneroso

I negozi patrimoniali si distinguono in negozi a titolo gratuito e negozi a titolo oneroso.

Un negozio a titolo oneroso si ha quando un soggetto, per acquistare qualsiasi tipo di diritto, accetta un correlativo sacrificio; mentre si dice a titolo gratuito il negozio per effetto del quale un soggetto acquisisce un vantaggio senza alcun correlativo sacrificio. In genere l'acquirente a titolo gratuito è protetto meno intensamente dall'acquirente a titolo oneroso.



Gli elementi del negozio giuridico si distinguono in elementi *essenziali*, senza i quali il negozio è nullo (art.1418 c.c.), ed elementi *accidentali*, che le parti sono libere di apporre o meno. Gli elementi essenziali si dicono *generali*, se si riferiscono ad ogni tipo di negozio (es. la volontà, la dichiarazione, la causa); *particolari*, se si riferiscono a quel particolare tipo considerato. Dagli elementi essenziali distinguiamo i *presupposti del negozio*, che sono circostanze estrinseche al negozio, indispensabili perché il negozio sia valido. Tali sono la capacità della persona che pone in essere il negozio, l' idoneità dell' oggetto, la legittimazione del negozio.

Elementi accidentali generali sono la condizione, il termine, il modo.

Distinguiamo anche i c.d. *elementi naturali*. In realtà si tratta di *effetti naturali* del negozio: essi si producono senza bisogno di previsione delle parti, salva la loro contraria volontà manifestata.

## Capitolo 13: LA DICHIARAZIONE DI VOLONTA'

### 96 Modalità della dichiarazione

A seconda dei modi con cui la dichiarazione avviene, essa si distingue in dichiarazione *espressa* (se fatta con parole, cenni, alfabeto Morse...) e dichiarazione *tacita*.

In alcuni casi l'ordinamento giuridico richiede per forza una dichiarazione espressa, per evitare le incertezze circa l'esistenza della dichiarazione. Il silenzio può avere valore di dichiarazione tacita di volontà solo in concorso di determinate circostanze; oppure se, in base alle regole della correttezza e della buona fede, il silenzio, dati i rapporti tra le parti, ha il valore di consenso.

### 97 La forma



Talvolta si ha la necessità di subordinare la validità di un atto a forme *soleenni*: matrimonio o testamento. Ma il legislatore impone che la volontà sia dichiarata in forma *scritta* o mediante *atto pubblico*, ossia con l'intervento di un pubblico ufficiale (es. nel caso della donazione).

## 98 Il bollo e la registrazione

Per molti negozi lo Stato, per ragioni fiscali, impone l'uso della carta bollata. L'inosservanza di tale prescrizione non dà luogo, tuttavia, alla nullità del negozio, ma ad una sanzione pecuniaria notevole. Solo la cambiale e l'assegno bancario, se non sono stati regolarmente bollati al momento della emissione, pur essendo validi a tutti gli altri effetti, non hanno efficacia a titolo esecutivo.

Anche la registrazione serve prevalentemente a scopi fiscali. Essa è il mezzo di prova più comune per rendere certa, mediante l'attestazione dell'ufficio stesso sul documento, la data di una scrittura privata di fronte ai terzi (art.2704 c.c.).

## 99 Formazione o perfezione del negozio

In generale il negozio è *formato o perfetto* quando la dichiarazione esce dalla sfera di colui che la manifesta. Per determinare il momento di perfezionamento occorre distinguere tra negozio unilaterale, negozio unilaterale recettizio e contratto.

I negozi unilaterali (es. testamento) *non* recettizi sono perfetti nel momento in cui la volontà viene manifestata; i negozi unilaterali recettizi nel momento in cui pervengono a conoscenza della persona a cui sono destinati (art. 1334 c.c.).

L'*efficacia*, invece, è l'attitudine nel negozio a produrre i suoi effetti. Non sempre perfezione ed efficacia coincidono: per es. il testamento è formato quando è stato redatto, ma non produce i suoi effetti se non quando il testatore sia morto.

## Capitolo 14: CENNI SULLA PUBBLICITA'

### 100 Fini e natura

In molti casi, la legge impone l'iscrizione del negozio in registri tenuti dalla pubblica amministrazione, che chiunque può consultare, o in giornali ufficiali, bollettini...La pubblicità serve, pertanto, a dare ai terzi la possibilità di conoscere l'esistenza ed il contenuto di un negozio giuridico.

### 101 Tipi di pubblicità

nguiamo tre tipi di pubblicità:



- a) la *pubblicità-notizia*, la cui omissione dà luogo ad una sanzione pecuniaria o penale, ma è irrilevante per la validità dell'atto, che rimane anche opponibile ai terzi;
- b) la *pubblicità dichiarativa* che serve a rendere opponibile il negozio ai terzi. La sua omissione non determina l'invalidità dell'atto, che produce egualmente i suoi effetti tra le parti;
- c) la *pubblicità costitutiva*: senza di essa il negozio non soltanto non si può opporre ai terzi, ma non produce effetti nemmeno tra le parti.

## Capitolo 15: MANCANZA DI VOLONTA' E CONTRASTO TRA VOLONTA' E DICHIARAZIONE

### A) IL PROBLEMA IN GENERALE

#### 102 La teoria dell'affidamento

Secondo questa teoria, se la dichiarazione diverge dall'interno volere, ma colui cui essa è destinata non era in grado di conoscere la divergenza, il negozio è valido; è invalido se il destinatario sapeva che la dichiarazione non corrispondeva all'interno volere del dichiarante. Questa teoria vale per i negozi patrimoniali dell'intero volere a titolo oneroso, ma non per quelli mortis causa, per i negozi di diritto personale e familiare, e per quelli patrimoniali a titolo gratuito, nei quali occorre avere esclusivo riguardo alla volontà del dichiarante.



## B) CASI DI MANCANZA DI VOLONTA' O DI DIVERGENZA

### 103 Dichiarazioni a scopo rappresentativo o didattico; scherzo; riserva mentale; violenza fisica

E' applicando la teoria dell'affidamento che si risolvono i casi di mancanza di volontà o di divergenza tra volontà e dichiarazione.

Dobbiamo distinguere le dichiarazioni fatte *nello scherzo*, ossia in condizioni tali che ciascuno intenda che non si agisce sul serio; e le dichiarazioni fatte *per ischerzo*, ossia con intenzione non seria, senza, però, che ciò risulti all'altra parte. Nella prima il negozio è nullo, nella seconda è valido.

La *riserva mentale* consiste nel dichiarare intenzionalmente cosa diversa da quel che si vuole effettivamente, senza che l'altra parte sia in condizione di scoprire la divergenza. E, siccome chi riceve la dichiarazione non è tenuto ad indagare sulle reali intenzioni del dichiarante, questo rimane vincolato.

La *violenza fisica* si ha quando manca del tutto la volontà; la *violenza psichica*, invece, consiste in una minaccia che fa deviare la volontà inducendo il soggetto ad emettere una dichiarazione che, senza la minaccia, non avrebbe emesso. Il negozio concluso per violenza fisica è nullo.

### 104 Errore ostativo

L'errore ostativo è l'errore che cade sulla dichiarazione (volevo scrivere 100 e ha scritto 1000 per distrazione).

## C) LA FIGURA PIU' IMPORTANTE: LA SIMULAZIONE

### 105 La nozione

Si considera "simulato" un contratto quando le parti ne *documentano* la stipulazione, al fine di poterlo invocare di fronte ai terzi, ma sono tra loro d'accordo che gli effetti previsti dall'atto simulato *non si devono verificare*. Così, la situazione giuridica che dovrebbe essere effetto del contratto è solo *apparente*, mentre la situazione giuridica *reale* rimane quella anteriore all'atto.

La divergenza tra la dichiarazione e la reale volontà delle parti non soltanto è *consapevole* ma è addirittura *concordata*. Lo scopo per cui le parti ricorrono alla simulazione si chiama *causa simulandi*.

### 106 Simulazione assoluta e relativa

La simulazione si dice *assoluta* se le parti si limitano ad escludere la rilevanza, nei loro rapporti, del contratto apparentemente simulato; si dice invece *relativa* qualora le parti concordino che nei loro rapporti interni assuma rilevanza un *diverso negozio*, che si dice *dissimulato* (nel qual caso, in realtà, le parti non vogliono lasciare immutata la situazione giuridica preesistente, ma intendono modificarla secondo quanto da esse concordato con l'atto dissimulato).

La simulazione relativa può essere *oggettiva* o *sogettiva*, a seconda che il negozio dissimulato differisca da quello simulato per quanto riguarda l'oggetto dell'atto, ovvero i soggetti.

La figura più importante di simulazione relativa sogettiva è la c.d. *interposizione fittizia di persona*, che ricorre quando il contratto simulato viene stipulato tra Tizio e Caio, ma entrambi sono d'accordo con Sempronio che, in realtà, gli effetti dell'atto si verificheranno nei confronti di quest'ultimo.

L'interposizione fittizia si distingue dall'*interposizione reale* dove l'alienante non partecipa agli accordi tra acquirente (persona interposta) e terzo, cosicché l'alienazione non è simulata, ma realmente voluta e gli effetti dell'atto si producono regolarmente in capo all'acquirente, restando indifferente per l'alienante che quest'ultimo non intende acquistare per sé, ma per conto di un terzo, con cui l'alienante non entra in rapporto e verso il quale né assume obblighi né acquista diritti.

### 107 Effetti della simulazione tra le parti

Se la simulazione è assoluta si giunge alla conclusione che il negozio simulato non produce effetto (art.1414 c.c.).

Se la simulazione è relativa, il contratto simulato non può produrre effetti tra le parti in quanto queste sono d'accordo nell'averlo stipulato quale mera apparenza ma senza volerne realmente gli effetti.



## 108 Effetti della simulazione di fronte a terzi

La prima situazione è quella dei *terzi interessati a dedurre la simulazione* (art.1415.2 c.c.): i terzi estranei al contratto simulato, se ne sono pregiudicati, possono farne accertare la nullità.

L'art.1415.1 c.c. dispone che la simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante, *ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente*.

Per quanto riguarda l'onere della prova della buona fede, si applica il principio dell'art.1147 c.c., in base al quale la buona fede si presume. Perciò spetta a chi vuole opporre la simulazione fornire la prova che il terzo acquirente è in mala fede.

È importante chiarire che il terzo non solo è chi ha acquistato a titolo oneroso, ma anche chi ha acquistato a titolo gratuito.

## 109 Effetti della simulazione nei confronti dei creditori

I creditori dell'apparente alienante hanno interesse a far valere la simulazione, perché ne vengono ad essere pregiudicati, in quanto non possono agire sui beni che sono apparentemente usciti dal patrimonio del loro debitore; quelli dell'acquirente simulato invece, hanno un interesse contrario: essi infatti, hanno tutto da guadagnare dalla possibilità di espropriare i beni che sono fittiziamente entrati nel patrimonio del loro debitore.

Ora, i creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti e, facendo prevalere la realtà sull'apparenza, agire sui beni che solo apparentemente sono usciti dal patrimonio del loro debitore (art.1416 c.c.).

Per quanto riguarda i creditori di colui che appare acquirente per effetto del negozio simulato, bisogna distinguere: se il credito è stato garantito da pegno o da ipoteca sui beni che hanno formato oggetto dell'apparente alienazione, avendo acquistato il creditore un diritto reale su quei beni, nei suoi confronti la simulazione è inopponibile (es. A aliena simulatamente a B un bene; B, pur non essendone, in realtà, diventato proprietario, concede un'ipoteca sul bene stesso a favore del suo creditore C; A, se C è in buona fede, non può opporgli che egli ha acquistato l'ipoteca a *non dominio*, perché non può opporgli che la vendita da lui fatta a B era simulata). Se invece C è un creditore chirografario (cioè non munito di garanzia reale), e non ha acquistato alcun diritto specifico sui beni del debitore ha solo il diritto di chiedere l'espropriazione, a condizione che quei beni facciano effettivamente parte del patrimonio del debitore.

## 111 Negozio indiretto e negozio fiduciario

La figura dell'*intestazione di un bene a nome d'altri* ricorre tutte le volte in cui un bene viene intestato (non simultaneamente) a favore di un soggetto, anche se i mezzi per il suo acquisto siano stati forniti da un soggetto diverso.

Si ha il *negozio indiretto* quando un determinato effetto giuridico non viene realizzato direttamente, ma ponendo in essere atti diretti ad altri effetti, ma che con la loro combinazione realizzano egualmente il risultato perseguito.

La categoria più importante di negozi indiretti è costituita dai c.d. *negozi fiduciari* cioè quando un soggetto detto fiduciante, trasferisce (senza corrispettivo), o fa trasferire da un terzo (pagando lui il correlativo prezzo), ad un *fiduciario* la titolarità di un bene (mobile), ma con il patto che l'intestatario utilizzerà il bene esclusivamente in conformità alle istruzioni che il fiduciante gli ha impartito. Il negozio fiduciario non è regolato dal c.c.

## Capitolo 16: I VIZI DELLA VOLONTÀ'

### A) IL PROBLEMA IN GENERALE

## 112 Nozioni di vizio della volontà

I vizi della volontà sono: l'errore, il dolo e la violenza (art.1427 c.c.). essi non producono il grave effetto della nullità del negozio, ma l'*annullabilità*.

### B) ERRORE



L'errore consiste in una falsa conoscenza della realtà.

L'errore-vizio è incidente sul processo interno di formazione della volontà (es. compro un oggetto credendo che sia d'oro, invece è di metallo vile); l'errore ostativo è la divergenza tra volontà e dichiarazione (es. voglio scrivere 100, ma per lapsus scrivo 110).

Entrambi gli errori determinano l'annullabilità del contratto, ma a condizione (art.1428 c.c.):

- a) che l'errore sia *essenziale*;
- b) che l'errore sia *riconoscibile* dall'altro contraente.

Peraltro l'azione di annullamento non può più essere proposta se l'altra parte, prima che alla parte in errore possa derivarne pregiudizio, offra di eseguire il contratto in modo conforme a quanto l'altro contraente riteneva (erroneamente) di aver pattuito (art.1432 c.c.).

Nei negozi bilaterali e plurilaterali un'altra figura di errore ostativo è costituita dal *dissenso*, che ha luogo quando le parti, pur sottoscrivendo una identica dichiarazione, non si rendono conto di attribuirle in realtà significati tra loro divergenti. Anche in tal caso la rilevanza del vizio dipende dalla sua essenzialità e riconoscibilità.

### 114 Errore di fatto ed errore di diritto

L'errore è *di fatto* quando cade su una circostanza di fatto; è *di diritto* quando riguarda la stessa vigenza o l'interpretazione di una norma giuridica.

### 115 Essenzialità dell'errore

L'errore è essenziale quando: 1) deve essere stato tale da aver determinato la parte a concludere il contratto; 2) non ogni errore determinante può considerarsi solo essenziale, perché il c.c. qualifica tale solo l'errore che cade (art.1429 c.c.):

- a) o sull'oggetto del negozio (es. credo che siano viti gli oggetti che voglio comprare ed invece sono chiodi);
- b) o sulla natura del negozio (es. credo di dare una cosa in locazione invece il contratto è di enfiteusi);
- c) o su una qualità della cosa, oggetto del negozio che, in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso (es. si crede che sia lana animale ciò che è lana sintetica);
- d) o sulla persona e, cioè, sull'identità o sulla qualità dell'altro contraente;
- e) o può assumere rilevanza anche l'errore sulla quantità della prestazione, sempre che essa sia determinante del consenso e non si riduca ad un errore di calcolo, il quale non dà luogo ad annullabilità ma a semplice rettifica del negozio (art.1430 c.c.).

### 116 Riconoscibilità dell'errore

L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto o alle qualità dei contraenti, la controparte, usando la normale diligenza, avrebbe potuto accorgersene (art.1431 c.c.)

Nel caso di errore *comune*, e cioè quando entrambi i contraenti siano incorsi nello stesso errore, la giurisprudenza ritiene che non vada applicato il principio dell'affidamento, e quindi che sia sufficiente la essenzialità dell'errore per l'annullabilità del negozio, non rilevando la riconoscibilità dal momento che ciascuno dei contraenti ha dato luogo all'invalidità del contratto indipendentemente dal comportamento dell'altro.

## C) DOLO

### 117 Nozione

Un negozio è annullabile ove sia stato posto in essere, in conseguenza di *raggiri* fatti ai danni del suo autore.

Per l'annullabilità dell'atto devono concorrere:

- a) il raggio, ossia un'azione idonea a trarre in inganno la vittima;
- b) l'errore del raggirato: non è sufficiente che l'autore dell'inganno abbia tentato di farmi credere cose non esatte; se io ho capito come stavano in realtà le cose, non posso trarre a pretesto il comportamento della controparte. Il negozio, cioè, è annullabile solo se l'inganno ha avuto successo,



c) la provenienza dell'inganno dalla controparte: se sono vittima di raggiri di terzi, che nulla hanno a che fare con l'altro contraente, l'atto non è impugnabile, a meno che quest'ultimo ne fosse a conoscenza e ne abbia tratto vantaggio (art.1439.2 c. c.).

Il dolo *omissivo* si ha quando si tacciono circostanze che avrebbero potuto indurre la controparte a rinunciare alla stipulazione dell'atto. Esso è sufficiente a far annullare il negozio. Il dolo *incidente*, invece, si limita ad incidere sulle condizioni contrattuali. Esso ricorre quando la vittima dell'inganno non si è determinata alla stipula dell'atto per effetto del raggirio subito. In questo caso (art.1440 c.c. il contratto non è annullabile, proprio perché il comportamento fraudolento del raggirante non è stato determinante del consenso.

### 118 Rilevanza del dolo

Il dolo può avere rilevanza in tutti gli atti, tranne quelli in cui, per particolari ragioni, tale rilevanza è esclusa dalla legge.

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

Il dolo, come elemento intenzionale dell'illecito, non indica un particolare tipo di azione, un fatto che si verifica nel mondo esterno, ma costituisce soltanto un elemento soggettivo o *psicologico*, ossia l'intenzione dell'agente di realizzare un determinato risultato e si concreta, quindi, nella corrispondenza tra un *programma* perseguito deliberatamente da una persona e l'azione da essa posta in essere; il dolo quale vizio della volontà, invece, denota proprio l'azione di chi inganna e che si concreta, quindi, in un determinato *fatto* esterno.

## D) VIOLENZA

### 120 Nozione

La violenza psichica consiste nella minaccia di un male ingiusto, rivolta ad una persona allo specifico scopo di estorcerle il consenso alla stipulazione di un contratto. La violenza assume rilievo come vizio della volontà esclusivamente quando miri soltanto ad ottenere dal minacciato il compimento di un atto a carattere negoziale.

### 121 Violenza e stato di pericolo

Nella fattispecie della violenza il timore che spinge il soggetto ad emettere la dichiarazione negoziale è provocato dalla minaccia altrui; nello stato di pericolo vi è una situazione di paura, ma non determinata dalla minaccia di altra persona diretta a far concludere il negozio, bensì da una stato di fatto oggettivo, nella maggior parte dei casi da forze naturali (un incendio pone in pericolo la vita di una persona cara ed io accedo alla richiesta esosa fatta da chi ha la possibilità di intervenire per cercare di salvarla). Se per effetto dello stato di pericolo una persona ha assunto obbligazioni a condizioni inique, il negozio non è annullabile, ma rescindibile.

### 122 Requisiti della violenza

La legge richiede che si tratti di una minaccia tale da fare impressione su una persona media(art.1435 c.c.), anche se, ovviamente, per stabilire se la violenza esercitata presentava tale caratteristica si deve guardare in concreto alle circostanze del caso (età, sesso, condizione delle persone art.1435 c.c.). Il male minacciato deve essere ingiusto e notevole e deve riguardare la vittima stessa, il coniuge, il discendente, un ascendente o i rispettivi beni.

## Capitolo 17: LA CAUSA DEL NEGOZIO GIURIDICO

### 123 Nozione

Elemento essenziale di ogni negozio giuridico è la sua *causa*. Si parla di *causa dell'obbligazione* per indicare "il titolo" da cui il debito deriva, la sua "fonte" (art.1173 c.c.); e di causa con riguardo a ciascuna attribuzione patrimoniale.

Quando il contenuto del negozio dipende dalla libera scelta del privato è necessario che gli effetti complessivamente perseguiti siano giustificati. L'esigenza della causa *lecita* indica la necessità che siano leciti non tanto i singoli effetti perseguiti (es. trasferimento di una proprietà), ma soprattutto la loro combinazione, cioè



non sempre un certo risultato può realizzarsi solo perché voluto e promesso: un “nudo” consenso non è sufficiente per dare luogo ad effetti giuridici.

Per i contratti *tipici*, che sono quelli disciplinati specificatamente dal legislatore (compravendita, locazione...), l'esistenza e la liceità della causa è già valutata positivamente in linea di principio dalla legge: ma resta da valutare se anche in concreto il contenuto effettivo del singolo accordo sia meritevole di approvazione. Per i contratti *atipici*, che sono quelli che la pratica pone in essere pur in assenza di uno schema legislativo, la valutazione deve riguardare non solo il contenuto concreto dell'accordo, ma pure lo stesso schema generico della pattuizione.

## 124 Negozi astratti

In alcuni negozi, gli effetti si producono astraendosi dalla causa, la quale resta, per così dire accantonata. Tali negozi sono detti *astratti* in contrapposizione agli altri che sono detti *causali*.

Distinguiamo ora, l'*astrazione sostanziale* da quella *processuale*. La prima è quella per cui il negozio nel suo funzionamento resta svincolato dalla causa; la seconda presuppone, invece, che il negozio sia casuale: chi agisce per ottenere la prestazione, derivante a suo favore da siffatto negozio, non ha l'onere di dimostrare l'esistenza e la liceità della causa, ma chi è chiamato in giudizio deve provarne l'eventuale mancanza o l'illiceità, se vuol sottrarsi alla condanna. La legge prevede l'astrazione processuale a proposito della promessa di pagamento e della ricognizione di debito: basta dimostrare che vi è stata siffatta promessa o che vi è stato un siffatto riconoscimento, perché colui, a cui favore la dichiarazione è stata fatta, sia dispensato dall'onere di provare il rapporto che giustifica la promessa o il riconoscimento (art.1988 c.c.).

## 125 Mancanza della causa

*Difetto genetico della causa*: Nei negozi tipici la causa esiste sempre perché il legislatore l'ha prevista nel dettare le regole di quel determinato tipo di contratto. Essa può, peraltro, mancare quando, per la situazione in cui dovrebbe operare, il negozio non può esplicare la sua funzione. Se compro una cosa che è già mia (supponendo che non si sappia che ma appartiene, ma che ciò si venga a conoscere successivamente), ecco che il negozio non può realizzare il risultato di trasferirmi la proprietà di una cosa che è già di mia proprietà, e, se io ho pagato il prezzo, ho diritto a riaverlo, perché, altrimenti, l'attribuzione patrimoniale non avrebbe giustificazione, sarebbe senza causa.

Nei negozi atipici la causa manca, quando il negozio non è diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela (art.1322 c.c.).

Può darsi che la causa manchi originariamente solo in parte (*difetto genetico parziale della causa*). Ciò può avvenire nei contratti a prestazioni corrispettive, nei quali al sacrificio patrimoniale di una parte fa riscontro quello dell'altra (es. vendita, nella quale il venditore trasferisce la cosa e il compratore paga il prezzo). Perché la causa debba ritenersi in parte mancante basterebbe che le due prestazioni non siano equivalenti: ma, per la sicurezza delle contrattazioni, la legge attribuisce rilevanza al difetto di causa solo se lo squilibrio tra la prestazione di una parte e il corrispettivo assuma proporzioni inique o notevoli. Possono esserci anche circostanze che impediscono alla causa di funzionare (*difetto sopravvenuto o funzionale della causa*). Sia nel caso d'inadempimento che di impossibilità sopravvenuta o di eccessiva onerosità sopravvenuta il contratto non è nullo, ma la parte può agire per la risoluzione del contratto e così sciogliersi dal vincolo.

## 126 L'illiceità della causa

La causa è illecita quando è contraria alla legge e all'ordine pubblico ( *negozio illegale*) e al buon costume (*negozio immorale*) (art.1343 c.c.): l'illiceità della causa produce la nullità del negozio (art.1418 c.c.). Se è stata eseguita una prestazione in esecuzione di un negozio avente causa illecita, essendo il negozio nullo, chi l'ha eseguita avrebbe diritto ad ottenere la restituzione di ciò che ha dato (art.2033 c.c.: *ripetizione dell'indebito*). Invece, la *ripetizione* non è sempre ammessa. Bisogna tener presente a riguardo che l'immoralità può essere unilaterale o bilaterale: se per liberare una persona a me cara che è stata sequestrata, pago la somma richiesta, non netto un'azione immorale; l'immoralità è solo dalla parte dei banditi ed in questo caso il diritto di chiedere la restituzione di quanto sia stato pagato è ovviamente riconosciuto all'interessato. Tale diritto, invece, deve essere



negato se il pagamento deve considerarsi immorale anche in relazione a chi effettua la prestazione (es. di colui che dà danaro per corrompere un pubblico funzionario) art.2035 c.c.

## 127 I motivi

Il *motivo* che spinge un soggetto a porre in essere un negozio giuridico è lo scopo pratico, individuale, da lui perseguito e che lo “motiva” al compimento dell’atto e non viene comunicato alla controparte; ed anche se le viene comunicato rimane per questa del tutto indifferente (*motivi giuridicamente irrilevanti*). I motivi diventano rilevanti quando la loro realizzazione venga espressamente oggetto di un patto contrattuale: ad es. acquisto il terreno a condizione di potervi edificare questo determinato tipo di edificio e quindi il contratto diventerà efficace solo se il comune competente rilascerà una concessione ad aedificandum conforme ai miei scopi.

Perché il contratto sia colpito da nullità occorre:

- a) che l’accordo abbia per entrambe le parti lo stesso motivo;
- b) che il motivo comune sia illecito;
- c) il motivo illecito comune deve essere stato esclusivo e quindi determinante del consenso.

## 128 Il negozio in frode alla legge

Con il negozio contrario alla legge le parti mirano direttamente ad un risultato vietato; invece, con il negozio in frode, esse mirano ad ottenere un risultato equivalente a quello vietato dalla legge.

La frode alla legge costituisce un vizio della causa dell’atto, che si concreta in un abuso della funzione strumentale tipica del negozio: questo viene impiegato per un fine che contrasta con la funzione sociale (causa) che gli è propria.

La frode alla legge si distingue dalla frode ai *creditori* che è diretta a danneggiare costoro e che viene colpita con una particolare azione.

Il negozio in frode alla legge si distingue anche dal *negozio simulato*: la simulazione consiste nel dichiarare ufficialmente cosa diversa da quella realmente voluta; nel negozio in frode alla legge, invece, la dichiarazione negoziale è effettivamente voluta, ma ha una particolare finalità antiggiuridica; eludere le disposizioni di una norma imperativa.

## Capitolo 18: LA RAPPRESENTANZA

### 129 Nozione

La rappresentanza è l’istituto per cui ad un soggetto (rappresentante) è attribuito (dalla legge o dall’interessato) il potere di sostituirsi ad un altro soggetto (rappresentato) nel compimento di attività giuridica per conto di quest’ultimo e con effetti diretti nella sua sfera giuridica.



### Rappresentanza diretta e indiretta

Per avere *rappresentanza diretta*, non basta che una persona agisca per conto di un'altra persona: essa deve anche agire *in nome* di quest'altra persona, dichiarare, in sostanza, che non compie l'atto per sé, ma in nome dell'interessato. Se una persona agisce nell'interesse altrui, ma non dichiara di agire in nome altrui, si ha la c.d. *rappresentanza indiretta*. Mentre, nel caso della rappresentanza diretta, gli effetti del negozio si producono immediatamente e direttamente nella sfera del rappresentato; nella rappresentanza indiretta, invece, chi fa la dichiarazione acquista i diritti e diventa soggetto degli obblighi nascenti dal negozio, ed occorrerà un altro negozio per trasmettere gli effetti dell'atto del patrimonio della persona nel cui interesse l'atto è stato compiuto. La rappresentanza indiretta ha, perciò, l'inconveniente di richiedere due negozi. Essa si denomina anche *interposizione reale*. Figura particolare, che si avvicina alla rappresentanza indiretta, è l'*autorizzazione*, con cui una persona (autorizzante) conferisce ad un'altra (autorizzato) il potere di compiere negozi giuridici, diretti ad influire nella sfera dell'autorizzante, in nome dell'autorizzato.

### 131 Negozi per i quali è esclusa la rappresentanza

Non in tutti i negozi è ammessa la rappresentanza: essa, di regola, è esclusa nei negozi che, per la loro natura, si vogliono riservare esclusivamente alla persona interessata e, perciò, in quelli di diritto familiare (es. matrimonio).

### 132 Fonte della rappresentanza

Una persona, per potere agire in nome altrui, deve averne il potere. Questo potere può derivare dalla legge (*rappresentanza legale*) o essere conferito dall'interessato (*rappresentanza volontaria*). La rappresentanza legale ricorre quando il soggetto è incapace (minore). Si usa parlare di rappresentante legale anche a proposito della c.d. *rappresentanza organica*, ossia con riguardo al potere di rappresentare un ente che spetta all'organo che ha la competenza ad esternare la volontà dell'ente.

L'*ufficio privato*, invece, consiste nel potere di svolgere una attività nell'interesse altrui e con effetti diritti nella sfera giuridica del soggetto sostituito, in adempimento di una funzione prevista dalla legge (esecutore testament.).

### 133 La procura

Il negozio con il quale una persona conferisce ad un'altra il potere di rappresentanza si chiama *procura*, e il rappresentante volontario si chiama procuratore. La procura serve a rendere noto ai terzi, con i quali il rappresentante dovrà venire a contatto per assolvere l'incarico, che egli da me autorizzato a trattare in mio nome. Perciò, la procura consiste in un negozio *unilaterale* che va distinto dal rapporto *interno* tra rappresentante e rappresentato: questo rapporto interno può derivare da un mandato, da un contratto di lavoro ...

La procura può essere *espresa o tacita*, risultante cioè, da fatti concludenti.

Le conseguenze dell'atto compiuto dal procuratore si ripercuotono direttamente sul patrimonio del rappresentato, che è il vero interessato all'atto. Perciò, per la vendita del negozio concluso mediante rappresentanza, è necessaria la capacità legale del rappresentato.

La procura può riguardare un solo affare o più affari determinati (*procura speciale*), o può riguardare tutti gli affari del rappresentato (*procura generale*).

Poiché in genere la procura è conferita nell'interesse del rappresentato, questi può modificarne l'oggetto o i limiti e può anche togliere al rappresentante il potere che gli aveva conferito. L'atto con il quale il rappresentato fa cessare gli effetti della procura si chiama *revoca della procura*. Anche la revoca è negozio unilaterale: come è sufficiente una dichiarazione dell'interessato per conferire il potere di rappresentanza, allo stesso modo una sua dichiarazione basta a toglierlo.

La procura, basandosi sulla fiducia personale che il procuratore ispira, cessa, di regola, anche per la morte sia del rappresentante che del rappresentato.

La revoca e le modificazioni della procura devono essere portati a conoscenza dei terzi con mezzi idonei.

### 134 Vizi della volontà e stati soggettivi nel negozio rappresentativo

Il negozio concluso dal rappresentante sarà annullabile, se egli versava in errore, o è stato costretto alla sua conclusione da violenza ... Si fa eccezione nel caso in cui l'anomalia della volontà o lo stato soggettivo influente eriscano ad un elemento predeterminato dal rappresentato, cioè, incidano sulle istruzioni da lui date.



### 135 Il conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato

Se il rappresentante è portatore di interessi propri o di terzi in contrasto con quelli del rappresentato, si ha *conflitto d'interessi* tra rappresentato e rappresentante.

L'atto posto in essere dal rappresentante in conflitto di interessi è viziato, indipendentemente dal fatto che il rappresentato sia stato effettivamente danneggiato. Naturalmente il conflitto di interessi è irrilevante se il rappresentato, essendone a conoscenza, autorizzi il rappresentante a concludere egualmente il negozio.

Se il rappresentante agisce in conflitto d'interessi con il rappresentato, il negozio è annullabile su domanda del rappresentato. Anche qui, il negozio è annullabile solo se il conflitto era conosciuto o poteva essere conosciuto con l'ordinaria diligenza dal terzo (art.1394 c.c.).

Rientra nello schema del conflitto di interessi la figura del *contratto con se stesso* (unico soggetto che svolge contemporaneamente due parti). Questo contratto è, di regola, annullabile: è valido quando il rappresentato abbia autorizzato espressamente la conclusione del contratto oppure il contenuto del contratto sia stato determinato preventivamente dallo stesso rappresentato in guisa da escludere la possibilità di conflitto (art.1395 c.c.). Così, ad es., il commesso di negozio può acquistare merci nell'azienda a cui è addetto, corrispondendo il prezzo stabilito dal principale per la vendita al pubblico.

### 136 Rappresentanza senza potere

Il negozio compiuto da chi ha agito come rappresentante senza averne il potere (*difetto di potere*) o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli (*eccesso di potere*) non produce alcun effetto nella sfera giuridica dell'interessato. Il negozio è perciò *inefficace*. Infatti esso non può dirsi nullo, perché la nullità opera in maniera definitiva, ed invece, secondo l'art.1399 c.c., l'interessato può ratificare, con effetti retroattivi, il negozio stipulato per lui dal c.d. *falsus procurator*; e nemmeno annullabile, perché prima della ratifica il negozio concluso senza rappresentanza o eccedendo dei poteri conferiti al rappresentante non produce effetti per l'interessato. Questi può, per altro, con una propria dichiarazione di volontà, approvare ciò che è stato fatto da altri senza che egli avesse attribuito il potere di rappresentarlo. Questa dichiarazione si chiama *ratifica*. La ratifica può essere espressa o tacita: essa deve rivestire le forme previste dalla legge per la conclusione del negozio.

Perciò, se Tizio, qualificandosi, senza esserlo, procuratore di Caio, ha venduto in immobile a Sempronio che lo ha rivenduto a Mevio, rende il primo negozio valido fin dall'inizio e per conseguenza elimina anche il vizio dell'acquisto di Mevio.

La retroattività della ratifica non può, peraltro, pregiudicare i diritti acquistati dai terzi (art.1399.2 c.c.). Perciò, se Tizio ha venduto un suo immobile a Caio e poi viene a sapere che Mevio, qualificandosi suo rappresentante senza averne il potere, ha concluso in suo nome una vendita a migliori condizioni, la ratifica che egli faccia della vendita fatta da Mevio non può toccare la validità del negozio (vendita a Caio) che egli ha già compiuto perdendo così il potere di disporre ulteriormente dell'immobile.

Se il contratto, mancando la ratifica del rappresentato, rimane definitivamente inefficace, vi è da chiedersi se il terzo possa chiedere il risarcimento dei danni allo pseudo-rappresentante. L'art.1398 c.c. subordina un simile diritto del terzo alla condizione che questi abbia confidato senza sua colpa nella validità del contratto: se sapeva che colui che agiva in nome altrui non aveva il relativo potere, non può pretendere alcun risarcimento; se invece è stato ingannato, non si è accorto di aver a che fare con persona in realtà priva del potere di spendere, per quell'atto, il nome del rappresentato, allora avrà diritto di chiedere il risarcimento del danno subito.

### 137 La gestione di affari altrui

La legge (art.2028 c.c.), nel caso in cui taluno, spontaneamente assume la *gestione di affari altrui*, stabilisce che, qualora la gestione sia stata utilmente iniziata, l'interessato deve adempiere le obbligazioni che il gestore ha assunto in nome di lui (art.2931 c.c.). Non si deve guardare perciò, al risultato, cioè se dall'atto il rappresentato ha tratto vantaggio, ma occorre, invece, tener conto dell'utilità iniziale e vedere, quindi, se l'affare stesso si prevedeva necessario o utile, in base alla valutazione che il rappresentato come buon padre di famiglia avrebbe fatto al momento in cui fu intrapreso. La gestione di affari può avere anche le alienazioni di beni altrui.



### **138 Altre figure di cooperazione nell'altrui attività giuridica: in particolare il contratto per persona da nominare**

La rappresentanza si distingue da altre figure in cui una persona presta il proprio ausilio all'attività giuridica altrui. La forma più semplice è costituita dal consiglio che una persona può dare ad un'altra sulla convenienza o sulla necessità di un determinato punto di vista giuridico, del tutto estraneo all'atto. Forme più complesse di cooperazione si riscontrano nell'assistenza.

Nel momento della conclusione di un contratto una parte può riservarsi la facoltà di nominare la persona nella cui sfera giuridica il negozio deve produrre effetti (art.1401 c.c.). può dire cioè: acquisto l'immobile, ma per persona che mi riservo di nominare. Se segue entro 3 gg. La dichiarazione di nomina, accompagnata dalla dichiarazione di accettazione da parte della persona indicata, si producono gli stessi effetti che si sarebbero verificati se fosse stata conferita la procura anteriormente al negozio (artt.1402, 1403, 1404 c.c.): l'acquisto si intende, cioè, fatto fin da principio dalla persona indicata. Se manca la dichiarazione di nomina, il negozio produce effetti direttamente nei confronti di colui che ha stipulato il contratto riservandosi di fare la dichiarazione di comando, ma poi non l'ha fatta (art.1405 c.c.). Le parti possono convenire che la dichiarazione di nomina possa essere effettuata entro un termine maggiore di 3 gg. fissato dalla legge, purchè si tratti di un termine certo e determinato.

Il contratto per persona da nominare si distingue dalla rappresentanza indiretta, in quanto non occorre un nuovo negozio perché gli effetti si producano a favore dell'interessato: basta la dichiarazione unilaterale di nomina, purchè fatta nei termini.

Si distingue dall'*interposizione fittizia o simulata*, perché in questa, con l'intesa dell'altra parte, il contraente dichiara apparentemente di agire in nome proprio, ma, in realtà, chi contrae è l'interponente; nel caso del contratto per persona da nominare il contraente, invece, dichiara di contrarre per persona da nominare.

Il contratto per persona da nominare si distingue inoltre dal contratto *per conto di chi spetti* previsto dalla legge in alcuni casi (artt.1513, 1690, 1891 c.c.).

## **Capitolo 19: GLI ELEMENTI ACCIDENTALI DEL NEGOZIO GIURIDICO**

### **B) LA CONDIZIONE**

#### **140 Definizione**

La condizione è un avvenimento futuro ed incerto, dal quale le parti fanno dipendere o la produzione degli effetti negozio, cui la condizione è apposta, o l'eliminazione degli effetti che il negozio ha già prodotto (art.1353



c.c.). La condizione può essere di due specie: *sospensiva*, se da essa dipende l'efficacia del negozio, *risolutiva*, se da essa dipende l'eliminazione degli effetti del negozio.

Es. di condizione sospensiva: mi impegno a comprare il fondo tuscolano al prezzo pattuito se il Comune rilascerà la concessione ad aedificandum che è stata richiesta. Se invece compro il fondo subito, ma sotto la condizione che, ove entro un anno non venga rilasciata la concessione ad edificare, il contratto cesserà di avere i suoi effetti, la condizione è risolutiva. Altro es. di condizione risolutiva: il patto di riscatto.

Non tutti i negozi giuridici tollerano l'apposizione della condizione: essa, per es., è inapponibile al matrimonio e, in genere, ai negozi di diritto familiare, all'accettazione dell'eredità, alla cambiale, all'accettazione e alla girata della cambiale.

La *condicio facti* dipende dalla volontà delle parti che sono libere nello stipulare un atto, di opporre o non opporre la condizione secondo la valutazione che le parti stesse fanno dei loro interessi. Invece, la *condicio iuris* costituisce un elemento stabilito dalla legge, sul quale la volontà delle parti non può influire.

La condizione si distingue in: *casuale*, se il suo avveramento dipende dal caso o dalla volontà dei terzi; *potestativa*, se dipende dalla volontà di una delle parti; *mista*, se dipende in parte dal caso o dalla volontà di terzi, in parte dalla volontà di una delle parti. La condizione potestativa si suddivide in: *meramente potestativa* se consiste in un comportamento della stessa parte obbligata, che può tenere o meno a suo arbitrio; *potestativa vera e propria o semplice o ordinata*, se consiste in un comportamento che, pur essendo volontario, non è meramente arbitrario compiere o non compiere, perché costa qualche sacrificio o perché la volontà del debitore o dell'alienante dipende da un complesso di motivi ed interessi, sia pure rimessi alla sua valutazione (es. se costruirò un impianto per lo sfruttamento di energia elettrica, ti assumerò nel personale di tale stabilimento).

## 141 La presupposizione

La presupposizione o condizione non dichiarata ricorre quando da una interpretazione secondo buona fede della volontà negoziale risulta che le parti, pur non facendone espressa menzione nel contratto, hanno considerato pacifica e come determinante per la conclusione dell'affare una data situazione di fatto attuale o futura. Es. mi impegno a pagare una somma di denaro per poter aver accesso in un dato giorno ad un balcone, senza che si dica espressamente che il contratto viene stipulato per assistere al passaggio di un corteo, sebbene sia evidente e pacifico che questa è la ragione che induce alla stipulazione. Se questo presupposto viene dedotto formalmente nel contratto, l'accordo ne risulta condizionato, e se la condizione non si verifica il contratto è inefficace; ma se il presupposto non viene menzionato e l'evento non si verifica, il contratto va ugualmente rispettato o se ne può rifiutare l'esecuzione? Analogamente si può ragionare per l'acquisto di un terreno, che le parti presupponevano edificabile, mentre poi risulta non esserlo. Dottrina e giurisprudenza sono al riguardo incerte.

## 142 Illiceità e impossibilità della condizione

La condizione è illecita quando è contraria alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. Circa gli effetti dell'illiceità della condizione, il codice non adotta una disciplina uniforme per tutti i negozi: distinguiamo così i *negozi mortis causa* (istituzione di erede) e i *negozi inter vivos*. La condizione illecita si considera non apposta ai primi (art.634 c.c.); rende, invece nullo in negozio inter vivos (art.1354 c.c.).

A condizione *impossibile* è quella che consiste in un avvenimento irrealizzabile, o dal punto di vista naturale o da quello giuridico. Essa si ha per non apposta nel testamento (art.634 c.c.); rende nullo il negozio, negli altri casi, se è sospensiva; si ha come non apposta, se è risolutiva (art.1354.2 c.c.). La differenza di disciplina fra negozi mortis causa e negozi inter vivos, deriva dall'intento di dare efficacia, il più possibile, alla volontà testamentaria; la divergenza tra condizione sospensiva e risolutiva impossibile, apposta ai negozi inter vivos, deriva dalla condizione che l'irrealizzabilità dell'avvenimento impedisce al negozio di produrre i suoi effetti, se la condizione sospensiva; se invece, è risolutiva, non potendo verificarsi l'avvenimento, gli effetti che il negozio ha già prodotto non potranno mai più essere rimossi.

## 143 Pendenza della condizione

In un negozio condizionato si distinguono due momenti:

1) *pendenza della condizione*: l'avvenimento non si è ancora verificato ma può ancora verificarsi. Perdura, quindi, la situazione di incertezza;



2) *avveramento o mancanza della condizione*: l'incertezza è eliminata. L'avvenimento si è avverato o è certo che non si può più verificare.

Durante la pendenza della condizione sospensiva il diritto che deriva dal negozio non è ancora nato, ma vi è la possibilità che nasca; durante la pendenza della condizione risolutiva vi è la possibilità che il diritto stesso sia perduto dal suo titolare e acquistato dalla controparte. Quindi, nel corso della pendenza una delle parti esercita il diritto, mentre l'altra parte non lo esercita, ma ha la speranza di divenirne titolare, se la condizione si verificherà. Questa parte, se non ha un diritto, ha una *aspettativa* all'acquisto del diritto, aspettativa che è trasmissibile agli eredi. D'altro canto, l'altra parte ha l'onere di comportarsi in buona fede; quindi la condizione deve considerarsi come avverata, se colui che aveva interesse contrario all'avvenimento ne ha impedito il verificarsi (art.1359 c.c.). Durante la pendenza chi ha un diritto subordinato a condizione sospensiva o risolutiva può anche disporre (chi ha acquistato una cosa sotto condizione sospensiva può, per esempio venderla ad altri). Ma è ovvio che gli effetti di quest'ulteriore negozio restano subordinati alla stessa condizione cui era subordinato il primo: perciò, in tanto il secondo acquirente acquisterà la proprietà della cosa, in quanto la condizione, a cui prima la vendita era subordinata, si sarà verificata (art.1357 c.c.).

#### 144 Avveramento della condizione

La condizione si dice avverata quando si verifica l'evento dedotto.

Quando la condizione sospensiva si è verificata si producono tutte le conseguenze del negozio, con effetto retroattivo al tempo in cui è stato concluso, ossia si considera come se gli effetti si fossero prodotti non dal momento in cui l'avvenimento dedotto in condizione ha avuto luogo, ma da quello della conclusione del negozio (art.1360 c.c. *retroattività della condizione*). L'inverso avviene se la condizione è risolutiva. Es. perciò, se Tizio ha acquistato un immobile l'01.01.95, sotto una condizione sospensiva che si verifica l'01.07.96, non solo egli acquista la proprietà dell'immobile per effetto del verificarsi della condizione, ma si considera come se ne fosse diventato proprietario fin dall'01.01.95: il che importa che, se ha venduto ad altri medio tempore, cioè tra l'01.01.95 e l'01.07.96, l'alienazione è valida in quanto deve ritenersi fatta di chi è proprietario e poteva disporre dell'immobile. Questa è detta *retroattività reale*, cioè che gli effetti del negozio si considerano verificati o caducati dal momento della conclusione anche di fronte ai terzi (se Tizio ha venduto a Caio sotto condizione risolutiva e Caio ha, a sua volta, in pendenza della condizione, venduto a Sempronio, se la condizione risolutiva si verifica, sia Caio che Sempronio, non potranno considerarsi acquirenti della cosa).

La retroattività obbligatoria, invece, si applica in tema di risoluzione per inadempimento.

La retroattività non è un elemento essenziale: essa si fonda sulla presunta volontà delle parti che possono stabilire diversamente (art.1360 c.c.).

La retroattività non si applica agli atti di amministrazione compiuti in pendenza della condizione da colui che esercita il diritto, perché questi atti tendono alla conservazione della cosa o del diritto condizionato. Essa non si applica nemmeno ai frutti che siano stati percepiti durante il periodo di pendenza della condizione: perciò chi, per effetto del verificarsi della condizione, è tenuto a consegnare la cosa, sarà tenuto a consegnare i frutti che abbia eventualmente percepito, soltanto dal giorno in cui si è verificata la condizione (art.1361 c.c.). Le parti per altro, possono stabilire diversamente.

### C) IL TERMINE

#### 145 Natura

Il termine consiste in un avvenimento futuro e *certo*, dal quale (*termine iniziale*) o fino al quale (*termine finale*) debbono prodursi gli effetti del negozio.

Il termine differisce dalla condizione per il carattere di certezza del verificarsi dell'avvenimento: questo è anch'esso futuro (es. morte di una persona), ma non vi è alcun dubbio circa il suo avverarsi.

Il termine si distingue in: 1) *termine determinato*(che giungerà e quando giungerà: 05.04.90); 2) *termine indeterminato*( il giorno della mia morte); 3) il giorno in cui compirò 50 anni, non è certo che arrivi, potendo morire prima; 4) il giorno in cui prenderò la laurea, se la prenderò.

#### 146 Effetti del termine



In relazione al termine si distinguono due momenti: *pendenza* (finché la data indicata non sia giunta o l'avvenimento certo non si è avverato) e *scadenza*. Durante la pendenza, il diritto non può essere esercitato, perché il termine ha appunto lo scopo di differirne l'esercizio. Ma, se l'altra parte adempie la sua obbligazione, essa non può ripetere la prestazione, perché non può chiedere la restituzione di ciò che deve successivamente dare.

## D) IL DOLO

### 147 Natura

Il modo è una clausola accessoria che si appone a una liberalità (istituzione di erede, donazione) allo scopo di limitarla. La limitazione può consistere in un obbligo di dare (ti istituisco erede con l'obbligo di dare 50 euro annue ai poveri), di fare (ti dono un immobile con l'obbligo di costruire un ospedale nel mio paese<sup>9</sup> o di non dare (ti lascio in legato un terreno con l'obbligo di non costruirvi).

Il modo non costituisce carattere gratuito del negozio (*gratuità del negozio modale*). Da ciò deriva che il beneficiario del legato o della donazione modale non è mai tenuto oltre il valore della cosa che forma oggetto del negozio stesso (artt.671-793 c.c.).

Il modo si distingue dalla *raccomandazione* o dal semplice desiderio, espresso dal donante o dal testatore, che rappresenta un dovere esclusivamente morale per chi riceve l'attribuzione patrimoniale. Esso si distingue anche dalla *condizione sospensiva*, in quanto questa non produce un obbligo a carico della persona, e, d'altro canto, *il modo* non sospende, a differenza della condizione sospensiva, l'efficacia del negozio.

### 148 Modo impossibile o illecito

Poiché il modo costituisce un motivo, si applica al modo illecito (ti dono una somma, ma devi uccidere un mio nemico) e al modo impossibile la disciplina che la legge adotta rispetto al motivo illecito negli atti a titolo gratuito (artt.626, 799, 1419 c.c.).

L'onere *impossibile o illecito*, sia che si tratti di liberalità inter vivos che mortis causa, si ha per non apposto.

### 149 Adempimento del modo

Il modo costituisce un obbligo giuridico. Perciò, l'adempimento dell'obbligo che forma oggetto del modo può essere chiesto da ogni interessato (art.648.1 c.c.).

Circa gli effetti dell'inadempimento ricordiamo che il modo non inerte alla causa del negozio e non si confonde con il corrispettivo, che caratterizza i negozi a titolo oneroso.

## Capitolo 20: INTERPRETAZIONE DEL NEGOZIO GIURIDICO

### 150 Le regole legislative di ermeneutica

Le regole di interpretazione si distinguono in due gruppi:

*regole di interpretazione soggettiva*, quelle che sono dirette a ricercare il punto di vista dei soggetti del negozio (artt.1362-1365 c.c.);



b) *regole di interpretazione oggettiva*, che intervengono quando non riesca possibile attribuire un senso al negozio nonostante il ricorso alle norme di interpretazione soggettiva (artt.1367-1371 c.c.).

Il punto di riferimento dell'attività dell'interprete deve essere il *testo* della dichiarazione negoziale: ma non ci si deve limitare al senso letterale delle parole (art.1362 c.c.); occorre invece ricercare quale sia stato il risultato perseguito con il compimento dell'atto, e, quando si tratti di un contratto, quale sia stata "la comune intenzione delle parti", ossia il significato che entrambe attribuivano all'accordo.

Valgono ancora come sussidiari i seguenti principi:

- a) gli *usi interpretativi* (art.1368 c.c.), ciò che pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso o, se una delle parti è un imprenditore, nel luogo in cui si trova la sede dell'impresa;
- b) la regola secondo cui le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese in quello più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto (art.1369 c.c.);
- c) la clausola predisposta da una delle parti nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari, nel dubbio si interpreta contro chi ha predisposto la clausola (art.1370 c.c.).

Vi è da ultimo una *regola finale* che si applica quando tutte le altre si siano dimostrate inefficienti: l'art.1371 c.c. stabilisce che il negozio deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che esso realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso.

## Capitolo 21: EFFETTI DEL NEGOZIO GIURIDICO

### **151 Effetti: a) tra le parti**

L'art.1372 c.c. afferma che il negozio giuridico ha forza di legge rispetto alle parti che lo hanno perfezionato. a dire che gli effetti attribuiti all'atto sono vincolanti per chi lo ha posto in essere, quand'anche se ne sia



pentito (salvo, quando sia ammissibile la revoca dell'atto o, per mutuo consenso, lo scioglimento del vincolo): ad es. chi ha concluso un contratto è vincolato ad adempierlo e non può a suo arbitrio liberarsi dagli obblighi assunti. Per stabilire quali effetti un negozio è idoneo a produrre occorre non solo averlo *interpretato*, ma anche aver proceduto ad altre due operazioni: *la qualificazione* dell'atto e *la integrazione* dei suoi effetti. Per qualificazione dell'atto s'intende la sua sussunzione sotto il *nomen iuris* dal quale si determina la disciplina applicabile.

L'atto non produce solo gli effetti perseguiti dalle parti, ma anche quelli disposti dalla legge, dagli usi e dall'equità. L'integrazione degli effetti del negozio è importante soprattutto per risolvere i problemi posti dalle eventuali lacune della disciplina negoziale, che possono essere colmate da norme dispositive.

## 152 b) rispetto ai terzi

Il negozio giuridico produce, di regola, i suoi effetti tra le parti: esso non può danneggiare né giovare al terzo estraneo (art.1372 c.c.). Naturalmente i negozi giuridici, se non producono effetti diretti rispetto ai terzi, possono peraltro produrre rispetto ad essi effetti *indiretti o riflessi*. Se io vendo una cosa a Tizio, la proprietà della cosa passerà a Tizio e non ad una persona estranea al negozio, ma il terzo che voleva acquistare da me la stessa cosa rimarrà pregiudicato, perché non può più acquistarla da me.

## 153 Negozi ad effetti reali e negozi ad effetti obbligatori

Gli effetti che i negozi aventi contenuto patrimoniale possono produrre sono di due specie: *reali ed obbligatori*. In conformità a questa distinzione, essi si distinguono in *negozi dispositivi ad effetti reali e negozi ad effetti obbligatori*: i primi hanno per oggetto la trasmissione o la costituzione di un diritto reale o il trasferimento di un altro diritto; i secondi danno luogo alla nascita di un rapporto obbligatorio.

# **Capitolo 22: INVALIDITA' ED EFFICACIA DEL NEGOZIO GIURIDICO**

## **A) IL PROBLEMA GENERALE**

### **154 Invalidità**

Il negozio giuridico è invalido quando, per l'inosservanza dei limiti stessi, il negozio è viziato, difettoso, malato. L'invalidità può assumere due aspetti distinti: *la nullità e l'annullabilità*.



## B) LA NULLITA'

### 155 Nozione

Un atto si dice *nullo* quando va valutato come inidoneo a produrre i suoi effetti tipici. Per affermare la nullità di un negozio occorre individuare la causa che giustifica l'inidoneità dell'atto a produrre i suoi effetti.

Tali cause possono raggrupparsi in tre categorie:

- a) specifica comminatoria di nullità contenuta in una norma di legge (art.1418.3 c.c.);
- b) la mancanza di uno degli elementi essenziali del negozio;
- c) quando l'atto è contrario alla legge (art.1418.1 c.c.).

Il vizio che determina la nullità può riguardare l'intero negozio (*nullità totale*) o solo una o più clausole dell'atto (*nullità parziale*): in quest'ultimo caso l'intero negozio è parimenti travolto dalla nullità se risulta che i contraenti non l'avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità (art.1419.1 c.c.).

### 156 L'azione di nullità

Il negozio nullo non produce alcun effetto giuridico, ma questo non significa che non possa essere eseguito (ad es. è certamente nullo il contratto con cui un killer si impegna ad ammazzare una persona contro un compenso in danaro, ma la carenza di qualsiasi effetto giuridico non esclude affatto che quel patto venga tuttavia eseguito. Possiamo quindi trovarci di fronte ad un atto valido ed efficace, ma non eseguito, e viceversa un atto nullo ed inefficace può essere stato *in toto* o in parte eseguito. La nullità di un atto può essere pacifica per le parti, che quindi non ne pretendono l'esecuzione, ma può anche darsi invece che al riguardo insorgano contestazioni tra le parti. Qualora si voglia chiedere la restituzione di una prestazione effettuata in esecuzione di un atto nullo (ho pagato il prezzo di un immobile acquistato in forza di un contratto verbale e quindi nullo per vizio di forma) o rifiutare l'esecuzione di una prestazione, assumendo che sia nullo il negozio che la prevede; è necessario rivolgersi al giudice per far accertare e dichiarare la nullità del negozio in questione.

L'azione di nullità presenta alcune caratteristiche significative:

- a) è *imprescrittibile* (l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione);
- b) il negozio nullo è *insanabile* (art.1423 c.c.), cioè non può essere convalidato, né confermato o ratificato. La convalida non va, però, confusa con la "conversione" del negozio nullo, né con una "rinnovazione" dell'atto, effettuata evitando di ricorrere nuovamente nella stessa causa di nullità;
- c) l'azione di nullità è di *mero accertamento*, in quanto la sentenza che accoglie la domanda non modifica la situazione giuridica preesistente, limitandosi ad accertare, in modo non più controvertibile, che il negozio è nullo;
- d) la *legittimazione attiva* a far valere la nullità di un negozio è riconosciuta a *chiunque vi abbia interesse* (art.1421 c.c., la c.d. *assolutezza* dell'azione di nullità);
- e) la nullità di un atto può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art.1421 c.c.).

### 157 La conversione del negozio giuridico

Il negozio nullo non può, appunto stante la sua nullità, produrre gli effetti per realizzare i quali era stato posto in essere. La legge, però, ammette che, talvolta, possa attuarsi un fenomeno automatico di trasformazione/limitazione di quanto pattuito, denominato *conversione*.

Sebbene la conversione si realizzi in casi davvero rari, l'art.1424 c.c. richiede a tal fine i seguenti presupposti:

- a) che sia stato stipulato un negozio nullo;
- b) che il negozio nullo presenti tutti i requisiti, sia di sostanza (contenuto) che di forma, di un diverso negozio (che peraltro non è stato posto in essere);
- c) che sia possibile che le parti, qualora al momento della conclusione del negozio nullo fossero state consapevoli della nullità, avrebbero allora accettato di concludere, in luogo del primo, quel diverso negozio che sarebbe stato idoneo a produrre i suoi effetti.

### 158 Conseguenze della nullità

Se il negozio nullo sia stato eseguito, si può pretendere la restituzione delle prestazioni eseguite. Si applicano, al riguardo, le regole sulla ripetizione di ogni pagamento indebito (art.2033 c.c.). Tuttavia non è ammessa la ripetizione nel caso di prestazione eseguita in adempimento di un negozio immorale, se l'immoralità riguarda e colui che ha eseguito la prestazione (art.2035 c.c.).



## C) L'ANNULLABILITÀ

### 159 Nozione

L'annullabilità deriva dall'inosservanza delle regole che, pur dettate nell'interesse generale, mirano a proteggere particolarmente uno dei soggetti (art.1425 c.c.). Il negozio annullabile produce tutti gli effetti a cui era diretto (c.d. *efficacia precaria* del negozio annullabile), ma questi effetti vengono meno se viene proposta ed accolta l'azione di annullamento. L'annullabilità del negozio presenta i seguenti aspetti:

- a) l'azione di annullamento è un'azione *costitutiva*, in quanto non si limita a far accertare la situazione preesistente, ma mira a modificarla: il negozio aveva prodotto i suoi effetti, la sentenza di annullamento li elimina;
- b) salvo diversa disposizione di legge, la legittimazione a chiedere l'annullamento dell'atto spetta (art.1441.1 c.c.) solo alla parte nel cui interesse l'invalidità è prevista dalla legge;
- c) l'annullabilità di un atto non può essere *rilevata d'ufficio* dal giudice;
- d) l'azione di annullamento è *soggetta a prescrizione*: di regola il termine di prescrizione è di 5 anni, ma spesso sono stabiliti termini diversi. La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui è cessata la causa che ha dato luogo al vizio;
- e) l'annullabilità è sempre *sanabile*, o attraverso la prescrizione dell'azione di annullamento o attraverso la convalida del negozio.

### 160 Effetti dell'annullamento

Se l'azione dell'annullamento viene accolta dal giudice, l'annullamento ha effetto *retroattivo*: si considera come se il negozio non avesse prodotto alcun effetto. Tuttavia, se il negozio è annullato per incapacità di uno dei contraenti (art.2039 c.c.), l'incapace è tenuto a restituire la prestazione ricevuta solo nei limiti in cui essa è stata rivolta a suo vantaggio (art.1443 c.c.). Il principio dell'efficacia retroattiva dell'annullamento derivante da incapacità legale è applicato anche di fronte ai terzi.

### 161 La convalida

Il negozio annullabile può essere sanato, oltre che per effetto della prescrizione, con la convalida (*sanabilità* del negozio annullabile). La convalida è un negozio con il quale la parte legittimata a proporre l'azione di annullamento si preclude la possibilità di far valere il vizio. Essa non deve essere affetta dallo stesso vizio che ha determinato l'annullabilità del negozio che si vuol sanare. La convalida può essere *espressa*, cioè deve contenere la menzione del negozio annullabile, del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che s'intende convalidare il negozio; e *tacita*, cioè che si verifica qualora venga data esecuzione volontaria al negozio annullabile.

## D) L'INEFFICACIA

### 162 Nozione

L'inefficacia può essere *originaria* (rispetto alle parti è sempre transitoria), e *successiva* (può dipendere dall'impugnativa di una delle parti o di terzi).

La cessazione degli effetti può anche derivare da appositi atti negoziali che si distinguono in: *revoca*, negozio successivo che toglie il negozio originario e determina l'eliminazione della situazione effettuale derivante dal negozio originario; e *recesso*, negozio che è invece diretto a sciogliere immediatamente il rapporto determinato dal contratto (art.1373 c.c.).

## SEZIONE SECONDA: LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI

### Capitolo 23: LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI



Chi esercita l'azione proponendo la domanda giudiziale si chiama *attore* (perché agisce), colui contro il quale l'azione si propone *convenuto* (perché è invitato nel suo interesse a presentarsi, se lo crede, nel giudizio e ad esporre le sue ragioni). Il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti non può essere soppresso o limitato nei confronti di nessuno e per nessuna ragione.

Se tra me e un'altra persona sorge controversia circa la sussistenza di un diritto soggettivo a mio favore, s'instaura un *processo di cognizione* che ha il compito di individuare il comando contenuto nella norma di diritto sostanziale applicabile al caso concreto. Se io ho ottenuto la sentenza con cui Tizio viene condannato a pagarmi i danni e, ciò nonostante, egli non ottempera a quest'obbligo, io posso instaurare contro di lui un *processo di esecuzione*, la cui finalità consiste nel realizzare il comando contenuto nella sentenza (in questo caso, mediante l'espropriazione dei beni di Tizio e la loro vendita; sul danaro ricavato io soddisferò il mio credito). Per impedire che, nel corso del processo di cognizione, Tizio si spogli dei suoi beni, io posso avvalermi del *processo cautelare* (per es. posso chiedere ed ottenere il sequestro conservativo di quei beni), infatti, la finalità di tale processo è quella di conservare lo stato di fatto esistente per rendere possibile l'esecuzione della sentenza.

L'azione di cognizione può tendere ad una di queste tre finalità:

- 1) all'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico incerto e controverso ( se Tizio sia o meno proprietario di una cosa: *azione e sentenza di mero accertamento*);
- 2) all'emanazione di un comando, che il giudice rivolgerà alla parte soccombente di eseguire la prestazione che egli stesso riconosce dovuta all'attore (*azione e sentenza di condanna*);
- 3) alla costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici (art.2908 c.c.).

## 165 La cosa giudicata

L'efficacia del giudicato concerne anzitutto il processo, esso preclude ogni ulteriore riesame ed impugnazione della sentenza. La cosa giudicata ha anche un valore *sostanziale*: non solo non si può impugnare la sentenza, ma, se in essa è stato riconosciuto il mio diritto di proprietà o di credito, ciò non può formare più oggetto di riesame tra me e l'altra parte in futuri processi.

## 166 Il processo esecutivo e il pignoramento

Se non viene adempiuto il comando contenuto nella sentenza, colui a cui favore è stato emesso può iniziare il *processo esecutivo*. Esso può avere per oggetto la consegna di una cosa mobile o il rilascio di un immobile (art.2930 c.c.), se non è adempiuto l'obbligo di consegnare l'una o l'altro. Se, invece, non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere solo che esso sia eseguito a spese dell'obbligato, tranne che si tratti di un *facere* infungibile, nel qual caso può soltanto ottenere il risarcimento del danno.

Se non è stato adempiuto un obbligo di *non facere*, l'avente diritto può ottenere la distruzione a spese dell'obbligato (art.2933 c.c.).

La forma più importante di processo esecutivo è l'espropriazione dei beni del debitore, nel caso che egli non adempia l'obbligazione di pagare una somma di danaro (espropriazione forzata).

Il *pignoramento*, invece, è l'atto con il quale si assoggetta il bene all'azione esecutiva. L'art.2913 c.c. stabilisce che non hanno effetto, in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione, gli atti di alienazione dei beni sottoposti a pignoramento.

## Capitolo 24: LA PROVA DEI FATTI GIURIDICI

### 167 Nozioni generali

Tutte le volte che su una circostanza vi sia divergenza tra le parti, il giudice è tenuto, per poter arrivare a definire, a scegliere tra le contrapposte versioni.



Nel giudizio civile, sono le parti che devono preoccuparsi di indicare quali siano *i mezzi di prova*, ossia gli elementi in base ai quali ciascuna di esse ritiene che la propria versione dei fatti litigiosi risulti più convincente di quella della controparte. Al giudice spetta valutare anzitutto se i mezzi di prova che le parti offrono siano *ammissibili*, cioè conformi alla legge; e *rilevabili*, cioè abbiano ad oggetto fatti che possano influenzare la decisione della lite. Dopo aver ammesso e assunto le prove, egli valuterà, con la sentenza, la loro *concludenza*, ossia la loro idoneità o meno a dimostrare i fatti sui quali vertevano.

In ogni caso, comunque, il giudice deve motivare la sua decisione, spiegando le ragioni del suo convincimento.

## 168 L'onere della prova

Può darsi che, riguardo ai fatti oggetto di opposte versioni delle parti, nel processo siano del tutto mancanti mezzi di prova. In questo caso, il giudice, non potendo rifiutarsi di decidere, dovrà per forza scegliere una soluzione.

La regola di giudizio che il legislatore gli offre si chiama “onere della prova” (art.2697 c.c.): in ordine a ciascun fatto grava sempre su una sola delle parti l'*onere* di persuadere il giudice, ossia, se il giudice non considera convincente o provata la versione offerta dalla parte gravata dall'onere, dovrà dare ragione, su quel punto, alla controparte, *anche se consideri parimenti non convincente la versione che a quel fatto è stata data da quest'ultima*. L'onere della prova, quindi, è una regola da applicare al termine del giudizio, risolvendosi nel rischio che sia accolta la versione sostenuta dalla controparte, se il soggetto gravato dall'onere non riesce ad offrire al giudice elementi di prova sufficientemente convincenti.

## 169 I mezzi di prova

Per mezzo di prova s'intende qualsiasi elemento idoneo ad influenzare la scelta che il giudice deve fare per stabilire quale tra le contrapposte versioni di un fatto sostenute dalle parti in lite sia più convincente.

Il principio fondamentale è quello della loro libera valutazione da parte del giudice. Ci sono però, anche *prove legali*, la cui rilevanza è già predeterminata dalla legge, cosicché il giudice non ha alcuna discrezionalità nel valutarle. I mezzi di prova si distinguono in due specie: *prova precostituita* o documentale (atto pubblico, scrittura privata), detta precostituita perché esiste già prima del giudizio; e *prova costituenda* (prova testimoniale, confessioni, presunzioni, giuramenti), detta costituenda perché deve formarsi nel corso del giudizio.

## 170 La prova documentale

Per “documento” s'intende ogni *cosa* idonea a rappresentare un fatto, in modo da consentirne la presa di conoscenza a distanza di tempo.

Importanza preminente tra i documenti, rivestono l'atto pubblico e la scrittura privata:

*L'atto pubblico* è il documento redatto, con particolari formalità stabilite dalla legge, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuire all'atto quella particolare fiducia nella sua veridicità che si chiama “pubblica fede” (art.2699 c.c.). L'atto pubblico fa piena prova della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha sottoscritto e di tutto quanto egli attesta essere avvenuto alla sua presenza (art.2700 c.c.). Con ciò significa che il giudice è vincolato a considerare senz'altro vere le circostanze, senza che siano possibile alternative, dubbi o controprove. Se una parte intende contrastare tale speciale forza probatoria privilegiata deve fare necessariamente ricorso ad un particolare procedimento che si avvia mediante una *querela di falso*: ossia mediante la richiesta che il giudice accerti, in via separata rispetto al processo in cui il documento è prodotto e se ne chiede l'utilizzazione, che quel documento è in realtà oggettivamente falso.

*Scrittura privata* è qualsiasi documento che risulti sottoscritto da un privato. Quest'ultimo, con la sua firma, si assume la paternità del testo e, quindi, la responsabilità in quanto in esso sia dichiarato. La scrittura privata, proprio perché non proviene da un pubblico ufficiale, non ha la stessa efficacia probatoria dell'atto pubblico. Essa, infatti, fa prova soltanto contro chi ha sottoscritto il documento e non a suo favore. Se, invece, la sottoscrizione è autenticata o è riconosciuta, essa, come l'atto pubblico fa piena prova legale fino a querela di falso, ma della sola provenienza delle dichiarazioni di chi ha sottoscritto. Elemento importante della scrittura privata è la *data*, ossia l'indicazione del giorno in cui la scrittura è stata sottoscritta.

## 171 Prova testimoniale



La testimonianza (detta anche prova orale) è la narrazione fatta al giudice di una persona estranea alla causa in relazione a fatti controversi di cui il teste abbia conoscenza.

La prova testimoniale incontra limiti legali di ammissibilità:

- a) essa non è ammissibile quando sia invocata per provare il perfezionamento o il contenuto di un contratto avente un valore superiore alle 5000 lire;
- b) essa non è ammissibile se tende a dimostrare che anteriormente, contemporaneamente o successivamente alla stipulazione di un accordo scritto siano stati stipulati altri patti, non risulti però dal documento (art.2722, 2723);
- c) non è ammissibile se tende a provare un contratto che, per volontà delle parti o per espressa disposizione di legge, deve essere *provato per iscritto*.

## 172 Forma ad substantiam e forma ad probationem

Quando la forma (atto scritto o atto pubblico) è richiesta *ad substantiam*, essa costituisce un elemento essenziale del negozio, cosicché ove il requisito formale non sia osservato l'atto è irrimediabilmente nullo.

Il legislatore impone alla parte l'onere di custodire il documento onde poterlo in qualsiasi momento, esibire al giudice: altrimenti, mancando il documento o, in alternativa, la prova della sua perdita incolpevole, il giudice deve presumere che esso non sia mai stato formato.

Diversa è la situazione, invece, quando l'osservanza di una forma sia stabilita *ad probationem tantum*. In tal caso, infatti, l'atto compiuto senza l'osservanza della forma stabilita dalla legge *non è nullo* l'unica conseguenza della inosservanza della forma è il *divieto della forma testimoniale*.

## 173 La prova della simulazione

Le parti che pongono in essere un contratto simulato si premuniscono: quando fanno il contratto per iscritto, si scambiano una controdiagnosi scritta, nella quale si dichiarano reciprocamente che il contratto apparente non è da esse effettivamente voluto e che esse o non hanno voluto concludere alcun contratto (simulazione assoluta) oppure hanno voluto concludere un contratto diverso (simulazione relativa). Supponiamo che questa dichiarazione non sia stata fatta o sia andata perduta, è ammissibile che si chieda di provare la simulazione mediante testimoni e presunzioni in due casi: che la simulazione sia dedotta da terzi; o in cui essa sia fatta valere da una delle parti contro l'altra. I terzi non sono soggetti alle restrizioni che sono stabilite per la prova testimoniale e per le presunzioni, sia perché essi non si potevano procurare la prova scritta della simulazione, sia perché le restrizioni alla prova testimoniale si riferiscono ai contratti e non ai fatti e valgono, perciò, di fronte ai contraenti per i quali il contratto assume valore soltanto di semplice fatto. Per quanto riguarda l'ammissibilità della prova tra i contraenti, bisogna distinguere tra l'ipotesi in cui la prova sia diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato e quella in cui quest'ultimo non sia illecito. Nel primo caso la prova per testimoni e per presunzioni è ammessa senza limiti, nella seconda ipotesi valgono le limitazioni stabilite dalla legge per la prova testimoniale.

## 174 Le presunzioni

Per presunzione (o prova indiretta) si intende ogni argomento, illazione, attraverso cui, essendo già provata una determinata circostanza (c.d. fatto base o indizio), si giunge a considerare provata altresì un'altra circostanza, sfornita di prova diretta (così ad es., dalla circostanza che sia decorso già un certo periodo di tempo dal momento in cui si poteva pretendere il pagamento di certi debiti, per i quali doveva avvenire entro breve tempo, si trae la presunzione che il debito sia già stato pagato o comunque si sia già estinto, sebbene manchino prove dirette del pagamento o del verificarsi di un'altra causa di estinzione dell'obbligo: prescrizione presuntiva).

Le presunzioni si dicono *legali* quando è la stessa legge che attribuisce ad un fatto, valore di prova in ordine ad un altro fatto, che quindi viene presunto (es. presunzione che chi ha il possesso di una cosa altrui sia in buona fede).

Le presunzioni legali, a loro volta, possono essere *assolute* e non ammettono prova contraria; o *relative* ed ammettono prova contraria.

Le presunzioni si dicono invece *semplici* quando non sono prestabilite dalla legge, ma sono lasciate al prudente apprezzamento del giudice, il quale non deve ritenere provato un fatto, di cui manchino prove dirette, se non quando ricorrano indizi gravi, precisi e concordanti (art.2729 c.c.).



docsity

L' università, condivisa

[www.docsity.com](http://www.docsity.com)

docsity.com

