

UMBERTO BRECCIA - LUCIANO BRUSCUGLIA - FRANCESCO DONATO BUSNELLI
FRANCESCA GIARDINA - ALBERTO GIUSTI - MARIA LEONARDA LOI
EMANUELA NAVARRETTA - MAURO PALADINI - DIANORA POLETTI - MARIO ZANA

DIRITTO PRIVATO

Tomo secondo

Seconda edizione

UTET
GIURIDICA

© 2010 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

Redazione Giuridica:
Corso Vittorio Emanuele II, 44 - 10123 Torino
Sito Internet: www.utetgiuridica.it
e-mail: info@wkiuridica.it

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - e-mail: segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Project editor: Pietro Giordano
Ufficio tecnico: Giuseppe Milano
Impaginazione: Finotello - Borgo San Dalmazzo (CN)
Stampa: L.E.G.O. S.p.A. - Lavis (TN)

ISBN 978-88-598-0178-8

Autori del Tomo secondo

Le *Presentazioni* all'inizio dei capitoli sono state curate da FRANCESCO DONATO BUSNELLI.

Nel Capitolo Quinto, le Sezioni Prima, Quarta, Quinta, Sesta e Nona sono state curate da DIANORA POLETTI, la Sezione Seconda da UMBERTO BRECCIA, le Sezioni Terza e Ottava da MARIA LEONARDA LOI e la Sezione Settima da MAURO PALADINI.

Il Capitolo Sesto è stato curato da DIANORA POLETTI.

Il Capitolo Settimo è stato curato da MAURO PALADINI e da ALBERTO GIUSTI (il quale ha redatto le parti relative a: *Compravendita - Locazione - Contratti bancari - Fideiussione, mandato di credito e garanzie personali*).

Il Capitolo Ottavo è stato curato da MARIO ZANA.

INDICE

CAPITOLO QUINTO LE OBBLIGAZIONI

<i>Presentazione</i>	p.	401
--------------------------------	----	-----

SEZIONE PRIMA IL RAPPORTO OBBLIGATORIO

1. La struttura del rapporto obbligatorio e il problema della sua definizione	»	405
2. Debito e responsabilità come momenti essenziali attinenti a diverse fasi di svolgimento del rapporto	»	407
3. Le cc.dd. obbligazioni naturali	»	408
4. Le obbligazioni nel codice civile	»	410
5. Fondamento e carattere patrimoniale del rapporto obbligatorio	»	411
6. Il contenuto dell'obbligazione: la prestazione. Categorie di prestazioni	»	413
7. L'oggetto della prestazione. Requisiti	»	416
8. I soggetti del rapporto obbligatorio	»	418
9. Le fonti delle obbligazioni	»	420

SEZIONE SECONDA FONTI DELLE OBBLIGAZIONI DIVERSE DAL CONTRATTO E DAL FATTO ILLECITO

I. Ingerenze nella sfera giuridica altrui	»	424
II. Gestione di affari altrui	»	425
1. Presupposti	»	425
2. Attività di gestione rappresentativa e non rappresentativa	»	426
3. Obblighi del gestore e dell'interessato	»	427
4. Altre ipotesi d'ingerenza nella sfera giuridica altrui	»	427
III. Spostamenti patrimoniali privi di un fondamento giuridico	»	428
A) Pagamento non dovuto	»	428
1. Indebito oggettivo	»	428
2. Indebito soggettivo	»	430
3. Parti dell'obbligazione che nasce dal pagamento non dovuto	»	431

4. Obbligazione restitutoria	<i>p.</i>	432
5. Casi in cui la restituzione di un pagamento non dovuto è esclusa o è subordinata al vantaggio ricevuto	»	434
5.1. Casi in cui la restituzione di un pagamento non dovuto è esclusa	»	434
5.2. Restituzione del pagamento non dovuto limitata al “vantaggio” che ne ha tratto colui che lo ha ricevuto. Pagamento a un incapace	»	435
B) Arricchimento senza causa	»	435
1. Presupposti	»	435
2. Descrizione generale della figura	»	437
3. Effetti: obbligazione restitutoria e d'indennizzo con carattere sussidiario	»	439

SEZIONE TERZA
DI ALCUNE SPECIE DI OBBLIGAZIONI

I. La scelta del legislatore	»	441
II. Le obbligazioni pecuniarie	»	442
1. Oggetto e definizione. La regola dell'efficacia liberatoria della moneta avente corso legale e il principio nominalistico. Debiti di valuta e debiti di valore	»	442
2. Il pagamento con moneta estera e la clausola “effettivo”. Il pagamento con specie di moneta con valore intrinseco	»	445
3. Regole speciali di disciplina	»	446
4. Anatocismo	»	451
III. Le obbligazioni alternative	»	452
1. Definizione, caratteristiche e disciplina	»	452
IV. Le obbligazioni soggettivamente complesse	»	457
1. Osservazioni generali	»	457
2. Natura giuridica e regime normativo delle obbligazioni solidali	»	460
3. Il regime normativo delle obbligazioni parziarie	»	467
4. Le obbligazioni indivisibili	»	468

SEZIONE QUARTA
L'ATTUAZIONE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO

I. La regola della correttezza	»	470
II. Il comportamento del creditore	»	472
1. La richiesta di adempimento	»	472
2. Il ricevimento della prestazione	»	473
3. Il mancato ricevimento della prestazione. La mora del creditore	»	474
4. Il soddisfacimento dell'interesse del creditore per mezzo di un soggetto estraneo al rapporto. Il c.d. adempimento del terzo	»	477
III. Il comportamento del debitore	»	478
1. L'adempimento: carattere dovuto, profili di discrezionalità, qualificazione	»	478
2. L'incapacità del debitore	»	479
3. L'art. 1176 c.c. e la diligenza del buon padre di famiglia	»	480
4. Le modalità “oggettive” dell'adempimento: il tempo e il luogo	»	484
5. Le modalità “soggettive” dell'adempimento: il destinatario della prestazione	»	486
6. L'imputazione del pagamento	»	488
7. La quietanza e la liberazione dalle garanzie	»	489

SEZIONE QUINTA
I MEZZI DI CONSERVAZIONE DELLA GARANZIA PATRIMONIALE

1. I mezzi “tipici” di conservazione della garanzia patrimoniale	p. 491
A) L'azione surrogatoria	» 492
1. L'azione surrogatoria: funzione e fondamento	» 492
2. Presupposti	» 493
3. Esercizio ed effetti	» 495
B) L'azione revocatoria	» 495
1. L'azione revocatoria: funzione	» 495
2. Presupposti	» 496
3. Effetti dell'azione revocatoria	» 498
4. La revocatoria nel diritto fallimentare e in quello penale: cenni	» 499
C) Il sequestro conservativo	» 500
D) Altri mezzi di tutela preventiva del credito	» 501

SEZIONE SESTA
L'INADEMPIMENTO E LA RESPONSABILITÀ

1. L'inadempimento	» 502
2. La responsabilità per inadempimento	» 503
3. Inadempimento e tipi di rapporto	» 505
4. Causa non imputabile e onere della prova	» 508
5. <i>Segue</i>	» 511
6. Il ritardo e la mora del debitore	» 513
7. Gli effetti della mora	» 515
8. Esclusione, cessazione, “purgazione” della mora	» 516
9. Le conseguenze dell'inadempimento: il risarcimento (per equivalente e in forma specifica) del danno	» 516
10. La determinazione del danno risarcibile	» 517
11. La liquidazione del danno. Il danno nelle obbligazioni pecuniarie	» 522
12. <i>Segue</i> . Clausola penale e caparra confirmatoria	» 523

SEZIONE SETTIMA
I MODI DI ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI DIVERSI DALL'ADEMPIMENTO

I. Nozioni generali	» 526
1. La regolare attuazione del rapporto obbligatorio	» 526
2. L'inadempimento	» 527
3. Estinzione dell'obbligazione ed estinzione della fonte del rapporto obbligatorio	» 528
4. Ipotesi di classificazione	» 528
II. Novazione oggettiva	» 528
1. Nozione ed elementi costitutivi	» 528
2. La causa della novazione	» 529
3. Inefficacia della novazione	» 530
4. Effetti della novazione sulle garanzie	» 530
5. Novazione dell'obbligazione solidale	» 531
III. Remissione del debito	» 531
1. Nozioni generali e struttura della remissione	» 531

2. Forma della remissione e valutazioni legali tipiche	p.	533
3. Causa e oggetto della remissione	»	534
4. Effetti della remissione sulle garanzie	»	534
5. Figure affini	»	534
IV. Compensazione	»	536
1. Nozioni generali e <i>ratio</i> dell'istituto	»	536
2. Divieti di compensazione	»	537
3. Tipi di compensazione	»	538
4. Compensazione e garanzie del credito	»	540
5. Compensazione e circolazione del credito	»	540
6. Compensazione fallimentare	»	541
V. Confusione	»	541
1. Nozioni generali	»	541
2. La confusione rispetto ai terzi	»	542
3. Riunione delle qualità di fideiussione e di debitore	»	542
4. Confusione e consolidazione	»	542
VI. Impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile	»	543
1. Nozione e classificazione	»	543
2. Requisiti dell'impossibilità	»	543
3. L'impossibilità sopravvenuta non imputabile nei contratti con prestazioni corrispettive	»	544
4. Subingresso del creditore nei diritti del debitore	»	545

SEZIONE OTTAVA

MODIFICAZIONI SOGGETTIVE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO

I. Nozioni generali	»	546
1. Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio e il concetto di successione	»	546
II. Le modificazioni dal lato del credito	»	548
1. Osservazioni generali	»	548
2. La cessione del credito	»	549
2.1. I crediti incedibili	»	550
2.2. L'oggetto della cessione e gli obblighi del cedente. Gli accessori del credito	»	551
2.3. Gli effetti della cessione nei confronti del debitore e rispetto ai terzi	»	552
2.4. Le garanzie del <i>nomen verum</i> e del <i>nomen bonum</i>	»	554
2.5. Il regime delle eccezioni	»	555
3. Il pagamento con surrogazione	»	556
4. La delegazione attiva	»	558
5. La cessione del contratto. Il subcontratto	»	560
5.1. Il consenso del contraente ceduto	»	562
5.2. Effetti, eccezioni e garanzie	»	563
5.3. Il subcontratto	»	564
III. Le modificazioni dal lato dell'obbligo	»	565
1. Osservazioni generali	»	565
2. La delegazione	»	565
2.1. La delegazione di debito e la delegazione di pagamento	»	567
2.2. Il regime delle eccezioni	»	571

3. Lespromissione	p.	572
3.1. La sorte delle garanzie e il regime delle eccezioni	»	574
4. L'accollo	»	575
4.1. Il regime delle eccezioni e la sorte delle garanzie	»	577

SEZIONE NONA

CAUSE DI PRELAZIONE, GARANZIE REALI DEL CREDITO, ESECUZIONE FORZATA

I. Nozioni generali	»	578
1. Responsabilità patrimoniale, limitazioni di responsabilità e cause legittime di prelazione	»	578
2. Elementi distintivi e principi comuni alle diverse cause di prelazione	»	581
3. Il modello legale delle garanzie del credito e le esigenze emergenti	»	582
II. I privilegi	»	583
1. Fondamento e caratteri del privilegio. Privilegi generali e speciali	»	583
2. L'ordine dei privilegi sui mobili e sugli immobili	»	586
III. Il pegno	»	587
1. Il pegno come garanzia reale	»	587
2. L'oggetto del pegno	»	587
3. Il titolo costitutivo del pegno	»	588
4. Le modalità di costituzione: in particolare, il pegno di beni mobili e il c.d. spossessamento	»	589
5. La costituzione del pegno di crediti e di titoli di credito	»	590
6. Il possesso e le facoltà del creditore pignoratizio	»	591
IV. L'ipoteca	»	592
1. L'ipoteca come garanzia reale	»	592
2. Oggetto dell'ipoteca	»	593
3. La specialità e l'indivisibilità	»	594
4. La costituzione dell'ipoteca: i vari tipi di titolo	»	595
5. <i>Segue</i> . Liscrizione	»	597
6. Terzo acquirente e terzo datore del bene ipotecato	»	598
7. Riduzione ed estinzione dell'ipoteca	»	599
V. L'esecuzione forzata	»	600
1. La realizzazione della garanzia patrimoniale	»	600
2. Esecuzione forzata per espropriazione	»	601
3. Esecuzione forzata in forma specifica	»	602
4. L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto	»	603

CAPITOLO SESTO
LA RESPONSABILITÀ CIVILE

<i>Presentazione</i>	»	607
--------------------------------	---	-----

SEZIONE PRIMA

PREMESSE GENERALI

1. Illecito civile e responsabilità per danni	»	610
2. Il "problema" della responsabilità civile	»	613
3. Il "sistema" della responsabilità civile	»	617

SEZIONE SECONDA
LA REGOLA GENERALE DELL'ART. 2043 C.C.

1. Fondamento, elementi e presupposti dell'art. 2043 c.c.	p.	619
2. Il presupposto della c.d. imputabilità	»	620
3. L'elemento soggettivo della fattispecie: il dolo e la colpa	»	622
4. <i>Segue</i> . Colpa grave e colpa omissiva	»	626
5. L'ingiustizia del danno. Considerazioni generali	»	627
6. <i>Segue</i> . Le cc.dd. cause di giustificazione	»	628
7. <i>Segue</i> . Il danno ingiusto. La lesione degli interessi giuridicamente rilevanti	»	630
8. Il nesso di causalità	»	637
9. <i>Segue</i> . Causalità (giuridica) e danno risarcibile	»	643

SEZIONE TERZA
LE PREVISIONI NORMATIVE SPECIALI DI RESPONSABILITÀ CIVILE

1. Premessa	»	646
2. La prova liberatoria di "non avere potuto impedire il fatto". La responsabilità dei genitori e dei precettori	»	649
3. La prova liberatoria di "avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno". La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose	»	650
4. <i>Segue</i> . La responsabilità per la circolazione di veicoli	»	651
5. La dimostrazione del "caso fortuito"	»	654
6. La prova dell'"assenza di vizi di costruzione o difetti di manutenzione"	»	655
7. L'esclusione della prova liberatoria: la responsabilità dei "padroni" e dei "committenti"	»	656
8. Le "responsabilità speciali" nella legislazione esterna al codice	»	658
9. <i>Segue</i> . Linee di intervento del legislatore speciale	»	663

SEZIONE QUARTA
IL DANNO RISARCIBILE

1. Il concetto di danno. Danno patrimoniale e danno non patrimoniale	»	666
2. Il danno patrimoniale, in particolare	»	670
3. Il danno non patrimoniale, in particolare. Il danno alla salute	»	671
4. <i>Segue</i> . Danno morale e danno da lesione degli altri diritti della personalità	»	673
5. La liquidazione del danno	»	677

SEZIONE QUINTA
GLI STRUMENTI DI TUTELA DEL DANNEGGIATO

1. L'obbligo di risarcire il danno: risarcimento per equivalente e in forma specifica	»	682
2. Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: distinzioni e affinità	»	684
3. <i>Segue</i> . Alcune ipotesi di confine tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale	»	687
4. Tutela risarcitoria, tutela inibitoria e pena privata. Cenni	»	689
5. Responsabilità civile, assicurazioni sociali e sicurezza sociale	»	691

CAPITOLO SETTIMO
I CONTRATTI

<i>Presentazione</i>	p.	697
--------------------------------	----	-----

SEZIONE PRIMA
I CONTRATTI TRASLATIVI ONEROSI

I.	La compravendita	»	700
	1. Nozione	»	700
	2. Efficacia reale e efficacia obbligatoria	»	700
	3. Le obbligazioni del venditore	»	701
	4. Le obbligazioni del compratore	»	705
	5. La vendita con patto di riscatto	»	706
	6. Sottotipi di vendita	»	707
	6.1.1. La vendita di cose mobili	»	708
	6.1.2. La vendita dei beni di consumo	»	710
	6.2. La vendita di cose immobili	»	713
	6.3. La vendita di eredità	»	713
II.	Permuta, somministrazione e contratto estimatorio	»	714
	1. La permuta	»	714
	2. La somministrazione	»	715
	3. Il contratto estimatorio	»	717
	4. Il riporto	»	718

SEZIONE SECONDA
LA DONAZIONE E LE ALTRE LIBERALITÀ

	1. Liberalità, donazione e atti essenzialmente gratuiti	»	720
	2. Il contratto di donazione: cenni generali e limiti alla capacità di disporre e di ricevere per donazione	»	723
	3. La forma della donazione	»	724
	4. L'oggetto della donazione	»	725
	5. Modo, condizione, e motivo	»	725
	6. Nullità, adempimento e revocazione	»	728

SEZIONE TERZA
I CONTRATTI OBBLIGATORI PER IL GODIMENTO DI BENI

I.	La locazione	»	731
	1. Nozione	»	731
	2. La disciplina della locazione nel codice civile	»	732
	3. La locazione di immobili urbani ad uso di abitazione	»	735
	4. La locazione di immobili urbani ad uso diverso dall'abitazione	»	737
II.	L'affitto	»	738
	1. Nozione	»	738
	2. Le singole figure di affitto	»	739
III.	Il leasing	»	740
	1. Nozione	»	740

	2. Diritti e obblighi delle parti	p.	741
	3. Il <i>lease-back</i>	»	743
IV.	Il comodato	»	743
	1. Nozione	»	743
	2. Diritti e obblighi del comodatario	»	744
	3. La restituzione della cosa	»	745
V.	Il contratto di albergo	»	746
	1. Nozione	»	746

SEZIONE QUARTA

I CONTRATTI OBBLIGATORI PER L'ESECUZIONE DI OPERE O DI SERVIZI

I.	L'appalto	»	747
	1. Nozione ed elementi essenziali	»	747
	2. L'esecuzione dell'opera o del servizio e le "sopravvenienze" contrattuali	»	748
	3. Adempimento, inadempimento e scioglimento del contratto	»	749
	4. La responsabilità dell'appaltatore per rovina e difetti di cose immobili	»	753
	5. Il subappalto	»	753
II.	Il contratto d'opera	»	754
	1. Nozione e disciplina	»	754
	2. La prestazione d'opera intellettuale	»	755
III.	La subfornitura	»	757
	1. Nozioni generali	»	757
	2. Forma e contenuto	»	758
	3. Diritti e obblighi delle parti	»	758
	4. La responsabilità del subfornitore	»	760
	5. L'abuso di dipendenza economica (<i>rinvio</i>)	»	760
IV.	Il trasporto	»	761
	1. Nozioni generali	»	761
	2. Il trasporto di persone	»	761
	3. Il trasporto di cose: lettera di vettura e ricevuta di carico	»	762
	3.1. Diritti e obblighi del mittente	»	763
	3.2. Diritti e obblighi del vettore	»	763
	3.3. Diritti e obblighi del destinatario	»	764
	3.4. Il pagamento del corrispettivo	»	765
	4. Trasporto cumulativo, trasporto con rispedizione e subtrasporto	»	765
	5. Il noleggio	»	766
V.	I contratti di viaggio	»	766
	1. Nozioni generali	»	766
	2. Il contratto di organizzazione di viaggio	»	767
	3. Il contratto di intermediazione di viaggio	»	768
	4. La vendita di pacchetti turistici	»	768
VI.	I contratti di deposito e parcheggio	»	770
	1. Il deposito: nozioni generali	»	770
	2. Obbligazioni del depositario	»	770
	3. Il deposito in albergo	»	772
	4. Il deposito nei magazzini generali	»	773
	5. Il contratto di parcheggio	»	774

VII. I contratti di pubblicità	p.	775
1. Nozioni generali	»	775
2. Il contratto di agenzia pubblicitaria	»	775
3. La sponsorizzazione	»	776
4. Il <i>merchandising</i>	»	776
VIII. Altri contratti atipici	»	777
1. <i>L'engineering</i>	»	777
2. Il <i>catering</i>	»	777
3. <i>L'outsourcing</i>	»	778

SEZIONE QUINTA

I CONTRATTI OBBLIGATORI PER LA CONCLUSIONE DEGLI AFFARI

I. Il mandato	»	779
1. Nozione e classificazione	»	779
2. Mandato con rappresentanza e senza rappresentanza	»	780
3. Le obbligazioni del mandatario	»	781
3.1. L'obbligo di rispettare i limiti del mandato	»	782
3.2. La sostituzione del mandatario e il submandato	»	783
4. Le obbligazioni del mandante	»	784
5. L'estinzione del mandato	»	784
II. La commissione	»	786
1. Nozione	»	786
2. Diritti e obblighi delle parti	»	786
III. La spedizione	»	787
1. Nozione	»	787
IV. L'agenzia	»	788
1. Nozione	»	788
2. Diritti e obblighi delle parti	»	790
3. Durata del contratto	»	791
4. Patto di non concorrenza	»	792
5. Agente di assicurazione e <i>broker</i>	»	793
V. La concessione di vendita e il <i>franchising</i>	»	793
1. Cenni generali	»	793
2. La concessione di vendita	»	794
3. Il contratto di affiliazione commerciale (<i>franchising</i>)	»	795
VI. La mediazione	»	797
1. Nozione	»	797
2. Il diritto alla provvigione	»	799
3. Pluralità di mediatori e submediazione	»	800
4. Gli obblighi del mediatore	»	800
5. La mediazione per contraente non nominato	»	801

SEZIONE SESTA

I CONTRATTI ALEATORI

I. Rendita vitalizia, rendita perpetua e contratto di mantenimento	»	802
1. Cenni generali	»	802
2. La rendita vitalizia	»	803

2.1. La rendita perpetua	»	804
3. Il contratto di mantenimento	»	806
II. Il contratto di assicurazione	»	807
1. Nozione	»	807
2. La conclusione del contratto	»	807
3. Il rischio assicurativo	»	808
4. Assicurazione in nome altrui, per conto altrui, per conto di chi spetta e in favore del terzo	»	810
5. Effetti e durata del contratto	»	811
6. L'assicurazione contro i danni	»	813
6.1. Diritti e obblighi delle parti	»	815
6.2. L'assicurazione della responsabilità civile	»	816
6.3. Le assicurazioni obbligatorie della responsabilità civile	»	817
7. L'assicurazione sulla vita	»	819
7.1. Diritti e obblighi delle parti	»	820
8. L'assicurazione contro gli infortuni	»	822
9. La riassicurazione	»	823
III. Il giuoco e la scommessa	»	824
1. Nozione e classificazione	»	824
IV. Associazione in partecipazione	»	825
1. Nozioni generali	»	825
2. Diritti dell'associato ed estinzione del contratto	»	826
3. Il contratto di cointeressenza	»	826
V. Contratti aleatori atipici	»	826
1. Gli <i>swaps</i>	»	826
2. Il contratto di distribuzione di opera cinematografica	»	827

SEZIONE SETTIMA

I CONTRATTI BANCARI E DI FINANZIAMENTO

I. I contratti bancari	»	829
1. Nozioni generali	»	829
2. Il deposito bancario	»	831
3. L'apertura di credito	»	832
4. L'anticipazione bancaria	»	833
5. Lo sconto	»	833
6. Le operazioni bancarie accessorie	»	833
II. Il conto corrente ordinario	»	834
1. Nozione	»	834
2. Disciplina del rapporto e suo scioglimento	»	835
III. Il mutuo	»	836
1. Nozione	»	836
2. Diritti e obblighi delle parti	»	837
3. Mutuo di scopo	»	838
IV. Il factoring	»	839
1. Nozione ed effetti	»	839
2. Rapporti tra <i>factor</i> e debitore ceduto	»	839

SEZIONE OTTAVA
I CONTRATTI OBBLIGATORI DI GARANZIA

I.	Fideiussione, mandato di credito e garanzie personali atipiche . . . p.	841
	1. La fideiussione	» 841
	2. Il contratto autonomo di garanzia	» 843
	3. La lettera di <i>patronage</i>	» 844
	4. Il mandato di credito	» 844
II.	L'anticresi	» 845
	1. Nozione e disciplina	» 845

SEZIONE NONA
I CONTRATTI PER LA COMPOSIZIONE DELLE LITI

	1. La transazione: nozione e presupposti	» 846
	1.1. Tipi di transazione	» 847
	1.2. Forma e impugnazione del contratto	» 848
	2. Il contratto di accertamento	» 849
	3. La cessione dei beni ai creditori	» 849
	4. Il sequestro convenzionale	» 850

**CAPITOLO OTTAVO
L'IMPRESA E LE SOCIETÀ**

SEZIONE PRIMA
L'IMPRESA

	Presentazione	» 855
I.	Nozioni generali	» 858
	1. Il Libro V del Codice Civile del 1942	» 858
	2. Nozione di impresa	» 859
	3. Rischio d'impresa e scopo di lucro	» 859
	4. L'attività economica	» 860
	5. Dimensioni dell'impresa	» 860
	6. L'impresa sociale	» 861
	7. L'imprenditore pubblico	» 863
II.	L'imprenditore commerciale	» 863
	1. Capacità	» 863
	2. Obblighi	» 864
	3. Rappresentanti dell'imprenditore	» 865
III.	L'imprenditore agricolo	» 865
	1. Nozione	» 865
IV.	Il rapporto di lavoro nell'impresa	» 866
	1. Lavoro e impresa	» 866
	2. Gli interessi coinvolti nel rapporto e la legislazione del lavoro	» 867
	3. La "Riforma Biagi"	» 869
V.	L'azienda	» 871
	1. Nozione	» 871

2. I segni distintivi	p.	871
3. I diritti sulle opere dell'ingegno e sulle invenzioni industriali	»	872
4. Trasferimento, usufrutto e affitto di azienda	»	874
VI. L'attività d'impresa	»	876
1. La concorrenza	»	876
2. I consorzi	»	878
SEZIONE SECONDA LE SOCIETÀ		
I. Nozioni generali	»	879
1. Il contratto di società	»	879
2. Associazione in partecipazione	»	880
3. Tipi di società	»	881
II. Le società di persone	»	882
1. La società semplice	»	882
I. Nozione	»	882
II. Amministrazione	»	883
III. Scioglimento del rapporto sociale	»	883
2. La società in nome collettivo	»	884
3. La società in accomandita semplice	»	885
III. Società di capitali e società cooperative	»	886
1. La riforma del diritto societario	»	886
2. La società per azioni	»	887
2.1. Modelli operativi	»	887
2.2. Costituzione della società	»	888
2.3. Conferimenti	»	889
2.4. Azioni e altri strumenti partecipativi	»	889
2.5. Le obbligazioni	»	891
2.6. L'assemblea	»	892
2.7. I patti parasociali	»	894
2.8. L'amministrazione e il controllo	»	895
2.8.1. Il sistema tradizionale	»	895
2.8.2. Il sistema dualistico	»	897
2.8.3. Il sistema monistico	»	897
2.9. Il bilancio	»	897
2.10. I patrimoni separati	»	898
3. La società in accomandita per azioni	»	899
4. La società a responsabilità limitata	»	900
5. Scioglimento e liquidazione delle società di capitali	»	902
6. Le società cooperative	»	903
6.1. Costituzione e struttura delle cooperative	»	905
6.2. L'assemblea, l'amministrazione, i controlli	»	906
7. Le società mutue assicuratrici	»	907
IV. La prospettiva europea	»	908
1. La Società Europea (SE)	»	908
2. La Società Cooperativa Europea (SCE)	»	909

SEZIONE SETTIMA
I MODI DI ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI
DIVERSI DALL'ADEMPIMENTO

I. NOZIONI GENERALI

I. LA REGOLARE ATTUAZIONE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO

Il capo IV del titolo primo del Libro IV del codice civile contiene la disciplina dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento.

Le figure previste e disciplinate in tale capo sono la **novazione** (artt. 1230-1235); la **remissione del debito** (artt. 1236-1240); la **compensazione** (artt. 1241-1252); la **confusione** (artt. 1253-1255); l'**impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore** (artt. 1256-1259). È unanime, peraltro, la tesi secondo cui esse non costituiscono un *numerus clausus*: sussistono, infatti, altre ipotesi nelle quali l'obbligazione si estingue pur mancando l'**esatto adempimento**, che costituisce il modo normale di estinzione dell'obbligazione.

Per aversi *regolare attuazione* del rapporto obbligatorio, occorrono tre requisiti:

a) in primo luogo, **colui che adempie deve essere il debitore**, ossia la parte che si è obbligata all'adempimento al momento costitutivo del rapporto obbligatorio;

b) in secondo luogo, **la prestazione deve essere adempiuta al creditore**, ossia al soggetto nel cui interesse il rapporto obbligatorio è sorto;

c) infine, **l'adempimento deve avere ad oggetto esattamente la prestazione originariamente prevista**.

Allorquando il legislatore sancisce l'estinzione del rapporto obbligatorio nonostante la mancanza di uno dei tre descritti elementi di identità, si configura *lato sensu* una **causa di estinzione dell'obbligazione diversa dall'adempimento**.

a) In relazione al primo requisito – nel caso in cui, quindi, non vi sia l'adempimento del debitore – l'obbligazione si estingue nell'ipotesi dell'**adempimento del terzo** (art. 1180 c.c.) e, secondo parte della dottrina, nell'ipotesi di **pagamento con surrogazione** (sez. VIII).

L'art. 1235 c.c. – nella sezione dedicata alla novazione – qualifica come modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento la figura della **novazione soggettiva**, che ricorre *quando un nuovo debitore è sostituito a quello originario che viene liberato*. Anche in tal caso, l'adempimento non è più effettuato dall'originario debitore, ma la tesi prevalente riconduce le fattispecie di novazione soggettiva nella categoria sistematica delle modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio, caratterizzata non tanto dall'estinzione dell'obbligazione, quanto

dalla mera circolazione soggettiva dell'originario rapporto obbligatorio. La stessa norma dell'art. 1235 c.c., infatti, si limita a rinviare «alle norme contenute nel capo VI», cioè agli artt. 1268 ss., che riguardano la delegazione, l'espromissione e l'accollo, tre meccanismi mediante i quali può (non deve) conseguirsi la successione (per atto tra vivi) nel lato del debito del rapporto obbligatorio (sez. VIII).

b) Il codice civile prevede alcune fattispecie, nelle quali l'estinzione dell'obbligazione consegue all'adempimento effettuato a soggetto diverso dal creditore. È il caso del **pagamento al creditore apparente** (art. 1189 c.c.) e del **pagamento fatto a chi non era legittimato a riceverlo**, purché il creditore ratifichi o comunque ne profitti (art. 1188 c.c.).

Non si ha soddisfazione diretta dell'interesse del creditore neppure nella procedura di **liberazione "coattiva"**, a cui il debitore può far ricorso senza o anche contro la volontà del creditore, quando costui rifiuti, senza motivo legittimo, il pagamento offertogli (artt. 1206 ss. c.c.).

c) L'obbligazione si estingue quando il debitore esegue, con il consenso del creditore, una prestazione diversa da quella originariamente dovuta (***datio in solutum***, art. 1197 c.c.).

Costituisce una causa di estinzione dell'obbligazione diversa dall'adempimento anche la prescrizione, la quale, tuttavia, operando soltanto *ope exceptionis* (e cioè su richiesta della parte debitrice), si limita a paralizzare l'azione del creditore, rivolta a conseguire quanto dovuto. L'obbligazione in sé, dunque, non si estingue per effetto del mero decorso del tempo, tant'è che il debitore, anche successivamente allo spirare del termine di prescrizione, può determinarsi ad adempiere, senza che la sua prestazione possa essere catalogata nell'area dell'indebito o dell'adempimento di obbligazione naturale.

Non estingue l'obbligazione la **morte** del debitore, la quale può semmai determinare l'intrasmissibilità della sua fonte contrattuale nel caso di contratti stipulati *intuitu personae* (es. art. 1722 n. 4 c.c.).

2. L'INADEMPIMENTO

L'inadempimento non estingue l'obbligazione, ma fa sorgere in capo al debitore l'obbligazione "sucedanea" di risarcimento del danno, che si sostituisce all'originaria obbligazione.

Allo stesso modo, non estingue l'obbligazione il **ritardo nell'adempimento**, il quale, al contrario, nel caso di mora del debitore, ha come effetto la c.d. *perpetuatio obligationis* (art. 1221 c.c.), che deroga all'efficacia estintiva dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore.

È controverso – in giurisprudenza – se la proposizione della **domanda di risoluzione per inadempimento**, ai sensi dell'art. 1453, comma 2, c.c. comporti l'impossibilità di richiedere successivamente l'adempimento e configuri, pertanto, *di per sé* una causa estintiva dell'obbligazione gravante sulla parte inadempiente (Cap. IV).

La giurisprudenza prevalente afferma che il divieto di richiedere l'adempimento della prestazione non deve più ritenersi operante nel caso di caducazione dell'interesse del creditore alla risoluzione del rapporto, come nei casi di rigetto o declaratoria di inammissibilità della domanda di risoluzione o di estinzione del giudizio.

Una parte minoritaria della giurisprudenza, invece, ha contraddetto tale orientamento, stabilendo che il convenuto nel giudizio di risoluzione del contratto debba ritenersi liberato *in ogni caso* dall'obbligo di esecuzione della prestazione a suo carico, qualunque sia l'esito processuale del giudizio di risoluzione. In tale prospettiva, sia pure come conseguenza della caducazione dell'efficacia del titolo contrattuale, la domanda giudiziale di risoluzione del contratto parrebbe configurare *di per sé* una causa estintiva dell'obbligazione inadempita.

3. ESTINZIONE DELL'OBBLIGAZIONE ED ESTINZIONE DELLA FONTE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO

Si è già accennato come l'estinzione dell'obbligazione possa costituire una mera conseguenza della **cessazione di efficacia della fonte contrattuale del rapporto giuridico** (annullamento, rescissione, recesso e risoluzione del contratto, condizione risolutiva e termine finale).

La dottrina ha posto in evidenza la netta distinzione concettuale tra *estinzione della fonte contrattuale* ed *estinzione dell'obbligazione*: mentre l'estinzione del contratto consiste nella definitiva cessazione dei suoi effetti, l'estinzione dell'obbligazione che nasce dal contratto rappresenta la *vicenda di un effetto contrattuale* e, quindi, essa non rimuove il contratto, ma ne costituisce, anzi, una modalità di esecuzione.

4. IPOTESI DI CLASSIFICAZIONE

Tradizionalmente, le cause di estinzione diverse dall'adempimento sono state classificate in **cause "satisfattive" e "non satisfattive"**. Cause "satisfattive" sarebbero la compensazione, la confusione e la *datio in solutum*. Non avrebbero, invece, tale natura la novazione, la remissione del debito e l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore.

Si tratta di una distinzione criticata, oltre che per il suo valore meramente descrittivo, soprattutto in ragione dell'incertezza insita nella nozione stessa di "soddisfazione".

Laddove tale distinzione sia accolta, tuttavia, alle cause "satisfattive" potrebbero applicarsi in via analogica (e in quanto compatibili) le norme sull'adempimento e, in particolare, quelle sull'imputazione (art. 1193 c.c.), la surrogazione (artt. 1201-1205 c.c.) e l'indebito (artt. 2033-2040 c.c.).

II. NOVAZIONE OGGETTIVA

1. NOZIONE ED ELEMENTI COSTITUTIVI

La novazione è **il contratto, mediante il quale le parti del rapporto obbligatorio – creditore e debitore – sostituiscono all'obbligazione originaria una nuova obbligazione con oggetto o titolo diversi** (art. 1230 c.c.). Quando la nuova obbligazione abbia *oggetto* diverso (ad esempio, creditore e debitore si accordano nel senso di sostituire il pagamento di una somma di denaro con la consegna di una quantità di derrate) si parla di **novazione reale**; quando, invece, si tratti di *titolo* diverso (le parti stabiliscono che il pagamento di una somma mensile avvenga non più a titolo di canone di locazione, bensì come rata di prezzo di vendita), si parla di **novazione causale**.

Due sono gli elementi costitutivi della novazione: l'*aliquid novi* (elemento oggettivo) e l'*animus novandi* (elemento soggettivo).

a) L'elemento oggettivo (**aliquid novi**) consiste nella diversità della nuova obbligazione per l'oggetto o per il titolo. La legge esclude che le **modificazioni accessorie** del rapporto obbligatorio possano configurare novazione; così stabilisce l'art. 1231 c.c., secondo cui il rilascio di un documento o la sua rinnovazione, l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione. Non vi è, quindi, novazione quando le parti regolano semplicemente le modalità di esecuzione dell'obbligazione preesistente senza alterarne l'oggetto o il titolo.

lo (concordano, ad esempio, la retezzazione del prezzo o ridefiniscono le modalità di pagamento).

In giurisprudenza si esclude, ad esempio, la sussistenza di novazione nel caso di mera variazione quantitativa del canone di locazione per adeguamento alla svalutazione.

L'elemento dell'*aliquid novi* vale a **distinguere la figura della novazione da quella della prestazione in luogo dell'adempimento** (art. 1197 c.c.), nella quale l'esecuzione di una prestazione diversa da quella dovuta estingue l'obbligazione, senza alcun contestuale effetto costitutivo di un nuovo rapporto obbligatorio.

Secondo alcune pronunce giurisprudenziali, affinché vi sia novazione occorre che sussista **incompatibilità tra la nuova obbligazione derivante dall'accordo e la precedente obbligazione**; quando, invece, tale incompatibilità non sussista, deve presumersi che le parti abbiano inteso cumulare due successivi rapporti giuridici e non invece sostituire il primo con il secondo.

La dottrina, tuttavia, ha preso le distanze da tale impostazione, posto che la pretesa "incompatibilità", per la sua stessa intrinseca genericità e opinabilità, può costituire, talvolta, soltanto un indice presuntivo dell'intento di novare, mentre, altre volte, può presupporre semplicemente un errore, tale da escludere una valida espressione del volere negoziale.

b) ***L'animum novandi*** indica la necessità che la volontà delle parti sia diretta a estinguere l'obbligazione precedente: l'estinzione dell'obbligazione non costituisce *un effetto legale* dell'accordo, ma *deve essere voluta* e in tanto si produce in quanto sia effettivamente voluta dalle parti.

La legge specifica, altresì, che ***la volontà di estinguere l'obbligazione precedente deve risultare in modo non equivoco*** (art. 1230, 2° comma, c.c.), ma – come si precisa in giurisprudenza – ciò non esclude che essa possa desumersi, per implicito, da comportamenti concludenti.

Da questo punto di vista, la formula legislativa si differenzia da quella adoperata dal legislatore in materia di fideiussione, laddove è previsto che la volontà di obbligarsi debba essere *espressa* (art. 1937 c.c.). Se la volontà delle parti, rivolta ad estinguere la precedente obbligazione, non risulta in modo certo, deve ritenersi che esse abbiano inteso cumulare la costituzione della nuova obbligazione a quella originaria. Si tratta di un problema interpretativo, che deve essere risolto dal giudice facendo applicazione dei criteri dettati dagli artt. 1362 ss. c.c. (Cap. IV).

2. LA CAUSA DELLA NOVAZIONE.

La novazione è un **contratto solutorio**, cui la dottrina riconosce una causa autonoma (*causa novandi*) consistente nella sostituzione dell'obbligazione con altra obbligazione (Cap. IV). In concreto, comunque, alla c.d. causa solutoria si accompagna spesso quella del contratto (tipico o atipico), nel quale è contenuto l'accordo novativo.

Ad esempio, in sede di vendita al conduttore dell'immobile locato, le parti imputano al pagamento del prezzo l'importo di pregressi canoni non pagati: in questo caso, la compravendita svolge anche una funzione novativa della precedente obbligazione di pagamento del canone; altro esempio può essere quello dell'appaltatore il quale riconosca, sulla base del precedente impegno negoziale, la sussistenza dei vizi dell'opera eseguita e, ammettendo la propria responsabilità, assuma l'obbligo di eliminarli: l'accettazione di tale proposta dà luogo a un nuovo contratto (d'appalto o d'opera), con funzione estintiva (e, quindi, novativa) dell'obbligazione di garanzia nascente dall'appalto.

Se il contratto stipulato in funzione novativa consiste in una transazione, si parla di **transazione novativa**. Tale fattispecie è richiamata nell'art. 1976 c.c., ove si esclude il potere delle parti di domandare la risoluzione per inadempimento, salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato. Oltre che nel caso di oggettiva incompatibilità tra le successive discipline, la transazione implica novazione della precedente obbligazione quando le parti espressamente le attribuiscono tale funzione.

3. INEFFICACIA DELLA NOVAZIONE

L'art. 1234, 1° comma, c.c. stabilisce che **la novazione è senza effetto, se non esiste l'obbligazione originaria**. Per obbligazione inesistente, deve intendersi un'obbligazione nulla o annullata o estinta per altra causa (ad es., per risoluzione del contratto che costituiva la fonte dell'obbligazione).

Benché il codice parli di inefficacia, deve ritenersi che si tratti di **nullità** della novazione, posto che l'inesistenza dell'obbligazione originaria rende l'accordo novativo privo di causa.

Se, invece, il titolo costitutivo dell'obbligazione originaria è semplicemente annullabile, la novazione è valida purché il debitore fosse consapevole del vizio (art. 1234, 2° comma, c.c.). Tale norma costituisce un'applicazione specifica del più generale principio della convalida tacita (art. 1444 c.c.) (Cap. IV).

Si discute in ordine all'efficacia o inefficacia della novazione relativa all'**obbligazione che possa essere rimossa attraverso una successiva azione di risoluzione** (risoluzione per inadempimento o per eccessiva onerosità sopravvenuta). Si ritiene applicabile analogicamente il 2° comma dell'art. 1234 c.c. e, pertanto, la novazione è valida soltanto se il debitore ha assunto validamente il nuovo debito conoscendo la causa che avrebbe potuto comportare la risoluzione del titolo originario.

Tale ragionamento non può essere applicato, evidentemente, all'**impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile**, posto che quest'ultima provoca l'*automatica* estinzione dell'obbligazione.

Se si tratta di **titolo rescindibile**, non può trovare applicazione analogica l'art. 1234, comma 2, c.c., perché il contratto rescindibile non può essere convalidato. Pertanto, se l'azione di rescissione è già stata utilmente esperita, l'obbligazione sarà inesistente e troverà applicazione il primo comma; altrimenti, la novazione dovrà considerarsi valida.

Infine, se si tratta di **titolo revocabile ex art. 2901 c.c.**, l'obbligazione che ne deriva non può mai essere considerata inesistente neppure in caso di vittorioso esperimento dell'azione revocatoria; sicché, in tal caso, l'art. 1234 c.c. è assolutamente inapplicabile.

La giurisprudenza ha escluso la possibilità di novare un'**obbligazione naturale**, in quanto le obbligazioni naturali non possono produrre altri effetti diversi e ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 2034 e, dunque, neppure quello di fondare una novazione da cui sorga un'obbligazione civile.

4. EFFETTI DELLA NOVAZIONE SULLE GARANZIE

Gli effetti estintivi dell'obbligazione si ripercuotono anche sulle garanzie e, più in generale, sulle **cause legittime di prelazione** che accompagnano il credito originario. Infatti, l'art. 1232 c.c. stabilisce che *i privilegi, il pegno e le ipoteche del credito originario si estinguono, se le parti non convengono espressamente di mantenerli per il nuovo credito*.

5. NOVAZIONE DELL'OBBLIGAZIONE SOLIDALE

La novazione può essere stipulata relativamente a un'obbligazione solidale (Sez. III).

L'art. 1300, 1° comma, c.c. stabilisce che, di regola, **la novazione tra il creditore e uno dei debitori in solido libera gli altri debitori**. In tal caso, i privilegi, il pegno e le ipoteche del credito anteriore si estinguono, salvo che le parti stabiliscano di riservarli a garanzia del credito nascente dalla novazione, ma un tale patto può essere efficace limitatamente ai beni del debitore che fa la novazione (art. 1233 c.c.). Non può escludersi, peraltro, che gli altri debitori acconsentano, con separato accordo, a tenere in vita le garanzie a beneficio del nuovo credito.

È possibile, tuttavia, che la novazione sia consensualmente limitata al solo debitore stipulante: in tal caso, gli altri debitori non sono liberati che per la parte del debitore stipulante. Nessun effetto si produce sui privilegi e sulle garanzie, che continuano ad assistere il credito originario, sia pure con l'esclusione della parte relativa al debitore, con cui il creditore ha stipulato la novazione.

La novazione può essere conclusa, inoltre, tra uno dei creditori in solido e il debitore: l'art. 1300, 2° comma, c.c. prevede che tale accordo estingue l'obbligazione originaria limitatamente alla parte del creditore che ha stipulato la novazione. Per la residua parte, gli altri creditori solidali mantengono inalterato il loro diritto e anche le garanzie originarie permangono senza estendersi al nuovo credito sorto nei rapporti tra il debitore e il creditore solidale che ha stipulato la novazione (salvo, anche in tal caso, che gli altri creditori non acconsentano ad estendere le originarie garanzie al nuovo credito nascente dalla novazione) (Sez. III).

Quando il rapporto obbligatorio ha ad oggetto un'**obbligazione indivisibile**, se uno dei creditori stipula una novazione con l'unico debitore, quest'ultimo resta tenuto per l'intera prestazione indivisibile nei confronti degli altri. Questi ultimi, a loro volta, potranno domandare la prestazione indivisibile soltanto addebitandosi o rimborsando il valore della parte di prestazione di colui col quale la novazione è stata stipulata (art. 1320, 1° e 2° comma, c.c.).

III. REMISSIONE DEL DEBITO

1. NOZIONI GENERALI E STRUTTURA DELLA REMISSIONE

Il creditore può rimettere il debito, dichiarando siffatto intento al debitore.

Il codice stabilisce che **la dichiarazione di remissione produce effetto quando è comunicata al debitore** (art. 1236 c.c.), ma la stessa norma precisa che il debitore ha il potere di paralizzare l'effetto della remissione dichiarando in un congruo termine *di non volerne profittare*.

È controversa, in dottrina, la configurazione della remissione del debito come *atto unilaterale* oppure come *contratto*.

In giurisprudenza, prevale la qualificazione in termini di negozio giuridico unilaterale, posto che, ai sensi dell'art. 1236 c.c., l'effetto estintivo si produce nel momento in cui la dichiarazione del creditore è comunicata al debitore. L'eventuale opposizione di quest'ultimo non costituisce, dunque, l'"accettazione" di una proposta contrattuale, ma una semplice condizione risolutiva legale, che rimuove, con efficacia retroattiva, un effetto giuridico (quello dell'estinzione dell'obbligazione) già prodottosi.

La **tesi contrattualistica** richiama, a proprio fondamento, il principio secondo cui non è consentito incidere unilateralmente sulla sfera giuridica altrui neppure per arrecare al destinatario utilità giuridica e patrimoniale. In questa prospettiva, la remissione del debito configurerebbe un

contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, in grado di perfezionarsi mediante la mera inerzia del destinatario della proposta, il quale non si attivi per esprimere il proprio rifiuto nel termine richiesto *dalla natura dell'affare o dagli usi* (art. 1333 c.c.) (Cap IV).

In verità, pur adottando la qualificazione come atto giuridico unilaterale, il principio sopra richiamato è comunque salvo, considerato che l'art. 1236 c.c. – come si è detto – garantisce al debitore la facoltà di non beneficiare della dichiarazione di remissione.

Anche un'eventuale **espressa accettazione della remissione** da parte del debitore non muterebbe la qualificazione giuridica dell'atto, giacché essa avrebbe esclusivamente la funzione di rinuncia al potere del debitore (espressamente attribuitogli dall'ultima parte dell'art. 1236 c.c.) di risolvere l'effetto liberatorio. La tesi della natura *unilaterale* della remissione rende irrilevante ogni eventuale vizio della volontà presente nella dichiarazione del debitore, perché quest'ultima non varrebbe a perfezionare l'atto, ma unicamente a renderne definitiva l'efficacia. L'unico indispensabile presupposto sarebbe costituito – secondo parte della dottrina – dalla capacità di intendere e di volere del soggetto debitore.

La dichiarazione di remissione è un **atto unilaterale di autonomia privata** di carattere **recettizio**: essa è, perciò, efficace dal momento in cui perviene a conoscenza del debitore e si presume conosciuta allorché sia giunta all'indirizzo del destinatario (artt. 1334-1335) (Cap. IV). Se rivolta a soggetto diverso dal debitore, la remissione è inefficace.

È controverso, in dottrina, quale sia il **rapporto tra la figura della remissione del debito e la c.d. rinuncia al credito**.

L'opinione tradizionale e prevalente è nel senso che la remissione altro non sarebbe se non una rinuncia a un diritto di credito.

Tuttavia, laddove si ritenga che la rinuncia *in senso stretto* sussista soltanto nell'ipotesi di rinuncia con effetti abdicativi circoscritti alla sfera giuridica del rinunciante, tra le due figure (remissione e rinuncia) emergerebbe una netta differenziazione: infatti, mentre la remissione, avvantaggiando direttamente il soggetto passivo del rapporto obbligatorio, produce effetti *esterni*, la rinuncia abdicativa esaurisce i suoi effetti nell'ambito della sfera giuridica del rinunciante. In sostanza, la remissione estinguerebbe il rapporto obbligatorio e la mera rinuncia estinguerebbe il diritto di credito senza estinguere contestualmente e automaticamente il rapporto obbligatorio. Tutto sta nel verificare se possa assumere giuridica rilevanza la rinuncia al diritto senza estinzione del rapporto e, pertanto, l'esistenza di un rapporto obbligatorio temporaneamente senza soggetto. A tal proposito, si formula, talvolta, l'esempio della rinuncia da parte del creditore solidale: in tal caso – a differenza di quanto previsto dall'art. 1301, comma 2, c.c. con riguardo alla remissione compiuta da uno dei creditori in solido (che libera il debitore verso gli altri per la parte del debito spettante al remittente) – la *rinuncia* lascerebbe intatto il diritto degli altri creditori solidali nei confronti del debitore.

La remissione può essere subordinata a condizione o a termine. Il suo rifiuto è, invece, **actus legitimus** e deve effettuarsi entro un **congruo termine**.

La dottrina prevalente considera congruo il termine, che integri una delle condizioni previste (ad altri fini) dall'art. 1326 sulla conclusione del contratto. Sicché, è tale:

- 1) il termine che il remittente abbia stabilito;
- 2) quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare;
- 3) ...o secondo gli usi.

È stato obiettato, tuttavia, che il termine fissato unilateralmente dal creditore non può essere perentorio e deve poter mettere il debitore nelle concrete condizioni di esercitare eventualmente la sua opposizione: non sarebbe congruo, ad esempio, un termine che decorresse mentre il debitore è incapace. La congruità dovrebbe essere valutata, pertanto – secondo questa tesi – in applicazione della clausola di **buona fede oggettiva** nell'attuazione del rapporto obbligatorio.

2. FORMA DELLA REMISSIONE E VALUTAZIONI LEGALI TIPICHE

La remissione del debito non richiede **forma** solenne. Si ammette, pertanto, che la rinuncia del creditore, quando non sia **espressa**, possa essere **tacita**, desumibile cioè da comportamenti concludenti e non equivoci della parte, incompatibili con l'intenzione di avvalersi del relativo diritto.

Si deve ritenere, peraltro, che la forma della remissione debba essere la medesima di quella prevista per il contratto da cui sorge il debito oggetto della remissione, secondo la teoria della forma strumentale, da tempo accolta dalla nostra giurisprudenza, ma spesso criticata fortemente dalla dottrina (Cap. IV)..

Deve rammentarsi come la legge subordini la remissione del debito agli stessi **limiti di prova** eventualmente sussistenti in relazione alla fonte da cui deriva l'obbligazione rimessa (art. 2726 c.c.). Conseguentemente, la remissione non può essere oggetto, oltre che di prova testimoniale, neppure di presunzioni, ancorché gravi, precise e concordanti (2729, 2° comma).

L'effetto della remissione può prodursi in base a un comportamento volontario del creditore, valutato in maniera tipica dal legislatore, come previsto dall'art. 1237, 1° comma, c.c., secondo cui **la restituzione volontaria del titolo originale del credito, fatta dal creditore al debitore, costituisce prova della liberazione anche rispetto ai condebitori in solido.**

L'opinione dottrinale prevalente non ritiene che tale previsione disciplini una specifica ipotesi di remissione: in tal caso, infatti, gli effetti della remissione si producono in presenza della mera volontarietà dell'atto e il creditore può offrire la prova contraria, soltanto nel senso che può dimostrare che la restituzione non è stata volontaria. Si tratta, quindi, di un *atto giuridico in senso stretto*.

Mentre, ai sensi del 1° comma dell'art. 1237 c.c., la restituzione del titolo *costituisce prova della liberazione*, ai sensi del 2° comma, se il titolo è in forma pubblica, **la consegna volontaria della copia spedita in forma esecutiva fa presumere la liberazione, salva la prova contraria.**

Il rapporto tra il primo e il secondo comma della norma deve essere ricostruito – secondo la dottrina – come segue.

Nel 1° comma, il legislatore avrebbe fatto riferimento ai soli crediti *incorporati* in titoli di credito in senso stretto, nei quali il credito *si immedesima* nel documento cartolare che lo rappresenta: in tal caso, la volontà di privarsi del documento cartaceo è sufficiente a esprimere la volontà di privarsi del credito stesso.

Il 2° dell'art. 1237, invece, prevede l'ipotesi in cui il credito risulti da atto pubblico. In mancanza di apposita previsione, tale fattispecie sarebbe dovuta confluire nell'ipotesi generale dell'art. 1236 c.c., la legge, attribuendo rilevanza alla documentazione in forma pubblica del titolo del credito, ha stabilito che la consegna volontaria della copia spedita in forma esecutiva fa presumere la liberazione, salva la prova contraria. In tale situazione, dunque, il creditore è ammesso a provare che la restituzione, sia pure volontaria, della copia spedita in forma esecutiva è dovuta a una volontà diversa da quella di rimettere il debito.

La rinuncia alle garanzie non fa presumere la remissione del debito (art. 1238 c.c.).

3. CAUSA E OGGETTO DELLA REMISSIONE

La tesi dottrinale prevalente configura la remissione come **atto essenzialmente gratuito**, in quanto per definizione privo di corrispettivo, sebbene *non necessariamente liberale*. Ove occasionalmente la remissione sia fondata su intento liberale, essa rientra tra le liberalità “atipiche” di cui all’art. 809 c.c.

Altra tesi (seguita dalla più recente giurisprudenza), rifacendosi a quanto sostenuto dalla dottrina tedesca, qualifica la remissione come **atto neutro quoad causam**: essa produrrebbe l’estinzione del rapporto obbligatorio senza toccare la causa dell’atto da cui il rapporto deriva.

A sostegno di tale ultima tesi si portano tre esempi:

1) nell’ipotesi di rapporto obbligatorio nascente da un contratto annullabile, con la remissione si estingue il rapporto obbligatorio, ma ciò non esclude che il contratto annullabile come tale rimanga in essere, e, quindi, possa persistere, sul piano processuale, un interesse a chiederne l’annullamento, ad esempio, per far valere la responsabilità *ex art. 1338 c.c.*

2) nell’ipotesi di remissione di un’obbligazione solidale, laddove è previsto che il creditore possa riservare il proprio diritto nei confronti degli altri debitori, tale riserva in tanto è possibile, in quanto si ritenga che la remissione non travolga la causa generativa dell’obbligazione stessa;

3) infine, nelle obbligazioni di durata, costituita strutturalmente di una pluralità di obbligazioni, anche in presenza di una causa unica, la remissione di una sola non travolge tutte le altre.

Purché non si tratti di credito irrinunciabile (tale sarebbe, ad esempio - secondo quanto si evince dall’art. 447 c.c. - il credito agli alimenti), **la remissione può avere ad oggetto ogni debito**, purché **possibile, lecito, determinato o determinabile** (art. 1346 c.c.). È possibile rimettere anche debiti futuri ed eventuali.

4. EFFETTI DELLA REMISSIONE SULLE GARANZIE

La remissione del debito, estinguendo l’obbligazione, fa cessare i vincoli di garanzia (pegno, ipoteca), che siano stati stipulati a tutela del credito.

La remissione del debito principale si estende anche alla **fideiussione**, che sia stata rilasciata a garanzia di quel credito (art. 1239 c.c.).

Nel caso di **pluralità di fideiussori**, la remissione accordata ad uno solo di essi libera gli altri soltanto limitatamente alla parte del fideiussore liberato, salvo che gli altri fideiussori abbiano consentito la liberazione, nel qual caso essi rimangono obbligati per l’intero (art. 1239 c.c.).

L’art. 1240 c.c. si occupa, infine, del caso in cui il creditore abbia rinunciato, verso corrispettivo, alla garanzia (reale o personale) prestata da un terzo. Il codice non consente che la **rinuncia onerosa alla garanzia** attribuisca al creditore un vantaggio ulteriore rispetto alla prestazione cui il medesimo ha diritto; conseguentemente, il creditore ha l’obbligo di detrarre il corrispettivo ricevuto dall’importo della prestazione cui è tenuto il debitore e gli eventuali ulteriori garanti di quest’ultimo.

5. FIGURE AFFINI

a) La remissione del debito deve essere distinta dal **pactum de non petendo**, che consiste nell’accordo in virtù del quale il creditore si impegna, anche temporaneamente, a non agire per ottenere il soddisfacimento della sua pretesa, che rimane di per sé sussistente.

Poiché la remissione del debito, a differenza del *pactum de non petendo*, produce effetti estintivi dell'obbligazione, la giurisprudenza, in ossequio al principio per cui la remissione deve essere *inequivoca*, predilige, nel dubbio, la qualificazione nel secondo senso: così, ad esempio, la semplice *assunzione dell'obbligo* di restituzione del titolo, non accompagnata dalla effettiva restituzione, in mancanza di elementi certi che facciano ritenere la rinuncia estintiva dell'obbligazione, deve essere qualificata come "*pactum de non petendo*", e, quindi, come mera rinuncia ad azionare il titolo in giudizio.

Gli effetti della remissione del debito, in quanto derivanti da atto unilaterale, non possono essere risolti; la remissione produce, dunque, effetti *definitivi*. Diversamente, l'assunzione dell'obbligo di non far valere o di ridurre la propria pretesa creditoria si inserisce solitamente nel quadro di una più ampia e complessa pattuizione e in considerazione sinallagmatica con gli impegni assunti dal debitore. Valga come esempio l'obbligazione di pagare entro breve termine (o con particolari modalità o garanzie) l'importo convenuto, con la conseguenza che l'inadempimento di tali impegni, ricorrendo il presupposto della rilevanza (art. 1455 c.c.), può determinare la risoluzione dell'intero contratto e il ripristino delle preesistenti posizioni creditorie e debitorie.

Un'ulteriore differenza tra remissione del debito e *pactum de non petendo* sussiste in ipotesi di obbligazione solidale. Mentre, ai sensi dell'art. 1301, comma 1, *la remissione a favore di uno dei debitori in solido libera anche gli altri salvo che il creditore abbia riservato il suo diritto verso gli altri*, l'efficacia del *pactum de non petendo* non si estende agli altri coobbligati, né nei rapporti esterni con il creditore, né in quelli interni fra coobbligati (i quali possono agire in regresso contro il beneficiario del patto).

b) Altra figura dalla quale la remissione del debito deve essere distinta è quella della **transazione** (art. 1965 c.c.; Vol. 2°). Le due fattispecie si differenziano:

1) per la *struttura*, posto che, mentre la remissione è un atto unilaterale, la transazione è un contratto;

2) per la *causa*, che, nella transazione, consiste nel prevenire o comporre una lite tra le parti attraverso reciproche concessioni, laddove la remissione, in quanto atto essenzialmente gratuito (o – secondo l'altra tesi sostenuta in dottrina – atto causalmente neutro), non richiede alcuna reciprocità di concessioni.

Inoltre, in tema di **obbligazione solidale**, mentre la transazione non estende automaticamente gli effetti estintivi dell'obbligazione originaria (sia questa novata o non) nei riguardi dei debitori solidali rimasti ad essa estranei, occorrendo all'uopo che, ai sensi dell'art. 1304, costoro dichiarino di volerne approfittare, al contrario, la remissione del debito, a norma del precedente art. 1301, libera anche gli altri debitori, salvo che il creditore abbia riservato implicitamente o esplicitamente il suo diritto verso i medesimi, con conseguente possibilità di esigere da essi il credito, detratta la parte gravante, nei rapporti interni, sul debitore favorito dalla remissione.

Spesso la giurisprudenza ha occasione di valutare la qualificazione di determinate specifiche ipotesi in chiave di transazione o di remissione del debito.

Molto frequenti sono nella pratica, ad esempio, le cc.dd. **quietanze a saldo** rilasciate dal creditore, con le quali egli non si limita a riconoscere l'avvenuto pagamento da parte del debitore, ma dichiara altresì *di non avere null'altro a pretendere*. In queste ipotesi, la c.d. quietanza ha la funzione, in realtà, di porre termine a uno o più rapporti tra il dichiarante e il destinatario e, quindi, di esonerare il secondo da ogni ulteriore pagamento. Il negozio in tal modo documentato può essere, a seconda dei casi, o una transazione, qualora ricorra il requisito della reciprocità delle concessioni in relazione ad una contesa anche potenziale (indipendentemente dall'equivalenza tra il *datum* e il *retentum*), oppure una remissione del debito, ove si tratti di mera dismissione di ogni ulteriore pretesa da parte del creditore che riceva un pagamento parziale.

c) Tra le due figure – della transazione e della remissione del debito – si colloca, secondo la giurisprudenza, quella atipica del c.d. **accordo remissorio**, che consiste

nell'accordo, stipulato tra creditore e debitore, diretto ad estinguere il debito verso il pagamento, da parte del debitore, di una quota di esso: pur collocandosi, al pari della remissione del debito tra le cause di estinzione delle obbligazioni diverse dall'adempimento, l'accordo remissorio costituisce un *atto atipico a struttura bilaterale (o plurilaterale)*, che si perfeziona con il consenso manifestato da entrambe le parti.

d) La transazione deve essere distinta, infine, dalla **remissione parziale del debito**, che è l'atto unilaterale, con cui il creditore rinuncia a una parte soltanto del suo diritto. La remissione parziale produce un effetto non di tipo estintivo, ma *modificativo* dell'oggetto dell'obbligazione. Secondo la giurisprudenza, il c.d. "abbuono" di una parte del prezzo della cosa venduta, fatto dal venditore in favore dell'acquirente, non configura transazione, bensì remissione parziale di debito, mancando, in tal caso, la *res litigiosa* e la reciprocità delle concessioni: a fronte del sacrificio del creditore, per il debitore ricorre un mero vantaggio.

IV. COMPENSAZIONE

1. NOZIONI GENERALI E *RATIO* DELL'ISTITUTO

Le qualità di creditore e di debitore possono incrociarsi, nel senso che il soggetto, che nell'ambito di un certo rapporto obbligatorio sia creditore nei confronti di altro soggetto, può figurare come debitore di quest'ultimo nel contesto di un diverso rapporto. In questa situazione, come prevede l'art. 1241 c.c., ***i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti***, dando vita a quella causa di estinzione dell'obbligazione, che è denominata *compensazione*.

Così, ad esempio, se il signor Rossi è debitore di Bianchi di 100 e questi di 100 verso Tizio, nessuno di loro effettuerà la prestazione cui è rispettivamente tenuto (purché la compensazione sia excepta: n. 3). Ma se Tizio è debitore di Caio di 70 e Caio è debitore di 100 nei confronti di Tizio, in esito alla compensazione dei debiti per le quantità corrispondenti (70), Caio resterà debitore di Tizio per 30.

L'istituto risponde a **esigenze di carattere logico e pratico**. Appare, infatti, del tutto antieconomico che ciascun debitore appresti il proprio adempimento, nel momento in cui, per effetto delle reciproche prestazioni, i rispettivi patrimoni beneficerebbero di un arricchimento o subirebbero un depauperamento, che è pari soltanto alla differenza di valore tra le due prestazioni (o non patiranno né l'uno né l'altro nell'ipotesi di quantità esattamente uguali).

Inoltre, la compensazione previene il rischio che colui il quale abbia pagato per primo non riceva, a sua volta, la prestazione cui ha diritto per sopravvenuta insolvenza del suo debitore.

Il codice conosce un tipo contrattuale – il contratto di conto corrente (art. 1823 ss. c.c.) – che si fonda proprio sul meccanismo della compensazione dei debiti derivanti da una serie di rapporti giuridici intercorrenti tra le parti.

Proprio tenuto conto della sua *ratio*, **la compensazione presuppone che i debiti trovino la propria fonte in rapporti giuridici diversi**. Al contrario, non potrà avervi compensazione nel caso di debiti corrispettivi derivanti dal medesimo rapporto giuridico: ciò sarebbe in contrasto con la stessa causa del contratto e, quindi, con la fun-

zione cui esso assolve e che consiste nell'assicurare a ciascuna parte la prestazione convenuta.

Deve rammentarsi, tuttavia, come la giurisprudenza abbia riconosciuto il requisito dell'autonomia dei rapporti giuridici, ai fini dell'operatività della compensazione, nell'ipotesi in cui taluno faccia valere il proprio credito avente ad oggetto il pagamento del prezzo di una fornitura di merce, mentre colui che è obbligato al pagamento del detto prezzo agisca per ottenere il risarcimento del danno derivatogli dal ritardo col quale è stata operata la fornitura.

2. DIVIETI DI COMPENSAZIONE

Il legislatore vieta la compensazione, nei casi in cui vuole assicurare al creditore la prestazione cui ha diritto, prescindendo da eventuali obbligazioni cui lo stesso sia tenuto nei confronti del suo debitore.

Oltre a fare rinvio a tutti i **casì stabiliti dalla legge** (ad esempio, art. 1271, 2° comma; art. 1272, 2° e 3° comma; art. 2271 c.c.), l'art. 1246 c.c. prevede **quattro ipotesi tassative** (non suscettibili, quindi, di applicazione analogica, come esattamente ritenuto anche in giurisprudenza):

1) In primo luogo, non è compensabile con eventuale reciproco controcredito, l'**obbligazione di restituire la cosa al proprietario, che ne sia stato ingiustamente spogliato** (art. 1246, n. 1, c.c.).

2) Non è, poi, compensabile l'**obbligazione di restituire la cosa depositata o ricevuta in comodato** (art. 1246, n. 2, c.c.)

Le due disposizioni fanno riferimento, nella formulazione letterale, ad ipotesi pressoché scollastiche, in quanto aventi ad oggetto beni infungibili, per i quali è *ab origine* esclusa ogni forma di compensazione. Le stesse, tuttavia, hanno trovato qualche applicazione giurisprudenziale, idonea ad attribuire loro quella ragionevolezza generalmente negata dai commentatori.

In applicazione della prima, è stata sancita, ad esempio, l'inammissibilità della compensazione tra il credito del mandatario e i crediti del mandante derivanti dall'illecita distrazione delle somme poste dal mandante a disposizione del mandatario, mediante l'utilizzazione di tali somme, da parte del mandatario, per l'estinzione di propri debiti al fine di prevenire una dichiarazione di fallimento.

In applicazione della seconda, è stata esclusa, invece, la compensazione dell'obbligazione restitutoria del notaio, avente ad oggetto una somma di denaro depositata dal venditore di un immobile a garanzia dell'adempimento dell'impegno alla cancellazione di un'ipoteca gravante sull'immobile, con il controcredito vantato dal notaio in ragione delle prestazioni professionali.

3) Non è compensabile il **credito impignorabile** (art. 1246, n. 3, c.c.). La regola dell'impignorabilità (assoluta o relativa) mira a tutelare, infatti, il creditore, il quale deve ricevere la prestazione cui ha diritto anche nell'ipotesi in cui egli sia, a sua volta, ad altro titolo, debitore nei riguardi del proprio debitore.

La regola trova applicazione, quindi, o in rapporti nei quali il titolare del credito impignorabile sia destinatario di una particolare tutela da parte del legislatore (ad esempio, nel caso di credito di lavoro o di credito nei confronti dell'assicuratore in caso di assicurazione sulla vita), oppure in relazione a rapporti di diritto pubblico, nei quali è primaria l'esigenza alla riscossione di somme da parte della Pubblica Amministrazione.

Così, ad esempio, ove la banca, delegata alla riscossione dell'Irpef, versi alla tesoreria provinciale dello Stato una somma di importo superiore a quella dovuta, il credito alla restituzione di quanto versato in eccesso non è compensabile con il credito dell'amministrazione finanziaria al versamento dell'esatto importo delle imposte successivamente riscosse dalla banca; con la conseguenza che la banca sarà costretta sempre al versamento di somma non inferiore alle somme

riscosse, salva l'azione per la ripetizione (art. 2033 c.c.: Sez. II) di quanto versato precedentemente in eccesso.

4) Non può esserci compensazione nell'ipotesi di **rinuncia preventiva da parte del debitore**. Ciò non esclude, peraltro, che la compensazione possa essere opposta dalla parte non rinunciante.

I divieti legali di compensazione tutelano – come si è detto – la parte titolare del credito non compensabile: pertanto, l'operatività del divieto di compensazione è rimessa all'**eccezione di incompetibilità**, che sia espressamente avanzata dal predetto titolare. Ove l'incompetibilità non sia opposta dalla parte interessata, in tutti i descritti casi la compensazione potrà trovare applicazione.

L'unica ipotesi di *rilevabilità ex officio* del divieto di compensazione, anche volontaria, pare concernere il **credito alimentare** (art. 447 c.c.), nel quale il profilo strettamente personale del diritto è inseparabile dall'aspetto patrimoniale, essendo il credito legato al soddisfacimento di un'esigenza primaria della vita. In tal caso, quindi, l'assoluta indisponibilità del diritto rende comunque inammissibile la compensazione, anche nel caso in cui lo stesso titolare del credito alimentare ometta di far valere la previsione dell'art. 447, 2° comma, c.c.

3. TIPI DI COMPENSAZIONE

La compensazione è di tre tipi: legale, giudiziale e volontaria.

a) La compensazione opera *ex lege* l'estinzione delle rispettive obbligazioni (e si definisce, pertanto, **legale**), soltanto quando *i due debiti hanno per oggetto una somma di denaro o una quantità di cose fungibili dello stesso genere e sono ugualmente liquidi ed esigibili* (art. 1243, 1° comma).

Il primo requisito è, dunque, quello della **omogeneità** dei debiti, che, anche quando l'oggetto sia costituito da somme di denaro, presuppone l'identità della valuta.

Il requisito della **liquidità** indica la determinatezza dell'ammontare dei debiti, mentre quello dell'**esigibilità** attiene all'avvenuta "scadenza" dei rispettivi obblighi, i quali (non essendo sottoposti a condizione o a termine) possono essere oggetto di *pretesa immediata* da parte del creditore. A tale proposito, occorre rammentare, da una parte, che *la dilazione concessa gratuitamente dal creditore non è di ostacolo alla compensazione* (art. 1244) e, dall'altra – ai fini della determinatezza dell'ammontare – che *quando i due debiti non sono pagabili nello stesso luogo, si devono computare le spese del trasporto al luogo del pagamento* (art. 1245).

Dottrina e giurisprudenza concordano nel richiedere l'ulteriore presupposto della **certezza** dei debiti, che si risolve nella mancanza di contestazione tra le parti in ordine alla loro sussistenza e al loro ammontare, ovvero nel già compiuto accertamento processuale di essi con sentenza passata in giudicato.

Il concetto di compensazione legale potrebbe ingenerare l'equivoco di ritenere che, in presenza dei descritti requisiti, la compensazione operi *automaticamente* l'estinzione delle reciproche obbligazioni per le quantità corrispondenti.

In verità, l'estinzione opera sempre in conseguenza della proposizione dell'**eccezione da parte del debitore interessato**: occorre, cioè, che il debitore, cui sia stato richiesto il pagamento della sua prestazione, opponga al creditore il proprio controcredito a una rispettiva prestazione avente i caratteri dell'omogeneità, liquidità ed esigibilità. Neppure il giudice può rilevare d'ufficio la compensazione legale (art. 1242)

Se i presupposti sussistono e la compensazione viene fatta valere, l'estinzione dei due

debiti opera a far tempo dalla data della loro coesistenza (in ciò risiederebbe la c.d. **retroattività della compensazione legale**).

Se nel giorno della coesistenza, uno dei due debiti è già prescritto, l'**eccezione di prescrizione** prevale su quella di compensazione, con la conseguenza che, a fronte dell'estinzione per prescrizione di uno dei due crediti, la prestazione oggetto del credito non prescritto dovrà essere adempiuta. Se, invece, nel giorno della coesistenza, la prescrizione non è ancora compiuta (essendo maturato il relativo termine soltanto successivamente alla data della coesistenza), la compensazione legale può operare e la relativa eccezione prevarrà su quella di prescrizione (art. 1242, 2° comma).

Può accadere, altresì, che il debitore sia tale nei confronti del creditore in virtù di una pluralità di rapporti giuridici. Si pone, allora, il problema di stabilire su quale di questi debiti l'eccezione di compensazione vada ad operare in modo estintivo. Sul punto, l'art. 1249 (norma applicabile anche alla compensazione giudiziale nonché, in mancanza di diversa previsione contrattuale, alla compensazione volontaria) richiama le disposizioni dell'art. 1193, 2° comma, concernente *l'imputazione di pagamento*

b) Il secondo tipo di compensazione è quello **giudiziale**, che si verifica quando, pur in presenza dei requisiti di omogeneità ed esigibilità, uno dei debiti (o entrambi) difetti di liquidità (non sia, cioè, certo nel suo ammontare) e richieda, a tal fine, una pronuncia da parte del giudice.

La liquidazione si compie con una **pronuncia costitutiva** del giudice e, soltanto, in tale momento si verifica la compensazione dei coesistenti e reciproci debiti.

In sostanza, qualora Tizio agisca in giudizio nei confronti di Caio, per domandare la condanna al pagamento di un debito certo, liquido ed esigibile, Caio può opporre in compensazione un controcredito (ad esempio, un credito per risarcimento del danno da fatto illecito), che necessita della liquidazione da parte del giudice.

Il codice (art. 1243, 2° comma) pone, in tal caso, una **condizione di ammissibilità** dell'eccezione: il controcredito in tanto può essere opposto in compensazione, in quanto, pur non essendo liquido, sia **di facile e pronta liquidazione**. Se tale condizione non sussiste, il debitore convenuto potrà far valere la sua ragione di credito in un separato giudizio. Se, invece, il controcredito è di facile e pronta liquidazione (nel senso che non richiede una complessa e articolata attività istruttoria, in grado di prolungare i tempi del processo a scapito delle ragioni fatte valere dal creditore-attore), il giudice ha di fronte a sé due vie: in primo luogo – sulla base degli atti e senza svolgimento di attività istruttoria – può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente; in alternativa, qualora si renda necessaria un'attività istruttoria di accertamento del controcredito, prima di procedere a detto accertamento, può pronunciare sentenza di condanna del debitore-convenuto al pagamento della prestazione pretesa dall'attore, ma – al fine di non pregiudicare le ragioni del convenuto, costringendolo a pagare e, quindi, neutralizzando qualunque effettività dell'eccezione di compensazione – *il giudice può sospendere l'esecutorietà della sentenza di condanna per il credito liquido fino all'accertamento del credito opposto in compensazione* (art. 1243, 2° comma).

Nella compensazione giudiziale, il giorno di "coesistenza" dei debiti è quello della pronuncia di accertamento del credito illiquido e di condanna esecutiva della controparte al pagamento dello stesso.

c) La compensazione può essere, infine, **volontaria**, e consistere, pertanto, in un *contratto* stipulato dai soggetti interessati.

In tal caso, le parti dei rapporti obbligatori hanno la facoltà di derogare ai requisiti indicati nella compensazione legale e giudiziale, decidendo, ad esempio, di compensare un'obbligazione di *facere* con un'obbligazione di *dare*, nonché debiti non liquidi o ancora inesigibili. **L'unico presupposto che deve comunque sussistere è quello della reciprocità dei crediti aventi fonte in rapporti giuridici diversi.**

Il codice consente, altresì, che le parti stipulino una sorta di *contratto normativo*, con cui stabiliscano preventivamente le condizioni di compensazione dei reciproci rapporti obbligatori (art. 1252, 2° comma).

Nel caso di accordo contrattuale con cui le parti rimettano a una sola di esse (e non all'altra) la "facoltà" di eccepire la compensazione, si parla, in dottrina di **compensazione facoltativa**. La medesima definizione viene riferita, tuttavia, anche al caso di "rinuncia" unilaterale a far valere un ostacolo che si frapporrebbe all'operatività della compensazione legale (consentendo, ad esempio, che si dia luogo a compensazione nonostante l'illiquidità del credito della controparte).

Nella compensazione volontaria il **dies dell'estinzione dei reciproci debiti**, salvo diversa volontà delle parti, coincide con quello della stipulazione dell'accordo.

4. COMPENSAZIONE E GARANZIE DEL CREDITO

Il credito da opporre in compensazione può essere stato garantito in modo reale (ad esempio, con un pegno: art. 2784) o personale (ad esempio, con una fideiussione: art. 1936).

Orbene, **se il debitore, richiesto del pagamento, piuttosto che eccepire la compensazione, decide di pagare, tale sua condotta non potrà risolversi in pregiudizio dei terzi**: pertanto, egli, nell'escussione del suo credito, non potrà più valersi dei privilegi e delle garanzie che assistevano il credito stesso, salvo che, all'atto del pagamento del suo debito, il debitore abbia ignorato il proprio controcredito *per giusti motivi* (art. 1251).

Il terzo garante – e si comprende in tale nozione tanto il fideiussore quanto il terzo datore di pegno o ipoteca – **può opporre in compensazione il debito che il creditore ha verso il debitore in favore del quale è stata stipulata la garanzia** (art. 1247).

5. COMPENSAZIONE E CIRCOLAZIONE DEL CREDITO

Nel caso di **cessione del credito**, si pone il problema se il debitore ceduto possa opporre al cessionario la compensazione del proprio debito con un controcredito da lui vantato nei confronti del cedente. Occorre distinguere le seguenti ipotesi:

1) Se vi è stata accettazione della cessione, il debitore può opporre la compensazione con un controcredito sorto precedentemente, soltanto qualora ne abbia fatto espressa riserva all'atto dell'accettazione; se, invece, ha accettato *puramente e semplicemente*, il debitore non può opporre al cessionario la compensazione, che avrebbe potuto opporre al cedente (art. 1248, 1° comma).

2) Se non vi è stata accettazione, ma mera notificazione, il debitore ceduto può opporre al cessionario i suoi crediti sorti, nei confronti del cedente, prima della notificazione, ma non potrà opporre i crediti sorti successivamente.

Ovviamente, il cessionario può sempre far valere, nei confronti del cessionario, la compensazione con credito vantato nei confronti di quest'ultimo.

Le regole che si sono descritte valgono anche nel caso in cui il credito, per estinguere il quale si vuol far valere la compensazione, sia oggetto di **diritti di usufrutto o di pegno** (art. 1250): all'usufruttuario e al creditore pignoratizio, dunque, il debitore non può opporre in compensazione crediti sorti dopo la notificazione della costituzione del-

l'usufrutto o del diritto di pegno, mentre può opporre i crediti sorti in epoca anteriore, soltanto laddove ne abbia fatto espressa riserva in sede di accettazione.

6. COMPENSAZIONE FALLIMENTARE

Il meccanismo compensativo opera anche nell'ambito della procedura fallimentare (art. 56 l. fall.). Ciò comporta la facoltà del debitore del fallito di opporre, anche nei confronti del curatore fallimentare, la compensazione del debito con un proprio controcredito vantato nei riguardi del medesimo fallito.

Tale possibilità costituisce una **deroga al principio della *par condicio creditorum***. Infatti, il debitore-creditore del fallito finirà – nell'ipotesi di debiti di pari importo – con l'ottenere l'integrale soddisfacimento della pretesa creditoria attraverso l'estinzione della propria contrapposta obbligazione (come si è precedentemente detto, la compensazione viene catalogata, infatti, tra i modi "satisfattivi" di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento).

Ma il legislatore fallimentare ha ritenuto di estendere tale deroga alla *par condicio creditorum*, consentendo la compensazione **anche nell'ipotesi in cui il credito vantato verso il fallito non sia scaduto alla data di fallimento** (art. 56, 1° comma, l. fall.).

Appare evidente la *ratio* della previsione. Il fallimento costituisce un evento non imputabile al creditore, il quale, nell'ipotesi in cui il debitore fosse rimasto *in bonis* (non fosse, cioè, fallito, continuando ad esercitare la sua impresa), avrebbe potuto compensare il suo debito allorché il suo credito fosse giunto a scadenza. Per non far ricadere sul creditore il pregiudizio di dover adempiere, dopo il fallimento, la prestazione dovuta, nonché di doversi insinuare nel passivo fallimentare per pretendere l'adempimento del proprio credito, il legislatore ha ritenuto di derogare ai requisiti ordinari della compensazione legale e di consentire la compensazione anche nel caso di credito non ancora scaduto alla data di fallimento. La giurisprudenza ha ulteriormente esteso gli ambiti della compensazione fallimentare, consentendo al giudice delegato di applicare – in difetto del requisito della *liquidità* del credito vantato verso il fallito – la **compensazione giudiziale in corso di fallimento**, quando il credito verso il fallito sia, come previsto dall'art. 1243, illiquido ma *di facile e pronta liquidazione*.

La facoltà di compensazione non può operare, invece, quando il credito non scaduto sia stato acquistato dal creditore dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore (art. 56, 2° comma, l. fall.). In questo modo, il legislatore ha voluto evitare che, in presenza dello stato di insolvenza (art. 5 l. fall.), i debitori del fallito potessero acquistare (presumibilmente a prezzo vile) crediti vantati nei confronti dell'imprenditore, allo scopo di sottrarsi all'adempimento attraverso il meccanismo compensativo.

V. CONFUSIONE

1. NOZIONI GENERALI

L'obbligazione si estingue quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona (art. 1253 c.c.). L'estinzione dell'obbligazione per confusione evita che lo stesso soggetto sia costretto a "pagare a se stesso", con un esito del tutto irrilevante sotto il profilo patrimoniale.

La riunione delle qualità di creditore e debitore può verificarsi per **atto mortis causa** (ad esempio, il debitore diviene erede del proprio creditore) o per **atto inter vivos** (il debitore

acquista – ad esempio, attraverso un mandatario senza rappresentanza – il credito vantato nei propri confronti).

Nella successione *mortis causa*, peraltro, la confusione tra erede e *de cuius* non opera nei casi in cui i rispettivi patrimoni restino separati, come avviene nell'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario (art. 484 ss.) e nella separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede (art. 512 ss.).

La confusione libera i terzi che hanno prestato garanzie. Il fideiussore sarà automaticamente liberato, mentre il terzo datore di pegno o di ipoteca potrà richiedere la restituzione del bene dato in pegno o la cancellazione dell'ipoteca.

2. LA CONFUSIONE RISPETTO AI TERZI

La confusione non opera in pregiudizio dei terzi che hanno acquistato diritti di usufrutto o di pegno sul credito (art. 1254). Pertanto, pur a fronte della sua estinzione, il credito continua a corrispondere le utilità rispettivamente spettanti all'usufruttuario o al creditore pignoratizio.

3. RIUNIONE DELLE QUALITÀ DI FIDEIUSSORE E DI DEBITORE

Fenomeno diverso dalla confusione, ma regolato dal legislatore nell'ambito della medesima sezione, è quello della riunione nella stessa persona delle qualità di debitore e di fideiussore (art. 1255). **Tale riunione non estingue la fideiussione**, purché sia riscontrabile un concreto **interesse del creditore** alla permanenza di questa duplicità di titoli (rapporto principale e rapporto fideiussorio), in capo alla medesima persona.

Nella *Relazione al codice* si fa riferimento al caso del fideiussore, che abbia accettato con beneficio d'inventario l'eredità del debitore principale, e a quello dell'invalidità, per incapacità del debitore, del titolo da cui trae origine il debito principale (art. 1939). Si può aggiungere l'ipotesi in cui il debito principale si fondi su titolo nullo e, nel contratto di fideiussione del medesimo debito, si sia derogato al disposto dell'art. 1939 mediante la c.d. *clausola di sopravvivenza*.

Questa previsione legislativa – che, al pari di quella dell'art. 1254, non ha avuto applicazioni giurisprudenziali edite – offre un appiglio sistematico per dubitare della fondatezza di quell'orientamento giurisprudenziale, secondo cui il socio di una società di persone, essendo già illimitatamente responsabile *ex lege* per l'adempimento delle obbligazioni sociali, non potrebbe validamente vincolarsi, in qualità di fideiussore, a garanzia di quelle stesse obbligazioni. Anche nella descritta situazione può rinvenirsi, invero, l'"interesse" del creditore a rivolgersi al socio nella sua qualità di *fideiussore*, piuttosto che in quella di soggetto illimitatamente responsabile, esattamente al pari di quanto previsto dall'art. 1255 nell'ipotesi di riunione nella stessa persona delle qualità di fideiussore e di debitore principale.

4. CONFUSIONE E CONSOLIDAZIONE

La confusione deve essere distinta dalla consolidazione, che rappresenta un **modo di estinzione dei diritti reali minori** (ad esempio, il nudo proprietario succede *mortis causa* al proprio usufruttuario, oppure il titolare del fondo servente acquista la proprietà del fondo dominante: art. 1072, che pure parla impropriamente di *confusione*).

VI. IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA PER CAUSA NON IMPUTABILE

1. NOZIONE E CLASSIFICAZIONI

Se la prestazione diventa impossibile in modo totale e definitivo, per una causa non imputabile al debitore, l'obbligazione si estingue (art. 1256, 1° comma). La prestazione si considera impossibile anche quando, trattandosi di un'obbligazione avente ad oggetto una cosa determinata, **la cosa stessa è smarrita** senza che possa esserne provato il perimento (art. 1257, 1° comma).

Il codice accoglie, dunque, il principio generale, secondo cui **res perit creditoribus**: la distruzione o lo smarrimento incolpevoli della cosa pregiudicano il creditore, il quale non soddisfa il proprio interesse.

Tale principio, peraltro, subisce opportuni correttivi nell'ambito dei rapporti con prestazioni corrispettive, laddove il creditore (della prestazione divenuta impossibile per causa non imputabile) non può essere costretto, a sua volta, all'adempimento della propria prestazione.

Se l'impossibilità è *imputabile* al debitore, si versa nella fattispecie dell'inadempimento: l'art. 1256, da questo punto di vista, costituisce una disposizione speculare a quella dell'art. 1218, che sancisce la conversione dell'obbligazione inadempita in quella succedanea del risarcimento del danno. Si spiega, così, perché, nel caso di inadempimento, il principio *res perit creditoribus* non trovi applicazione: ai sensi dell'art. 1221, infatti, il debitore in mora non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, se non prova che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore. In sostanza, l'impossibilità sopravvenuta non imputabile non estingue l'obbligazione gravante sul debitore che non abbia adempiuto nel termine previsto e che, perciò, sia stato *costituito in mora* dal suo creditore.

L'impossibilità può essere **definitiva** o **temporanea**: soltanto la prima estingue l'obbligazione; la seconda si limita ad esimere il debitore dalla responsabilità per il ritardo. Anche l'impossibilità temporanea, tuttavia, estingue l'obbligazione *se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla* (art. 1256, 2° comma). Tale ultima disposizione si applica anche in caso di successivo ritrovamento di cosa smarrita (art. 1257, 2° comma).

Sotto altro profilo, l'impossibilità può essere **totale** o **parziale**: in quest'ultimo caso – come stabilisce l'art. 1258, 1° comma – il debitore si libera dell'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile, purché la prestazione, per sua natura o per il modo in cui le parti l'hanno considerata, non sia indivisibile (nel qual caso, l'impossibilità parziale estinguerà l'intera obbligazione).

Dal punto di vista strutturale, l'impossibilità può essere **materiale** (ad esempio, perimento o sottrazione della *res*) o **giuridica** (sopravvenuta incommerciabilità del bene oggetto della prestazione)

2. REQUISITI DELL'IMPOSSIBILITÀ

Oltre a presentare le caratteristiche della *definitività* e *totalità*, l'impossibilità della prestazione deve essere **sopravvenuta, oggettiva e assoluta**.

A) Quanto al primo requisito, è ovvio che **l'impossibilità originaria della prestazione renderebbe nullo il titolo costitutivo dell'obbligazione** (art. 1418, 2° comma; art. 1346), sicché non si tratterebbe di *estinzione*, bensì di inesistenza giuridica dell'obbligazione stessa (Cap. IV).

L'impossibilità originaria della prestazione deve essere distinta dall'**impossibilità prevedibile**.

In proposito, si suole affermare che chi assume l'obbligazione senza la consapevolezza, secondo le norme di comune diligenza, di poter adempiere, versa in colpa e non può sottrarsi alla responsabilità invocando l'impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1256.

Appare opportuno distinguere, tuttavia, a seconda che l'evento impeditivo, all'atto dell'assunzione dell'obbligazione, risulti *certo* o *estremamente probabile*, oppure si presenti soltanto come *possibile* in ragione di un indice "normale" di probabilità. Nel primo caso, si versa nell'ipotesi dell'impossibilità originaria, con conseguente eventuale responsabilità precontrattuale (artt. 1337-1338) del contraente-debitore, che si sia rappresentata la certezza o l'estrema probabilità della sopravvenuta impossibilità della prestazione. Nel secondo caso, invece, la mera possibilità dell'ineseguibilità della prestazione potrebbe essere semplicemente sintomatica della volontà del debitore di farsi carico di una particolare diligenza per scongiurare il previsto possibile inadempimento: in tale situazione, quindi, soltanto l'inosservanza di tale diligenza impedirebbe l'applicazione dell'art. 1256 c.c.

B) Il secondo requisito consiste nell'*oggettività*, nel senso che **l'impossibilità deve derivare da un evento estraneo alla persona del debitore**, tale da precludere l'adempimento a qualsivoglia altro soggetto che fosse tenuto, in ipotesi, alla prestazione.

Peraltro, la dottrina non esclude la rilevanza di impedimenti inerenti alla sfera personale o patrimoniale del debitore, che incidano direttamente sulla prestazione o sui suoi obiettivi presupposti (ad esempio, la prolungata malattia dell'artista, cui sia stata commissionata l'esecuzione di un'opera per una determinata scadenza).

C) Il requisito dell'*assolutezza* allude all'**impossibilità del debitore, nonostante ogni sforzo, di neutralizzare l'evento che rende impossibile la prestazione** (l'incendio, con conseguente perimento della cosa, non estingue, ad esempio, l'obbligazione di dare, qualora esso potesse essere agevolmente spento mediante un diligente ricorso a mezzi facilmente reperibili).

Il carattere dell'assolutezza nega rilevanza alla semplice **difficultas praestandi**, a quegli eventi, cioè, che si limitino a rendere soltanto più difficoltoso l'adempimento.

La nozione di *difficultas praestandi* è richiamata nell'**art. 1818 c.c.**, ove, in tema di mutuo e riguardo all'obbligazione di restituire cose fungibili diverse dal denaro, stabilisce che, se la restituzione è divenuta impossibile o notevolmente difficile per causa non imputabile al debitore, questi è tenuto a pagarne il valore, avuto riguardo al tempo e al luogo in cui la restituzione si doveva eseguire. Anche secondo tale previsione, dunque, la sopravvenuta *difficoltà di adempimento* non estingue l'obbligazione, ma si limita a mutarne l'oggetto.

La dottrina, tuttavia, ha osservato come non sia da escludere che anche una grave difficoltà possa condurre addirittura all'estinzione del vincolo e, quindi, alla liberazione del debitore qualora una valutazione degli interessi in gioco, condotta alla luce delle circostanze del caso concreto, debba evidenziare – grazie a un giudizio improntato al criterio della buona fede oggettiva (artt. 1175 e 1375 c.c.) – la sostanziale (e definitiva) inesigibilità, da parte del creditore, della prestazione dovutagli dal debitore e divenuta, per causa a quest'ultimo non imputabile, non impossibile, ma di difficile esecuzione.

3. L'IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA NON IMPUTABILE NEI CONTRATTI CON PRESTAZIONI CORRISPETTIVE

Regole particolari valgono allorché la prestazione divenuta impossibile si collochi nell'ambito di un contratto con prestazioni corrispettive.

A) Se si tratta di **impossibilità totale**, la parte liberata della sua obbligazione non

può pretendere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuto (art. 1463 c.c.);

B) Se si tratta di **impossibilità parziale**, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione dovuta e può anche recedere dal contratto, qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale (art. 1464 c.c.).

Se, però, **la parte che aveva diritto a ricevere la prestazione divenuta impossibile era in mora** (non aveva, cioè, ricevuto, senza motivo legittimo, il pagamento offertogli nei modi di legge: art. 1206 ss. c.c.), essa non è né liberata dall'obbligo della controprestazione (nel caso di impossibilità totale), né potrà pretendere la riduzione della sua prestazione o recedere dal contratto (nel caso di impossibilità parziale): essa sarà, dunque, tenuta ad adempiere senza poter più pretendere la controprestazione (art. 1207 c.c.).

Il legislatore non ha disciplinato il caso dell'**impossibilità temporanea nei contratti con prestazioni corrispettive**.

Secondo una prima tesi, il contraente debitore della prestazione temporaneamente impossibile è esonerato da responsabilità per ritardo, ma, qualora l'impossibilità perduri oltre il limite dell'interesse dell'altro contraente a conseguire la prestazione, la sua obbligazione si estingue e il contratto si risolve come previsto dall'art. 1463 c.c.

Secondo altra impostazione, invece, applicando analogicamente la norma dettata per l'impossibilità parziale (art. 1464 c.c.), il contraente creditore può recedere dal contratto se, per il tempo trascorso, egli non ha più un apprezzabile interesse al mantenimento del contratto.

Nei **contratti di durata** la giurisprudenza esclude, nell'ipotesi di impossibilità temporanea di una delle due prestazioni, il diritto del creditore a una corrispondente proroga della durata del contratto per un tempo corrispondente alla durata dell'impossibilità temporanea, salva una specifica previsione contrattuale in tal senso. Conseguentemente, gli unici rimedi consistono nella riduzione della controprestazione o nel recesso (art. 1464 c.c.)

4. SUBINGRESSO DEL CREDITORE NEI DIRITTI DEL DEBITORE

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione può essere imputabile a un terzo, il quale si sia illecitamente ingerito nella sfera giuridica o personale del debitore. In questo caso, il fatto del terzo può essere fonte di responsabilità e il debitore può ottenere dal terzo il risarcimento del danno subito.

L'art. 1259 c.c. attribuisce al creditore, quando la prestazione aveva per oggetto una cosa determinata, il diritto di subentrare nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità (ad esempio, il creditore subentra nel diritto del debitore di esigere quanto dovuto a quest'ultimo dall'assicuratore della cosa). Se il debitore ha già ottenuto il risarcimento, il creditore può esigere da lui quanto gli è stato corrisposto.

Si discute se l'art. 1259 c.c. – che, alla lettera, disciplina soltanto l'ipotesi di prestazione che ha per oggetto una cosa determinata – sia applicabile analogicamente alle prestazioni di fare e di non fare. Laddove si aderisca alla tesi più restrittiva, deve comunque ammettersi che – pur non subentrando nei diritti del debitore verso il terzo – il creditore possa agire direttamente nei confronti del terzo per far valere, sul piano extracontrattuale (art. 2043 c.c.), la patita lesione del diritto di credito vantato nei confronti del debitore: rimedio applicabile, peraltro, anche nella fattispecie disciplinata dall'art. 1259 c.c., in alternativa al subingresso delle ragioni del debitore nei confronti del terzo.

dere efficace, di fronte ai terzi, la trasmissione di ciascuno dei diritti compresi nell'“eredità” (art. 1543, 2° comma).

II. PERMUTA, SOMMINISTRAZIONE E CONTRATTO ESTIMATORIO

1. LA PERMUTA

La permuta è un contratto di scambio, che ha per oggetto il **reciproco trasferimento della proprietà di cose o di altri diritti da un contraente all'altro** (art. 1552 c.c.).

Essa si distingue, pertanto, dalla compravendita sotto il profilo dell'*oggetto* dello scambio: al trasferimento della proprietà di una cosa o al trasferimento di un altro diritto non corrisponde – come nella compravendita – il corrispettivo di un prezzo, bensì il trasferimento della proprietà di altra cosa o il trasferimento di un altro diritto.

La permuta è una figura contrattuale antichissima, che deriva dal primitivo “baratto” di cosa contro cosa, tipico di società in cui non si era ancora affermata e diffusa la moneta come strumento di scambio.

Al pari della compravendita, la permuta è:

- a) contratto consensuale;
- b) con prestazioni (*rectius*, attribuzioni patrimoniali) corrispettive.

La **forma** della permuta dipende dall'oggetto dello scambio: occorre, pertanto, la forma scritta *ad substantiam* quando, per il trasferimento del diritto oggetto del contratto, la legge prevede la forma scritta a pena di nullità (ad esempio, permuta di beni immobili: art. 1350, n. 1 c.c.).

La permuta è, di regola, un contratto con **effetti reali**, ma, come la compravendita, essa può avere *effetti obbligatori interinali*, quando una delle attribuzioni patrimoniali corrispettive (o entrambe) consista nel trasferimento della proprietà di cose generiche, cosa alternativa, cosa futura o cosa altrui.

La disciplina della permuta rinvia a quella della compravendita, con il consueto limite della *compatibilità* delle norme (art. 1555 c.c.).

Le **differenze** tra le due discipline sono le seguenti:

a) in caso di **evizione** – mentre l'acquirente ha diritto alla restituzione del prezzo e al risarcimento del danno – il permutante può scegliere tra la risoluzione del contratto (e conseguente riottenimento della cosa data) e la pretesa del valore della cosa evitata, salvo in ogni caso il risarcimento del danno (art. 1553 c.c.)

b) salvo un diverso accordo tra le parti, le **spese** per la stipulazione della permuta e le altre accessorie sono a carico di entrambi i contraenti in parti uguali (art. 1554 c.c.); nella compravendita, invece, le stesse spese sono a carico dell'acquirente: 1475 c.c.).

Qualora, oltre al trasferimento della proprietà di una cosa o del trasferimento di altro diritto, le parti prevedano l'obbligo di versamento di un **conguaglio**, occorre stabilire se si tratti di permuta oppure di compravendita. L'applicabilità alla permuta delle norme sulla vendita rende il problema privo di particolari effetti pratici; in ogni caso, si privilegia il c.d. *criterio matematico*, secondo cui si è in presenza di una permuta nel caso in cui l'importo del conguaglio non superi il valore della cosa.

Nonostante le sue antiche origini, la permuta costituisce uno strumento di circolazione dei beni anche nelle moderne economie. La giurisprudenza ha spesso affrontato le problematiche connesse alla figura della **permuta di cosa presente con cosa futura**: ad esempio, il signor Rossi trasferisce al signor Bianchi la proprietà di un terreno in cambio del trasferimento di una o più porzioni immobiliari dell'edificio che sarà realizzato.

Con riguardo alla *qualificazione giuridica* di tale operazione negoziale, la tesi prevalente la riconduce alla permuta, escludendo che si tratti di una vendita collegata ad un appalto, il cui corrispettivo sia oggetto di successiva compensazione con il prezzo dovuto per il trasferimento delle porzioni immobiliari dell'edificio. La volontà dei contraenti, invero, è diretta, al trasferimento della proprietà dei beni dedotti nel contratto, rispetto al quale l'obbligazione di *facere*, avente ad oggetto la costruzione dell'edificio è meramente strumentale e preparatoria allo scambio reciproco.

Problemi di **tutela del permutante avente diritto alla cosa futura** si pongono nel caso in cui, per qualunque ragione, l'edificio non sia realizzato. Qualificando la mancata realizzazione dell'edificio alla stregua di un *inadempimento contrattuale*, bisognerebbe riconoscere al permutante avente diritto alla cosa futura, oltre al risarcimento del danno, il solo diritto alla risoluzione del contratto, con i conseguenti limiti di opponibilità degli effetti risolutivi ad eventuali terzi aventi causa (art. 1458, 2° comma, c.c.). Viceversa, facendo applicazione – in virtù del rinvio compiuto dall'art. 1555 c.c. alla norme sulla compravendita – dell'art. 1472, 2° comma, c.c., se la cosa futura non viene ad esistenza, la permuta deve ritenersi *nulla*, e, di conseguenza, il permutante riottiene la proprietà della cosa presente, con pregiudizio anche dei diritti acquistati da eventuali terzi subacquirenti (con il solo limite di cui all'art. 2652, n. 6 c.c.; Vol. III, Cap. XII, Sez. II, III, 5).

2. LA SOMMINISTRAZIONE

La somministrazione è il contratto con cui una parte (*somministrante*) si obbliga, verso il corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra (*somministrato*), prestazioni periodiche o continuative di cose (art. 1559 c.c.).

Si tratta di un contratto consensuale con effetti obbligatori. Le obbligazioni corrispettive derivanti dal contratto consistono:

a) in **prestazioni periodiche** (si pensi, la fornitura settimanale di acqua minerale) o **continuative** (ad esempio, le forniture di acqua corrente, di energia elettrica, di gas, ecc.) **di cose**;

Qualora non sia determinata, l'**entità della somministrazione** si intende pattuita in corrispondenza al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto (art. 1560, 1° comma, c.c.).

Può accadere che le parti abbiano pattuito soltanto i limiti – minimo e massimo – dell'intera somministrazione o delle singole prestazioni: in tal caso, spetta all'avente diritto alla somministrazione stabilire, entro detti limiti, il quantitativo dovuto (art. 1560, 2° comma, c.c.). Se l'entità della somministrazione deve determinarsi in relazione al fabbisogno ed è stabilito un quantitativo minimo, l'avente diritto alla somministrazione è tenuto per la quantità corrispondente al fabbisogno se questo supera il minimo stesso (art. 1560, 3° comma, c.c.).

La legge non specifica se la "*prestazione di cose*" includa necessariamente il *trasferimento del diritto di proprietà* sulle cose stesse, ma si limita a stabilire che alla somministrazione si applicano, in quanto compatibili, anche le **regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni** (art. 1570 c.c.). Ciò significa, ad esempio, che, qualora la prestazione oggetto di somministrazione consista nel trasferimento della proprietà di beni, ad ogni singola prestazione sono applicabili anche le norme sulla compravendita (vizi della cosa, evizione, ecc.).

Non può escludersi, tuttavia, che le singole prestazioni possano corrispondere ad un contratto privo di efficacia traslativa (c.d. **somministrazione di uso**; ad esempio, la locazione: si pensi al fiorista, che si obblighi a concedere settimanalmente piante ornamentali al parroco, per la celebrazione della messa domenicale), nel qual caso il somministrato acquista un mero diritto personale di godimento sui beni oggetto della somministrazione e la disciplina del rapporto è integrata dalla norme sulla locazione.

Qualora le prestazioni periodiche non abbiano ad oggetto cose, bensì **opere o servizi**, che consistano in un *facere* da parte del somministrante, la fattispecie non rientra nello schema causale della somministrazione, ma in quello dell'appalto. Diverso dalla somministrazione discipli-

nata dal codice civile è, altresì, il contratto di *somministrazione di lavoro*, introdotto nel nostro ordinamento dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (artt. 20-28).

b) nel pagamento del prezzo.

In difetto di determinazione delle parti, la legge rinvia espressamente alle regole previste dall'art. 1474 c.c. in materia di compravendita (art. 1561 c.c.)

La somministrazione è un **contratto di durata**, perché caratterizzato dalla ripetitività delle prestazioni eseguite dal somministrante, che soddisfano un interesse periodico o continuativo del somministrato. Tale caratteristica incide, per alcuni aspetti, sulla disciplina:

a) per quanto riguarda l'obbligazione corrispettiva di pagamento del prezzo, essa deve essere eseguita *all'atto delle singole prestazioni e in proporzione a ciascuna di esse* (art. 1562 c.c.);

b) il termine stabilito per le singole prestazioni si presume pattuito nell'interesse di entrambe le parti, ma se, invece, la facoltà di fissare la scadenza delle singole prestazioni spetta al somministrato, quest'ultimo deve comunicare la data al somministrante con un congruo preavviso (art. 1563 c.c.);

c) se la durata della somministrazione non è stabilita, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dando preavviso nel termine pattuito o in quello previsto dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione (art. 1569 c.c.);

d) l'inadempimento di lieve entità dell'avente diritto alla somministrazione non attribuisce al somministrante la facoltà di sospendere l'esecuzione del contratto senza dare congruo preavviso (art. 1565 c.c.);

e) la risoluzione del contratto – diversamente da quanto previsto secondo le regole generali (artt. 1453, 1455 c.c.) – può essere domandata soltanto *se l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti* (art. 1564 c.c.).

Nel contenuto del contratto di somministrazione le parti possono prevedere talune **specifiche pattuizioni**, cui la legge riserva apposita regolamentazione.

In primo luogo, il somministrato può obbligarsi a dare la preferenza al somministrante nella stipulazione di un successivo contratto per lo stesso oggetto (**patto di preferenza**: art. 1566 c.c.). Si tratta di un'ipotesi normativa di prelazione volontaria (Cap. IV, Sez. II, IV, § 3), che è valida purché la durata dell'obbligo non ecceda il termine di cinque anni; se è convenuto un termine maggiore, questo si riduce a cinque anni (*ex* 1419, 2° comma, c.c.).

Altra possibile clausola consiste nel **patto di esclusiva**, che può operare in favore del somministrante o del somministrato:

1) nel primo caso, il somministrato *non può ricevere da terzi prestazioni della stessa natura né, salvo patto contrario, può provvedere con mezzi propri alla produzione delle cose che formano oggetto del contratto* (art. 1567 c.c.);

2) nel secondo caso, *il somministrante non può compiere nella zona per cui l'esclusiva è concessa e per la durata del contratto, né direttamente né indirettamente, prestazioni della stessa natura di quelle che formano oggetto del contratto* (art. 1568, 1° comma, c.c.); in questo caso, se il somministrato, con apposita clausola, si sia obbligato a promuovere la vendita delle cose di cui vanta l'esclusiva dal somministrante, egli, qualora si renda inadempiente, risponde dei danni cagionati al somministrante anche quando abbia provveduto a dare esecuzione all'accordo per il quantitativo minimo stabilito (art. 1568, 2° comma, c.c.).

3. IL CONTRATTO ESTIMATORIO

Col contratto estimatorio una parte (*tradens*) consegna una o più cose mobili all'altra (*accipiens*) e questa si obbliga a pagare il prezzo, salvo che restituisca le cose nel termine stabilito (art. 1556 c.c.).

Tale figura contrattuale è assai diffusa nella prassi, specie dei rapporti commerciali tra imprenditori operanti nel settore della distribuzione e della vendita di particolari prodotti (libri, pubblicazioni periodiche, quotidiani, abbigliamento, ecc.). Col contratto estimatorio, infatti, il venditore al dettaglio paga al suo fornitore soltanto il corrispettivo dei beni che egli abbia venduto, a sua volta, al pubblico entro un certo termine; in tal modo, il dettagliante, potendo restituire al fornitore i beni non acquistati dalla clientela, non corre il *rischio dell'invenduto*.

È un **contratto reale** (come si ricava dal tenore letterale dell'art. 1556 c.c.), da cui derivano attribuzioni patrimoniali corrispettive.

La consegna deve essere *effettiva*, ma possono risultare idonei anche taluni "surrogati" della consegna, come, ad esempio, la dazione all'*accipiens* dei titoli rappresentativi delle merci.

Potendo avere ad oggetto soltanto cose mobili, non è previsto alcun obbligo di forma ai fini della validità.

Il contratto estimatorio differisce da altre figure:

a) dal *deposito*, perché l'*accipiens* – a differenza del depositario (art. 1766 c.c.) – è obbligato, principalmente, a *pagare il prezzo* e non a restituire le cose in natura; in caso di restituzione, peraltro, egli deve avere diligentemente custodito la cosa (art. 1177 c.c.);

b) dalla *commissione*, perché l'*accipiens* – a differenza del commissionario (art. 1731 c.c.) – non ha l'*obbligo* di vendere i beni; il mandante, peraltro, può revocare l'incarico o alienare direttamente i beni; l'*accipiens* agisce, inoltre, nel proprio interesse e non *per conto del tradens* (l'utile consiste nella differenza tra il prezzo di vendita e quello di acquisto dal *tradens* e non in una provvigione: art. 1733 c.c.).

Circa gli **effetti** del contratto, è discusso se l'*accipiens* acquisti la proprietà dei beni consegnati. La legge (art. 1558 c.c.) si limita ad attribuirgli la facoltà di compiere validi atti di disposizione dei beni (nei confronti dei terzi, l'*accipiens* agisce, quindi, come *dominus*) e su tale dato normativo si fonda la tesi prevalente, secondo cui la proprietà della cosa resta in capo al *tradens* fino al momento in cui l'*accipiens* alieni la cosa stessa al terzo o la trattenga definitivamente per sé.

In senso contrario, si è osservato che l'obbligazione nascente in capo all'*accipiens*, per effetto della conclusione del contratto, è soltanto quella di pagare il prezzo (art. 1556 c.c.). Ciò dovrebbe indurre a ritenere che il diritto di proprietà sulle cose si trasferisca *immediatamente* in capo all'*accipiens*, salva la facoltà per quest'ultimo di liberarsi dell'obbligazione di pagamento del prezzo attraverso la restituzione delle cose stesse. Secondo questa tesi, la restituzione *non est in obligatione*, ma costituisce una mera *facultas solutionis*.

Secondo una variante della tesi dell'efficacia *reale* del contratto estimatorio, quest'ultimo consisterebbe in una compravendita caratterizzata dall'attribuzione di un diritto di recesso in favore dell'acquirente, il quale, pertanto, optando per la restituzione dei beni, determinerebbe la caducazione (in tutto o in parte) degli effetti traslativi del contratto.

L'attribuzione all'*accipiens* della facoltà di alienare i beni è *esclusiva*: il *tradens*, pertanto, non può disporre dei beni dal momento della consegna fino all'eventuale restituzione degli stessi (art. 1558, 2° comma, c.c.).

A garanzia dell'obbligazione di pagamento del prezzo, si stabilisce che i creditori dell'*accipiens* non possono sottoporre le cose oggetto del contratto a pignoramento o a sequestro finché non ne sia stato pagato il prezzo (art. 1558, 1° comma, c.c.).

La restituzione delle cose deve avvenire “**nel termine stabilito**”. Laddove le parti non abbiano previsto un termine, questo può essere stabilito dal giudice (ex art. 1183 c.c. o – secondo una preferibile interpretazione che sottolinea l'*essenzialità causale* del termine nel contratto estimatorio – in applicazione analogica dell'art. 1817 c.c.).

Per quel che concerne, invece, il pagamento del prezzo, il termine può essere (o no) previsto dalle parti nel contratto. Tale termine può coincidere (o no) col termine per la restituzione delle cose. In difetto di una previsione contrattuale, si applica l'art. 1183 c.c.

Il contratto estimatorio è un **contratto con attribuzioni patrimoniali corrispettive**. Si applicano, quindi, gli istituti concernenti tale categoria contrattuale (art. 1453, 1460, 1467, ecc.).

Non si applica, invece, la risoluzione del contratto per **impossibilità sopravvenuta** (art. 1463 c.c.) nel caso in cui diventi impossibile la restituzione delle cose nella loro integrità per causa non imputabile all'*accipiens*. In coerenza con l'*unicità* dell'obbligazione dell'*accipiens* (pagamento del prezzo) – obbligazione che, ai fini dell'art. 1463 c.c. non potrebbe mai divenire impossibile (*genus numquam perit*) – la legge stabilisce che tale impossibilità non influisce sul sinallagma contrattuale: pertanto, l'*accipiens* resta obbligato al pagamento del prezzo (art. 1557 c.c.).

4. IL RIPORTO

Il riporto è il contratto mediante il quale una parte (il *riportato*) trasferisce in proprietà all'altra (il *riportatore*) titoli di credito di una data specie per un determinato prezzo e il riportatore assume l'obbligo di trasferire al riportato, alla scadenza del termine stabilito, la proprietà di altrettanti titoli della stessa specie, verso rimborso del prezzo, che può essere aumentato (ed è, appunto, tale maggior somma che è chiamata *riporto*) o diminuito (la minor somma è detta, invece, *deporto*) nella misura convenuta (art. 1548 c.c.).

La **funzione del contratto** può essere duplice:

a) procurare la disponibilità di denaro liquido a chi sia titolare di titoli;

b) procurare titoli a chi ne abbia bisogno (ad esempio, per partecipare o per garantirsi la maggioranza di una società per azioni: il diritto di voto, infatti – salvo patto contrario – spetta al riportatore).

L'interesse alla stipulazione del contratto può consistere, peraltro, nella mera speculazione sulle variazioni del prezzo del titolo.

Si distingue tra *riporto di banca* e *riporto di borsa*, a seconda della qualifica dei contraenti e del contesto in cui il contratto è concluso: nel secondo caso, la disciplina è integrata dagli usi di borsa.

Figura diversa è quella del *riporto proroga*, nella quale, in seguito alla stipulazione di una vendita a termine dei titoli di credito (art. 1531 c.c.), le parti convengono di prorogare l'esecuzione del contratto: in tal caso, manca la consegna effettiva dei titoli e il contratto si configura come consensuale.

La conclusione del contratto richiede la *datio rei* (come si desume direttamente dall'art. 1549 c.c.): si tratta, dunque, di un **contratto reale**.

Il riporto trasferisce al riportatore il diritto di proprietà sui titoli trasferiti (contatto

con **efficacia reale**) e fa sorgere l'obbligazione di restituire al riportatore il *tantundem eiusdem generis* (**effetto obbligatorio**).

In caso di **inadempimento** (art. 1551 c.c.), occorre distinguere:

— l'inadempimento di una sola delle parti attribuisce all'altra la facoltà di agire coattivamente per l'adempimento ai sensi degli artt. 1515-1516 c.c.;

— l'inadempimento reciproco fa cessare gli effetti del contratto e ciascuna parte ritiene ciò che ha ricevuto al tempo della stipulazione del contratto.

SEZIONE SECONDA

LA DONAZIONE E LE ALTRE LIBERALITÀ

1. LIBERALITÀ, DONAZIONE E ATTI ESSENZIALMENTE GRATUITI

L'atto con cui una parte arricchisce l'altra, senza esservi tenuta in virtù di una precedente obbligazione giuridica o naturale e per soddisfare un proprio interesse non patrimoniale, costituisce una **liberalità**.

Il sig. Rossi, ad esempio, dona un gioiello alla propria migliore amica, in occasione della sua laurea; il sig. Bianchi rimette il debito al sig. Verdi per aiutarlo a risollevarsi da una difficile situazione economica; il coerede Tizio, nella divisione ereditaria, acconsente ad attribuire all'altro coerede Caio una porzione di beni di valore superiore alla quota che gli spetterebbe, per riconoscenza verso l'opera di assistenza morale e materiale svolta da Caio in favore della madre defunta.

Negli esempi fatti, l'arricchimento conseguito dal beneficiario è dovuto alla volontà di chi, senza ottenere alcun corrispondente vantaggio di natura patrimoniale, acconsente ad un atto che priva il suo patrimonio di un'utilità esistente o di un incremento giuridicamente dovuto.

Per stabilire, quindi, se l'atto che *impoverisce* il patrimonio del disponente e *arricchisce* il patrimonio del beneficiario costituisca o meno una liberalità, non basta rilevare l'assenza di un corrispettivo, ma è necessario stabilire lo *spirito* – così come si esprime la norma che definisce la donazione (art. 769 c.c.) – con cui l'atto stesso è compiuto: laddove si accerti la sussistenza del duplice requisito dell'*assenza di costrizione* e dell'*interesse non patrimoniale* di colui che compie l'atto, si configura quello *spirito* che consente di qualificare l'atto come *liberalità*.

La nozione di "liberalità" indica, pertanto, un *genere* di atti, nel quale sono compresi sia atti unilaterali (ad esempio, la remissione del debito, la rinuncia a un diritto reale minore, ecc.) sia contratti (ad esempio, la donazione, la fideiussione gratuita, ecc.). Tuttavia, mentre per gli atti di liberalità *diversi* dalla donazione la causa liberale necessita di essere accertata *in concreto*, la donazione rappresenta l'unico contratto tipico di cui lo spirito di liberalità costituisce un elemento causale *intrinseco*.

Ciò significa che la donazione è tale *soltanto se compiuta per spirito di liberalità*: qualora si accerti che tale spirito è assente – perché il donante agisce per adempiere a un obbligo precedentemente assunto (ad esempio, in esecuzione di un contratto preliminare) – la donazione stessa è nulla per mancanza di causa.

Anche l'adempimento di un'obbligazione naturale non configura liberalità, posto che l'attribuzione è compiuta in esecuzione di doveri morali o sociali (art. 2034 c.c.).

Non costituisce donazione (e, quindi, liberalità) – secondo l'espressa previsione normativa (art. 770, 2° comma, c.c.) – la **liberalità d'uso**, vale a dire quella elargizione di beni o denaro (ad esempio, la mancia al cameriere) fatta in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi.

Viceversa, l'atto diverso dalla donazione, pur potendo configurare una liberalità, può essere compiuto anche per soddisfare un interesse di natura *patrimoniale*: nel qual caso – qualora manchi un corrispettivo vantaggio economico tale da rendere l'atto *oneroso* – si sarà in presenza di un c.d. **atto meramente gratuito**.

La fideiussione gratuita, ad esempio, non è atto di liberalità se compiuta dal socio per consentire l'erogazione di un mutuo alla società e, dunque, nella prospettiva di una futura utilità economica.

Parimenti, la remissione parziale del debito non costituisce liberalità se compiuta per consentire l'ammissione del debitore al concordato preventivo in luogo della dichiarazione di fallimento.

In questi casi – proprio in considerazione dell'interesse patrimoniale del fideiussore o del remittente – trattasi di atti gratuiti, ma non di liberalità.

In definitiva, la natura dell'interesse di colui che compie l'atto consente di distinguere tra *liberalità* (interesse non patrimoniale) e *atto meramente gratuito* (interesse patrimoniale).

Nella categoria delle liberalità, la legge disciplina compiutamente soltanto il contratto di donazione (art. 769 ss. c.c.). Le liberalità *diverse* dalla donazione – cc.dd. **liberalità atipiche** – comprendono due tipologie di atti:

1) in primo luogo, gli **atti che procurano un arricchimento di contenuto diverso rispetto alla donazione**: invero, mentre nella donazione – come si evince dalla definizione espressa nell'art. 769 c.c. – l'arricchimento consiste necessariamente o nella “disposizione di un diritto” *oppure* nell’“assunzione di un’obbligazione”, l'atto che arricchisca il beneficiario con modalità diverse da quelle tipiche della donazione rientra nel novero delle liberalità atipiche;

Ad esempio, la rinuncia al proprio diritto, che l'usufruttuario compia per spirito di liberalità, determina l'arricchimento del nudo proprietario (che, per l'effetto, consegue la piena proprietà del bene) senza che ricorra né la disposizione di un diritto né l'assunzione di un'obbligazione.

Allo stesso modo – secondo la giurisprudenza (Cass. 27 luglio 2000, n. 9872) – costituisce liberalità atipica la rinuncia al diritto all'indennità spettante al terzo che abbia realizzato un'opera con materiali propri sul fondo altrui (art. 936 c.c.).

2) è liberalità atipica, altresì, la c.d. **donazione indiretta**, che consiste nell'atto con cui è attribuito al beneficiario un arricchimento di *contenuto identico* a quello della donazione (trasferimento di un diritto o assunzione di un'obbligazione), ma attraverso la stipulazione di un *contratto diverso* dalla donazione.

La donazione indiretta si caratterizza, pertanto – al pari degli altri contratti indiretti (Cap. IV, Sez. III, IV) – per la divergenza del “mezzo” rispetto allo “scopo”: si stipula un contratto oneroso *per* un fine di liberalità.

Ad esempio, il sig. Rossi paga il corrispettivo di un bene immobile acquistato dal proprio figlio: in tal caso – come nella donazione tipica – l'arricchimento consiste nel “trasferimento di un diritto”, ma *lo strumento* utilizzato per far conseguire tale arricchimento consiste in un **contratto oneroso di compravendita con pagamento del debito del compratore** (e, dunque, in un atto diverso dalla donazione tipica).

Con riferimento alla fattispecie descritta, peraltro, la giurisprudenza (in particolare, Cass., Sez. Un. 5 agosto 1992, n. 9282) ha opportunamente distinto l'ipotesi della *donazione diretta*

del denaro, che sia stato successivamente impiegato dal figlio in un acquisto immobiliare, e quella della *elargizione del denaro quale mezzo per l'acquisto del bene immobile* da parte del figlio.

Invero, quando il denaro sia stato donato *come tale*, si configura una donazione tipica, posto che il denaro stesso costituisce il bene di cui il genitore ha inteso beneficiare il figlio; il successivo reimpiego della somma ricevuta non ha alcun rilievo, essendo estraneo alla previsione del donante.

Diversa soluzione deve darsi, invece, al caso del denaro elargito esclusivamente *in funzione* dell'acquisto immobiliare e, quindi:

1) o pagato direttamente all'alienante dal genitore stesso, presente alla stipulazione intercorsa tra acquirente e venditore dell'immobile;

2) o pagato dal figlio dopo averlo ricevuto dal padre (con o senza la previa stipulazione da parte del padre, in proprio nome, di un contratto preliminare con il proprietario dell'immobile).

Anche nella seconda ipotesi – poiché c'è un collegamento diretto tra l'elargizione del denaro paterno e l'acquisto del bene immobile da parte del figlio – si è in presenza di una *donazione indiretta dell'immobile* (e non del denaro impiegato per il suo acquisto): l'oggetto della donazione coincide, infatti, con l'oggetto stesso dell'arricchimento, ossia l'immobile acquistato.

Come è stato osservato in dottrina, non va confuso l'"arricchimento", che è una nozione economica, con il "trasferimento", che è una nozione giuridica. Non è detto che l'arricchimento possa essere soltanto il risultato del trasferimento dal donante al donatario: nella donazione indiretta, il donante determina l'arricchimento del donatario ottenendo in suo favore il trasferimento del bene da parte di un terzo.

Altra rilevante problematica interpretativa consiste nella qualificazione giuridica del c.d. ***negotium mixtum cum donatione***, che ricorre allorché le parti di un contratto oneroso patuiscono volutamente un corrispettivo manifestamente sproporzionato rispetto al valore del bene trasferito, l'una con l'intento di arricchire l'altra: sproporzione per eccesso o per difetto a seconda che il beneficiario sia l'alienante o l'acquirente. Ad esempio, il sig. Rossi, per riconoscenza nei riguardi del sig. Bianchi che gli ha salvato precedentemente la vita, aliena a quest'ultimo un bene immobile ad un prezzo notevolmente inferiore a quello di mercato.

Secondo una prima tesi, il *mixtum* sarebbe un contratto con causa "mista": in esso *concorrebbero* entrambe le cause, sia quella della compravendita sia quella della donazione. Conseguentemente, occorrerebbe applicare la sola *disciplina del tipo in concreto prevalente* (vendita o donazione).

Secondo un opposto (e prevalente) orientamento, invece, si tratta di una donazione indiretta, poiché il contratto oneroso di compravendita è stipulato dalle parti soltanto per conseguire – appunto, *in via indiretta* – attraverso la voluta sproporzione tra le prestazioni corrispettive, la finalità (diversa e ulteriore rispetto a quella di scambio) consistente nell'arricchimento, per mero spirito di liberalità, del contraente che beneficia dell'attribuzione di maggior valore. Sul piano della disciplina, ciò comporta l'applicabilità delle norme che regolano le liberalità atipiche (*infra*).

La **disciplina delle liberalità atipiche** prevede:

1) l'applicabilità, di regola, delle norme riguardanti l'atto per mezzo del quale la liberalità atipica è compiuta;

Ad esempio, alla remissione del debito compiuta per spirito di liberalità si applicano le norme degli artt. 1236-1240 c.c.; alla vendita mista a donazione si applicano – secondo la tesi prevalente – le norme sulla compravendita (riguardanti, tra l'altro, la forma, la garanzia per evizione o per vizi, ecc.).

Alle liberalità atipiche non si applicano, di conseguenza, le norme che disciplinano le modalità e i limiti di conclusione della donazione: non è richiesta, pertanto, la forma dell'atto pubblico (prevista, invece, per la donazione: art. 782 c.c.); parimenti – secondo la giurisprudenza – non valgono rispetto alle liberalità atipiche le limitazioni circa la validità del mandato a donare (art. 778 c.c.).

2) l'estensione delle sole norme sulla donazione riguardanti la revocazione per causa di ingratitudine e per sopravvenienza di figli, e la reintegrazione della quota dovuta ai legittimari (art. 809 c.c.);

3) la soggezione a collazione (art. 737 c.c.).

Allorché la legge prende in considerazione le donazioni con riguardo al *fine* di arricchimento da esse prodotte, secondo la giurisprudenza occorre privilegiare un'interpretazione estensiva volta a ricomprendere nell'ambito della previsione anche le liberalità atipiche. Così, ad esempio, sebbene l'art. 737 c.c. si riferisca testualmente alle sole "donazioni dirette e indirette", deve ritenersi che la collazione si estenda anche alle altre liberalità atipiche. Parimenti, l'art. 179 lett. b, c.c. – che esclude dall'oggetto della comunione legale le donazioni – include, altresì, le liberalità diverse dalla donazione.

2. IL CONTRATTO DI DONAZIONE: CENNI GENERALI E LIMITI ALLA CAPACITÀ DI DISPORRE E DI RICEVERE PER DONAZIONE

La donazione è, nel nostro ordinamento, un **contratto**. L'attribuzione liberale, pertanto, non si perfeziona in mancanza dell'accettazione del destinatario, espressa nelle forme previste dalla legge.

La disciplina normativa è contenuta all'interno del Libro II, in considerazione delle significative **affinità tra donazione e testamento**. In molti casi, invero, gli atti di liberalità sono compiuti allo scopo di definire *in anticipo*, in tutto o in parte, gli effetti patrimoniali connessi alla propria successione *mortis causa*. Ciò giustifica l'applicazione comune, tanto alla successione testamentaria quanto alla donazione, di taluni istituti (ad esempio, l'azione di reintegrazione della quota di legittima).

La donazione è un contratto personale (la sua stipulazione, cioè, dipende da una decisione strettamente personale del donante) e in cui ha rilevanza l'*intuitus personae* (ossia, la valutazione dell'identità e delle qualità personali del donatario). In virtù di questa duplice caratteristica, la legge detta talune specifiche norme riguardanti la capacità di disporre e di ricevere per donazione.

Per assicurare l'adeguata ponderazione della scelta di donare, si prevede, anzitutto, che **non possono fare donazioni**:

1) **coloro che non hanno la piena capacità di disporre dei propri beni**;

L'incapacità legale del donante, – in deroga all'art. 1425, 1° comma, c.c. – è causa di nullità della donazione. Sono incapaci a donare l'interdetto e il minore, anche emancipato e autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale (art. 774 c.c.).

La donazione fatta dall'inabilitato, invece, è annullabile, anche se stipulata prima nel periodo compreso tra l'instaurazione del giudizio e la pronuncia della sentenza di interdizione (art. 776, 1° comma, c.c.). Il curatore dell'inabilitato per prodigalità può chiedere l'annullamento della donazione, anche se fatta nei sei mesi anteriori all'inizio del giudizio di inabilitazione (art. 776, 2° comma, c.c.).

È causa di annullabilità anche l'incapacità di intendere o di volere, ma – in deroga all'art. 428 c.c. – non sono richiesti i presupposti del grave pregiudizio dell'incapace e della malafede del donatario.

2) **i rappresentanti legali, per conto degli incapaci soggetti alla loro potestà o alla loro tutela (art. 777 c.c.)**;

Sono consentite soltanto, con le necessarie autorizzazioni giudiziarie, le liberalità in occasione di nozze a favore dei discendenti dell'interdetto o dell'inabilitato (art. 777, 2° comma, c.c.).

Non può ricevere per donazione:

1) **chi è stato tutore o protutore del donante, se la donazione è fatta prima che sia stato approvato il conto o sia estinta l'azione per il rendimento del conto (art. 779 c.c.)**;

Come previsto dall'art. 779, 2° comma, si applica l'art. 599; di conseguenza, la donazione è nulla anche se compiuta per interposizione (reale o fittizia) di persona. Sono considerate *ex lege* persone interposte il padre, la madre, i discendenti e il coniuge del tutore o del protutore.

2) chi sia scelto come donatario dal mandatario del donante, in virtù di un mandato generico (art. 778 c.c.);

Proprio in considerazione dell'*intuitus personae*, infatti, la legge sancisce la nullità del mandato con cui si attribuisce ad altri la facoltà di designare la persona del donatario. È valida, peraltro, la donazione in favore di persona che il mandatario possa scegliere tra più persone designate dal donante o appartenenti a determinate categorie, o a favore di una persona giuridica tra quelle indicate dal donante stesso (art. 778, 2° comma, c.c.).

Può ricevere donazioni il **concepito** e il **figlio non ancora concepito di una determinata persona vivente** (art. 784 c.c.). In tali ipotesi, l'accettazione della donazione deve essere formalizzata dai genitori.

Non sono più previsti limiti all'efficacia delle donazioni effettuate nei confronti di **enti non riconosciuti** (l'art. 13, 1° comma, l. 15 maggio 1997, n. 127 ha abrogato, infatti, l'art. 786, che prevedeva l'inefficacia della donazione a ente non riconosciuto, se entro un anno non era notificata al donante l'istanza per ottenere il riconoscimento come persona giuridica).

Nella donazione non sono permesse le **sostituzioni** se non negli stessi casi e con gli stessi limiti previsti per gli atti di ultima volontà. La nullità delle sostituzioni, tuttavia, non importa nullità della donazione (art. 795 c.c.).

In sèguito alla sentenza della C. Cost. 27 giugno 1973, n. 91 – che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 781 c.c. – le **donazioni e le altre liberalità tra coniugi**, durante il matrimonio, sono oggi pienamente consentite, anche quando tra i coniugi viga il regime di comunione legale (Cass. 6 marzo 2008 n. 6120: (Vol. III, Cap. IX, Sez. III, II)).

Ciò non significa, peraltro, che – come ha osservato la dottrina – ogni attribuzione compiuta da un coniuge nei confronti dell'altro senza corrispettivo costituisca necessariamente una liberalità, potendo essa rappresentare, nel caso concreto, l'adempimento degli obblighi matrimoniali di assistenza materiale o di contribuzione ai bisogni della famiglia.

3. LA FORMA DELLA DONAZIONE

La donazione si suole definire un atto "solenne". La sua stipulazione, infatti, richiede, a pena di nullità, quella specifica forma scritta che consiste nell'**atto pubblico** (art. 782 c.c.); inoltre – in virtù dell'art. 48 l. 16 febbraio 1913, n. 89 (legge sul notariato) – è necessaria la presenza di **due testimoni**.

L'accettazione può essere fatta nell'atto stesso o con atto pubblico posteriore; in quest'ultimo caso, la donazione non è perfetta se non dal momento in cui l'atto di accettazione è notificato al donante (art. 782, 2° comma, c.c.). Prima che la donazione sia perfetta, sia il donante sia il donatario possono revocare la loro dichiarazione (art. 782, 3° comma, c.c.).

Se la donazione ha ad oggetto beni mobili, occorre distinguere:

— se i beni mobili hanno modico valore, non occorre la forma dell'atto pubblico, ma la donazione si perfeziona con la consegna delle cose (è un'ipotesi di contratto reale) (art. 783 c.c.);

— se i beni mobili non hanno modico valore, invece, è necessario specificare il loro valore nell'atto pubblico di donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio (art. 782, 1° comma, c.c.).

La modicità del valore deve essere accertata sia oggettivamente sia in rapporto alle condizioni economiche del donante.

4. L'OGGETTO DELLA DONAZIONE

La natura personale della donazione fa sì che, in linea di principio, debba essere il donante a decidere, al momento dell'atto, l'oggetto dell'attribuzione liberale. Come corollari di tale regola, la legge stabilisce taluni divieti:

a) **divieto di donazione di beni futuri (art. 771 c.c.);**

Se la donazione comprende beni futuri, l'atto è nullo limitatamente a questi; è valida, invece, la donazione che ha ad oggetto frutti non ancora separati. La *ratio* della norma consiste nell'esigenza di porre un freno agli atti di prodigalità, limitando l'impoverimento ai beni esistenti nel patrimonio del donante. Per la stessa ragione è nulla, altresì – secondo la più recente giurisprudenza (Cass. 5 maggio 2009 n. 10356) – la **donazione di beni altrui**, poiché dalla definizione contenuta nell'art. 769 c.c. (che espressamente menziona la necessità che il donante arricchisca l'altra parte “disponendo di un suo diritto”) si desume che la donazione deve produrre effetti reali immediati e ciò implica il requisito dell'appartenenza del diritto al patrimonio del donante al momento del contratto. La nullità della donazione di bene altrui non preclude, tuttavia, che essa possa costituire titolo astrattamente idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata (art. 1159 c.c.).

Se la donazione concerne un'universalità di mobili, di cui il donante conservi il godimento, sono comprese nella donazione, salvo diversa volontà delle parti, anche le cose che vi si aggiungono successivamente (art. 771, 2° comma, c.c.).

b) **divieto di attribuire al mandatario la facoltà di determinare l'oggetto della donazione (art. 778 c.c.);**

Il mandato, in tal caso, è nullo. È valida, peraltro, la donazione che ha per oggetto una cosa che un terzo determinerà tra più cose indicate dal donante o entro i limiti di valore dal donante stesso stabili (art. 778, 3° comma, c.c.).

La **donazione che ha per oggetto prestazioni periodiche** si estingue alla morte del donante, salvo che risulti dall'atto una diversa volontà (art. 773 c.c.).

La **donazione compiuta in favore di più donatari**, congiuntamente tra loro, si intende effettuata in parti uguali, salva una diversa volontà (art. 773, 1° comma, c.c.). Se uno dei donatari non vuole o non può accettare, la quota resta nella titolarità del donante, salvo che quest'ultimo abbia previsto espressamente l'accrescimento della quota degli altri donatari (art. 773, 2° comma, c.c.).

La donazione, infine, può avere ad oggetto la sola nuda proprietà del bene, con riserva dell'usufrutto in favore del donante. Il donante stesso, inoltre, può disporre che l'usufrutto sia riservato, dopo la propria morte, ad altra persona o anche a più persone, ma, in quest'ultimo caso, soltanto congiuntamente; è previsto, invece, il **divieto di usufrutto successivo** (art. 796 c.c.).

5. MODO, CONDIZIONE, E MOTIVO

Come si è detto (Cap. IV, Sez. III, III, C, § 1), il **modo** (o onere) consiste in un'obbligazione che “limita” il vantaggio derivante da un'attribuzione a titolo gratuito. Esso è, quindi, un elemento accidentale del contratto, disciplinato specificamente nella donazione (art. 793 c.c.).

Il sig. Rossi dona un immobile alla figlia, con l'accordo che quest'ultima lo assista durante la sua vecchiaia.

Il sig. Bianchi dona al Comune un immobile, col patto che il donatario perpetui la destinazione del bene a scuola materna.

Il sig. Verdi dona la propria biblioteca all'Università, purché quest'ultima istituisca una borsa di studio annuale, intitolata al suo nome, in favore dello studente più meritevole e bisognoso.

Il modo deve essere **possibile** e **lecito**. Il modo impossibile o illecito si ha per non apposto; tuttavia, se la disposizione modale ha costituito il solo motivo determinante della donazione, quest'ultima è nulla (art. 794 c.c.).

Il donatario è tenuto all'adempimento del modo *entro i limiti del valore della cosa donata* (art. 793, 2° comma, c.c.).

Tale previsione implica, *a contrario*, che il valore economico della donazione possa risultare *equivalente* all'adempimento del modo. Tale "equivalenza economica" non si traduce, sul piano giuridico, in "corrispettività": la causa del contratto resta la liberalità, perché è sufficiente che *l'intento* del donante sia stato quello di arricchire il beneficiario dell'attribuzione, pur quando, in concreto, il sacrificio economico, conseguente all'adempimento del modo, sia risultato pari al vantaggio dell'attribuzione liberale.

Alla donazione modale non si applicano, pertanto, quegli istituti giuridici caratteristici dei contratti con prestazioni corrispettive (ad esempio – come ritenuto in giurisprudenza – la clausola risolutiva espressa: art. 1456 c.c.).

In caso di inadempimento del modo, l'**azione di adempimento** (o di esatto adempimento) può essere proposta non soltanto dal donante (e dai suoi eredi), ma da qualsiasi interessato, anche durante la vita del donante stesso (art. 793, 3° comma, c.c.). Al contrario, l'**azione di risoluzione per inadempimento** può essere proposta soltanto se espressamente prevista nell'atto di donazione e, in ogni caso, la legittimazione spetta al solo donante o ai suoi eredi (art. 793, 4° comma, c.c.).

Dalla donazione modale deve essere distinta la **donazione condizionata**, nella quale gli effetti dell'atto si producono (se la condizione è sospensiva) o cessano (se la condizione è risolutiva) al verificarsi dell'evento previsto.

1) Il sig. Rossi dona la propria collezione di quadri al Comune a condizione che il successivo censimento registri una popolazione comunale superiore ai 100.000 abitanti.

2) Il sig. Bianchi dona un immobile alla figlia, a condizione che ella consegua la laurea.

3) Il sig. Verdi dona un immobile al figlio, stabilendo che gli effetti si risolvano nel caso in cui il figlio non perpetui la destinazione del bene a ricovero per cani abbandonati.

Come può desumersi dagli ultimi due esempi, anche la donazione condizionata – come quella modale – può avere ad oggetto una *condotta* del donatario. Per **distinguere tra donazione modale e donazione condizionata**, la dottrina ha proposto i seguenti criteri:

a) il contenuto non patrimoniale del comportamento del donatario consente di escludere la natura modale della clausola e impone di ritenerne la natura condizionale (come nell'esempio n. 2);

b) se, dal contesto dell'atto, può desumersi la natura *accessoria* della clausola rispetto alla volontà dell'attribuzione liberale, deve ritenersi che si tratti di modo;

c) in caso di ulteriore dubbio interpretativo deve farsi applicazione del criterio dettato dall'art. 1371 c.c., che impone la prevalenza dell'interesse del donante su quello del beneficiario, e, conseguentemente, qualificare come "modo" la condotta del donatario avente natura *fungibile* (rispetto alla quale è fruttuosamente esperibile l'azione di adempimento), e, invece, come "condizione" quell'evento consistente in una condotta *infungibile* del donatario.

La natura modale o condizionale della clausola incide, invero, sulle conseguenze della mancata condotta del beneficiario. In presenza di modo – a differenza della condizione – è possibile agire per l'adempimento (e per la risoluzione soltanto – come si è detto – ove sia stato espressamente previsto); viceversa, ove si tratti di condizione risolutiva, la mancata verifica del-

l'evento determina l'*automatica* caducazione degli effetti dell'atto. Inoltre, la risoluzione degli effetti della donazione per inadempimento del modo, a differenza dell'evento dedotto in condizione risolutiva, fa cessare gli effetti dell'atto tra le parti (retroattività obbligatoria) e richiede necessariamente la pronuncia costitutiva del giudice.

Il codice contempla alcune specifiche figure di donazione condizionata.

a) Donazione obnuziale (art. 785 c.c.)

È la donazione fatta in riguardo di un futuro matrimonio, sia dagli sposi tra loro sia da altri a favore di uno o di entrambi gli sposi o dei figli nascituri da questi. Il codice specifica che – diversamente dalla donazione in generale – la donazione obnuziale non è un contratto, ma un atto unilaterale di autonomia privata. Essa, infatti, si perfeziona senza bisogno dell'accettazione del beneficiario, ma non produce effetto finché non segua il matrimonio.

L'annullamento del matrimonio importa la nullità della donazione. Restano tuttavia salvi i diritti acquistati dai terzi di buona fede tra il giorno del matrimonio e il passaggio in giudicato della sentenza che dichiara la nullità del matrimonio.

Il coniuge di buona fede non è tenuto a restituire i frutti percepiti anteriormente alla domanda di annullamento del matrimonio (art. 785, 2° comma, c.c.).

La donazione in favore di figli nascituri rimane efficace per i figli rispetto ai quali si verificano gli effetti del matrimonio putativo (art. 785, 3° comma, c.c.).

La rilevanza del motivo (il futuro matrimonio) fa sì che – al pari della donazione remuneratoria (*infra*) – la donazione obnuziale non sia soggetta a revoca (art. 805 c.c.) e non faccia sorgere l'obbligo alimentare a carico del donatario (art. 437 c.c.).

Secondo la giurisprudenza (Cass. 12 luglio 2006 n. 15873), la donazione obnuziale, essendo caratterizzata dall'espressa menzione nell'atto pubblico delle finalità dell'attribuzione patrimoniale in riguardo di un futuro "determinato" matrimonio, è incompatibile con l'istituto della donazione indiretta, in cui lo spirito di liberalità viene perseguito mediante il compimento di atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c.; infatti, la precisa connotazione della causa negoziale, che deve espressamente risultare dal contesto dell'atto, non può rinvenirsi nell'ambito di una fattispecie indiretta, nella quale la finalità suddetta, ancorché in concreto perseguita, può rilevare solo quale motivo finale degli atti di disposizione patrimoniale fra loro collegati ma non anche quale elemento tipizzante del contratto, che lo contraddistingue dalle altre donazioni.

b) Donazione con patto di reversibilità (art. 791 c.c.)

È la donazione in cui il donante stabilisce che, in caso di premorienza del donatario (e, se non è previsto altrimenti, dei suoi discendenti), le cose donate rientrino nella titolarità del donante. La premorienza del donatario rispetto al donante opera, quindi, come *condizione risolutiva* dell'atto.

La reversibilità – *id est*, la caducazione degli effetti della donazione ed il conseguente ritrasferimento del diritto alienato in capo al donante – può operare soltanto in favore del donante. Il patto che preveda la reversibilità in favore di terzi si considera non apposto (art. 792, 3° comma, c.c.).

Al pari di ogni condizione risolutiva, la riversione pregiudica i diritti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni donati, i quali, pertanto, ritornano al donante liberi da ogni peso o ipoteca (art. 792, 1° comma, c.c.). La legge considera valido, tuttavia, il patto per cui la riversione non deve pregiudicare la quota di riserva spettante al coniuge superstite sul patrimonio del donatario, compresi in esso i beni donati (art. 792, 2° comma, c.c.).

Dalla donazione con patto di reversibilità in caso di premorienza del donatario deve essere distinta la donazione *sospensivamente condizionata alla morte del donante* (**donazione si moriar**) o *alla premorienza del donante* (**donazione si premoriar**). Sebbene la tesi contraria sia stata sostenuta, talvolta, in dottrina e in giurisprudenza, appare preferibile ritenere entrambe le figure in contrasto col divieto di patti successori (art. 458 c.c.), sul rilievo che gli

effetti dell'atto si produrrebbero proprio in conseguenza della morte del donante, impedendo così, *ex antea* ed irrevocabilmente, la caduta del bene donato nella successione ereditaria.

c) Donazione con riserva di disporre (art. 790 c.c.)

Il donante può riservarsi, nell'atto di donazione, la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata somma sui beni donati. In tal caso, infatti, l'esercizio della facoltà di disposizione opera alla stregua di un evento risolutivo degli effetti della donazione.

La norma – cui la dottrina attribuisce natura eccezionale – indica due limiti alla facoltà di disposizione:

— un limite oggettivo, secondo cui la facoltà di disposizione può concernere soltanto *qualche oggetto o una determinata somma*, e non certo l'intera attribuzione liberale;

— un limite soggettivo, che consente la riserva della facoltà di disporre al solo donante: qualora, infatti, costui muoia senza aver disposto dei beni o della somma oggetto della riserva, tale facoltà non può essere esercitata dagli eredi.

La tutela della volontà del donante si traduce legislativamente – oltre che nel particolare rilievo delle disposizioni modali e condizionali – nel riconoscimento del **motivo** che induca il donante a disporre.

Infatti – in deroga alla restrittiva previsione dell'art. 1345 c.c. e parallelamente a quanto previsto in materia testamentaria – il **motivo illecito** rende nulla la donazione quando risulta dall'atto ed è il solo che ha determinato il donante alla liberalità (art. 788 c.c.).

L'errore sul motivo (di fatto o di diritto), a sua volta, rende annullabile la donazione, purché parimenti il motivo risulti dall'atto e sia il solo che abbia determinato il donante alla liberalità (art. 787 c.c.).

Una particolare figura, nella quale assume rilevanza giuridica il motivo, è quella della **donazione remuneratoria**, che consiste nella liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione (art. 770 c.c.).

Il motivo, consistente nella riconoscenza del donante nei confronti del donatario, fa sì che la donazione non possa essere revocata (art. 805 c.c., *infra*) e non faccia sorgere l'obbligo alimentare a carico del donatario (art. 437 c.c.).

Nella donazione remuneratoria il donante agisce *per riconoscenza*, ma senza sentirsi obbligato in virtù di un dovere morale o sociale. Ciò consente di distinguere la figura dall'adempimento di un dovere morale o sociale (art. 2034 c.c.) che – come si è detto – non costituisce liberalità.

6. NULLITÀ, ADEMPIMENTO E REVOCAZIONE

La **nullità** della donazione, da qualunque causa dipenda, può essere fatta valere, di regola – secondo la previsione generale in materia di contratti (art. 1421 c.c.) – da chiunque vi abbia interesse. Tra i soggetti legittimati a far valere la nullità rientrano, pertanto, anche gli eredi e gli aventi causa del donante, che intendano conseguire il vantaggio patrimoniale conseguente all'accertamento dell'inefficacia della liberalità.

Senonché, come nel caso del testamento, il legislatore ha inteso restringere la facoltà di far valere la nullità, negandola agli eredi e agli aventi causa del donante i quali, conoscendo la causa di nullità (e, quindi, rinunciando, in tale occasione, alla volontà di farla valere), abbiano, dopo la morte del donante, confermato la donazione o dato ad essa volontaria esecuzione (art. 799 c.c.).

L'unilateralità dell'attribuzione liberale vale a mitigare il regime della **responsabilità del donante** nell'esecuzione del contratto. Infatti:

a) in caso di **inadempimento** o di **ritardo** nell'esecuzione della donazione, il donante è responsabile soltanto per dolo o colpa grave (art. 789 c.c.);

b) il donante non è responsabile per i **vizi della cosa donata**, se non in caso di dolo (art. 798 c.c.);

c) la **garanzia per evizione** non costituisce – come nella compravendita – un effetto della conclusione del contratto, ma essa è prevista soltanto in tre tassativi casi (art. 797 c.c.):

1) se il donante ha espressamente promesso la garanzia;

2) se l'evizione dipende dal dolo o dal fatto personale di lui;

3) se si tratta di donazione modale o remuneratoria (in tale ipotesi, peraltro, la garanzia è dovuta fino alla concorrenza dell'ammontare dell'onere o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante).

Ma l'unilateralità costituisce il fondamento giustificativo dell'istituto della **revoca della donazione**, che attribuisce al donante la facoltà unilaterale di estinguere gli effetti dell'atto in presenza di determinati presupposti tipici, che consistono nell'*ingratitude del donatario* e nella *sopravvenienza di figli*.

a) Ingratitude del donatario (art. 801 c.c.)

Il legislatore ha specificato i fatti integranti l'ingratitude, così da limitare la discrezionalità giudiziale della valutazione.

Sono cause di ingratitude:

1) l'omicidio volontario (o altro fatto cui la legge penale dichiara applicabili le disposizioni dell'omicidio), il tentato omicidio del donante, nonché del coniuge, di un discendente o ascendente del donante stesso (art. 463, nn. 1 e 2 c.c.);

2) la calunnia verso il donante (o verso il coniuge, i discendenti o gli ascendenti) consista nella falsa accusa di aver commesso un reato punito con l'ergastolo o con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni; ovvero la falsa testimonianza con le medesime persone imputate dei predetti reati (art. 463, n. 3 c.c.);

3) l'ingiuria grave verso il donante;

4) l'aver dolosamente arrecato grave pregiudizio al patrimonio del donante;

5) l'aver rifiutato indebitamente gli alimenti.

L'azione di revocazione può essere proposta dal donante o dai suoi eredi entro un anno dal giorno in cui il donante è venuto a conoscenza del fatto che consente la revocazione. Se il donatario ha commesso l'omicidio volontario del donante o gli ha dolosamente impedito di revocare la donazione, il termine annuale decorre dal giorno in cui gli eredi hanno avuto notizia della causa di revocazione (art. 802 c.c.).

b) Sopravvenienza di figli (art. 803 c.c.)

Nella nozione di "sopravvenienza di figli" il legislatore ha compreso la situazione del donante:

1) che non aveva figli (o altri discendenti legittimi) al tempo della donazione;

2) che ignorava di avere figli (o altri discendenti legittimi) al tempo della donazione;

3) che aveva concepito al tempo della donazione (sia che egli conoscesse sia che ignorasse l'avvenuto concepimento).

L'originaria previsione normativa che, in caso di filiazione naturale, limitava la revocazione alla sola ipotesi del riconoscimento del figlio naturale entro due anni dalla donazione è stata ineccepibilmente ritenuta incostituzionale (C. Cost. 3 luglio 2000, n. 250). Invero, ogni residua discriminazione, nell'ambito della norma, tra filiazione o discendenza legittima e naturale meriterebbe identica censura.

Il termine per proporre l'azione è di cinque anni dal giorno della nascita dell'ultimo figlio o discendente legittimo, ovvero della notizia dell'esistenza del figlio o discendente, ovvero dell'avvenuto riconoscimento del figlio naturale. Se il figlio o discendente "sopravvenuto" muoia, l'azione non può essere proseguita (art. 804 c.c.).

La facoltà di revoca della donazione non può costituire oggetto di **rinuncia** da parte del donante, né al momento dell'atto né successivamente (art. 806 c.c.). Le donazioni remuneratorie e quelle obnuziali, in considerazione del motivo che induce il donante alla liberalità, non possono essere revocate (art. 805 c.c.).

La **retroattività della revocazione** ha natura obbligatoria. Pertanto:

— il donatario deve restituire i beni in natura, se essi esistono ancora, e, dalla data della domanda di revocazione, i relativi frutti (art. 807, 1° comma, c.c.);

— se il donatario ha *medio tempore* alienato i beni, egli deve restituirne il valore che il bene avrebbe avuto al momento della domanda e, come nel caso precedente, il valore dei frutti dal giorno della domanda (art. 807, 2° comma, c.c.);

— i diritti acquistati dai terzi non sono pregiudicati, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione (art. 808, 1° comma; 2652, n. 1 c.c.);

— se il donatario, prima della trascrizione della domanda, ha costituito diritti reali minori, deve corrispondere al donante un indennizzo pari alla diminuzione di valore del bene restituito in natura (art. 808, 2° comma, c.c.).

La revoca della donazione consiste in una *figura speciale di risoluzione del contratto*, come si evince dagli effetti della sentenza (art. 1458; 2652, n. 1 c.c.). Non vi è ragione, peraltro, per escludere che la revoca possa essere esercitata anche con atto unilaterale (equiparabile ad un atto di recesso), idoneo a produrre la caducazione degli effetti della liberalità sul piano sostanziale, salva la successiva azione di accertamento in caso di contestazioni da parte del donatario.

La l. n. 392 del 1978 riconosce al conduttore alcune importanti prerogative. Questi infatti:

— **può sublocare l'immobile e cedere il contratto a terzi anche senza il consenso del locatore**, *sempre che insieme trasferisca o affitti l'azienda* (art. 36);

— nel caso in cui il locatore intenda trasferire a titolo oneroso l'immobile locato, ha, ove eserciti in esso un'attività commerciale non transitoria a diretto contatto con il pubblico degli utenti e dei consumatori, **diritto di prelazione**. Il locatore deve notificare questa sua intenzione al conduttore, il quale ha sessanta giorni per esercitare il diritto di acquistare l'immobile alle condizioni indicate nella notificazione. Se il locatore vende a un terzo senza aver fatto la notificazione al conduttore, o a un prezzo inferiore a quello indicato nella medesima, il conduttore può **riscattare** l'immobile dall'acquirente e da ogni altro successivo avente causa entro sei mesi dalla trascrizione del contratto (**la prelazione è, dunque, ad efficacia reale**: artt. 38 e 39). La giurisprudenza ha precisato che il diritto di prelazione e il conseguente diritto di riscatto dell'immobile non spettano al conduttore qualora il locatore intenda alienare, ad un terzo ovvero al proprietario dell'immobile locato, la *quota* del bene oggetto del rapporto di locazione, e neppure quando il locatore progetti ed attui la vendita dell'*intero stabile*, in cui si trovi, come porzione distinta da altre, l'immobile locato;

— ha diritto, ove svolga un'attività di impresa non transitoria a diretto contatto con il pubblico degli utenti e dei consumatori, a un'**indennità per la perdita dell'avviamento** al momento della cessazione della locazione (non dovuta a risoluzione per inadempimento o a disdetta o recesso del conduttore o a una delle procedure previste dalla legge fallimentare). L'indennità è pari a diciotto mensilità dell'ultimo canone corrisposto (ventuno per le attività alberghiere); e si raddoppia se l'immobile è adibito da un nuovo soggetto alla stessa attività esercitata dal vecchio conduttore (art. 34).

II. L'AFFITTO

1. NOZIONE

L'affitto consiste nella locazione che ha per oggetto il **godimento di una cosa produttiva, mobile o immobile** (art. 1615 c.c.). Rispetto alla locazione, la natura produttiva della *res* fa sorgere:

a) l'*obbligo* dell'affittuario di curarne la gestione in conformità alla destinazione economica impressa dal locatore;

b) il *diritto* a fare propri i frutti e le altre utilità della cosa.

La produttività consiste in una caratteristica intrinseca della cosa, cui deve aggiungersi, però, l'intervento dell'affittuario, che – pena la risoluzione del contratto (art. 1618 c.c.) – deve destinare al servizio della cosa i mezzi necessari per la gestione di essa e deve osservare le regole della buona tecnica. La necessità dell'attività personale dell'affittuario fa sì che, in caso di morte dell'affittuario, il locatore e gli eredi possano, entro tre mesi dalla morte, recedere dal contratto (art. 1627 c.c.). Il locatore può accertare in ogni tempo, anche con accesso in luogo, se l'affittuario osserva gli obblighi che gli incombono (art. 1619 c.c.).

Il codice detta alcune disposizioni generali (artt. 1615-1627 c.c.) applicabili – salvo deroghe legislative o patto contrario – a ciascuna specifica figura di affitto. Tra le più significative previsioni, si segnalano:

a) la **disciplina sulle riparazioni** (art. 1621 c.c.), che – diversamente da quanto previsto

in tema di locazione (art. 1576 c.c.) – obbliga il locatore ad eseguire a sue spese le riparazioni straordinarie, restando le altre a carico dell'affittuario;

b) le **modificazioni sopravvenute nel rapporto contrattuale**, dovute a disposizioni di legge o a provvedimenti dell'autorità riguardanti la gestione produttiva e tali da alterare *notevolmente* le rispettive perdite e vantaggi: in tal caso, ciascuna parte può richiedere un aumento o una diminuzione del fitto ovvero lo scioglimento del contratto (art. 1623 c.c.: una previsione che – a fronte della scarsissima rilevanza applicativa – pare ispirata a un principio di “giustizia contrattuale” *ante litteram*);

c) il **divieto di subaffitto** senza il consenso del locatore (art. 1624 c.c., che prevede, però, che la facoltà di cedere l'affitto comprende quella di subaffittare).

2. LE SINGOLE FIGURE DI AFFITTO

Il codice civile disciplinava due figure tipiche di affitto: l'**affitto di fondi rustici** (artt. 1628-1646 c.c.) e l'**affitto a coltivatore diretto** (artt. 1647-1654 c.c.). La materia è stata profondamente innovata dalle leggi che, tra gli anni '60 e gli anni '80, hanno ridisegnato la disciplina dei contratti agrari.

Così, in un primo momento, la figura dell'affitto di fondo rustico è stata riformata dalla l. 11 febbraio 1971, n. 11 (*Nuova disciplina dell'affitto di fondi rustici*), che ha dettato una dettagliata normativa soprattutto in punto di miglioramenti del fondo e dei fabbricati rurali. Altro intervento legislativo riguardò l'affitto a conduttore non coltivatore diretto (l. 22 luglio 1966, n. 606).

Con la l. 3 maggio 1982, n. 203 fu dettata una disciplina organica dell'intera materia dei contratti agrari, rispetto alla quale le norme codicistiche assumono ormai una valenza esclusivamente residuale.

Gli aspetti più significativi della normativa sono i seguenti.

Riconduzione di tutti i rapporti contrattuali agrari all'affitto. Per legge, infatti, le norme regolatrici dell'affitto di fondo rustico si applicano a tutti i contratti agrari aventi per oggetto la concessione di fondi rustici o tra le cui prestazioni vi sia il conferimento di fondi rustici (art. 27).

Durata del rapporto. I contratti di affitto a coltivatori diretti, singoli o associati, hanno la durata minima di quindici anni (art. 1) e, in mancanza di disdetta di una delle parti, si intendono tacitamente rinnovati per altri quindici anni (art. 5).

Diritto di prelazione. Recentemente, il legislatore ha previsto l'obbligo per il locatore che, in seguito alla scadenza del contratto, intenda stipulare un nuovo contratto di affitto, di comunicare tale volontà all'ex-affittuario e, a parità di condizioni, di preferire quest'ultimo (art. 4 *bis*, introdotto dal d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228). La previsione si aggiunge alle già previste ipotesi di prelazione legale in favore del coltivatore diretto in caso di alienazione del fondo dal medesimo condotto in affitto (art. 8, l. 26 maggio 1965, n. 590) e in favore del coltivatore diretto proprietario di terreno confinante con quello offerto in vendita (art. 7, l. 14 agosto 1971, n. 817).

Scioglimento del contratto. L'affittuario può sempre recedere dal contratto con preavviso scritto almeno un anno prima della scadenza dell'annata agraria. Per una maggiore stabilità del rapporto contrattuale, la risoluzione può essere domandata dal locatore soltanto in caso di grave inadempimento, particolarmente in relazione agli obblighi di pagamento del canone, alla normale e razionale coltivazione del fondo, alla conservazione e manutenzione del fondo medesimo e delle attrezzature relative, alla instaurazione di rapporti di subaffitto o di subconcessione (art. 5).

Altre importante figura è quella dell'**affitto di azienda** (art. 2562 c.c.), che ha ad oggetto l'intero complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 c.c.). L'affittuario ha l'obbligo di gestire l'azienda senza modificarne la destinazione e in modo da conservarne efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte (art. 2561, 2° comma, c.c.).

Spesso in giurisprudenza sorge la necessità di **distinguere tra affitto di azienda e locazione di immobile con pertinenze**.

In linea di principio, nell'affitto di azienda, l'immobile è considerato non nella sua individualità giuridica, ma come uno degli elementi costitutivi del complesso dei beni (mobili ed immobili) legati tra loro da un vincolo di interdipendenza e complementarità per il conseguimento di un determinato fine produttivo; al contrario, nella locazione di immobile con pertinenze, l'immobile concesso in godimento assume una posizione di assoluta ed autonoma centralità nell'economia contrattuale, con funzione prevalente e assorbente rispetto agli altri elementi che, legati materialmente o meno ad esso, assumono, comunque, carattere di accessorialità.

Alla figura dell'affitto, infine, deve essere ricondotto il **contratto di concessione dello sfruttamento di una cava di pietra**, essendo quest'ultima un bene immobile produttivo.

III. IL LEASING

1. NOZIONE

Il *leasing* (o locazione finanziaria) è il contratto con cui una parte (*lessor* o concedente) concede all'altra (*lessee* o utilizzatore) il godimento di un bene mobile o immobile, acquistato da un terzo (fornitore) o fatto costruire dal concedente, su scelta o indicazione dell'utilizzatore.

Né il codice né alcuna legge speciale contiene una disciplina specifica del *leasing*. Si tratta, pertanto, di un **contratto atipico**, che, però, in seguito alla sua notevole diffusione nell'industria e nel commercio, si può considerare *socialmente tipico*, nel senso che i singoli contraenti possono contare su una configurazione della figura contrattuale e della disciplina applicabile al loro rapporto, ormai consolidatasi nella prassi e nella giurisprudenza. Per la stessa ragione, lo stesso legislatore – specie nell'ambito di leggi economiche e fiscali – compie frequenti riferimenti alla figura del leasing, sin dall'art. 17, l. 2 maggio 1976, n. 183 (*Disciplina dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976-1980*) che, per la prima volta, dettò una definizione del leasing (rivelatasi, peraltro, parziale, alla luce della successiva evoluzione della figura). Nel 1988, inoltre, è stata sottoscritta la Convenzione Unidroit sul leasing finanziario internazionale, ratificata in Italia con l. 14 luglio 1993, n. 259. L'art. 106 T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.p.r. 1 settembre 1993, n. 385) impone a tutti i soggetti che concedono finanziamenti sotto qualsiasi forma – e, quindi, anche ai concedenti in leasing – l'iscrizione in un apposito elenco tenuto dall'Ufficio Italiano dei Cambi e subordinata a determinate condizioni (costituzione sotto forma di società di capitali, ammontare del capitale sociale, ecc.).

Dal **punto di vista economico**, il leasing soddisfa, da una parte, l'interesse dell'impresa utilizzatrice, che può ottenere beni strumentali senza il costo che deriverebbe dall'acquisto della proprietà dei beni medesimi; dall'altra, l'interesse del fornitore, il quale ottiene immediatamente l'integrale corrispettivo dell'alienazione dei beni prodotti; e, infine, l'interesse del concedente, il quale – a fronte dell'esborso necessario per l'acquisto del bene – ottiene in cambio l'importo complessivo dei canoni versati periodicamente dall'utilizzatore e complessivamente superiori alla somma impiegata per l'acquisto.

Sul piano della **struttura giuridica**, il leasing presenta affinità e differenze rispetto ad altre figure contrattuali:

— rispetto alla *vendita a rate*, l'acquisto della proprietà da parte dell'utilizzatore non è la conseguenza automatica del pagamento dell'ultima rata di prezzo, ma (e soltanto in quella particolare figura di leasing, detta leasing *traslativo: infra*) l'effetto dell'esercizio di un'opzione concessa all'utilizzatore, il quale, deciderà di acquistare la proprietà, solitamente, soltanto in ipotesi di residua utilità economica ed efficienza tecnologica del bene utilizzato;

— rispetto alla *locazione*, l'interesse del concedente è incentrato sulla redditività dell'investimento finanziario realizzato con l'acquisto del bene; di conseguenza, le riparazioni ordinarie e straordinarie sono interamente a carico dell'utilizzatore e il canone non costituisce un cor-

rispettivo del godimento, ma una frazione dell'importo complessivo del capitale investito, degli interessi e delle spese;

— rispetto al *mutuo* (e, in particolare, al *mutuo di scopo*), il leasing non configura un mero prestito di denaro, che il concedente effettua in favore dell'utilizzatore per l'acquisto del bene, con la garanzia rappresentata dalla proprietà del bene stesso: infatti, la proprietà del bene strumentale in capo al concedente può risultare funzionale non al mero soddisfacimento del credito verso l'utilizzatore (nel qual caso, peraltro, si configurerebbe un patto commissorio nullo), ma al ricollocamento del bene stesso sul mercato presso altre imprese utilizzatrici.

Quando – come di regola – l'operazione di leasing coinvolge tre parti (il concedente, l'utilizzatore e il fornitore), si parla di **leasing finanziario**; nel caso in cui, invece, sia lo stesso produttore del bene a concederlo in leasing, si parla di **leasing operativo**. Tale fattispecie, invece, è assai rara nella prassi dei rapporti commerciali e – secondo parte della dottrina – potrebbe essere direttamente qualificata alla stregua di una locazione.

Riguardo al leasing finanziario, la giurisprudenza ha abbandonato la tesi della **natura giuridica** di *contratto unico plurilaterale*, privilegiando la qualificazione alla stregua di *collegamento contrattuale* tra il contratto di vendita tra fornitore e concedente e il contratto di leasing vero e proprio tra concedente e utilizzatore.

Nell'ambito del leasing, si distingue tra leasing di godimento e leasing traslativo.

A) Leasing di godimento

Il leasing di godimento si caratterizza per il fatto di avere ad oggetto beni o impianti strumentali all'esercizio dell'impresa dell'utilizzatore, dei quali è ragionevolmente prevedibile (ed è stato dalle parti previsto) il superamento tecnologico (o l'esaurimento delle potenzialità di cui è capace) nel periodo di durata del contratto.

I canoni, pertanto, sono ragguagliati alla vita economica del bene, secondo un piano di ammortamento finanziario, al termine del quale l'utilizzatore restituisce l'importo del capitale investito dal concedente presso un terzo, maggiorato dell'utile dell'impresa di leasing e delle spese dell'operazione.

Alla scadenza del contratto, il bene presenta un minimo valore residuale, corrispondente all'altrettanto modesto prezzo di opzione per l'eventuale acquisto della proprietà da parte dell'utilizzatore.

B) Leasing traslativo

In questa figura, invece, l'oggetto del contratto è costituito da beni che, pur essendo strumentali all'esercizio dell'impresa dell'utilizzatore, conservano allo scadere del contratto, secondo la previsione dei contraenti, un considerevole valore economico residuo, eccedente il prezzo pattuito per l'opzione. Non vi è, dunque, alcuna coincidenza temporale tra il periodo di consumazione tecnica ed economica del bene e quello di durata del contratto, ed il trasferimento del bene all'utilizzatore non costituisce, come nel leasing di godimento, un'eventualità del tutto marginale ed accessoria, ma rientra nella *funzione* assegnata dalle parti al contratto.

Conseguentemente, l'importo di ciascun canone non rappresenta il corrispettivo del godimento o della quota di obsolescenza economica del bene, ma include anche una quota di prezzo dell'acquisto finale, cui è funzionalmente connesso il godimento a titolo di leasing.

2. DIRITTI E OBBLIGHI DELLE PARTI

In mancanza di una disciplina legislativa, il regolamento degli interessi delle parti è interamente affidato alla volontà dei contraenti. La giurisprudenza, tuttavia, ha precisato taluni aspetti della disciplina, sebbene altri restino ancora problematici.

a) Obbligazione di consegna del bene all'utilizzatore

Nella prassi, l'obbligo di consegna del bene è posto, solitamente, a carico del fornitore. In sèguito alla stipulazione del contratto, pertanto, il bene stesso non entra, neppure temporaneamente, nel possesso diretto del concedente.

Conseguentemente, la giurisprudenza riconosce la legittimazione ad agire per ottenere la consegna del bene in capo all'utilizzatore, il quale, pur non essendo il proprietario del bene, è pur sempre il soggetto *per conto del quale* il concedente ha compiuto l'acquisto: l'utilizzatore, pertanto, agisce nei confronti del fornitore alla stregua di un mandante che, sostituendosi al concedente-mandatario, esercita i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato senza rappresentanza (art. 1705, 2° comma, c.c.).

Quando sia previsto l'obbligo del fornitore di consegnare la cosa direttamente all'utilizzatore, il concedente, nell'adempire alla propria obbligazione di pagamento del prezzo, deve far in modo di salvaguardare l'interesse dell'utilizzatore all'esatto adempimento, per evitare che il fornitore si limiti a riscuotere il corrispettivo senza adempire all'obbligazione di consegna. L'utilizzatore, a sua volta, deve osservare il dovere di comportarsi secondo buona fede nel consentire la regolare esecuzione della consegna, sì che non ne risulti sacrificio per altro verso l'interesse che anche il concedente ha all'esatto adempimento da parte del fornitore. Secondo la giurisprudenza, pertanto, utilizzatore e concedente devono cooperare reciprocamente onde conseguire l'esatto adempimento da parte del fornitore.

Si discute, a tal proposito, circa la validità della **clausola contrattuale che pone a carico dell'utilizzatore il rischio della mancata consegna del bene da parte del fornitore**.

Secondo una più risalente tesi, tale clausola sarebbe pienamente valida e non in contrasto con l'art. 1229 c.c., posto che, sul concedente grava non già l'obbligazione di consegna, ma soltanto l'obbligazione di *determinare in capo al fornitore* l'obbligo di consegnare all'utilizzatore.

Secondo l'orientamento dominante, invece, l'inadempimento del fornitore rappresenta, rispetto all'obbligazione dell'utilizzatore di pagare i canoni al concedente, una causa di sopravvenuta impossibilità (art. 1463 c.c.) non derogabile per accordo tra le parti. Il dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.), infatti, non consente al concedente di pretendere il pagamento delle rate di leasing anche indipendentemente dalla consegna del bene da parte del fornitore.

L'utilizzatore è, altresì, legittimato a far valere, nei confronti del fornitore, la garanzia per evizione, per vizi o per mancanza delle qualità essenziali o promesse della cosa. Secondo la giurisprudenza, per promuovere la risoluzione del contratto il fornitore ha bisogno del consenso del concedente (così come espressamente previsto dall'art. 10, l. 14 luglio 1993 n. 259) e della necessaria partecipazione di quest'ultimo al giudizio.

b) Obbligazione di pagamento dei canoni

L'inadempimento dell'obbligazione di pagamento dei canoni attribuisce al concedente il diritto di agire per la risoluzione del contratto.

Assai vivace è stato, fino agli inizi degli anni '90, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alle conseguenze restitutorie della risoluzione del contratto. Essendo, invero, il leasing un contratto ad esecuzione periodica, l'applicazione della norma generale dell'art. 1458, 2° comma, c.c. avrebbe attribuito al concedente il diritto di ottenere la restituzione del bene e di trattenere le rate di leasing percepite fino all'inadempimento, col significativo vantaggio di poter ricollocare, di solito, il bene presso altro imprenditore. In tal modo, l'inadempimento si presentava come un'eventualità economicamente vantaggiosa per il concedente.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. 7 gennaio 1993, n. 65) hanno posto fine al contrasto, disciplinando diversamente le conseguenze dell'inadempimento nel leasing di godimento e nel leasing traslativo:

— al leasing di godimento si applica l'art. 1458, 2° comma, c.c., posto che la perfetta sinallagmaticità tra l'utilizzazione del bene e l'importo del canone nel periodo corrispondente fa sì che, per effetto della risoluzione, il concedente non trattenga presso di sé un importo di valore superiore all'utilità ottenuta *medio tempore* dal conduttore;

— al leasing traslativo, invece – in virtù della sua maggiore affinità alla figura della vendita con riserva della proprietà – si applica analogicamente l'art. 1526 c.c., che obbliga il concedente a restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa da parte dell'utilizzatore.

3. IL LEASE-BACK

Nel contratto di *sale and lease back*, un'impresa vende un bene mobile o immobile di sua proprietà ad una società di leasing che, da una parte, ne diventa proprietaria ed è obbligata a pagarne il corrispettivo e, dall'altra, ne cede contestualmente il godimento all'impresa venditrice a titolo di leasing.

La fattispecie si caratterizza, pertanto, rispetto al leasing, per la coincidenza delle figure del fornitore e dell'utilizzatore, il quale ultimo è mosso alla stipulazione del contratto non già dall'interesse all'utilizzazione di un bene, bensì da un'esigenza di liquidità.

Dottrina e giurisprudenza hanno posto, con riguardo al *lease-back*, il problema della sua **validità sotto il profilo della causa**. Era controverso, infatti, se esso dovesse considerarsi finalizzato al soddisfacimento di interessi commerciali e finanziari meritevoli di tutela (art. 1322, 2° comma, c.c.), oppure se esso consistesse, in concreto, in un finanziamento garantito dalla proprietà di un bene del debitore e dovesse considerarsi, pertanto, nullo perché elusivo del divieto di patto commissorio (artt. 2744 e 1344 c.c.).

La soluzione accolta dalla giurisprudenza è nel senso di ritenere la validità *in astratto* del *lease-back*: il contratto in sé, infatti, ha *scopo di leasing* e non di garanzia, in quanto l'accordo mira soltanto a procurare all'imprenditore, nel quadro di un determinato disegno economico di potenziamento dei fattori produttivi, liquidità immediata mediante l'alienazione di un suo bene strumentale, conservandone a questo l'uso, con facoltà, in genere, di riacquistarne la proprietà al termine del rapporto. Non si può escludere, però, che, *in concreto*, lo schema del *lease-back* possa essere adoperato dalle parti per aggirare il divieto di patto commissorio.

Per accertare l'eventuale nullità del *lease-back*, occorre avere riguardo a determinati **indici rivelatori** della sussistenza del patto commissorio. Sono tali, ad esempio:

- la presenza di una situazione di credito-debito preesistente o contestuale alla vendita in *lease-back*;
- l'esiguità del prezzo rispetto al valore di mercato del bene;
- la sproporzione delle rispettive obbligazioni nascenti dal contratto.

IV. IL COMODATO

1. NOZIONE

Il comodato è il contratto col quale una parte (*comodante*) consegna all'altra (*comodatario*) una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta (art. 1803 c.c.).

Il comodatario, come il conduttore, acquista un diritto personale di godimento sulla

res, ma – a differenza del conduttore – non è obbligato al pagamento di alcun canone. Il comodato, infatti, è un **contratto essenzialmente gratuito**.

La gratuità del comodato non impedisce l'apposizione di un **modo**, che limiti in concreto il vantaggio del godimento senza corrispettivo. Le parti possono prevedere così, ad esempio, l'onere del comodatario di sostenere le spese di manutenzione o di accollarsi gli obblighi fiscali (ici, tassa per i rifiuti, ecc.) durante il godimento del bene.

Laddove, tuttavia, gli esborsi posti a carico del comodatario risultino in concreto pari o superiori ad un proporzionato corrispettivo, verrebbe meno la causa del comodato ed il rapporto dovrebbe essere riqualificato dal giudice come locazione.

Il comodato è un **contratto reale**: il suo perfezionamento richiede, infatti come si desume dalla stessa formulazione dell'art. 1803 c.c. – la consegna della cosa (*traditio rei*).

Tale modalità di conclusione si rivela coerente con l'essenziale gratuità del contratto. Invero, la parte concedente non è obbligata a consegnare la cosa in seguito al solo consenso; fino all'effettiva consegna, essa può legittimamente revocare tale consenso e rifiutare di consegnare la *res*. In tal modo, la parte concedente – quella che, senza alcun corrispettivo, consente all'altra di trarre utilità del godimento della cosa – può valutare la convenienza della conclusione del contratto fino al momento della consegna della cosa.

L'oggetto del comodato è costituito soltanto da *beni infungibili e inconsumabili*.

Se si trattasse di beni fungibili, l'*accipiens* acquisterebbe il diritto di proprietà sui beni stessi con l'obbligo di restituire il *tantundem*: si configurerebbe, pertanto, un contratto di mutuo gratuito.

La consumabilità, a sua volta, non consentirebbe al comodatario di restituire la cosa dopo averne fatto l'uso previsto nel contratto.

2. DIRITTI E OBBLIGHI DEL COMODATARIO

Il comodatario può servirsi della cosa soltanto per l'**uso determinato dal contratto o dalla natura di essa** (art. 1804, 1° comma, c.c.). Se l'uso della cosa implica delle spese, il comodatario non ha diritto al rimborso (art. 1808, 1° comma, c.c.).

Nella concessione gratuita del godimento della cosa è insito l'*intuitus personae*; pertanto, si comprende come la legge vieti al comodatario di concedere a un terzo il godimento della cosa senza il consenso del comodante (art. 1804, 2° comma, c.c.).

In funzione della restituzione della cosa, il comodatario è obbligato a **custodire** e a **conservare la cosa** con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1804, 1° comma, c.c.). Il comodatario è responsabile per il deterioramento che sia dovuto a sua colpa o non sia mera conseguenza dell'uso per cui la cosa gli è stata consegnata (art. 1807 c.c.). Se la conservazione della cosa impone al comodatario di sostenere spese straordinarie, necessarie e urgenti, egli ha diritto al rimborso nei confronti del comodante (art. 1808, 2° comma, c.c.).

Il perimento della cosa per caso fortuito estingue, di regola, l'obbligazione restitutoria del comodatario; **la responsabilità del comodatario** sussiste, tuttavia:

a) se egli poteva evitare il perimento sostituendo la cosa in comodato con la cosa propria, o se, potendo salvare una delle due cose, ha preferito la propria (art. 1805, 1° comma, c.c.);

b) se ha impiegato la cosa per un uso diverso o per un tempo più lungo di quello a lui consentito, salvo che provi che la cosa sarebbe perita anche se non l'avesse impiegata per l'uso diverso o l'avesse restituita a tempo debito (art. 1805, 2° comma, c.c.);

c) se la cosa è stata stimata al tempo del contratto: nel qual caso, il comodatario è obbligato a corrispondere al comodante il valore della cosa.

La **responsabilità del comodante** sussiste nel caso in cui egli, pur conoscendo che la cosa presentava vizi, l'abbia concessa, senza avvertirlo, al comodatario e questi abbia subito danni (art. 1812 c.c.).

3. LA RESTITUZIONE DELLA COSA

La disciplina dell'estinzione del contratto muta a seconda che le parti abbiano (o meno) previsto un termine per la restituzione della cosa.

A) Comodato con determinazione di durata

Il comodatario è obbligato a restituire la cosa alla scadenza del termine stabilito (c.d. termine *esplicito*) o, in mancanza, quando se ne è servito in conformità del contratto (c.d. termine *implicito*) (art. 1809, 1° comma, c.c.),

La legge non prevede una durata massima del rapporto di comodato. Di conseguenza, la giurisprudenza ritiene valido anche il **comodato ultranovennale**, ma esclude che, per la stipulazione del contratto, sia necessaria la forma scritta come previsto invece dall'art. 1350, n. 9, c.c. per la locazione. La stipulazione del contratto può essere provata, in tal caso, anche per testimoni o presunzioni (Cass. 3 aprile 2008 n. 8548).

Sono figure di comodato a termine:

a) il **comodato vita natural durante** del comodatario, nel quale il termine di estinzione del rapporto contrattuale (*certus an, incertus quando*) è costituito dalla morte del comodatario;

b) il **comodato dell'immobile espressamente destinato, per accordo tra comodante e comodatario, ad essere adibito a casa familiare del comodatario**: in tal caso, la destinazione permane anche in caso di separazione personale, divorzio o rottura della convivenza more uxorio, e di conseguente assegnazione della casa familiare da parte del giudice (Cass., sez. un., 21 luglio 2004 n. 13063).

Il comodante può esigere, però, la **restituzione anticipata** della cosa:

- se sopravviene un suo urgente e imprevisto bisogno (art. 1809, 2° comma, c.c.);
- se il comodatario è inadempiente alle obbligazioni di uso conforme al contratto o alla natura della cosa, di diligente custodia o di uso strettamente personale della cosa stessa (art. 1804, 3° comma, c.c.);
- se il comodatario muore (art. 1811 c.c.).

Viceversa, se muore il comodante, gli eredi del comodante sono tenuti a rispettare il termine di durata del contratto, salvo che sopravvenga una delle descritte ipotesi che legittimano la richiesta di restituzione anticipata (Cass. 3 aprile 2008 n. 8548).

B) Comodato senza determinazione di durata

Se il contratto non prevede un termine né questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è obbligato a restituirla **non appena il comodante la richiede** (art. 1810 c.c.).

Il comodato senza determinazione di durata è definito, generalmente, **precario**, proprio per evidenziare l'insussistenza del diritto dal comodatario ad esercitare il godimento del bene per un tempo determinato.

È una figura atipica – non riconducibile né al modello legale del comodato a termine né a quello del comodato senza determinazione di durata, quali espressi rispettivamente nelle norme dell'art. 1809 e 1810 c.c. – il comodato (solitamente immobiliare) in le parti prevedono che la

restituzione dell'immobile da parte del comodante debba avvenire *nel caso che il comodante ne abbia necessità*. In presenza di una simile clausola, infatti, il comodato non è a termine, perché la verifica della «necessità» che il comodante può addurre come motivo di rilascio è evento *incertus an*. La necessità della restituzione deve essere prospettata dal comodante nel negozio di recesso e, in caso di contestazione, provata,

V. IL CONTRATTO DI ALBERGO

1. NOZIONE

Col contratto d'albergo una parte (albergatore) si obbliga a fornire all'altra (cliente), dietro corrispettivo di un prezzo, un alloggio e una serie di eventuali servizi accessori (pulizia e riordino della camera, colazione, lavanderia, ecc.), funzionali a un confortevole soggiorno.

La normale presenza dei servizi accessori vale a distinguere la figura dell'albergo da quella della locazione, posto che l'obbligazione dell'albergatore non si esaurisce nel mero obbligo di porre a disposizione il bene-alloggio ma comprende l'esecuzione dei servizi previsti dal contratto (che corrispondono, solitamente, a quelli previsti dalla c.d. "categoria" alberghiera). La mancanza di una specifica regolamentazione normativa vale, poi, a rendere l'albergo un contratto atipico.

La giurisprudenza è divisa sulla natura giuridica e sugli effetti della c.d. **prenotazione alberghiera**:

1) secondo un primo orientamento, la prenotazione fa sorgere solo in capo all'albergatore l'obbligo unilaterale di stipulare col cliente il contratto di albergo; in capo al cliente, invece, non sorgerebbe alcun obbligo a contrarre;

2) secondo un'altra impostazione, il contratto stipulato per mezzo della prenotazione consisterebbe in un'opzione, da cui deriverebbe la facoltà del cliente di ottenere, mediante la presentazione in albergo, la conclusione del contratto e la soggezione dell'albergatore alla stipulazione del contratto stesso;

3) altra parte della dottrina afferma, a sua volta, che la prenotazione alberghiera determinerebbe la conclusione di un contratto preliminare bilaterale rispetto al futuro contratto di albergo.

La Suprema Corte, sul punto, ha statuito che la gestione dell'impresa alberghiera nelle forme d'uso (quali l'esposizione di insegne o l'utilizzo di messaggi pubblicitari) configura un'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.). Pertanto, il contratto di albergo si conclude, nel momento in cui l'albergatore viene a conoscenza dell'accettazione (espressa o tacita) del cliente e la cosiddetta «prenotazione» costituisce una forma espressa di accettazione. Da ciò deriva, ad esempio, che la revoca della prenotazione da parte del cliente integra unilaterale sottrazione al vincolo contrattuale e determina l'obbligazione di tenere indenne della perdita subita l'albergatore che non abbia effettivamente utilizzato la camera per il periodo prenotato.

Dalla prenotazione "pura" si distingue, infine, la c.d. prenotazione *rafforzata* dal versamento di una somma di denaro, che – a seconda delle opinioni – configura un mero acconto o una caparra confirmatoria.

SEZIONE QUARTA

I CONTRATTI OBBLIGATORI PER L'ESECUZIONE DI OPERE O DI SERVIZI

I. L'APPALTO

1. NOZIONE ED ELEMENTI ESSENZIALI

L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con **organizzazione dei mezzi necessari** e con **gestione a proprio rischio**, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro (art. 1655 c.c.).

Si pensi, ad esempio, all'impresa edile che assume nei confronti del proprietario del suolo l'obbligo di costruire un edificio (*opera*) o all'università che affida ad un'impresa la gestione del servizio mensa per gli studenti (*servizio*).

Se l'appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi (c.d. *appalto-somministrazione*), oltre alle norme sul contratto di appalto (artt. 1655-1677 c.c.), si osservano, in quanto compatibili, le norme relative al contratto di somministrazione (artt. 1559-1570 c.c.).

L'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio richiamano direttamente i requisiti dell'attività *d'impresa* (art. 2082 c.c.); l'appaltatore, pertanto – a differenza del prestatore d'opera (art. 2222 c.c.) – è necessariamente un imprenditore. L'elemento oggettivo dell'*autonomia* dell'appaltatore distingue, a sua volta, il contratto d'appalto dal contratto di lavoro subordinato.

Figura particolare, cui la legge riserva una specifica disciplina, è quella dell'**appalto di opere pubbliche**. Gli aspetti di specifica regolamentazione consistono soprattutto nelle procedure per la scelta del contraente-appaltatore. La materia è, attualmente, disciplinata dal d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

L'appalto è un **contratto consensuale**, con **effetti obbligatori**, con **prestazioni corrispettive**, generalmente (salve le disposizioni particolari in materia di appalti pubblici e di appalto per la costruzione di navi o aeromobili: artt. 237 e 852 cod. nav.) a **forma libera** ed **essenzialmente oneroso**.

Il **corrispettivo** è previsto espressamente che sia costituito dal danaro. Il prezzo può essere determinato *globalmente* con riferimento all'intera opera, oppure per singole unità di misura. Se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo né hanno

stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice (art. 1657 c.c.).

Il pagamento può avvenire *in un'unica soluzione* ad opera compiuta, oppure *in proporzione all'opera eseguita* (ex art. 1666 c.c.) in seguito alla verifica del c.d. *stato di avanzamento dei lavori* (S.A.L.).

È discusso se l'appalto consista in un **contratto intuitu personae**. In senso positivo depone il disposto dell'art. 1656 c.c., secondo cui l'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente (art. 1656 c.c.). In senso contrario, invece, si pone l'art. 1674 c.c., che stabilisce la regola per cui il contratto di appalto non si scioglie per la morte dell'appaltatore, salvo che la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto e salvo il recesso del committente se gli eredi dell'appaltatore non danno affidamento per la buona esecuzione dell'opera o del servizio.

Nel caso di scioglimento del contratto per morte dell'appaltatore, il committente è tenuto a pagare agli eredi il valore delle opere eseguite, in ragione del prezzo pattuito, e a rimborsare le spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, ma solo nei limiti in cui le opere eseguite e le spese sostenute gli sono utili (art. 1675, 1° comma, c.c.). Il committente ha diritto di domandare la consegna, verso una congrua indennità, dei materiali preparati e dei piani in via di esecuzione, salve le norme che proteggono le opere dell'ingegno (art. 1675, 2° comma, c.c.).

2. L'ESECUZIONE DELL'OPERA O DEL SERVIZIO E LE "SOPRAVVENIENZE" CONTRATTUALI

L'appaltatore è tenuto ad eseguire l'opera o il servizio **secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte** (ex art. 1662, 2° comma, c.c.). In ogni momento, il committente ha diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato (art. 1662, 1° comma, c.c.).

La **materia** necessaria a compiere l'opera deve essere fornita dall'appaltatore, se non è diversamente stabilito dalla convenzione o dagli usi (art. 1658 c.c.). Se, invece, la materia è fornita dal committente, l'appaltatore è tenuto a dargli pronto avviso dei difetti della materia fornita, se si scoprono nel corso dell'opera e possono comprometterne la regolare esecuzione (art. 1663 c.c.).

Durante l'esecuzione dell'opera, possono essere apportate **variazioni al progetto** originariamente convenuto tra le parti. La legge distingue tre tipologie di variazioni:

a) *variazioni concordate* (art. 1659 c.c.)

L'autorizzazione del committente alla variazione del progetto deve risultare da atto scritto *ad probationem* (art. 1659, 2° comma, c.c.). Salva diversa pattuizione, l'appaltatore, se il prezzo dell'intera opera è stato determinato globalmente, non ha diritto a compenso per le variazioni o per le aggiunte concordate.

b) *variazioni necessarie* (art. 1660 c.c.)

Sono quelle variazioni necessarie per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte. Se le parti non trovano l'accordo riguardo ad esse, spetta al giudice la determinazione delle variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo (art. 1660, 1° comma, c.c.).

La variazione necessaria costituisce una *sopravvenienza contrattuale*, che può incidere sulle caratteristiche dell'opera e sull'importo del corrispettivo. Per questa ragione, la legge concede, nelle rispettive ipotesi, a ciascuna delle parti il diritto di recedere dal contratto:

1) se l'importo delle variazioni supera il sesto del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore può recedere dal contratto e può ottenere, secondo le circostanze, un'equa indennità (art. 1660, 2° comma, c.c.);

2) se le variazioni sono di notevole entità, il committente può recedere dal contratto ed è tenuto a corrispondere un equo indennizzo (art. 1660, 3° comma, c.c.).

c) variazioni ordinate dal committente (art. 1661 c.c.)

Posto che l'opera o il servizio sono realizzati dall'appaltatore per realizzare l'*interesse del committente*, è del tutto comprensibile che quest'ultimo possa apportare variazioni al progetto, salvo il diritto dell'appaltatore al compenso per i maggiori lavori eseguiti, anche se il prezzo dell'opera era stato determinato globalmente.

L'*interesse dell'appaltatore* a non essere costretto ad una prestazione eccessivamente difforme da quella originariamente convenuta trova riconoscimento, tuttavia, nella duplice limitazione che la legge impone allo *ius variandi* del committente:

1) da un lato, l'ammontare delle variazioni non può superare il sesto del prezzo (art. 1661, 1° comma, c.c.);

2) dall'altro, le variazioni non possono comunque importare notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi nelle singole categorie di lavori previste nel contratto per l'esecuzione dell'opera medesima (art. 1661, 2° comma, c.c.).

Oltre alle variazioni del progetto, un'ulteriore "sopravvenienza" contrattuale è costituita dalla **onerosità o difficoltà dell'esecuzione** (art. 1664 c.c.). Per quel che concerne l'*onerosità*, la legge prevede che, qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo e la revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo.

Si tratta di una **previsione speciale rispetto a quella dell'art. 1467 c.c.** (risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta) sotto un triplice profilo:

1) in primo luogo, l'art. 1664 c.c. riguarda soltanto l'*aumento* del costo dei materiali o della mano d'opera, mentre l'art. 1467 c.c. attribuisce rilevanza a qualsiasi causa di eccessiva onerosità;

2) in secondo luogo, le circostanze, che determinano la maggiore onerosità dell'appalto, sono soltanto quelle *imprevedibili*, a differenza di quanto previsto dall'art. 1467 c.c., che si riferisce ad *avvenimenti straordinari e imprevedibili*;

3) infine, mentre la norma generale attribuisce al contraente, la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa, il diritto alla risoluzione del contratto (salva la facoltà della controparte di offrire l'equa modifica delle condizioni del contratto), l'art. 1664 c.c. prevede il diritto del contraente alla revisione del prezzo.

La diversità di presupposti oggettivi non esclude, pertanto, un autonomo ambito applicativo della norma dell'art. 1467 c.c., allorché la causa dell'onerosità sia, oltre che imprevedibile, anche straordinaria, ovvero qualora la circostanza sopravvenuta sia diversa dall'aumento del costo dei materiali o della mano d'opera.

La *difficoltà di esecuzione*, a sua volta, qualora derivi da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti e tali che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, attribuisce a quest'ultimo il diritto a un equo compenso (art. 1664, 2° comma, c.c.).

3. ADEMPIMENTO, INADEMPIMENTO E SCIoglimento DEL CONTRATTO

L'appaltatore deve consegnare l'opera (o eseguire il servizio) nel termine previsto dal contratto e senza vizi o difformità.

Il diritto del committente di verificare lo stato dell'opera durante lo svolgimento dei lavori (art. 1662 c.c.) diviene un *onere* nel momento in cui l'appaltatore provvede alla **consegna dell'opera**.

L'opera *si considera accettata*:

1) se il committente, nonostante l'invito fattogli dall'appaltatore, trascuri senza giusti motivi di procedere alla verifica dell'opera – che deve essere fatta non appena l'appaltatore mette il committente in condizioni di poterla eseguire – ovvero non ne comunica il risultato entro un breve termine;

2) se il committente riceve senza riserve la consegna dell'opera, ancorché non abbia proceduto alla verifica.

La comunicazione all'appaltatore del risultato positivo della verifica (di cui fa menzione incidentalmente l'art. 1665, 3° comma, c.c.) è il c.d. *collaudo*.

L'accettazione dell'opera produce tre effetti:

1) rende esigibile il credito dell'appaltatore al pagamento del corrispettivo, salvo diversa pattuizione o uso contrario (art. 1665 c.c.);

2) impedisce al committente di far valere la responsabilità dell'appaltatore per i vizi o le difformità dell'opera che erano dal committente stesso conosciuti o riconoscibili, purché, in questo caso, non siano stati taciuti in mala fede dall'appaltatore (art. 1667, 1° comma, c.c.);

3) sposta dall'appaltatore al committente il rischio del perimento o deterioramento non imputabile dell'opera, nel caso in cui il committente abbia fornito la materia (art. 1673, 1° comma, c.c.); se, invece, la materia è stata fornita in tutto o in parte dal committente, il perimento o il deterioramento dell'opera è a suo carico, anche prima dell'accettazione, per quanto riguarda la materia da lui fornita, e per il resto è a carico dell'appaltatore (art. 1673, 1° comma, c.c.).

Le **difformità e i vizi dell'opera** (o del servizio) fondano la **responsabilità dell'appaltatore** e attribuiscono al committente una serie di **rimedi**, che possono essere classificati in:

- a) *rimedi preventivi alla consegna*;
- b) *rimedi successivi alla consegna*;
- c) *rimedi derivanti dalle norme sul contratto in generale*.

A) Il **rimedio "preventivo"** consiste nel potere del committente – che, in seguito alla verifica nel corso dell'opera, accerti che la sua esecuzione non procede secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte – di fissare un congruo termine entro il quale l'appaltatore si deve conformare a tali condizioni; trascorso inutilmente il termine stabilito, il contratto è risoluto, salvo il diritto del committente al risarcimento del danno (art. 1662, 2° comma, c.c.).

Si tratta di un **rimedio soltanto apparentemente analogo alla diffida ad adempiere** (art. 1454 c.c.).

Sul piano delle *analogie*, si deve rilevare che anche la risoluzione prevista dall'art. 1662 c.c. presuppone che le "irregolarità" riscontrate dal committente siano di *non scarsa importanza* (art. 1455 c.c.): la risoluzione del contratto presuppone, pertanto, tale requisito sostanziale sia nell'ipotesi dell'art. 1454 c.c. sia in quella dell'art. 1662 c.c. Le irregolarità devono considerarsi (di non scarsa importanza) qualora esse, secondo una valutazione prognostica, costituiscano vizi o difformità idonei a legittimare i successivi rimedi di cui all'art. 1668 c.c. (*infra*). Secondo la giurisprudenza, l'autotutela *ex art.* 1662 c.c. è esperibile anche in presenza di una sospensione dei lavori arbitraria o di mala fede (Cass. 19 aprile 1996, n. 3713) o quando le irregolarità inducano a presumere, con ragionevole probabilità, la mancata consegna dell'opera nel termine contrattualmente stabilito.

Di gran lunga prevalenti appaiono, tuttavia, le *differenze* rispetto all'art. 1454 c.c.:

1) la diffida ad adempiere si fonda su un inadempimento attuale, mentre l'intimazione *ex art.* 1662 ha una funzione *preventiva*, in presenza di un "pericolo di inadempimento".

2) L'art. 1662 c.c. prevede che l'appaltatore debba conformarsi entro un termine (con-

gruo), ma – a differenza dell'art. 1454 c.c. – non fissa alcun termine minimo: in caso di contestazioni, la *congruità* del termine dovrà essere stabilita dal giudice.

3) L'intimazione *ex art.* 1662 produce la risoluzione del contratto anche se non accompagnata – a differenza di quanto previsto dall'art. 1454 c.c. – dall'espressa dichiarazione per cui, decorso inutilmente il termine concesso per l'adeguamento alle condizioni stabilite dal contratto o dalla regola d'arte, il contratto deve intendersi risolto.

4) L'intimazione dell'art. 1662 c.c., infine, non deve essere compiuta in forma scritta a pena di nullità.

È discusso se, per evitare la risoluzione, sia sufficiente che l'appaltatore, nel termine congruo assegnatogli, dia semplicemente (ma seriamente) inizio alle riparazioni, oppure se sia necessario che tali riparazioni siano eseguite per intero.

Il rimedio dell'art. 1662 c.c. non preclude – ad avviso della giurisprudenza – l'immediata esperibilità dell'azione generale di risoluzione *ex art.* 1453 c.c. in presenza di un inadempimento (di non scarsa importanza). Quando, cioè, nel corso dei lavori, risulti evidente che i vizi e le difformità in atto preannunciano un'opera *del tutto inadatta alla sua destinazione* ed i vizi e le difformità stesse non risultino eliminabili, il committente può agire immediatamente per la risoluzione del contratto, senza necessità di attendere il compimento dell'opera. Come è stato autorevolmente osservato dalla dottrina, tale interpretazione giurisprudenziale si avvale della norma speciale (che consente la risoluzione "in corso" di contratto) e, nello stesso tempo, di quella generale dell'art. 1453 c.c. (che prevede il rimedio della risoluzione in presenza di inadempimento di non scarsa importanza) per formare un'ulteriore norma: l'appalto può essere risolto anche in corso d'opera (secondo la norma speciale) con l'azione di risoluzione (secondo la norma generale) quando le difformità risultino insanabili (ipotesi di per sé non prevista né dalla norma speciale – che presuppone comunque l'invito rivolto all'appaltatore – né da quella generale, che prevede la scadenza del termine di adempimento).

B) I rimedi successivi alla consegna consistono nelle azioni che il committente può esperire nei confronti dell'appaltatore (art. 1668 c.c.), purché egli abbia denunciato all'appaltatore, nel termine di decadenza di sessanta giorni dalla scoperta, i vizi o le difformità riscontrate nell'opera; la denuncia non è necessaria se l'appaltatore ha riconosciuto le difformità o i vizi o se li ha occultati (art. 1667, 2° comma, c.c.):

1) *azione di eliminazione delle difformità o dei vizi a spese dell'appaltatore* (art. 1668, 1° comma);

2) *azione di riduzione proporzionale del prezzo* (art. 1668, 1° comma);

3) *azione di risoluzione del contratto, se le difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione* (art. 1668, 2° comma);

4) *azione di risarcimento del danno, nel caso di colpa dell'appaltatore*.

L'azione di eliminazione delle difformità o dei vizi a spese dell'appaltatore costituisce una speciale applicazione dell'azione generale di adempimento (art. 1453, 1° comma, c.c.). Benché la norma parli di eliminazione "*a spese dell'appaltatore*", dottrina e giurisprudenza escludono che il committente debba necessariamente farli eliminare da un terzo, ma ammettono che egli possa pretendere, in prima battuta, che l'appaltatore compia direttamente la prestazione di *facere* consistente nell'eliminazione delle difformità o dei vizi (salva la successiva possibilità di agire per esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare: art. 612 ss. c.p.c.).

L'azione di riduzione del prezzo corrisponde all'*actio quanti minoris* prevista in materia di vendita (art. 1492, 1° comma, c.c.) e presuppone che il committente provi che le difformità o i vizi attribuiscono all'opera un valore inferiore a quello che avrebbe avuto se fosse stata conforme al contratto.

L'azione di risoluzione del contratto presuppone che le difformità o i vizi dell'opera siano "tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione". Invero, poiché nell'appalto l'opera è realizzata per soddisfare l'interesse del committente, la legge ha introdotto un requisito di "gravità" dell'inadempimento più elevato rispetto a quello previsto in generale dall'art. 1455 c.c., per evitare, nei limiti del possibile, che l'opera rimanga nella disponibilità dell'appaltatore, il quale presumibilmente incontrerebbe notevoli difficoltà a destinarla a un proprio interesse o a collocarla sul mercato.

Secondo la regola generale (art. 1458 c.c.), la risoluzione del contratto di appalto ha efficacia retroattiva tra le parti: il committente, quindi, è liberato dall'obbligo di pagare il prezzo e, qualora l'abbia già pagato, ha diritto alla restituzione; l'opera rimane di proprietà dell'appaltatore, che ha diritto alla restituzione se la consegna è stata già fatta al committente. Nell'appalto avvenute ad oggetto la costruzione di un edificio, se il committente-proprietario del suolo domanda la risoluzione, ma dichiara di voler ritenere l'opera, egli ne rimane proprietario per accessione (art. 934 c.c.). In tal caso, il committente è tenuto a pagare all'appaltatore il prezzo contrattuale dell'opera ritenuta, ridotto in proporzione al minor valore determinato dai vizi e dalle difformità: la dottrina ritiene, pertanto, che, malgrado la formulazione della domanda, l'effetto consista in una mera riduzione del prezzo.

Lazione di risarcimento del danno si caratterizza, sotto il profilo *soggettivo*, per il requisito della "colpa" dell'appaltatore e, sotto il profilo *oggettivo*, per avere ad oggetto quei soli danni che non siano stati coperti mediante le azioni di eliminazione dei vizi e difformità, di riduzione del prezzo o di risoluzione del contratto.

C) L'esistenza di una disciplina speciale non esclude l'applicabilità dei **rimedi previsti dalle norme sul contratto in generale** (art. 1453 ss. c.c.). È possibile, quindi, domandare la risoluzione giudiziale del contratto di appalto – oltre che nel caso sopra descritto (quando, nel corso dell'opera, emergano vizi e difformità non eliminabili) – anche nelle seguenti ipotesi:

- 1) quando l'appaltatore non esegue l'opera;
- 2) quando, pur avendo eseguito l'opera, si rifiuta di consegnarla al committente;
- 3) in caso di ritardo nell'esecuzione o nella consegna dell'opera;
- 4) quando l'appaltatore subappalti l'esecuzione dell'opera senza l'autorizzazione del committente (*infra*).

In questi casi, il requisito sostanziale per ottenere la risoluzione del contratto è costituito dalla "non scarsa importanza dell'inadempimento" *ex* art. 1455 c.c.

Oltre ai casi di inadempimento, il contratto di appalto si scioglie, altresì, in due ulteriori ipotesi, cui la legge appresta una particolare disciplina:

- 1) per il **recesso del committente** (art. 1671 c.c.)

Si tratta dell'esercizio di uno *ius poenitendi* da parte del committente, che la legge gli attribuisce per non costringerlo a ricevere un'opera o un servizio, rispetto ai quali, per una qualunque ragione, egli abbia perso interesse. Per questa ragione, il recesso può essere esercitato *anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio*. In conseguenza dello scioglimento del contratto, il committente deve tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

Rispetto alla previsione generale dell'art. 1373 c.c. (con la quale condivide la natura "penitenziale" del recesso), l'art. 1671 c.c. presenta talune peculiarità:

- 1) è un'ipotesi di recesso *legale* e non convenzionale;
- 2) consente l'esercizio del recesso anche dopo che il contratto abbia avuto un principio di esecuzione;
- 3) fa sorgere un'obbligazione indennitaria che – a differenza dell'eventuale multa penitenziale convenuta (*ex* art. 1373, 3° comma, c.c.) – pur non rappresentando un risarcimento del danno, è disciplinata dai medesimi principi vigenti in materia risarcitoria e costituisce, pertanto, un debito di valore.

2) per l'**impossibilità di esecuzione dell'opera per causa non imputabile ad alcuna delle parti** (art. 1672 c.c.)

In tal caso, il committente deve pagare la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione del prezzo pattuito per l'opera intera.

4. LA RESPONSABILITÀ DELL'APPALTATORE PER ROVINA E DIFETTI DI COSE IMMOBILI

Quando l'opera realizzata dall'appaltatore consiste in un edificio o in altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa se, entro dieci anni dal suo compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti (art. 1669, 1° comma, c.c.).

Per far valere la responsabilità dell'appaltatore, il committente ha l'onere di denunciare il difetto, la rovina o il pericolo di rovina entro un anno dalla scoperta. Il diritto del committente, si prescrive, a sua volta, entro un anno dalla denuncia (art. 1669, 2° comma, c.c.).

La norma è posta a tutela dell'incolumità pubblica connessa alla stabilità delle costruzioni. Tale *ratio* – secondo parte della dottrina e una consolidata giurisprudenza – attribuisce a questa forma di responsabilità **natura extracontrattuale** e un ambito applicativo esteso oltre i confini del rapporto giuridico tra le parti del contratto.

Dalla natura aquiliana della responsabilità *ex art. 1669 c.c.*, la giurisprudenza trae la conseguenza di un ampliamento dei legittimati attivi e passivi all'azione.

Sul piano della *legittimazione attiva*, la responsabilità dell'appaltatore può essere fatta valere da chiunque subisca danno dalla rovina dell'immobile (il detentore, il proprietario dell'immobile contiguo, il mero passante).

Sul piano della *legittimazione passiva*, la giurisprudenza afferma la proponibilità dell'azione nei confronti dei soggetti che abbiano collaborato alla costruzione sia nella sua fase ideativa (ad esempio, il progettista) sia in quella attuativa (ad esempio, il direttore dei lavori), allorché si dimostri, tuttavia, che la rovina si è verificata a causa di errori commessi nella progettazione, oppure per omissioni nei dovuti controlli durante la realizzazione dell'opera. Ai fini della legittimazione passiva, occorre dimostrare il duplice requisito della *collaborazione attiva alla realizzazione dell'opera* e dell'*autonomia* del collaboratore, nel senso che costui deve essere stato libero di gestire l'organizzazione e l'attuazione del proprio incarico.

Così, ad esempio, tra appaltatore e progettista sussiste responsabilità solidale *ex art. 2055 c.c.* e, per escludere la responsabilità dell'appaltatore, non basta la prova che l'opera sia stata eseguita secondo il progetto, ma occorre la positiva dimostrazione che l'appaltatore non sia stato in grado di valutare l'errore tecnico compiuto dal progettista.

Essendovi sotteso un interesse pubblico, la responsabilità dell'appaltatore non può essere esclusa o limitata per accordo tra le parti.

5. IL SUBAPPALTO

L'appaltatore può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, soltanto se autorizzato dal committente (art. 1656 c.c.). L'**autorizzazione** non deve essere espressa, ma può risultare anche *per facta concludentia*. Non è necessario che l'autorizzazione sia specificamente riferita a un determinato soggetto, potendo il consenso del committente al subappalto essere preventivo e generico.

Nonostante l'autorizzazione, il subappalto instaura un rapporto obbligatorio soltanto tra appaltatore e subappaltatore, al quale il committente resta estraneo. Il committente, quindi, non acquista diritti né assume obblighi verso il subappaltatore; egli non può proporre *azione diretta* nei confronti del subappaltatore.

Il subappalto è un contratto *autonomo* rispetto all'appalto: ciò implica che le clausole del contratto di appalto non si trasfondono automaticamente nel contratto di subappalto, potendo le parti di quest'ultimo stabilire condizioni, modalità di esecuzione e consegna e, in genere, clausole diverse da quelle contenute nel contratto base. Tale autonomia consente di differenziare il

subappalto dalla cessione dell'appalto, con la quale, invece, le parti trasferiscono al cessionario l'intero complesso delle clausole originarie.

La stipulazione di un contratto di subappalto in difetto di autorizzazione del committente legittima quest'ultimo ad agire per la risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.).

Dalla natura del subappalto deriva che la sua sorte è condizionata a quella del contratto principale; ciò comporta, ad esempio, che l'accettazione senza riserve dell'opera eseguita dal subappaltatore da parte dell'appaltatore resta condizionata dal fatto che il committente accetti a sua volta l'opera senza riserve.

Appaltatore e subappaltatore possono "condizionare", altresì, il pagamento del corrispettivo in favore del subappaltatore al pagamento dell'appaltatore da parte del committente (c.d. clausola *if and when*).

La presenza del subappaltatore non modifica il regime di responsabilità dell'appaltatore nei confronti del committente: rispetto a quest'ultimo, il subappaltatore è un mero *ausiliario* del debitore (art. 1228 c.c.). Tuttavia, nei casi in cui il committente faccia valere la responsabilità dell'appaltatore (artt. 1667-1669 c.c.), quest'ultimo può agire in regresso nei confronti del subappaltatore, ma, a tale scopo, ha l'onere, sotto pena di decadenza, di comunicare al subappaltatore la denuncia entro sessanta giorni dal ricevimento (art. 1670 c.c.).

Come il committente non ha azione diretta contro il subappaltatore, allo stesso modo il subappaltatore non può agire nei confronti del committente, neppure per conseguire quanto dovutogli dall'appaltatore fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore. Non è applicabile, quindi, al subappalto la norma dell'**art. 1676 c.c.**, che concede, invece, tale azione diretta in favore di coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore (in particolare, lavoratori subordinati), hanno prestato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio.

Secondo la giurisprudenza, l'azione diretta proponibile da parte degli ausiliari, a differenza dell'azione surrogatoria ordinaria (art. 2900 c.c.), non presuppone l'*inerzia* dell'appaltatore e può essere proposta a prescindere dal c.d. *eventus damni*.

II. IL CONTRATTO D'OPERA

1. NOZIONE E DISCIPLINA

Si ha contratto d'opera quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio (c.d. *contratto d'opera manuale*), con **lavoro prevalentemente proprio** e **senza vincolo di subordinazione** nei confronti del committente (art. 2222 c.c.).

A differenza dell'**appalto**, pertanto, il contratto d'opera può essere stipulato esclusivamente o da un soggetto che non agisca in qualità di imprenditore, ovvero da un soggetto che tutt'al più abbia i requisiti legali del "piccolo imprenditore" (art. 2083 c.c.). Contratto d'opera è, ad esempio, il contratto che si stipula con un falegname per la costruzione di una libreria o con un orafo per la realizzazione artigianale di un gioiello.

Il contratto d'opera deve essere distinto, a sua volta, dal **contratto di lavoro subordinato**. Un'ampissima giurisprudenza ha individuato una serie di indici, che consentono di distinguere tra lavoro autonomo e lavoro subordinato: tra questi, l'autonomia degli orari di lavoro o la soggezione ai tempi di lavoro previsti dal datore di lavoro, l'inesistenza di un dovere di fedeltà a carico del lavoratore autonomo, lo svolgimento della prestazione presso locali propri o presso i locali del datore di lavoro, ecc.

La prestazione, che deriva dal contratto d'opera, ha per contenuto un *facere*. Ciò consente di distinguere tale figura dalla **compravendita** anche nel caso in cui la materia sia fornita dal pre-

statore d'opera. Se, invece, le parti hanno avuto *prevalentemente* in considerazione, come oggetto del contratto, la materia, la prestazione è, in tal caso, in prevalenza, una prestazione di *dare*: conseguentemente, si applicano le norme sulla vendita (art. 2223 c.c.).

Come l'appalto, il contratto d'opera è un **contratto consensuale**, con **effetti obbligatori**, con **prestazioni corrispettive**, a **forma libera** ed **essenzialmente oneroso**. Il corrispettivo, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe professionali o gli usi, è stabilito dal giudice in relazione al risultato ottenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo (art. 2225 c.c.).

La disciplina del contratto è assai simile a quella dell'appalto.

Per quel che concerne l'**esecuzione dell'opera**, l'art. 2224 c.c. – con una previsione molto simile a quella dell'art. 1662 c.c. – stabilisce che, *se il prestatore d'opera non procede all'esecuzione dell'opera secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte, il committente può fissare un congruo termine, entro il quale il prestatore d'opera deve conformarsi a tali condizioni*. Tuttavia – mentre, secondo l'art. 1662 c.c., alla mancata “regolarizzazione” dell'opera da parte dell'appaltatore la risoluzione del contratto consegue *de iure* – nel contratto in esame si prevede che, *trascorso inutilmente il termine fissato, il committente può recedere dal contratto, salvo il diritto al risarcimento dei danni* (art. 2224, 2° comma, c.c.): la risoluzione del rapporto non è, pertanto, un effetto automatico, ma la conseguenza dell'esercizio della facoltà di recesso da parte del committente.

Del tutto analoga, invece, alla previsione dell'art. 1671 c.c. è la norma dell'art. 2227 c.c., che attribuisce al committente, con funzione “penitenziale”, la possibilità di **recedere dal contratto**, *ancorché sia iniziata l'esecuzione dell'opera, tenendo indenne il prestatore d'opera delle spese, del lavoro eseguito e del mancato guadagno*.

Allo stesso modo, l'**art. 2228 c.c.** contiene una norma parallela a quella dell'art. 1672 c.c.: infatti, *se l'esecuzione dell'opera diventa impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti, il prestatore d'opera ha diritto ad un compenso per il lavoro prestato in relazione alla utilità della parte dell'opera compiuta*.

Con riguardo alla **responsabilità del prestatore d'opera**, l'art. 2226 c.c. – con differenze più lessicali che sostanziali rispetto all'art. 1667 c.c. – stabilisce che *l'accettazione espressa o tacita dell'opera libera il prestatore d'opera dalla responsabilità per difformità o per vizi della medesima, se all'atto dell'accettazione questi erano noti al committente o facilmente riconoscibili, purché in questo caso non siano stati dolosamente occultati*. Diversi sono, invece, i termini per far valere la responsabilità del prestatore d'opera: la denuncia deve essere fatta, a pena di decadenza, entro otto giorni dalla scoperta e l'azione si prescrive entro un anno dalla consegna (art. 2226, 2° comma, c.c.).

2. LA PRESTAZIONE D'OPERA INTELLETTUALE

Il codice riserva una disciplina particolare al contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale, per facendo salva l'applicazione delle leggi speciali e quella (residuale) delle norme sul contratto d'opera “manuale” (art. 2230 c.c.).

La natura “intellettuale” della prestazione incide sulle *modalità di esecuzione dell'opera*, sulla *determinazione del compenso* e sulle *responsabilità del professionista*.

A) Dal primo punto di vista, il prestatore d'opera ha l'**obbligo di eseguire personalmente l'incarico assunto** e può valersi, sotto la propria direzione e responsabilità,

di sostituti e ausiliari soltanto *se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione* (art. 2232 c.c.).

La natura "personale" della prestazione del professionista era, in passato, alla base del divieto di costituire, esercitare o dirigere, sotto qualsiasi forma diversa da quella dell'associazione professionale, società, istituti, uffici, agenzie od enti, i quali abbiano lo scopo di dare, anche gratuitamente, ai propri consociati od ai terzi, prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria (art. 2, l. 23 novembre 1939, n. 1815). Il divieto è stato attualmente superato in séguito all'abrogazione della predetta disposizione ad opera dell'art. 24, l. 7 agosto 1997, n. 266 e della successiva legislazione, che ha introdotto, ad esempio, per gli avvocati la figura della "società tra professionisti" (art. 16, d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96).

B) Il **compenso**, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene (art. 2233, 1° comma, c.c.). In ogni caso, la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione (art. 2233, 1° comma, c.c.).

Salva diversa pattuizione, il cliente deve anticipare al prestatore d'opera le spese occorrenti al compimento dell'opera e corrispondere, secondo gli usi, gli acconti sul compenso (art. 2234 c.c.).

Per gli avvocati e i patrocinatori, la legge stabilisce, inoltre, il divieto del c.d. *patto di quota lite*, in virtù del quale il cliente sarebbe tenuto a corrispondere o consegnare, in tutto o in parte, i beni che formano oggetto delle controversie affidate al loro patrocinio. Un simile patto è nullo, non può essere stipulato neppure per interposta persona e obbliga il professionista al risarcimento del danno (art. 2233, 3° comma, c.c.).

Il professionista non può, inoltre, ritenere le cose e i documenti ricevuti, se non per il periodo strettamente necessario alla tutela dei propri diritti secondo le leggi professionali (art. 2235 c.c.).

Quando l'esercizio di un'attività professionale è condizionato all'iscrizione in un albo o elenco, la prestazione eseguita da chi non è iscritto non gli dà azione per il pagamento della retribuzione (art. 2231, 1° comma, c.c.).

C) La **responsabilità** del professionista – disciplinata, in linea generale, dalle norme degli artt. 1176, 2° comma, e 1218 c.c. – è esclusa se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, salvo che il prestatore d'opera abbia agito con dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.).

La disposizione dell'art. 2236 c.c. – secondo la giurisprudenza – deve intendersi nel senso che l'impegno intellettuale richiesto per la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà sia superiore a quello professionale medio, con conseguente presupposizione di preparazione e dispendio di attività anch'esse superiori alla media; conseguentemente, l'onere di dimostrare il presupposto del "problema tecnico di speciale difficoltà", in quanto comporta un'attenuazione della responsabilità, incombe in ogni caso sul professionista.

Anche per quel che concerne l'**inadempimento**, la prestazione intellettuale differisce da quella manuale. Infatti, essa costituisce, di regola, il contenuto di un'*obbligazione di mezzi*, e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna alla prestazione della propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non al suo conseguimento. Da ciò consegue che l'inadempimento del professionista alla propria obbligazione non può essere desunto, *ipso facto*, dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua del parametro della diligenza professionale fissato dall'art. 1176, 2° comma, c.c.

La natura dell'obbligazione del professionista è alla base, infine, delle diverse conseguenze del **recesso "penitenziale" del cliente** (art. 2237 c.c.): egli, infatti, deve rimborsare al professionista le spese sostenute e il compenso per l'opera svolta, ma – a differenza del committente del prestatore d'opera manuale o dell'appaltatore – non è tenuto al rimborso del mancato guadagno, posto che non può ritenersi certo, al momento del recesso, l'eventuale conseguimento del "risultato" della prestazione intellettuale.

Il contratto si risolve anche per il **recesso del professionista**, che deve essere esercitato, però, *in modo da evitare pregiudizio al cliente* (art. 2237, 3° comma, c.c.). La risoluzione è automatica in caso di cancellazione del professionista dall'albo o dall'elenco previsto dalla legge nell'ambito della specifica attività professionale, salvo il diritto del prestatore d'opera al rimborso delle spese incontrate e a un compenso adeguato all'utilità del lavoro compiuto (art. 2231, 2° comma, c.c.).

III. LA SUBFORNITURA

1. NOZIONI GENERALI

Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di un'impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente (art. 1, 1° comma, l. 18 giugno 1998, n. 192).

Come si desume dall'art. 2, 3° comma, il contratto di subfornitura può essere stipulato anche come contratto ad esecuzione continuata o periodica.

Si tratta di una figura contrattuale recentemente disciplinata dal legislatore, per regolamentare il crescente fenomeno del c.d. **decentramento produttivo**, che consiste nell'affidamento ad un'impresa, da parte di un'impresa produttrice, dello svolgimento di una specifica fase di lavorazione o della realizzazione di un determinato componente del prodotto finale.

La subfornitura rientra nello schema generale del contratto di appalto, dal quale si differenzia, peraltro, per talune particolarità soggettive e oggettive:

- 1) in primo luogo, è un contratto stipulato *necessariamente* tra imprenditori;
- 2) l'*oggetto del contratto* può consistere in lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime, oppure nella fornitura di prodotti o servizi; non costituisce subfornitura, invece, la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature (art. 1, 2° comma);
- 3) la fornitura di prodotti o di servizi è eseguita in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente.

Secondo una diversa impostazione dottrinale, tuttavia, la subfornitura non costituisce un "tipo", bensì una **categoria contrattuale**, all'interno della quale devono essere ricondotti tutti i contratti tipici o atipici attraverso i quali si realizzano le lavorazioni, le opere o i servizi che si innestano all'interno del processo produttivo dell'impresa committente. Un riscontro normativo in tal senso si ricava indubbiamente dall'art. 5, 4° comma, che, con riguardo al termine per la contestazione dell'inesatto adempimento del subfornitore, rinvia alle "generali" disposizioni di legge e, dunque, implicitamente alle norme sulla compravendita (art. 1495 c.c.), sull'appalto (art. 1667 c.c.), sul contratto d'opera (art. 2226 c.c.), ecc.

2. FORMA E CONTENUTO

Il contratto deve essere stipulato in **forma scritta a pena di nullità** e nel contratto devono essere indicati: a) i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegate in copia; b) il prezzo pattuito; c) i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento.

In caso di nullità per difetto di forma, il subfornitore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto (art. 2, 1° comma).

La legge precisa – con disposizione che oggi può ritenersi superflua – che costituiscono forma scritta idonea alla conclusione del contratto anche le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuate per telefax o altra via telematica.

La forma scritta può riguardare soltanto la proposta, nel caso in cui il subfornitore, senza inviare la sua accettazione, inizia le lavorazioni o le forniture senza richiedere la modificazione di alcuno degli elementi indicati nella proposta. Si tratta di un'ipotesi *legalmente tipica* di conclusione del contratto mediante inizio di esecuzione (art. 1327 c.c.). In tal caso, però, le clausole vessatorie contenute nella proposta non sono efficaci in mancanza della specifica approvazione scritta di cui all'art. 1341 c.c.

Le parti possono attribuire al committente la **facoltà di precisare l'oggetto della subfornitura e i tempi di esecuzione**, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati. Ove vengano apportate, nel corso dell'esecuzione del rapporto, su richiesta del committente, significative modifiche e varianti che comportino comunque incrementi dei costi, il subfornitore avrà diritto ad un adeguamento del prezzo anche se non esplicitamente previsto dal contratto (art. 3, 5° comma). È nullo, invece, ogni diverso patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura. (art. 6, 1° comma)

Il **prezzo** dei beni o servizi oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso, tale da non ingenerare incertezze nell'interpretazione dell'entità delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto (art. 2, 4° comma).

Il contratto deve fissare i **termini di pagamento** della subfornitura, decorrenti dal momento della consegna del bene o dal momento della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione, e deve precisare, altresì, gli eventuali sconti in caso di pagamento anticipato rispetto alla consegna. Il termine di pagamento non può eccedere i sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione (salvo il diverso termine previsto in accordi nazionali o locali stipulati tra le categorie dei committenti e dei subfornitori: art. 3, 2° comma).

3. DIRITTI E OBBLIGHI DELLE PARTI

A) Diritti di privativa industriale e intellettuale

I diritti di privativa industriale o intellettuale sul bene o servizio oggetto della subfornitura spettano al subfornitore, il quale, però, ne può validamente disporre in favore del committente soltanto verso un congruo corrispettivo (art. 6, 3° comma).

Il committente, a sua volta, conserva la proprietà industriale in ordine ai progetti e alle prescrizioni di carattere tecnico da lui comunicati al fornitore e sopporta i rischi ad essi relativi. Il fornitore è tenuto alla riservatezza e risponde della corretta esecuzione di quanto richiesto, sopportando i relativi rischi (art. 7).

B) Diritto al pagamento della subfornitura

In caso di mancato rispetto del termine di pagamento, il committente deve corrispondere al subfornitore, sulle somme dovute, interessi determinati in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali, salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore. Ove il ritardo nel pagamento ecceda di trenta giorni il termine convenuto, il committente incorre, inoltre, in una penale pari al 5 per cento dell'importo in relazione al quale non ha rispettato i termini.

Si tratta di una previsione normativa, che trova il proprio fondamento nella qualità dei contraenti (imprenditori), ai quali si applica, pertanto, la disciplina generale sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231).

Gli interessi spettano senza onere di preventiva costituzione in mora: si tratta di un ulteriore caso di c.d. *mora ex re*.

In ogni caso la mancata corresponsione del prezzo entro i termini pattuiti costituisce titolo per l'ottenimento di ingiunzione di pagamento provvisoriamente esecutiva ai sensi degli artt. 633 ss. c.p.c.

C) Divieto di subcontratto

Il subfornitore non può affidare, a sua volta, la fornitura dei beni e servizi oggetto del contratto per una quota superiore al 50 per cento del valore della fornitura, salvo che le parti nel contratto non abbiano indicato una misura maggiore. Per l'affidamento oltre la misura consentita dalla legge o dal contratto, è necessaria l'autorizzazione del committente (art. 4, 1° comma).

Se stipulato *entro la misura consentita o autorizzata*, l'accordo tra subfornitore e l'altra impresa costituisce un ulteriore contratto di subfornitura, nel quale i termini di pagamento del subfornitore non possono essere peggiorativi di quelli contenuti nel contratto di subfornitura principale (art. 4, 3° comma).

Al contrario, gli accordi stipulati dal subfornitore con altra impresa *oltre la misura consentita e senza l'autorizzazione del committente* sono nulli (art. 4, 2° comma).

D) Diritto di recesso

Allorché il contratto abbia ad oggetto una specifica lavorazione o fornitura, il rapporto contrattuale si scioglie con l'esecuzione della prestazione da parte del subfornitore. In tale ipotesi, deve ritenersi applicabile la previsione generale dell'art. 1373 c.c., secondo cui la facoltà di recesso, convenzionalmente attribuita a una delle parti, può essere esercitata *finché il contratto non abbia avuto principio di esecuzione*.

Se, però, la subfornitura sia conclusa dalle parti sotto forma di contratto ad esecuzione continuata o periodica, ciascuna delle parti può sciogliere il rapporto esercitando la facoltà di recesso entro termini tali da non recare pregiudizio alla controparte che ponga affidamento sull'esecuzione della prestazione corrispettiva. La legge irroga, invece, la nullità alla clausola che attribuisca a una delle parti la facoltà di recesso *senza congruo preavviso* (art. 6, 2° comma).

4. LA RESPONSABILITÀ DEL SUBFORNITORE

Il subfornitore ha la responsabilità del funzionamento e della qualità della parte o dell'assemblaggio da lui prodotti o del servizio fornito secondo le prescrizioni contrattuali e a regola d'arte (art. 5, 1° comma); non può essere ritenuto responsabile, invece, per difetti di materiali o attrezzi fornitigli dal committente per l'esecuzione del contratto, purché li abbia tempestivamente segnalati al committente (art. 5, 2° comma). Si tratta di una disciplina inderogabile, sicché è nulla ogni pattuizione contraria (art. 5, 3° comma).

Le eventuali contestazioni in merito all'esecuzione della subfornitura debbono essere sollevate dal committente entro i termini stabiliti nel contratto; tali termini, tuttavia, non possono derogare "ai più generali termini di legge", e in ciò – come si è detto (§ 1) – parrebbe implicito il rinvio alle norme dettate dallo specifico "tipo" contrattuale con cui la subfornitura è attuata (compravendita, appalto, contratto d'opera, somministrazione, ecc.). Conseguentemente, anche per quel che concerne l'eventuale risoluzione per inadempimento, dovrebbero ritenersi applicabili le norme speciali previste nella disciplina dei singoli contratti con cui la subfornitura è eseguita.

5. L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA (*RINVIO*)

L'art. 9 disciplina il c.d. abuso di dipendenza economica, che consiste nella condotta di approfittamento, da parte di una o più imprese, dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera "dipendenza economica" la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. È controverso, peraltro, se la norma si applichi soltanto nei rapporti di subfornitura o, più in generale, rispetto a tutti i rapporti contrattuali tra imprese.

Il legislatore demanda al giudice del merito l'accertamento in concreto della situazione di dipendenza economica e delle modalità in cui può consumarsi l'"abuso".

Dal primo punto di vista, si precisa che la dipendenza economica è valutata *tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti* (art. 9, 1° comma).

Quanto alle modalità dell'abuso, esso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto (art. 9, 2° comma). Quando l'abuso sia realizzato attraverso un contratto o una clausola contrattuale, il patto è nullo (art. 9, 3° comma).

Nel conoscere delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, il giudice ordinario può apprestare anche una tutela di tipo inibitorio o risarcitorio (art. 9, 3° comma).

L'abuso di dipendenza economica può concretizzare, altresì, una condotta lesiva della concorrenza e del mercato. In tal caso, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può procedere alla diffide e sanzioni, previste dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso (art. 9, comma 3 *bis*).

La fattispecie dell'abuso di dipendenza economica (*rectius*, di dominanza economica) è stata già analizzata con riguardo alla problematica della c.d. *giustizia contrattuale* (Vol II, Cap. IV, II, Sez. V, III, § 4.1), alla cui trattazione si rinvia.

IV. IL TRASPORTO

1. NOZIONI GENERALI

Col contratto di trasporto, il vettore si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo a un altro (art. 1678 c.c.).

Alla diversa natura dell'oggetto del trasporto si collega la distinzione tra i due **sottotipi**, cui la legge ha riservato apposita disciplina: il trasporto di persone (artt. 1681-1682 c.c.) e il trasporto di cose (artt. 1683-1702 c.c.).

Altre **figure speciali** di trasporto sono disciplinate al di fuori del codice civile; ad esempio:

a) il trasporto a mezzo nave di persone (artt. 396-418 cod. nav.); di cose (artt. 419-438 cod. nav.), di carico totale o parziale (artt. 439-450 cod. nav.); di cose determinate (artt. 451-456 cod. nav.);

b) il trasporto aereo di persone e di bagagli (artt. 941-949 *ter* cod. nav.); di cose (artt. 950-955 cod. nav.);

c) il trasporto ferroviario di persone e di cose (in particolare, l. 7 ottobre 1977, n. 754, che ha integrato il r.d.l. 11 ottobre 1934 n. 1948, la cui vigenza, dopo la sancita abrogazione con d.l. 25 giugno 2008 n. 112, è stata ripristinata con d.l. 22 dicembre 2008 n. 200);

d) il trasporto postale (artt. 30-31, l. 25 ottobre 1989, n. 355).

Le norme del codice civile si applicano anche alle menzionate figure speciali, in quanto non derogate dal codice della navigazione o dalle leggi speciali (art. 1680 c.c.).

Il trasporto internazionale di persone e di merci è soggetto, inoltre, alle convenzioni internazionali (assai numerose nella materia).

Sul piano della struttura, il contratto di trasporto è una *species* del contratto d'opera, che si caratterizza per il particolare contenuto dell'*opus*.

Il trasporto è, in generale (salvo deroghe previste nei speciali sottotipi) un contratto consensuale con effetti obbligatori. Benché nella definizione apprestata dal codice sia espressamente menzionato il requisito del corrispettivo, l'opinione prevalente tende ad escludere che l'*onerosità* sia un elemento indefettibile del trasporto, che può essere, di conseguenza, anche gratuito e, talvolta – come si dirà – di mera cortesia.

Quando il trasporto di persone o di cose è esercitato mediante **gestione di servizi pubblici di linea** (quei servizi che si svolgono con orari e tragitti predeterminati) sulla base di concessione amministrativa, il contratto presenta due peculiarità:

1) si conclude *per adesione* alle condizioni generali stabilite dalla pubblica autorità nell'atto di concessione: qualunque deroga alle medesime condizioni generali è nulla e la clausola difforme è sostituita dalla norma contenuta nelle condizioni generali (art. 1679, 4° comma, c.c.);

2) sul vettore grava un obbligo a contrarre a parità di condizioni nei confronti di chiunque faccia richiesta del servizio (art. 1679, 2° e 3° comma, c.c.).

2. IL TRASPORTO DI PERSONE

Nel trasporto di persone, sul vettore incombono i seguenti obblighi.

a) *Obbligo di eseguire puntualmente il trasporto*

In tal caso, il vettore risponde per l'inadempimento o per il ritardo in conformità alle previsioni generali (art. 1218 c.c.; art. 1453 c.c.). Nei trasporti cumulativi – quelli eseguiti, cioè, da una pluralità di vettori – il danno per il ritardo o per l'interruzione del viaggio si determina in ragione dell'intero percorso, ma ciascun vettore risponde nell'ambito del proprio percorso, senza vincolo di solidarietà tra la pluralità dei vettori (art. 1682 c.c.).

b) *Obbligo di salvaguardare l'incolumità fisica del trasportato*

Poiché l'attività di trasporto, di per sé, pone a repentaglio l'incolumità fisica del trasportato, il legislatore ha previsto che il vettore risponda dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio, *se non prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno* (art. 1681, 1° comma, c.c.). La medesima responsabilità è prevista per la perdita o l'avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé.

Sono nulle le clausole che limitano la responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore (art. 1681, 2° comma, c.c.).

La formula adoperata per descrivere la prova liberatoria del vettore (*avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno*) richiama le norme sulla responsabilità civile, nelle quali la responsabilità del danneggiante si collega a una peculiare situazione di pericolo (art. 2050, art. 2054, 1° comma). Peraltro, la previsione in esame è ritenuta una specifica applicazione, adeguata alla peculiare natura del contratto di trasporto, dei più generali criteri previsti in materia di responsabilità contrattuale (art. 1176 c.c.).

Quando la condotta del vettore abbia leso un bene giuridico concernente la persona (come l'integrità fisica), la giurisprudenza (Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975) riconosce, in favore del trasportato, il **risarcimento del danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) da responsabilità contrattuale**. Può considerarsi superato, pertanto, il precedente indirizzo che affermava, invece, il "cumulo" tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e che consentiva al trasportato-danneggiato di sottrarsi al ristretto termine di prescrizione previsto in materia di trasporto contrattuale (art. 2951, 1° comma, c.c.).

I descritti obblighi gravano sul vettore anche nei contratti di trasporto gratuito (art. 1681, 3° comma, c.c.). Dal trasporto gratuito – quello eseguito, cioè, in assenza di un corrispettivo, ma in presenza, tuttavia, di un interesse giuridicamente rilevante del vettore (ad esempio, il trasporto, su incarico del datore di lavoro, dei dipendenti presso l'azienda) – si è tradizionalmente distinto il c.d. **trasporto di cortesia**, eseguito dal vettore per ragioni di amicizia, gentilezza, costume sociale. Non potendosi, in quest'ultimo caso, configurare un rapporto giuridico contrattuale, la giurisprudenza disciplina in tal caso la responsabilità del vettore facendo applicazione delle regole di responsabilità extracontrattuale e, pertanto, in ipotesi di danni derivanti dalla circolazione di veicoli senza guida di rotaie, della norma dell'art. 2054 c.c.

Un disciplina completamente diversa (fino al punto da far sorgere, in qualche autore, il sospetto di incostituzionalità) è prevista, tuttavia, per il *trasporto marittimo amichevole*, nel quale la responsabilità del vettore (o dei suoi dipendenti e preposti) presuppone che il vettore provi il dolo o la colpa grave (art. 414 cod. nav.).

3. IL TRASPORTO DI COSE: LETTERA DI VETTURA E RICEVUTA DI CARICO

Il trasporto di cose è disciplinato nel codice civile come un contratto *per sua natura* a favore di un terzo (art. 1411 c.c.) con l'unica particolarità che il terzo può dichiarare di volerne profittare solo quando il trasporto sia avvenuto e le cose siano fisicamente dislocate nel luogo di destinazione. Il rapporto contrattuale coinvolge, quindi, tre soggetti – il mittente, il vettore e il destinatario – per i quali sono rispettivamente precisati diritti e obblighi.

Il contratto non richiede la forma scritta (a pena di nullità o ai fini della prova), ma la legge prevede la c.d. lettera di vettura (art. 1684, 1° comma, c.c.), vale a dire il documento, rilasciato e sottoscritto dal mittente, in cui sono indicati con esattezza *il nome del destinatario e il luogo di destinazione, la natura, il peso, la quantità e il numero delle cose da trasportare e gli altri estremi necessari per eseguire il tra-*

sporto (art. 1683, 1° comma, c.c.). Tale documento assolve ad un'intuitiva funzione probatoria del contenuto del contratto e delle conseguenti obbligazioni assunte dalle parti.

Su richiesta del mittente, il vettore deve rilasciare un duplicato della lettera di vettura con la propria sottoscrizione o, se non gli è stata rilasciata lettera di vettura, una ricevuta di carico, con le stesse indicazioni (art. 1684, 2° comma, c.c.).

Salvo contrarie disposizioni di legge, il duplicato della lettera di vettura e la ricevuta di carico possono essere rilasciate con la clausola "all'ordine", che consente il trasferimento dei diritti nascenti dal contratto mediante mera girata del titolo (art. 1690, 1° comma, c.c.)

3.1. DIRITTI E OBBLIGHI DEL MITTENTE

Al mittente spetta, anzitutto, il c.d. **diritto di contrordine**, che consiste nella richiesta al vettore di sospendere il trasporto e restituire le cose, ovvero nell'ordine di consegnare le cose a un destinatario diverso da quello originariamente indicato o in altra diversa disposizione (art. 1685, 1° comma, c.c.).

Si tratta di un'ipotesi di *recesso legale con funzione penitenziale* (analogo, ad esempio, a quelle previsto dall'art. 1671 c.c. in materia di appalto), il cui esercizio obbliga il mittente a rimborsare le spese e a risarcire i danni derivanti dal contrordine (art. 1685, 1° comma, c.c.).

La facoltà di disporre delle cose consegnate al vettore è soggetta, però, a talune limitazioni: in primo luogo, qualora il vettore abbia rilasciato al mittente un duplicato della lettera di vettura o una ricevuta di carico, il mittente stesso non può disporre delle cose consegnate se non esibisce al vettore il duplicato o la ricevuta per farvi annotare le nuove indicazioni e ottenere nuova sottoscrizione da parte del vettore (art. 1685, 2° comma, c.c.); in ogni caso, il mittente non può disporre delle cose trasportate dal momento in cui esse sono passate a disposizione del destinatario (art. 1685, 3° comma, c.c.).

Il mittente ha l'obbligo di indicare esattamente i dati previsti per la lettera di vettura e deve rimettere, altresì, al vettore i particolari documenti, che occorrono per l'esecuzione del trasporto; egli risponde dei danni che derivano dall'omissione o dall'inesattezza delle indicazioni o dalla mancata consegna o irregolarità dei documenti (art. 1683, 2° e 3° comma, c.c.).

3.2. DIRITTI E OBBLIGHI DEL VETTORE

Il vettore deve adempiere all'obbligazione di trasporto mettendo le cose a disposizione del destinatario *nel luogo, nel termine e con le modalità indicate dal contratto o, in mancanza, dagli usi* (art. 1687, 1° comma, c.c.). Se la riconsegna non deve eseguirsi presso il destinatario, il vettore deve dargli prontamente avviso dell'arrivo delle cose trasportate (art. 1687, 2° comma, c.c.). Il vettore deve, inoltre, esibire al destinatario la lettera di vettura che gli sia stata rilasciata dal mittente (art. 1687, 3° comma, c.c.).

È possibile, tuttavia, che insorgano **impedimenti o ritardi non imputabili al vettore nell'esecuzione del trasporto** (ad esempio, blocchi stradali, eventi meteorologici, ecc.) o nella riconsegna (il destinatario è irreperibile ovvero rifiuta o ritarda a ricevere le cose).

In entrambi casi, il vettore deve chiedere immediatamente istruzioni al mittente, provvedendo nel frattempo alla custodia delle cose. Il mittente potrà, in tal modo, apportare quelle modi-

fiche al contenuto del contratto (indicando, ad esempio, percorsi alternativi o modalità specifiche di custodia, modificando il destinatario, ecc.), in modo da impedire la sua risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.).

Se le circostanze rendono impossibile la richiesta di istruzioni o se le istruzioni non sono attuabili, il vettore può depositare le cose a norma dell'art. 1514 o, se sono soggette a rapido deterioramento, può farle vendere a norma dell'art. 1515 c.c., informando prontamente il mittente del deposito o della vendita (art. 1689, 2° comma, c.c.). Le medesime facoltà di deposito o di vendita (e il correlativo obbligo di tempestiva informazione del mittente) spettano al vettore in caso di controversia tra più destinatari o circa il diritto del destinatario alla riconsegna o circa l'esecuzione di questa (art. 1690, 2° comma, c.c.).

Il vettore è responsabile della perdita e dell'avaria delle cose consegnategli per il trasporto, dal momento in cui le riceve a quello in cui le riconsegna al destinatario. Il **rischio della perdita e dell'avaria** grava, pertanto, sul vettore, salvo che quest'ultimo provi che la perdita o l'avaria è derivata da caso fortuito, dalla natura o dai vizi delle cose stesse o dal loro imballaggio, o dal fatto del mittente o da quello del destinatario. Se il vettore accetta le cose da trasportare senza riserva, si presume che le stesse non presentino vizi apparenti d'imballaggio (art. 1693 c.c.).

Le parti possono convenzionalmente stabilire presunzioni di caso fortuito per eventi che normalmente, in relazione ai mezzi e alle condizioni del trasporto, dipendono da caso fortuito (art. 1694 c.c.). Il danno derivante da perdita o da avaria si calcola secondo il prezzo corrente delle cose trasportate nel tempo e nel luogo della riconsegna (art. 1696 c.c.).

La giurisprudenza accoglie un'interpretazione assai restrittiva della nozione di caso fortuito, escludendo, ad esempio, che esso si configuri nell'ipotesi di furto e, addirittura, di rapina subita dal vettore durante l'esecuzione del trasporto. Per integrare l'esimente del caso fortuito, occorre che un evento come la rapina appaia *improbabile, imprevedibile e assolutamente inevitabile*, in base a una prudente valutazione da effettuarsi, in caso di vettore professionale, con la diligenza qualificata di cui all'art. 1176, 2° comma, c.c., tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto e delle possibili misure idonee ad elidere od attenuare il rischio della perdita del carico.

Rispetto alla **diminuzione nel peso o nella misura** derivante dalla particolare natura delle cose, il vettore risponde solo delle diminuzioni che oltrepassano il calo naturale e grava sul mittente o sul destinatario provare che la diminuzione non è avvenuta in conseguenza della natura delle cose o che, per le circostanze del caso, non poteva giungere alla misura accertata (art. 1695 c.c.).

Il vettore è responsabile nei confronti del mittente, qualora esegua la riconsegna al destinatario senza riscuotere i propri crediti o gli assegni da cui è gravata la cosa: il contratto di trasporto, infatti, può contenere la c.d. **clausola di assegno**, in virtù della quale il vettore è incaricato di riscuotere il prezzo della merce, dovuto al mittente in base al rapporto contrattuale col destinatario (ad esempio, una vendita). Nella riscossione dei crediti o degli assegni, il vettore deve attenersi alle istruzioni del mittente e controllarne l'importo; altrimenti egli è responsabile verso il mittente e non può rivolgersi a lui per il pagamento dei propri crediti, salva l'azione verso il destinatario (art. 1692 c.c.).

3.3. DIRITTI E OBBLIGHI DEL DESTINATARIO

Il destinatario può esercitare verso il vettore tutti i diritti nascenti dal contratto di trasporto dal momento in cui, arrivate le cose a destinazione o scaduto il termine in cui sarebbero dovute arrivare, egli ne richiede la riconsegna al vettore (art. 1689 c.c.). Per

pretendere la riconsegna delle cose, il destinatario deve pagare al vettore il corrispettivo.

Finché non vi sia questa "richiesta" di consegna, i diritti nascenti dal contratto restano in capo al mittente, che è l'unico soggetto, quindi, titolare dell'interesse e della legittimazione a far valere ogni eventuale responsabilità del vettore. Parimenti, in caso di risoluzione del rapporto contrattuale tra mittente e destinatario (per inadempimento, eccessiva onerosità, ecc.), il destinatario è privo di azione verso il vettore.

Prima di accettare la riconsegna delle cose, il destinatario ha diritto di fare accertare a sue spese l'identità e lo stato delle cose trasportate, con obbligo del vettore di rimborsargli le spese qualora la perdita o l'avaria esistano (art. 1697, 1° e 2° comma, c.c.). Se accetta le cose senza riserve, col pagamento di quanto è dovuto al vettore, il destinatario perde ogni azione derivante dal contratto, tranne il caso di dolo o colpa grave del vettore. Sono salve le azioni per perdita parziale o per avaria non riconoscibili al momento della riconsegna, purché in quest'ultimo caso il danno sia denunciato appena conosciuto e non oltre otto giorni dopo il ricevimento (art. 1698 c.c.).

3.4. IL PAGAMENTO DEL CORRISPETTIVO

Il trasporto è un contratto solitamente oneroso. Il vettore, pertanto, ha diritto al corrispettivo in denaro (denominato, talvolta, "porto"). Si distingue, conseguentemente, il *porto affrancato*, che ricorre nel caso in cui il pagamento deve essere effettuato dal mittente al momento della consegna delle cose al vettore, dal *porto assegnato*, nel caso in cui il pagamento debba essere eseguito dal destinatario all'atto della riconsegna.

In caso di compravendita, le spese del trasporto sono, di regola, a carico del compratore (art. 1510, 2° comma, c.c.), ma il contrario accordo tra le parti non è opponibile al vettore che, pertanto, può esigere il pagamento dal destinatario che richieda la consegna delle cose (*ex* art. 1689, 2° comma, c.c.). Il destinatario potrà, in tal caso, rivalersi nei confronti del mittente.

Tuttavia, fino al momento in cui il destinatario non chiede la consegna della merce al vettore (in tal modo implicitamente accettando che si trasferiscano in suo favore i diritti derivanti dal contratto), obbligato al pagamento del corrispettivo è il solo mittente stipulante.

Nel trasporto cumulativo (§ 4), l'ultimo vettore rappresenta i vettori precedenti per la riscossione dei rispettivi crediti che nascono dal contratto di trasporto e per l'esercizio del privilegio sulle cose trasportate. Se egli omette tale riscossione o l'esercizio del privilegio, è responsabile verso i vettori precedenti per le somme loro dovute, salva l'azione verso il destinatario (art. 1702 c.c.).

Nel caso di trasporto di merci su strada per conto terzi, il precedente sistema delle c.d. tariffe obbligatorie "*a forcella*" (l. 6 giugno 1974, n. 298), che vietava la stipulazione di contratti che prevedessero prezzi di trasporto determinati al di fuori di limiti massimi e minimi, è stato abrogato dalla recente legislazione che ha liberalizzato l'esercizio dell'attività di autotrasportatore (d.lgs. 21 novembre 2005 n. 211).

4. TRASPORTO CUMULATIVO, TRASPORTO CON RISPEDIZIONE E SUBTRASPORTO

Si ha **trasporto cumulativo** quando più vettori si obbligano verso il mittente, con un unico contratto, a trasportare le cose al destinatario, curando ciascuno un tratto dell'intero percorso: in tal caso, i vettori rispondono in solido per l'esecuzione del contratto dal luogo originario di partenza fino al luogo di destinazione, salve le azioni interne di regresso (art. 1700 c.c.).

La diversa figura del **trasporto con rispedizione** della merce ricorre, invece, quando il vettore, senza farsi rilasciare dal mittente una lettera di vettura diretta fino al luogo di destinazione, si obbliga verso il mittente, oltre che ad eseguire il trasporto per una parte del complessivo percorso, anche a concludere, in nome proprio ma per conto del mittente, uno o più contratti di trasporto per l'effettuazione della restante parte del percorso. In tal caso, le parti stipulano due distinti contratti, rispettivamente di trasporto e di spedizione, collegati tra loro e, per il trasporto oltre le proprie linee, si presume che il vettore assuma gli obblighi di uno spedizioniere, con la conseguenza che la sua responsabilità cessa al momento della consegna delle cose al successivo vettore (art. 1699 c.c.).

Dall'una e dall'altra figura si distingue il **subtrasporto**, che consiste nel contratto che il vettore, in nome e per conto proprio, stipula con altro vettore cui affida l'esecuzione, in tutto o in parte, del trasporto cui si è obbligato nei confronti del mittente. In tal caso – a prescindere dal fatto che il subcontratto sia stato stipulato senza o contro il consenso del mittente – resta intatta, nei confronti del mittente, la responsabilità del vettore. Il subvettore opera, nei confronti del primo mittente, quale ausiliario del vettore originario, *ex art. 1228 c.c.*

5. IL NOLEGGIO

Dal trasporto deve essere distinto il contratto di noleggio, nel quale un soggetto (*noleggiante*), in cambio di un corrispettivo (*nolo*), mette a disposizione di altro soggetto (*noleggiatore*) un veicolo provvisto di conducente per l'esecuzione di un viaggio predeterminato (c.d. *noleggio a viaggio*), ovvero l'esecuzione di tutti i viaggi che il noleggiatore ordinerà entro un determinato tempo (c.d. *noleggio a tempo*).

La legge disciplina puntualmente il contratto di noleggio della nave (artt. 384-395 cod. nav.) e dell'aeromobile (art. 940-940 *quater* cod. nav.). Quanto al noleggio terrestre (ad esempio, automobile o pullman con autista) si tratta di un contratto atipico rientrante nello schema dell'appalto di servizi.

V. I CONTRATTI DI VIAGGIO

1. NOZIONI GENERALI

Lo sviluppo del turismo nazionale e internazionale ha fatto sì che, accanto al tradizionale contratto di trasporto, emergessero nuove figure contrattuali finalizzate a consentire al cliente-turista una migliore fruibilità dei servizi di trasporto, alberghieri e di ristorazione, senza il contestuale onere della stipulazione di una pluralità di contratti con i diversi fornitori di tali servizi.

Ciascuno, invero, è libero di organizzare in proprio un'attività di turismo, in luoghi più o meno lontani da quello di residenza, prendendo direttamente contatto con gli alberghi della località prescelta, scegliendo quello più confortevole e conveniente, stipulando, infine, i vari contratti di trasporto aereo o ferroviario.

Per la stipulazione dei vari contratti (di trasporto, di albergo, ecc.), il turista può rivolgersi anche ad un intermediario (agente), il quale stipulerà tali contratti in nome e per conto del cliente.

Il potenziale turista, però, può decidere, altresì, di affidarsi ad un "organizzatore", che scelga egli direttamente il mezzo di trasporto, gli alberghi e i ristoranti da utilizzare nel corso della vacanza. In tal modo, il cliente-turista – oltre a non impiegare tempo per l'attività di organizzazione – non corre neppure il rischio di un'errata scelta nella selezione dei servizi, affidandosi all'esperienza di chi, verosimilmente, possiede una competenza professionale nel settore.

Lo sviluppo del turismo, peraltro, ha condotto ad una sorta di "inversione" dei ruoli, nel senso

che sempre più spesso l'organizzatore del viaggio svolge tale attività non su specifico incarico di uno o più clienti, ma predispose il c.d. "pacchetto turistico" che offre, poi, a coloro che siano attratti dalle caratteristiche e dai contenuti della vacanza offerta.

Con l'espressione "contratti di viaggio" si allude, pertanto, alle tipologie di rapporti giuridici intercorrenti tra i diversi soggetti coinvolti nella realizzazione della vacanza.

La materia dei contratti di viaggio è disciplinata, nel nostro ordinamento, da due fonti normative.

1) La **Convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (CCV)**, firmata a Bruxelles il 23 aprile 1970 e ratificata dall'Italia con l. 27 dicembre 1977, n. 1084. La CCV regola il *contratto di organizzazione di viaggio* e il *contratto di intermediazione di viaggio* e – per effetto della riserva prevista dall'art. 40 lett. A, di cui il Governo italiano si è avvalso all'atto del deposito della ratifica – si applica soltanto ai contratti di viaggio internazionali, che debbano essere eseguiti, in tutto o in parte, nel territorio di uno Stato diverso da quello dove il contratto è stato stipulato o da dove il viaggiatore è partito.

2) Il **d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del Consumo)**, che disciplina la c.d. *vendita di pacchetti turistici* al consumatore (artt. 82-100).

2. IL CONTRATTO DI ORGANIZZAZIONE DI VIAGGIO

Col contratto di organizzazione di viaggio, l'organizzatore si impegna a suo nome a procurare al viaggiatore, per mezzo di un prezzo globale, un insieme di prestazioni comprendenti il trasporto, il soggiorno separato dal trasporto o qualunque altro servizio che ad essi si riferisca (art. 2 CCV).

La figura costituisce una *species* dell'appalto di servizi, il cui **oggetto** – il viaggio organizzato – deve essere considerato alla stregua di un servizio unitario, nonostante la pluralità delle prestazioni costitutive del viaggio.

Per la conclusione del contratto non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*; tuttavia, l'organizzatore è tenuto a rilasciare un **documento di viaggio** portante la sua firma o un suo timbro, in cui devono essere riportati, oltre ai dati identificativi dell'organizzatore e del viaggiatore (o dei viaggiatori), tutte le condizioni relative ai trasporti, ai soggiorni e agli altri servizi accessori. Tale documento fa fede, fino a prova contraria, delle condizioni del viaggio (artt. 6-7 CCV).

In favore del viaggiatore, la legge prevede il **diritto di recesso** totale o parziale, in qualsiasi momento, salvo l'obbligo di indennizzare l'organizzatore alla stregua delle previsioni contrattuali (o di quelle della rispettiva legislazione nazionale) (art. 9). Il recesso dell'organizzatore è consentito, invece, *qualora prima o durante l'esecuzione del contratto si manifestino circostanze di carattere eccezionale che egli non poteva conoscere al momento della stipulazione del contratto e che, se le avesse conosciute in quel momento, gli avrebbero fornito valide ragioni per non concluderlo*. Parimenti, il contratto può essere annullato dall'organizzatore quando il numero minimo di viaggiatori, previsto nel documento di viaggio, non sia stato raggiunto (art. 10 CCV).

Assai articolata la disciplina dell'**inadempimento** delle obbligazioni dell'organizzatore:

a) per i servizi di trasporto, di alloggio o di altro tipo, che l'organizzatore esegue *direttamente*, egli risponde di qualsiasi danno causato al viaggiatore conformemente alle disposizioni che regolano i servizi stessi (ad esempio, se l'organizzatore esegue direttamente il servizio di trasporto, la sua responsabilità sarà disciplinata dalle norme del contratto di trasporto) (art. 14 CCV);

b) per l'inadempimento dei suoi obblighi di "organizzazione" e per i danni subiti dal viaggiatore a motivo dell'inadempimento, totale o parziale, da parte dei terzi incaricati di eseguire i servizi di trasporto, di alloggio o di altro tipo, la responsabilità dell'or-

ganizzatore, invece, è limitata in un ammontare massimo previsto dalla CCV (art. 13, § 2), salva l'azione diretta del viaggiatore per ottenere dai terzi responsabili il risarcimento integrale del danno (art. 15, ultimo paragr.);

c) la predetta medesima responsabilità grava sull'organizzatore in dipendenza dei danni subiti dal viaggiatore nel corso dell'esecuzione delle prestazioni eseguite dai terzi incaricati, salvo che l'organizzatore provi la propria diligenza nella scelta del terzo incaricato (art. 15, § 1);

d) per i danni indennizzati al viaggiatore, l'organizzatore è surrogato nei diritti e nelle azioni spettanti al viaggiatore nei confronti dei terzi responsabili (art. 15, § 3).

L'art. 13 CCV, che prevede espressamente l'obbligo dell'organizzatore di rispondere "di qualunque pregiudizio", è interpretato dalla giurisprudenza come un caso previsto dalla legge (*ex art. 2059 c.c.*) di risarcibilità anche del danno non patrimoniale.

Secondo la dottrina, i contratti che l'organizzatore stipula coi terzi in adempimento della sua obbligazione organizzativa devono essere qualificati come contratti a favore del terzo-viaggiatore (art. 1411 c.c.), in quanto soggetto avente diritto alle prestazioni.

3. IL CONTRATTO DI INTERMEDIAZIONE DI VIAGGIO

È intermediario di viaggio (*travel agent*) colui che, per conto del viaggiatore, stipula un contratto di organizzazione di viaggio o una serie di contratti che forniscono al viaggiatore servizi separati. I contratti conclusi dall'intermediario si considerano conclusi dal viaggiatore (art. 17 CCV), sia che l'intermediario abbia agito *in nome del viaggiatore*, sia che abbia agito *in nome proprio*.

Secondo la giurisprudenza, il contratto di intermediazione di viaggio configura un contratto di mandato, che – ai sensi dell'art. 1705, 2° comma, c.c. – attribuisce al viaggiatore il diritto di pretendere l'esecuzione degli obblighi assunti dall'organizzatore o dai fornitori dei singoli servizi, anche quando l'intermediario abbia agito senza spendita del nome.

Quando l'intermediazione si svolga con riguardo a un contratto di organizzazione di viaggio, l'intermediario è tenuto al rilascio del documento di viaggio, che contenga la precisa specificazione del nome e dell'indirizzo dell'organizzatore e della propria esclusiva qualità di intermediario (art. 18, § 1): in mancanza di tale espressa dichiarazione che egli agisce nella qualità di mero intermediario, egli risponde alla stessa stregua dell'organizzatore di viaggi, a nulla rilevando la circostanza che l'intermediario abbia indicato verbalmente ai clienti il nome dell'organizzatore.

Quando l'intermediazione si riferisca, a sua volta, alla fornitura di servizi separati (albergo, trasporto, ecc.), l'intermediario è tenuto a rilasciare al viaggiatore i documenti relativi a questo servizio, con la sua firma o un suo timbro (art. 18, 1° comma).

L'intermediario risponde per l'inadempimento dei suoi obblighi nei limiti di un ammontare prestabilito dalla CCV (art. 22, §§ 1 e 2), salva la prova della propria diligenza. Egli non risponde dell'inadempimento totale o parziale di viaggi, soggiorni o altri servizi oggetto del contratto.

4. LA VENDITA DI PACCHETTI TURISTICI

La figura contrattuale disciplinata dagli artt. 82-100 d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del Consumo) consiste nella "vendita" di cc.dd. "pacchetti turistici", aventi ad oggetto i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso", risultanti dalla prefissata combinazione di almeno due degli elementi consistenti nel trasporto, nell'alloggio o in servizi turistici "significativi" (itinerario, visite, escursioni, altri servizi quali accompagnatori e guide turistiche, altri accordi specifici sulle modalità del viaggio).

La legge prende in considerazione i rapporti stipulati tra tre soggetti:

- a) l'**organizzatore** del viaggio: colui che realizza la combinazione degli elementi costitutivi del "pacchetto", il quale può procedere alla vendita del pacchetto stesso direttamente o tramite un venditore;
- b) il **venditore** del pacchetto: colui che vende o si obbliga a collocare il pacchetto turistico combinato dall'organizzatore;
- c) il **consumatore**: l'acquirente o colui che sia indicato, anche dopo la conclusione del contratto come cessionario o titolare del pacchetto turistico.

La legge prevede una serie di **informazioni**, che il venditore o l'organizzatore devono fornire *per iscritto* al consumatore prima della conclusione del contratto, con espresso divieto di fornire informazioni ingannevoli sulle modalità del servizio offerto, sul prezzo e sugli altri elementi del contratto qualunque sia il mezzo mediante il quale dette informazioni vengono comunicate al consumatore (art. 87). Inoltre, le informazioni contenute nell'opuscolo eventualmente posto a disposizione del consumatore vincolano l'organizzatore e il venditore in relazione alla rispettive responsabilità, a meno che le modifiche delle condizioni ivi indicate non siano comunicate per iscritto al consumatore prima della stipulazione del contratto o vengano concordate dai contraenti, mediante uno specifico accordo scritto, successivamente alla stipulazione (art. 88, 2° comma).

Per la conclusione del contratto è prevista la **forma scritta** e l'obbligo di esplicitarne il contenuto *in termini chiari e precisi* (art. 85).

All'atto della prenotazione, la **caparra** che il consumatore sia tenuto a versare non può essere superiore a un quarto del prezzo complessivo, ma gli effetti di cui all'art. 1385 c.c. non si producono allorché il recesso dipenda da fatto sopraggiunto non imputabile, ovvero sia giustificato dal grave inadempimento della controparte (art. 86, lett. d).

La **revisione del prezzo** del pacchetto è ammessa soltanto se prevista dal contratto in conseguenza della variazione dei costi; in ogni caso, non può essere attuata nei venti giorni che precedono la partenza e, se eccedente il 10% dell'ammontare originario del prezzo, attribuisce al consumatore il diritto di recesso e di ripetizione delle somme già versate (art. 90).

La **modifica di altre significative condizioni contrattuali** deve essere comunicata per iscritto dall'organizzatore o dal venditore e il consumatore, qualora non accetti, può recedere dal contratto (art. 91).

Nei predetti casi di **recesso** e nell'ipotesi di cancellazione del pacchetto turistico (non dovuta a colpa del consumatore, a forza maggiore o al mancato raggiungimento del numero minimo di partecipanti), il consumatore ha diritto di usufruire di un altro pacchetto turistico di qualità equivalente o superiore senza supplemento di prezzo, o di un pacchetto qualitativamente inferiore con diritto alla ripetizione della differenza di prezzo, o, infine, al rimborso della somma già corrisposta; in ogni caso, egli ha diritto al risarcimento di ogni ulteriore danno (anche non patrimoniale) (art. 92).

La disciplina del **mancato o inesatto adempimento** è modellata sulla regola generale dell'art. 1218 c.c., con onere, pertanto, dell'organizzatore e del venditore di provare l'impossibilità della prestazione derivante da causa a loro non imputabile. Il risarcimento del danno è dovuto anche per i fatti imputabili ai prestatori di servizi di cui essi si siano avvalsi, salvo il diritto di rivalsa nei loro confronti (art. 93).

Il **risarcimento del danno** è regolato in conformità a quanto sancito nelle convenzioni internazionali (e, dunque, anche dall'art. 13 CCV). Mentre, tuttavia, per i danni alla persona sono nulli eventuali patti limitativi del *quantum* risarcitorio, per i danni diversi dalla persona tali patti sono validi se stipulati nelle forme prescritte dall'art. 1341 c.c. Il diritto al risarcimento dei danni alla persona si prescrive in tre anni dalla data del rientro del viaggiatore (salvo il più breve termine previsto dall'art. 2951 c.c. con riguardo alle prestazioni di trasporto incluse nel pacchetto turistico); la prescrizione è, invece, annuale per i danni diversi da quelli alla persona (art. 94). L'organizzatore o il venditore, che hanno risarcito il consumatore, sono surrogati in tutti i diritti e azioni di quest'ultimo verso i terzi responsabili (art. 97).

Sull'organizzatore e sul venditore grava l'**obbligo di stipulare un contratto di assicurazione** a copertura dei danni del consumatore (art. 99). In caso di insolvenza o di fallimento del venditore o dell'organizzatore, il rimborso del prezzo versato ed il rimpatrio del consumatore nel caso di viaggi all'estero, nonché l'immediata disponibilità economica in caso di rientro forzato di

turisti da Paesi extracomunitari in occasione di emergenze, imputabili o meno al comportamento dell'organizzatore, sono posti a carico di un **Fondo di garanzia** istituito presso il Ministero delle attività produttive (art. 100).

Nonostante la terminologia adoperata dal legislatore, tenuto conto delle prestazioni effettivamente fornite al consumatore, deve ritenersi impropria la qualificazione in termini di "vendita" del pacchetto turistico: trattasi, invero, di un contratto riconducibile anche in tal caso alla figura dell'appalto di servizi, con la peculiarità della preventiva predisposizione del complesso dei servizi da parte dell'appaltatore-organizzatore. La figura del c.d. venditore, a sua volta – al pari di quella dell'intermediario di viaggi – corrisponde a quella di un mandatario senza rappresentanza.

A proposito del **rapporto le due fonti normative**, deve essere affermata la prevalenza della disciplina contenuta agli artt. 82-100 d.lgs. n. 206 del 2005 rispetto alla CCV, in conformità alla previsione contenuta nell'art. 2, § 2, CCV, secondo cui *la presente convenzione si applica senza pregiudizio delle legislazioni speciali che stabiliscono trattamenti più favorevoli per certe categorie di viaggiatori*.

VI. I CONTRATTI DI DEPOSITO E PARCHEGGIO

1. IL DEPOSITO: NOZIONI GENERALI

Il deposito è il contratto col quale una parte (*depositario*) riceve dall'altra (*depositante*) una cosa mobile con l'obbligo di custodirla e restituirla in natura (art. 1766 c.c.).

È un **contratto reale con effetti obbligatori** che, per legge (art. 1767 c.c.), **si presume gratuito**, salvo che dalla qualità professionale del depositario o da altre circostanze si debba desumere una diversa volontà delle parti.

Il depositante può essere anche un soggetto diverso dal proprietario della cosa; laddove, però, risulti che la cosa appartiene al depositario e che il depositante non ha su di essa alcun diritto, il depositario è liberato da ogni obbligazione (art. 1779 c.c.).

Dal deposito gratuito, si distingue il c.d. **deposito di cortesia**, nel quale manca un interesse giuridicamente apprezzabile del depositario all'attività di custodia: si tratta del caso di scuola del passeggero che, in treno, sia richiesto di "dare un'occhiata" al suo bagaglio durante una temporanea assenza. Nel deposito di cortesia non sorge tra le parti alcun rapporto contrattuale; purtuttavia – secondo la giurisprudenza – incombe sul depositario la responsabilità *ex recepto*, con la conseguenza che, per esimersi da conseguenze risarcitorie, il depositario ha l'onere di provare l'imprevedibilità e l'inevitabilità della perdita della cosa.

A differenza del mutuo, il deposito non trasferisce al depositario la proprietà della *res*, né gli conferisce alcuna facoltà di godimento sulla cosa stessa. Il depositario è, dunque, un detentore nell'interesse altrui, che, pertanto, può proporre l'azione di reintegrazione del possesso (art. 1168 c.c.) – *rectius* detenzione – soltanto nei confronti dei terzi.

Figura intermedia tra deposito e mutuo è quella del **deposito irregolare** che, avendo per oggetto una quantità di denaro o di altre cose fungibili, attribuisce al depositario il diritto di proprietà sull'oggetto del deposito e la facoltà di servirsene, con obbligo di restituire altrettante cose della stessa specie e qualità. Al deposito irregolare si applicano, in quanto applicabili, le norme relative al mutuo (art. 1782 c.c.).

2. OBBLIGAZIONI DEL DEPOSITARIO

Due sono le fondamentali obbligazioni del depositario: quella di custodia e quella di restituzione della cosa.

A) **Obbligazione di custodia**

Il depositario deve custodire la cosa con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1768, 1° comma, c.c.) e, in ogni caso, attenendosi alle **modalità** convenute col depositante. Se circostanze urgenti lo richiedono, il depositario può esercitare la custodia in modo diverso da quello convenuto, dandone avviso al depositante appena è possibile (art. 1770, 2° comma, c.c.). Il depositario non può servirsi della cosa depositata né darla in deposito ad altri, senza il consenso del depositante (art. 1770, 1° comma, c.c.).

Le modalità di custodia non cambiano a seconda che il deposito sia oneroso o gratuito; tuttavia, se il deposito è gratuito, la **responsabilità per colpa** è valutata con minor rigore (art. 1768, 2° comma, c.c.).

Il **depositario incapace** è responsabile della conservazione della cosa nei limiti in cui può essere tenuto a rispondere per fatti illeciti (e cioè, soltanto se capace di intendere e di volere: art. 2046 c.c.) (art. 1769 c.c.).

A fronte del regolare adempimento dell'obbligazione di custodia, maturano i **diritti del depositario** al pagamento del corrispettivo (se dovuto), al rimborso delle spese fatte per conservare la cosa, ad essere tenuto indenne delle perdite cagionate dal deposito (art. 1781 c.c.).

Se l'adempimento dell'obbligazione di custodia è reso impossibile dalla **perdita non imputabile della detenzione della cosa**, il depositario è liberato dall'obbligazione di restituzione, ma, sotto pena del risarcimento del danno, deve denunciare immediatamente al depositante il fatto per cui ha perso la detenzione. Il depositante ha diritto di ricevere ciò che, in conseguenza del fatto stesso, il depositario abbia conseguito, e subentra nei diritti spettanti a quest'ultimo (art. 1780 c.c.).

B) **Obbligazione di restituzione**

Salvo il caso del deposito irregolare, il depositario è tenuto a restituire esattamente la **cosa** che ha ricevuto in custodia. Oltre alla *res*, egli deve restituire i frutti della cosa che abbia percepiti (art. 1775 c.c.).

Se il depositario scopre che la cosa in sua custodia proviene da reato e gli è nota la persona alla quale è stata sottratta, deve denunciarle il deposito fatto presso di sé e astenersi per dieci giorni dalla restituzione al depositante in attesa che tale persona gli notifichi la sua opposizione alla restituzione al depositante (art. 1778 c.c.).

Se la cosa ricevuta in deposito è stata alienata in buona fede dall'erede nel depositario, l'obbligazione di restituzione ha ad oggetto il corrispettivo ricevuto e, se questo non è stato ancora pagato, il depositante subentra (*successione nella posizione contrattuale attiva*) del diritto dell'alienante (art. 1776 c.c.).

Il **soggetto obbligato** alla restituzione è il depositario, ma, in caso di pluralità di depositari, il depositante ha facoltà di chiedere la restituzione a quello tra essi che detiene la cosa, il quale, a sua volta, deve darne pronta notizia agli altri (art. 1772, 3° comma, c.c.).

L'**avente diritto alla restituzione** è il depositante o la persona indicata per ricevere la cosa (art. 1777 c.c.). In caso di pluralità di depositanti, essi devono convenire le modalità di restituzione: in mancanza di accordo, la restituzione deve farsi secondo le modalità stabilite dall'autorità giudiziaria (art. 1772, 1° comma, c.c.). La stessa regola si applica quando a un solo depositante succedono più eredi, ma, se la cosa è divisibile, ciascun erede ha diritto alla restituzione della sola quota a sé spettante (art. 1772, 2° comma, c.c.).

Il depositario non può esigere che il depositante, per ottenere la restituzione, provi di essere il proprietario della cosa. Tuttavia, se è convenuto in giudizio da chi rivendica la proprietà della cosa o pretende di avere diritti su di essa, il depositario deve, sotto pena del risarcimento del danno, denunciare la controversia al depositante, e può ottenere di essere estromesso dal giudizio indicando la persona del medesimo. In questo caso egli può anche liberarsi dall'obbligo di restituire la cosa, depositandola, nei modi stabiliti dal giudice, a spese del depositante (art. 1777, 2° comma, c.c.).

Il deposito può essere stipulato anche **nell'interesse di un terzo**. In tal caso, purché il terzo abbia comunicato la sua adesione, occorre distinguere:

— se il depositante resta l'unico soggetto avente diritto alla restituzione (ad esempio, il deposito di una somma di denaro presso un notaio, a garanzia della serietà di un'offerta di acqui-

sto), il depositario non può liberarsi restituendo la cosa al depositante senza il consenso del terzo;

— se, invece, il deposito è stato concluso alla stregua di un contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.), la restituzione deve essere effettuata al terzo (ad esempio, il deposito in garanzia che valga anche come acconto sull'importo del maggior prezzo).

Con riguardo al **termine** per la restituzione, il depositario deve restituire la cosa appena il depositante la richiede, salvo che sia convenuto un termine nell'interesse del depositario (art. 1771, 1° comma, c.c.). A sua volta, però, anche il depositario può richiedere in qualunque tempo che il depositante riprenda la cosa, salvo che sia convenuto un termine nell'interesse del depositante e, anche se non è stato convenuto un termine, il giudice può concedere al depositante un termine congruo per ricevere la cosa (art. 1771, 2° comma, c.c.).

Luogo della restituzione è, salvo diverso accordo tra le parti, quello in cui la cosa doveva essere custodita (art. 1774, 1° comma, c.c.).

Il depositario ha diritto al rimborso delle **spese** necessarie per la restituzione (art. 1774, 2° comma, c.c.).

Il **mancato ricevimento della cosa** da parte del depositante, senza giustificato motivo, attribuisce al depositario la facoltà di liberarsi dall'obbligazione in conformità alle previsioni sulla mora del creditore (art. 1206 c.c. ss.).

3. IL DEPOSITO IN ALBERGO

Una disciplina speciale è dettata, nel codice civile (novellato sul punto dalla l. 10 giugno 1978, n. 316 di ratifica ed esecuzione della convenzione europea sulla responsabilità degli albergatori, firmata a Parigi il 17 dicembre 1962), con riguardo alla responsabilità dell'albergatore – nonché dell'imprenditore di case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili (art. 1786 c.c.) – per le cose *portate o consegnate* dal cliente.

a) *Cose portate dal cliente*

Se le cose sono semplicemente “portate” in albergo (ad esempio, il bagaglio che si trovi nella stanza durante la permanenza del cliente), senza una consegna delle stesse all'albergatore, quest'ultimo risponde del loro deterioramento, distruzione o sottrazione nei limiti del valore di quanto sia deteriorato, distrutto o sottratto e, in ogni caso, sino all'equivalente di cento volte il prezzo di locazione dell'alloggio per giornata (art. 1783, 1° e 3° comma, c.c.).

La responsabilità dell'albergatore si giustifica, in tal caso, ritenendo che un dovere di generica custodia rientri nelle obbligazioni derivanti dal contratto di albergo; nello stesso tempo, però, il limite legale dell'obbligazione risarcitoria si spiega proprio per l'assenza di una specifica obbligazione di custodia assunta dall'albergatore.

Il limite legale della responsabilità risarcitoria non può essere invocato, quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione delle cose portate in albergo sono dovuti a colpa dell'albergatore, dei membri della sua famiglia o dei suoi ausiliari (art. 1785 *bis* c.c.).

Sono considerate cose portate in albergo (art. 1783, 2° comma, c.c.):

- 1) le cose che vi si trovano durante il tempo nel quale il cliente dispone dell'alloggio;
- 2) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia, fuori dell'albergo, durante il periodo di tempo in cui il cliente dispone dell'alloggio;
- 3) le cose di cui l'albergatore, un membro della sua famiglia o un suo ausiliario assumono la custodia sia nell'albergo, sia fuori dell'albergo, durante un periodo di tempo ragionevole, precedente o successivo a quello in cui il cliente dispone dell'alloggio.

b) *Cose consegnate dal cliente*

Se il cliente “consegna” le cose all'albergatore, affinché quest'ultimo le custodisca per

il tempo nel quale permane nell'alloggio, si perfeziona il contratto di deposito. In tal caso, la responsabilità dell'albergatore è illimitata (art. 1784, 1° comma, c.c.).

L'albergatore può esigere che la cosa consegnatagli sia contenuta in un involucro chiuso o sigillato (art. 1784, 3° comma, c.c.). Egli può rifiutare la custodia delle cose che il cliente gli chiede siano custodite, salvo che si tratti di carte-valori, danaro contante e oggetti di valore, che può rifiutare di ricevere soltanto se si tratti di oggetti pericolosi o che, tenuto conto della importanza e delle condizioni di gestione dell'albergo, abbiano valore eccessivo o natura ingombrante (art. 1784, 2° comma, c.c.).

La responsabilità dell'albergatore non sussiste (art. 1785 c.c.) quando il deterioramento, la distruzione o la sottrazione sono dovuti:

- 1) al cliente, alle persone che l'accompagnano, che sono al suo servizio o che gli rendono visita;
- 2) a forza maggiore;
- 3) alla natura della cosa.

Salvo che il deterioramento, la distruzione o la sottrazione siano dovuti a colpa dell'albergatore, dei suoi familiari o ausiliari, il cliente, per far valere la responsabilità, limitata o illimitata, dell'albergatore ha l'onere – dopo aver constatato il deterioramento – di denunciare il fatto all'albergatore. Egli decade dai suoi diritti qualora compia la denuncia con ritardo ingiustificato (art. 1785 *ter* c.c.).

La speciale disciplina del deposito alberghiero non si applica ai veicoli, alle cose lasciate negli stessi, né agli animali vivi (art. 1785 *quinquies* c.c.): beni per i quali l'eventuale contratto di deposito è soggetto alle norme ordinarie degli artt. 1766-1782 c.c.

4. IL DEPOSITO NEI MAGAZZINI GENERALI

I magazzini generali – disciplinati dal r.d.l. 1 luglio 1926, n. 2290 – hanno per oggetto:

- 1) di provvedere alla custodia e alla conservazione delle merci e derrate, sia nazionali che estere, di qualsivoglia provenienza o destinazione, che vi sono depositate;
- 2) di rilasciare, ai depositanti che ne facciano espressa richiesta, speciali titoli di commercio col nome di fede di deposito e nota di pegno;
- 3) di provvedere alla vendita volontaria o forzata ai pubblici incanti delle cose depositate a norma del codice civile.

Attraverso il deposito nei magazzini generali – altra figura di deposito, cui la legge riserva una specifica disciplina (artt. 1787-1797 c.c.) – il depositante (di regola un imprenditore commerciale) persegue, da un lato, lo scopo di adeguata conservazione della merce, e, dall'altro, in seguito al rilascio della nota di deposito e la nota di pegno, la facoltà di trasferire la proprietà o di attribuire in pegno le merci depositate mediante mera girata del titolo (art. 1792 c.c.).

Il possessore della fede di deposito unita alla nota di pegno ha diritto alla riconsegna delle cose depositate. Il possessore della sola nota di pegno ha diritto di pegno sulle cose depositate (art. 1793 c.c.). Il possessore della sola fede di deposito può ritirare le cose depositate anche prima della scadenza del debito per cui furono costituite in pegno, depositando presso i magazzini generali la somma dovuta alla scadenza al creditore pignoratizio (art. 1795 c.c.)

Quello effettuato nei magazzini generali è, di solito, un c.d. *deposito alla rinfusa*, che, pur avendo ad oggetto quantità di beni fungibili, non trasferisce (a differenza del deposito irregolare) la proprietà dei beni, ma trasforma la proprietà individuale in una comproprietà tra i vari depositanti, con diritto di ciascuno ad ottenere la restituzione della quota di beni corrispondente alla quantità singolarmente depositata.

I magazzini generali sono responsabili della conservazione delle merci depositate, a meno che

si provi che la perdita, il calo o l'avaria, è derivata da caso fortuito, dalla natura delle merci ovvero da vizi di esse o dell'imballaggio (art. 1787 c.c.).

5. IL CONTRATTO DI PARCHEGGIO

Col contratto di parcheggio il titolare di un'area, pubblica o privata, aperta o recintata, consente al conducente il ricovero del suo veicolo.

Controversa è la qualificazione giuridica di tale contratto, di cui si riconosce, tuttavia, la **natura atipica**. La soluzione non appare, peraltro, poter essere univoca.

Invero, nell'ipotesi in cui manchi ogni diretto contatto tra conducente e parcheggiatore, al quale non possa essere attribuita, quindi, la presa in consegna del veicolo e l'offerta di un servizio di custodia, si tratta di una mera locazione d'area. In tal caso, l'obbligazione del parcheggiatore consiste unicamente nel porre a disposizione del cliente lo spazio per la sosta del veicolo, con la conseguenza che non sussiste responsabilità del parcheggiatore per gli eventi (come, ad esempio, il furto del veicolo o di suoi accessori) che provochino danno al cliente. Siffatta qualificazione giuridica deve ritenersi certamente appropriata per i casi di parcheggio su aree pubbliche, all'interno di spazi delimitati da strisce e in assenza di personale preposto alla presa in consegna e alla custodia dei veicoli.

Viceversa, l'ipotesi della consegna di un veicolo all'interno di un'area privata a personale che prende in consegna le chiavi, cura la collocazione negli appositi spazi e attende alla custodia, deve essere assimilata al contratto di deposito, con conseguente obbligo per il parcheggiatore di risarcire il danno subito dal cliente in caso di furto, ove non fornisca la prova dell'inevitabilità dell'evento, nonostante l'uso della diligenza del buon padre di famiglia. L'eventuale clausola di esclusione della responsabilità di quest'ultimo nel caso di furto del veicolo, avendo carattere vessatorio, è inefficace, qualora non sia stata approvata specificamente per iscritto.

La giurisprudenza è divisa, invece, con riguardo al caso – sempre più frequente (specie in prossimità di aeroporti e stazioni ferroviarie) – del **parcheggio all'interno di un'area accessibile con biglietto di ingresso** che consente il superamento della sbarra automatica. Il contratto si perfeziona per comportamenti concludenti, posto che, all'offerta della prestazione di parcheggio corrisponde l'accettazione dell'utente, manifestata attraverso l'immissione dell'auto nell'area messa a disposizione (la giurisprudenza ha richiamato, talvolta, la categoria del "contatto sociale": Cass. 24 febbraio 2004 n. 3863). Secondo una prima tesi, anche questa fattispecie dovrebbe essere qualificata alla stregua di locazione di area, stante la mancanza di un'espressa assunzione dell'obbligo di custodia. Secondo l'impostazione che appare preferibile, invece, occorrerebbe applicare, anche in tal caso, la disciplina del contratto di deposito, posto che l'adozione di un sistema integralmente automatizzato per le operazioni di ingresso e uscita, non esime il gestore dall'onere di adottare strumenti idonei ad impedire l'indebita uscita dei mezzi ricoverati.

Deve essere distinta, infine – secondo la giurisprudenza – l'ipotesi del cosiddetto **"parcheggio ad ore o a giornata"**, nel quale l'asportazione del veicolo dal luogo in cui è custodito produce la scadenza contrattuale (con la necessità che si costituisca un nuovo contratto ogni volta che il mezzo venga riconsegnato), dal parcheggio a tempo indeterminato, o determinato in maniera tale che la sua durata non sia collegata al temporaneo asporto del mezzo (parcheggio a mese, ad anno, ecc.), nel quale il contratto iniziale perdura, con il conseguente obbligo del posteggiatore di mantenere a disposizione un determinato spazio nell'ambito del parcheggio e del proprietario del mezzo di pagar-

ne il corrispettivo: in questa seconda ipotesi, l'obbligo di custodia e la corrispondente responsabilità del posteggiatore sono strettamente collegati all'effettivo deposito ed alla consegna del veicolo, mentre l'asportazione di quest'ultimo da parte del proprietario o di chiunque ne sia legittimato comporta la sospensione di quell'obbligo, con esclusione della responsabilità del posteggiatore per tutto il tempo corrispondente.

VII. I CONTRATTI DI PUBBLICITÀ

1. NOZIONI GENERALI

L'attività di illustrazione e diffusione nel pubblico delle caratteristiche dei prodotti ha assunto sempre maggiore importanza nelle moderne economie e il legislatore è intervenuto spesso a regolamentarne forme e limiti (v., ad esempio, d.lgs. 2 agosto 2007 n. 145 in materia di pubblicità ingannevole e comparativa). Per il conseguimento dello scopo pubblicitario si sono diffuse, nella prassi, nuove figure contrattuali solitamente raggruppate sotto la definizione unitaria di "contratti di pubblicità" e ricondotte, in generale, al modello dell'appalto di servizi, il cui tratto caratteristico è costituito dall'intento dell'impresa committente di attuare una pubblicità dei propri prodotti o servizi.

La pubblicità mediante il sistema radiotelevisivo è disciplinata dal d.lgs. 31 luglio 2005 n. 177, *Testo Unico della radiotelevisione* (artt. 37-41), che detta specifiche previsioni con riferimento alle interruzioni pubblicitarie, alle sponsorizzazioni e alle televendite.

Dai contratti di pubblicità deve essere distinto il **contratto di raccolta pubblicitaria**, che un'impresa titolare di un mezzo di diffusione pubblicitaria (stampa, televisione, ecc.) stipula con altra impresa, affinché quest'ultima gestisca, nell'interesse della committente, la stipulazione di una serie di contratti di pubblicità con i soggetti interessati alla diffusione di messaggi pubblicitari.

2. IL CONTRATTO DI AGENZIA PUBBLICITARIA

Il contratto di agenzia pubblicitaria è un contratto atipico, col quale il committente affida all'agente pubblicitario l'esecuzione di numerose prestazioni, relative all'ideazione, organizzazione ed attuazione della campagna promozionale di un prodotto o di un servizio, lasciandogli la necessaria libertà nella scelta dei mezzi più opportuni per il raggiungimento di un determinato risultato promozionale (c.d. *ritorno pubblicitario*).

Si tratta, quindi, di un contratto che trascende il semplice mandato e si configura piuttosto come un appalto di servizi, che ha per oggetto l'obbligazione di risultato consistente non già nell'aumento delle vendite, bensì nella diffusione del messaggio pubblicitario.

Il corrispettivo dovuto all'agente può consistere in una determinata somma di denaro (c.d. *fee*), oppure in una commissione stabilita in percentuale rispetto ai costi della campagna pubblicitaria.

In caso di inadempimento, è applicabile la norma dell'art. 1668 c.c.

Diverso dal contratto di agenzia pubblicitaria è il **contratto di diffusione pubblicitaria**, che è stipulato dal soggetto interessato alla diffusione di un messaggio pubblicitario (utente o agente pubblicitario) e l'impresa titolare del mezzo di diffusione (stampa, televisione, radio, sito *web*, ecc.). Anche tale figura è riconducibile all'appalto di servizi.

3. LA SPONSORIZZAZIONE

Nel contratto di sponsorizzazione un soggetto (*sponsee* o sponsorizzato) si obbliga a consentire ad altro soggetto (*sponsor*), ordinariamente in esclusiva, l'uso della propria immagine pubblica e/o del proprio nome, per promuovere, dietro corrispettivo, un marchio o un prodotto specificamente marcato.

La sponsorizzazione è un contratto con prestazioni corrispettive, posto che esso non ha ad oggetto lo svolgimento di un attività in comune e, dunque, non assume le caratteristiche di un contratto associativo.

Il contratto di sponsorizzazione può essere concluso dal produttore industriale di una determinata merce ovvero dal titolare del diritto di marchio da veicolare; secondo la giurisprudenza, inoltre, legittimato alla conclusione del contratto è anche il soggetto che, benché legato da un rapporto commerciale con il produttore, persegue un proprio distinto interesse alla sponsorizzazione del prodotto (ad esempio, il distributore esclusivo per l'Italia di un determinato prodotto).

L'uso dell'immagine pubblica può prevedere anche che lo *sponsee* tenga determinati comportamenti di "testimonianza" in favore del marchio o del prodotto oggetto della veicolazione commerciale.

L'obbligazione assunta dallo sponsorizzato ha piena natura patrimoniale (art. 1174 c.c.), corrisponde all'affermarsi, nel costume sociale, della commercializzazione del nome e dell'immagine personali, e viene accompagnata, ordinariamente, da un **diritto di esclusiva**, e cioè dall'obbligo, per le parti contraenti, di non consentire – anche per un certo tempo dopo la cessazione del rapporto – almeno all'interno del medesimo comparto commerciale, analoga veicolazione.

Si parla di **sponsorizzazione "mista"** allorché il soggetto sponsorizzato, oltre a dover consentire l'uso del proprio nome e/o della propria immagine, è obbligato, altresì, ad organizzare una serie di manifestazioni aventi lo scopo di diffusione pubblicitario del prodotto o del marchio.

Il contratto di sponsorizzazione può essere stipulato nella forma del c.d. **abbinamento** (ad esempio, è tale la sponsorizzazione di squadre di calcio o di altri *sport*), che comporta una sostanziale coincidenza di interessi e quindi una compenetrazione, tra lo sponsor e il soggetto sponsorizzato. Con riferimento a tale figura, è stato qualificato come inadempimento contrattuale (per violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto: artt. 1175 e 1375 c.c.) il comportamento dello *sponsee*, che aveva reso alla stampa e alla televisione dichiarazioni fortemente lesive del buon nome e dell'immagine dello *sponsor*; tali cioè da mettere in pericolo per quest'ultimo il ritorno commerciale sperato all'atto della stipulazione del contratto.

Figura diversa dalla sponsorizzazione è il c.d. **contratto di patrocinio**, che si distingue per il fatto che il soggetto, pubblico o privato, il quale consente che l'attività di altri si svolga sotto il suo patrocinio, non è un imprenditore commerciale, sicché quand'anche egli si impegni a finanziare in qualche misura l'attività, tale obbligazione non trova corrispettivo nel vantaggio atteso dalla pubblicizzazione della sua figura di patrocinatore. Il contratto di patrocinio, dunque, si atteggia piuttosto come una donazione modale, che come un contratto a prestazioni corrispettive.

4. IL MERCHANDISING

Il *merchandising* è il contratto atipico, con cui il titolare di un "segno distintivo" (nome, immagine, marchio, ecc.) cede ad altro imprenditore il diritto alla sua utilizzazione in un settore di mercato diverso da quello nel quale il segno stesso ha assunto notorietà.

In relazione all'oggetto del *merchandising*, si distingue tra:

1) *character merchandising*, relativo al nome o all'immagine di personaggi di fantasia (ad esempio, i personaggi di *Walt Disney*);

- 2) *personality merchandising*, avente ad oggetto il nome o l'immagine di personaggi famosi;
- 3) *trademark merchandising*, relativo al marchio di determinati prodotti.

VIII. ALTRI CONTRATTI ATIPICI

1. L'ENGINEERING

Figura atipica, emersa nella prassi degli ultimi decenni, è quella del c.d. contratto di *engineering*, nel quale un'impresa (*engineer*) si obbliga a predisporre un progetto industriale, architettonico o urbanistico e, eventualmente, a realizzarlo. In relazione all'oggetto del contratto, si distingue tra *commercial engineering* e *consulting engineering*.

Il *commercial engineering* ha ad oggetto la predisposizione del progetto di realizzazione dell'opera, la previsione dei costi di realizzazione e lo studio diretto all'acquisizione dei finanziamenti necessari, la partecipazione ad eventuali gare di aggiudicazione, l'esecuzione dell'opera, il suo collaudo e, talvolta, perfino l'amministrazione e la manutenzione dell'opera stessa una volta eseguita. Si parla di *engineering* "chiavi in mano" per indicare il contratto con cui l'*engineer* si impegna a consegnare l'opera completa in tutti i suoi aspetti

Il *consulting engineering*, invece, ha per oggetto soltanto la predisposizione del progetto industriale, architettonico o urbanistico e, eventualmente, la mera attività di controllo e di assistenza tecnica nella fase di esecuzione dell'opera.

Mentre il *consulting engineering*, a seconda del suo concreto contenuto, appare maggiormente accostabile al contratto d'opera intellettuale o all'appalto di servizi, il *commercial engineering*, avendo per oggetto la realizzazione dell'*opus*, presenta maggiori affinità con l'appalto d'opera. Dall'appalto, tuttavia, il *commercial engineering* si distingue per la maggiore estensione e complessità del rapporto obbligatorio e, in particolare, delle prestazioni accessorie sopra descritte.

2. IL CATERING

Nel contratto di *catering*, un soggetto (normalmente, un'impresa) si obbliga ad erogare servizi di ristorazione in locali indicati dal cliente, in funzione di una determinata attività o in occasione di particolari manifestazioni o cerimonie organizzate dal cliente stesso.

Quando l'erogazione del servizio ha natura continuativa (come, ad esempio, nel caso di gestione del servizio-mensa per conto di un'università), la figura si presenta alla stregua di un contratto misto di somministrazione e di appalto di servizi (art. 1677 c.c.). Rientrano in tale schema contrattuale, ad esempio, il contratto di somministrazione dei pasti preconfezionati da servire ai viaggiatori durante un viaggio aereo (c.d. *catering* aereo) o la preparazione dei pasti da servire a bordo di una nave durante un viaggio o una crociera (c.d. *catering* marittimo).

L'organizzazione di banchetti nuziali o altre feste private (figura speciale di *catering*, definita da alcuni come *barqueting*) si risolve, invece, in una prestazione *una tantum* e presenta, pertanto, maggiori affinità con il solo schema dell'appalto di servizi.

3. L'*OUTSOURCING*

Il c.d. *outsourcing* non è una figura contrattuale, sia pure atipica, autonoma, bensì quel fenomeno che comprende tutte le possibili “tecniche” mediante le quali un’impresa dismette la gestione diretta di alcuni segmenti dell’attività produttiva e dei servizi estranei alle competenze di base (cd. *core business*). Ciò può avvenire sia appaltando a terzi l’espletamento del servizio, sia cedendo un ramo di azienda.

Frequentemente, l’*outsourcing* concerne l’affidamento a terzi del servizio di manutenzione di impianti; nel qual caso, la figura riconducibile allo schema dell’appalto di servizi. Il contratto è necessariamente di durata e fa sorgere, in capo al manutentore, un’obbligazione di risultato. In tal modo, l’imprenditore proprietario o gestore dell’impianto persegue il duplice scopo, da un lato, del risparmio sui costi di manutenzione (che, altrimenti, consisterebbero nella retribuzione da versare a propri dipendenti specificamente incaricati di tale manutenzione) e, dall’altro, di una migliore qualità della manutenzione stessa (affidata a impresa specializzata). Proprio in ragione della rilevanza dell’attività di manutenzione, finalizzata al mantenimento dell’efficienza degli impianti, i modelli contrattuali di *outsourcing* limitano, solitamente, la proponibilità dell’eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) da parte del manutentore.

SEZIONE QUINTA

I CONTRATTI OBBLIGATORI PER LA CONCLUSIONE DEGLI AFFARI

I. IL MANDATO

1. NOZIONE E CLASSIFICAZIONE

Il mandato è il contratto con il quale una parte (mandatario) si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra (mandante) (art. 1703 c.c.).

Il mandato si perfeziona con lo scambio dei consensi (contratto consensuale) e fa sorgere, in capo al mandatario l'*obbligo* di compiere l'atto giuridico concordato tra le parti (contratto con effetti obbligatori).

Nell'ambito dell'ampia figura del mandato, si possono enucleare alcune sottocategorie, che evidenziano specifici profili di distinzione.

A) Dal punto di vista del *contenuto*, si distingue il **mandato generale**, che comprende tutti gli affari riguardanti il patrimonio del mandante, dal **mandato speciale**, che ha ad oggetto, invece, un singolo e determinato affare. In ogni caso, il mandato comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento (art. 1708, 1° comma, c.c.).

Il mandato generale comprende, di regola, i soli atti di ordinaria amministrazione, salvo che il mandante indichi espressamente gli atti di straordinaria amministrazione, ai quali il mandato generale deve intendersi esteso (art. 1708, 2° comma, c.c.).

B) L'*interesse* per il compimento dell'atto appartiene al mandante. Se, però, il mandato è conferito per realizzare un interesse *anche* del mandatario o di un terzo, si configura il c.d. mandato *in rem propriam*.

Un esempio di mandato *in rem propriam* si rinviene nel contratto di cessione dei beni ai creditori (art. 1977 ss. c.c.), nel quale il debitore incarica i suoi creditori (o alcuni di essi) di liquidare tutte o alcune sue attività e ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti.

C) Sotto il *profilo soggettivo*, si distingue il **mandato individuale** (stipulato da un unico mandante con un solo mandatario), il **mandato collettivo** (conferito da una pluralità di mandanti per un affare d'interesse comune) e il **mandato a pluralità di mandatari**.

Il mandato conferito a una pluralità di mandatari si distingue, a sua volta, in **mandato congiunto** e in **mandato disgiunto**, a seconda che ai mandatari sia prescritto di operare congiuntamente o disgiuntamente. A tal fine, si presume che ciascun mandatario abbia poteri disgiunti per il compimento dell'atto: per qualificare il mandato come congiunto, occorre, pertanto, una specifica previsione contrattuale (art. 1716, 2° comma, c.c.).

Salvo patto contrario, il mandato conferito a più persone designate a operare congiuntamente non ha effetto, se non è accettato da tutte (art. 1716, 1° comma, c.c.).

D) Dal punto di vista *causale*, il mandato è **oneroso** o **gratuito**. Il mandato si presume oneroso (art. 1709 c.c.) e, in tal caso, è un contratto con prestazioni corrispettive. Il mandato gratuito è, invece, un contratto con obbligazioni a carico di una sola parte (il mandatario).

E) A seconda che il mandatario sia munito (o no) di *procura* da parte del mandante, si distingue, infine, il **mandato con rappresentanza** e il **mandato senza rappresentanza** (*infra*).

2. MANDATO CON RAPPRESENTANZA E SENZA RAPPRESENTANZA

Il mandatario compie l'atto *per conto* del mandante, ma, se non munito di procura, egli non agisce anche *in nome* del mandante.

Al **mandato con rappresentanza** si applicano anche le norme del capo VI del titolo II del libro II del codice civile (art. 1704 c.c.). Il mandatario-rappresentante spende il nome del mandante-rappresentato e, conseguentemente, gli atti giuridici compiuti dal mandatario-rappresentante producono *direttamente* effetto nella sfera giuridica del mandante-rappresentato (art. 1388 c.c.).

Viceversa, nel **mandato senza rappresentanza** non si applica la regola dell'imputazione diretta in capo al rappresentato degli atti giuridici compiuti dal rappresentante; conseguentemente, gli atti compiuti dal mandatario producono effetti in capo al mandatario stesso, con l'obbligo di quest'ultimo, tuttavia, di adoperarsi affinché tali effetti siano trasferiti in capo a colui (il mandante) per conto del quale gli atti sono stati compiuti. L'imputazione diretta in capo al mandatario non si produce neppure allorché i terzi, che hanno stipulato l'atto col mandatario, siano stati a conoscenza del mandato (art. 1705, 1° comma, c.c.).

La legge detta specifiche regole che agevolano l'**"acquisizione" in capo al mandante degli effetti giuridici dell'atto compiuto dal mandatario**. Si tratta di regole distinte a seconda che gli atti concernano crediti, beni mobili o immobili.

1) Se dall'atto compiuto dal mandatario sorgono **diritti di credito**, il relativo rapporto obbligatorio si stabilisce tra il mandatario e il terzo (quest'ultimo, ad esempio, non può, di propria iniziativa, adempiere nei confronti del mandante). Tuttavia, il mandante può esercitare i diritti di credito *in sostituzione del mandatario*, senza pregiudizio dei diritti spettanti al mandatario in conseguenza dell'esecuzione del mandato (art. 1705, 2° comma, c.c.).

L'esistenza del rapporto di mandato attribuisce, quindi, al mandante una "co-legittimazione" all'esercizio del diritto di credito. Nei confronti del terzo, il mandante agisce *iure proprio*.

Secondo un orientamento giurisprudenziale – formatosi soprattutto per giustificare, nell'ambito dell'operazione di *leasing* intesa come fattispecie di collegamento contrattuale (*supra*, Sez. III, III, § 2), la facoltà dell'utilizzatore di proporre azioni dirette nei confronti del fornitore – il mandante potrebbe sostituirsi al mandatario, ai sensi dell'art. 1705, 2° comma, c.c., anche nel-

l'esercizio delle azioni derivanti dal contratto stipulato dal mandatario col terzo (ad esempio, nullità, annullabilità, risoluzione, ecc.).

Investite, tuttavia, della questione, le Sezioni Unite della Cassazione (sent. 8 ottobre 2008 n. 24772) hanno affermato che il potere del mandante di sostituirsi al mandatario deve intendersi limitato ai soli diritti di credito in senso stretto, per tutelare l'affidamento del terzo che, anche quando sia consapevole dell'esistenza del mandato, è titolare di diritti e di obblighi soltanto nei confronti del mandatario.

2) Se l'atto compiuto dal mandatario consiste nell'**acquisto di beni mobili**, il mandante può rivendicare le cose acquistate per suo conto dal mandatario (art. 1706, 1° comma, c.c.).

Nel proporre l'azione di rivendicazione nei confronti del terzo, il mandante agisce, anche in tal caso, *iure proprio*. Ciò in quanto – secondo la prevalente ricostruzione – il diritto di proprietà sulle cose mobili, sebbene il mandatario agisca in nome proprio, sarebbe acquistato direttamente dal mandante. Se, da una parte, tale meccanismo di imputazione diretta attribuisce al mandante la legittimazione all'azione di rivendicazione, dall'altra, un eventuale atto di alienazione compiuto dal mandatario successivamente all'acquisto (e prima che il mandante consegua il possesso del bene) può consolidare, in capo a un terzo di buona fede, un acquisto a titolo ordinario *ex* art. 1153 c.c.; e nei confronti di tale terzo – come precisato espressamente dalla norma (art. 1706, 1° comma, c.c.) – l'azione di rivendicazione non potrebbe essere accolta.

3) Se il mandatario ha compiuto un **acquisto di beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri**, il mandatario è obbligato a ritrasferire al mandante il diritto acquistato. In caso di inadempimento, il mandante può agire per l'esecuzione in forma specifica (art. 1706, 2° comma, c.c.).

Sul mandatario grava, pertanto, un *obbligo legale a contrarre*, per il quale il mandante può utilizzare il rimedio previsto, in generale, dall'art. 2932 c.c.

Il parallelismo – che l'art. 1706, 2° comma, c.c. implicitamente stabilisce – tra *mandato all'acquisto di beni immobili* e *contratto preliminare di compravendita immobiliare*, ha indotto la giurisprudenza a sancire, altresì, che il mandato all'acquisto immobiliare, per analogia con l'art. 1351 c.c., debba essere stipulato in **forma scritta a pena di nullità**.

L'acquisizione in capo al mandante degli effetti giuridici dell'atto compiuto dal mandatario fa sorgere problemi di **tutela dei creditori del mandatario**, che ripongano affidamento sull'appartenenza al patrimonio del loro debitore di beni e crediti che il mandante, nei modi e nei limiti sopra descritti, può fare propri. La legge (art. 1707 c.c.) stabilisce, pertanto, che i creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni sui beni e sui crediti che il mandatario ha acquistato in nome proprio, ma fissa i *limiti dell'opponibilità del mandato* nei loro confronti:

a) se si tratta di beni mobili o di crediti, occorre che il mandato risulti da scrittura avente data certa anteriore al pignoramento;

b) se si tratta di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri, occorre, invece, che l'atto di ritrasferimento (o la domanda giudiziale diretta a conseguirlo) sia trascritto prima del pignoramento.

3. LE OBBLIGAZIONI DEL MANDATARIO

L'obbligazione principale del mandatario è quella di **eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia** (art. 1710, 1° comma, c.c.). Nel caso di mandato senza rappresentanza, tale obbligazione comprende – come si è detto – il compi-

mento dell'attività necessaria per ritrasferire in capo al mandante gli effetti dell'atto compiuto.

L'inadempimento dell'obbligo di eseguire il mandato espone il mandatario all'ordinaria responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.), ma, se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore.

Accanto a tale obbligazione principale, la legge prevede una serie di **obbligazioni accessorie**, anche successive all'esecuzione dell'incarico.

1) In primo luogo, il mandatario è tenuto a *rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato* (art. 1710, 2° comma, c.c.).

2) Egli deve, altresì, senza ritardo *comunicare al mandante l'esecuzione del mandato* (art. 1712, 1° comma, c.c.).

3) Il mandatario deve *rendere al mandante il conto del suo operato e rimmettergli tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato*. La dispensa preventiva di rendiconto non ha effetto nei casi in cui il mandatario deve rispondere per dolo o colpa grave (art. 1713 c.c.).

4) Il mandatario deve *corrispondere al mandante gli interessi legali sulle somme riscosse* per conto del mandante stesso, con decorrenza dal giorno in cui avrebbe dovuto fargliene la consegna o la spedizione ovvero impiegarle secondo le istruzioni ricevute (art. 1714 c.c.).

5) Il mandatario deve *custodire le cose che gli sono state spedite per conto del mandante* e tutelare i diritti di quest'ultimo di fronte al vettore, se le cose presentano segni di deterioramento o sono giunte con ritardo. Se vi è urgenza, il mandatario può procedere alla vendita delle cose a norma dell'art. 1515 c.c. Di questi fatti, come pure del mancato arrivo della merce, egli deve dare immediato avviso al mandante (art. 1718 c.c.).

Nel caso di mandato eseguito comunque congiuntamente, tutti i mandatori sono obbligati in solido verso il mandante (art. 1718, 3° comma, c.c.).

Se l'atto compiuto fa sorgere un'obbligazione in capo al terzo che ha contrattato col mandatario, il mandatario non risponde verso il mandante per l'adempimento di tale obbligazione. Ciò vale sia nel mandato con rappresentanza (nel qual caso l'irresponsabilità del mandatario è consequenziale all'imputazione diretta in favore del mandante degli effetti dell'atto compiuto dal mandatario), sia nel mandato senza rappresentanza; in quest'ultimo caso, tuttavia, la **responsabilità solidale del mandatario** (c.d. *star del credere*) sussiste:

- 1) quando le parti l'abbiano espressamente pattuito nel contratto di mandato;
- 2) quando l'insolvenza del terzo fosse nota al mandatario (o dovesse essergli nota) all'atto della conclusione del contratto col terzo (art. 1715 c.c.).

3.1. L'OBBLIGO DI RISPETTARE I LIMITI DEL MANDATO

Fondamentale corollario dell'obbligazione del mandatario di eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia è l'obbligazione del mandatario di rispettare i limiti fissati nel mandato. Il mandatario può discostarsi dalle istruzioni ricevute soltanto qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essergli comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione (art. 1711, 2° comma, c.c.). Al di fuori di tale ultima eccezionale ipotesi, il mandatario non può eccedere i limiti fissati nel mandato.

La natura giuridica dell'**atto eccedente i limiti del mandato** è diversa a seconda che il mandato sia con o senza rappresentanza.

Nel caso di mandato con rappresentanza, si applica la disciplina della rappresentanza senza potere (art. 1398 c.c.): l'atto è, dunque, inefficace e il mandatario-rappresen-

tante è responsabile del danno che il terzo ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto. È fatta salva, peraltro, la facoltà del mandante-rappresentato di ratificare, con efficacia retroattiva (senza pregiudizio dei diritti dei terzi), l'atto eccedente i limiti del mandato.

Nel caso di mandato senza rappresentanza, invece, l'atto eccedente i limiti del mandato è efficace, ma resta a carico del mandatario, salva – ancora una volta – la facoltà del mandante di ratificare l'atto stesso (art. 1711, 1° comma, c.c.).

Infatti, se il mandatario ha agito senza spendere il nome del mandante, il terzo ha riposto il proprio incolpevole affidamento sull'efficacia dell'atto nei confronti di colui col quale ha contratto (mandatario). È del tutto ragionevole, pertanto, che il mandatario resti vincolato personalmente agli effetti dell'atto compiuto.

Nell'art. 1711 c.c., tuttavia – a differenza di quel che accade nella ratifica prevista dall'art. 1399 c.c. avuto riguardo alla rappresentanza senza potere – la ratifica del mandante non pone alcuna relazione diretta tra il mandante e il terzo, ma si limita a far sorgere, a carico del mandatario, il c.d. obbligo di ritrasferimento. In tal caso, pertanto, la ratifica è un atto unilaterale recettizio nei confronti del mandatario (e non già nei confronti del terzo).

Una forma di ratifica tacita è prevista nell'ipotesi in cui, ricevuta dal mandatario la comunicazione dell'esecuzione del mandato, il mandante ritardi a rispondere per un tempo superiore a quello richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. Questa mancata risposta – secondo il codice (art. 1712, 2° comma, c.c.) – *importa approvazione, anche se il mandatario si è discostato dalle istruzioni o ha ecceduto i limiti del mandato.*

3.2. LA SOSTITUZIONE DEL MANDATARIO E IL SUBMANDATO

In relazione alla natura dell'incarico – consistente nel compimento di uno o più atti giuridici per conto del mandante – nel contratto di mandato assume rilievo *l'intuitus personae*. Di regola, pertanto, il mandatario deve eseguire il mandato personalmente, senza sostituire altri a se stesso. La sostituzione del mandatario è ammessa, tuttavia, in due casi (art. 1717, 1° comma, c.c.):

- 1) quando il mandante l'ha autorizzata;
- 2) quando essa sia necessaria per la natura dell'incarico.

La sostituzione del mandatario importa che sia il sostituto a compiere l'atto giuridico per conto del mandante. Con la sostituzione del mandatario, pertanto, non deve essere confusa la fattispecie in cui il mandatario si avvalga, per l'esecuzione del mandato, di eventuali ausiliari per lo svolgimento di attività meramente esecutive o materiali (art. 1228 c.c.).

Il mandatario è responsabile verso il mandante:

- 1) quando ha incaricato un sostituto senza autorizzazione del mandante o senza la necessità derivante dalla natura dell'incarico (art. 1717, 1° comma, c.c.);
- 2) se ha agito con colpa nella scelta del sostituto, allorchando il mandante aveva autorizzato la sostituzione senza indicare la persona del sostituto (art. 1717, 2° comma, c.c.);
- 3) in relazione alle istruzioni, che egli ha impartito al sostituto (art. 1717, 3° comma, c.c.).

In caso di sostituzione autorizzata o necessaria, il mandante può agire direttamente nei confronti del sostituto (art. 1717, 4° comma, c.c.).

Secondo una parte della dottrina, la norma concernente l'azione diretta nei confronti del mandatario costituirebbe una previsione analoga a quella dell'art. 1595, 1° comma, c.c. in materia di sublocazione: sostituzione del mandatario (o submandato) e sublocazione sarebbero, quin-

di, figure tipiche di subcontratto, entrambe caratterizzate dalla facoltà di azione diretta del contraente originario nei confronti del subcontraente per l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal subcontratto.

Secondo altra parte della dottrina, invece, sostituzione del mandatario e **submandato** sarebbero figure distinte: mentre, nel submandato, il submandatario si obbliga ad agire *per conto del submandante*, al contrario, nella sostituzione *ex art. 1717 c.c.*, il sostituto si obbliga ad agire *per conto del mandante originario*, e soltanto ciò giustifica l'azione diretta del mandante nei confronti del sostituto del mandatario: azione diretta, che non spetterebbe, dunque, al mandante nell'ipotesi di submandato.

4. LE OBBLIGAZIONI DEL MANDANTE

Nel mandato oneroso, l'obbligazione principale del mandante è costituita dalla corresponsione del compenso, la cui misura è rimessa alla libera pattuizione delle parti, in mancanza della quale si ha riguardo alle tariffe professionali, agli usi o, da ultimo, alla determinazione equitativa del giudice (art. 1709 c.c.).

Altre obbligazioni sono comunque sancite dalla legge a carico del mandante, anche in caso di mandato gratuito.

1) Il mandante è tenuto, anzitutto – salvo patto contrario – a somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e per l'adempimento delle obbligazioni che, a tal fine, il mandatario ha contratto in proprio nome (art. 1719 c.c.).

2) Il mandante è obbligato, inoltre, a rimborsare le anticipazioni effettuate dal mandatario, con gli interessi legali dal giorno in cui sono state fatte (art. 1720, 1° comma, c.c.).

3) Se, a causa dell'incarico, il mandatario ha patito danni, il mandante è obbligato al risarcimento (art. 1720, 2° comma, c.c.).

A tutela dei suoi crediti pecuniari, la legge attribuisce al mandatario il diritto di soddisfarsi sui crediti pecuniari sorti dagli affari che ha concluso, con precedenza sul mandante e sui creditori di questo (art. 1721 c.c.).

5. L'ESTINZIONE DEL MANDATO

Il codice individua quattro categorie di cause estintive del rapporto di mandato (art. 1722 c.c.).

A) Una prima categoria comprende cause estintive "fisiologiche", quali la **scadenza del termine** che le parti abbiano previsto per l'esecuzione dell'incarico, o il **compiimento, da parte del mandatario, dell'affare per il quale il mandato è stato conferito** (art. 1722, n. 1, c.c.).

B) Altra causa di estinzione è la **revoca da parte del mandante** (art. 1722, n. 2, c.c.).

La revoca non estingue il rapporto contrattuale:

1) nell'ipotesi di mandato *in rem propriam*, salvo che le parti abbia previsto diversamente o ricorra una giusta causa di revoca (art. 1723, 2° comma, c.c.);

2) in caso di mandato collettivo, se la revoca non è compiuta da tutti i mandanti, salvo che ricorra una giusta causa (art. 1726 c.c.).

Al di fuori di tali ipotesi, il mandante ha sempre la facoltà di revoca, anche in mancanza di giusta causa. La revoca comporta, però, un obbligo di risarcimento del danno subito dal mandatario nelle seguenti ipotesi:

1) se era stata pattuita l'irrevocabilità del mandato (art. 1723, 1° comma, c.c.);

2) se si tratta di mandato oneroso conferito per un tempo determinato o per un

determinato affare e la revoca sia esercitata, rispettivamente, prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare (art. 1725 c.c.).

In entrambi i casi, la sussistenza di una giusta causa di revoca impedisce l'insorgenza dell'obbligazione risarcitoria.

La revoca può essere espressa o tacita. Il codice attribuisce valenza di revoca tacita alla nomina di altro mandatario per lo stesso affare o al compimento dell'affare stesso da parte del mandante, purché tali atti siano comunicati al mandatario o – secondo la tesi accolta dalla giurisprudenza – il mandatario ne abbia avuto comunque conoscenza (art. 1724 c.c.).

Nonostante la terminologia adoperata dal legislatore, la revoca del mandato consiste, invero, in un atto di **recesso** dal rapporto contrattuale, che può assumere diverse funzioni a seconda dei casi. La revoca tacita per compimento diretto dell'affare oggetto dell'incarico assolve, ad esempio, ad una funzione *penitenziale*; la revoca del mandato a tempo indeterminato determina unilateralmente, invece, la durata del rapporto contrattuale; il recesso per giusta causa, infine, assolve ad una funzione *lato sensu* impugnatoria del rapporto.

L'attribuzione al mandante del potere di provocare lo scioglimento unilaterale del rapporto contrattuale (art. 1372, 1° comma, c.c.) si giustifica in considerazione della natura *personale* del contratto di mandato, che presuppone la valutazione strettamente personale dell'opportunità o necessità di conferire ad altro soggetto il compimento di un atto giuridico nel proprio interesse. Ciò consente di comprendere come la revoca (*rectius* il recesso) produca l'effetto estintivo del rapporto addirittura nell'ipotesi in cui il mandante stesso abbia pattuito l'irrevocabilità.

C) Il mandato si estingue, altresì, per **rinunzia del mandatario** (art. 1722, n. 3, c.c.).

La rinunzia obbliga il mandatario al risarcimento del danno in favore del mandante in due casi (art. 1727, 1° comma, c.c.):

1) in mancanza di giusta causa, se il mandato è a tempo determinato;

2) se, in mancanza di giusta causa, non ha dato un congruo preavviso al mandante, se il mandato è a tempo indeterminato.

In ogni caso, la rinunzia deve essere fatta in modo e in tempo tali che il mandante possa provvedere altrimenti, salvo il caso d'inadempimento grave dal parte del mandante (art. 1727, 2° comma, c.c.).

Anche la rinunzia, al pari della revoca, configura un recesso dal rapporto contrattuale.

A differenza di quanto previsto con riguardo alla revoca, però, l'opinione prevalente ammette che la facoltà di rinunzia possa essere, a sua volta, oggetto di rinunzia da parte del mandatario.

D) Il mandato si estingue per **morte, interdizione o inabilitazione del mandante o del mandatario** (art. 1722, n. 4, c.c.).

Tali vicende, tuttavia, non estinguono il rapporto contrattuale se il mandato ha per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio dell'impresa, che sia continuato nonostante il verificarsi della vicenda stessa; gli eredi della parte interessata dall'evento e l'altra parte hanno diritto, però, di recedere dal contratto.

Se la morte o l'incapacità sopravvenuta concerne il mandante, il mandatario che ha iniziato l'esecuzione deve continuarla, se vi è pericolo nel ritardo; se concerne, invece, il mandatario, i suoi eredi, o colui che lo rappresenta o lo assiste, devono avvertire prontamente il mandante e prendere intanto nell'interesse di questo i provvedimenti richiesti dalle circostanze (art. 1728 c.c.).

E) Il mandato si scioglie per il **fallimento del mandatario**. In caso di **fallimen-**

to del mandante, invece, spetta al curatore la scelta tra il subentro e lo scioglimento del contratto (art. 78 l. fall.).

Comuni a tutte le cause di estinzione del mandato sono le norme degli artt. 1729-1730 c.c. Ai sensi della prima di esse, gli atti che il mandatario ha compiuto prima di conoscere l'estinzione del mandato sono validi nei confronti del mandante o dei suoi eredi.

In caso di mandato congiunto – salvo patto contrario – il mandato si estingue anche se la causa di estinzione concerne uno solo dei mandatari.

II. LA COMMISSIONE

1. NOZIONE

Il contratto di commissione è una figura *speciale* di mandato, alla quale il codice riserva una specifica disciplina (artt. 1731-1736 c.c.).

A) In primo luogo, la commissione si caratterizza per la specialità dell'**oggetto**, consistente nell'*acquisto* o nella *vendita di beni* (art. 1731 c.c.).

Nella prassi delle contrattazioni, la commissione ha ad oggetto, per lo più, beni mobili. In tale ipotesi, infatti, il committente può non voler figurare come acquirente effettivo e procedere all'affare valendosi dell'interposizione reale del commissionario.

B) La commissione è un **mandato senza rappresentanza**, posto che – secondo la definizione del codice (art. 1731 c.c.) – il commissionario acquista o vende i beni *in nome proprio e per conto del committente*.

C) La commissione, inoltre, è un mandato necessariamente **oneroso**.

La misura della provvigione spettante al commissionario, se non è stabilita dalle parti, si determina secondo gli usi del luogo in cui è compiuto l'affare. In mancanza di usi, provvede il giudice secondo equità (art. 1733 c.c.). Negli accordi tra le parti, la provvigione è stabilita, di solito, in misura percentuale rispetto all'importo del prezzo di acquisto o di vendita.

In caso di revoca della commissione prima della conclusione del contratto, al commissionario spetta una parte della provvigione, che si determina tenendo conto delle spese sostenute e dell'opera prestata (art. 1734 c.c.).

2. DIRITTI E OBBLIGHI DELLE PARTI

Gli obblighi del commissionario sono i medesimi del mandatario. La legge regola, tuttavia, talune ulteriori *facoltà* attribuire al commissionario.

In primo luogo, il commissionario, che venda beni del committente, si presume autorizzato a concedere **dilazioni di pagamento** in conformità degli usi del luogo in cui compie l'operazione, salvo che il committente abbia disposto altrimenti (art. 1732, 1° comma, c.c.).

Se il commissionario concede dilazioni malgrado il divieto del committente o quando non è autorizzato dagli usi, il committente può esigere da lui il pagamento immediato, salvo il diritto del commissionario di far propri i vantaggi che derivano dalla concessa dilazione (art. 1732, 2° comma, c.c.).

La stessa disposizione si applica quando il commissionario, che ha concesso la dilazione, omette di indicare al committente la persona del contraente e il termine concesso (art. 1732, 3° comma, c.c.).

Altra facoltà spettante al commissionario, salvo che il committente abbia disposto altrimenti, è quella di **contrarre con se stesso** nell'ipotesi in cui l'oggetto della commissione sia costituito da titoli, divise o merci aventi un prezzo corrente stabilito per atto della pubblica autorità, ovvero risultante da listini di Borsa o da mercuriali (così come previsto dall'art. 1515, 3° comma, c.c.).

Allo scopo di evitare un conflitto di interessi ai danni del committente, l'art. 1735, 2° comma, specifica che, quando il committente abbia predeterminato il prezzo, il commissionario che acquista per sé non può comunque praticare detto prezzo se inferiore a quello corrente nel giorno in cui l'operazione viene compiuta. Allo stesso modo, se si tratti di commissione di acquisto a prezzo predeterminato dal committente, il commissionario che fornisca le cose deve vendere al prezzo corrente se inferiore a quello fissato dal committente (art. 1735, 2° comma, c.c.).

A differenza di quanto previsto nella norma generale sul *contratto con se stesso* (art. 1395 c.c.; Vol. II, Cap. IV, Sez. IV, IV, § 5), il commissionario – in quanto mandatario senza rappresentanza – agisce *in nome proprio*.

Nel caso di contratto con se stesso, che il commissionario stipuli in difetto delle condizioni previste dall'art. 1735 c.c., la conseguenza – secondo la tesi che appare preferibile – è, in analogia con quanto previsto dall'art. 1395 c.c., quella dell'annullabilità del contratto (salva, pertanto, l'ipotesi che il committente abbia determinato il contenuto del contratto in modo da escludere la possibilità di conflitto di interessi).

In conformità alla regola generale dettata, in tema di mandato, dall'art. 1715 c.c., il commissionario non risponde per l'esecuzione del contratto. A tale responsabilità, però – c.d. **star del credere** – il commissionario può essere tenuto in virtù di patto o di usi; nel qual caso, al commissionario è dovuta, oltre alla provvigione, un compenso o una maggiorazione della provvigione stessa che, se non sia quantificata per accordo col committente, è determinata dagli usi del luogo in cui l'affare è compiuto o dal giudice secondo equità (art. 1736 c.c.)

Discussa è la *natura giuridica* dello “star del credere”, che – secondo alcuni autori – consisterebbe in una fideiussione prestata dal commissionario, con la conseguenza che il committente potrebbe agire direttamente nei suoi confronti, senza onere di preventiva escussione del contraente. Secondo altra tesi, invece, la clausola farebbe sorgere in capo al commissionario un'obbligazione di tipo assicurativo. In ogni caso, deve ammettersi che il commissionario, che abbia eseguito in favore del committente la prestazione non adempiuta dal contraente, ha il diritto di surrogarsi – ex art. 1203, n.3 c.c. – nei diritti del committente.

III. LA SPEDIZIONE

1. NOZIONE

Al pari della commissione, il contratto di spedizione è una figura *speciale* di mandato, che si caratterizza in relazione all'oggetto dell'incarico, consistente nell'*obbligo dello spedizionario di concludere, in nome proprio e per conto del mandante, un contratto di trasporto e di compiere le operazioni accessorie* (art. 1737 c.c.).

Anche la spedizione consiste, quindi, in un mandato *senza rappresentanza*.

Il codice non specifica l'**oggetto del trasporto**, ma si ritiene che dall'art. 1739 c.c. – che fa espresso riferimento al trasporto *della merce* – si debba inferire che la spedizione può avere ad oggetto soltanto il trasporto di cose. Conseguentemente, l'incarico di concludere un contratto di trasporto di persone rientra nella figura generale del mandato

A differenza del vettore, quindi, lo spedizionario non esegue materialmente il trasporto della

merce. L'obbligo di compiere **le operazioni accessorie** può implicare, peraltro, talune attività materiali, quali l'imballaggio, la custodia, il carico, il ritiro e la consegna delle merci da trasportare.

Lo spedizioniere non è tenuto neppure, di regola, ad altre attività a contenuto giuridico. Salvi usi contrari o diversa disposizione da parte del mandante, lo spedizioniere, infatti, non ha l'obbligo di provvedere all'assicurazione della merce (art. 1739, 2° comma, c.c.).

Nell'esecuzione dell'incarico, lo spedizioniere deve attenersi alle istruzioni del committente in ordine alla scelta del mezzo, della via e delle modalità di trasporto della merce; in mancanza di istruzioni, deve operare secondo il migliore interesse del mittente (art. 1739, 1° comma, c.c.).

Lo spedizioniere ha **diritto alla retribuzione** per l'esecuzione dell'incarico, la cui misura è determinata dalle parti o, in mancanza di patto, dalle tariffe professionali o dagli usi del luogo in cui avviene la spedizione (art. 1740, 1° comma, c.c.).

Oltre alla retribuzione, allo spedizioniere spettano il rimborso delle spese anticipate e il compenso per le prestazioni accessorie che – se non convenuti in una somma predeterminata – sono liquidati sulla base dei documenti giustificativi (art. 1740, 2° comma, c.c.).

Se lo spedizioniere riesce ad ottenere premi, abbuoni o vantaggi di tariffa, essi, salvo patto contrario, spettano al committente (art. 1739, 3° comma, c.c.).

Se il mittente revoca l'incarico prima della conclusione del contratto di trasporto, lo spedizioniere ha comunque diritto al rimborso delle spese sostenute e a un equo compenso per l'attività prestata (art. 1738 c.c.).

Figura particolare è quella dello **spedizioniere-vettore**, definito dal codice come colui che con mezzi propri o altrui assume l'esecuzione del trasporto, in tutto o in parte; in questa ipotesi, lo spedizioniere ha gli obblighi e i diritti del vettore (art. 1741 c.c.).

Si tratta di un'altra ipotesi tipica di *autocontratto*: nel rendersi vettore della merce, invero, lo spedizioniere stipula con se stesso il contratto di trasporto oggetto dell'incarico conferitogli dal mandante. A differenza dell'art. 1735 c.c., peraltro, la previsione dell'art. 1741 c.c. non contiene alcuna determinazione in ordine al prezzo che lo spedizioniere deve osservare nella conclusione del contratto di trasporto.

Allo spedizioniere-vettore si applica la disciplina dei contratti di spedizione e di trasporto; egli risponde, pertanto, anche delle obbligazioni gravanti sul vettore.

Tale figura, un tempo rara, si è diffusa col passare degli anni: il c.d. "corriere", ad esempio, è – nella maggior parte dei casi – uno spedizioniere-vettore.

Figura diversa dallo spedizioniere-vettore è quella dello **spedizioniere doganale**, la cui attività consiste nell'esecuzione delle formalità valutarie e fiscali concernenti il trasporto delle merci e nella garanzia dell'adempimento dei tributi di dogana. Si tratta di un'attività professionale regolata da leggi speciali (l. 22 dicembre 1960, n. 1612; d.p.r. 23 gennaio 1973, n. 43).

IV. L'AGENZIA

1. NOZIONE

Col contratto di agenzia una parte (agente) assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra (preponente), verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata (art. 1742 c.c.).

Si tratta, quindi, di un **contratto di durata** necessariamente **oneroso**. Il codice stabilisce – in sèguito ai dd.lgs. 10 settembre 1991, n. 303 e 15 febbraio 1999, n. 65, che hanno profondamente riformato la materia – la **forma scritta ad probationem**. Cia-

scuna parte, inoltre, ha diritto di ottenere dall'altra un documento dalla stessa sottoscritto che riproduca il contenuto del contratto e delle clausole aggiuntive; il diritto stesso è irrinunciabile (art. 1742, 2° comma, c.c.).

A differenza del mandatario, l'agente non compie atti giuridici, ma l'attività materiale di "promozione" della conclusione di contratti. Egli, pertanto, di regola, non è munito di **rappresentanza**, a meno che il preponente gli conferisca un'apposita procura per la conclusione dei contratti (art. 1752 c.c.).

Il preponente può attribuire all'agente la sola facoltà di riscuotere i crediti (senza facoltà, peraltro, di concedere sconti o dilazioni senza speciale autorizzazione: art. 1744 c.c.). Una specifica rappresentanza *ex lege* in capo all'agente è prevista soltanto per le dichiarazioni che riguardano l'esecuzione del contratto concluso per suo tramite e per i reclami relativi alle inadempienze contrattuali (art. 1745 c.c.).

Al contratto di agenzia ricorrono soprattutto le imprese produttrici che, gestendo un notevole volume di affari, ritengono necessario ampliare i mercati delle zone in cui operano. Le case editrici, ad esempio, si avvalgono solitamente di agenti che, in una determinata zona, stabiliscono i contatti con i potenziali clienti, offrono loro i nuovi prodotti e promuovono la conclusione delle vendite.

Solitamente, nello svolgimento della sua attività, l'agente presta la propria opera personale e si avvale di una modesta organizzazione. Per qualificare il suo rapporto col preponente, pertanto, si parla di *parasubordinazione*, nella quale all'autonomia imprenditoriale corrisponde, di fatto, una soggezione economica e gestionale. Sul piano della disciplina, l'attività dell'agente è assimilata al lavoro subordinato con riguardo al rito applicabile nelle controversie giudiziarie (art. 409 c.p.c.). Anche l'agente – come il lavoratore subordinato – ha diritto a un'indennità per la cessazione del rapporto (art. 1751 c.c.). Per la disciplina del contratto di agenzia, occorre tenere presenti, infine, gli accordi stipulati tra le rispettive associazioni sindacali.

Figura diversa dall'agente è quella del **procacciatore di affari**, che è colui che raccoglie le ordinazioni dei clienti, trasmettendole alla parte dalla quale ha ricevuto l'incarico di procacciamento, senza vincolo di stabilità (a differenza dell'agente) e in via del tutto occasionale. Per la disciplina del rapporto, peraltro, può farsi ricorso analogico alle norme sul contratto di agenzia.

Per poter svolgere la sua attività, l'agente deve essere **iscritto nel ruolo** istituito presso ciascuna Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (l. 3 maggio 1985, n. 204).

Si pone, peraltro, il problema di definire il regime giuridico del **contratto di agenzia stipulato con soggetto non iscritto nel ruolo**.

Sul presupposto della natura imperativa della l. n. 204 del 1985 e, in particolare, dell'art. 9 che sancisce espressamente il *divieto a chi non è iscritto al ruolo di cui alla presente legge di esercitare l'attività di agente o rappresentante di commercio*, la giurisprudenza ha affermato, con orientamento consolidato, la nullità del contratto di agenzia stipulato con un soggetto non iscritto nel ruolo degli agenti e rappresentanti di commercio.

Pertanto, in coerenza con tale affermazione, la stessa giurisprudenza ha stabilito che l'agente di commercio non iscritto nel ruolo non può agire con l'azione contrattuale per conseguire le provvigioni relative all'attività espletata, nè può avanzare le sue pretese ai sensi dell'art. 2126 c.c., norma quest'ultima riguardante il solo rapporto di lavoro subordinato, non suscettibile di interpretazione analogica per il suo carattere eccezionale; si applicano, invece, i principi in materia di prestazioni non dovute di fare, con la conseguente possibilità per l'agente di agire nei confronti del preponente con l'azione di arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.).

Senonché, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee – con sentenze 30 aprile 1998, n. 215 e 13 luglio 2000, n. 456 – ha sancito che la direttiva n. 653/86/CEE (relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti) "*osta ad una normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in un apposito albo*". Il divieto di concludere contratti di agenzia

con soggetti non iscritti in apposito albo è stato ritenuto, quindi, incompatibile con la normativa comunitaria.

In seguito a tale sentenza, la Suprema Corte ha affermato che la norma comunitaria, come interpretata dal giudice dell'Unione Europea, disciplina in maniera esauriente la materia ed è, dal punto di vista sostanziale, sufficientemente precisa e non condizionata (non richiedendo agli Stati membri completamenti ulteriori valutazioni discrezionali in merito alla sua esecuzione), per cui ha efficacia diretta sull'art. 9 l. 9 maggio 1985, n. 204: da ciò l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la disposizione interna incompatibile con quella comunitaria, con conseguente venir meno della ragione che aveva precedentemente indotto la stessa giurisprudenza a considerare nulli, *ex art.* 1418 c.c., i contratti stipulati con gli agenti non iscritti all'apposito albo.

2. DIRITTI E OBBLIGHI DELLE PARTI

In favore di ciascuna delle parti è previsto il **diritto di esclusiva**, per cui *il preponente non può valersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività, nè l'agente può assumere l'incarico di trattare nella stessa zona e per lo stesso ramo gli affari di più imprese in concorrenza tra loro* (art. 1743 c.c.).

La norma è derogabile e le parti possono anche riconoscere il diritto di esclusiva ad una sola di esse.

La violazione del diritto di esclusiva costituisce inadempimento e dà diritto, pertanto, alle azioni di risarcimento del danno e di risoluzione del contratto.

L'art. 8, d.l. 4 luglio 2006 n. 223 (convertito in l. 4 agosto 2006 n. 248) ha sancito la nullità delle clausole di distribuzione esclusiva delle polizze assicurative della responsabilità civile auto, contenute nei contratti stipulati dalle compagnie assicurative e i loro agenti.

L'art. 1746 c.c. (nel testo risultante dall'emanazione del d.lgs. n. 65 del 1999) disciplina gli **obblighi dell'agente**, che consistono nel dovere di:

a) tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede; in particolare, la legge specifica che egli deve adempiere l'incarico affidatogli in conformità delle istruzioni ricevute e fornire al preponente le informazioni riguardanti le condizioni del mercato nella zona assegnatagli, e ogni altra informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari; è nullo ogni patto contrario (art. 1746, 1° comma, c.c.);

b) osservare – in quanto compatibili con la natura del contratto di agenzia – gli obblighi che incombono al commissionario, ad eccezione però degli obblighi derivanti dallo *star del credere* (art. 1746, 2° comma, c.c.): è vietato, infatti, il patto che ponga a carico dell'agente una responsabilità, anche solo parziale, per l'inadempimento del terzo; è consentito, invece, eccezionalmente alle parti di concordare di volta in volta la concessione di un'apposita garanzia da parte dell'agente, purché ciò:

— avvenga con riferimento a singoli affari, di particolare natura ed importo, individualmente determinati;

— l'obbligo di garanzia assunto dall'agente non sia di ammontare più elevato della provvigione che per quell'affare l'agente medesimo avrebbe diritto a percepire;

— sia previsto per l'agente un apposito corrispettivo (art. 1746, 3° comma, c.c.);

c) dare immediato avviso al preponente quando, per qualsiasi ragione, non sia in grado di eseguire l'incarico (art. 1747 c.c.).

Per tutti gli affari conclusi durante il contratto l'agente ha **diritto alla provvigione** quando l'operazione è stata conclusa per effetto del suo intervento (art. 1748, 1° comma, c.c.).

I successivi commi dell'art. 1748 c.c. specificano taluni aspetti del diritto dell'agente alla provvigione.

1) In primo luogo, la provvigione è dovuta anche per gli affari conclusi dal preponente con terzi che l'agente aveva in precedenza acquisito come clienti per affari dello stesso tipo o appartenenti alla zona o alla categoria o gruppo di clienti riservati all'agente, salvo che sia diversamente pattuito (art. 1748, 2° comma, c.c.).

2) Lo scioglimento del contratto di agenzia non preclude il diritto alla provvigione sugli affari successivamente conclusi, se la proposta è pervenuta al preponente o all'agente in data antecedente o gli affari sono conclusi entro un termine ragionevole dalla data di scioglimento del contratto e la conclusione è da ricondurre prevalentemente all'attività da lui svolta; in tali casi la provvigione è dovuta solo all'agente precedente, salvo che da specifiche circostanze risulti equo ripartire la provvigione tra gli agenti intervenuti (art. 1748, 3° comma, c.c.).

3) Salvo che sia diversamente pattuito, la provvigione spetta all'agente dal momento e nella misura in cui il preponente ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione in base al contratto concluso con il terzo. La provvigione spetta all'agente, al più tardi, inderogabilmente dal momento e nella misura in cui il terzo ha eseguito o avrebbe dovuto eseguire la prestazione qualora il preponente avesse eseguito la prestazione a suo carico (art. 1748, 4° comma, c.c.).

4) Se il preponente e il terzo si accordano per non dare, in tutto o in parte esecuzione al contratto, l'agente ha diritto, per la parte ineseguita, ad una provvigione ridotta nella misura determinata dagli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità (art. 1748, 5° comma, c.c.).

5) L'agente è tenuto a restituire le provvigioni riscosse solo nella ipotesi e nella misura in cui sia certo che il contratto tra il terzo e il preponente non avrà esecuzione per cause non imputabili al preponente. È nullo ogni patto più sfavorevole all'agente (art. 1748, 6° comma, c.c.).

6) L'agente non ha diritto al rimborso delle spese di agenzia (art. 1748, 7° comma, c.c.).

Anche gli **obblighi del preponente** sono espressamente indicati dal codice (art. 1749 c.c.). Il preponente, pertanto, deve:

a) agire con lealtà e buona fede (art. 1749, 1° comma, c.c.);

b) mettere a disposizione dell'agente la documentazione necessaria relativa ai beni o servizi trattati e fornire all'agente le informazioni necessarie all'esecuzione del contratto: in particolare, il preponente deve avvertire l'agente, entro un termine ragionevole, non appena preveda che il volume delle operazioni commerciali sarà notevolmente inferiore a quello che l'agente avrebbe potuto normalmente attendersi (art. 1749, 1° comma, c.c.);

c) informare l'agente, entro un termine ragionevole, dell'accettazione o del rifiuto e della mancata esecuzione di un affare procuratogli (art. 1749, 1° comma, c.c.);

d) consegnare all'agente un estratto conto delle provvigioni dovute, al più tardi l'ultimo giorno del mese successivo al trimestre nel corso del quale esse sono maturate, e pagare effettivamente all'agente, entro il medesimo termine, le provvigioni liquidate (art. 1749, 2° comma, c.c.).

È nullo ogni patto che escluda o limiti gli obblighi del preponente (art. 1749, 4° comma, c.c.).

3. DURATA DEL CONTRATTO

Il contratto di agenzia può essere stipulato a *tempo determinato* o *indeterminato*. Se il contratto è a tempo determinato, può accadere che, nonostante la scadenza del termine, le parti continuino a dare esecuzione, esercitando i diritti ed adempiendo agli obblighi derivanti dal contratto stesso: in tal caso, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato (art. 1750, 1° comma, c.c.).

Se il contratto è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può esercitare il **diritto di recesso** (art. 1750, 2° comma, c.c.).

Quanto al **termine per l'esercizio del recesso**, esso non può essere inferiore ad un mese per il primo anno di durata del contratto, a due mesi per il secondo anno iniziato, a tre mesi per il terzo anno iniziato, a quattro mesi per il quarto anno, a cinque mesi per il quinto anno e a sei mesi per il sesto anno e per tutti gli anni successivi (art. 1750, 3° comma, c.c.).

Le parti possono concordare termini di preavviso di maggiore durata, ma il preponente non può osservare un termine inferiore a quello posto a carico dell'agente (art. 1750, 4° comma, c.c.).

Salvo diverso accordo tra le parti, la scadenza del termine di preavviso deve coincidere con l'ultimo giorno del mese di calendario (art. 1750, 5° comma, c.c.).

Secondo la giurisprudenza, per analogia *ex* art. 2119 c.c. in materia di lavoro subordinato, deve ammettersi il diritto delle parti di recedere senza preavviso in presenza di una giusta causa. Il preponente, in tal caso, ha l'onere di contestare le ragioni che inducono al recesso.

Essendo un contratto connotato da *intuitus personae*, il rapporto di agenzia cessa anche per morte dell'agente.

In ogni caso di estinzione del contratto, l'agente ha **diritto all'indennità di cessazione del rapporto** (art. 1751 c.c.).

La legge prevede alcune **condizioni** del diritto all'indennità, e cioè:

1) l'agente abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente riceva ancora sostanziali vantaggi derivanti dagli affari con tali clienti;

2) il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente perde e che risultano dagli affari con tali clienti.

Si è in presenza, invece, di **cause ostative** del diritto:

1) quando il preponente risolve il contratto per un'inadempienza imputabile all'agente, la quale, per la sua gravità, non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto;

2) quando l'agente recede dal contratto, a meno che il recesso sia giustificato da circostanze attribuibili al preponente o da circostanze attribuibili all'agente, quali età, infermità o malattia, per le quali non può più essergli ragionevolmente chiesta la prosecuzione dell'attività;

3) quando, ai sensi di un accordo con il preponente, l'agente cede ad un terzo i diritti e gli obblighi che ha in virtù del contratto d'agenzia.

L'importo dell'indennità non può superare una cifra equivalente ad un'indennità annua calcolata sulla base della media annuale delle retribuzioni riscosse dall'agente negli ultimi cinque anni e, se il contratto risale a meno di cinque anni, sulla media del periodo in questione.

Le previsioni che disciplinano il diritto all'indennità possono essere derogate soltanto a vantaggio dell'agente.

Il diritto all'indennità deve essere fatto valere (anche con semplice comunicazione al preponente), a pena di decadenza, nel termine di un anno. La concessione dell'indennità non priva comunque l'agente del diritto all'eventuale risarcimento dei danni, quando la cessazione del rapporto sia dovuta a inadempimento del preponente.

4. PATTO DI NON CONCORRENZA

In sèguito alla cessazione del rapporto, le parti possono pattuire per iscritto che l'agente non svolga concorrenza ai danni del preponente avuto riguardo alla medesima zona, clientela e genere di beni o servizi per i quali era stato concluso il contratto di agenzia (art. 1751 *bis* c.c.). La durata del patto, peraltro, non può eccedere i due anni successivi all'estinzione del contratto.

Tale patto è *necessariamente oneroso*, in quanto la legge obbliga il preponente a corrispondere all'agente un'indennità di natura non provvigionale.

L'indennità va commisurata alla durata, alla natura del contratto di agenzia e all'indennità di fine rapporto. La **determinazione dell'indennità** è rimessa alla contrattazione tra le parti tenuto conto degli accordi economici nazionali di categoria. In difetto di accordo l'indennità è determinata dal giudice in via equitativa anche con riferimento:

- 1) alla media dei corrispettivi riscossi dall'agente in pendenza di contratto ed alla loro incidenza sul volume d'affari complessivo nello stesso periodo;
- 2) alle cause di cessazione del contratto di agenzia;
- 3) all'ampiezza della zona assegnata all'agente;
- 4) all'esistenza o meno del vincolo di esclusiva per un solo preponente.

5. AGENTE DI ASSICURAZIONE E *BROKER*

Secondo quanto previsto dall'art. 1753 c.c., le disposizioni sul contratto di agenzia si applicano anche agli **agenti di assicurazione**, in quanto non siano derogate da specifiche norme o dagli usi e in quanto compatibili con la natura dell'attività assicurativa. Dall'agente di assicurazione deve essere distinta la figura del mediatore in assicurazione e riassicurazione.

Entrambe le attività – che possono essere esercitate anche in forma societaria – sono disciplinate dagli artt. 106-121 d. lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (Codice delle Assicurazioni), che prevedono l'obbligo di iscrizione in apposito albo istituito dalla legge (art. 109).

In generale, l'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa consiste nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati (art. 106). Le diverse caratteristiche delle due figure, tuttavia, sono così descritte dalla legge:

a) l'**agente di assicurazione** è colui che, in qualità di intermediario, agisce in nome o per conto di una o più imprese di assicurazione o di riassicurazione (art. 109, 2° comma, lett. a);

b) il **mediatore di assicurazione o di riassicurazione**, altresì denominato *broker*, è, invece, colui che, in qualità di intermediario, agisce su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione (art. 109, 2° comma, lett. b)

V. LA CONCESSIONE DI VENDITA E IL *FRANCHISING*

1. CENNI GENERALI

Tra i contratti obbligatori per la conclusione degli affari si possono ricomprendere due figure assai diffuse nella prassi commerciale degli ultimi decenni: la concessione di vendita e il *franchising*. Si tratta di contratti spesso annoverati, insieme ad altre figure tipiche (somministrazione, contratto estimatorio) nella categoria dei "contratti di distribuzione", quei contratti, cioè, che consentono alle imprese produttrici di penetrare più efficacemente nei mercati e di ottenere una diffusione quanto più possibile capillare dei loro prodotti. Dal punto di vista della struttura, concessione di vendita e *franchising* sono – secondo la tesi prevalente – contratti normativi, poiché in essi sono contenute le norme per la stipulazione di eventuali contratti futuri (singole forniture di prodotti).

Come per il *leasing* e per il *factoring*, la notevole diffusione di tali contratti ha consentito alla giurisprudenza l'elaborazione di una serie di regole, che attribuisce loro una "tipicità sociale" e consente all'interprete di orientarsi nella soluzione delle problematiche relative alla singola contrattazione.

Non vi è unanimità di opinioni circa il rapporto tra le due figure. Secondo alcuni si tratterebbe di due distinti contratti, che possono risultare in concreto collegati tra loro; secondo altri, il *franchising* è soltanto una figura speciale di concessione di vendita. Per l'autonomia delle due figure depone il fatto che il *franchising*, a differenza della concessione di vendita, può avere ad oggetto non soltanto la distribuzione dei prodotti realizzati dal concedente, ma anche la prestazione di servizi o la produzione stessa di beni (§ 2).

Mentre il *franchising* ha origini nordamericane e si impone progressivamente anche come tecnica di *marketing*, la concessione di vendita si diffonde nel secondo dopoguerra parimenti in Europa con riguardo a specifici settori merceologici (come, ad esempio, la vendita di autoveicoli).

2. LA CONCESSIONE DI VENDITA

La concessione di vendita è un contratto con prestazioni corrispettive, con cui un imprenditore (*produttore-concedente*) si obbliga nei confronti di un altro imprenditore (*rivenditore-concessionario*) a somministrargli prodotti dei quali il rivenditore si obbliga a promuovere la commercializzazione nell'ambito di una determinata zona. Le quantità di prodotti sono solitamente prestabilite e oscillano tra un minimo e un massimo.

Su questo schema essenziale, si innestano ulteriori obbligazioni. Il concedente, di regola, deve consentire al concessionario l'uso dei segni distintivi della propria impresa (marchio e insegna) e fornire al concessionario assistenza tecnica. A sua volta, il concessionario si obbliga a rispettare le prescrizioni del concedente nell'organizzazione dell'impresa e nella determinazione dei prezzi di vendita.

Trattandosi, tuttavia, di un contratto atipico le parti sono libere di articolare variamente il quadro dei rispettivi diritti e obblighi. In alcuni casi, ad esempio, le parti stabiliscono che il concedente si riserva la proprietà dei prodotti somministrati al concessionario, oppure che il concedente (a differenza del somministrante: art. 1559 c.c.) non sia obbligato ad effettuare le forniture che gli vengano richieste.

È spesso inserita nel contratto la **clausola di esclusiva**, in virtù della quale:

- il concedente ha il divieto di rivendere direttamente i propri prodotti nella zona attribuita al concessionario o di servirsi di altro concessionario (esclusiva a favore del concessionario);
- il concessionario ha il divieto di produrre i beni fornitigli dal concedente o di rivendere analoghi beni prodotti da altri imprenditori.

L'esistenza di un patto di esclusiva non può evincersi dalla mera previsione contrattuale di una determinata "zona" di attività del concessionario, che costituisce una clausola con causa autonoma avente lo scopo specifico di limitare la sfera territoriale entro la quale il concessionario può e deve operare.

La concessione di vendita si definisce "aperta", quando al concedente è fatto esclusivo divieto di vendere direttamente i propri prodotti (salva, quindi, la facoltà di avvalersi di altri concessionari). Si parla, invece, di concessione di vendita "chiusa", allorché si preclude al concedente di ricorrere, in quella determinata zona, alla vendita diretta e anche ad altri concessionari.

Tra concedente e concessionario sussiste, altresì – a differenza dei rapporti tra le parti del contratto di somministrazione – un **obbligo di collaborazione**, che impone al concedente di non pregiudicare con la propria condotta nell'esecuzione del contrat-

to il prestigio del proprio marchio, si da evitare che il concessionario possa subire danni, come, ad esempio, nel caso di reiterata fornitura di prodotti affetti da vizi di produzione, che si risolve automaticamente in un pregiudizio per la produttività dell'impresa del concessionario. Nel caso in cui ciò si verifichi, il concessionario ha diritto al risarcimento del danno e, qualora l'inadempimento debba essere considerato di notevole importanza e tale da scuotere la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti (*ex art. 1564 c.c.*), alla risoluzione del contratto.

Con riguardo all'**esecuzione del contratto**, la giurisprudenza ha affrontato il *problema dell'applicabilità alle singole forniture delle norme sulla compravendita*.

La Suprema Corte (sent. 22 febbraio 1999, n. 1469) afferma che, dalla natura di contratto normativo, deriva l'obbligo di concludere contratti di puro trasferimento dei prodotti alle condizioni fissate nell'accordo iniziale. Pertanto, ritenendo che ciascuna fornitura non configuri un contratto di compravendita ma un mero atto di adempimento del contratto-base di concessione, deve escludersi che alla singola fornitura possano applicarsi le norme della compravendita sui vizi della cosa, con la conseguenza che il concessionario può agire per far valere detti vizi negli ordinari termini di prescrizione, senza l'onere della denuncia entro otto giorni dalla scoperta (art. 1495 c.c.).

La soluzione giurisprudenziale pare, peraltro, in contrasto con quanto espressamente previsto dal legislatore nell'analoga fattispecie che si verifica in ipotesi di somministrazione, laddove si applicano, in quanto compatibili, le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni (art. 1570 c.c.).

La concessione di vendita può essere stipulata a tempo determinato o indeterminato. Nel secondo caso, il rapporto si estingue per **recesso** di una delle parti (salvo preavviso, in applicazione analogica dell'art. 1569 c.c.).

La concessione di vendita deve essere distinta dai contratti di commissione e di agenzia. A differenza del commissionario, il concessionario *acquista* dal concedente i beni che egli rivende ai propri clienti ed il suo utile consiste nella differenza tra il prezzo di acquisto e il prezzo di rivendita (e non – come il commissionario – in mere percentuali sul valore dei contratti stipulati per conto del committente). L'acquisto dei beni e la sua rivendita integra, altresì, il profilo di differenziazione rispetto al contratto di agenzia, laddove l'agente si limita a promuovere la conclusione di contratti, la cui stipulazione, tuttavia, è effettuata dal proponente.

La concessione di vendita può essere stipulata, altresì, con **clausola di riserva della proprietà** in favore del concedente fino al momento del pagamento integrale del prezzo. In tal caso, per essere opponibile ai creditori del concessionario (anche in caso di fallimento del medesimo), la giurisprudenza ritiene che la clausola debba essere contenuta nei singoli contratti di cessione dei beni (non essendo sufficiente, invece, che essa si inserisca nel solo contratto-quadro di concessione). Una siffatta interpretazione è stata ritenuta dalla CGCE (sent. 26 ottobre 2006) legittima e conforme alla Direttiva 2000/35/CE, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

3. IL CONTRATTO DI AFFILIAZIONE COMMERCIALE (*FRANCHISING*)

L'affiliazione commerciale (*franchising*) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte (affiliante o *franchisor*) concede la disponibilità all'altra (affiliato o *franchisee*), verso corrispettivo (*royalties*), di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commer-

ziale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi (art. 1, l. 6 maggio 2004, n. 129).

Il contratto di affiliazione commerciale può essere utilizzato in ogni settore di attività economica. Si distinguono, così, **franchising distributivo** (in cui il *franchisee* distribuisce i beni prodotti dal *franchisor*) e **franchising di servizi** (in cui il *franchisee* offre al pubblico servizi – ad esempio di intermediazione immobiliare, organizzazione di cerimonie, ecc. – con le stesse modalità, sotto la stessa insegna e alle condizioni prescritte dal *franchisor*). In taluni casi, si può avere anche un **franchising produttivo**, allorché il *franchisee* – come, ad esempio, nel caso delle grandi catene di *fast-food* – produce e offre al pubblico gli stessi beni del *franchisor*, sfruttando il *know-how* e i brevetti da quest'ultimo concessigli.

Il contratto di *franchising* – già assai diffuso nella prassi delle relazioni commerciali – è stato disciplinato con **l. 6 maggio 2004, n. 129**, la quale, oltre a specificare molti aspetti concernenti i diritti e gli obblighi delle rispettive parti, definisce puntualmente i beni e servizi oggetto della concessione compiuta dall'affiliante. In particolare, deve intendersi (art. 1, 3° comma):

a) per *know-how*, un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; per segreto, che il *know-how*, considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto né facilmente accessibile; per sostanziale, che il *know-how* comprende conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita, la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali; per individuato, che il *know how* deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità;

b) per *diritto di ingresso*, una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale;

c) per *royalties*, una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche;

d) per *beni dell'affiliante*, i beni prodotti dall'affiliante o secondo le sue istruzioni e contrassegnati dal nome dell'affiliante.

Il *franchisee* è obbligato ad applicare le direttive impartite dal *franchisor* circa le modalità di allestimento dei locali, l'istruzione e (spesso) l'abbigliamento del personale, le tecniche di offerta al pubblico del prodotto o del servizio. È obbligato, altresì, a utilizzare i segni distintivi del concedente e a proteggere i segreti industriali e commerciali del *franchisor*.

Il contratto di affiliazione commerciale deve essere redatto in **forma scritta** a pena di nullità (art. 3, 1° comma).

In conformità a una recente tendenza del legislatore, peraltro, il requisito della forma non è disgiunto da quello del **contenuto**. È previsto (art. 3, 4° comma), pertanto, che il contratto debba espressamente indicare:

a) l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività;

b) le modalità di calcolo e di pagamento delle royalties, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato;

c) l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante;

d) la specifica del *know-how* fornito dall'affiliante all'affiliato;

e) le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di *know-how* da parte dell'affiliato;

f) le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione;

g) le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso.

Le parti sono naturalmente libere di prevedere un più ampio contenuto del contratto. Ad esempio, le parti possono prevedere – come nella concessione di vendita – una **clausola di esclusiva**.

Per garantire la piena consapevolezza delle parti in ordine al contenuto dell'accordo contrattuale, la legge prevede una serie di **obblighi precontrattuali** a carico dell'affiliante. In generale, nella fase precontrattuale, l'affiliante – oltre ad assolvere a una serie di obblighi informativi (art. 4, 1° comma) – deve tenere, nei confronti dell'aspirante affiliato, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede e deve tempestivamente fornire, all'aspirante affiliato, ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi (art. 6, 1° comma).

Anche l'aspirante affiliato, a sua volta, deve tenere in qualsiasi momento, nei confronti dell'affiliante, un comportamento improntato a lealtà, correttezza e buona fede e deve fornire, tempestivamente ed in modo esatto e completo, all'affiliante ogni informazione e dato la cui conoscenza risulti necessaria o opportuna ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, anche se non espressamente richiesti dall'affiliante.

Quando una parte abbia fornito false informazioni al momento della conclusione del contratto l'altra può domandare l'**annullamento del contratto per dolo**, ai sensi dell'art. 1439 c.c., oltre al risarcimento del danno (art. 8): la norma mira a reprimere, tra l'altro, il fenomeno della c.d. **vendita piramidale** (o *catena di S. Antonio*), nella quale ciascun rivenditore assume la qualità di *franchisor* nei confronti di ulteriori *franchisees*, i quali a loro volta, al fine non subire le perdite derivanti dalla vendita del prodotto (ottenuto ad alto prezzo a fronte della scarsa qualità) reperiranno "a catena" ulteriori affiliati. In questa situazione l'apparente *franchising* distributivo è soltanto un congegno truffaldino per ricavare guadagni dalle *royalties* pagate dai rispettivi *franchisees* a ciascuno degli anelli della catena.

Nel corso del contratto, l'affiliato non può trasferire la sede, qualora sia indicata nel contratto, senza il preventivo consenso dell'affiliante, se non per causa di forza maggiore (art. 5, 1° comma). Egli, inoltre, deve osservare e fare osservare ai propri collaboratori e dipendenti, anche dopo lo scioglimento del contratto, la **massima riservatezza** in ordine al contenuto dell'attività oggetto dell'affiliazione commerciale (art. 5, 2° comma).

Il *franchising* è un **contratto di durata** a tempo *determinato* (nel qual caso, in mancanza di disdetta – secondo una tesi dottrinale – dovrebbe ammettersi il rinnovo tacito) o *indeterminato* (laddove ciascuna delle parti può recedere con preavviso).

L'**inadempimento** delle rispettive obbligazioni attribuisce a ciascuna delle parti il diritto di agire per la risoluzione (art. 1453 c.c.) o di valersi delle frequenti clausole risolutive espresse inserite nel contratto (art. 1456 c.c.).

VI. LA MEDIAZIONE

1. NOZIONE

È mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza (art. 1754 c.c.).

Il codice non qualifica espressamente la mediazione come contratto, ma si limita a descrivere l'attività del mediatore. Nella definizione legislativa rientra, pertanto, sia il caso in cui l'intermediazione consegua all'incarico conferito da una o entrambe le parti dell'affare, sia l'ipotesi dell'autonoma iniziativa del mediatore volta a mettere in relazione le parti interessate alla conclusione dell'affare.

La **tesi che nega la natura contrattuale** qualifica la mediazione come *atto giuridico in senso stretto*, che consiste nel mero intervento che pone in relazione le parti. La mediazione sarebbe, dunque, fonte di obbligazioni per i contraenti dell'affare soltanto ai sensi dell'art. 1173 c.c. (... *altri atti o fatti*). Tale prospettazione si fonda, da una parte, sul rilievo della mancanza di un'obbligazione del mediatore di eseguire l'incarico e, dall'altra, sulla facoltà delle parti di recedere *ad nutum*, pur in assenza di una giusta causa, fino al momento della conclusione dell'affare.

Prevale, tuttavia, in dottrina e (soprattutto) in giurisprudenza la **tesi contrattuale**, secondo cui la mediazione consiste nel contratto concluso con il consenso espresso o tacito delle parti del contratto principale, consenso che, per quanto riguarda la parte estranea al primo originario incarico di mediazione, si manifesta validamente allorquando essa si avvalga, in maniera consapevole, dell'opera del mediatore ai fini della conclusione dell'affare. Per impedire, quindi, la nascita del rapporto contrattuale di mediazione occorrerebbe, a fronte dell'intervento (anche spontaneo) di intermediazione, la *prohibitio* dell'interessato, che si configurerebbe come mancata accettazione della proposta di mediazione.

I sostenitori della tesi contrattuale non concordano, peraltro, sulla **struttura del contratto**. Secondo alcuni, infatti, siamo in presenza di un *contratto necessariamente trilaterale* tra il mediatore e le parti dell'affare; secondo altri, si tratta di un contratto bilaterale tra il mediatore e l'altra parte (i soggetti intermediati) necessariamente plurisoggettiva; secondo la dottrina prevalente, infine, si ha singolo contratto di mediazione tra il mediatore e ciascuno degli intermediati (come si desumerebbe dall'art. 1756, che obbliga al rimborso delle spese la parte *per incarico della quale* le spese stesse sono state eseguite).

Circa le **modalità di conclusione del contratto**, si ritiene applicabile alla mediazione l'art. 1333 c.c., posto che la parte che conferisce l'incarico (o che, comunque, si avvale dell'attività di intermediazione) è obbligata, alternativamente, al rimborso delle spese se il contratto non si conclude, ovvero al pagamento della provvigione se l'affare si conclude.

Vi è incertezza sulle caratteristiche della c.d. "**mediazione atipica**". Generalmente, con tale formula, si indica il contratto che obbliga, da una parte, il mediatore all'attività di intermediazione – in deroga al modello codicistico, che non impone alcun obbligo in tal senso in capo al mediatore – e, dall'altra, la parte a remunerare l'opera del mediatore anche in caso di mancata conclusione dell'affare. La giurisprudenza, di recente, ha qualificato come mediazione atipica l'attività di intermediazione svolta in favore di un soggetto diverso da colui il quale ha conferito il relativo incarico (ad esempio, il sig. Rossi conferisce al mediatore Bianchi l'incarico di reperire un alloggio che il proprio figlio è interessato ad acquistare).

L'attività del mediatore è connotata da taluni requisiti.

A) *Professionalità*

La l. 3 febbraio 1989, n. 39 disciplina il ruolo dei mediatori istituito presso ogni Camera di Commercio. Soltanto i mediatori iscritti nel ruolo hanno diritto alla provvigione (art. 6).

Il mediatore non iscritto nel ruolo professionale, che abbia concretamente determinato la conclusione dell'affare può agire soltanto con l'azione di arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.).

B) *Natura esclusivamente personale dell'attività.*

Il mediatore, infatti, non può delegare la propria attività se non ad altro mediatore, che sia regolarmente iscritto nel ruolo (art. 3, 2° comma, l. n. 39 del 1989). L'attività di intermediazione può essere svolta anche in forma societaria, ma è indispensabile che la persona fisica che concretamente svolge la funzione di mediatore sia iscritto nel ruolo.

C) *Indipendenza*

Il mediatore – come è detto espressamente nell'art. 1754 c.c. non deve essere legato ad alcuna delle parti da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza. Il mediatore non agisce, quindi – a differenza del mandatario – *per conto* di una parte.

Secondo una parte della dottrina, non si può escludere che il mediatore assuma, con riguardo ad attività funzionali e accessorie rispetto alla mera conclusione dell'affare, anche la qualità di **mandatario di una delle parti**: in tal caso, lo stesso soggetto cumulerebbe, anche nei confronti dei terzi, entrambe le funzioni. In senso favorevole alla compatibilità tra mediazione e mandato si richiama l'art. 2 del regolamento di attuazione della l. n. 39 del 1989 (d.m. 21 dicembre 1990, n. 452), che ha previsto una specifica sezione destinata agli agenti muniti di mandato a titolo oneroso: la norma, quindi, avrebbe dato ingresso alla figura del mediatore obbligato a compiere atti giuridici per conto e, eventualmente, in nome del cliente. Il mediatore-mandatario svolgerebbe, il relazione allo stesso affare, la duplice funzione di mandatario – nei confronti di colui che gli abbia conferito l'incarico e per le prestazioni convenute – e di mediatore nei confronti dell'altra parte (o anche di entrambi i contraenti).

La qualità di mediatore è, invece, pienamente compatibile con la **rappresentanza di una delle parti negli atti relativi all'esecuzione del contratto** concluso con il suo intervento (art. 1761 c.c.).

Neppure contraddice il requisito dell'indipendenza la facoltà del mediatore di prestare **fideiussione per una delle parti** (art. 1763 c.c.).

2. IL DIRITTO ALLA PROVVISORIONE

La conclusione dell'affare per effetto del suo intervento attribuisce al mediatore il diritto alla provvigione da ciascuna delle parti.

Per “conclusione dell'affare” deve intendersi la stipulazione di un **atto immediatamente (anche se provvisoriamente) efficace**. Affinché, dunque, il mediatore possa pretendere il compenso per la sua attività, occorre che tra le parti si sia costituito un vincolo giuridico che abiliti ciascuna di esse ad agire per l'esecuzione del contratto. La provvigione spetta, quindi:

- se il contratto è annullabile o rescindibile (purché il mediatore non conoscesse la causa d'invalidità) (art. 1757, 3° comma, c.c.);
- se il contratto è sottoposto a condizione risolutiva (anche se l'evento condizionante venga successivamente a verificarsi) (art. 1757, 2° comma, c.c.);
- se il contratto perde efficacia per recesso di una delle parti, risoluzione consensuale, risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta, per eccessiva onerosità sopravvenuta o in conseguenza dell'azione revocatoria da parte dei creditori di un contraente.

Secondo la giurisprudenza, nella nozione di “affare” è compreso il contratto preliminare, anche nell'ipotesi in cui non si possa esperire l'azione di esecuzione in forma specifica (come, ad esempio, nel contratto preliminare di mutuo), potendo comunque la parte non inadempiente agire per il risarcimento del danno. Costituisce “affare” anche la stipulazione di un contratto di leasing (Cass. 9 maggio 2008 n. 11521).

Il diritto alla provvigione non spetta, invece:

- se il contratto è nullo;
- se il contratto è sottoposto a condizione sospensiva, fino al momento in cui si verifica l'evento dedotto in condizione (art. 1757, 1° comma, c.c.);
- se il contratto è concluso da un *falsus procurator* (e non interviene la ratifica dell'interessato).

In caso di *contratto simulato*, occorre distinguere.

Se il mediatore conosceva la simulazione, egli non ha diritto alla provvigione se la simulazione è assoluta; ha diritto, invece, alla provvigione relativa al contratto dissimulato in caso di simulazione relativa.

Se non conosceva la simulazione, il mediatore è un terzo che in buona fede ha acquistato

diritti, al quale – ai sensi dell'art. 1415, 1° comma, c.c. – la simulazione non può essere opposta; egli ha, pertanto, diritto alla provvigione in relazione al contratto simulato.

La **misura della provvigione** è stabilita, di regola, dalle parti; in mancanza di accordo, si ha riguardo alle tariffe professionali o agli usi (art. 1755, 2° comma, c.c.). Le parti stabiliscono la proporzione in cui la provvigione deve gravare su ciascuna delle parti e possono anche convenire che la provvigione sia totalmente a carico di una sola delle parti.

Se l'affare non è stato concluso, salvo patti o usi contrari, il mediatore ha soltanto il **diritto al rimborso delle spese** nei confronti della persona per incarico della quale sono state eseguite (art. 1756 c.c.).

3. PLURALITÀ DI MEDIATORI E SUBMEDIAZIONE

Il codice prevede che la conclusione dell'affare possa derivare dall'intervento di una **pluralità di mediatori**; in tal caso ciascuno di essi ha diritto a una quota della provvigione (art. 1758 c.c.).

La Suprema Corte ha precisato che l'art. 1758 c.c. configura un'ipotesi di *obbligazione parziaria*: il soggetto che ha concluso l'affare può considerarsi liberato dalla sua obbligazione solo quando abbia corrisposto a ciascun mediatore la quota spettantegli, salvo che sia stata pattuita la solidarietà dell'obbligazione dal lato attivo (nel qual caso è liberatorio il pagamento dell'intera provvigione ad uno solo dei mediatori e gli altri hanno azione esclusivamente contro quest'ultimo per ottenere la propria parte).

Fattispecie diversa dalla pluralità di mediatori è quella della **submediazione**, che ricorre allorché un mediatore, già incaricato da un certo soggetto per la conclusione di un affare, dà incarico ad altro mediatore di reperire l'altro contraente.

Secondo la giurisprudenza, nella submediazione, i **rapporti tra le parti** sono così articolati:

1) la parte che ha dato incarico al mediatore ha – in applicazione analogica dell'art. 1595 c.c. – azione diretta nei confronti del submediatore, senza pregiudizio dei suoi diritti verso il mediatore originariamente incaricato;

2) il submediatore può far valere i propri diritti (alla provvigione o alle spese) soltanto nei confronti del mediatore e non già verso colui che ha conferito per primo l'incarico, con il quale non sussiste alcun rapporto contrattuale;

3) nei confronti del secondo contraente dell'affare il diritto alla provvigione spetta al mediatore principale, ma, qualora il submediatore, senza palesare al secondo contraente la propria qualità di subcontraente, abbia già riscosso il compenso per l'attività di intermediazione, il mediatore potrà rivalersi nei confronti del submediatore.

4. GLI OBBLIGHI DEL MEDIATORE

Il mediatore deve **comunicare alle parti le circostanze a lui note**, relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possono influire sulle conclusioni di esso (art. 1759, 1° comma, c.c.). Le circostanze, che il mediatore ha l'obbligo di riferire, sono quelle che possono indurre le parti alla conclusione del contratto o a pattuire differenti condizioni.

Peraltro, nell'attuale sistema normativo, quale delineato dalla l. n. 39 del 1989, il mediatore è un operatore specializzato e, come tale, è tenuto, nello svolgimento della sua attività, ad osservare la diligenza qualificata richiesta all'operatore professionale.

Pertanto, il mediatore ha l'obbligo di comunicare alle parti anche le circostanze *conoscibili con l'uso della diligenza richiesta ad un operatore professionale* (art. 1176, 2° comma, c.c.) e commisurata sia alle caratteristiche dell'affare che al livello di organizzazione del mediatore. Così, ad esempio, la giurisprudenza ha affermato la responsabilità contrattuale del mediatore che, in un caso di trattative "al buio" (svolte, cioè, tra parti impegnatesi a sottoscrivere il preliminare senza reciprocamente conoscersi), aveva omesso di comunicare al futuro promissario acquirente che l'immobile, oggetto della trattativa di vendita, era gravato da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli.

Una specificazione legale dell'obbligo di informazione è contenuta indirettamente nell'art. 1764, 2° comma, c.c., che pone una sanzione amministrativa a carico del mediatore che presta la sua attività nell'interesse di persona notoriamente insolvente o della quale conosce lo stato di incapacità.

Il mediatore risponde, inoltre, dell'autenticità della sottoscrizione delle scritture e dell'ultima girata dei titoli trasmessi per il suo tramite (art. 1759, 2° comma, c.c.).

Specifici obblighi posti a carico dei *mediatori professionali in affari su merci o titoli* (art. 1760 c.c.), ma la norma del Codice appare ormai superata dalla l. n. 39 del 1989 e dal d.p.r. 28 luglio 2000, n. 287, che ha disciplinato l'attività del **mediatore creditizio** (colui che professionalmente, anche se non a titolo esclusivo, ovvero abitualmente mette in relazione, anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari determinati con la potenziale clientela al fine della concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma).

5. LA MEDIAZIONE PER CONTRAENTE NON NOMINATO

Il mediatore non risponde, di regola, dell'esecuzione del contratto nei confronti delle parti. Un'eccezione è prevista, tuttavia, quando il mediatore non manifesti a un contraente il nome dell'altro (art. 1762 c.c.). In tal caso, infatti – non potendo l'altro contraente valutare l'affidabilità del contraente non nominato – il mediatore assume il ruolo di garante *ex lege* per l'esecuzione del contratto.

Qualora, dopo la conclusione dell'affare, venga rivelata l'identità del contraente occulto, ciascuno dei contraenti può agire direttamente contro l'altro, ma il contraente che non conosceva l'identità dell'altro conserva il diritto di pretendere dal mediatore l'esecuzione del contratto.

Se il mediatore adempie le obbligazioni contrattuali, egli subentra nei diritti verso il contraente non nominato.

La figura della mediazione per contraente non nominato è stata spesso accostata a quella del **contratto per persona da nominare** (della quale è stata ritenuta un'ipotesi *speciale*).

Senonché, tra lo schema dell'art. 1401 c.c. e la fattispecie in esame sussistono talune significative **differenze**.

Anzitutto, mentre nel contratto per persona da nominare lo stipulante agisce *per sé* o per persona da nominare, il mediatore per contraente non nominato conserva la veste di intermediario e non può essere considerato come un contraente in proprio. Infatti, mentre, nel contratto per persona da nominare, la mancata dichiarazione di nomina fa sì che il contratto produca i suoi effetti tra i contraenti originari, nell'art. 1762 c.c. la mancata nomina del contraente si limita a precludere all'altra parte il potere di agire nei confronti del contraente occulto, rendendo indispensabile la responsabilità *ex lege* del mediatore.

Inoltre, a differenza di quanto previsto per il contratto per persona da nominare (nel quale la dichiarazione di nomina non ammette equipollenti) nella fattispecie dell'art. 1762, alla dichiarazione di nomina può sopperire la diretta "manifestazione" del contraente occulto.

SEZIONE SESTA

I CONTRATTI ALEATORI

I. RENDITA VITALIZIA, RENDITA PERPETUA E CONTRATTO DI MANTENIMENTO

I. CENNI GENERALI

Si è già esaminata, nel Vol. I (Cap. IV, Parte II, Sez. I, I, § 11), la distinzione tra contratti commutativi e contratti aleatori, evidenziando come questi ultimi siano caratterizzati dall'*alea in senso giuridico*, cioè dal *rischio da cui dipende l'incertezza sulla stessa possibilità di conseguire la prestazione attesa o l'incertezza sul suo ammontare*.

Lalea in senso giuridico deve essere distinta dalla c.d. **alea normale**, che caratterizza, invece, i contratti commutativi e che consiste nel mero rischio di eventi che alterino il valore economico delle rispettive prestazioni. Nel nostro ordinamento, infatti, non vige il principio di *necessaria equivalenza oggettiva delle prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in virtù del quale le reciproche prestazioni debbano porsi in una relazione di necessaria proporzionalità sul piano del valore economico. Proprio l'assenza di tale principio comporta, del resto, che la legge limiti le previsioni di rescissione o risoluzione alle sole ipotesi di lesione *ultra dimidium* (art. 1448 c.c.) o di *eccessiva* onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), senza attribuire rilevanza a sproporzioni che non assurgano al divario indicato da dette norme.

Come si evince indirettamente dall'art. 1469 c.c., i contratti aleatori possono essere tali "per loro natura" o "per volontà delle parti".

Nel **contratto aleatorio per natura**, l'*alea* (*id est*, il rischio) è un elemento *strutturale* del tipo contrattuale (ad esempio, il contratto di assicurazione). Nel **contratto aleatorio per volontà delle parti**, invece, l'*alea* è *di per sé* estranea allo schema legale, ma deriva da una specifica pattuizione (ad esempio, art. 1472, 2° comma, c.c.: c.d. *emptio spei*). Per rendere aleatorio un contratto commutativo (quale, appunto, la compravendita), non basta, tuttavia, un'accettazione tacita del rischio (come, ad esempio, nel caso di colui che, pur configurandosi che la cosa futura possa non venire ad esistenza, decida di stipulare ugualmente il contratto), ma occorre una volontà espressamente rivolta all'accettazione del rischio.

Ad esempio, sono stati considerati aleatori *per volontà delle parti*:

- il mutuo nel quale le parti introducano un coefficiente di assoluta incertezza quale l'oscillazione del cambio, addossandolo al mutuatario (Cass. 25 novembre 2002, n. 16568);
- il contratto di appalto nel quale, attraverso la pattuizione dell'invariabilità del corrispettivo e in deroga alle norme in tema di revisione del prezzo (art. 1664 c.c.), sia stata posta ad esclusivo carico dell'appaltatore l'alea correlata alla sopravvenienza di una maggiorazione dei costi (Cass. 5 settembre 1997, n. 8570).

2. LA RENDITA VITALIZIA

Con il contratto oneroso di rendita vitalizia una parte trasferisce all'altra un bene mobile o immobile o cede un capitale verso il corrispettivo del diritto di esigere, per l'intera durata della propria vita, la prestazione periodica di una somma di denaro o di una certa quantità di altre cose fungibili (art. 1872 c.c.).

A fronte, quindi, di un'attribuzione patrimoniale contestuale alla conclusione del contratto (si tratta, infatti, di un contratto con efficacia reale), il corrispettivo sacrificio economico della parte tenuta a corrispondere la rendita è *incerto* nel suo ammontare, perché legato alla vita dell'alienante. Le parti possono adottare come parametro della durata della rendita anche la vita di un'altra persona (diversa dall'alienante) o di più persone (art. 1873 c.c.). In ogni caso, l'affare si rivelerà conveniente per l'alienatario soltanto nel caso in cui la vita dello stipulante o dell'altra persona (o delle altre persone) sia breve.

Proprio in ragione dell'intrinseca natura aleatoria della rendita vitalizia, il contratto è nullo se la rendita è costituita per la durata della vita di persona che, al tempo del contratto, aveva già cessato di vivere (art. 1876 c.c.).

Per analoga ragione, la giurisprudenza ritiene nullo il contratto per difetto di causa, quando il beneficiario della rendita, per malattia o per l'età particolarmente avanzata, sia da ritenere prossimo alla morte.

Specificando la previsione generale di cui all'art. 1469 c.c., l'art. 1879 c.c. stabilisce che il debitore è tenuto a pagare la rendita per tutto il tempo per il quale è stata costituita, per quanto gravosa sia divenuta la sua prestazione (art. 1879, 2° comma, c.c.). Salvo patto contrario, il debitore non può neppure liberarsi del pagamento della rendita offrendo la restituzione del bene o del capitale ricevuto e rinunciando alla ripetizione delle annualità già corrisposte (art. 1879, 1° comma, c.c.).

La rendita può essere costituita anche con la previsione di una pluralità di beneficiari (c.d. **rendita congiuntiva**: ad esempio, il sig. Rossi aliena un bene immobile al sig. Bianchi, con l'obbligo di quest'ultimo di corrispondere e 2.000 mensili in favore proprio e della moglie). In tal caso, salvo patto contrario, la parte spettante al creditore premorto si accresce a favore degli altri (art. 1874 c.c.).

La rendita può essere costituita anche in favore di un terzo, in conformità al modello generale del contratto a favore di terzi (art. 1411 c.c.); in tal caso, quantunque la rendita importi per il terzo beneficiario una liberalità, la stipulazione non richiede la forma solenne della donazione (art. 1875 c.c.). Non può escludersi, peraltro, che la stipulazione in favore del terzo non sia compiuta a titolo di liberalità, ma per una causa onerosa (ad esempio, come prestazione in luogo dell'adempimento di un obbligo dello stipulante nei confronti del terzo).

Di regola, il creditore acquista il suo diritto alla rendita *giorno per giorno* (come i frutti civili: art. 821, 3° comma, c.c.), in proporzione del numero dei giorni vissuti da colui sulla vita del quale è costituita (art. 1880, 1° comma, c.c.). Le parti possono pattuire, però, che la rendita sia pagata a rate anticipate; nel qual caso, il credito sorge nel giorno di scadenza di ciascuna rata (art. 1880, 2° comma, c.c.).

In caso di **inadempimento** dell'obbligo di pagamento delle rate scadute, il creditore

non può domandare la risoluzione, ma può far sequestrare e vendere i beni del debitore, affinché col ricavato della vendita si faccia l'impiego di una somma sufficiente ad assicurare il pagamento della rendita (art. 1878 c.c.). La norma esclude, dunque, eccezionalmente, la facoltà di domandare la risoluzione di un contratto con prestazioni corrispettive. In considerazione degli scopi principalmente assistenziali della rendita, infatti, il creditore non trarrebbe alcuna utilità dallo scioglimento del vincolo contrattuale, che determinerebbe l'estinzione del proprio credito al pagamento di una somma periodica. La norma, peraltro, è ritenuta di natura dispositiva, potendo le parti prevedere espressamente il rimedio della risoluzione per inadempimento (art. 1453 c.c.).

Il creditore può domandare la risoluzione del contratto, invece, in caso di rendita costituita a titolo oneroso, se il promittente non dà o diminuisce le garanzie pattuite (art. 1877 c.c.).

Accanto alla rendita vitalizia onerosa – la quale sola costituisce un contratto aleatorio – il codice (art. 1872, 2° comma, c.c.) menziona la **rendita vitalizia costituita per donazione o per testamento**, la quale non ha natura aleatoria per la semplice ragione che, in essa, manca una causa di scambio.

Nella donazione di rendita vitalizia, il donante si obbliga a corrispondere una rendita al donatario per l'intera durata della vita di quest'ultimo. Si tratta, pertanto, di una comune donazione obbligatoria (art. 769 c.c.), il cui oggetto è costituito dalla corresponsione di una rendita.

Nel legato di rendita vitalizia, il testatore attribuisce al legatario il diritto a una rendita vitalizia. È un'ipotesi speciale di legato di prestazioni periodiche (art. 670 c.c.).

Nelle rendite vitalizia costituite a titolo gratuito, il costituente (donante o testatore) può disporre che il diritto di credito alla rendita non sia soggetto a pignoramento o a sequestro entro i limiti del bisogno del creditore (art. 1881 c.c.).

La rendita vitalizia a titolo gratuito non può essere risolta per inadempimento in caso di mancanza o diminuzione delle garanzie pattuite (*ex* art. 1877 c.c.).

2.1. LA RENDITA PERPETUA

Prima ancora della rendita vitalizia, il codice disciplina la figura (non molto frequente nella pratica) della rendita perpetua, che è il contratto col quale una parte aliena un bene immobile o cede un capitale all'altra in cambio del diritto di esigere *in perpetuo* la prestazione periodica di una somma di danaro o di una certa quantità di altre cose fungibili (art. 1861 c.c.).

La rendita perpetua non appartiene alla categoria dei contratti aleatori, perché in essa manca l'incertezza connessa alla durata della vita della persona sulla quale la rendita è costituita.

Si distingue tra *rendita fondiaria*, avente ad oggetto l'alienazione di un immobile, e *rendita semplice*, avente ad oggetto la cessione di un capitale (art. 1863 c.c.). A differenza della rendita vitalizia, quindi, la rendita perpetua non può essere costituita con alienazione di un bene mobile.

La rendita perpetua può essere costituita:

- *a titolo oneroso* (nel qual caso è soggetta alle norme stabilite per la vendita) (art. 1862, 2° comma, c.c.);
- *a titolo gratuito* (nel qual caso si applicano le norme sulla donazione) (art. 1862, 2° comma, c.c.);
- *per testamento* (*ex* art. 1869 c.c.);
- *quale onere dell'alienazione gratuita di un immobile o della cessione gratuita di un capitale* (art. 1861, 2° comma, c.c.).

Si ammettono, peraltro, fonti della rendita anche diverse da quelle espressamente menzionate dalla legge (**rendite atipiche**), come, ad esempio, nel caso in cui una parte si obblighi a corrispondere una rendita perpetua per effetto della stipulazione di una transazione, di una divisione con conguagli, ecc. La rendita può costituire, inoltre, la prestazione dovuta dall'assicuratore in seguito alla sopravvivenza o alla morte (nel qual caso, la rendita sarà dovuta in favore di un terzo) del contraente.

L'atipicità potrebbe consistere, altresì, nell'oggetto dell'attribuzione (ad esempio, il trasferimento di un diritto reale minore su bene immobile) o nell'oggetto della corresponsione periodica (ad esempio, cose infungibili o prestazioni di *facere*). La rendita sarebbe parimenti atipica qualora le parti pattuissero, in luogo di una prestazione in perpetuo, una prestazione a tempo determinato.

Essendo previsto che l'obbligo del soggetto tenuto al pagamento della rendita possa durare *in perpetuo*, la legge prevede la *redimibilità* della rendita mediante esercizio, con atto unilaterale, del **diritto di riscatto**. Tale diritto si esercita col pagamento della somma che risulta dalla capitalizzazione della rendita annua sulla base dell'interesse legale. Le modalità del riscatto sono stabilite dalle leggi speciali (art. 1866 c.c.).

Il diritto di riscatto non può costituire oggetto di rinuncia per effetto di convenzione contraria (art. 1865, 1° comma, c.c.). Le parti possono solo limitarsi a stabilire alcune condizioni del riscatto, quali:

1) il divieto di esercitare il riscatto durante la vita del beneficiario o prima di un certo termine, il quale non può eccedere i dieci anni nella rendita semplice e i trenta anni nella rendita fondiaria (art. 1865, 2° comma, c.c.);

2) l'obbligo del debitore di dare preavviso al beneficiario, con termine non eccedente l'anno (art. 1865, 3° comma, c.c.).

Se sono convenuti termini più lunghi, essi si riducono nei limiti di legge (art. 1865, 4° comma, c.c.).

Accanto al riscatto volontario, il codice disciplina il riscatto forzoso (art. 1867 c.c.) e il riscatto per insolvenza del debitore (art. 1868 c.c.).

Qualora la rendita o altra prestazione annua sia dovuta o possa durare per oltre dieci anni, il debitore deve fornire al creditore, a richiesta di quest'ultimo e trascorsi nove anni dalla data del documento che regola l'obbligazione periodica, un nuovo documento che riconosca il relativo diritto (art. 1870 c.c.). La **ricognizione del diritto** del creditore, oltre a svolgere una funzione probatoria, mira a scongiurare la possibilità che il debitore eccipisca la prescrizione decennale.

Si tratta di un atto unilaterale di accertamento (simile alla ricognizione del diritto di enfiteusi: art. 969 c.c.). Secondo l'opinione prevalente, la ricognizione del diritto potrebbe essere pretesa anche dal creditore di rendita vitalizia.

Il codice disciplina la rendita (perpetua o vitalizia) alla stregua di un contratto tipico. Invero, l'opinione prevalente è nel senso che la rendita consista in un **rapporto obbligatorio**, la cui fonte può consistere nel contratto, nel testamento, in atti unilaterali e, anche, nella sentenza del giudice.

A proposito del contratto, si è detto come la stessa legge (art. 1862 c.c.) rinvii alle norme sulla vendita o sulla donazione, a seconda della natura onerosa o gratuita del titolo. Ma una serie di altri contratti (assicurazione, transazione, divisione, ecc.) – come si è parimenti evidenziato – possono costituire la fonte di una rendita.

Col testamento la rendita può essere costituita sia come legato sia come onere (a carico dell'erede o del legatario) (art. 1861, 2° comma; art. 1869 c.c.).

La rendita, peraltro, può consistere nella prestazione oggetto di una promessa al pubblico (art. 1989 c.c.).

La rendita vitalizia può essere costituita, infine, con sentenza, in sede di liquidazione del

danno alla persona a carattere permanente, tenuto conto delle condizioni delle parti e della natura del danno (art. 2057 c.c.).

Salva la forma prevista dalla particolare natura dell'atto (ad esempio, la donazione), tutti gli atti – contratti e atti unilaterali – che costituiscono rendite perpetue o vitalizie (anche quando non abbiano ad oggetto l'alienazione di beni immobili) sono soggetti alla forma scritta a pena di nullità (art. 1350, n. 10).

Le norme del codice in materia di rendita 1861-1881 c.c.) appaiono applicabili, in linea di principio, ad ogni *rapporto di rendita*, qualunque sia la fonte da cui esso derivi. Soltanto per le rendite emesse dallo Stato tale disciplina è espressamente dichiarata inapplicabile (art. 1871 c.c.).

3. IL CONTRATTO DI MANTENIMENTO

Differenziandolo dal contratto oneroso di rendita vitalizia, la giurisprudenza ha riconosciuto natura atipica al contratto di mantenimento, col quale una parte aliena all'altra un bene mobile o immobile o cede un capitale, in cambio dell'assunzione dell'obbligazione di provvedere al mantenimento del beneficiario per tutta la durata della vita di quest'ultimo.

Mentre, nella rendita vitalizia, l'obbligazione dell'alienatario consiste esclusivamente in un *dare*, che non varia a seconda dei bisogni del vitaliziato, nel contratto di mantenimento l'alienatario si obbliga a prestare all'alienante assistenza morale e materiale, tale da garantirgli la qualità e il tenore di vita goduti al momento dell'alienazione. Si tratta, quindi, di un'**obbligazione di *facere***, che connota, altresì, di **infungibilità** la prestazione del debitore. Inoltre, la prestazione di dare ha, nella rendita vitalizia, carattere *periodico*, mentre nel contratto di mantenimento la prestazione dell'obbligato ha carattere *continuativo*.

La misura, la qualità e l'oggetto delle prestazioni sono rimesse alla volontà delle parti. Se, ad esempio, l'obbligazione dell'alienatario consiste nel prestare i soli alimenti, si preferisce qualificare il contratto come *vitalizio alimentare*. Se, invece, le parti attribuiscono alla prestazione prevalente contenuto non meramente patrimoniale di assistenza morale (ad esempio, la compagnia quotidiana) e di cure (in caso di malattia, vecchiaia, ecc.), si parla di *vitalizio assistenziale*.

Come la rendita vitalizia, il contratto di mantenimento è un contratto aleatorio, perché la prestazione del debitore è connessa alla durata della vita dell'alienante.

Nel contratto di mantenimento, però – a differenza della rendita vitalizia – la prestazione dovuta è soggetta al **rischio di aggravamento** per il naturale incremento, col passare degli anni, dei bisogni del beneficiario. In tale ipotesi – secondo la giurisprudenza – il trasferimento di altro bene, quale compenso della maggiore gravosità sopravvenuta dell'assistenza morale e materiale da prestare, è privo di causa, perché in tal modo l'ulteriore attribuzione patrimoniale mira soltanto ad eliminare il rischio connaturale alla sproporzione tra le due prestazioni.

A differenza di quanto previsto per la rendita vitalizia (art. 1878 c.c.), l'inadempimento del debitore, stante l'*intuitus personae* che caratterizza la sua prestazione, attribuisce al creditore il potere di agire per la **risoluzione del contratto**, secondo le norme generali (art. 1453 c.c.).

II. IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE

1. NOZIONE

L'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso il pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana (art. 1882 c.c.).

La definizione allude ai due fondamentali sotto-tipi in cui si riparte, dopo le disposizioni generali (artt. 1882-1903), la disciplina del codice: *l'assicurazione contro i danni* (artt. 1904-1918) e *l'assicurazione sulla vita* (artt. 1919-1927).

Già noto al Codice Napoleonico (che disciplinava, tuttavia, la sola figura dell'assicurazione marittima), il contratto di assicurazione fu regolato in Italia dal codice di commercio del 1882 (artt. 417-453), che già prevedeva, accanto ad alcune disposizioni generali, la distinzione tra assicurazioni contro i danni (artt. 423-448) e assicurazioni sulla vita (artt. 449-453).

Tuttavia, dopo il codice del 1942 e soprattutto negli ultimi decenni, il fenomeno assicurativo ha conosciuto un'immensa espansione nel settore privato e pubblico. Per esigenze di sicurezza sociale dovute al moltiplicarsi delle figure di danno, il legislatore ha introdotto numerose previsioni di **assicurazione obbligatoria**, volte a prevenire il mancato ristoro del danno per insufficiente solvibilità del danneggiante (v., ad esempio, la l. n. 990 del 1969 sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti – ora abrogata e sostituita dal d. lgs 7 settembre 2005, n. 209 – nonché la l. n. 363 del 2003, che ha introdotto l'assicurazione obbligatoria dei gestori delle aree sciabili attrezzate per i danni derivabili agli utenti e ai terzi per fatti derivanti da responsabilità del gestore in relazione all'uso di dette aree).

Nel settore pubblico, lo Stato ha utilizzato lo strumento delle **assicurazioni sociali** per coprire, in particolare, i danni conseguenti allo svolgimento o alla cessazione dell'attività lavorativa. Le assicurazioni sociali sono disciplinate dalle leggi speciali e, soltanto in via residuale, dalle norme del codice civile (art. 1886 c.c.).

Per garantire la vigilanza sul settore assicurativo, con l. n. 576 del 1982 fu istituito l'ISVAP (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo). L'intera materia delle assicurazioni private è stata regolamentata dal **Codice delle assicurazioni private** (D.Lvo 7 settembre 2005, n. 209).

Lo svolgimento dell'attività di assicuratore è consentito soltanto a soggetti che presentino adeguate garanzie di continuità, organizzazione e solidità economica; l'assicuratore, pertanto, può essere costituito soltanto come istituto di diritto pubblico, società per azioni, società cooperativa o mutua assicuratrice (art. 1883 c.c.).

Gli assicuratori possono valersi di **agenti**. Questi ultimi, se autorizzati a concludere i contratti di assicurazione, possono compiere – salvi i limiti contenuti nella procura – gli atti concernenti le modificazioni e la risoluzione dei contratti medesimi e possono promuovere azioni ed essere convenuti in giudizio in nome dell'assicuratore, per le obbligazioni dipendenti dagli atti compiuti nell'esecuzione del loro mandato, davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui ha sede l'agenzia presso la quale è stato concluso il contratto (art. 1903 c.c.).

2. LA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

L'assicurazione è un **contratto consensuale**, che si perfeziona, pertanto, con il mero scambio dei consensi.

La giurisprudenza, tuttavia, riconosce all'autonomia contrattuale delle parti (art. 1322 c.c.) la facoltà di modificare le modalità tipiche di conclusione del contratto. È stata ritenuta, pertanto,

valida la clausola della polizza assicurativa che richieda il pagamento della prima rata del premio come requisito essenziale per la conclusione del contratto (e non già come semplice condizione di efficacia del contratto già concluso ai sensi dell'art. 1901 c.c.: *infra*) (Cass. 4 febbraio 2000, n. 1239).

In deroga alla norma generale sulla revocabilità della proposta (art. 1328 c.c.), la **proposta** scritta diretta all'assicuratore rimane ferma per il termine di quindici giorni, o di trenta – come nel caso, ad esempio, dell'assicurazione sulla vita – quando occorre una visita medica. Il termine di irrevocabilità decorre dalla data della consegna o della spedizione della proposta (art. 1887 c.c.).

È prevista la **forma scritta ad probationem** (art. 1888, 1° comma, c.c.). Di solito, il contratto è concluso mediante moduli o formulari (art. 1342 c.c.; artt. 1469 *bis* ss. c.c.) e la legge prevede l'obbligo dell'assicuratore di rilasciare al contraente la **polizza di assicurazione** (o altro documento da lui sottoscritto) (art. 1888, 2° comma, c.c.).

L'assicuratore è anche tenuto a rilasciare, a richiesta e a spese del contraente, duplicati o copie della polizza; ma, in tal caso, può esigere la presentazione o la restituzione dell'originale (art. 1888, 3° comma, c.c.).

Oltre alla sua funzione probatoria, la polizza, se rilasciata all'ordine o al portatore, può essere trasferita al terzo, il quale acquista così il diritto di credito nei confronti dell'assicuratore. Quest'ultimo è liberato se, senza dolo o colpa grave, adempie la prestazione nei confronti del giratario o del portatore della polizza, anche se questi non è l'assicurato (art. 1889, 1° e 2° comma, c.c.).

In caso di smarrimento, furto o distruzione della polizza all'ordine, si applicano le disposizioni relative all'ammortamento dei titoli all'ordine (art. 1889, 3° comma, c.c.).

3. IL RISCHIO ASSICURATIVO

Il contratto di assicurazione è caratterizzato – come si è detto – da intrinseca aleatorietà, poiché le parti, al momento della conclusione del contratto, non possono prevedere se l'evento dannoso si verificherà. Non è possibile predeterminare, quindi, quale delle due parti trarrà un vantaggio economico dall'attuazione del rapporto: se il rischio non si concretizzerà, infatti, l'assicurato avrà versato i suoi premi senza ottenere alcun indennizzo da parte dell'assicuratore; nel caso contrario, invece, potrà verosimilmente risultare che l'indennizzo percepito dall'assicurato a copertura del danno subito sia di ammontare notevolmente maggiore dell'importo costituito dalla somma dei premi versati. Il rischio rappresenta, pertanto, l'elemento essenziale caratterizzante la *causa* del contratto di assicurazione.

La disciplina legislativa evidenzia quattro **caratteristiche del rischio assicurativo**. Esso, infatti:

a) *deve esistere al momento della conclusione del contratto;*

Se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto, **il contratto è nullo** (art. 1895 c.c.). Non si può assicurare contro il furto, ad esempio, un quadro che, prima della stipulazione, sia andato distrutto in un incendio.

b) *deve essere stato esattamente valutato dalle parti all'atto della stipulazione;*

La necessità che l'assicuratore valuti esattamente, al momento della conclusione del contratto, quale sia il rischio che l'evento dannoso si verifichi impone al contraente il **divieto di dichiarazioni inesatte e di reticenze** (ossia di affermazioni ed omissioni in grado di incidere sulla rappresentazione del rischio), relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il

suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni. Le conseguenze sul contratto delle dichiarazioni inesatte e delle reticenze mutano a seconda che il contraente le abbia rese con dolo o colpa grave (oppure no).

1) *Se il contraente ha agito con dolo o colpa grave*, l'assicuratore può domandare l'annullamento del contratto; a tal fine, egli ha l'onere (a pena di decadenza) di dichiarare al contraente di volere esercitare l'impugnazione entro tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l'inesattezza della dichiarazione o la reticenza (art. 1892, 1° e 2° comma, c.c.).

Posto che l'annullamento è imputabile al contraente, l'assicuratore ha diritto ai premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento della domanda di annullamento e, in ogni caso, al premio convenuto per il primo anno. Al contrario, se il sinistro si verifica prima del termine di tre mesi per la dichiarazione di impugnazione del contratto, l'assicuratore non è tenuto a pagare la somma assicurata (art. 1892, 3° comma, c.c.).

Rispetto alla disciplina generale sull'annullamento del contratto, la norma presenta due profili di specialità:

- anche il dolo *incidente* (art. 1440 c.c.) è causa di annullamento del contratto;
- la retroattività dell'annullamento è parziale ed opera soltanto in pregiudizio dei diritti del contraente.

Se il sinistro si verifica prima che l'assicuratore sia venuto a conoscenza della dichiarazione inesatta o della reticenza, l'assicuratore richiesto del pagamento dell'indennizzo può far valere l'annullabilità del contratto in via di eccezione (Cass. 19 novembre 2003, n. 17505).

2) *Se il contraente ha agito senza dolo o colpa grave*, l'assicuratore ha il diritto di recedere dal rapporto contrattuale nei tre mesi dal giorno in cui ha avuto conoscenza della dichiarazione o della reticenza.

In tal caso, gli effetti del recesso si producono *ex nunc*: di conseguenza, l'assicuratore è tenuto a indennizzare il sinistro verificatosi prima della dichiarazione di recesso, salva la riduzione della somma dovuta in proporzione alla differenza tra il premio convenuto e quello che sarebbe stato applicato se l'assicuratore avesse conosciuto il rischio effettivo (art. 1893 c.c.).

c) *deve avere ad oggetto la verifica di eventi non dovuti a dolo o colpa grave dell'assicurato*;

È questa la previsione generale contenuta nell'art. 1900 c.c., che fa salvo, peraltro, il patto contrario per i soli casi di colpa grave.

Inoltre, l'assicuratore è obbligato per il sinistro cagionato da dolo o da colpa grave delle persone del fatto delle quali l'assicurato deve rispondere (ad esempio, incapaci, minori e apprendisti: artt. 2047-2049 c.c.) (art. 1900, 2° comma, c.c.). Allo stesso modo, l'assicuratore è obbligato, nonostante il patto contrario, per i sinistri conseguenti ad atti del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, compiuti per dovere di solidarietà umana o nella tutela degli interessi comuni all'assicuratore (art. 1900, 3° comma, c.c.).

d) *deve persistere, tendenzialmente nella stessa misura, nel corso dell'attuazione del rapporto*.

Successivamente alla conclusione del contratto, il rischio può *cessare, diminuire o aggravarsi*.

1) **Se il rischio cessa di esistere** dopo la conclusione del contratto, il contratto si scioglie automaticamente. L'assicuratore ha diritto al pagamento dei premi finché la cessazione del rischio non gli sia comunicata o non venga altrimenti a sua conoscenza. I premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento della comunicazione o della conoscenza sono dovuti per intero (art. 1896, 1° comma, c.c.). Se il rischio cessa nell'intervallo di tempo compreso tra la conclusione del contratto e la sua efficacia (ad esempio, in caso di condizione sospensiva o termine iniziale), il contratto si scioglie e l'assicuratore ha diritto soltanto al rimborso delle spese (art. 1896, 2° comma, c.c.).

2) La **diminuzione del rischio**, di regola, non produce effetti sul premio, se taciuta dal contraente. Qualora, invece, il contraente comunichi all'assicuratore una diminuzione del rischio tale che, se fosse stata conosciuta al momento della conclusione del contratto, avrebbe indotto

le parti a stabilire un premio inferiore, a decorrere dalla scadenza del premio o della rata di premio successiva a tale comunicazione il contraente ha diritto alla riduzione del premio in proporzione al minor rischio. L'assicuratore, tuttavia, in alternativa alla riduzione della propria pretesa, può recedere dal contratto entro due mesi dal giorno in cui ha ricevuto la comunicazione di diminuzione del rischio e il contratto cessa di avere effetti dopo un mese (art. 1897 c.c.).

3) Il contraente deve comunicare immediatamente all'assicuratore l'**aggravamento del rischio**, purché l'aggravamento sia tale che, se fosse esistito e fosse stato conosciuto dall'assicuratore al momento della conclusione del contratto, l'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione o l'avrebbe consentita per un premio più elevato. Entro un mese dalla comunicazione o dalla notizia dell'aggravamento del rischio, l'assicuratore può recedere per iscritto dal contratto, ma gli effetti del recesso sono diversi a seconda della natura o dell'entità dell'aggravamento:

— se l'aggravamento è tale che l'assicuratore non avrebbe acconsentito all'assicurazione; il recesso ha effetto immediato e l'assicuratore non risponde per il sinistro verificatosi prima che siano trascorsi i termini per la comunicazione e per l'efficacia del recesso;

— se l'aggravamento, invece, è tale che avrebbe indotto soltanto alla pattuizione di un premio maggiore, il recesso ha effetto dopo quindici giorni e, in caso di sinistro verificatosi prima dei termini per la comunicazione e per il recesso, l'indennizzo è dovuto, ma la somma è proporzionalmente ridotta, tenuto conto del rapporto tra il premio stabilito nel contratto e quello che sarebbe stato fissato se il maggior rischio fosse esistito al tempo del contratto stesso.

In caso di recesso, l'assicuratore ha comunque diritto ai premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento della dichiarazione di recesso (art. 1898 c.c.).

4. ASSICURAZIONE IN NOME ALTRUI, PER CONTO ALTRUI, PER CONTO DI CHI SPETTA E IN FAVORE DEL TERZO

La controparte dell'assicuratore è definita genericamente come **contraente** ed è la parte che, assumendo gli obblighi nei confronti dell'assicuratore, è tenuta al pagamento del premio. **L'assicurato**, invece, è il titolare dell'interesse protetto dall'assicurazione. Solitamente, contraente e assicurato sono lo stesso soggetto, ma le due figure possono anche non coincidere (ad esempio, il conduttore sig. Rossi, essendovi obbligato da una clausola del contratto di locazione, stipula una polizza assicurativa per il caso di incendio dell'immobile di proprietà del locatore sig. Bianchi: quest'ultimo è il soggetto assicurato, ma il contraente è il sig. Rossi).

Il **beneficiario**, a sua volta, è l'avente diritto all'indennizzo dovuto dall'assicuratore nel caso di verifica dell'evento assicurato. Anche in tal caso, il beneficiario può coincidere con il contraente e/o con l'assicurato, ma può essere anche un terzo (ad esempio, il sig. Rossi stipula una polizza assicurativa sulla propria vita, indicando il figlio come beneficiario dell'indennizzo eventualmente dovuto: art. 1920 c.c.): in tal caso, l'assicurazione configura un contratto a favore del terzo (art. 1411 c.c.).

Nell'**assicurazione in nome altrui**, gli effetti del contratto si producono nei confronti di colui in nome del quale il contraente ha agito se quest'ultimo era munito di potere rappresentativo. Se, invece, il contraente ha agito come *falsus procurator*, si configura un'ipotesi speciale di rappresentanza senza potere (art. 1398 c.c.) che si caratterizza per due deroghe alla disciplina generale.

1) In primo luogo – a fronte della previsione generale di *inefficacia* del contratto stipulato dal *falsus procurator* – il falso rappresentante del contraente è tenuto personalmente ad osservare gli obblighi derivanti dal contratto (e, quindi, al pagamento dei premi) fino al momento in cui l'assicuratore ha avuto notizia della ratifica o del rifiuto di questa (art. 1890, 2° e 3° comma, c.c.).

2) Per altro verso, il falsamente rappresentato può ratificare il contratto anche dopo la scadenza o il verificarsi del sinistro (art. 1890, 1° comma, c.c.).

Le due previsioni sono strettamente connesse. Infatti, se, per tutelare l'interesse del falsamente rappresentato, si concede a quest'ultimo un potere di ratifica anche successivo al verificarsi del sinistro, non v'è dubbio che la prestazione di copertura del rischio debba essere remunerata col pagamento dei premi che, fino alla ratifica, non può che gravare sul falso rappresentante.

Nell'**assicurazione per conto altrui**, vi è dissociazione tra contraente e assicurato: il contraente agisce in nome proprio, ma per conto del soggetto titolare dell'interesse protetto dall'assicurazione (ad esempio, colui che ha il godimento di un'autovettura in base a una procura a vendere stipula un'assicurazione per conto del proprietario del veicolo).

Anche nell'**assicurazione per conto di chi spetta**, il contraente è un soggetto diverso dal titolare dell'interesse, ma quest'ultimo non è determinato al momento della conclusione del contratto (ad esempio, il gestore di un parcheggio assicura le autovetture dei propri potenziali clienti contro il rischio del furto).

L'assicurazione per conto altrui e per conto di chi spetta sono disciplinate allo stesso modo dal codice (art. 1891 c.c.), il quale distingue tra obblighi e diritti derivanti dal contratto: gli obblighi – compreso il pagamento dei premi – devono essere adempiuti dal contraente (salvo quelli che per loro natura non possono essere adempiuti che dall'assicurato); i diritti spettano, invece, all'assicurato e il contraente, anche se in possesso della polizza, non può farli valere senza espresso consenso dell'assicurato. Per il rimborso dei premi e delle spese del contratto, il contraente può agire verso l'assicurato e ha privilegio sulle somme dovute dall'assicuratore. L'assicuratore può opporre all'assicurato le stesse eccezioni opponibili al contraente in dipendenza del contratto.

È discusso se l'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta rientrino nella figura generale del contratto a favore di terzi.

In senso contrario, sono state evidenziate tre fondamentali differenze:

1) nel contratto a favore di terzi – a differenza dell'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta – è presente un interesse dello stipulante;

2) nell'assicurazione per conto di chi spetta manca la possibilità di revoca della stipulazione a favore del terzo (consentita, invece, dall'art. 1411, 2° comma, c.c.);

3) nel contratto a favore di terzo non è previsto a carico del terzo il rimborso delle somme pagate e delle spese effettuate dallo stipulante (a differenza di quanto previsto dall'art. 1891, 4° comma, c.c.).

Sul piano applicativo, si è formato un contrasto giurisprudenziale circa l'applicabilità, all'assicurazione per conto di chi spetta, della regola posta dall'art. 1411, 3° comma, c.c., secondo la quale, in caso di rifiuto del terzo di profittare della stipulazione, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante. Le Sezioni Unite (sentenza 18 aprile 2002, n. 5556) si sono pronunciate per la tesi dell'inapplicabilità, affermando che i principi vigenti in materia di assicurazione – e, in particolare il principio indennitario, proprio dell'assicurazione contro i danni (art. 1905 c.c., *infra*) – portano ad escludere che la prestazione dell'indennità possa essere effettuata a favore del contraente, il quale non è titolare dell'interesse esposto al rischio.

L'**assicurazione a favore del terzo** si caratterizza per la dissociazione tra il contraente-assicurato e il beneficiario della prestazione dovuta dall'assicuratore. A differenza dell'assicurazione per conto altrui e per conto di chi spetta, essa costituisce certamente una figura speciale di contratto a favore del terzo (art. 1411 c.c.). È prevista come ipotesi tipica nell'ambito dell'assicurazione sulla vita (art. 1920 c.c.).

5. EFFETTI E DURATA DEL CONTRATTO

L'assicurazione è un **contratto di durata**, che produce effetto dalle ore ventiquat-

tro del giorno della conclusione del contratto fino alle ore ventiquattro dell'ultimo giorno della durata stabilita nel contratto stesso (art. 1899, 1° comma, c.c.).

Il contratto può essere *a tempo determinato* o *indeterminato*; in quest'ultimo caso, pur nel silenzio della legge, deve ammettersi la facoltà di ciascuna parte di recedere dal contratto, con congruo preavviso e con efficacia *ex nunc*.

Per l'assicurazione contro i danni, è prevista una particolare disciplinare:

— se è stato pattuito un termine finale, il contratto può essere tacitamente prorogato, una o più volte, ma ciascuna proroga tacita non può avere una durata superiore a due anni (art. 1899, 2° comma, c.c.);

— se la durata pattuita è superiore a dieci anni, le parti, trascorso il decennio, hanno la facoltà irrinunciabile di recedere dal contratto con preavviso di sei mesi (art. 1899, 1° comma, c.c.).

Il contraente è obbligato a pagare il *premio*, che può consistere in un'unica prestazione (avente ad oggetto una somma di denaro) ovvero – più spesso – in una pluralità di prestazioni periodiche. Il pagamento di ciascun premio può essere concordato mediante versamenti rateali.

L'inadempimento determina la **sospensione ope legis dell'efficacia del contratto**, con termini diversi a seconda che riguardi l'unico premio pattuito (o la prima rata di esso) oppure i premi successivi al primo. Nel primo caso, l'assicurazione resta sospesa fino alle ore ventiquattro del giorno in cui il contraente paga quanto è da lui dovuto; nel secondo caso, invece – trattandosi di contraente rivelatosi adempiente in precedenza – la legge assicura comunque, nonostante l'inadempimento, una copertura temporanea del rischio, stabilendo che l'assicurazione resta sospesa dalle ore ventiquattro del quindicesimo giorno dopo quello della scadenza (art. 1901, 1° e 2° comma, c.c.).

La pratica commerciale conosce la c.d. **clausola di regolazione del premio assicurativo**, con la quale l'ammontare del premio è soggetto ad elementi variabili di rischio: nel contratto, cioè, è indicato un premio minimo, fissato in via provvisoria e anticipata in un importo determinato, il quale alla fine del periodo assicurativo è regolato definitivamente sulla scorta dei dati variabili che l'assicurato si obbliga a comunicare all'assicuratore (ad esempio, in un contratto di assicurazione contro i rischi del credito commerciale, l'assicurato si obbliga a comunicare l'ammontare complessivo delle vendite effettuate nel periodo assicurativo). La *ratio* della clausola è di creare un meccanismo che consenta l'adeguamento del premio all'effettivo rischio che le parti non erano in grado di stabilire al momento della sottoscrizione del contratto o dell'inizio del periodo assicurativo.

La validità di questo tipo di clausola è stata riconosciuta dalle Sezioni Unite (sent. 28 febbraio 2007 n. 4631), secondo cui la clausola costituisce uno strumento di tutela per entrambe le parti del contratto di assicurazione, poiché la conoscenza degli elementi variabili conseguita dall'assicuratore fa nascere tra le parti un rapporto giuridico che può determinare una posizione debitoria o creditoria dell'assicurato, secondo lo scarto in più o in meno dell'ipotesi preventiva.

La mancata comunicazione dei dati variabili – pur configurando l'inadempimento di un obbligo convenzionalmente assunto (che potrebbe condurre alla risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1455 c.c.) – non comporta, invece, l'automatica violazione dell'art. 1901 c.c. e la prevista sospensione del rapporto di assicurazione.

La **risoluzione del contratto** è diversamente disciplinata a seconda che riguardi l'assicurazione contro i danni o quella sulla vita.

Nell'assicurazione contro i danni, in entrambi i casi di inadempimento sopra descritti, all'assicuratore è rimessa la scelta tra l'azione per la riscossione del premio o della

rata (che, se esercitata entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione, restituisce efficacia al rapporto contrattuale) e la risoluzione di diritto del contratto, che si verifica dopo sei mesi dal giorno di scadenza del premio o della rata (art. 1901, 3° comma, c.c.).

Nell'assicurazione sulla vita, invece, occorre distinguere: se il mancato pagamento riguarda il premio relativo al primo anno, all'assicuratore è concessa soltanto l'azione per la riscossione del premio entro sei mesi dalla scadenza (art. 1924, 1° comma, c.c.); viceversa, il mancato pagamento dei premi successivi, nel termine di tolleranza previsto dalla polizza o, altrimenti, nei venti giorni dalla scadenza, provoca la risoluzione di diritto del contratto e i premi pagati restano acquisiti all'assicuratore, salvo che sussistano le condizioni per il riscatto dell'assicurazione o per la riduzione della somma assicurata (art. 1924, 2° comma, c.c.).

Altra causa di scioglimento automatico del contratto è la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa assicuratrice. La fusione e l'incorporazione tra imprese assicuratrici, invece, non sono causa di scioglimento e il contratto continua con l'impresa assicuratrice che risulta dalla fusione o dall'incorporazione tra le imprese preesistenti (art. 1902 c.c.).

6. L'ASSICURAZIONE CONTRO I DANNI

L'assicurazione contro i danni prevede il requisito essenziale dell'**interesse dell'assicurato al risarcimento del danno**. Il contratto, invero, non può avere finalità speculative e, pertanto, il danno deve ricollegarsi alla lesione di un interesse direttamente riferibile alla sfera giuridica dell'assicurato (diritti della persona, diritti reali, diritti di credito, ecc.). L'interesse deve essere, inoltre, lecito e avere natura patrimoniale. La mancanza di un tale interesse, al momento della conclusione del contratto, ne determina la *nullità* (art. 1904 c.c.).

È nulla, ad esempio, l'assicurazione contro l'incendio dei giardini pubblici posti dinanzi alla propria casa: l'interesse, infatti, non può essere *di mero fatto* e deve consistere nella titolarità di una situazione giuridica soggettiva avente ad oggetto il bene assicurato.

Sotto il profilo della liceità, sarebbe nullo il contratto di assicurazione che il lenone stipulasse per l'inattività della propria meretrice a causa di malattia o infortunio.

Con riguardo alla natura patrimoniale dell'interesse, sarebbe nulla l'assicurazione conclusa per il caso di tradimento da parte del fidanzato o del coniuge.

L'estraneità all'assicurazione di scopi di carattere speculativo costituisce, altresì, il fondamento del **principio indennitario**, in virtù del quale il ristoro del danno subito dall'assicurato costituisce il fine e il limite dell'obbligazione risarcitoria dell'assicuratore. Pertanto, l'assicuratore è tenuto a risarcire, nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, il danno sofferto dall'assicurato in conseguenza del sinistro (art. 1905, 1° comma, c.c.); l'assicuratore risponde del profitto sperato (lucro cessante) solo se si è espressamente obbligato (art. 1905, 2° comma, c.c.).

Se si tratta di assicurazione avente ad oggetto cose (assicurazione contro il furto, incendio, ecc.), nella determinazione del danno non si può attribuire alle cose perite o danneggiate un valore superiore a quello che avevano al tempo del sinistro (art. 1908, 1° comma, c.c.). Tuttavia, le parti possono convenire, circa la quantificazione del danno risarcibile, una serie di clausole, quali:

- la **clausola di assicurazione parziale** (o di sottoassicurazione), in virtù della quale, se il valore assicurato è inferiore al valore reale della cosa al tempo della conclusione del contratto, l'assicuratore risponde del danno *in proporzione* al valore assicurato (art. 1907 c.c.);
- la **clausola di stima** (c.d. *polizza stimata*), con la quale le parti convengono per

iscritto il valore della cosa al momento della conclusione del contratto: se, però, la somma convenuta eccede il valore effettivo della cosa e vi è dolo dell'assicurato, il contratto è nullo e l'assicuratore in buona fede ha diritto ai premi del periodo di assicurazione in corso; se manca il dolo, l'assicurazione è valida, ma si restringe nei limiti del valore reale e il contraente ha diritto per l'avvenire alla proporzionale riduzione del premio (art. 1909 c.c.);

— la **clausola “valore a nuovo”**, con la quale l'assicuratore deve corrispondere la somma necessaria per il riacquisto della cosa perita o danneggiata: secondo la giurisprudenza, infatti, tale clausola, pur arrecando all'assicurato un vantaggio eccedente il principio indennitario (c.d. “costo di rimpiazzo”), è valida perché con essa l'assicurazione copre anche il deperimento naturale del bene assicurato e l'indennizzo è condizionato, comunque, all'effettivo riacquisto del bene perduto.

L'assicurazione per una somma che eccede il valore reale della cosa assicurata (c.d. **soprasassicurazione**) non è valida se vi è stato il dolo da parte dell'assicurato; l'assicuratore, tuttavia, se in buona fede, ha diritto ai premi del periodo di assicurazione in corso (art. 1909, 1° comma, c.c.). Se, però, il contraente ha agito senza dolo, l'assicuratore è tenuto al pagamento dell'indennità fino alla concorrenza del valore reale della cosa assicurata; il contraente, a sua volta, per l'avvenire, ha diritto di ottenere una proporzionale riduzione del premio (art. 1909, 2° comma, c.c.). Se, invece, le parti hanno concluso consapevolmente la soprassicurazione, il contratto non può essere qualificato come assicurazione, ma come contratto atipico *ex art.* 1322 c.c.

Salvo patto contrario, l'assicuratore non è obbligato:

1) per i danni prodotti da vizio intrinseco della cosa assicurata, che non gli sia stato denunziato; se il vizio ha soltanto aggravato il danno, l'assicuratore, salvo patto contrario, risponde del danno nella misura in cui sarebbe stato a suo carico, qualora il vizio non fosse esistito (art. 1906 c.c.);

2) per i danni determinati da movimenti tellurici, da guerra, da insurrezione o da tumulti popolari (art. 1912 c.c.).

Il principio indennitario è all'origine anche della disciplina dell'**assicurazione presso diversi assicuratori**. Tale figura può assumere due diverse forme: l'assicurazione cumulativa e la coassicurazione.

1) L'**assicurazione cumulativa** si ha nel caso in cui, per il medesimo rischio, siano contratte separatamente più assicurazioni presso diversi assicuratori. In tal caso, l'assicurato ha l'obbligo di dare avviso di tutte le assicurazioni a ciascun assicuratore. Se l'assicurato omette dolosamente di dare l'avviso, gli assicuratori non sono tenuti a pagare l'indennità (art. 1910, 1° e 2° comma, c.c.).

Nel caso di sinistro, l'assicuratore deve darne avviso a tutti gli assicuratori (a norma dell'art. 1913 c.c., *infra*), indicando a ciascun assicuratore il nome degli altri. Gli assicuratori – ciascuno nei limiti previsti dal rispettivo contratto – sono obbligati in solido nei confronti dell'assicurato, purché le somme complessivamente riscosse non superino l'ammontare del danno (art. 1910, 3° comma, c.c.).

L'assicuratore, che abbia pagato il danno, ha diritto di regresso contro gli altri assicuratori per la ripartizione proporzionale in ragione delle indennità dovute secondo i rispettivi contratti. Se un assicuratore è insolvente, la sua quota viene ripartita fra gli altri assicuratori (art. 1910, 4° comma, c.c.).

2) Nella **coassicurazione** – a differenza dell'assicurazione cumulativa – la medesima assicurazione (o l'assicurazione di rischi relativi alle stesse cose) è ripartita tra gli assicuratori per quote determinate; conseguentemente, ciascun assicuratore è tenuto al pagamento dell'indennità assicurata soltanto in proporzione della rispettiva quota, anche se unico è il contratto sottoscritto da tutti gli assicuratori (art. 1911 c.c.).

Mentre nell'assicurazione cumulativa gli assicuratori sono *coobbligati in solido*, l'obbligazione dei coassicuratori ha natura parziaria.

6.1. DIRITTI E OBBLIGHI DELLE PARTI

Allo scopo di evitare che il contratto di assicurazione possa condurre al conseguimento di finalità speculative, con particolare pregiudizio a carico dell'assicuratore tenuto ad indennizzare il danno, il codice disciplina una serie di oneri e obblighi a carico dell'assicurato.

A) **Oneri di avviso**

L'assicurato deve dare avviso del *sinistro* all'assicuratore o all'agente autorizzato a concludere il contratto entro tre giorni da quello in cui il sinistro si è verificato o l'assicurato ne ha avuto conoscenza (art. 1913 c.c.).

Non è necessario l'avviso, se l'assicuratore o l'agente autorizzato alla conclusione del contratto interviene entro il detto termine alle operazioni di salvataggio o di constatazione del sinistro.

Nelle assicurazioni contro la mortalità del bestiame l'avviso, salvo patto contrario, deve essere dato entro ventiquattro ore.

Se il mancato avviso è dipeso dal dolo dell'assicurato, quest'ultimo perde il diritto all'indennità. Se, invece, è dipeso da colpa, l'assicuratore ha diritto di ridurre l'indennità in ragione del pregiudizio sofferto (art. 1915 c.c.). L'adempimento dell'onere di avviso consente all'assicuratore di partecipare al salvataggio delle cose assicurate (*infra*).

Altro onere di avviso sussiste, a carico dell'assicurato, nel caso di *alienazione della cosa assicurata* (art. 1918 c.c.).

Il codice stabilisce, infatti, che *l'alienazione delle cose assicurate non è causa di scioglimento del contratto di assicurazione* (art. 1918, 1° comma, c.c.). L'alienazione produce, quindi, la **successione dell'acquirente nel contratto di assicurazione**. A fronte del mutamento soggettivo della controparte, l'assicuratore, entro dieci giorni da quello in cui ha avuto notizia dell'avvenuta alienazione, può recedere dal contratto, con preavviso di quindici giorni, che può essere dato anche mediate raccomandata (art. 1918, 4° comma, c.c.).

Anche l'acquirente, entro dieci giorni dalla notizia dell'esistenza del contratto di assicurazione, può dichiarare all'assicuratore, mediante raccomandata, che non intende subentrare nel contratto; in caso contrario, egli acquista i diritti e gli obblighi dell'assicurato. Spettano in tal caso all'assicuratore i premi relativi al periodo di assicurazione in corso (art. 1918, 3° comma, c.c.).

L'assicurato, che non comunica all'assicuratore l'avvenuta alienazione e all'acquirente l'esistenza del contratto di assicurazione, rimane obbligato a pagare i premi che scadono posteriormente alla data dell'alienazione (art. 1918, 2° comma, c.c.). Se è stata emessa una polizza all'ordine o al portatore, nessuna notizia dell'alienazione deve essere data all'assicuratore, e così quest'ultimo come l'acquirente non possono recedere dal contratto (art. 1918, 5° comma, c.c.).

B) **Obbligo di salvataggio (art. 1914 c.c.)**

L'assicurato deve fare quanto gli è possibile per evitare o diminuire il danno. In materia di assicurazione per il rischio di furto, ad esempio, la giurisprudenza ha ritenuto che l'obbligo di salvataggio comporti che l'assicurato debba adoperarsi con la diligenza del buon padre di famiglia per il recupero del bene rubato e che tale dovere permanga anche nel corso del giudizio intentato contro l'assicuratore per conseguire l'indennizzo (Cass. 27 febbraio 2002, n. 2909).

L'assicurato ha diritto al rimborso delle spese fatte per evitare o diminuire il danno, in proporzione del valore assicurato rispetto a quello che la cosa aveva nel tempo del sinistro, anche se il loro ammontare, unitamente a quello del danno, supera la somma assicurata, e anche se non si è raggiunto lo scopo, salvo che l'assicuratore provi che le spese sono state fatte inconsideratamente (art. 1914, 1° e 2° comma, c.c.).

L'assicuratore risponde, altresì, dei danni materiali direttamente derivati alle cose assicurate dai mezzi adoperati dall'assicurato per evitare o diminuire i danni del sinistro, salvo che egli provi che tali mezzi sono stati adoperati inconsideratamente (art. 1914, 3° comma, c.c.). La Suprema Corte, ad esempio, ha riconosciuto il diritto del proprietario dell'automezzo assicurato contro il furto, che aveva svuotato il radiatore dell'acqua per evitare o diminuire le possibilità di

sottrazione, al risarcimento dei danni derivati dalla fusione del motore a sèguito della circolazione ad opera del ladro (Cass. 7 settembre 1984, n. 4786).

L'assicuratore – senza pregiudizio per i propri diritti – può intervenire per il salvataggio delle cose assicurate e per la loro conservazione. Egli, se richiesto dall'assicurato, deve anticipare le spese del salvataggio o concorrere in proporzione del valore assicurato (art. 1914, 4° e 5° comma, c.c.).

C) Diritto di surrogazione (art. 1916 c.c.)

L'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili.

La surrogazione non ha luogo se il danno è causato dal coniuge, dai figli, dagli affiliati, dagli ascendenti, da altri parenti o da affini dell'assicurato stabilmente con lui conviventi o da domestici, salvo che costoro abbiano agito con dolo (art. 1916, 2° comma, c.c.).

La norma – applicabile anche alle assicurazioni contro gli infortuni e contro le disgrazie accidentali – ha subito una limitazione dell'ambito applicativo, a sèguito dell'intervento della Corte Costituzionale, la quale, a tutela del diritto alla salute dell'assicurato, ha sancito l'incostituzionalità dell'art. 1916 c.c. *nella parte in cui, in tema di assicurazione contro i danni, consente all'assicuratore di avvalersi, nell'esercizio del diritto di surrogazione nei confronti del terzo responsabile, anche delle somme da questi dovute all'assicurato a titolo di risarcimento del danno biologico* (sentenza 18 luglio 1991, n. 356).

Secondo la giurisprudenza, l'art. 1916 c.c. configura una peculiare forma di successione nel diritto di credito dell'assicurato verso il terzo responsabile, che si perfeziona con il concorso di due elementi: uno oggettivo, costituito dal pagamento da parte dell'assicuratore dell'indennità; l'altro soggettivo, costituito dalla comunicazione al terzo responsabile della volontà di surrogarsi.

6.2. L'ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

Una figura speciale di assicurazione contro i danni – prevista all'interno del Codice Civile sin dal 1942, ma che ha assunto nei tempi recenti importanza sempre maggiore – è l'assicurazione della responsabilità civile verso i terzi, nella quale *l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto* (art. 1917 c.c.).

Il proliferare di attività che, pur lecite e funzionali allo sviluppo economico delle società moderne, costituiscono potenziale causa di danni a terzi, è all'origine dell'immenso sviluppo di tale settore assicurativo, stante l'indubbia convenienza dei professionisti e degli imprenditori alla sopportazione di costi fissi (pagamento dei premi) a fronte del rischio di gravosi obblighi risarcitori nei confronti dei terzi.

Negli anni più recenti, inoltre, accanto al notevole sviluppo delle assicurazioni per i rischi professionali, si assiste anche all'incremento della domanda di copertura assicurativa per rischi attinenti al proprio ambito domestico e familiare (assicurazione per i danni cagionati a terzi da figli minori; assicurazione contro i danni provocati a terzi da vizi, rovina o incendio della casa di abitazione, ecc.).

Per quanto, in concreto, l'assicurazione della responsabilità civile possa consentire al terzo danneggiato di ottenere – in tutto o in parte (nei limiti, cioè, dell'indennità convenuta: c.d. *massimale di polizza*) – il risarcimento del danno subito, il contratto in esame produce effetti soltanto tra le parti e non rientra nella categoria del contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.), poiché, per effetto della stipulazione, non sorge alcun rapporto giuridico diretto ed immediato tra il danneggiato e l'assicuratore, essendo l'ob-

bligazione dell'assicuratore relativa al pagamento dell'indennizzo distinta ed autonoma rispetto all'obbligazione di risarcimento cui l'assicurato è tenuto nei confronti del danneggiato. Da ciò discende che:

- 1) l'assicuratore ha *facoltà*, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta;
- 2) l'assicuratore ha l'*obbligo* di pagare direttamente al terzo danneggiato soltanto se l'assicurato lo richiede (art. 1917, 2° comma, c.c.);
- 3) il danneggiato non ha *azione diretta* nei confronti dell'assicuratore;
- 4) il terzo danneggiato può agire soltanto nei confronti dell'assicurato, ma quest'ultimo può *chiamare in causa* l'assicuratore (art. 1917, 4° comma, c.c.).

Il contratto di assicurazione della responsabilità civile con **clausola "a richiesta fatta" (*claims made*)** è un contratto atipico, nel quale la copertura assicurativa è convenzionalmente limitata ai soli sinistri per i quali la richiesta di risarcimento sia formulata dal terzo nel periodo di efficacia del contratto, con esclusione di quei sinistri verificatisi nella vigenza del contratto ma per i quali la richiesta risarcitoria sia avanzata dopo la cessazione di efficacia del contratto stesso.

La clausola *claims made* deve ritenersi valida, giacché, dell'art. 1917, l'art. 1932 c.c. prevede l'inderogabilità – se non in senso più favorevole all'assicurato – dei commi 3 e 4, ma non anche comma 1, in base al quale l'assicuratore assume l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza di tutti i fatti (o sinistri) accaduti *durante il tempo dell'assicurazione*. Il giudice deve accertare in concreto, tenuto conto del complessivo contenuto del contratto, se la clausola *claims made* si configuri alla stregua di una limitazione della responsabilità dell'assicuratore e presenti, pertanto, natura vessatoria.

6.3. LE ASSICURAZIONI OBBLIGATORIE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

In numerosi settori della vita economica e sociale, esigenze di sicurezza sociale e di tutela della sfera personale e patrimoniale dei potenziali danneggiati hanno indotto il legislatore degli ultimi decenni ad istituire forme di assicurazione *obbligatoria* per la responsabilità civile. In tale ambito spicca, per diffusione e importanza, l'**assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti** (introdotta con l. 24 dicembre 1969, n. 990 e ora disciplinata dal Titolo X, D. Lvo 7 settembre 2005, n. 209, artt. 122-160).

L'"obbligatorietà" concerne non soltanto l'*an* della stipulazione del contratto di assicurazione, ma anche la determinazione dell'*ambito soggettivo* della copertura assicurativa, nonché delle *somme minime* che debbono costituire il massimale di polizza.

Ai sensi di tale normativa, infatti, i veicoli a motore senza guida di rotaie, compresi i filoveicoli e i rimorchi, nonché le unità da diporto (con esclusione di quelle non dotate di motore) non possono essere rispettivamente posti in circolazione sulla strada o poste in navigazione in acque ad uso pubblico senza la copertura assicurativa (artt. 122-123, D. Lvo 7 settembre 2005, n. 209).

L'assicurazione copre i danni patrimoniali e personali causati ai **terzi**.

Non è considerato terzo – e non ha diritto, dunque, ai benefici derivanti dal contratto di assicurazione obbligatoria – il solo conducente del veicolo responsabile del sinistro (art. 129, D. Lvo n. 209 del 2005)

Per quel che concerne i danni alla persona, l'assicurazione deve comprendere anche la responsabilità per i danni causati ai trasportati, qualunque sia il titolo in base al quale è effettuato il trasporto (art. 122, 2° comma, D. Lvo n. 209 del 2005).

Limitatamente, invece, ai danni alle cose, non sono considerati terzi e non hanno diritto ai benefici derivanti dai contratti di assicurazione (art. 129, 2° comma, D. Lvo n. 209 del 2005):

- a) i soggetti di cui all'articolo 2054, 3° comma, c.c. e all'art. 91, 2° comma, Codice della Strada;
- b) il coniuge non legalmente separato, il convivente *more uxorio*, gli ascendenti e i discen-

denti legittimi, naturali o adottivi del conducente del veicolo responsabile del sinistro e dei soggetti di cui alla lettera *a*, nonché gli affiliati e gli altri parenti e affini fino al terzo grado di tutti i predetti soggetti, quando convivano con questi o siano a loro carico in quanto l'assicurato provvede abitualmente al loro mantenimento;

c) ove l'assicurato sia una società, i soci a responsabilità illimitata e le persone che si trovano con questi in uno dei rapporti indicati alla lettera b).

Per quel che concerne le **somme minime**, per le quali deve essere adempiuto l'obbligo assicurativo, la legge ne rimette la determinazione ad un regolamento adottato, su proposta dell'ISVAP, dal Ministro delle attività produttive, aggiornata periodicamente con decreto del medesimo Ministro, sentito l'ISVAP, tenuto conto anche delle variazioni dell'indice generale dei prezzi al consumo desunte dalle rilevazioni dell'Istituto nazionale di statistica. È comunque assicurato il rispetto dei massimali minimi previsti dalle disposizioni dell'ordinamento comunitario (art. 128, d. Lvo n. 209 del 2005).

Nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, il danneggiato ha **azione diretta** per il risarcimento del danno nei confronti dell'assicuratore, entro i limiti delle somme per le quali è stata stipulata l'assicurazione (art. 144, 1° comma, D. Lvo n. 209 del 2005). Di fronte all'azione diretta del danneggiato, l'assicuratore non può opporre eccezioni derivanti dal contratto, né clausole che prevedano l'eventuale contributo dell'assicurato al risarcimento del danno, ma può soltanto rivalersi verso l'assicurato nella misura in cui avrebbe avuto contrattualmente diritto di rifiutare o ridurre la propria prestazione (art. 144, 2° comma, D. Lvo n. 209 del 2005).

Il danneggiato può agire in giudizio contro l'assicuratore solo dopo sessanta giorni, ovvero novanta in caso di danno alla persona, dalla richiesta scritta a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento, inviata all'assicuratore anche per conoscenza (art. 145, 1° comma, D. Lvo n. 209 del 2005).

Nel giudizio promosso contro l'assicuratore, deve essere chiamato nel processo anche il responsabile del danno (art. 144, 3° comma, D. Lvo n. 209 del 2005). La legge ha inteso, in tal modo, consentire la partecipazione al giudizio di entrambe le parti del rapporto assicurativo: pertanto, il "responsabile del danno" deve intendersi, in tal caso, il solo proprietario del veicolo, e non anche l'occasionale conducente che abbia causato materialmente il sinistro.

L'ammontare del risarcimento del danno biologico per i postumi da lesioni pari o inferiori al 9% è liquidato in conformità a quanto previsto dall'art. 139, D. Lvo n. 209 del 2005, i cui importi sono aggiornati annualmente con decreto del Ministro delle attività produttive. Per le lesioni di non lieve entità, l'art. 138, D. Lvo n. 209 del 2005, prevede l'emanazione con decreto del Presidente della Repubblica di una tabella unica nazionale sia delle menomazioni all'integrità psicofisica sia del valore pecuniario da attribuire a ogni singolo punto di invalidità. L'assicuratore che abbia risarcito il danno non ha azione di rivalsa nei confronti dell'assicurato.

Il Codice delle Assicurazioni ha introdotto, altresì, la **procedura di risarcimento diretto**, secondo cui, in caso di sinistro tra due veicoli a motore identificati ed assicurati, dal quale siano derivati danni ai veicoli coinvolti o ai loro conducenti, i danneggiati devono rivolgere la richiesta di risarcimento all'impresa di assicurazione che ha stipulato il contratto relativo al veicolo utilizzato. La procedura di risarcimento diretto riguarda i danni al veicolo nonché i danni alle cose trasportate di proprietà dell'assicurato o del conducente, nonché al danno alla persona subito dal conducente non responsabile se risulta contenuto nei limiti delle lesioni di lieve entità (art. 149, D. Lvo n. 209 del 2005).

Il Codice delle Assicurazioni ha confermato l'istituzione del **Fondo di garanzia per le vittime della strada** (artt. 283-285), già a suo tempo introdotto dalla l. n. 990 del 1969. Sul Fondo – amministrato dalla CONSAP (Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici s.p.a.) sotto la vigilanza del Ministero delle attività produttive – grava l'obbligo di risarcimento del danno nei casi in cui:

a) il sinistro sia stato cagionato da veicolo o natante non identificato (e, in tal caso, il risarcimento è dovuto solo per i danni alla persona);

b) il veicolo o natante non risulti coperto da assicurazione (nel qual caso, il risarcimento è dovuto per i danni alla persona nonché per i danni alle cose il cui ammontare sia superiore all'importo predeterminato dalla legge in Euro 500,00, per la sola parte eccedente tale ammontare);

c) il veicolo o natante risulti assicurato presso un'impresa operante nel territorio della Repubblica in regime di stabilimento o di libertà di prestazione di servizi e che al momento del sinistro si trovi in stato di liquidazione coatta o vi venga posta successivamente (unica ipotesi in cui il risarcimento è dovuto sia per i danni alla persona sia per i danni alle cose);

d) il veicolo sia stato posto in circolazione contro la volontà del proprietario, dell'usufruttuario, dell'acquirente con patto di riservato dominio o dal locatario in caso di locazione finanziaria (in tal caso, il risarcimento è dovuto, limitatamente ai terzi non trasportati e a coloro che sono trasportati contro la propria volontà ovvero che sono inconsapevoli della circolazione illegale, sia per i danni alla persona sia per i danni a cose).

Il Fondo di garanzia è surrogato, per l'importo pagato, nei diritti dell'assicurato, del danneggiato verso l'impresa posta in liquidazione coatta (art. 283, 5° comma).

Numerose sono le **altre figure di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile verso i terzi**. A mero titolo di esempio, si ricordano:

— l'assicurazione del vettore, nel trasporto aereo internazionale di persone, per la responsabilità civile per il danno da morte o lesione personale del passeggero (art. 2, l. 7 luglio 1988, n. 274);

— l'assicurazione degli aderenti alle organizzazioni di volontariato (art. 4, l. 11 agosto 1991, n. 266);

— l'assicurazione degli aderenti alle associazioni di promozione sociale che svolgono attività mediante convenzioni con lo Stato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, le province, i comuni e gli altri enti pubblici (art. 30, l. 7 dicembre 2000, n. 383);

— l'assicurazione del gestore di aree sciabili attrezzate, per i danni derivabili agli utenti e ai terzi per fatti derivanti da responsabilità del gestore stesso in relazione all'uso di dette aree (art. 4, l. 24 dicembre 2003, n. 363);

7. L'ASSICURAZIONE SULLA VITA

L'assicurazione sulla vita consiste in un sotto-tipo legale del contratto di assicurazione, che prevede l'obbligo dell'assicuratore a pagare, verso il pagamento di un premio, un capitale o una rendita *al verificarsi di un evento attinente alla vita umana* (art. 1882 c.c.). Con riguardo alla natura dell'evento, si distingue tra:

a) **assicurazione per il caso di morte**, nella quale l'assicuratore è tenuto al pagamento dell'indennizzo al momento della morte di una persona (nel caso in cui le parti prevedano un termine, entro il quale l'evento "morte" possa o non possa verificarsi, si parla di assicurazione *temporanea* sulla vita);

b) **assicurazione per il caso di sopravvivenza**, nella quale l'obbligo dell'assicuratore sorge nel caso in cui l'assicurato sia ancora in vita ad una data prestabilita.

Assai diffusa nella prassi è, poi, la c.d. **assicurazione mista**, nella quale l'assicuratore è tenuto al pagamento di un capitale (commisurato, di solito, all'importo dei premi pagati dal contraente, oltre ad un rendimento in percentuale a seconda delle forme di investimento attuate dall'assicuratore) nel caso in cui l'assicurato sia in vita ad una certa data o, in alternativa, qualora l'assicurato muoia prima di quella stessa data, alla corresponsione di un indennizzo (varia-

mente commisurato in relazione all'importo dei premi *medio tempore* versati) in favore di un terzo beneficiario.

L'assicurazione può essere stipulata **sulla vita propria o su quella di un terzo** (art. 1919, 1° comma, c.c.). Per evitare che la morte di un'altra persona sia assunta come fatto costitutivo di un arricchimento (e, dunque, con finalità speculative estranee al contratto di assicurazione), la legge dispone che il terzo, o il suo rappresentante, debba – a pena di nullità del contratto – dare il consenso alla conclusione del contratto. Il consenso deve essere provato per iscritto (art. 1919, 2° comma, c.c.). Tale consenso non è richiesto, invece – come deriva dal confronto tra il 1° e il 2° comma dell'art. 1919 – se l'assicurazione sia contratta per il caso di sopravvivenza di un terzo.

La **finalità previdenziale** dell'assicurazione sulla vita e l'intrinseca estraneità di qualsivoglia intento speculativo del contratto sono confermate da due ulteriori previsioni:

1) in primo luogo, in caso di *suicidio* dell'assicurato, che sia avvenuto prima di due anni dalla stipulazione del contratto, l'assicuratore non è tenuto al pagamento delle somme assicurate, salvo patto contrario (art. 1927 c.c.);

2) le somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario non possono essere sottoposte ad azione esecutiva o cautelare; sono salve, rispetto ai premi pagati, le disposizioni relative alla revocazione degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori e quelle relative alla collazione, all'imputazione e alla riduzione delle donazioni (art. 1923 c.c.).

L'assicurazione sulla vita può essere stipulata **a favore di un terzo** (art. 1920 c.c.). A differenza, peraltro, di quanto previsto nelle norme generali sul contratto a favore del terzo (art. 1411 c.c.), il terzo beneficiario acquista il diritto all'indennità non già *per effetto della stipulazione* (art. 1411, 2° comma, c.c.), ma all'atto della designazione da parte del contraente, che può avvenire, oltre che nel contratto di assicurazione, anche con *successiva dichiarazione scritta* comunicata all'assicuratore o per testamento; essa è efficace anche se il beneficiario è determinato solo genericamente. Equivale a designazione l'attribuzione della somma assicurata fatta nel testamento a favore di una determinata persona. Per effetto della designazione, il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione (art. 1920, 2° comma, c.c.).

Nelle stesse forme con cui può essere compiuta (dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore o testamento), la **designazione può essere revocata**. La revoca, tuttavia, è inefficace nei seguenti casi (art. 1921 c.c.):

1) se il beneficiario, verificatosi l'evento, ha dichiarato di voler profittare del beneficio;

2) se, prima dell'evento, il beneficiario ha dichiarato di volere profittare del beneficio al contraente che abbia rinunciato per iscritto al potere di revoca; in tal caso, la rinuncia del contraente e la dichiarazione del beneficiario devono essere comunicate per iscritto all'assicuratore;

3) se la revoca è compiuta dagli eredi, dopo la morte del contraente.

La legge prevede, altresì, alcuni casi di **decadenza dal beneficio** (art. 1922 c.c.):

1) la designazione del beneficiario, anche se irrevocabile, non ha effetto qualora il beneficiario attenti alla vita dell'assicurato;

2) se la designazione è irrevocabile ed è fatta a titolo di liberalità, essa può essere revocata nei casi previsti dell'art. 800 c.c. e, cioè, per ingratitudine o per sopravvenienza di figli.

7.1. DIRITTI E OBBLIGHI DELLE PARTI

Rispetto alla disciplina generale del contratto di assicurazione, le norme sull'assicurazione sulla vita contengono alcune regole speciali con riguardo al pagamento dei

premi e al mutamento del rischio. Peculiari di tale sottotipo sono, altresì, i diritti dell'assicurato al riscatto e alla riduzione della somma assicurata.

A) Obbligo di pagamento dei premi (art. 1924 c.c.)

Se il contraente non paga il *premio relativo al primo anno*, l'assicuratore può agire per l'esecuzione nel termine di sei mesi dal giorno in cui il premio è scaduto, e ciò anche se il premio è ripartito in più rate, nel qual caso il termine decorre dalla scadenza delle singole rate.

La norma fa salva l'applicazione dei primi due commi dell'art. 1901 c.c.: conseguentemente, il mancato pagamento del premio relativo al primo anno (o delle rate in cui esso è suddiviso) fa sì che l'assicurazione resti sospesa fino alle ore ventiquattro del giorno in cui il contraente paga quanto è da lui dovuto.

Tuttavia – a differenza di quanto previsto dall'art. 1901, 3° comma, c.c. – se l'assicuratore non agisce per l'esecuzione del contratto, il contratto non è risolto di diritto.

Se il contraente non paga i *premi successivi* nel termine di tolleranza previsto dalla polizza o, in mancanza, nel termine di giorni venti dalla scadenza, il contratto è risolto di diritto, e i premi pagati restano acquisiti all'assicuratore, salvo che sussistano le condizioni per il riscatto dell'assicurazione o per la riduzione della somma assicurata.

In tal caso – a differenza di quanto previsto dall'art. 1901, 3° comma, c.c. – la norma pone la risoluzione di diritto come *immediata* conseguenza del mancato pagamento dei premi nel termine di tolleranza o di scadenza.

Peraltro – secondo la giurisprudenza – non essendo l'art. 1924, 2° comma, c.c. compreso nell'elenco delle norme che l'art. 1932 c.c. dichiara inderogabili, se non in senso più favorevole all'assicurato, è valida la clausola contrattuale che regoli gli effetti del mancato pagamento dei premi in conformità dei principi generali di cui all'art. 1901 c.c.

Le parti possono prevedere, altresì, in deroga a quanto disposto dall'art. 1924, 2° comma, c.c., la possibilità di *riattivazione automatica* del rapporto, entro un termine successivo alla scadenza del premio non pagato, verso pagamento dei premi arretrati e degli interessi legali; in tal caso, la risoluzione di diritto opera solo allo spirare di tale termine, mentre la riattivazione non determina l'instaurazione di un nuovo contratto, ma riprende a spiegare effetti lo stesso rapporto che, in sèguito all'omesso pagamento del premio, era venuto a trovarsi in una situazione di quiescenza.

B) Diritti di riscatto e riduzione della polizza (art. 1925 c.c.)

La legge consente all'assicurato di recedere dal rapporto assicurativo, esercitando il c.d. *riscatto*, che consiste nel diritto potestativo il cui esercizio libera l'assicurato dall'obbligo del pagamento del premio e l'assicuratore dall'obbligo della prestazione di copertura; contestualmente, sorge nell'assicurato il diritto alla riscossione di quella somma costituente il c.d. *valore di riscatto*, il cui ammontare deve essere predeterminato dal contratto.

Il diritto alla riduzione della polizza consiste, invece, in una modificazione unilaterale del rapporto contrattuale (eccezionalmente consentita per effetto di un atto compiuto da una sola delle parti): in conseguenza di una riduzione del premio, muta l'ammontare dell'eventuale indennità dovuta dall'assicuratore.

C) Mutamento del rischio (art. 1926 c.c.)

I cambiamenti di professione o di attività dell'assicurato possono aggravare il rischio dell'evento assicurato. Tali aggravamenti possono avere, alternativamente, duplice natura:

- 1) essere tali che, se il nuovo stato di cose fosse esistito al tempo della conclusio-

ne del contratto, l'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione: in tal caso, il contratto è risolto di diritto;

2) essere tali che, se il nuovo stato di cose fosse esistito al tempo della conclusione del contratto, l'assicuratore avrebbe consentito l'assicurazione per un premio più elevato: in tal caso, il pagamento della somma assicurata è ridotto in proporzione del minor premio convenuto in confronto di quello che sarebbe stato stabilito.

Qualora l'assicurato dia notizia del cambiamento di professione o di attività, l'assicuratore, entro quindici giorni, deve dichiarare se intende recedere dal contratto ovvero ridurre la somma assicurata o elevare il premio. In tali due ultimi casi, si apre una fase di *rinegoziazione* dell'oggetto del contratto, poiché la riduzione della somma assicurata o la quantificazione di un premio più elevato richiedono necessariamente il consenso dell'assicurato; quest'ultimo pertanto, nei successivi quindici giorni, deve dichiarare se intende accettare la proposta dell'assicuratore. Il silenzio dell'assicurato vale come adesione alla proposta dell'assicuratore. Se, invece, l'assicurato dichiara di non accettare, il contratto è risolto, salvo il diritto dell'assicuratore al premio relativo al periodo di assicurazione in corso e salvo il diritto dell'assicurato al riscatto.

8. L'ASSICURAZIONE CONTRO GLI INFORTUNI

L'assicurazione contro gli infortuni consiste nel contratto con il quale l'assicuratore, verso il corrispettivo di un premio, si obbliga al pagamento di una certa somma all'assicurato, nel caso di infortunio – dovuto ad una causa fortuita, violenta ed esterna – che ne determini l'invalidità temporanea o l'invalidità permanente, ovvero ad un terzo beneficiario, nel caso di morte dell'assicurato in seguito allo stesso infortunio.

Questo tipo di assicurazione non è autonomamente disciplinato dalle norme dettate dal codice civile per il contratto di assicurazione. Senonché, il contrasto insorto in dottrina e in giurisprudenza, concernente l'applicabilità a tale figura delle norme dettate per l'assicurazione sulla vita o, invece, di quelle previste per l'assicurazione contro i danni, è stato recentemente composto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 10 aprile 2002, n. 5119), che hanno respinto la tesi della riconducibilità integrale dell'assicurazione contro gli infortuni all'uno o all'altro dei sottotipi legali.

Un'eventuale piena assimilazione dell'assicurazione contro gli infortuni all'assicurazione sulla vita ovvero all'assicurazione contro i danni sarebbe in contrasto con la stessa nozione di assicurazione, fornita dall'art. 1882 c.c. La definizione normativa, che si ricollega alla tradizionale bipartizione delle assicurazioni, consente di affermare, infatti, che l'assicurazione contro i danni, in quanto considera il danno prodotto all'assicurato, senza ulteriori precisazioni, non è solo assicurazione di cose o di patrimoni, ma è suscettiva di ricomprendere anche i danni subiti dalla persona dell'assicurato per effetto di infortunio, caratterizzandosi, così, anche come assicurazione di persone. Per altro verso, poi, l'assicurazione sulla vita non esaurisce l'ambito di assicurazione di persone, inglobando anche l'assicurazione contro gli infortuni, poiché la disgrazia accidentale, non produttiva di morte, costituisce un evento attinente alla vita umana.

In merito all'operatività del principio indennitario ed all'applicazione dell'art. 1910 c.c., le SS.UU. si sono espresse distinguendo tra infortuni mortali e non mortali. Nella prassi, peraltro, le polizze di assicurazione contro gli infortuni non si limitano a coprire l'ipotesi dell'infortunio inabilitante o invalidante, ma anche quella dell'infortunio mortale; pertanto, le differenze di disciplina sono destinate ad operare anche all'interno di un medesimo contratto.

A) **All'assicurazione contro infortuni non mortali**, in quanto partecipe della funzione indennitaria propria dell'assicurazione contro i danni, va applicata la disciplina di cui all'art. 1910 c.c., al fine di evitare che, mediante la stipulazione di più assicurazioni contro il medesimo rischio, l'assicurato, ottenendo l'indennizzo da più assicuratori, consegua un indebito arricchimento. Infatti, l'infortunio può ben essere ricondotto nell'ambito di applicazione del principio indennitario, poiché esso è sicuramente un evento produttivo di danno per l'assicurato: danno patrimoniale, qualora incida sulla capacità lavorativa, o danno non patrimoniale, ma pur sempre patrimonialmente valutabile, qualora incida sulla qualità della vita dell'assicurato indipendente-

mente dalla sua capacità di lavoro e di guadagno. L'applicabilità dell'art. 1910 sarà piena con riguardo ai primi due commi. Quanto, invece, alle disposizioni concernenti l'obbligazione solidale degli assicuratori per l'indennizzo, nei limiti dell'ammontare del danno, ed il regresso dell'assicuratore che ha pagato, la peculiarità dell'assicurazione contro gli infortuni, che è assicurazione di persone e non di cose, con le conseguenti difficoltà di rapportare la misura dell'indennizzo ad un danno di consistenza obiettivamente accertabile, se non osta radicalmente alla loro applicazione, la rende indubbiamente difficoltosa nella pratica

B) Nell'**assicurazione contro gli infortuni mortali**, il rischio assicurato, collegato alla specifica causa di infortunio, è l'evento "morte", sicché il beneficiario dell'indennizzo non è l'assicurato, ma un terzo; pertanto, non sorgendo la necessità di tutela del principio indennitario, non è applicabile a tale rapporto la disposizione che prevede, in caso di omissione dolosa di avviso della stipulazione di diverse polizze per il medesimo rischio, il venir meno del diritto all'indennità. Le SS.UU. ricorrono alle seguenti argomentazioni:

— deve escludersi la configurabilità di un danno patrimoniale da morte nei riguardi dell'assicurato, per il significativo rilievo che la morte determina il venir meno del soggetto che potrebbe farlo valere;

— anche per il terzo beneficiario la morte dell'assicurato non si risolve necessariamente in un danno: non vi sarà danno, ad esempio, nel caso di terzo beneficiario non destinatario di contributi economici da parte dell'assicurato in vita;

— viene meno, in relazione all'evento morte, una delle ragioni sulle quali si fonda la disciplina dell'art. 1910: il disincentivo alla provocazione volontaria del sinistro anche mediante forme di autolesionismo;

— anche qualora il contraente giunga a porre fine volontariamente alla sua vita, ed il beneficiario richieda a tutti gli assicuratori l'indennizzo, ciascun assicuratore avrà comunque tutela *ex art.* 1900, compreso tra le disposizioni generali in materia di assicurazione, secondo il quale l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati dal dolo dell'assicurato;

— tutti gli assicuratori saranno, invece, obbligati a corrispondere al beneficiario l'indennità stabilita nella polizza nel caso in cui la morte del pluriassicurato consegua ad infortunio involontario, anche se della pluralità di assicurazioni l'assicurato non abbia dato avviso.

9. LA RIASSICURAZIONE

La riassicurazione consiste nel contratto di assicurazione, che un'impresa assicuratrice stipula con un'altra, al fine di coprire il rischio derivante dall'eventuale incapacità di far fronte a una serie di rapporti assicurativi.

Il contratto "generale" di riassicurazione – quello relativo, cioè, a una serie di rapporti assicurati – deve essere provato per iscritto (art. 1928, 1° comma, c.c.). I rapporti di riassicurazione in esecuzione dei contratti generali e il contratto di riassicurazione per singoli rischi possono essere provati secondo le regole generali (art. 1928, 2° comma, c.c.).

La riassicurazione non stabilisce alcun rapporto tra l'assicurato e il riassicuratore, salve le disposizioni di legge speciale sul privilegio in favore della massa degli assicurati sull'importo delle somme dovute da imprese di riassicurazione (art. 1929 c.c.; art. 85, 3° comma, d.p.r. 13 febbraio 1959, n. 449).

In caso di liquidazione coatta amministrativa del riassicurato, il riassicuratore deve pagare integralmente l'indennità dovuta al riassicurato, salva la compensazione con i premi e gli altri crediti (art. 1930 c.c.). In caso di liquidazione coatta amministrativa dell'impresa del riassicuratore o del riassicurato, i debiti e i crediti che, alla fine della liquidazione, risultano dalla chiusura dei conti relativi a più contratti di riassicurazione, si compensano di diritto (art. 1931 c.c.).

La riassicurazione è un contratto collegato *ex lege* al contratto di assicurazione stipulato dal riassicurato, da cui sorge il rischio del pagamento delle indennità coperte dalla riassicurazione; pertanto, si ritiene che tutte le vicende del contratto di riassicurazione (nullità, annullamento, risoluzione, ecc.) producano effetti diretti sulla validità ed efficacia del contratto di riassicurazione.

III. IL GIUOCO E LA SCOMMESSA

1. NOZIONE E CLASSIFICAZIONE

In mancanza di una definizione legislativa, dottrina e giurisprudenza hanno profuso i loro sforzi nel tentativo di definire il “giuoco” e la “scommessa”, cui si riferiscono indistintamente le norme degli artt. 1933-1935 c.c. Secondo la definizione che appare preferibile, il **giuoco** consiste in un’attività ricreativa o di mero svago, al cui esito i partecipanti subordinano il pagamento di una somma di denaro in favore del vincitore. Nella **scommessa**, invece, l’attività del contraente si limita ad una previsione sul verificarsi di un avvenimento incerto – consistente, di solito, appunto, nell’esito di un giuoco – senza alcuna cooperazione alla sua realizzazione.

L’incertezza riguardante il beneficiario della prestazione economica, connessa all’esito del giuoco o della scommessa, determina l’*aleatorietà* della pattuizione intercorsa tra i giocatori o tra gli scommettitori.

Giuoco e scommessa possono essere *illeciti, meramente leciti e meritevoli di tutela giudiziaria*.

A) Sono **illeciti** i cc.dd. giochi d’azzardo, che configurano un illecito penale di natura contravvenzionale (art. 721 c.p., secondo cui sono giochi d’azzardo *quelli nei quali ricorre il fine di lucro e la vincita o la perdita è interamente o quasi interamente aleatoria*).

Nei giochi illeciti, il vincitore certamente non dispone di azione per costringere il perdente al pagamento della somma pattuita (art. 1933, 1° comma, c.c.).

Si discute, però, se il perdente possa ripetere quanto spontaneamente pagato: la tesi dell’*irripetibilità* di quanto pagato parrebbe trovare fondamento – oltre che nella lettera dell’art. 1933, 2° comma, c.c., che non distingue tra giochi illeciti e non proibiti – anche nel principio secondo cui *in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*. Sennonché, la dottrina più moderna e più sensibile respinge una siffatta soluzione, che – si afferma – darebbe vita ad un contrasto inammissibile tra la norma giuridica (che reprime penalmente il giuoco illecito) e la norma sociale (che ammetterebbe, invece – secondo la tesi in esame – l’irripetibilità del pagamento). Allo scopo, quindi, di sancire la netta distinzione tra giuoco illecito e giuoco non proibito, appare preferibile, quindi, ritenere che l’art. 1933, 2° comma, c.c. non si applichi al giuoco illecito, con conseguente diritto, per il perdente che abbia pagato al vincitore, di agire per la ripetizione.

B) I giochi e le scommesse **non proibiti** sono quelli nei quali, per la modesta entità della somma o per il difetto, anche parziale, dell’aleatorietà della vincita o della perdita, non possono essere considerati *giuochi d’azzardo*.

Rientrano in questa categoria, ad esempio, i giochi a carte (poker, sette e mezzo, ecc.) che si svolgano al bar tra amici o in famiglia in occasione di festività. Allo stesso modo, rientra in questa categoria il gioco degli scacchi, dal cui esito i giocatori facciano dipendere il pagamento, l’uno in favore dell’altro, di una somma di danaro (mancando, in tal caso, la caratteristica dell’aleatorietà, totale o parziale). Sono, infine, non proibiti i giochi che, pur d’azzardo, si svolgano in luoghi espressamente autorizzati dalla legge (*casinò*).

La disciplina giuridica dei giochi e delle scommesse non proibiti prevede:

- la mancanza di azione per il pagamento del debito (art. 1933, 1° comma, c.c.);
- l’irripetibilità di quanto spontaneamente pagato dal perdente dopo l’esito del giuoco o della scommessa, purché non vi sia stata alcuna frode e il perdente non sia un incapace (art. 1933, 2° comma, c.c.).

Al giuoco o alla scommessa **può essere collegato un contratto di mutuo**. A questo proposito, occorre distinguere:

1) se ricorre un diretto interesse del mutuante a favorire la partecipazione al giuoco del

mutuatario (ad esempio, mutuo concesso da altro giocatore o dal gestore del *casinò* con la consegna di *fiches*), si applica l'art. 1933 e, pertanto, il mutuante non può domandare la restituzione di quanto il mutuatario abbia impiegato e perduto nel giuoco o nella scommessa;

2) se, invece, il mutuo è concesso da un terzo estraneo al giuoco o alla scommessa, quest'ultimo ha azione per ottenere la restituzione delle somme mutate anche quando fosse consapevole che il mutuante avrebbe impiegato la somma nel giuoco, non integrando ciò un motivo illecito determinante e comune ad entrambi i contraenti (art. 1345 c.c.);

3) infine, se il mutuo è concesso per consentire il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa, al mutuante spetta certamente l'azione per la restituzione.

C) I **giuochi meritevoli di tutela giudiziaria** sono quelli per i quali, invece, la legge attribuisce al vincitore l'azione per pretendere l'importo della vincita.

Rientrano in questa categoria le lotterie legalmente autorizzate (art. 1935 c.c.), nelle quali è compresa ogni attività di scommessa organizzata, per la quale sia necessaria l'autorizzazione della Pubblica amministrazione (ad esempio, lotto, superenalotto, totocalcio, totogol, totip, ecc.). In questo ambito, si distingue tra giuochi a pattuizione bilaterale, in cui il gestore paga allo scommettitore un multiplo predeterminato dell'importo della scommessa (ad esempio, il lotto), e giuochi a pattuizione plurilaterale, nei quali l'importo delle vincite è commisurato al c.d. *monte premi*, ossia in proporzione all'ammontare complessivo netto delle scommesse (ad esempio, il totocalcio).

IV. ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

1. NOZIONI GENERALI

L'associazione in partecipazione è il contratto con cui un soggetto che esercita un'impresa o compie uno o più affari determinati (*associante*) attribuisce ad un altro soggetto (*associato*) una partecipazione agli utili dell'impresa o dell'affare, verso il corrispettivo di un determinato apporto (art. 2549 c.c.).

È un contratto **consensuale** che si caratterizza per lo **scambio** tra l'apporto dell'associato e la partecipazione agli utili che potranno derivare dall'impresa o dall'affare. Poiché, però, l'associato potrà ricavare utilità dal contratto soltanto qualora l'impresa o l'affare produca utili, il contratto è **essenzialmente aleatorio**.

A differenza del contratto di società, l'associazione in partecipazione non determina né la formazione di un soggetto giuridico nuovo o la costituzione di un patrimonio autonomo, né la comunione dell'affare o dell'impresa, che restano di esclusiva pertinenza dell'associante.

La **forma** del contratto è libera, salva la necessità di rispettare la forma prevista per la natura del bene oggetto dell'apporto conferito dall'associato (ad esempio, art. 1350, n. 9 c.c.).

L'**apporto dell'associato** può avere il contenuto più vario e consistere, quindi, in un conferimento di denaro o titoli di credito, nel trasferimento di un diritto reale su bene mobile o immobile, nella cessione di un credito, nell'attribuzione di qualsiasi altro diritto personale di godimento e, secondo la giurisprudenza, anche in un'obbligazione di *facere*, purché strumentale per l'esercizio dell'impresa o per lo svolgimento dell'affare (servizio, attività professionale, prestazione lavorativa, ecc.).

L'**associante** è un imprenditore, nel caso in cui l'associazione abbia ad oggetto la partecipazione agli utili di un'impresa; se, invece, il contratto si riferisce al compimento di uno o più affari determinati (ad esempio, un acquisto immobiliare finalizzato alla successiva rivendita), l'associante può anche non rivestire la qualifica di imprenditore.

L'**associato**, a sua volta, non assume in nessun caso, per effetto del contratto, la qualifica di imprenditore. I terzi acquistano diritti e assumono obbligazioni soltanto verso l'associante (art. 2551 c.c.).

2. DIRITTI DELL'ASSOCIATO ED ESTINZIONE DEL CONTRATTO

La gestione dell'impresa o dell'affare spetta all'associante, ma l'associato può esercitare i seguenti diritti:

a) il **diritto al rendiconto** dell'affare compiuto (o a quello annuale della gestione se questa si protrae per più di un anno) (art. 2552, 2° comma, c.c.);

b) se previsto nel contratto, il **diritto di controllo** sull'impresa o sullo svolgimento dell'affare (art. 2552, 1° comma, c.c.);

c) il **diritto di partecipazione** agli utili, nella stessa misura in cui è prevista la partecipazione alle perdite; il contratto, peraltro, può prevedere anche una partecipazione agli utili in misura inferiore rispetto alle perdite, ma le perdite non possono comunque superare il valore dell'apporto (art. 2553 c.c.).

È controverso in giurisprudenza se la partecipazione dell'associato ai ricavi dell'impresa, piuttosto che ai soli utili, sia compatibile con lo schema tipico dell'associazione in partecipazione. A fronte di un precedente orientamento favorevole, più recentemente la Suprema Corte ha qualificato la partecipazione agli utili come elemento caratterizzante la tipicità del contratto, posto che i ricavi non sono di per sé significativi circa il risultato economico effettivo dell'attività d'impresa (Cass. 4 febbraio 2002, n. 1420).

L'associato, inoltre, salvo patto contrario, deve consentire a che l'associante attribuisca partecipazioni per la stessa impresa o per lo stesso affare ad altre persone (art. 2550 c.c.).

Essendo un contratto con prestazione corrispettive, all'associazione in partecipazione sono applicabili le norme generali sulla **risoluzione per inadempimento** (art. 1453 c.c.). Il **fallimento** dell'associante è una causa di scioglimento espressamente prevista dalla legge (art. 77, l. Fall.).

3. IL CONTRATTO DI COINTERESSENZA

Dall'associazione in partecipazione, l'art. 2554 c.c. distingue due ulteriori figure, che parimenti presentano aspetti di aleatorietà: la *cointeressenza propria* e la *cointeressenza impropria*.

A) La *cointeressenza propria* è il contratto con cui un soggetto attribuisce ad un altro soggetto la partecipazione agli utili e alle perdite della sua impresa, senza il corrispettivo di un determinato apporto.

B) La *cointeressenza impropria*, invece, consiste nell'attribuzione all'associato della partecipazione ai soli utili e non alle perdite. È controverso, in quest'ultima fattispecie, se la cointeressenza preveda il corrispettivo di un determinato apporto.

Per la partecipazione agli utili attribuita al prestatore di lavoro subordinato, si applica la norma speciale dell'art. 2102 c.c.

V. CONTRATTI ALEATORI ATIPICI

1. GLI *SWAPS*

A partire dalla metà degli anni Ottanta, dapprima sui mercati finanziari americani ed inglesi, poi anche su quello italiano, hanno cominciato ad affermarsi varie tipologie di operazioni sussumibili nella categoria degli *swaps*.

Le difficoltà che affannavano coloro i quali cercavano di contenere tali operazioni in un'unica definizione sono state (in parte) superate dal T.U. della Finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) che, all'art. 1, 2° comma, lett. *g*), definisce gli *swaps* come “*contratti di scambio a pronti e a termine ... su tassi di interesse, su valute, su merci nonché su indici azionari (equity swaps)*”. Essi rientrano nel più ampio genere degli strumenti finanziari derivati “*anche quando l'esecuzione [delle reciproche prestazioni] avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti*”.

È lo stesso legislatore italiano, quindi, sulla scorta dell'*input* comunitario, a mettere in luce che il massimo comune denominatore delle molteplici tipologie di *swaps* è proprio il dato dello “**scambio**” (parola che, peraltro, è la traduzione letterale dell'anglosassone “*swap*”): due parti, cioè, si scambiano a scadenze prefissate flussi finanziari (*cash flows*), calcolati con differenti parametri, ma su un medesimo importo ipotetico (*nominal amount*). Ciò si declina, ad esempio, nel caso dello *swap* su tassi d'interesse (*interest rate swap*), nell'accordo tra due parti che decidono di scambiarsi tra di loro somme uguali agli interessi maturati sull'importo ipotetico, una parte adottando un tasso fisso, poniamo del 3%, l'altra uno variabile (ad esempio, il tasso di rifinanziamento BCE). Alle previste scadenze (solitamente, ogni semestre), ciascuna delle due parti adempirà alla propria obbligazione erogando all'altra l'importo maturato dall'applicazione del “proprio” tasso d'interesse. Lo stesso schema può essere utilizzato nei casi di *swaps* su valute, su indici e così via.

Nella maggior parte dei casi, alla scadenza non vi saranno due erogazioni vicendevoli, ma la parte che deve il maggior importo di danaro pagherà all'altra solo la differenza, il rimanente importo essendo compensato: questa mera semplificazione, tuttavia, come ha precisato il legislatore italiano, non fa venir meno né la natura bilaterale dell'adempimento né, tanto meno, la natura di scambio del contratto in oggetto.

Posto che le prestazioni delle due parti sono soggette al variare di tassi ed indici al di fuori del proprio controllo, nei primi interventi giurisprudenziali non è mancato chi ha applicato a questa fattispecie contrattuale l'*eccezione di giuoco e scommessa*, ricordando anche quanto accadeva all'inizio del Novecento con il contratto “differenziale” d'importazione germanica. È dovuto intervenire anche su quest'aspetto il legislatore del T.U. della Finanza, statuendo, all'art. 23, 5° comma, che agli *swaps*, così come agli strumenti finanziari derivati, **non si applica l'art. 1933 c.c. “nell'ambito della prestazione dei servizi d'investimento”**. Rimangono, quindi, privi di tutela solo quei contratti stipulati al di fuori della logica di un'attività professionale, in quanto più forte è il sospetto che, in questo caso, gli *swaps* possano essere conclusi per mera finalità speculativa.

Nel tentativo di qualificazione giuridica di questi contratti, resistendo alla tentazione di riportarli *tout court* nell'alveo dell'atipicità, può trovare applicazione lo schema classico della permuta, nonostante esso mal si concili con la liquidazione per differenziale. Sostenendo, però, che il momento dell'esecuzione non infici la classificazione del contratto – e ricordando che dottrina e giurisprudenza sono ormai costanti nell'affermare la possibilità di una permuta di cose future (quali sarebbero gli importi di danaro) purché lecite, determinate e determinabili – viene meno una buona parte degli ostacoli posti riguardo ad un'ipotizzabile affinità con quanto il codice civile regola agli artt. 1552 ss., con le opportune integrazioni di quanto espressamente previsto in tema di contratti aleatori.

2. IL CONTRATTO DI DISTRIBUZIONE DI OPERA CINEMATOGRAFICA

Secondo la nostra giurisprudenza, deve considerarsi aleatorio il contratto con cui una parte, il produttore, incarica l'altra parte, il distributore, di commercializzare un'opera dell'arte cinematografica da lui prodotta, della quale egli detiene i diritti patrimoniali di

sfruttamento, per un dato periodo di tempo ed in riferimento ad un determinato territorio, nel caso in cui il distributore assuma l'obbligo di corrispondere al produttore una somma determinata, a titolo di "*minimo garantito*" in cambio della cessione al distributore dei futuri proventi. Tale ultima clausola, infatti, assolve la funzione di trasferire sul distributore l'alea dell'insuccesso del film.

vedere all'esercizio di tutti i diritti inerenti ai titoli stessi (ad esempio: esigendo gli interessi o i dividendi). La banca deve, nell'amministrare i titoli, usare l'ordinaria diligenza, ed è nullo ogni patto contrario. Il cliente deve pagare alla banca il compenso (nella misura convenuta o, in mancanza, in quella risultante dagli usi) e rimborsare le spese necessarie sostenute;

— con il **contratto per il servizio delle cassette di sicurezza** (art. 1839 ss.) la banca si obbliga, verso il pagamento di un canone, a mettere a disposizione del cliente una piccola cassaforte, custodita in appositi locali blindati, ed a mantenerne l'integrità. Nella cassetta di sicurezza il cliente può riporre danaro, titoli, oggetti preziosi, documenti, ecc., mantenendone segreto il contenuto. La cassetta può essere aperta, nelle ore in cui la banca è aperta al pubblico, col concorso di due differenti chiavi, l'una tenuta dalla banca, l'altra dall'utente. Se la cassetta è intestata a più persone, ognuno degli intestatari ha diritto di aprirla, salvo diversa pattuizione. Se muore l'intestatario o uno degli intestatari, la banca che ne abbia ricevuto comunicazione non può consentire l'apertura della cassetta se non con l'accordo di tutti gli aventi diritto o secondo le modalità stabilite dall'autorità giudiziaria. È poi prevista una particolare procedura per l'apertura forzata della cassetta di sicurezza (autorizzazione del tribunale ed intervento di un notaio) quando l'utente non restituisca la chiave alla fine del contratto o non paghi il canone dovuto. *L'aspetto più delicato della disciplina normativa è la responsabilità della banca ove il contenuto della cassetta non resti intatto: essa risponde verso l'utente per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, con la sola eccezione del caso fortuito.* Il codice pone quindi una presunzione di responsabilità a carico della banca, dalla quale essa può liberarsi soltanto dimostrando il fortuito, mentre sull'utente grava l'onere di provare esclusivamente il danno subito e la sua entità.

II. IL CONTO CORRENTE ORDINARIO

1. NOZIONE

Il conto corrente è il contratto col quale le parti si obbligano ad annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto (art. 1823 c.c.).

Può accadere che tra due parti (di solito, imprenditori commerciali) si stabiliscano relazioni durevoli di affari, che determinano il sorgere di reciproci crediti e debiti. In tal caso, la parti, piuttosto che pretendere i reciproci pagamenti non appena i rispettivi crediti divengono esigibili, possono preferire il differimento dei conteggi di dare-avere ad un momento futuro. In tal modo, ciò che diventa esigibile è soltanto il c.d. "**saldo**" **del conto** alla scadenza stabilita (e cioè, il risultato della compensazione tra reciproci debiti e crediti all'atto della chiusura del conto). Tale saldo, peraltro, se la parte creditrice non ne richiede il pagamento, si considera quale prima rimessa di un nuovo conto e il contratto si intende rinnovato a tempo indeterminato (art. 1823, 2° comma, c.c.).

La chiusura del conto con la liquidazione del saldo è fatta alle scadenze stabilite dal contratto o dagli usi e, in mancanza, al termine di ogni semestre, computabile dalla data del contratto (art. 1831 c.c.).

Attraverso il contratto di conto corrente, le parti realizzano, dunque, una compensazione differita e globale dei loro reciproci crediti ad una scadenza prestabilita.

Benché la maggiore diffusione di tale contratto si abbia nel settore dei rapporti bancari, il

conto corrente ordinario costituisce, di per sé, una figura suscettibile di applicazione nel settore dei rapporti commerciali e d'affari in generale. Peraltro – come si è ricordato (*supra* § 1) – nel conto corrente bancario non si applica la regola della inesigibilità e indisponibilità dei crediti fino alla chiusura del conto (art. 1823 c.c.).

Il conto corrente è un contratto consensuale con effetti obbligatori (non esigere e non disporre dei crediti fino alla chiusura del conto) e con prestazioni corrispettive. Si suole qualificare, altresì, come contratto normativo, per il fatto che regola una serie indeterminata di futuri rapporti contrattuali tra i contraenti.

I crediti inclusi nel rapporto di conto corrente sono determinati dalle parti al momento della conclusione del contratto. Poiché il conto corrente costituisce un'applicazione contrattuale dell'istituto della compensazione, la legge stabilisce che sono esclusi dal conto corrente i crediti che non sono suscettibili di compensazione (art. 1824, 1° comma, c.c.). Quando il contratto intervenga tra imprenditori, inoltre, s'intendono esclusi dal conto i crediti estranei alle rispettive imprese (art. 1824, 2° comma, c.c.). Sulle rimesse decorrono gli interessi nella misura stabilita dal contratto o dagli usi ovvero, in mancanza, in quella legale (art. 1825 c.c.). Sono parimenti inclusi nel conto, salvo patto contrario, i diritti di commissione e il rimborso delle spese per le operazioni che danno luogo alle rimesse (art. 1826 c.c.).

L'inclusione nel conto di un credito verso terzi si presume fatta, salva diversa volontà delle parti, "salvo incasso". In tal caso, se il credito non è soddisfatto, il ricevente ha la scelta di agire per la riscossione o di eliminare la partita dal conto reintegrando nelle sue ragioni colui che ha fatto la remessa. Il ricevente può eliminare la partita dal conto anche dopo avere infruttuosamente esercitato le azioni contro il debitore (art. 1829 c.c.).

2. DISCIPLINA DEL RAPPORTO E SUO SCIoglimento

Per conoscere l'esatto ammontare delle reciproche pretese, ciascun correntista può inviare all'altro l'**estratto conto** relativo alla liquidazione di chiusura. L'estratto conto si intende approvato dal correntista che l'ha ricevuto, se non è contestato nel termine pattuito o in quello usuale, o altrimenti nel termine che può ritenersi congruo secondo le circostanze (art. 1832, 1° comma, c.c.). Anche dopo la scadenza di tale termine, però, l'estratto conto può essere impugnato per errori di scritturazione o di calcolo, per omissioni o per duplicazioni, nel termine di decadenza di sei mesi dalla data di ricezione (art. 1832, 2° comma, c.c.).

Il rapporto di conto corrente è ovviamente influenzato dalle vicende che concernono i crediti oggetto delle rispettive rimesse. Il Codice disciplina, sul punto, tre diverse situazioni.

A) *Vicende relative al contratto fonte del credito*

L'inclusione del credito nel conto corrente non esclude, per ciascun correntista, il diritto di esercitare le azioni ed eccezioni relative all'atto da cui il credito deriva. Può accadere, così, che il contratto fonte del credito sia dichiarato nullo, annullato, rescisso o risoluto: in tal caso, la relativa partita si elimina dal conto (art. 1827 c.c.).

B) *Garanzie dei crediti iscritti*

Il credito incluso nel conto può essere assistito da garanzia reale o personale (o dalla presenza di un coobbligato). L'inclusione del credito nella compensazione globale del conto corrente non estingue la garanzia (o i diritti verso il coobbligato), della quale, però, il correntista-creditore può valersi per il saldo esistente a suo favore alla chiusura del conto e fino alla concorrenza del credito garantito (art. 1828 c.c.).

C) *Sequestro o pignoramento del saldo*

Quale credito esigibile, il saldo può essere sottoposto a sequestro o a pignoramento da parte dei creditori del correntista, che deve dare notizia alla controparte del sequestro o del pignoramento. Di conseguenza, i creditori non possono essere pregiudicati da nuove rimesse della controparte, salvo che le medesime si riferiscano a diritti sorti *prima* del sequestro o del pignoramento (art. 1830 c.c.).

Lo **scioglimento** del rapporto di conto corrente si verifica alla data stabilita dalle parti. Nel caso, però, di rapporto a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto a ogni chiusura del conto, dandone preavviso almeno dieci giorni prima. Cause di recesso legale sono l'interdizione, l'inabilitazione, la morte e l'insolvenza di ciascuna delle parti. Il fallimento di una delle parti è causa, invece, di scioglimento automatico e immediato del contratto (art. 78 L. Fall.).

Come conseguenza dello scioglimento, le parti non possono includere nuove partite nel conto, ma il pagamento del saldo non può essere richiesto che alla scadenza del semestre (o in quella diversa scadenza prevista dal contratto o dagli usi).

III. IL MUTUO

1. NOZIONE

Il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di denaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità (art. 1813 c.c.).

Poiché l'oggetto del contratto consiste in *cose fungibili*, il mutuatario acquista la proprietà (nonché il possesso) delle cose ricevute a mutuo (art. 1814 c.c.).

Il mutuo **si presume oneroso**; salva diversa volontà delle parti, infatti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante.

Nel codice del 1865, al contrario, vigeva l'opposta presunzione di gratuità e ciò spiega perché il legislatore configurasse il mutuo come contratto *reale*, allo scopo cioè di consentire al mutuante di revocare il proprio consenso fino al momento dell'effettiva *traditio*.

Nell'attuale sistema, pur scomparsa la presunzione di gratuità, il codice individua parimenti il momento di perfezionamento del contratto nell'atto della *consegna* della cosa (art. 1813 c.c.). Secondo l'opinione prevalente, pertanto, il mutuo è ancora oggi un **contratto reale**.

La consegna non deve consistere, tuttavia, necessariamente nella materiale *traditio* del denaro nelle mani del debitore (la qual cosa, per importi superiori a e 10.329,14, sarebbe vietata dalla normativa antiriciclaggio). La giurisprudenza ha configurato, infatti, alcuni **equipollenti della traditio** (come, ad esempio, il deposito della somma mutuata su di un libretto fruttifero di risparmio al portatore, l'accreditamento della somma su conto corrente del mutuatario, la pattuizione con cui il mutuatario abbia incaricato il mutuante di impiegare la somma mutuata per il pagamento di un debito, ecc.).

Le parti sono libere, peraltro, di stipulare un **contratto consensuale atipico di mutuo**, nel cui ambito la consegna della somma rappresenta null'altro che l'adempimento di un obbligazione precedentemente assunta.

Da non confondere col mutuo consensuale atipico è la **promessa di mutuo** (art. 1822 c.c.) che – secondo la tesi prevalente – configura un contratto preliminare di mutuo. La norma attribuisce al promittente la facoltà di rifiutare l'adempimento della sua obbligazione, se le condizio-

ni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere notevolmente difficile la restituzione, e non gli sono offerte idonee garanzie.

Si tratta di un rimedio soltanto apparentemente analogo a quello previsto, in generale, dall'art. 1461 c.c. per i contratti con prestazioni corrispettive. Invero, sussistono due significative differenze:

1) nella promessa di dare a mutuo non vi è alcuna corrispettività tra prestazioni, posto che, all'obbligazione di prestare a mutuo, corrisponde l'obbligazione restitutoria che sorgerebbe soltanto per effetto della stipulazione definitiva;

2) il rifiuto del promittente, nell'art. 1822 c.c., ha efficacia estintiva della promessa e non semplicemente sospensiva degli effetti del contratto (come, invece, nell'art. 1461 c.c.).

In caso di inadempimento della promessa di mutuo, il promissario non potrebbe agire per l'esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c. Essendo, invero, il mutuo un contratto reale, la sentenza non potrebbe *tenere luogo* della dazione delle somma e costituire, in tal modo, il rapporto contrattuale. L'unica conseguenza dell'inadempimento, pertanto, consiste nell'obbligazione di risarcimento del danno.

2. DIRITTI E OBBLIGHI DELLE PARTI

Due sono le obbligazioni del mutuatario: quella di corrispondere gli interessi se il mutuo è oneroso e quella di restituire le cose mutate.

A) **Obbligazione di corrispondere gli interessi al mutuante**

La misura degli interessi è determinata liberamente dalle parti, ma, in mancanza di pattuizione, gli interessi sono dovuti nella misura legale (art. 1284, 1° comma, c.c.). Gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto; altrimenti sono dovuti nella misura legale (art. 1284, 3° comma, c.c.).

Se sono convenuti **interessi usurari**, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi (art. 1815, 2° comma, c.c.). Gli interessi "usurari" sono quelli definiti con l. 7 marzo 1996, n. 108 (art. 2). L'usurarietà degli interessi configura una fattispecie di nullità parziale che, ai sensi dell'art. 1419, 2° comma, c.c., non importa la nullità dell'intero contratto di mutuo, che si trasforma automaticamente in mutuo gratuito.

Se il mutuatario non adempie l'obbligo del pagamento degli interessi, il mutuante può chiedere la risoluzione del contratto (art. 1820 c.c.).

B) **Obbligazione di restituire le cose mutate**

Il mutuatario deve restituire le cose nel termine stabilito al momento della conclusione del contratto. La restituzione produce – al pari della consegna al momento della conclusione del contratto – il trasferimento della proprietà del denaro o delle cose in capo al mutuante.

Se non è stato fissato alcun termine (o se è stato previsto che il mutuatario restituisca *quando potrà*), il termine della restituzione può essere fissato dal giudice, avuto riguardo alle circostanze, su istanza della parte interessata (art. 1817 c.c.).

In ogni caso, il **termine per la restituzione** si presume:

— *a favore del mutuatario*, se il mutuo è gratuito (il mutuatario, quindi, potrebbe restituire in anticipo, senza che il mutuante possa rifiutare l'adempimento);

— *a favore di entrambe le parti*, se il mutuo è oneroso (in tal caso, quindi – salvo diverso accordo tra le parti – la restituzione deve avvenire esattamente nei termini pattuiti, stante la convenienza del mutuante ad ottenere il pagamento degli interessi in funzione delle scadenze convenute) (art. 1816 c.c.).

Se è stata convenuta la **restituzione rateale** delle cose mutate, il mancato pagamento anche di una sola rata da parte del mutuatario attribuisce al mutuante la facoltà di domandare l'immediata restituzione dell'intero (art. 1819 c.c.).

Si tratta di un'ipotesi *speciale* di decadenza dal beneficio del termine (art. 1186 c.c.).

La norma, tuttavia, subordina la facoltà di richiedere l'immediata restituzione dell'intero alle "circostanze" dell'inadempimento: secondo la dottrina, pertanto, il giudice dovrà valutare la richiesta come *abuso del diritto* qualora l'inadempimento non presenti i requisiti dell'importanza non scarsa, previsti in generale per la risoluzione del vincolo contrattuale (art. 1455 c.c.).

Se la restituzione di **cose diverse dal denaro** diviene impossibile o notevolmente difficile per causa non imputabile al mutuatario, quest'ultimo è tenuto a pagarne il valore, avuto riguardo al tempo e al luogo in cui la restituzione si doveva eseguire (art. 1818 c.c.).

Entrambe le descritte obbligazioni gravano sul mutuatario. A carico del mutuante, invece, la legge pone l'obbligo di risarcimento del danno cagionato al mutuatario per i **vizi delle cose date a prestito**, salvo che il mutuante abbia ignorato i vizi senza colpa. Se il mutuo è gratuito, il mutuante è responsabile solo nel caso in cui, conoscendo i vizi, non ne abbia avvertito il mutuatario (art. 1821 c.c.).

3. MUTUO DI SCOPO

Il mutuo si definisce "**di scopo**" allorché il mutuatario è obbligato a un determinato impiego della somma mutuata. Il mutuo di scopo è *legale* o *volontario* a seconda che l'obbligo di impiego derivi da una clausola contrattuale o da una norma di legge.

L'obbligo di destinazione fa parte del sinallagma contrattuale e si colloca in relazione di corrispettività con la dazione delle cose da parte del mutuante.

Esempi di mutuo legale di scopo sono il credito fondiario, alle opere pubbliche, agrario e peschereccio, disciplinati nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia (artt. 38-45, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385).

È controverso se il mutuo di scopo consista in una *variante consensuale dello schema codicistico* del mutuo ovvero se si tratti di una *figura contrattuale atipica*.

Secondo i sostenitori del primo orientamento, l'obbligo di destinazione delle somme mutate vale soltanto a specificare, ma non ad alterare la causa del contratto. Nel caso di mutuo legale di scopo, la normativa speciale adatterebbe lo schema tipico per consentire la realizzazione di interessi meritevoli di particolare protezione.

Secondo l'opposto orientamento, il mutuo di scopo consiste in un contratto atipico, i cui tratti caratterizzanti – rappresentati dalla consensualità, dalla rilevanza causale dell'obbligazione di destinazione e dalla corrispettività – derivano esclusivamente dalla disciplina contenuta nelle leggi speciali. La realtà, ad esempio, risulterebbe incompatibile con quelle particolari modalità di finanziamento, previste in taluni casi dalla legge e consistenti nella c.d. "erogazione per stadi di avanzamento", nella quale la corresponsione del finanziamento avviene soltanto dopo che il mutuante abbia verificato la progressiva ed effettiva realizzazione del progetto.

Anche secondo la giurisprudenza il mutuo di scopo è un contratto consensuale atipico, con il quale il beneficiario non si obbliga solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere i relativi interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto.

Il mancato impiego della somma per lo scopo previsto dalle parti o dalla legge costituisce inadempimento, che legittima il mutuante a domandare la risoluzione del contratto.

Si ha, invece, nullità del mutuo legale di scopo quando le parti, già al momento della conclusione del contratto, abbiano concordato l'utilizzazione della provvista per una finalità diversa da quella prevista dalla legge.

IV. IL *FACTORING*

1. NOZIONE ED EFFETTI

Il contratto di *factoring* consiste, nel suo nucleo fondamentale e costante, nella convenzione con cui un imprenditore (detto *cedente* o *fornitore*) si obbliga a cedere ad un altro imprenditore (*factor*) la titolarità dei crediti derivati o derivandi dall'esercizio della sua impresa.

L'interesse dell'imprenditore alla stipulazione del contratto di *factoring* consiste nell'acquisizione di liquidità attraverso le pattuite anticipazioni sull'importo dei crediti.

Con l. 21 febbraio 1991, n. 52 taluni aspetti delle operazioni di *factoring* hanno trovato espressa regolamentazione (requisiti soggettivi; efficacia della cessione nei confronti dei terzi; effetti del fallimento di una delle parti); manca, peraltro, una disciplina completa e organica e ciò consente di qualificare il *factoring* alla stregua di un contratto atipico.

Il contratto può presentare nella prassi commerciale una serie di varianti e di clausole differenziate in relazione a particolari esigenze delle parti. Di regola, ad esempio, il *factor* si obbliga a fornire alla controparte servizi di informazione, di consulenza e di collaborazione nella gestione aziendale. Il *factor*, quindi, assume obbligazioni (di "facere", "non facere", "praestare") non strettamente inerenti alla cessione, ma di essenziale importanza nel regolamento degli interessi voluto dalle parti.

Il contratto di *factoring* è un contratto consensuale.

La cessione dei crediti produce *effetto traslativo* al momento dello scambio dei consensi tra i medesimi, se la cessione è globale e i crediti sono esistenti.

La cessione produce, invece, *effetti obbligatori*, se si tratta di crediti futuri, oppure di crediti per trasmettere i quali occorrono distinti contratti di cessione.

La cessione avviene, di regola, *pro solvendo* – come stabilito dall'art. 4 l. n. 52 del 1991 – ma può essere pattuita anche *pro soluto*.

Una volta andata a buon fine la cessione, in tutto o in parte, il credito riscosso dal *factor* viene da lui ritenuto in relazione alle anticipazioni versate e agli altri costi preventivamente concordati dall'operazione.

Nel caso di mancata esazione dei crediti – se le parti non hanno derogato alla garanzia di solvenza del debitore – il fornitore è tenuto al rimborso delle anticipazioni.

2. RAPPORTI TRA *FACTOR* E DEBITORE CEDUTO

La cessione del credito è opponibile al debitore secondo le regole generali previste dall'art. 1264: occorre, quindi, che la cessione sia notificata o accettata dal debitore.

La giurisprudenza ha esaminato, altresì, il problema dell'**eventuale obbligo del debitore di informare il *factor*-cessionario**, che abbia notificato la cessione del credito, dell'esistenza di cause di inesigibilità del credito.

Sennonché, il comportamento passivo o inerte del debitore ceduto non può assumere il significato positivo di conferma dei crediti ceduti, alla stregua del generale principio secondo cui il silenzio, nei rapporti negoziali, può assumere il significato di implicita comunicazione di situazioni rilevanti solo quando sia in tal senso percepibile da entrambe le parti. Un silenzio irrilevante non può determinare alcuna situazione di apparente regolarità delle forniture e di esistenza dei crediti ceduti, cui possa ricollegarsi l'affidamento del cessionario.

Spetta, quindi, al *factor* informarsi con diligenza presso il debitore, in seguito alla notificazio-

ne, dell'esistenza effettiva del credito. Ove sia stato omesso tale dovere di diligenza, il *factor* non può pretendere dal debitore il risarcimento dei danni per non avere ricevuto il pagamento.

Non avendo la l. n. 52 del 1991 dettato alcuna disciplina specifica con riguardo alle eccezioni che il debitore ceduto può opporre al *factor*-cessionario, in dottrina e in giurisprudenza, si distingue tra:

a) *eccezioni attinenti al titolo del credito* (ad esempio, inesistenza, nullità, annullabilità del contratto da cui è sorto il rapporto obbligatorio), le quali sono sempre opponibili al *factor*-cessionario;

b) *eccezioni relative a fatti verificatisi durante l'attuazione del rapporto obbligatorio*, che sono opponibili al *factor* soltanto se anteriori al momento in cui la cessione è divenuta efficace nei confronti del debitore.

SEZIONE NONA

I CONTRATTI PER LA COMPOSIZIONE DELLE LITI

1. LA TRANSAZIONE: NOZIONE E PRESUPPOSTI

La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro (art. 1965 c.c.).

Se il sig. Rossi, ad esempio, pretende dal sig. Bianchi la somma di e 10.000 a titolo di risarcimento del danno, mentre, invece, Bianchi contesta la propria responsabilità, configura una transazione l'accordo con cui Bianchi si obbliga al pagamento della somma di e 2.000 a fronte della rinuncia di Rossi ad agire in giudizio per ottenere l'integrale risarcimento del danno.

La transazione è un contratto commutativo, oneroso e con prestazioni corrispettive. Normalmente bilaterale, la corrispettività non viene meno nel caso di pluralità di parti, che stipulino facendosi, rispettivamente, concessioni.

Dalla definizione codicistica, si ricava che i **presupposti** della transazione sono due:

a) l'esistenza di una controversia giuridica tra le parti, anche non ancora approdata in sede giurisdizionale (***res litigiosa***);

Il presupposto della *res litigiosa* sussiste in presenza di un conflitto tra le parti, di carattere giuridico, avente ad oggetto l'affermazione di un diritto di una delle parti, cui si contrappone, dall'altra parte, la negazione dello stesso diritto o la contestuale affermazione di una situazione giuridica incompatibile con l'altrui diritto.

È controverso se la *res*, oltre che *litigiosa*, debba essere anche *dubia*, nel senso che la transazione presupporrebbe, per sua giuridica configurabilità, l'incertezza della situazione oggetto di conflitto tra le parti. Tale incertezza, peraltro, dovrebbe essere *oggettiva*, nel senso che la situazione debba apparire dubbia non soltanto alle parti in conflitto, ma a chiunque acquisisca conoscenza del conflitto.

b) le reciproche concessioni (***aliquid datum, aliquid retentum***).

La reciprocità delle concessioni deve essere valutata avuto riguardo alle rispettive pretese avanzate dalle parti all'inizio della lite. Si ha "concessione", pertanto, quando ciascuna parte modifica l'oggetto della propria pretesa in misura inferiore alla propria originaria richiesta, ma superiore all'eventuale riconoscimento originario della controparte.

Poiché le reciproche concessioni possono produrre effetti costitutivi o dispositivi del diritto di una o di entrambe le parti, la transazione presuppone, per ciascuna parte, la **capacità di disporre dei diritti** oggetto della lite. La transazione, pertanto, è *nulla* se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti (art. 1966 c.c.).

L'art. 2113 c.c. – avente ad oggetto le rinunce e le transazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi – prevede, tuttavia, che l'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinuncia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima.

Piuttosto che una nullità, pertanto, la disciplina pare configurare una fattispecie di annullabilità o di c.d. nullità relativa.

1.1. TIPI DI TRANSAZIONE

A seconda del suo contenuto, la transazione può essere variamente classificata.

A) In primo luogo, si distingue la **transazione c.d. pura** dalla **transazione mista**: la prima è quella che ha ad oggetto esclusivamente la questione controversa tra le parti; la seconda, invece, ricorre allorché le parti, con le reciproche concessioni, creano, modificano o estinguono anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti (art. 1965, 2° comma, c.c.). Nella transazione mista, pertanto, accanto a un contenuto transattivo, vi è un'altra parte dell'accordo che ha causa diversa (ad esempio, un compravendita).

Secondo la giurisprudenza, la transazione mista rientra nella categoria dei contratti misti; sicché – secondo la tesi prevalente – si applica la disciplina dello schema causale prevalente.

B) Altra distinzione, cui la legge attribuisce rilevanza sul piano della disciplina, è quella tra **transazione propria** (o conservativa) e **transazione novativa**. Nella prima, il contratto di transazione è complementare rispetto al fatto causativo del rapporto originario ed è quindi fonte *concorrente* di diritti e di obblighi; nella seconda, invece, il contratto di transazione rappresenta l'unica fonte dei diritti e degli obblighi delle parti.

La transazione novativa ricorre in due casi: quando il rapporto giuridico nascente dalla transazione risulti *oggettivamente incompatibile* con il rapporto giuridico preesistente ed oggetto della controversia; quando le parti *espressamente* attribuiscano alla transazione la funzione di estinguere definitivamente il precedente rapporto giuridico e di sostituirlo con nuove e autonome obbligazioni.

Ad esempio, la giurisprudenza ha ritenuto novativa la transazione stipulata da un dirigente di un'impresa industriale con il proprio datore di lavoro nel corso di un giudizio di impugnazione del licenziamento, con la quale le parti avevano convenuto la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro ed il secondo si era obbligato a pagare una somma di danaro a titolo di risarcimento dei danni da lesione dell'immagine sofferti per la cessazione del rapporto; per la natura novativa della transazione, si è escluso che il nuovo credito del dirigente potesse essere ritenuto derivante dal licenziamento illegittimo e, conseguentemente, potesse beneficiare del privilegio *ex art. 2751 bis*, n. 1, c.c. (Cass. 10 febbraio 2003, n. 1946).

Al contrario, è stato qualificato come transazione propria l'accordo tra un architetto e un Comune in cui, a fronte della pretesa del professionista di pagamento del compenso dovutogli per la redazione di un progetto per la realizzazione di una piscina comunale, il primo si era obbligato a modificare il progetto e ad adattare l'opera ad un'area diversa da quella originaria; in tal caso, infatti, rimangono immutati la natura giuridica del rapporto e l'oggetto delle prestazioni

assunte dalle parti – consistenti, rispettivamente, nella redazione di un progetto e nel pagamento del corrispettivo – essendo convenute modificazioni concernenti esclusivamente le caratteristiche e l'ubicazione dell'opera (Cass. 19 maggio 2003, n. 7830).

La transazione novativa non può essere risolta per inadempimento, salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato dalle parti (art. 1976 c.c.).

1.2. FORMA E IMPUGNAZIONE DEL CONTRATTO

Salvo che la transazione abbia ad oggetto controversie relative a rapporti giuridici concernenti beni immobili (per i quali è richiesta la forma scritta a pena di nullità: art. 1350, n. 12 c.c.), il contratto di transazione non richiede particolari requisiti di **forma** per la sua validità, ma – per comprensibili ragioni di certezza in ordine alla composizione della lite – deve essere provato necessariamente per iscritto (art. 1967 c.c.).

Poiché la transazione svolge una funzione di componimento delle liti istituzionalmente attribuita alla giurisdizione, il codice detta una disciplina speciale in materia di **impugnazione del contratto** (nullità, annullabilità, inefficacia, rescissione, ecc.), che si prefigge lo scopo del difficile bilanciamento tra esigenze di *vincolatività* della definizione volontaria della controversia (per finalità preventive e deflative dei contenziosi giudiziari) e salvaguardia di quegli interessi fondamentali delle parti, che – per ragioni di ordine pubblico – risulterebbero (o sono risultati) meritevoli di tutela in sede giudiziaria.

A) *In senso restrittivo*, si colloca, pertanto, la minore rilevanza dell'**errore di diritto**, relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti, che – diversamente dalla previsione generale (art. 1429, n. 4 c.c.) – non consente l'annullamento della transazione (art. 1969 c.c.).

Allo stesso modo, la transazione non può essere impugnata per causa di **lesione** (art. 1970 c.c., che deroga, pertanto, all'istituto generale della rescissione per lesione).

La **transazione su titolo nullo** è, di regola, valida, se le parti conoscevano entrambe la causa di nullità. Essa è nulla soltanto se relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo (art. 1972, 1° comma, c.c.); negli altri casi, è annullabile soltanto su domanda della parte che ignorava la causa di nullità (art. 1972, 2° comma, c.c.).

Sempre a presidio della vincolatività dell'accordo, è previsto che la transazione che le parti hanno concluso generalmente sopra tutti gli affari che potessero esservi tra loro non può impugnarsi per il fatto che posteriormente una di esse venga a conoscenza di documenti che le erano ignoti al tempo della transazione, salvo che questi siano stati occultati dall'altra parte (art. 1975, 1° comma, c.c.). Viceversa, se la transazione riguarda un affare determinato, la transazione è annullabile in caso di **scoperta posteriore di documenti** che provano che una delle parti non aveva alcun diritto (art. 1975, 2° comma, c.c.).

B) *A tutela di interessi di ordine pubblico*, invece, si stabilisce che la **transazione nei giudizi civili di falso** non produce alcun effetto, se non è stata omologata dal tribunale, sentito il pubblico ministero (art. 1968 c.c.).

Se la stessa transazione è stata conclusa, in tutto o in parte, sulla base di **documenti falsi**, essa è annullabile (art. 1973 c.c.).

Il "primato" della giurisdizione riemerge nella previsione, secondo cui è annullabile la transazione fatta su **lite già decisa con sentenza passata in giudicato**, della quale le parti o una di esse non avevano notizia (art. 1974 c.c.).

Infine, la **consapevolezza delle temerarietà della pretesa** – che, in sede giudiziaria è fonte di responsabilità a carico della parte (art. 96 c.p.c.) – è causa di annullamento della transazione (art. 1971 c.c.).

2. IL CONTRATTO DI ACCERTAMENTO

Come si è già detto (Cap. IV, Sez. IV, II, § 3), il contratto di accertamento è quel contratto atipico con cui le parti *danno certezza a una situazione giuridica controversa*, in modo da precludere dispute future.

A differenza della transazione, il contratto di accertamento non include *reciproche concessioni*, né determina effetti innovativi della realtà giudica con la creazione, modificazione o estinzione di precedenti rapporti: le parti si limitano a “fissare” con esattezza una situazione incerta precludendosi la possibilità di rimetterla in discussione.

Con riguardo all'efficacia del contratto di accertamento, la tesi proposta da autorevole dottrina e seguita dalla giurisprudenza attribuisce al contratto **effetti “preclusivi”**, precisando che l'efficacia preclusiva costituisce un *tertium genus* tra efficacia dichiarativa ed efficacia costitutiva e va intesa nel senso di interdire per il futuro alle parti ogni ulteriore contestazione in ordine al rapporto accertato. Stante la sua efficacia preclusiva, risulta, quindi, irrilevante la conformità o meno della situazione così come accertata rispetto a quella oggetto dell'accertamento.

Il contratto di accertamento è nullo per difetto di causa soltanto ove le parti, consapevolmente o per errore, accertino una situazione inesistente o già certa.

In mancanza di espressa previsione normativa, si afferma che il contratto di accertamento, diversamente dalla transazione, non esige la **forma** scritta (*ad probationem* o *ad substantiam*) neppure quando si riferisca a diritti reali immobiliari (*a contrario ex* art. 1350, n. 12, c.c.) e può essere concluso, pertanto, anche verbalmente o mediante comportamenti concludenti.

3. LA CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI

La cessione dei beni ai creditori è il contratto col quale il debitore incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti (art. 1977 c.c.).

A fronte di uno o più crediti che il debitore non riesca ad estinguere, la via processuale che l'ordinamento offre ai creditori è quella di munirsi di titolo esecutivo e agire in esecuzione forzata. Sennonché, il processo esecutivo è spesso lungo e complesso e non presenta adeguate probabilità che il ricavato della vendita forzata dei beni esecutati riesca ad estinguere, in proporzione soddisfacente, i crediti fatti valere. Ecco la ragione per cui la cessione dei beni ai creditori rappresenta un'“alternativa contrattuale” al processo esecutivo, già conosciuta dal diritto romano e dal *Code Napoléon*.

Per effetto della stipulazione del contratto, il debitore perde la **facoltà di disposizione** dei beni, che viene attribuita – sulla base di un mandato conferito anche nell'interesse dei mandatari (*in rem propriam*) – ai creditori cessionari. I creditori non acquistano, quindi, il diritto di proprietà sui beni ceduti, ma la mera facoltà di disposizione.

Per esigenze di certezza giuridica relativamente alla titolarità della facoltà di disposizione, la cessione dei beni deve essere conclusa in **forma scritta** a pena di nullità. Se

tra i beni ceduti esistono crediti, per l'efficacia della cessione è necessaria, altresì, la notifica al debitore ceduto o la sua accettazione (art. 1979 c.c.).

Fino all'alienazione, i creditori cessionari amministrano i beni ceduti (art. 1979 c.c.), salvo il diritto del debitore di controllare la gestione e pretendere il rendiconto alla fine della liquidazione, o alla fine di ogni anno se la gestione dura più di un anno (art. 1983 c.c.). Dal momento della conclusione del contratto anche le azioni di carattere patrimoniale relative ai beni ceduti spettano ai creditori cessionari.

Per procedere all'alienazione, i creditori possono nominare un **liquidatore** (art. 1983, 2° comma, c.c.). Una volta venduti i beni, il ricavato è ripartito tra i creditori in proporzione ai rispettivi crediti, salve le cause di prelazione. Il residuo spetta al debitore (art. 1982 c.c.).

Il contratto produce effetti soltanto tra le parti; conseguentemente, i creditori che non abbiano aderito alla cessione possono agire esecutivamente sui beni ceduti. Essi possono, tuttavia, partecipare alla cessione, divenendo "parte" del contratto, anche dopo la sua stipulazione, purché vi consentano il debitore e i creditori già cessionari. Questi ultimi, a loro volta, se la cessione ha avuto per oggetto solo alcune attività del debitore, non possono agire esecutivamente sulle altre attività prima di aver liquidato quelle cedute (art. 1980 c.c.).

Potendosi il debitore, per effetto della cessione dei beni ai creditori, sottrarre all'esecuzione forzata, il codice pretende che egli si comporti secondo buona fede: pertanto, la cessione può essere annullata, su istanza dei creditori, se il debitore, avendo dichiarato di cedere tutti i suoi beni, ha dissimulato parte notevole di essi, ovvero se ha occultato passività o ha simulato passività inesistenti (art. 1986, 1° comma, c.c.).

Il debitore è liberato dalla sua obbligazione verso i creditori, salvo patto contrario, nel momento in cui essi ricevono la parte loro spettante sul ricavato della liquidazione e nei limiti di quanto hanno ricevuto. Per la parte non soddisfatta, i creditori – a differenza di quanto accade nel concordato preventivo con cessione dei beni (art. 184 L. Fall.) – conservano il loro diritto e possono esercitare l'azione esecutiva.

Il contratto si estingue, oltre che in seguito alla liquidazione dei beni e alla ripartizione proporzionale del ricavato, anche per **recesso del debitore**, il quale offra il pagamento del capitale e degli interessi a coloro con i quali ha contrattato o che hanno aderito alla cessione. Il recesso ha effetto dal giorno del pagamento (art. 1985 c.c.). In caso di inadempimento delle rispettive obbligazioni, la cessione può essere risolta secondo le regole generali degli artt. 1453 ss. c.c. (art. 1986, 2° comma, c.c.).

4. IL SEQUESTRO CONVENZIONALE

Il sequestro convenzionale è il contratto col quale due o più persone affidano a un terzo una cosa o una pluralità di cose, rispetto alla quale sia nata tra esse controversia, perché la custodisca e la restituisca a quella a cui spetterà quando la controversia sarà definita (art. 1798 c.c.).

Come la transazione e la cessione dei beni ai creditori, anche il sequestro convenzionale presuppone l'esistenza di una lite, per la quale possa essere instaurata (o sia già stata instaurata) una controversia giudiziaria. Mentre, però, la transazione definisce o compone una controversia solitamente oggetto di un processo di cognizione o di esecuzione; mentre, a sua volta, la cessione dei beni previene l'introduzione del processo esecutivo; il sequestro convenzionale rappresenta l'"alternativa contrattuale" al processo cautelare e, in particolare, al procedimento per sequestro giudiziario (art. 670, n. 1 c.c.). Al pari del sequestro giudiziario, infatti, il sequestro convenzionale soddisfa l'esigenza di conservazione e gestione del bene, con riferimento al quale sussista controversia tra le parti in ordine alla titolarità di un diritto reale o di un diritto alla restituzione.

Il contratto non richiede alcuna specifica forma, anche quando l'oggetto consiste in beni immobili. Se si tratta, inoltre, di cose mobili si ritiene che si tratti di un contratto reale.

Mentre nel processo cautelare la gestione della cosa sequestrata spetta al custode nominato dal giudice (art. 676 c.p.c.), nel sequestro convenzionale gli obblighi, i diritti e i poteri del sequestratario sono determinati dal contratto o, in mancanza di accordo, dagli artt. 1800-1802 c.c.

In base a tali norme, il sequestratario ha l'obbligo di custodire il bene affidatogli alla stessa stregua di un depositario (art. 1800, 1° comma, c.c.). Se la natura delle cose lo richiede, il sequestratario ha anche l'obbligo di amministrazione; in tal caso, si applicano le norme del mandato (art. 1800, 3° comma, c.c.).

Prima che la controversia sia definita, il sequestratario non può essere liberato che per accordo delle parti o per giusti motivi (art. 1801 c.c.).

Il sequestro convenzionale è, salvo patto contrario, un contratto oneroso: di conseguenza, il sequestratario ha diritto al compenso. Egli ha pure diritto al rimborso delle spese e di ogni altra erogazione fatta per la conservazione e per l'amministrazione della cosa (art. 1802 c.c.).