

# StuDocu.com

Appunti, tutte le lezioni - Istituzioni di diritto privato - Prof.  
Troiano - a.a. 2015/2016

Istituzioni di diritto privato (Università degli Studi di Verona)

Lezione del 10/02/16

Prof. Stefano Troiano

Frequenza:

- Obbligatoria per il pre-appello (circa 5/6 giorni prima dell'inizio dell'appello) su alcune parti del programma.
- La parte introduttiva, la parte del negozio giuridico (il contratto), il diritto di famiglia e la responsabilità civile.

Testi:

- Trabucchi: Istituzione di diritto civile, Padova, Cedam, ultima edizione 2015: **NON bisogna studiare la parte dedicata al diritto dell'impresa e delle società e alla disciplina dei titoli di credito e della circolazione dei valori mobiliari**
- Ultima edizione del Codice Civile → edizione consigliata: De Nova (Zanichelli), Di Majo (Giuffrè)

### Cos'è il fenomeno giuridico?

Il fenomeno giuridico trova anche nel comune linguaggio espressione in denominazioni diverse tra loro, ma anche numerose, ci sono diversi modi per indicare questo fenomeno come legge, diritto, norma, giustizia, giurisprudenza → sono denominazioni che indicano prospettive diverse del fenomeno giuridico:

- **Diritto:** deriva da *Directus*. Il diritto è una “**regola**”, quindi indica un fenomeno regolativo. È lo strumento attraverso il quale si dà un ordine alla società (1<sup>a</sup> funzione del diritto) → non c'è società laddove non ci sono regole.
- **Legge:** la radice latina *Lex*, significa patto socialmente garantito → sono i consociati che creano il diritto. L'espressione legge è il risultato del patto che la società si dà per la produzione delle norme. Le fonti del diritto sono la base del patto.
- **Concetto di giustizia:** *Gius*, si indicava il valore sacrale del diritto nell'esperienza Romana, ma che indica un'ulteriore espressione del diritto, quelle di dare un ordine giusto, dei valori che si trovano dietro la norma.

Il concetto di giustizia indica la funzione vera del diritto, cioè la protezione dei beni, degli interessi, come la vita, la salute, l'integrità, ma anche il patrimonio, la proprietà, la famiglia.

Questi diverse prospettive, possono essere ordinate in una funzione unitaria:

- Risolvendo i conflitti d'interesse quando si presentano: es. contratto
- Funzione preventiva del diritto: previene i conflitti perché la regola, già per il fatto d'esistere, permette di regolare il comportamento dei consociati. Se so che il comportamento è promosso dall'ordinamento sono tentato a tenere quel comportamento e viceversa.  
Criterio funzionale dello scopo della norma: a cosa serve la norma? Come regolerà la norma in modo da sacrificare un interesse e favorire un altro interesse.

Una norma giuridica è tale quando:

1. Formale: quando è prodotta da una delle fonti che quell'ordinamento la riconosce idonea a riprodurre norme (leggi dello stato, costituzione, usi in certe forme)
2. Sanzionabilità prevista come sanzione: Se una norma è posta da una fonte che formalmente la può produrre, ma che non è applicata nella società perché non vi è una sanzione che ne garantisca l'osservanza, non è una norma o se una norma deriva da un uso e riesce a darsi una sanzione, è considerata una norma giuridica.

Se vogliamo indicare i caratteri di una norma giuridica, uno dei caratteri essenziali è la **sanzionabilità** → il diritto deve garantire la norma.

Le sanzioni possono essere:

1. **Espresso** o **Implicito** nel sistema:

Ad es. **espresso**: il risarcimento del danno presenta 2 norme, 1 norma di divieto e 1 norma sanzionatoria. Art. 2043 c.c.: "qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto..."

Ad es. **implicito**: norme che autorizzano un comportamento, che favoriscono una situazione giuridica di vantaggio. La sanzione è implicita perché nel momento in cui attribuisce un potere, perché viene sanzionato colui che viola il potere o comprime la facoltà.

La sanzione è rappresentata dall'invalidità dell'atto compiuto nel diritto privato, mentre le sanzioni penali puniscono il trasgressore mediante una punizione personale o patrimoniale che non è in diretta relazione con la lesione compiuta. Il carcere è una punizione affittiva, non ha una funzione risarcitoria o di reimpostare la situazione precedente.

La sanzione penale non appartiene al diritto privato perché nella sanzione penale risponde a una logica che non è quella propria del diritto privato, ma è una logica di repressione del reato e, allo stesso tempo, di riabilitazione del condannato, che prescinde dall'idea di regolare la norma e che è direttamente realizzata al conseguimento di un interesse superiore. Nell'ambito del diritto penale, che è il diritto pubblico, l'interesse superiore pubblico si impone anche davanti all'interesse del diritto privato. Questa logica pone il privato in soggezione rispetto a un interesse pubblico, non è la logica del diritto privato. La logica del diritto privato è l'uguaglianza.

2. **Generale** ed **Astratto**: esistono anche norme specifiche e concrete, però queste non sono norme costitutive dell'ordinamento, ma sono applicazioni di norme generali e astratte (es. il giudice che applica la sentenza). Generalità e astrattezza sono elementi delle norme, che devono essere considerate costitutive dell'ordinamento, non sono però essenziali perché esistono norme giuridiche che possono avere carattere di concretezza e specificità.

**Generalità**: deve essere rivolta a una generalità di destinatari più o meno determinati.

**Astrattezza**: non disciplina determinate situazioni concrete, ma una pluralità più o meno indeterminate situazioni prefigurate in astratto.

La norma è formulata in modo in cui il precetto, derivi dal fatto che si sia verificato in concreto quell'ipotesi che si era configurata in astratto nel giudizio ipotetico.

In termini giuridici, la situazione astratta viene chiamata **fattispecie astratta**, cioè la situazione denominata in astratto dalla norma per regolare comportamenti giuridici, se si verifica abbiamo una fattispecie concreta che coincide con quella astratta. In alcuni casi la fattispecie astratta è indicata con termini così astratti e generali, da non essere percepibile in modo limpido, in altri casi è il precetto che viene indicato in termini generali. Questo tipo di norme che non hanno una fattispecie specifica ma generale, esistono e lasciano all'interprete un maggior spazio nel precetto normativo.

Es. **Art. 1375 cc**: nell'esecuzione del contratto le parti devono comportarsi in **buona fede**. La fattispecie astratta è l'esecuzione del contratto, significa che in qualsiasi momento dell'esecuzione contrattuale, devo comportarmi in buona fede; non specifica quale sia la fattispecie astratta, può essere qualsiasi momento. Anche il precetto non è chiaro → "Buona Fede": un dovere di comportamento leale, trasparente, solidale, è un precetto di correttezza. Se usiamo il termine correttezza, non ci dice molto perché ci sono tante forme di correttezza che possono non rientrare in questo caso.

Le norme formulate in maniera vaga nella premessa e nella conseguenza, danno all'interprete un maggiore spazio, che si traduce in un vero potere di concretizzazione delle norme.

**Clausole generali:** particolare tipologie di norme giuridiche vaghe. L'ordinamento risponde alla sua funzione ordinante, nell'ordinare deve dare certezza dei precetti giuridici, infatti non sono tantissime queste clausole generali in confronto a tutte le norme del codice civile. Le norme generali sono utili all'ordinamento perché, è vero che riducono il grado di certezza delle regole, però introducono una dose di elasticità al sistema giuridico.

In un sistema come il nostro, basato sulla primazia della legge scritta, è necessario che ci siano queste norme, perché in un ordinamento scritto in cui il giudice non crea la norma, ma si limita ad applicare le norme esistenti, il rischio che quell'ordinamento si irrigidisca nel tempo è molto forte: la produzione normativa, non va di pari passo con l'economia e la società (Es. Francia → codice napoleone del 1804). Se l'ordinamento fosse composto solo da norme di dettaglio, i giudici non avrebbero l'opportunità di adeguare le norme alla società → le clausole sono delle "valvole di sfogo del sistema".

Altri elementi delle norme giuridiche **non** essenziali, ma più frequenti:

- Prevalentemente di origine **statuale**: Lo Stato è la massima e più ampia forma di organizzazione di una società, quindi queste norme danno ordine alla società → gli ordinamenti moderni sono basati sullo stato, ma non esistono solo norme statali, dato che esistono anche norme diverse come ad es. le norme **sovratatali** (norme europee). Vi sono anche le **norme delle regioni, delle provincie o dei comuni**, Non diventano norme costitutive dello stato, ma lo sono per l'ordinamento, poi vi sono le **norme ecclesiastiche, sportive, formazioni sociali** (sindacati).

Quando parliamo di norme giuridiche bisogna distinguere:

- Norme generali dalle norme speciali
- Norme di diritto comune dalle norme di diritto eccezionale

Lezione del 15/02/16

Differenza tra:

1. **Norme generali**: di regola la norma è generale e astratta.
2. **Norme speciali**: può essere definita come quella norma che individua quella regola che è espressione di una norma generale ma si differenzia da quella che per alcuni profili tengono conto di esigenze particolari. La norma speciale non nega la generale, ma la adegua, si distingue solo perché il legislatore ha ritenuto necessario tener conto di esigenze, che in un contesto più specifico, richiedono una considerazione diversa.

Es. nella disciplina della responsabilità patrimoniale si prevede una norma che è depositaria dei principi di fondo che regolano il tema della responsabilità patrimoniale, l'art.2740/2741: contengono la disciplina della responsabilità patrimoniale → si è soggetti a una sanzione, un'obbligazione sul proprio patrimonio collegata a un'azione illecita (norma generale).

Alla responsabilità patrimoniale, invece, incorre colui che è titolare di un'obbligazione, il debitore, in caso di inadempimento (norma specifica).

Se non adempio all'obbligazione, sono tenuto a risarcire il danno.

**Responsabilità Personale**: se io non adempio all'obbligazione, essendo responsabile dell'inadempimento sono tenuto a risarcire il danno. Si chiama personale perché ricade sul creditore.

**Responsabilità Patrimoniale**: essere assoggettati a un vincolo di interesse per il creditore. Significa che il creditore che non ha ricevuto la prestazione, potrà soddisfare il suo interesse sui beni del debitore. Il creditore quindi ha degli strumenti per ricevere la prestazione, l'Esecuzione.

Quindi, non solo deve risarcire il danno, ma i suoi beni sono assoggettati a un vincolo del suo creditore attraverso un'azione esecutiva. L'azione può essere in forma specifica (deve adempiere all'obbligazione, es.

facendo il lavoro) o per espropriazione (si ottiene il valore economico espropriando il bene del debitore per la quota spettante).

Il debitore può rispondere attraverso tutti i suoi beni presenti e futuri, i quali possono anche essere venduti, proprio grazie all'esecuzione.

L' **art. 2741** stabilisce che se vi sono più debitori, i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti dal debitore, salvo le cause previste di prelazione. Significa che se non ci sono dei vantaggi derivanti dai diritti di garanzia, hanno eguali diritti: Principio della parità di trattamento dei creditori (par condicio creditorum).

Può essere che un creditore si muova prima degli altri: in questo caso il primo può soddisfarsi completamente mentre gli altri solo sul patrimonio restante (potrebbe non attuarsi il principio in questo caso).

Nei rapporti d'impresa, l'imprenditore solitamente ha numerosi creditori: in questo caso il legislatore ha previsto una disciplina più specifica, il Fallimento.

**Disciplina del Fallimento:** insieme di norme speciali rispetto alla norma generale dell'art. 2741 cc. È un procedimento che consente di attuare il principio della par condicio creditorum in un modo più pieno che tiene conto del fatto che esistano più creditori che devono essere coinvolti. Il fallimento è contenuto in una legge speciale del 1942.

**Disciplina della cessione del credito (art. 1260 e seg.):** è un diritto, il lato attivo del rapporto obbligatorio, visto dal punto di vista del creditore. Il creditore può cedere ad altri il suo diritto e quindi sarà lui a dover adempiere al debito. Sono norme generali perché riguardano tutte le cessioni del credito, sia il creditore che cede, sia il creditore che acquisisce.

Queste norme possono essere insufficienti in alcune esigenze, in ambito di rapporti limitati. Infatti si è deciso di adottare una disciplina speciale, legge n.51/1991, diretta a introdurre delle norme particolari per la cessione dei crediti d'impresa, che in parte si differenzia dalle norme generali, adeguando alle esigenze dell'impresa.

Come si risolvono i conflitti tra norma generale e norma speciale?

Il criterio di risoluzione è legato alla specialità tra due norme: laddove una norma speciale e generale concorrano a regolare il medesimo caso, si dà prevalenza alla **norma speciale**, perché il legislatore ha voluto dar regole diverse in quel caso → questo varia anche quando la norma generale, fosse posteriore nel tempo rispetto alla norma speciale. Nell'art. 15 delle norme precedenti al CC, disciplina che le norme posteriori abrogano di conseguenza le norme antecedenti che risultino incompatibili, in conflitto.

3. **Norme eccezionali:** quelle norme che sono in antitesi con un'altra regola, ponendosi in conflitto con un principio generale. Rinneva lo spirito della norma generale, deve essere contraria alla ratio del principio generale.

Es. Autonomia Negoziiale Contrattuale: Ci sono dei casi in cui è vietato alienare diritti, la legge detta divieti di alienazione, a volte specifici. Sono eccezioni rispetto ai diritti generali.

Es. 2 L' **art. 1325** afferma che il contratto deve avere certi elementi, i requisiti essenziali del contratto: l'**accordo**, la **causa**, l'**effetto** e la **forma**.

La **forma** si occupa di renderlo percepibile all'esterno per via orale, scritta o pubblica (scritta davanti a un notaio). La forma del contratto è importante per il contratto con pena di nullità del contratto, perché la forma è libera se non è vincolata dalla legge → Si ricava un principio secondo il quale il contratto deve avere una forma libera salvo i casi previsti dalla legge.

La rilevanza della distinzione della norma in norma eccezionale si trova dal punto di vista dell'interpretazione e dell'applicazione della norma. Sempre nelle disposizioni preliminari al CC (art. 14), si

esclude la possibilità di applicare le norme eccezionale oltre i casi e i tempi in esse considerate, oltre il loro ambito.

Il nostro ordinamento prevede la possibilità di risolvere casi anche non regolati dalla legge **analogicamente**. L'applicazione analogica non è consentita per le norme eccezionali, oltre il loro ambito, perché l'ordinamento si regge su principi, espressione di valori, quindi vi è il rischio che attraverso l'applicazione estensiva e analogica alla norma eccezionale, quest'ultima potrebbe diventare regola.

La qualificazione della norma come eccezionale non è agevole, perché a volte le norme eccezionali sono apparentemente tali. Il principio della libertà di forma è tradizionalmente applicato, ma ritornano periodicamente interpretazioni diverse, che escludono il fatto che sia un principio del nostro ordinamento, quindi le norme che prescrivono la forma, si chiamano norme eccezionali. In realtà la natura del principio di una norma è il risultato di un'interpretazione del sistema.

L'ordinamento evolve nel tempo, una stessa norma può essere intesa in un momento storico come norma di principio e in un altro contesto come norma non espressione di un principio generale. Il concetto di principio e di eccezione sono relativi e non assoluti, la stessa norma può essere eccezionale oggi e tra 20 anni potrebbe non esserlo più.

Tutte le norme devono essere ricollegate al principio generale su cui l'ordinamento si fonda, questo è indispensabile perché non possono esistere norme che siano completamente fuori dal sistema. Ad es. la forma può corrispondere a un principio generale, come la protezione della parte debole del rapporto. In questo caso bisogna capire quanto è possibile che quella norma sia intesa come eccezionale.

Se la norma che deroga la libertà di forma, indica una forma particolare, a sua volta esprime un principio diverso, allora l'eccezionalità di quella norma è tollerata, ma nell'ambito dei rapporti in cui una parte è forte e l'altra debole, la norma non ha più carattere di eccezionalità.

4. **Norma di principio:** es. **art 1375 CC** → le parti del contratto devono comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto.

I principi presentano alcuni aspetti comuni alle clausole generali perché entrambi sono espressi in modo generale, generico. La differenza non sta nella generalità del precetto, ma nella funzione di principio. La **clausola generale** è semplicemente più generale rispetto alle altre, che ha dei criteri di fondo che il legislatore gli indica, ma il lavoro lo deve fare il giudice concretizzando il contenuto. Indica solo una tecnica legislativa di interpretazione più creativa rispetto alle altre.

Il **principio** invece detta i valori e indica i comportamenti necessari per realizzare quei valori. Possono essere scritti o meno, solitamente non sono scritti e li desumiamo da altre norme perché sono il fondamento di altre norme.

Non sempre è facile capire se è una norma generale o espressione di un principio (es. art. 1375: secondo alcuni è espressione di un principio, comportarsi in modo corretto, mentre per altri è generica, anche se non è molto frequente).

5. **Norme imperative e norme dispositive (o derogabili):**

**Norma imperativa:** **art. 1418** è la norma che sancisce la nullità del contratto. Il contratto è nullo, quando è contro alle norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. La contrarietà quindi rende nullo il contratto, ma il contratto è nullo anche quando la causa è illecita.

**Illecito:** **art.1343**, la causa è illecita quando è contraria alle norme imperative.

Quindi, le norme imperative sono quelle che si impongono in ogni caso e che i privati non possono escludere scegliendo di applicare regole diverse.

**Norme dispositive o derogabili:** sono dettate dalla legge ma possono essere poste nel nulla e quindi derogabili ai privati.

Quando una norma è imperativa e quando non lo è? Ci sono casi in cui la legge detta una norma e poi aggiunge "salvo che le parti dispongano diversamente". Questo inciso trasforma le norme in norme derogabili, ma non sempre c'è questo inciso, bisogna capire se quella norma è derogabile o meno.

Il criterio più diffuso in questo caso è quello di capire qual è lo scopo che la norma intende realizzare: se lo scopo è legato a uno scopo generale, quindi è una norma imperativa. Laddove invece non regola l'interesse generale, ma un interesse privato, si tratta di norma derogabile.

Le norme derogabili solitamente indicano l'equilibrio tra soggetti diversi, fermo restando che i privati dispongano diversamente.

L'imperatività sta a un interesse generali indisponibile perché si ritiene che solo il legislatore possa decidere di quell'interesse, anche quando si parla di un interesse individuale.

Le norme derogabili si dividono in norme:

- **Dispositive:** La legge detta la regola, ma i privati possono derogarla. es. la legge prevede una garanzia per i vizi nella compravendita.  
"Io ti detto la regola, ma tu puoi decidere di non seguirla"
- **Suppletive:** si rimette la regola ai privati, ma si prevede che nel caso in cui i privati non rispondono, si applichino determinate norme di legge: è una norma che riempie un vuoto creato dai privati stessi.  
"Decidi tu privato come regolare il rapporto, nel caso ci sono le regole." es. diritto di servitù, diritti reali, ecc.

Le norme derogabili sono norme giuridiche anche se non hanno la sanzione, sono norme che lasciano aperta la porta a una determinata situazione. Non tiene alla giuridicità della norma, ma solo allo spazio che si riconosce alla volontà dei privati.

Lezione del 16/02/15

L'ordinamento giuridico è l'insieme delle norme che rappresenta l'assetto normativo, costitutivo di una società.

Le norme solitamente sono statuali, ma possono derivare anche da organi sovra statuali o inferiori.

Le norme sono:

- Caratteri sostanziali:
  - Generali e astratte
  - Sanzionabilità
- Caratteri formali:
  - Individuo come le norme dell'ordinamento quelle norme prodotte dalle fonti

Quando parliamo di fonti, parliamo di atti o fatti che sono considerati da un determinato ordinamento come idonei a produrre un determinato ordinamento. Non tutte le fonti sono atti giuridici, ad es., l'uso è una fonte fatto perché scaturisce dal comportamento dei consociati.

Fonte di cognizione: i documenti che contengono le norme giuridiche, gli strumenti attraverso i quali le norme sono conoscibili (Gazzetta Ufficiale, Codice Civile, per gli Usi, ci sono dei testi redatti dalla Camera di Commercio che li riporta per renderli conoscibili).

Qual è l'atto o il fatto che rende conoscibile la norma?

Tutti gli ordinamenti hanno un sistema di fonti non casuale perché chi è il soggetto che può produrre le norme e chi no. Le fonti hanno un ordinamento e sono disposte gerarchicamente che esprime una scelta sui valori dello stato e su chi si occupa di una determinata fonte.

Le fonti del diritto si possono trovare all'art. 1 del Codice Civile ed è la seguenti:

1. Le leggi
2. I regolamenti
3. Le norme corporative: un ordinamento corporativo voluto dal fascismo, permetteva di avere un collegamento tra datori di lavoro e lavoratori, si intendeva evitare un interesse superiore dello Stato attraverso una convergenza di fattori verso lo stesso risultato. Una visione collettivista e verticistica dello Stato (tutte abrogate al termine della seconda Guerra Mondiale)
4. Gli usi

Nel 1932 la **Costituzione** non era ancora stata promulgata, quindi non è elencata, ma è la legge fondamentale dello Stato perché rimette alla Corte Costituzionale il potere di dover verificare la legittimità delle norme e atti aventi forza di legge. La Costituzione inoltre non può essere modificata con un procedimento ordinario, ma solo con un procedimento aggravato.

La Costituzione deriva la propria forza dal fatto di essere norma fondamentale dell'ordinamento.

Il valore è un bene della vita (libertà di pensiero, vita, le cose materiale), mentre il principio è quella cosa che si occupa di difendere il principio.

Le **leggi**, sono lo strumento ordinario, principale, di produzione delle leggi. La Costituzione prevede che anche l'esecutivo possa concorrere ad emanare leggi che possano avere la stessa forza delle leggi ordinarie, quindi accanto alle leggi ci sono anche il decreto legge e il decreto legislativo, anche se possono avvenire in determinati presupposti.

Anche in questo caso però il legislatore ha voce perché deve convertire attraverso la conversione in legge, per i decreti legge, mentre per i decreti legislativi, che avvengono su delega, il Parlamento autorizza il Governo ad emanarli.

Accanto alle leggi dello Stato, ci sono anche quelle delle Regioni. Il Codice Civile, prima chiamato decreto legislativo, contiene le leggi dello Stato.

Con il decreto legislativo, viene spesso adottato il **testo unico**, cioè un semplice riordino di leggi e di norme già vigenti, quindi mette insieme le norme sparse in un unico testo normativo.

Il **Codice** è un corpo sistematico di norme dirette a regolare un ampio settore del diritto e va ad esaurirne la disciplina.

I **regolamenti** (artt. 3 e 4), sono norme sott ordinate perché sono espressione pura del potere esecutivo, per cui non possono derogare, abrogare o modificare atti aventi forza di legge. Hanno una diversa gerarchia interna e non possono contrastare con le norme di legge e se contrastano sono illegittimi rispetto alla legge e non contro la costituzione.

Non è necessario un vaglio della Corte Costituzionale perché il giudice potrebbe direttamente disapplicare, con la possibilità di impugnare di fronte agli organi amministrativi.

Gli **usi** (art. 8), sono fonti fatto produttivi di norme. Il fatto è un comportamento che viene tenuto costantemente dalla generalità dei consociati per un lungo periodo di tempo nella convinzione che sia una norma giuridica che abbia valore giuridicamente vincolante. Nessun presupposto è elencato in nessuna disposizione di legge.

La consuetudine però è di difficile accertamento, come si prova la consuetudine? Il rischio è quello dell'incertezza dal punto di vista della prova, dei presupposti dell'uso.

Nella gran parte degli ordinamenti infatti, gli usi sono la parte residua degli ordinamenti perché: 1. Non possono mai essere contro la legge, 2. Se intervengono in materia regolata dalla legge non hanno effetto se non richiamate dalle leggi stesse (usi secondo legge).

Nel nostro codice gli usi hanno un ambito di esplicazione abbastanza esteso, es. art. 1374 → gli usi in questa materia possono regolare i rapporti tra i privati. Quindi gli usi possono operare in questi casi o quando la legge non c'è, anche se ormai è quasi completamente scomparso.

Quando possiamo dire che un comportamento costituisce un uso? La camera di commercio ha una raccolta delle consuetudine che creano una presunzione vigente da cui il giudice può trarre la conoscenza di un fatto ignoto da un fatto noto. I presupposti sono:

- **La costanza dell'uso:** deve essere tenuto nel tempo
- **Generalità:** rappresentato dalla tenuta del comportamento da parte della generalità dei consociati, da tutti i membri di una società, salvo i casi in cui la legge non richiami gli usi locali o che lo sia di per se un uso locale.
- **Durata:** deve essere sufficientemente lunga da evidenziare il radicalmente del comportamento nella società.
- **Convinzione della vincolatività:** la convinzione che si tratti di un precetto giuridico. L'unico modo per provare la presenza di uno stato soggettivo è vedere come si esplica in comportamenti soggettivi.

Non esistono solo questi usi normativi (consuetudine), ma esistono anche gli usi negoziali che hanno un'altra natura: no norme ma espressione di una volontà negoziale (volontà contrattuale) che si esprime non attraverso accordi scritti, ma attraverso i comportamenti.

Questi Usi negoziali sono richiamati dal codice civile, es. **art.1340**, il quale disciplina le **clausole d'uso:** esse si intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti.

Questi dell'art. 1374 sono gli usi normativi, mentre l'art. 1340 fa riferimento all'uso negoziale e non contrattuale. Gli usi negoziali sono delle pratiche che sono in uso in una certa zona, in certo settore del commercio, con riferimento a determinati contratti, che hanno questa forza di andare a integrare all'origine il contenuto del contratto, non perché abbiano valore di norma, ma perché sono ritenuti volontà diffusa in un settore d'affari. Proprio perché è la loro forza possono essere escluse da una diversa volontà. I patti dei privati non possono violare le norme imperative, quindi la diversa forza imperativa di un atto, negoziale nell'altro, se basata su una presunta volontà, fa sì che abbia diversa efficacia. I flussi normativi non possono essere derogati, nella misura in cui qualsiasi altra norma avesse carattere imperativo, mentre i flussi negoziali, che non sono norme giuridiche, possono essere messi fuori uso dalle parti stabilendo che li vogliono applicare.

Le diverse normative portano ad altre conseguenze come:

1. Se gli usi negoziali non sono norme, non vanno interpretati secondo dei criteri che la legge pone come criteri illustrativi delle norme giuridiche. Seguiranno criteri di interpretazioni diverse.
2. Poiché gli usi normativi sono norme, il giudice è tenuto ad applicare le norme anche se non gli vengono presentate dalle parti. Sono i giudici a dover trovare i diritti derivanti anche dagli usi. Questo non vale per gli usi negoziali, queste devono essere presentate dalle parti.

Cosa succede se il giudice non tiene conto di un uso normativo per ignoranza o disattenzione? La sentenza può essere trattata di illegittimità dal 2° grado o dal 3° (solo controllo di legittimità).

Se una parte dovesse dire che il giudice non ha tenuto presente un particolare uso negoziale, la cassazione non può tenerne conto e non può rendere la norma illegittima.

### Come mettiamo in pratica questa distinzione tra uso negoziale e uso normativo?

Dal punto di vista pratico è complesso perché gli usi negoziali, sono pratiche condivise in determinati settori, ma mancano di uno dei presupposti necessari, come la generalità.

In alcuni casi può mancare la durata del tempo, la durata ci deve essere per qualificare una pratica, ma potrebbe essere quella durata sufficientemente lunga da ritenerlo un uso normativo, oppure manca la condizione della giuridicità (adattamento di comodo a condizioni efficaci o più semplici di altre).

Se concorrono tutti questi elementi, si parla di uso negoziale e non di uso normativo, se non concorrono invece si tratta di uso normativo.

La consuetudine in quanto richiamata, in alcuni settori, continua ad avere un ambito d'uso importante.

**FONTI COMUNITARIE:** il diritto dell'Unione Europea è un diritto privato

Tra le fonti del diritto dell'unione europea vi sono i trattati: il diritto dell'unione europea ci interessa perché l'Italia vi partecipa alla fine degli anni 50 (trattato di Roma), in cui si prevede una cessazione della sovranità che implica il riconoscimento dei trattati e norme prodotte dagli organi dell'unione europea come ente sovranazionale che viene costituito attraverso un accordo tra stati. Questa cessione di sovranità implica una forza vincolante normativa degli stessi trattati e a quelle norme che non sono prodotte dall'unione europea di cui i trattati attribuiscono i poteri in materia di produzione normativa.

Gli organi dell'unione europea possono produrre norme attraverso i seguenti atti:

- Direttive
- Regolamenti
- Decisioni

Le norme contenute in esse sono norme di diritto derivato, mentre quelle dei trattati sono dette norme del diritto ordinario dell'unione europea: le norme di diritto derivato confluiscono nell'ordinamento italiano in forza della scelta di cessione di sovranità disposta dai tratti dell'UE.

### Le norme di un regolamento, di una direttiva o di decisioni prevalgono sulle norme del nostro regolamento?

Si è riconosciuto che le norme dei trattati hanno un'applicazione diretta rispetto alle norme di legge degli stati, ma anche le norme derivate sono norme con un valore sovraordinato rispetto al valore di legge, con alcune differenze.

Gli atti, infatti, sono diversi:

- **Regolamenti:** sono direttamente vincolanti per tutti
- **Direttive:** sono direttamente vincolanti per lo Stato, il quale dovrà (attraverso i decreti legislativi) applicarli anche alla popolazione
- **Decisioni:** dettano norme generali (non sono costitutive dell'ordinamento giuridico perché si riferiscono a determinati soggetti)

Queste fonti si impongono rispetto alle leggi, ma sono anche sopra la costituzione? No, anche rispetto alle fonti primarie secondo l'**art. 10 cost.**

Lezione del 17/02/16

Il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea → indica un limite alla sovranità in materia normativa. Oggi sono due ordinamenti legati.

L'ordinamento comunitario, prevede una competenza specializzata di un organo giurisdizionale di quell'ordinamento distinto da quello degli altri stati.

La Corte di Giustizia è competente sulle norme comunitarie, quindi le sentenze sono vincolanti per tutti i giudici dei vari stati membri. Il giudice nazionale in alcuni casi può sottoporre la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, se siamo arrivati già alla cassazione, non è un potere ma un obbligo.

Gli atti normativi europei prevalgono rispetto alle leggi dello Stato: se vi è un conflitto tra una legge nazionale e una norma trattati/regolamenti/direttive, il giudice dovrà disapplicare la norma interna per quella esterna.

Rapporto tra queste norme europee con la Costituzione:

Ad oggi dobbiamo ritenere che i regolamenti e gli atti normativi dell'UE non possono contrastare con i principi supremi dello stato, in particolare con i diritti inalienabili della persona.

Convenzione europea per i diritti dell'uomo (**CEDU**): hanno aderito gli stati dell'UE, ma anche alcuni esterni.

Queste norme per la Costituzione vanno ad integrare il parametro di legittimità costituzionale, in forza dell'art. 117 comma 1 (obbliga lo stato al rispetto dei vincoli, anche internazionali) → la Corte può sindacare su leggi o forza di legge in luce di quelle norme interposte nella convenzione dei diritti dell'uomo siano uniformi al nucleo inderogabile della Costituzione.

### Che ruolo ha la giurisprudenza nella formazione del diritto e nella produzione delle norme?

Abbiamo visto, come sottolineato nell'articolo 1 delle Istituzioni Criminali, un esempio di come la corte di giustizia ha un ruolo vincolante e di come è importante anche il ruolo della corte costituzionale. Però nel nostro ordinamento non esiste un'attribuzione generalizzata dei poteri normativi agli organi giurisdizionali.

Il principio è quello della separazione dei poteri e della sottoposizione dei giudici a vincolo della legge: non creano la norma, ma ne sono vincolati (da una norma posta da un legislatore nei limiti in cui questa deve

essere interpretata). Il compito della giurisprudenza è quindi un compito di interpretazione, non di creazione della norma giuridica.

Questa distinzione è netta e accomuna l'Italia con gli ordinamenti europei continentali, basati sulla legge scritta. Il Codice ha una funzione essenziale in quanto legge scritta.

La Giurisprudenza ha un valore che attiene all'interpretazione delle norme, però i giudici attraverso i loro pronunciamenti che vanno a consolidarsi nel tempo in ordinamenti più o meno stabili. Non è un sistema di common law, ma di civil law, quindi il giudice non è vincolato dai pronunciamenti degli altri giudici.

Questa libertà riconosciuta al giudice può anche generare incertezza perché ogni giudice può interpretare in modo opposto rispetto all'altro. **Cosa facciamo in un ordinamento in cui un giudice può dire una cosa e un altro può dirne un'altra? E la certezza del diritto quindi?** Vi è comunque una certezza limitata, relativa data da strumenti che consentono di raggiungere orientamenti ancora più consolidati, superando conflitti tra i giudici

Come si dà uniformità ai componenti giurisprudenziali? Con la nomofilachia, la Corte di Cassazione può pronunciarsi a sezioni unite sulla situazione dubbia e la decidono con una pronuncia, in caso di non conformità di pronuncia sulla stessa sezione. Ovviamente anche questa non è vincolante, ma ha una forza persuasiva particolarmente incisiva.

Vi sono altri casi specifici in cui il giudice è vincolato.

Nel nostro ordinamento rimane fermo il principio delle non vincolabilità dei giudizi precedenti, ma può generare incertezza.

Come le norme possono essere applicate? Ogni norma deve essere interpretata prima di essere applicata → non esiste norma senza la necessità interpretativa.

L'interpretazione è vincolante per chi la compie, non per altri giudici, tranne per l'interpretazione della corte di giustizia europea che è vincolante. Vi sono dei casi in cui l'interpretazione è data dal legislatore, si tratta di **interpretazione autentica**: in questo caso è una norma interpretativa che va a integrare il significato di una norma già esistente. Se l'interpretazione viene affidata a chi non ha facoltà interpretativa, la sua interpretazione non è autentica e non è valida.

Mentre le norme non hanno efficacia retroattiva, l'interpretazione autentica invece si perché va a fissare il contenuto di una norma già vigente nell'ordinamento.

Gli interpreti non dotati di facoltà governativa, **abbiamo una norma, come la interpretiamo?** A questa domanda risponde anche il legislatore del 1942 con una norma che ha formato oggetto di molte discussioni, dibattiti, riflessioni. Vi sono delle norme che si occupano dell'interpretazione delle norme, che a loro volta devono essere interpretate. Qualsiasi norma giuridica è dotata della sua più o meno importante interpretatività, nessuna è univoca.

**Art. 12 CC.:** chi è chiamato a interpretare deve attenersi al:

1. Significato proprio delle parole: non può essere palese dal momento della lettura
2. Intenzione del legislatore

Sarebbe sbagliato ritenere che l'interprete si debba fermare all'interpretazione letterale perché ogni norma è univoca e deve essere interpretata.

Quando hanno un significato palese, non possiamo fermarci ad esso perché bisogna tener conto dell'intenzione del legislatore: se una parola ha un significato diverso per il legislatore, si tiene conto di questo significato.

L'intenzione del legislatore è stata mossa nel momento in cui viene emanata una norma. Ma in che periodo e in quale situazione socio-economica il legislatore ha emanato quella norma? Bisogna vedere chi e quando l'ha emanata per capire meglio come interpretare la norma.

**È la volontà storica quella a cui fa riferimento l'art. 12?** Il dubbio si pone perché la norma una volta ritenuta costitutiva dell'ordinamento, si distacca dal legislatore che la ha creata. **Ha senso costringere il significato delle norme ad una volontà storica o ha senso interpretare le norme nell'evoluzione nel sistema?**

Ciò a cui si allude è un'intenzione obbiettiva, ma una ragione obbiettiva della norma. Cosa vuol dire ragione obbiettiva della norma? Vuol dire interpretazione della norma, della specifica individuazione interesse tutelato dalla norma. Il diritto dobbiamo sempre vederlo come volto a proteggere e a tutelare interessi: bisogna guardare al diritto in senso sostanziale. Anche nel dare un senso alla norma, dobbiamo considerare l'interesse che la norma ha nel momento storico in cui si crea perché gli interessi mutano nel tempo, il fondamentale mutamento con la Costituzione nel 48, rispetto al Codice, ha messo al centro la persona umana, ad esempio.

Le norme devono essere rappresentate con la loro ratio, in ragione dello scopo della norma, cioè della sua ratio obbiettiva (teleologico). Il primo indice per vedere la ratio obbiettiva della norma, si ha tenendo presente la scala di valori e mettendo in correlazione la singola norma che stiamo considerando con tutte le norme dell'ordinamento in una visione unitaria e rispettosa della gerarchia delle fonti e quindi interpretarla alla luce della costituzione.

Questa esigenza è radicata nella natura sistematica dell'interpretazione, se l'ordinamento è un sistema, dobbiamo interpretare ogni singola norma tenendo conto delle altre norme sia orizzontalmente che verticalmente.

Dire che la norma va interpretata alla ratio, significa che l'interpretazione teleologica, deve avvenire secondo l'ordine della gerarchia delle fonti. Nel cogliere la ratio, si può anche vedere la volontà storica, con le relazioni o i vari lavori preparatori, della norma che può ancora essere valida.

Necessario per l'interpretazione è il riferimento ai precedenti storici della norma, può essere utile vedere come quel precedente è stato utile o come è mutato nel tempo.

La prospettiva comparativa con gli altri stati, può essere utile, perché i problemi possono essere simili, oppure la norma nuova in un ordinamento può essere già consolidata e ben gestita in un altro.

Come si può capire il significato della norma all'interno del nostro ordinamento? Il problema nasce con le norme di carattere sovranazionale perché l'interpretazione non può essere attenta solo al carattere interno, ma fanno parte di un organismo europeo, allora anche l'interpretazione della norma nazione derivata deve essere fatta tenendo conto della norma direttiva europea, per creare così un ordinamento armonizzato. Bisogna dare un'interpretazione armonizzata alle direttive europee → deve considerare la ratio della norma europea. Gli ordinamenti si integrano in un ordinamento. L'interpretazione quindi non è facile: deve conoscere il sistema, deve guardarsi intorno e deve essere sensibile ai mutamenti, attento alla storia delle norme e alla comparazione, consapevole della gerarchia delle fonti, deve essere poliedrico, l'interpretazione va in più direzioni.

Il secondo criterio illumina il primo perché il diritto è funzione di tutela di interessi. La formulazione letterale è solo un punto di partenza, il significato ultimo non può che essere quello più in linea con la sua ratio.

L'interprete deve dare interpretazione al risultato palese solo come punto di partenza, perché il vero significato è quello della ratio del legislatore. L'interprete quindi deve scegliere quello che è più vicino all'interpretazione del legislatore. Non esiste nel nostro ordinamento un principio secondo cui bisogna interpretare le norme in modo letterale: non è necessario interpretare la norma se la disposizione è chiara,

ma nessuna disposizione è realmente chiara. La formulazione è un punto di partenza: non posso dare alla norma un significato che io aggiungo perché ritengo più conforme ma devo attenermi alla scelta tra quelli indicati. La formulazione letterale vincola l'interprete ma lui non si deve fermare a quello più evidente → **Questo principio non esiste perché non proteggerebbe l'interesse della norma.**

L'interpretazione teleologica può dare alla norma un significato simile all'evidenza o più ristretto (interpretazione restrittiva: è quello maggiormente conforme al significato della norma).

Non esiste un'interpretazione correttiva, anche se ogni tanto la si ritrova, cioè un significato che la norma non consente, a meno che non ci si ponga su una norma contraddittoria (illegittimità costituzionale della norma stessa).

Io ho una norma, do un significato, applico la norma in coerenza con il significato dato. Vi sono dei casi che non trovano apparentemente alcuna norma specifica, ma si può regolare attraverso degli strumenti come l'analogia o l'analogia iuris.

L'analogia viene trattata nell'art. 12 comma 2 c.c.: si applica a un caso non regolato, il regolamento che disciplina un caso analogo.

L'analogia iuris: viene applicato se il caso è ancora dubbio. Si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico.

Alle lacune dell'ordinamento, l'interprete si occupa di eliminarle.

Esempio step child adoption:

Per colmare la lacuna si procede con analogie. Il giudice può individuare la norma attraverso lo strumento dell'analogia e proprio perché il legislatore non ha regolato tutto si dà al giudice uno strumento coerente con il principio di eguaglianza cioè per arrivare ad un trattamento identico di casi simili attraverso la coerenza sostanziale del sistema.

Cosa significa "caso simile"? norma non ci dice quando due casi sono simili. Esistono due tipi di associazioni: riconosciute (hanno personalità giuridica e hanno anche delle norme che le regolano) e non riconosciute (hanno una disciplina molto scarna, 3 norme).

Quanto simili devono essere i casi per utilizzare l'analogia? Nuovamente il criterio risolutivo è quello della Ratio obiettiva: la somiglianza non può essere qualsiasi, deve esserci una stessa ratio, la ragione della norma di cui ci poniamo il problema, stia proprio in quell'elemento che accomuna la specie regolata a quella sottospecie non regolata → devono avere qualcosa in comune, ma anche qualcosa di differente.

Lezione del 23/02/16

Interpretazione dell'applicazione della norma.

**Analogia (art.12 CC-disposizioni preliminari):** strumento come metodo per colmare le lacune dell'ordinamento, per trovare una regola di soluzione di casi che non trovano risposta chiara ed esplicita in una disposizione specifica già esistente e lo strumento rappresentativo dell'estensione dell'analogica di norme per casi analoghi è l'*analogia iuris*.

**Analogia legis:** presuppone alcuni elementi, tra cui la lacuna legis: si può dire esistente solo laddove nessuna norma esista, quale che sia fonte di produzione della stessa.

L'analogia si applica quando la norma non c'è perché a seguito dell'interpretazione di una norma si può dare alla norma un significato più ampio. Quella interpretazione estensiva può condurre a riconoscere che quella che è una lacuna in realtà è solo apparente perché in realtà vi è una norma che interpretata estensivamente va a regolare il caso.

Quindi fra interpretazione estensiva e applicazione analogica vi è una connessione anche se dal punto di vista analogico sono differenti e l'una esclude l'altra, di fatto l'interpretazione estensiva può essere un passaggio che elimina il presupposto della lacuna → Solo quando abbiamo escluso che qualsiasi norma, anche interpretata estensivamente possa applicarsi al caso nostro noi possiamo ricorrere all'analogia.

**Cosa devono avere per essere simili?** Sono simili quando hanno qualcosa in comune, almeno un elemento. Potremmo dire che se noi abbiamo una fattispecie che non è regolata, X, e un'altra che è regolata, Y, queste due fattispecie devono avere qualche elemento in comune (due insiemi che si sovrappongono parzialmente).

La somiglianza non è sufficiente, occorre che tra le due esista un'identità di ratio: vuol dire che bisogna effettuare una verifica di quell'elemento che è comune alle due fattispecie è l'elemento che dà conto del fondamento della disposizione che ci stiamo domandando se sia o no estensibile al caso regolato.

**Es:** norme applicabili alle associazioni non riconosciute (soggetto di diritto tanto quanto quelle riconosciute e differiscono per l'elemento rappresentato dalla personalità giuridica che è il riconoscimento). Le associazioni riconosciute hanno autonomia, le non riconosciute no. La differenza sta nel tipo di soggettività ed è più piena in quelle riconosciute che hanno un gran numero di norme che le regolano e le non riconosciute hanno un numero ridotto di disposizioni. Ci si chiede se possiamo a quelle non per analogia le norme di quelle riconosciute; non possiamo dirlo perché faremo l'opposto di quello che il diritto di uguaglianza ci chiede. Quindi si può fare solo se abbiamo verificato che il fondamento della norma non stia in quell'elemento di differenza che le oppone le une alle altre. La ratio della norma non può stare negli elementi di differenza (personalità giuridica) ma in ciò che hanno in comune (enti associativi e senza scopi di lucro).

La ratio della norma non può essere negli elementi di differenza, ma in ciò che hanno in comune.

Non sempre vi sono disposizioni specifiche e per questo vi è l'analogia iuris. Applico questa norma perché credo che vi siano degli elementi in comune fra le due Il ricorso ai principi generali è norma di chiusura e gli affida il potere di individuare una norma specifica da principi generali che devono esser tratti da norme che formano il sistema. Anche il confine tra "Legis" e "Iuris" è labile. Perché in alcuni casi applico direttamente in via analogica la norma x, in altri casi escludo l'applicazione diretta della norma x, ma riconosco che dall'applicazione diretta di x, y e z si desume un principio generale che intendo applicare alla mia fattispecie.

**Principi generali** dell'ordinamento giuridico dello stato (**art. 12 premesse**): un principio di chiusura dell'ordinamento in seguito al quale alla fine la norma c'è. Quelle che noi abbiamo individuato come lacune, sono solo apparenti perché l'ordinamento va a colmare queste lacune.

**Cos'è che discrimina l'interpretazione estensiva e l'analogia?** L'estensiva porta a dare una forzatura, bisogna scegliere un significato compatibile, quindi non è possibile arrivare ad avere una norma in contrasto con l'interpretazione. L'interpretazione analogica comporta un limite nelle norme eccezionali e penali, l'art. 12 infatti stabilisce che non si può applicare una norma eccezionale per analogia, mentre posso applicarla in modo ampio a seguito di una interpretazione estensiva (è un modo per attuare l'analogia non dichiarandolo).

Le norme speciali potranno essere oggetto sia dell'interpretazione estensiva che di quella analogica.

Il Codice Civile Italiano è il risultato di una lunga predisposizione, ossia di una elaborazione 20ennale, finché non è entrato in vigore, ma il codice italiano del 1942 non è il primo, il primo è quello del 1865.

Per capire com'è strutturato non si può non guardare alla storia di queste due codificazioni. I codici non sono sempre esistiti, è una cosa recente, che parte da un'esigenza dell'Illuminismo per offrire agli interpreti un corpo di norme che sia espressione del potere legislativo (diverso dai poteri del tempo) e che sia in grado di disporre di alcuni elementi di certezza nel panorama del diritto civile.

In Italia fino al 1865 esistevano tanti diversi stati e per ciascuno tante legislazioni (spesso non scritte) e il diritto civile era rappresentato da norme consuetudinarie o dal diritto romano o dal diritto canonico. C'era il problema del coordinamento tra le norme; una situazione di frammentazione ed incertezza. Quando si affermano gli stati nazionali, si avverte l'esigenza di rafforzare le derivazioni statuali del diritto per garantire certezza ed affermare l'interpretazione rispetto al legislatore. Ricerca di un'identità nazionale.

Il primo esempio è il codice civile francese, voluto da Napoleone nel 1804 (ancora oggi in vigore) che ha avuto importanti influenze su quello italiano.

L'importanza del codice civile francese sta nel suo contenuto, era un codice fortemente innovativo, che prendeva molto dal diritto romano, ma innovativo. Metteva al centro i diritti soggettivi patrimoniali e il diritto di proprietà come massima espressione del diritto soggettivo.

Anche la scansione dei libri del codice francese evidenzia questo aspetto: il primo libro è dedicato ai rapporti con la famiglia, il secondo è dedicato ai beni, alla proprietà e il terzo ai modi di acquisto della proprietà.

Il Codice civile italiano del 1865, riprende questo modello, un modello in cui la proprietà rappresenta ancora il motore della società civile e dell'economia. Richiama il modello francese perché:

- Era la prima vera esperienza di codificazione in Italia grazie a Napoleone
- Nel 1861, dopo l'unità, quando si ci pone il problema di dare una codificazione uniforme, era difficile creare un codice in poco tempo, quindi viene preso il modello di codificazione francese

Il codice del **1865** è una tradizione di quello francese.

Alla fine del **XIV secolo**, qualcosa cambia perché si inizia a formare una classe di giuristi più colta e preparata. In quegli anni si guarda al diritto romano in modo diverso, questo il linea anche con una corrente scientifica di ricerca che trova nelle università tedesche i suoi esponenti: pandettistica → movimento intellettuale che studia il diritto romano nella prospettiva di costruire un diritto civile moderno innovativo con valenza sistematica con principi visivi come pilastri per il sistema moderno.

Nel corso di quei decenni i giuristi italiani guardano all'esperienza tedesca che pone la fondazione di un sistema di regole che è dotato di una valenza sistematica che conduca per mano l'interprete alla risoluzione dei casi. Sistema che presuppone completezza e istituzioni delineati in modo rigoroso; un sistema dogmatico e astratto in cui predominano le definizioni, i concetti che siamo in grado di aggregare. Molto diverso questo approccio è diverso da quello francese che non aveva concetti astratti, ma intuibili da tutti.

L'esperienza tedesca nel **1900** sfocerà nel primo codice civile unitario tedesco e questo codice rappresenta l'altro riferimento del codice italiano del **1942**. I giuristi italiani iniziano ad acquisire un metodo dogmatico e quando nel 1942 si attuerà quello italiano ci si accorgerà che sarà distillato tra i due modelli.

Concetto di negozio giuridico: è un'astrazione concettuale. Negozio è un'astrazione perché nell'osservare vari atti della vita quotidiana, si riconosce che questi hanno qualcosa in comune, sono tutti espressione di volontà del soggetto che incide sui suoi diritti, sui suoi obblighi. L'elemento della manifestazione della volontà sono effetti comuni. Se volessimo astrarre questo elemento potremmo chiamarlo "negozio

giuridico". Perché ci serve astrarre? Perché se esiste un elemento comune possiamo individuare una dimensione comune, questo dovrebbe aiutare gli interpreti nei collegamenti e nelle applicazioni.

Il codice civile francese non conosce il concetto di negozio giuridico, mentre il codice tedesco sì, tanto è vero che si apre con il libro chiamato "parte generale", che riguarda tanti istituti diversi.

Il concetto non è intuitivo, ma deve essere compreso in maniera dogmatica.

Ancora oggi, chi applica il codice civile tedesco, deve mettere insieme le norme della parte generale con quelle del libro specifico e con le ricerche della soluzione in 3 libri diversi.

In Italia quindi inizia ad affermarsi il negozio giuridico e quindi nel 1920 si inizia a pensare a una nuova codificazione diversa da quella francese, anche perché quella francese è ormai abbastanza lontana dalla sensibilità del giurista italiano per il modo in cui è strutturata. Un'altra ragione è unire al riferimento francese quello tedesco, anche perché il codice francese esclude ancora il diritto commerciale secondo un'idea radicata secondo cui vi è separazione tra diritto del commercio e diritto privato.

Nel **1882**, l'Italia aveva deciso di adottare un codice del commercio proprio, con soluzioni nuove.

La scelta che viene fatta dai redattori del '82 risponde a due esigenze:

- Creazione di un terzo modello, tenendo conto di quello francese, ma dando al codice una struttura sistematica solida  
La mescolanza fa sì che il codice civile italiano non ha elementi simili né a quello francese né a quello tedesco, ad esempio non si adotta una parte generale, il negozio giuridico, tuttavia la propensione all'astrazione è in parte presente ai singoli libri, in particolare al titolo quarto in cui viene regolato il contratto, il quale ricalca la parte generale tedesca; viene definito il "livello di astrazione intermedio" e nella disciplina generale una norma dice che i sistemi si applichino ad ogni altro atto.  
Il codice italiano non parla di negozi ma di atti. Mentre il procedimento tedesco parte da generale e arriva al particolare qui il procedimento è invertito. Questo denota che il legislatore aveva presente le connessioni del negozio giuridico ma non l'ha elevato a norma giuridica e ha preferito evitare eccesso di astrazione lasciando istituti ritenuti troppo lontani dal contratto quali il testamento e il matrimonio (no contenuto patrimoniale).  
L'altra linea che ha seguito il legislatore è stata abbandonare distinzione tra diritto privato e diritto commerciale e tutto questo si traduce nella "creazione" di un libro dedicato alla disciplina dell'impresa e viene denominato "il libro del lavoro". L'aspetto sostanziale è che questa unificazione è legata ad una logica: evidenziare l'appartenenza della disciplina dei rapporti commerciali al diritto comune evidenziando come il diritto commerciale si ispiri ad una disciplina egualitaria dei rapporti; non più privilegio di una classe (dei commercianti).
- Vi è quindi una sorta di civilizzazione del diritto commerciale e comporta l'eliminazione di alcune ripetizioni. Si riportano alcuni dei principi che si formarono nel codice del commercio: commercializzazione del diritto civile → contaminazione tra settori distinti. Oggi si discute di una nuova separazione che nasce sull'emersione del consumatore meritevole di tutela. In realtà non possiamo vedere questi corpi normativi come compartimenti stagni ma si contaminano tra loro. Tutto questo come si traduce nella struttura del codice? 6 libri (uno sul lavoro, libro 5): il primo alla famiglia; il secondo alle successioni; il terzo la proprietà; il quarto all'obbligazione (novità perché nel cc francese il motore era la proprietà privata e il contratto era visto come strumento per far circolare la ricchezza. Nel cc italiano diventa a sé: la ricchezza è basata sul credito e quindi sull'obbligazione. Il contratto non è più strumento per trasferire ma è strumento per obbligarsi) il sesto alla tutela dei diritti (ha elementi di eterogeneità dei contenuti. Una sorta di parte generale al

contrario in cui il legislatore inserisce istituti accomunanti che riguardano materie diverse tra loro. Parte generale residuale). Il codice civile italiano è fra i migliori. Il libro quinto è stato quasi integralmente riscritto. Il diritto di famiglia ha fortemente risentito e si è dovuto riformarlo e incide sui rapporti personali e più di altre ha risentito della costituzione. E con una riforma del '75 e negli anni 2012 e 2013 con la riforma della filiazione.

Lezione del 24/02/16

Le caratteristiche che distinguono il codice civile italiano del **1942** da quello del **1886**:

- Adottare una terza via intermedia tra i due modelli, quello francese e quello tedesco, uno concettuale e uno dogmatico (va dal generale all'individuale).
- Unificazione tra diritto civile e diritto commerciale in un unico codice
- Ridimensionamento della proprietà nei rapporti tra i privati: il baricentro si sposta sull'obbligazione, quindi sul contratto, si passa da un contratto statico a un contratto dinamico.

Il codice civile è squilibrato in vista della funzione che dedica ai rapporti patrimoniali rispetto ai rapporti personali. È un codice che risente di una visione patrimonialistica del diritto privato, economicistica, anche in linea con l'ideologia dell'epoca, che subordinava i diritti della persona alle esigenze di perseguire l'interesse economico dello stato, ha una formazione patrimonialistica. Il titolo primo delle persone fisiche, enuncia alcuni diritti della persona, e ve ne sono altri elencati in altri titoli, ma manca una regolamentazione organica dei diritti della persona e non menziona il diritto all'integrità fisica, alla salute, alla vita, alla dignità umana, ecc.

Sarà un'evoluzione successiva che porterà a una tutela civilistica di tali diritti, ma il merito non è del codice civile ma di testi come la Costituzione, la carta che protegge i diritti e i doveri fondamentali della persona.

Dall'avvento della costituzione in poi, il cc non è più autosufficiente, ma deve essere letto a seconda della costituzione.

Alcune norme del **1942**, sono state abrogate dalla Corte Costituzionale perché considerate incostituzionali, quindi sono stati regolati con il tempo. La famiglia prima era concepita come un organismo gerarchicamente ordinato al loro interno (relazioni ordinate gerarchicamente), con prevalenza assegnata al capo famiglia, il quale era un'autorità nel rapporto tra i coniugi, sia nel rapporto genitori-figli. Qui vi è anche la disciplina ordinaria sul principio di uguaglianza tra i figli nati nel matrimonio o fuori dal matrimonio.

Nel **1975** però l'equiparazione non è bastata, perché permanevano alcune differenze discriminatorie a danno dei figli nati fuori dal patrimonio, che sono state rimosse dal sistema solo nel 2012, completata nel 2013 → eliminata anche la distinzione tra figli naturali e figli legittimi, solo in determinati fini legati all'accertamento dei rapporti di affermazione o di rimozione dello status una volta che sia stato accettato per accertare uno stato diverso.

Il codice ha subito una grande modifica, in alcuni dei settori del diritto si è subita una marginalizzazione del codice civile rispetto all'ordinamento privato, a causa di provvedimenti normativi speciali che non confluiscono nel codice civile. Molte altre riforme sono state attuate con provvedimenti estranei al codice civile, con lo strumento della legge speciale e non della novellazione (modifica del codice).

A partire dal **1978**, con la legge sull'eco-canone, ha creato una disciplina diversa rispetto al contratto di locazione nel codice civile, in quanto era una categoria di locazioni caratterizzate dall'oggetto e alla finalità, all'uso per il quale l'immobile è concesso in movimento. Ci troviamo di fronte al paradosso di legge speciali che sono divenuti il cuore della locazione, come se il sistema fosse ormai fuori dal codice. Anche la legge sul divorzio, che è stata introdotta con la **legge del 1970**, e le adozioni non sono regolate dal codice.

Un processo che alcuni hanno voluto chiamare decodificazione, un periodo che va dal **1960** al **1990**, anni in cui vennero emanate molte leggi speciali. A questo fenomeno ha contribuito il progressivo aumento della normazione europea, quindi il recepimento delle direttive europee. Il consumatore è definito dalle direttive comunitarie come una persona fisica che stipula un contratto per scopi estranei all'attività imprenditoriale svolta → è un soggetto che viene definito in negativo, può essere un imprenditore o un professionista, ma è considerata persona fisica se agisce in attività di consumo estranee al suo ruolo. Questa disciplina diventa importante per il diritto privato, ecco che tutta la legislazione viene a creare una distonia perché viene creato un intero corpo normativo prevalentemente fuori dal CC, ma riguardante negozi, va a toccare il cuore del diritto privato contrattuale.

A partire dal 2000 il legislatore inizia ad adottare modifiche di semplificazione eliminando la disorganicità del sistema: elimina le norme superflue o crea dei testi unici. Si pensa anche di creare non dei testi unici, ma dei codici settoriali che riguardano codici più specifici, come il codice del consumatore, il codice della privacy, il codice delle assicurazioni, il codice del turismo, il codice dell'espropriazione, i quali raccolgono tutte le leggi speciali sparse.

Si assiste quindi, non a un ritorno del codice civile, ma ha creato delle codificazioni di settore, che effettivamente consentono al sistema di organizzarsi, ma pongono il problema del rapporto tra il CC maggiore e i vari codici minori.

**Che rapporto c'è dal punto di vista del sistema?** Il codice di consumo deve essere coordinato con il sistema generale del contratto perché non si può negare l'unitarietà del sistema. La visione più coerente è quella che vede nel codice civile il centro di un sistema del diritto privato, rispetto al quale i codici minori sono come dei satelliti che girano intorno al Codice Civile. Anche queste codificazioni settoriali hanno riorganizzato il sistema e hanno centralizzato il codice civile.

## Singoli istituti del diritto privato

**Diritto in senso Oggettivo:** Il concetto di diritto ci porta all'individuazione del diritto come norma in grado di organizzare una società, per risolvere conflitti.

Il diritto può risolvere i conflitti. La regola riconosce di una situazione giuridica di vantaggio o di svantaggio, quindi passiamo ad avere la formazione degli interessi. Riconoscere un interesse, significa riconoscere al soggetto una posizione giuridica di vantaggio, la quale può consistere nell'autorizzazione di tenere un'attività oppure a porre in essere un atto o poter pretendere una pretesa.

**Diritto in senso Soggettivo:** è una posizione di vantaggio a tutela di un interesse. Es. la proprietà individua una posizione di soggetti riconosciute con una res (res: cosa). Qui abbiamo una norma che riconosce una posizione di vantaggio, il diritto soggettivo.

La norma crea situazioni soggettive perché crea formazioni giuridiche che sono vantaggiose se riguardano un interesse protetto, mentre sono di svantaggio se si guarda un interesse non protetto.

Queste situazioni giuridiche possono attribuire facoltà, poteri o pretese, che sono le componenti con cui si costruiscono le situazioni di vantaggio:

- **Facoltà:** è una sfera di libertà del soggetto, ciò che può fare lecitamente, come godere della cosa. Sono protette perché nessun altro individuo potrà impedire al proprietario di godere della sua proprietà. Ciascuna di queste facoltà non ha una sua autonomia, non può alienare una sola di queste facoltà, anche se alcune di esse non vengono utilizzate, non vanno in prescrizione, è solo quando il diritto nella sua interezza è inutilizzato che viene prescritto (la proprietà non va in prescrizione).

- **Potere:** quelle possibilità conferite al soggetto di produrre effetti giuridici, di modificare la realtà giuridica in modo efficace, es. vendendo la proprietà → il trasferimento è l'effetto giuridico.
- **Pretese:** se il proprietario viene spogliato del suo diritto, può avere una pretesa alla restituzione della cosa in sede processuale, l'azione di rivendica, posta a difesa del diritto di proprietà. Questa non è né una facoltà, né un potere, ma in una situazione di spettanza di una collaborazione altrui, a me in quanto proprietario spetta un altrui comportamento di restituzione della cosa che vada a ripristinare il mio diritto.  
La Pretesa è sempre correlativa a una situazione di svantaggio nel dover tenere un comportamento per poter godere e disporre della proprietà.

Nel caso della proprietà le facoltà di godimento del proprietario, vi è un dovere generico di tutti i terzi diversi dal proprietario, di astenersi dal violare e ledere il diritto del proprietario. È un dovere generico che si rivolge a una generalità di consociati, un dovere generico di rispetto. Anche l'attribuzione di un diritto crea delle situazione giuridica di svantaggio nella generalità degli altri individui.

Ogni consociato quindi deve rispettare la sfera a lui, tra questi la violazione della proprietà, che fa sorgere un risarcimento del danno, laddove ci sia.

Si crea una correlazione, un rapporto che l'ordinamento individua nelle situazioni giuridiche, nel caso della proprietà il rapporto è tra una serie di facoltà-poteri e un dovere generico di astensione a carico di tutti i terzi. Questo perché la facoltà ha la possibilità di essere un diritto assoluto: si rivolge e può valere nei confronti di tutti.

La proprietà è un diritto reale che protegge un interesse legato a una cosa e quindi protegge i poteri e le facoltà che soddisfano l'interesse. La protezione dell'interesse del titolare al godimento e alla disposizione sulla cosa, non potrebbe realizzarsi se non ci fosse un dovere di astensione generico verso i terzi, sono in correlazione tra loro. In caso di violazione al proprietario spetta anche una pretesa relativa a un dovere specifico che grava su un soggetto determinato, ma questo aspetto non trasforma la proprietà in un diritto relativo (quei diritti soggettivi che si rivolgono nei confronti di soggetti determinati/determinabili a cui non corrisponde un dovere generico ma specifico che si impone a soggetti determinati o determinabili, quindi un obbligo).

La proprietà è un diritto assoluto perché passa attraverso l'astensione generica a tutti i terzi in caso di violazione. Altri diritti soggettivi invece, hanno un potere specifico, come l'obbligazione, ma dal lato positivo è un diritto relativo, perché il suo interesse è coperto dalla pretesa ad un altrui collaborazione.

I diritti relativi non sono solo obbligazioni o rapporti di debito o credito, ma anche altri come il matrimonio che fa nascere l'obbligo di fedeltà, di coabitazione, a mantenimento/istruzione dei figli. Questi obblighi sono doveri e diritti correlativi ad ogni coniuge, ma è diversa dalle obbligazioni. Ciò che differenzia l'obbligazione da altri obblighi è il contenuto patrimoniale del rapporto: l'obbligazione è il dovere di eseguire una prestazione nei confronti del debitore che deve avere contenuto patrimoniale, mentre l'obbligo di fedeltà, ad esempio, non ha un contenuto patrimoniale, non è suscettibile di valutazione economica. Sono tutti doveri specifici ma non sono obbligazioni, bensì obblighi.

La patrimonialità della prestazione dovuta (comportamento da tenere), non deve essere confusa con la patrimonialità dell'interesse che quella prestazione vuole soddisfare. Perché si possa configurare un'obbligazione non è necessario che il creditore abbia un interesse patrimoniale. La natura dell'interesse prescinde dal fatto che sia patrimoniale o meno.

Tutte le situazioni giuridiche sono correlate da un rapporto giuridico, questo rapporto può assumere a seconda dei casi diversi termini di riferimento.

Ci sono delle posizioni che sfuggono a questa ricostruzione, il nucleo riguardante il diritto assoluto sta in una posizione di rispetto. Un caso di diritto relativo, la protezione è un dovere specifico, però anche in questo caso vi è una difesa. Anche nel caso del credito troviamo un caso simile: se sono un creditore e un terzo impedisce a un debitore di adempiere, sta ledendo il diritto del debitore e del creditore (es. un calciatore procura un infortunio e quindi non può adempiere alle sue funzioni). **La società può far valere un danno nei confronti del terzo?** 33:00/36:00

Si perché un terzo ha violato un dovere di rispetto. Se io sono terzo, non sono tenuto ad adempiere, ma sono tenuto a rispettare l'obbligazione altrui.

La protezione primaria del credito è la pretesa alla prestazione, quella protezione verso i terzi è un protezione accessoria. I terzi non diventano tutti debitori. Rimane ferma la distinzione anche se con questa piccola fusione.

Vi sono dei casi di situazioni giuridiche eccentriche rispetto a questa costruzione: es. i potestativi, sono dei casi in cui l'ordinamento attribuisce una situazione di vantaggio, esclusivamente un potere → normalmente i poteri producono effetti nella sfera giuridica di chi pone in essere l'atto, ma se io voglio disporre della proprietà posso trasferirla se qualcuno vuole acquistarla, quindi esprimono una volontà. In altri casi il potere è talmente forte da produrre effetti giuridici direttamente in capo ad altri, senza che questo debba prestare un consenso. Questi poteri sono detti potestativi perché è un potere di modifica unilaterale della situazione propria e altrui (anche qui vi è una correlazione tra sfere giuridiche di soggetti determinati).

Qual è la figura giuridica che pone fine al potere potestativo? Il soggetto passivo di questo rapporto deve aspettare che il soggetto agisca → non è un obbligo perché il soggetto passivo non può fare nulla perché non è tenuto a un comportamento.

Es. più eredi: l'eredità viene divisa in quote, comunione ereditaria, che è destinata a sciogliersi al seguito di una divisione. La legge dice che se uno dei coeredi volesse trasferire a terzi la sua quota, gli altri coeredi hanno un diritto di prelazione su quell'acquisto. Se violo il diritto di prelazione e vendo a un terzo, allora la legge attribuisce ai coeredi il diritto potestativo a danno del terzo.

Lezione del 29/02/16

## Situazioni giuridiche

- **Diritto potestativo:** diritto che spetta agli eredi. Potere di modificare la sfera giuridica di altri attraverso una propria manifestazione di volontà. Es. coeredi (guarda il 24/2)  
Questi diritti si presentano come delle situazioni peculiari in cui non si coinvolge la volontà del soggetto perché si consente ad altri di modificare il consenso.  
Il diritto potestativo comporta una deroga a questo principio. Si può giustificare questa deroga solo in circostanze concrete, vi è un'esigenza che motiva la deroga, ma ha carattere pecuniario in modo da rendere la regola eccezionale. I diritti potestativi devono essere previsti dalla legge e le norme che li prevedono sono da considerarsi eccezionali e non suscettibili di applicazione → tipici.
- **Aspettativa:** se io ho una situazione di diritto soggettivo, il mio diritto consiste in una somma ad es., posti a tutela di un mio interesse. Ci sono dei casi in cui la legge protegge una situazione intermedia rispetto all'acquisto di un bene della vita. Essendo un acquisto non ancora attuale, ciò che si può proteggere è l'interesse della conservazione delle considerazioni che consentiranno il futuro acquisto. Interesse coincide quindi con l'attesa.  
L'aspettativa è la situazione che protegge l'interesse attuale ad un futuro acquisto.  
**Esempio** → con la morte vi è la successione: vi sono dei soggetti, i successori, che possono essere indicati dal soggetto stesso, attraverso il testamento, o dai parenti più prossimi. Questi soggetti

diventano eredi a seguito di accettazione, con l'apertura della successione. I potenziali successori sono i chiamati: hanno il diritto di accettare l'eredità e quindi di acquistarla.

Ci sono dei casi in cui gli eredi potrebbero già saperlo in anticipo di esserlo o perché sanno di essere nel testamento oppure perché sono i parenti più prossimi.

Nel caso del testamento, l'ereditario finché è in vita chi ha fatto il testamento, non ha alcun diritto e alcuna certezza, ne ha pieno diritto solo dopo l'apertura della successione.

- **Condizione:** un evento futuro e incerto, a cui le parti di un contratto, subordinano gli effetti di un loro accordo. Si può definire anche come la clausola con la quale le parti subordinano gli effetti di un contratto a quell'evento. Questo istituto è espressamente regolato dagli **artt. 1353→1361**. Possono subordinare gli effetti del contratto fino a quando non si verifica quella certa condizione, in modo da perseguire degli interessi specifici soggettivi, è un modo per dare rilievo alle motivazioni individuali, per dare rilievo all'acquisto.

Vi sono due modi per subordinare gli effetti del contratto:

1. Sospende gli effetti del contratto all'avverarsi di un evento futuro ed incerto (importante che sia incerto e futuro)→ **Condizione sospensiva**
2. Prevedere che il contratto produca effetti, ma che questi possano venire meno in conseguenza di un evento futuro ed incerto→ **Condizione Risolutiva**.

**Effetto retroattivo:** è presente per entrambe le condizioni. In caso di condizione **sospensiva** il contratto acquista effetto, ma questo effetto per la legge si produce retroattivamente→ in seguito a una finzione giuridica il trasferimento della proprietà e l'obbligo di pagare il corrispettivo, si intendono sorti sin dal momento della stipulazione del contratto (come se non fosse stato sospeso). Vale anche per la condizione **risolutiva** con riferimento alla vicenda di risoluzione degli effetti, stipuliamo oggi il contratto e gli effetti sono subordinati risolutivamente al verificarsi della condizione, ma nel momento in cui avviene il contratto perde i suoi effetti per il futuro, ma anche quelli già realizzati. È come se l'acquirente non fosse mai divenuto proprietario.

Colui che ha acquistato la proprietà di un bene sotto condizione:

1. **Sospensiva:** finché non si verifica la condizione non sono proprietario→ se si verifica la condizione posso diventare proprietario **RETROATTIVAMENTE**. Se lo guardo prima che si verifichi una condizione, è solo in attesa in un evento futuro e incerto.
2. **Risolutiva:** situazione giuridicamente protetta. Il contratto è già stipulato e vincolante, tra le parti quindi vi è già un contratto vincolante. **L'art.1372 CC:** il contratto ha forza di legge tra le parti e in un certo senso lo è perché a quel patto la legge riconosce una forza normativa (es. non si può sciogliere liberamente dal vincolo. Stabilisce anche che non può essere sciolto che per mutuo consenso (nuovo contratto) o per cause ammesse dalla legge.

Se c'è un vincolo l'attesa non è di mero fatto, ma è già protetta dal vincolo contrattuale.

**Art. 1356:** in questa situazione di incertezza data dalla pendenza della condizione sospensiva, l'acquirente di un diritto può compiere atti conservativi sul bene (chiedendo un sequestro ad esempio). Qui il titolare di una aspettativa non è in una situazione passiva, può anche pretendere e compiere atti, con i poteri conservati. Può essere soggetta a atti di disposizione. Se io sono compratore sotto condizione sospensiva potrei già alienare la cosa, alienare la mia situazione di aspettativa→ potrei disporre del bene sotto condizione sospensiva e colui che acquista la condizione sospensiva, acquista la mia aspettativa di acquisto giuridicamente protetta dai termini d'acquisto. Questa situazione di acquisto ha già valore perché chi vuole acquistare, acquista l'aspettativa.

**Art.1357:** Possiamo vedere l'aspettativa anche come il diritto che si potrà acquistare, condizionato (situazione di aspettativa di un eventuale diritto). Chi ha un diritto sotto condizione sospensiva o risolutiva, può disporre in pendenza, ma gli effetti sono subordinati alla medesima condizione. Quindi se io ho acquistato la proprietà di un bene sotto **condizione sospensiva**, non sono proprietario, ma posso disporre in maniera condizionata in favore di un terzo, che subentra nella mia condizione solo se si presenta la mia condizione. Se invece decido di alienare sotto **condizione risolutiva**, perde efficacia il contratto con la risoluzione: Acquisto una casa a Milano, ma se entro due mesi non mi trasferiscono il contratto si considera risolto → anche qui il proprietario ha già perso la proprietà, ma si trova in una condizione di aspettativa di cedere la proprietà o di riacquisirla.

**Art.1358:** se una delle parti tiene un comportamento scorretto, questo indica già un inadempimento al contratto → l'interesse della controparte non è privo di protezione giuridica. È un'aspettativa di diritto: l'aspettativa è una situazione che protegge l'interesse ad un futuro acquisto.

- **Onere:** peso. È una situazione in cui al soggetto è richiesto a un comportamento (dovere giuridico), solo che il comportamento richiesto, non è richiesto per soddisfare interessi altrui, ma un interesse proprio → per acquisire vantaggio o evitare pregiudizio.

**Es:** Se acquisto un immobile, il trasferimento è immediato ed è conseguenza diretta dell'accordo. Il consenso è sufficiente a trasferire la proprietà di cose determinate. Non è necessario che l'immobile mi venga consegnato o che venga trascritto nei registri immobiliari. Se l'atto stipulato di fronte ad un notaio il trasferimento, è avvenuto anche se non ha ancora le chiavi. Anche il pagamento è necessario al trasferimento. In alcuni casi è intuitivo in altri meno. Nel caso di beni immobili e di alcuni beni mobili registrati, la legge introduce un elemento posto a tutela dell'affidamento di terzi perché se si diventa proprietari con il consenso, questo è sufficiente per privarsi della proprietà. Se lo rivendo dopo 2 ore ne sono legittimato? No perché sarei un non proprietario, quindi il secondo compratore non acquista, il problema è che il compratore 2 può non saperlo perché il consenso non è reso pubblico. Se si affidasse il regime di circolazione dei beni immobili, esclusivamente alla parola data, si finirebbe per frustrare l'interesse dei terzi a conoscere le condizioni di efficacia dell'acquisto, si finirebbe per inceppare il traffico giuridico dei beni.

Il nostro ordinamento tiene fermo il principio, ma lo corregge: tra due acquirenti dello stesso alienante, il conflitto viene risolto sulla base della priorità della trascrizione. La trascrizione è basata sulla pubblicità, quindi il primo che trascrive diventa l'alienante. Devo trascrivere il mio acquisto perché sennò rischio di perdere il mio acquisto perché un terzo, un altro acquirente, abbia trascritto prima di me e quindi ne acquista la proprietà → la trascrizione è necessaria per salvaguardare il proprio interesse.

**La figura dell'onere ci interessa perché?** Tenere un comportamento non è un fatto libero, ma un fatto necessario di interessi. La scelta del soggetto di non tenere un comportamento è fonte di conseguenze sul piano della responsabilità. Se non esegue la prestazione ha violato la situazione giuridica del creditore. Nel caso dell'onere abbiamo un comportamento libero, non sono responsabile verso qualcuno, ma solo verso me stesso, è una scelta di autoresponsabilità.

L'onere viene inteso anche come clausola di un negozio giuridico gratuito con il quale si prevede che sia posta un'obbligazione per soddisfare interessi e il beneficiario sia obbligato a un comportamento: Queste clausole che limitano un beneficio, si chiamano oneri oppure MODO (solitamente per il testamento).

- **Ufficio di diritto privato:** è espressione più importante la "responsabilità genitoriale", però si tratta anche di "tutela" di una persona interdetta o di un minore rimasto orfano, il "curatore" o "l'amministratore di sostegno". La peculiarità è quello di essere in una situazione in cui si fondono situazioni attive e passive. Tutti questi comportamenti sono anche doveri nei confronti del figlio o

dell'altro coniuge. Quindi la responsabilità genitoriale è formata da diritti e doveri. Questa configurazione discende dalla constatazione che, mentre nel diritto soggettivo classico, si tutela un interesse del titolare, le situazioni d'ufficio non tutelano esclusivamente il titolare, tutelano prima l'interesse della persona a cui l'ufficio si riferisce, come l'interdetto, l'inabilitato, il figlio → situazione di dovere per tutelare un interesse altrui. Sono poteri e doveri funzionali alla realizzazione di interessi altrui, che è quello della persona protetta. Le situazioni giuridiche possono cambiare titolare, senza perdere la loro identità, come nel caso della compravendita. La vendita determina la sostituzione del soggetto titolare del diritto di proprietà e possiamo chiamarlo **successione** o **trasferimento**.

Lezione del 01/03/16

Le situazioni giuridiche soggettive e i rapporti che si creano tra gli individui possono conoscere vicende di vario tipo, come la successione.

Successione che può riguardare il lato attivo, ovvero il soggetto titolare di una situazione di vantaggio, o il lato passivo, ovvero il soggetto titolare di una situazione di svantaggio.

Il nostro ordinamento prevede tre modelli che possono essere utilizzati al fine di creare una successione del creditore, ovvero fare in modo che subentri al debitore un nuovo debitore, oppure uno che si affianchi ad esso. Questi istituti sono:

- La delegazione
- L'estromissione
- L'accollo

La sostituzione può riguardare anche diritti diversi da quelli di credito, come diritti reali (es. passaggio di proprietà, acquisto dei beni per eredità).

L'eredità presenta la principale forma di successione a titolo universale, che riguarda l'intera sfera giuridica del diritto (quindi anche i debiti). L'erede è il continuatore del decurios.

La successione quando riguarda un singolo rapporto prende il nome di successione particolare.

In caso di morte quindi può prendere due nomi la successione:

- **Universale:** avviene a favore dell'erede
- **Particolare:** riguarda singole voci del patrimonio. La successione in caso di nome prende il nome di **legato**, quindi il **legatario** rientra solo in quei diritti.

L'**erede** acquista l'eredità solo con l'accettazione, quindi non è erede finché non accetta e può accettare con **beneficio d'inventario** (consente all'erede di acquisire l'eredità senza rispondere con il proprio patrimonio dei restanti debiti). L'accettazione in alcuni casi può avvenire entro 10 anni dalla morte del decurios, quindi dall'apertura della successione (sennò va in prescrizione), mentre in altri deve avvenire il prima possibile se ad esempio abita all'interno dell'abitazione ereditaria.

Il **legato** acquista il diritto oggetto della disposizione ed è un acquisto automatico perché non acquista i debiti; per questo si dice che sia vantaggioso. Non si prescinde però dal suo consenso, può rinunziarvi, ponendo nel nulla l'acquisto.

Il concetto di successione, quando deriva da un atto negoziale volontario, implica un trasferimento derivante dal rapporto negoziale. Vi è un subentro nel rapporto che però rimane identico a se stesso se non nella titolarità (se cedo il credito, il credito rimarrà il medesimo). Quindi la successione non comporta l'estinzione di un rapporto, ma la continuazione del medesimo rapporto in capo ad altri.

Quando si acquista un diritto non sempre prima apparteneva ad altri, ma può essere "ex novo", acquisto a:

- **Derivativo:** modo per verificare che colui che subentra come titolare in una situazione giuridica già esistente. La posizione dell'acquirente dipende da quella del precedente proprietario o a titolo
- **Originario:** acquista una posizione nuova che nel suo contenuto è indipendente da quella di qualsiasi altro titolare. Assume più rilevanza se è riferito a diritti reali, perché in questo caso è importante distinguere se il diritto reale è stato acquistato a titolo originario o derivativo. Le ipotesi in cui si acquista la proprietà con presupposti che prescindono dal diritto in capo ad altri e non significa che vi sia una precedente titolarità solo che l'acquisto è considerato dalla legge come validità anche se da precedenti titolari.

**Usucapione:** Nell'acquisto di una proprietà con più presupposti e il primo è il possesso della cosa (il possesso è la situazione di fatto e consiste nella disponibilità materiale di una cosa e può produrre effetti giuridici). Possedere per un lungo tempo una cosa e averla posseduta in modo pubblico senza danneggiare la cosa, fa sì che il possessore acquisti la proprietà del bene anche se il bene non è il suo. Il fatto che il possesso sia stato ottenuto senza violenza e senza occultarlo in modo pubblico e visibile a tutti, fa sì che con il protrarsi del tempo fino ad un determinato termine il possessore acquisti la proprietà del bene, anche se il bene non è il suo. Questa posizione per essere continuata nel tempo, presuppone in negativo l'inerzia del proprietario.

Tutta questa serie di elementi possono portare all'acquisto della proprietà → l'acquisto a **titolo originario**, a danno del vero proprietario. La ratio è quella di proteggere la situazione giuridica e togliere il riconoscimento a un interesse e scopo dell'Istituto è far coincidere realtà giuridica e realtà di fatto.

L'acquisto è originario perché è vero che l'oggetto è lo stesso, però lo si acquista nella sua pienezza, in ragione del fatto che si acquista un diritto che si è esercitato negli anni, quindi quel diritto a cui corrisponde nei fatti l'esercizio che si è svolto nel tempo.

Ben diverso è per l'acquisto a **titolo derivativo**: che derivi da un titolo negoziale, un contratto, un testamento, ha come caratteristica la posizione acquisita e la posizione dell'alienante. Implica una linea di continuità, crea una catena tra chi aliena e chi acquista, perché chi aliena ha una posizione giuridica solo in parte: principio secondo il cui nessuno può acquistare da altri un diritto maggiore rispetto a quello che si può avere. È espresso nella formula "*Nemo transfero potest quant ipse habet*: Nessuno può trasferire un diritto maggiore rispetto a quello che ha".

Nell'ambito della successione possiamo indicare i soggetti con queste denominazioni:

- **Dante causa- avente causa:** chi aliena e chi acquista → **dante causa** è colui che determina l'acquisto e **l'avente causa** è colui che nel negozio ha causa del suo acquisto; l'alienazione indica il trasferimento del diritto. Il dante-causa prende anche il nome di Autore.  
Se io ho alienato o trasferito e successivamente quell'acquisto viene invalidato, per una qualsiasi ragione, o quando non viene invalidato, ma viene risolto, è chiaro che l'acquirente viene a risultare non titolare dell'acquisto, il suo diritto viene meno.  
Venuto meno il suo diritto, tutti i successivi atti di alienazione sono inefficaci, quindi rivolge non solo il suo acquisto, ma anche tutte le sue alienazioni.  
Es. A non è proprietario (perché il contratto è nullo), ma aliena a B, il suo acquisto cade. A aliena a B e B vende a C, anche in questo caso cade perché A non era proprietario.

## FOTO

Questi principi rispondono a una logica chiara e inesorabile, tuttavia in alcuni casi si pone anche un'esigenza ulteriore di protezione della buona fede, in particolare per il secondo di questi due principi perché si pone il problema per gli anelli successivi della catena che possono trovarsi nella situazione di vedere il proprio acquisto vanificato per eventi.

Queste regole che non sono scritte, ma che si demandano dai vari acquisti, conoscono dei correttivi, infatti se andiamo a vedere i casi la legge distingue, non adotta una regola unitaria:

- **Nullità art. 1418:** se il contratto è nullo (illecito, contrario alle norme imperative, mancanza degli elementi essenziale), essendo la forma più grave, non conosce delle deroghe. Quindi la buona fede non viene presa neanche in considerazione dal legislatore
- **Risoluzione art. 1458:** la risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi (opposto alla nullità). Perché non pregiudica? La nullità è un vizio genetico del contratto, mentre la risoluzione è un istituto diverso che va a togliere effetto a un atto che è nato correttamente → gli effetti decadono non per un vizio generico, ma per un vizio sopravvenuto (inadempimento di una delle parti, eccessiva onerosità sopravvenuta → Questi eventi straordinari e imprevedibili possono recare la risoluzione del contratto, l'impossibilità sopravvenuta di una delle parti). In questi casi che sono vicende sopravvenute la legge sceglie di proteggere la buona fede dei terzi, quindi far sì che queste vicende non incidano sui terzi → scelta del NON pregiudizio per i terzi.
- **Annulamento:** non di vizi di nullità, ma i vizi che possono portare all'annullamento del contratto. È prevista per due ordini di ipotesi: vizio genetici che riguardano la volontà prestata dai soggetti, dalle parti, che può essersi formata in modo anomalo, alterato; oppure per incapacità del soggetto, che può essere naturale (non essere in grado di comprendere le proprie azioni e formare una volontà) oppure per legge (minore o interdetto).

In queste ipotesi il contratto ha un vizio genetico, ma meno gravi rispetto ai vizi della nullità, tanto è vero che la possibilità di far valere il vizio è rimessa alla parte viziata. Questa valutazione di minore gravità, fa sì che la scelta sia una scelta intermedia, espressa nell'**art. 1445**: vengono travolti i diritti acquistati dai terzi, se i terzi hanno acquistato in buona fede o a titolo gratuito, se hanno acquistato a titolo oneroso o in buona fede, il loro acquisto è valido.

**Trascrizione:** Nel caso della **risoluzione** e dell'**annullamento**, vi è un limite ai diritti dei terzi nei trasferimenti immobiliari, cioè la trascrizione immobiliare. In materia di diritti immobiliare, infatti, assume rilevanza anche il momento della trascrizione: in questi casi abbiamo negozi validi, nulli, irrisolti, i terzi fanno salvi i propri acquisti a condizione che il loro acquisto venga trascritto anteriormente alla trascrizione dell'atto giudiziale volto ad ottenere il risarcimento della trascrizione. Nel caso di risoluzione e annullamento i diritti dei terzi sono fatti salvi a condizione che vantino un acquisto prima della trascrizione della domanda giudiziale dell'annullamento o della risoluzione.

Nel caso della **nullità** vi è un correttivo particolare, regolato all'**art. 2652 comma 6**: nel caso in cui l'acquisto riguardi un diritto immobiliare e la domanda di nullità del contratto sua stata trascritta tardivamente (dopo 5 anni dalla data di trascrizione dell'atto), la tardività della trascrizione fa sì che la sentenza, che dovesse accogliere la nullità non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo in buona fede da terzi che abbiano trascritto, possono essere fatti salvi. In questi casi, questo meccanismo porta a garantire protezione ai terzi.

L'**annullamento** di un contratto, comunque non pregiudica i diritti dei terzi in buona fede a titolo oneroso, fermo restando la trascrizione, quindi se è tardiva funziona come per la nullità.

Esiste il caso della doppia alienazione, ovvero il caso in cui A aliena a B e anche a C: abbiamo più aventi causa e dante causa. Qui la disciplina è simile: nel caso in cui viene meno a B l'acquisto da A, B non è proprietario.

Se A stipula un contratto con B, B acquista nel momento in cui viene a formarsi il consenso. In quel momento A diventa non più proprietario. Se stipula un contratto di compravendita successivo con C, il contratto non è efficace, se non che il trasferimento dipende dal fatto che C non sappia dell'alienazione di B, quindi che sia in buona fede, si dovrebbe far gravare su C il rischio della non conoscenza. Qui interviene il principio della trascrizione che evita queste situazioni.

Lezione del 02/03/16

L'efficacia dell'acquisto dipende dall'efficacia e dall'acquisto dei terzi precedenti, si pone non solo per i diritti immobiliari, ma anche per alcuni beni mobili di particolare valore, come i beni mobili registrati: esistono registri, mentre per altri beni mobili la tutela viene affidata dai terzi ad altri strumenti.

**Art. 1376 CC:** principio del consenso transitivo delle parti manifestato.

Questo porta a conseguenze eccessivamente severe per la circolazione dei beni. Per i beni mobili non registrati si dà rilievo al possesso e alla buona fede. Questo comportarsi come se si fosse proprietari, è una situazione di fatto che ha per l'ordinamento una rilevanza giuridica.

Con riferimento ai beni mobili il principio è simile a quello dell'usucapione: nell'**usucapione** si può diventare proprietari anche se è in mala fede, nel caso del **bene mobile**, se si acquista da colui che non è proprietario un bene mobile e (quel titolo di acquisto è inefficace), l'acquirente acquista il possesso della cosa in buona fede, l'acquirente del possesso in buona fede diviene immediatamente proprietario del bene → l'acquisto fatto in buona fede, determina l'acquisto della proprietà (**art.1153**).

Nel caso dei beni mobili, l'aver il possesso è una situazione di fatto che ha una sua valenza pubblica, questa non è sufficiente però per dire che il possessore è il proprietario, ma se a questo si accompagna la buona fede e un titolo (negozio transitivo), allora ne diventa proprietario (più importante lui rispetto al vero proprietario) → **Possesso vale titolo**.

**Art.1153:** colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede e possieda un titolo idoneo, come un contratto di compravendita). Il possesso vale titolo, protegge i terzi in buona fede e corregge le conseguenze per tutelare l'esigenza di certezza nell'acquisizione di beni mobili.

Lo strumento della pubblicità viene surrogato dalla buona fede, che è un po' un segno di pubblicità.

**Riprende l'esempio dello schema A B C (titolo originario e titolo derivativo) dell'1/03:**

A → B → C. Se C ha acquistato da B e ha ricevuto il bene acquisendone il possesso in buona fede, sapeva che chi gli stava vendendo il bene era il proprietario. Potrebbe andar bene anche nel caso in cui B avesse acquistato da A con un contratto nullo. Nel caso di annullamento, li coinvolge se sono a titolo gratuito, se sono fatti in mala fede o se il titolo è annullato per incapacità legale → in ogni caso vale sempre il principio di possesso vale titolo, anche se C abbia acquistato a titolo gratuito in buona fede.

**Come acquista C?** Il suo acquisto è a **titolo originario** perché spezza la catena degli acquisti. Tra B e C vi è un contratto idoneo a trasferire, ma non è un titolo concretamente idoneo a trasferire, quindi se C acquista, lo fa con una fattispecie diversa con un titolo astrattamente idoneo a trasferire.

**Art.1153 comma 2:** la proprietà si acquista libera da vincoli sulla cosa, se questi non risultano del titolo e vi è la buona fede dell'acquirente.

Se A che non è proprietario, vende il bene a B, quella proprietà è gravata da un diritto reale altrui. Se A vende quel diritto a B e nel titolo non lo mette al corrente dei diritti reali, B diventa proprietario del bene, ma a proprietà piena, perché era in buona fede e acquista dal quello che presume essere il titolare.

La protezione del terzo collegato alla buona fede, legata al possesso, è netta. In questo caso l'ordinamento sceglie l'interesse dei terzi rispetto alla tutela del proprietario ignaro della vendita del suo bene. Il proprietario non è sprovvisto di tutela, ma perde la proprietà, anche nel caso in cui chi vende sia un ladro.

Vi sono due interessi meritevoli di tutela, ma che privilegia la persona a cui è affidato il bene.

→ **Caso della doppia alienazione** (A vende il bene X a B e C) → si applica l'**art. 1153**: parliamo di chi è proprietario finché non vende a B, ma dopo A diventa non dominus vendendolo a C. quindi se A vende a B ma non consegna e rivende a C, C acquista e viene tutelato maggiormente rispetto al primo acquirente B.

Viene disciplinato meglio all'**art.1155**: l'acquisto in buona fede nella doppia alienazione viene preferito. In questo caso però C acquista a titolo derivativo perché è come se A non avesse mai venduto a B, quindi come se A fosse stato proprietario sin dall'inizio (**beni mobili**).

In caso di **acquisto immobiliare**, anche se i **mala fede**, il secondo acquirente C trascrive prima rispetto a B, ne diventa comunque proprietario. Se C è in mala fede, deve risarcire B, il quale verrà risarcito sia da A che da C. vi è una norma del Concorso di colpa che, nel caso in cui il danneggiato venga danneggiato dal danneggiante, questo non deve risarcirlo, ma non è questo il caso.

B ha una tutela, che non è quella di avere la proprietà, perché il suo titolo d'affitto perde effetto a causa di un comportamento illecito.

Una situazione giuridica si può modificare e può essere ex novo, così come può essere l'estinzione delle vicende giuridiche soggettive. Può derivare da più fatti, come:

- La **volontà dei privati**, **art.1321**: effetto della **costituzione**, dell'**elaborazione** o dell'**estinzione** di un rapporto giuridico.

Dell'estinzione ne parla l'**Art. 1372**: lo scioglimento del contratto può essere sciolto anche attraverso un mutuo consenso. L'estinzione può derivare dalla legge, come in materia di successione → nel momento in cui diventa erede acquista la totalità dei rapporti attivi e passivi che non sono legati alla sua personalità (vita, libertà), ma anche alcuni diritti patrimoniali possono non sopravvivere con la persona (la prestazione di un contratto che obbliga la parte ha senso solo se prestata da quel contraente). In alcuni casi l'estinzione è prevista come un modo generale di estinzione delle norme giuridiche soggettive, legato al trascorrere del tempo e all'inerzia del titolare del diritto (speculare all'**usucapione**: consente a colui che esercita il diritto, pur non essendone proprietario, di acquisire la proprietà → l'estinzione è un riflesso. La **prescrizione estintiva** si fonda sull'inerzia del titolare, ma non vale per la proprietà, uno dei pochi diritti reali che non si prescrive. Io posso rimanere inerte anche per 50 anni, ma vi è l'usucapione. La tutela del proprietario è forte al punto che gli lascia sempre la possibilità di riprendersi. Per gli altri diritti diversi dalla proprietà, l'inerzia fa perdere il diritto).

Questo tempo solitamente è di **10 anni**, per alcuni diritti il termine è di **20 anni** (diritti reali su cosa altrui: ipoteca, usufrutto, servitù, superficie), in questo caso non si tratta di prescrizione di "**non uso**". Vi è anche un termine più breve di **5 anni** per i diritti di credito per il risarcimento di un illecito.

Oltre ai diritti, si prescrivono anche le azioni, ovvero le posizioni giuridiche di 2°: se sono parte di un contratto ho la titolarità della posizione contrattuale. Se io sono un creditore con una pretesa, nel caso in cui essa venga violata, posso chiedere al giudice che condanni il debitore ad adempiere o a risarcire il danno. Anche le azioni si prescrivono, normalmente in 10 anni.

Anche la rivendicazione è prescrivibile, mentre l'azione di nullità, i diritti di personalità e i diritti di proprietà sono imprescrittibili.

### Qual è la ratio di questo istituto? Perché se non si esercita un diritto lo si perde?

- Per la certezza del diritto. Il modo in cui opera la prescrizione prescinde dal sanzionare l'inerzia, ma il vero fondamento è quello di dare certezza alle situazioni giuridiche.
- Per un'idea sanzionatoria per l'inerzia, perché questa rileva soltanto in quanto vi sia. Non importa alla legge se l'inerzia è data da una colpa o dall'assenza di colpa, invece questo è irrilevanti. Potrebbe essere una sorta di rinuncia tacita del soggetto, ma essere inerti in realtà, è un comportamento ambiguo. Il non fare non è un comportamento attivo, quindi l'inerzia non ha un valore.

La **prescrizione** però (regolata nel libro VI del CC) presuppone il fatto oggettivo dell'inerzia del titolare e quindi un diritto che non sia in concreto esercitato, i termini non iniziano a scorrere se i termini non esistono ancora deve essere un diritto che deve essere fatto valere dal titolare. Il principio è quello secondo cui non vale la prescrizione contro colui che non può far valere il suo diritto. La prescrizione è quindi un istituto che ha una funzione di dare certezza nei rapporti giuridici (funzione di ordine pubblico) e la ragione per cui le norme sulla prescrizione sono sottratte alla disponibilità dei privati. I privati non possono incidere ne sui termini, né sulla disciplina di trascrizione, è inderogabile. Questa indisponibilità si traduce irrinunciabilità preventiva della prescrizione, non si può rinunciare se è già compiuta, ma può rinunciare alla trascrizione successivamente senza che vada a intaccare i rapporti giuridici; solo quando l'istituto ha già operato, è indifferente ciò che le parti decidono.

La prescrizione non opera di diritto, non può essere il giudice a rilevarla d'ufficio: se sono creditore di una prestazione vado dal giudice per averla, ma mi attivo 11 anni dopo. Il giudice non può respingere la richiesta (rilevarla d'ufficio) per il termine, ma il convenuto può utilizzare la prescrizione per non essere condannato. Questo perché di fronte all'inerzia del convenuto, si dà la possibilità al creditore di ottenere comunque il suo credito, è il convenuto che deve utilizzare la prescrizione.

La prescrizione quindi si fonda su un'inerzia prolungata nel tempo: è un istituto come l'usucapione, che si fonda sul trascorrere del tempo (mancato esercizio nel tempo) che vien regolato dal diritto con una serie di principi tesi a garantire la certezza del diritto.

Il termine di prescrizione si può interrompere esercitando il diritto, ma se prima del termine dei 10 anni il titolare ricomincia a utilizzare il suo diritto, il termine non matura.

**Art.2943:** indica quali sono gli atti che interrompono la decisione:

- Le azioni
- Notificazione dell'atto con cui si inizia un giudizio
- Ogni altro atto che costituisca in mora il debitore come la notificazione (no telefonata al debitore). Se non richiedo il pagamento nuovamente, il tempo ricomincia a scorrere (es. dopo 9 anni atto di mora, poi non chiedo più nulla per altri 10 anni, va in prescrizione).

La sospensione determina una parentesi all'interno della prescrizione, quando la causa di sospensione smette di esistere, il tempo inizia a scorrere.

Lezione del 07/03/16

Istituti che possono incidere sul corso della prescrizione: La prescrizione può essere interrotta da un atto di esercizio del diritto, cioè un atto in cui si possa ravvisare la volontà dell'atto di diritto. Tali atti di interruzione, fanno sì che la prescrizione inizi a decorrere nuovamente.

Si parla di **sospensione** quando si parla di una causa di impossibilità di esercizio del diritto: la differenza sta nel fatto che la regola riguarda il momento iniziale della prescrizione.

La sospensione inizia da un'impossibilità di esercizio del diritto, che giustifichi la sospensione, la prescrizione. Riconducono a una impossibilità dello svolgimento dell'attività da parte del titolare del diritto, quindi il periodo di inerzia viene bloccato e inizia a decorrere aggiungendosi ai termini precedente solo dopo la sospensione.

Mentre la regola della prescrizione è formata sulla base di una formula molto generale, quindi può prendere in astratto ogni tipo di possibilità, le cause di sospensione sono indicate dalla legge, come ad esempio una grave impossibilità del diritto.

La vera differenza sta nel fatto che sono solo quelle indicate, quindi una volta che inizia la prescrizione, essa può essere interrotta solo da cause tipiche (**artt. 2941-2942**).

Vi sono situazioni che rendono particolarmente difficile l'esercizio della prescrizione, come ad esempio:

- Tra i coniugi perché nel matrimonio si presume che non si vada a rivendicare una pretesa nei confronti del coniuge;
- Oppure per quanto riguarda il rapporto genitori-figli, tutore-tutelato;
- Situazioni in tempo di guerra per i militari
- Minori e interdetti quando non hanno un tutore, un rappresentante legale (mancanza del soggetto);

**Perché la legge elenca le cause di sospensione?** Per l'esigenza di avere una certezza di questa situazione giuridica, quindi alla base delle sospensioni vi è la ratio stessa dell'istituto → la durata della prescrizione non può essere dilatata oltre al limite.

Su questo si può discutere perché la stessa ragione di certezza potrebbe limitare anche le cause che impediscono all'origine la prescrizione, mentre lì è prevista una regola molto più generale. In alcuni casi un'estensione analogica possa arrecare un pregiudizio all'incertezza.

La prescrizione proprio perché è collegata a un'esigenza di certezza è inderogabile. Accanto alle prescrizioni elencate, bisogna pensare anche alla prescrizione presuntiva (**artt. 2954-2955-2956**).

La **prescrizione presuntiva** determina una peculiare figura che non va confusa con le prescrizioni brevi, è una prescrizione in senso improprio perché il decorso del termine, non ha l'effetto di estinguere il diritto, ma non ha neanche l'effetto di ritenere presunta la prescrizione. La presunzione riguarda l'estinzione del rapporto ma per pagamento, quindi che non deriva dall'estinzione del termine, ma dal normale modo di estinzione dell'obbligazione → ciò che si presume che il debito si sia estinto perché è stato pagato decorso quel termine.

**Es.** → Passati i 3 anni si presume che il compenso del professionista sia stato pagato, come provato in conseguenza del decorso del termine, però è una presunzione che può essere superata. Il valore della prescrizione estintiva/presuntiva, è quello di limitare la prova contraria. Mentre normalmente la prova contraria può essere data con ogni mezzo, in questo caso la prescrizione estintiva può essere superata soltanto attraverso il giuramento oppure attraverso la confessione giudiziale. Si limita la possibilità per il creditore di provare che il pagamento non sia avvenuto.

La ratio di questo istituto, è peculiare, è quella di rendere più spedita la fase di esercizio della pretesa. La prescrizione estintiva, non è una vera e propria prescrizione.

Il nostro ordinamento distingue la prescrizione e la decadenza.

La decadenza (**artt. 2964 → 2959**) può convivere a volte con la prescrizione.

**Es.** → nella compravendita il venditore deve garantire che la cosa sia esente da vizi e posseda le qualità promesse. Se la cosa risulta efficace o manca di qualità, il compratore può esercitare le “garanzie” (possibilità del compratore di chiedere la risoluzione del contratto, restituendo la cosa e di riottenere il prezzo) o chiedere la riduzione del prezzo. Queste sono AZIONI EDILIZIE (concesse dal giudice edile) e sono subordinati sia ad un termine (a pena di decadenza) sia ad un termine di prescrizione.

Il primo è un termine di decadenza e il secondo di prescrizione. Nel caso della **decadenza**, il termine non è suscettibile di **sospensione** o di **interruzione** (→ Se non attraverso il compimento dell’atto che la legge richiede a pena di decadenza: **denuncia del vizio**). Il termine degli 8 giorni, quindi non può essere sospeso. Da questa disciplina, si desumono le caratteristiche della decadenza: ha un carattere di inesorabilità che la prescrizione non ha. Nel caso di essa l’esigenza deve essere assoluta, per il compimento dell’attività, dell’atto specifico (nel caso non venga compiuta viene meno il diritto), mentre per la prescrizione è relativa.

La disciplina della decadenza si distacca dalla prescrizione anche per:

- Il maggiore spazio lasciato all’autonomia dei privati perché le parti stesse possono prevedere per l’esercizio di un diritto la necessità del compimento di un atto a termini di decadenza. Mentre un atto non può aggiungere o allungare un termine di prescrizione, possono contenere un termine di decadenza, questo onere convenzionale non va a rendere eccessivamente difficile l’esercizio del diritto.
- Nel caso in cui la decadenza sia prevista dalla legge, le parti possono anche rinunciare al termine di decadenza, quindi derogarlo, purché si verta in materia di diritti disponibili (non per gli indisponibili). Se il diritto è disponibile, le parti possono derogare o rinunciare alla decadenza. Questo è possibile perché:
  - Non elimina la prescrizione e l’esigenza viene comunque fatta salva
  - L’esigenza di certezza assoluta riguarda un determinato atto di interesse della controparte

Questo si spiega perché è un termine inesorabile che non ammette sospensione, però è anche un termine che può essere derogato o rinunciato.

A questa disciplina si affianca anche la disciplina per la vendita dei beni di consumo (introdotta nel codice del consumo): inserita a seguito dell’attuazione della disciplina europea, la quale mantiene le garanzie legali. Muta però il concetto di difetto che assume rilievo: Non parla di vizi ma di difetto di conformità del bene rispetto al contratto (caratteristiche). Prevede che il consumatore abbia diritto anche alla sostituzione del bene o alla riparazione del bene e che sono configurati come rimedi sovraordinati rispetto agli altri.

Questa preferenza si esplica perché la scelta del consumatore è solo una scelta subordinata e si può procedere alla risoluzione o alla richiesta di restituzione del prezzo, solo nel caso in cui la sostituzione sia impossibile o sia eccessivamente onerosa. Il termine di decadenza è di **2 mesi** dalla scoperta del vizio e non più di **8 giorni**, può essere anche di **26 mesi** dalla data della consegna. Al di là dell’allungamento del termine però la differenza sta nel fatto che questa è una disciplina di consumo, disciplina che non può essere derogata dalle parti, sia che si tratti della prescrizione, sia per il termine di decadenza → **disciplina inderogabile**.

In altri casi invece non è così, allora occorrono degli indici, come quello che fa riferimento alla “brevità dei termini”, tuttavia anche in altri casi anche per la prescrizione a volte sono previsti termini molto brevi. Ci sono dei casi limite in cui i tempi sono ragionevolmente brevi, in cui vi è un problema di interpretazione.

Normalmente ciò che dobbiamo chiederci è: **qual è la ragione per cui il legislatore ha voluto porre quel termine? È semplicemente per far valere l’inerzia nell’esercizio o è perché vuole che si realizzi attraverso**

**un'attività un interesse specifico di una parte?** Anche il fatto che la decadenza sia prevista con riferimento a un atto determinato, è un altro limite, cioè quando la legge impone un'attività specifica.

Cerchiamo di capire cosa significa soggetto di diritto: centro di imputazione delle situazioni giuridiche.

È soggetto di diritto chiunque sia in vita. Per le persone fisiche la soggettività si acquista con la nascita e coincide con la capacità giuridiche (chiunque dal momento della nascita è giuridicamente capace: identità astratta a divenire titolare di situazioni giuridiche). Nessuno può essere privato della capacità giuridica (prima vi era lo schiavo che non lo era ad esempio). È stabilito nell'**art. 1** del codice civile la capacità giuridica, ma in realtà è la costituzione stessa che prevede il legame tra la personalità dell'uomo e della capacità giuridica. Il nato è soggetto del diritto titolare di diritti fondamentali della persona che rendono l'uomo un essere umano.

Qual è il concetto di morte che determina la cessazione dell'attività giuridica? Esiste una legge che regola l'accertamento della morte (es nel caso dei trapianti). Identifica la morte come cessazione irreversibile della capacità encefalica e indipendentemente da altri segni caratteristici della vita.

**Cosa intendiamo per nato?** Si considera nato colui che dà segni di un'attività respiratoria (distinzione tra nato vivo o nato morto). Anche il neonato che dovesse mancare dopo un'unica respirazione diventerà titolare di un'eredità. L'**art. 1** prevede che i diritti sono subordinati al momento della nascita. Si riconosce una capacità giuridica anche al concepito (è sotto condizione sospensiva). I nascituri concepiti sono titolari di una capacità giuridica sospensiva (se nasce li ha se non nasce no).

Diritti a favore del concepito: può succedere che venga chiamato all'eredità anche colui che non è ancora nato ma che sia almeno concepito, quindi solo se nascerà la chiamata si consoliderà.

Un altro caso importante è quello dell'**art. 774**: donazione fatta al nascituro prima ancora della sua nascita. I genitori hanno nel frattempo il potere di accettare o rinunciare all'eredità o legati, anche se sono attribuiti al concepito perché anche la responsabilità genitoriale. Il fatto che vi sia già un soggetto rappresentante, porta una parte della dottrina a dire che non è una capacità sospensiva perché in realtà la capacità del concepito non sarebbe sospesa ma già in atto, solo che viene subordinata alla sua nascita. In questo discorso vi è un quadro normativo più ampio: porsi il problema se il concepito sia oppure no soggetto di diritto in atto oppure solo un'attesa, deve essere confrontata con le norme che si occupa dell'embrione.

Tra queste norme vi è la norma che riguarda l'interruzione della gravidanza: l'embrione ha una tutela perché la cessazione può avvenire solo in certe condizioni (es. Proteggere la madre da un danno alla salute, fino a un certo numero di settimane).

Possiamo riconoscere nel concepito una protezione giuridica, viene tutelato l'interesse del concepito.

Vi è un'altra disciplina, che è quella della fecondazione assistita, la quale contiene le disposizioni che il concepito non sia solo una semplice persona che viene protetto dall'ordinamento.

**Art.1 legge 40/2004**: consente la fecondazione assistita e garantisce i diritti a tutti i soggetti compreso il concepito (considerato come soggetto). Ciò che rappresenta interesse è quello riguardante le norme sostanziali, come le leggi che tutelano l'embrione, (es. il divieto di eliminazione di embrioni).

Quello che oggi è discusso, è quale sia lo statuto giuridico del concepito. È però certo che questa entità è fatta oggetto di protezione, quindi in alcuni casi individuata come potenziale destinataria di diritti patrimoniali, soprattutto. È in dubbio il fatto che il danno sia causato durante la gravidanza dal fatto illecito di terzi, sia considerato come un caso di responsabilità sia nei confronti della madre che del nato, i quali hanno diritto a un risarcimento, dato che l'illecito sia avvenuto durante la gestazione.

Questa entità è fatta oggetto di protezione e in alcuni casi destinataria di diritti.

L'ordinamento può attribuire la capacità giuridica anche a non persone fisiche:

**Entificazione:** processo di finzione giuridica. La legge individua soggetti di diritto. Enti a base associativa. Soggettività giuridica: i soggetti possono divenire titolari di capacità giuridica.

La capacità di agire è diversa dalla capacità giuridica. È legata alla capacità del soggetto ed indica l'idoneità del soggetto a porre in essere atti. È legata alla capacità di porre. La capacità di agire presuppone una valutazione della maturità del soggetto e delle sue attitudini rispetto al compimento dell'atto. L'attribuzione della capacità di agire consiste in una valutazione:

1. Fatta in relazione all'atto
2. Fatta in astratto. Sulla base della distinzione distinguiamo la capacità legale e la capacità naturale (dipende da valutazione fatta in concreto).

Lezione del 08/03/06

**Capacità d'agire** → idoneità del soggetto di produrre effetti giuridici attraverso atti. Presuppone un insieme di qualità psico-fisiche che consentono al soggetto la capacità di intendere e volere. La capacità non si acquista con la nascita, ma quando si acquista un certo grado di maturità. Si usano due tecniche a livello giuridico:

1. Verifica in concreto del soggetto
2. Individuare una capacità legale

La scelta del legislatore e di verificare la capacità in concreto, la verifica in concreto è una verifica difficile e allora bisogna usare una diversa tecnica legislativa che una volta integrato consente di tenere valido l'atto, senza mettere in dubbi.

Stato di capacità che dipende da una serie di fattori pubblici, dichiarati, facilmente dichiarabili, la legge pone una certa soglia la 18 anno di età. Colui che non ha raggiunto la maggiore età è incapace d'agire. L'incapacità d'agire può esserci negli infermi mentali e consegue una sentenza di interdizione mentale, che viene resa pubblica nei registri dello stato civile. In alcuni casi la condizione del soggetto non è così grave da causare un interdizione e allora si ricorre a una forma più attenuata che è parziale che si chiama inabilitazione. A queste 3 figure (minore età, interdizione e inabilitazione), se ne affiancano altre come l'interdizione legale, non nasce come strumento di protezione della persona, è una forma di privazione della capaci d'agire che deriva da una sentenza di condanna penale a reati di una certa gravità (omicidio), è una conseguenza che deriva dalla sentenza, cioè dalla legge e dura tutta la durata della pena. C'è un altro istituto *amministrazione di sostegno*, introdotta recentemente nel 2004 e oggi è il principale istituto di protezione delle persone incapaci. A questa capacità dichiarata la legge affianca quella naturale, anche la persona maggiorenne non interdetta e inabilitata può trovarsi in una situazione di incapacità di intendere e volere → **incapacità naturale**, quando una persona astrattamente incapace si trovi in una situazione di incapacità concreta. Questo porta all'invalidità dell'atto. Vi sono delle tutele dell'incapace. L'incapace ve poter essere messo in atto di poter far valere atti. Questi strumenti sono la responsabilità genitoriale o tutela per il minore, la tutela per l'interdetto giudiziario, la curatela per l'inabilitato, e l'amministratore di sostegno.

La regola negativa (invalidità) → l'invalidità è un concetto ampio che indica tutti i casi di irregolarità giuridica che derivi da una valutazione negativa da parte dell'ordinamento, valutato negativamente perché in contrasto con alcune direttive. L'invalidità è un risultato al superamento di certi limiti, l'autonomia riconoscere potere normativo ai privati. Questa invalidità può essere più o meno grave, l'ipotesi più grave è quando il negozio si pone non solo in contrasto con nome di legge ma anche che sono espressione di

interessi sovra individuali (principi del buon costume e di ordine pubblico) o perché l'atto manca di elementi essenziali, che danno origine alla **nullità**, cioè che non produce effetti. La nullità si distingue per la gravità della causa, per la generalità che la protegge e per produrre un'efficacia originaria dell'atto insanabile e può essere fatta valere in ogni momento, la nullità può essere fatta valere da chiunque ne abbia un interesse, e ancor la nullità deve essere rilevata dal giudice. Queste caratteristiche della nullità solo a volte vengono attenuate, va a proteggere ingressi individuali considerati di tale importanza per l'ordinamento tanto da giustificare la nullità (atti speciali).

**Nullità di protezione** → che protegge il consumatore non condizioni onerose poste dalla controparte.

**Invalidità** → nullità (inefficacia ab origine, insanabilità, legittimazione assoluta, imprescrittibilità, rilevabilità d'ufficio, sentenza a natura dichiarativa).

La legittimazione non è assoluta, ma relativa, poi la nullità è rilevabile ma solo a vantaggio del consumatore.

Se il negozio è nullo e non produce effetti dall'origine significa che quel negozio è inefficace indipendentemente dal fatto che la sentenza lo dichiari nullo, non ce bisogno della sentenza per dichiararlo nullo se già è nullo e non produce effetti, infatti su darà sentenza dichiarativa, cioè si accerta che il negozio era già nullo fin dall'origine.

L'annullabilità è invece posta per interessi individuali come la libertà negoziale dell'interessato, che potrebbe averlo concluso in condizioni non richieste per comprendere l'atto, quindi alla libertà della volontà. Essa è prevista per ipotesi di incapacità legale oppure quando il sotto pur avendo quelle capacità tuttavia forma una volontà viziata da fattori esterni (un errore, un errore indotto d terzi cioè il dolo, o una minaccia fatta dall'esterno, cioè il caso di violenza). L'invalidità in questo caso è posto a favore dell'interessato. Il negozio annullabile non è inefficace ma produce effetti. L'azione con cui si chiede l'annullamento è un'azione prescrivibile, breve di durata 5 anni. Legittimazione relativa, colui che può agire è soltanto colui che è progetto dall'azione.

**Sentenza costitutiva** → effetto di togliere efficacia a un negozio che fino al quel momento lo era, la sentenza modifica a livello giuridico, la sentenza è retroattiva, a seguito della sentenza il negozio sorde effetto ma anche tutti le conseguenze del diritto già presentatosi. Da quel momento del passato in cui ha avuto effetti e dal quel momento cadono.

L'azione essendo prescrivibile, fa sì che entro 5 anni si consolidi, o attraverso l'inerzia o l'ordinamento riconosce agli interessati di convalidare l'atto, convalida che non è ammessa nel caso della nullità, ma nel caso dell'annullabilità sì. L'inerzia è l'atto di non far nulla, mentre la convalida è un atto volontario con cui l'interesse può confermare gli effetti dell'atto, atto volontario che presenta una manifestazione di volontà.

È rilevabile d'ufficio l'annullabilità? No, perché se posta all'interesse un soggetto determinato non può il giudice far cadere. A tutti queste differenze si aggiunge che essa deve essere prevista dal legislatore. La nullità ha una portata più ampia, **norma 1418 primo comma** prevede che il contratto è nullo quando contrario a norme imperative, salvo casi previsti della legge, individua una nullità come effetto virtuale che si applica tutte le volte che è contrario a norme imperative salvo che la legge disponga diversamente. Si aggiunge la rescindibilità, a forza di un istituto che si chiama rescissione. Il contratto concluso di soggetto incapace legalmente è annullabile (**articolo 1425** primo comma "il contratto è annullabile se una della parti era incapace di contrattare" → si riferisce all'incapacità legale, mentre il secondo comma si tratta di incapacità di intendere e volere). In caso di incapacità dichiarata, la valutazione di incapacità parte in astratto, facilmente rilevabile.

L'annullabilità per incapacità legale non prevede la malafede della controparte, perché non è un presupposto dell'azione, perché chi contratta con me può verificare la mia incapacità. Operando l'incapacità bisogna che questa prescinda da situazioni concrete, si prescinda da un giudizio concreto dell'incapace. Non

è richiesta né la prova del concreto né della malafede, non è così per l'incapacità di intendere o volere (articolo 428), che invece deriva da situazione concreta. L'**articolo 428**, il secondo si occupa dei contratti dei gli incapaci di intendere o volere, mentre il primo si occupa di tutti gli altri atti (come il testamento):

**1° comma** → Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore.

**2° comma** → L'annullamento dei contratti non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente.

Non è richiesta la malafede del contratto. Nel secondo comma invece l'annullamento del contratto prevede la malafede, la malafede esclude un affidamento in buona fede. Il pregiudizio sembrerebbe che non sia richiesto come autonomo presupposto. Il pregiudizio non sia uno di tanti elementi da presupporre la malafede. L'interpretazione più diffusa di questa norma va oltre la lettera che è un po' ambigua e va oltre dicendo che il pregiudizio non deve raggiungere un determinato livello. L'incapacità di intendere e volere richiede in caso di contratti con pregiudizio e malafede, e in caso di atti unilaterali si esaurisce nella condizione di grave pregiudizio. L'incapacità di intendere o volere c'è nel momento in cui manchi uno dei due presupposti (o incapacità di intendere o incapacità di volere).

Nel caso di incapacità legale, nel caso del minore, poiché l'annullabilità non dipende dalla malafede, la buona fede non è rilevante, ma c'è un correttivo, nato dalla necessità di proteggere la controparte a causa della nascita di comportamenti maliziosi e possono porre in essere comportamenti tesi a ingannare la controparte. L'**articolo 1426** stabilisce che "il contratto non è annullabile, se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età, ma la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non è di ostacolo all'impugnazione del contratto". La regola positiva è affidata all'istituzione principi. Nel caso di incapacità totale o del l'interdetto giudiziale, si dà luogo a una sostituzione, data a una rappresentazione legale. In casi minori non c'è bisogno di una sostituzione, come un curatore, un assistente che accompagna l'incapace nell'esercizio dell'atto.

Lezione del 09/03/16

### **Il minore**

La situazione degli incapaci implica l'esigenza di protezione del soggetto incapace e che per quanto riguarda gli atti che l'incapace compie si deve coniugare anche la tutela dei terzi → certezza nei traffici giuridici.

Dal punto di vista positivo, a seconda del tipo di incapacità vi sono diverse misure di protezione: per il minore è affidata al genitore, nel caso in cui non ci siano a un soggetto terzo. La funzione del genitore è più complessa perché ha doveri di educazione, mantenimento, per il raggiungimento dell'autonomia.

I genitori assumono il ruolo di rappresentanti legali, quindi di sostituzione nel compimento di atti giuridici rispetto a lui che è titolare della sfera giuridica su cui l'atto incide → il genitore compie l'atto al posto dell'incapace e gli effetti però si rifanno alla sfera giuridica dell'interessato.

La rappresentanza implica un requisito, quindi la facoltà di sostituirsi all'interessato con la spendita del nome dell'interessato → si presenta a nome degli altri. Se non dice che si presenta a nome degli altri non è una rappresentanza propria.

Quando si parla di rappresentanza, nell'istituto del contratto, si intende la rappresentanza diretta (diretto è implicito), quindi il potere di sostituzione può trovarsi o nella legge oppure con la volontà tra le parti.

Questo negozio giuridico si chiama **procura**: è un'autorizzazione privata ad avere un potere di rappresentanza diretta. L'atto in ogni caso lo compie il rappresentato, il rappresentato è colui che forma la volontà costitutiva dell'atto, quindi si occupa solo delle parti tecniche. Il rappresentante ha un potere più o meno ampio (es. meno ampio: acquista quel bene; più ampio: acquista per me un bene).

Nel caso in cui la volontà sia predeterminata, il soggetto non è più un rappresentante, ma è un messaggero (serve solo quando la volontà è esistente, ma non può esprimerla fisicamente in un certo luogo).

I genitori quindi si sostituiscono ai minori nell'atto ed è ragionevole quando si tratta di atti che incidano sul patrimonio: i genitori devono agire congiuntamente (atti di straordinaria amministrazione), mentre quelli più semplici possono essere svolti anche da uno solo (atti di ordinaria amministrazione). In altri casi ancora più importanti, deve concedere la propria autorizzazione anche il giudice, il quale opera fuori dalla controversia → funzione di tipo amministrativo: **giurisdizione volontaria**.

**Art. 320 CC comma 3**: i genitori per alcuni atti non possono alienare, dare in pegno, contrarre mutui, ecc., se non per casi necessari → in questo caso rientra il giudice.

Per un soggetto incapace si pone anche il problema non patrimoniale, che incidono anche sulla persona incapace (trattamento medico, iscrizione a un'associazione, aderire a una confessione religiosa) → in questo caso il genitore non può sostituirsi al figlio perché il rischio è che vada a comprimere la volontà del figlio, ma solo se ha una maturità sufficiente.

Per i diritti personalissimi, è stata abbassata la soglia dei 18 anni, se rispetto all'atto che compie è accertata una sua certa maturità psichica e fisica (ad es. trattamenti sanitari no solitamente) → non per gli atti patrimoniali.

Si distinguono quindi:

- Gli infanti
- Gli adolescenti
- I grandi minori

Vi sono degli atti patrimoniali particolari che non possono non essere svolti dai minori, quindi da sempre si ammette che anche rispetto agli atti patrimoniali, si possa riconoscere al minore un'autonomia, un ragionamento che si fa di solito è quello della rappresentanza.

Art.1367 e seguenti: si ritrova la capacità del rappresentante e del rappresentato → non è necessario che il rappresentante sia un soggetto legalmente capace perché essendo in sostituzione del rappresentante, ciò che interessa alla legge è che "la capacità legale" sia del rappresentato (rappresentanza volontaria e rappresentanza legale degli incapaci). Il rappresentante deve avere solo la capacità di intendere e di volere. Quindi il procuratore legale può essere il 17enne in grado di intendere e di volere.

Poiché la rappresentanza può essere conferita anche a un incapace, i rappresentanti legali del minore, possono a loro volta delegare l'atto a qualcuno il patrimonio del minore: questo procurato può essere anche il minore.

Rispetto agli atti della vita quotidiana si può avere una **procura tacita** a favore del figlio.

Meccanismo della procura tacita 35: capacità in concreto del minore.

Gli atti della vita quotidiana non si possono precludere al minore (adolescente o grande minore), questi sono fondamentali anche per la sua formazione, per acquisire autonomia.

Per alcuni atti si prevede un'età minore dei **18 anni**:

- Riconoscimento di un figlio (**16 anni**): tocca la sua sfera personalissima → il figlio potrebbe rimanere senza madre o padre se non ci fosse questa regola (**art.250 CC**). In seguito si è anche stabilito che il minore può riconoscere il figlio anche se ha meno di 16 anni, solo su autorizzazione del giudice.
- Lavoro subordinato (**16 anni**)
- Nel caso del minore emancipato, abbiamo il curatore, cioè un minore d'età (16 anni almeno) che abbia contratto un matrimonio. Deve essere però valutata la capacità psico-fisica del minore. La conseguenza legale del matrimonio è la sua emancipazione, quindi acquista una capacità d'agire ampia ed estesa, anche se non totale → si affianca un po' all'inabilitato. Può compiere atti ordinari, per atti straordinari ha bisogno del curatore e per altri ancora più importanti ha bisogno del giudice tutore. Qui il giudice non autorizza l'emancipazione del minore, ma autorizza il matrimonio.

### **Interdizione e abilitazione giudiziale e tutore**

Interdizione e abilitazione giudiziale condividono il fatto di essere applicata in caso di infermità mentale:

- **Interdizione giudiziale:** si tratta di un'infermità mentale abituale a cui si deve aggiungere come conseguenza l'inettitudine del soggetto a provvedere ai propri interessi. Comporta un'interdizione totale della capacità d'agire, con tutele da parte del giudice tutelare per alcuni atti, come ad esempio degli atti di straordinaria amministrazione. La gradazione è tale per cui per alcuni atti l'atto può essere compiuto dal tutore, per altri si può chiedere l'autorizzazione del giudice tutelare o per casi ancora più gravi in cui l'autorizzazione viene lasciata dal tribunale su parere del giudice tutelare.
- **Abilitazione giudiziale:** si tratta di un'infermità mentale meno grave, infermo di mente, ma non totalmente. Si tratta ad esempio dei casi in cui una persona faccia abuso di alcool o di droghe, oppure di colui che è nato sordo o cieco sin dalla nascita. Comporta un'interdizione parziale della capacità d'agire: nei casi di ordinaria amministrazione può far da se, ma negli atti di straordinaria amministrazione può partecipare solo con il curatore. L'inabilitato esprime una volontà nel suo interesse, mentre il curatore esprime una volontà dell'inabilitato (non è equiparabile a una compravendita in cui A e B vogliono acquistare con lo stesso interesse). Per alcuni atti di carattere patrimoniale si chiede un'autorizzazione giudiziale.
- **Amministrazione di sostegno:** introdotto di recente, nel 2004, ma da lì in poi ha finito per soppiantare gli altri due istituti perché quegli istituti hanno evidenziato forti limiti nel proteggere gli interessi dell'incapace → tradivano una finalità diversa, in ragione della concreta disciplina prevista. Rispondevano più che a una tutela dell'incapace, alla tutela della sua capacità giuridica. Proteggere un'incapace non vuol dire togliere completamente l'autonomia all'interdetto o all'inabilitato, il quale può avere dei momenti di lucidità. Una volta dichiarata l'infermità, questa non si applica diversamente nei casi specifici → lesivo degli interessi dell'infermo perché non si possono stabilire delle direttive, dato che vengono imposte dallo stato. Questo istituto prevede non una privazione di capacità, ma una modulazione della sua capacità che è graduabile anche nel tempo attraverso un costante rapporto tra l'amministratore, il beneficiario dell'amministrazione e il giudice, cioè un dialogo tra giudice, amministratore e beneficiario. L'amministrazione di sostegno implica una flessibilità maggiore sin dall'inizio perché al momento della nomina il giudice individua nel suo decreto i limiti stessi dell'amministrazione. Il decreto di nomina dell'amministrazione deve contenere una serie di indicazioni, come la durata che può essere determinata o indeterminata; l'oggetto degli incarichi che il tutore può svolgere in nome e per conto dell'interessato → è il decreto del giudice tutelare che indica le attività che può

svolgere l'amministratore di sostegno (può essere rappresentante legale, ma può anche non esserlo).

L'amministratore quindi può essere rappresentante, ma può essere anche curatore.

Può anche essere che ci siano atti che possono anche non essere svolti con la presenza dall'amministratore.

L'amministratore di sostegno può essere nominato secondo l'**art. 404** (vedi art.).

Vi sono dei problemi con l'istituzione dell'amministratore, come:

1. Rapporto tra gli istituti di inabilitazione e interdizione: questi non sono stati eliminati dal sistema, quindi spesso si sovrappongono, nonostante l'amministratore sia stato creato per sopprimere gli altri (stanno entrando in disuso)
2. Si è affermata la visione della residualità degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, non vi è una libertà piena in quella scelta, si può ricorrere all'interdizione solo quando l'amministratore di sostegno non sia adeguato, ma è ben difficile che si realizzi.

**Art. 414:** Si stabilisce che il maggiorenne e il minore emancipato sono interdetti quando è necessario proteggere una loro intenzione.

3. I presupposti dell'amministratore sono così flessibili da ammettere che possa essere dichiarato anche quando l'interessato non sia sotto effetto di un'infermità mentale, basterebbe anche un fatto fisico (es. un disabile fisico, come una persona sulla sedia a rotelle, che però ha delle normali facoltà psichiche).

Vi è sempre l'istituto della procura: se A non può stipulare atti nel suo interesse, sarà lui a conferire la procura a chi vorrà. Quindi perché è serve in questo caso l'amministratore? Infatti questo caso è molto discusso

Nell'amministratore di sostegno è il decreto che sancisce i limiti, ma tutto ciò che non c'è nel decreto rimane nella sfera dell'interessato (**art.409**) e comunque può svolgere normalmente gli atti di vita quotidiana, anche quando è fortemente limitata la capacità d'agire.

*Lezione del 14/03/16*

**Quali sono gli atti rispetto ai quali è necessario bisogna verificare la capacità di agire?** L'atto è qualsiasi comportamento umano al quale la legge ricollega effetti giuridici.

Non qualsiasi comportamento umano è considerato idoneo a produrre effetti giuridici per la sua natura di comportamento umano: ci sono atti che dipendono dall'uomo ai quali la legge riconosce una rilevanza giuridica e un'efficacia prescindendo dall'elemento umano stesso, parificandolo a qualsiasi altro effetto naturale.

Possono essere **eventi naturali o umani** → quando è idoneo a riconoscere effetti giuridici, solo per il fatto che si verifichi, è inteso come un mero fatto (es. successione: si apre solo con la morte del soggetto. La causa della morte non è importante).

Nell'ambito della categoria degli effetti giuridici, possono rientrare sia gli effetti **naturali**, sia comportamenti **umani**, semplicemente in quanto accadano (**fatti giuridici in senso stretto**), dall'altra parte abbiamo quegli atti che assumono rilevanza non solo perché accadono, ma proprio perché la legge li considera il risultato della controprova → devono essere assistiti da qualche elemento che ne evidenzia la volontarietà e la consapevolezza (**atti giuridici**). Questo può riguardare atti di vario tipo, come quello con cui si comunicano fatti, eventi, informazioni, possono essere atti leciti o illeciti. Possiamo distinguerli in **atti giuridici in senso stretto** o in **atti negoziali**. Un atto giuridico in senso stretto è un atto a cui si collega un effetto solo nel caso in cui questo lo abbia voluto, sono atti che producono effetti solo perché sono voluti dalla legge al di là del fatto che l'autore del fatto li abbia voluti e ne fosse consapevole. Gli atti negoziali (o negozi giuridici) sono quegli

atti che producono effetti voluti dall'autore del fatto, se non c'è una volontà di produzione di tali effetti, questi non possono essere prodotti.

## FOTO TELEFONO

A questa diversificazione corre la differenza tra capacità legale (proprio della maggiore età) e capacità di intendere e di volere.

Nei fatti giuridici in senso stretto non è necessaria la capacità legale, basta solamente la capacità di intendere e di volere, mentre per gli atti giuridici la capacità legale è un requisito fondamentale.

Gli atti giuridici in senso stretto sono fatti ***ex leges***:

**Es.1:** lo troviamo nella disciplina del ritardo dell'adempimento dell'obbligazione → rappresenta una patologia dell'inadempimento, che deriva dal mancato rispetto del termine. Nella disciplina del ritardo, la legge dice che il ritardo non è ancora un fatto di responsabilità del debitore, ci vuole un qualcosa in più che di regola è l'iniziativa del creditore che sia volta a intimare il pagamento.

Questo atto viene definito atto di costituzione in mora: con l'intimazione di pagamento che deve essere fatta in forma scritta, (**art.1219**). Il semplice ritardo, una volta intervenuta la costituzione in mora, il debitore risponde del ritardo, risarcendo anche il danno (produce interessi di mora). La mora viene normalmente qualificata come atto giuridico in senso stretto perché il creditore non sta disponendo della propria sfera giuridica, sta esercitando la sua pretesa. Alla legge non interessano la volontà e la consapevolezza degli effetti, alla legge non interessa, mentre gli interessa che l'atto sia volontario e consapevole.

**Es. 2:** Fatti illeciti **art.2043**: il legislatore del 1942 non ha suddiviso fatti, atti e negozi, quindi il fatto che qui si parli di FATTI illeciti, non limita nella classificazione.

All'art.2046 si parla di impossibilità del fatto dannoso: l'effetto della responsabilità non si produce se l'autore del danno non era in grado di intendere e di volere → sicuramente non siamo nell'ambito dei fatti in senso stretto, ma nell'ambito degli atti giuridici. Non richiede neanche la capacità legale, richiesta dagli atti negoziali, quindi si tratta di atti giuridici in senso stretto. Quindi il minore, legalmente incapace, ma in grado di intendere e di volere, può corrispondere al fatto illecito.

**Es.3:** Adempimento dell'obbligazione

**Art.1191:** il debitore che ha eseguito la prestazione non può impugnare il pagamento a causa dell'incapacità del soggetto che lo compie. Se il debitore che adempie all'obbligazione nel momento in cui lo fa è incapace non potrà impugnare l'atto: rimane **valido**.

L'adempimento non è considerato dalla legge come atto negoziale perché è un atto dovuto, rispetto al quale il soggetto non può sottrarsi. Eseguendo la prestazione il debitore non sta disponendo della sua sfera giuridica, ma ha disposto della sua sfera giuridica nel momento in cui ha dato luogo all'obbligazione (il minore avrà bisogno del rappresentante legale).

Vi è un problema di interpretazione della norma, per quanto riguarda l'incapacità naturale:

Infatti, l'**Art.1191** fa riferimento a un'incapacità, ma non è chiaro a quale capacità si rifaccia, se intende sia l'incapacità naturale che legale oppure se intende solo una delle due. Possiamo aggiungere un'interpretazione espansiva o restrittiva. Vi deve essere la capacità di intendere e di volere dell'interessato: l'atto deve quanto meno essere espressivo di una scelta volontaria, quindi deve essere fatto con consapevolezza.

Per gli **atti giuridici in senso stretto** si individuano gli atti che consistono in **dichiarazioni di scienza**: il soggetto non esprime una volontà decisionale, ma si limita a comunicare atti o rendere partecipi di fatti altri o tutti i terzi (es. la confessione).

I negozi giuridici sono atti decisionali e in quanto tali sono sempre manifestazioni di volontà. La volontà può semplicemente riguardare l'accertamento di un fatto (non si tratta della confessione, quella è solo una dichiarazione di scienza perché non c'è una manifestazione della volontà).

### I negozi giuridici

La distinzione tra atti giuridici in senso stretto e negozi giuridici, non è sempre semplice.

Esempio: il matrimonio → è o no un atto decisionale? Non tutti gli effetti sono effetti voluti, ma non si possono neanche negoziare. Il matrimonio quindi sicuramente è un atto negoziale, quello che interessa per stabilire se è negoziale o meno è capire se si presenta come un atto decisionale, come espressione di autonomia e il matrimonio lo è.

La manifestazione della volontà all'esterno: questo pone un problema legato agli elementi di **produzione degli effetti** (potrebbero non coincidere) → io formo una volontà ma potrebbe essere diversa da quella che poi risulta all'esterno.

Su questo aspetto si gioca la disciplina dei vizi della volontà, in cui un determinato fatto abbia inciso sulla volontà alterandola. **In cosa consiste la manifestazione della volontà in un negozio giuridico?** Potrebbe essere un atto volto a esprimere una volontà formata dal soggetto, rendendola percepibile. La dichiarazione indica una volontà che si formula attraverso i segni del linguaggio. La volontà potrebbe essere manifestata anche senza il linguaggio, al di fuori di una vera e propria dichiarazione, si tratta della manifestazione tacita di volontà (es. al posto di fare un altro testamento decido di strapparlo, se questo gesto non risulta equivoco). Si parla in questi casi di **comportamento concludente** dal quale si conclude l'esistenza di una volontà. La volontà può essere unilaterale, bilaterale o plurilaterale (il contratto è la massima espressione di volontà bilaterale e plurilaterale, in quanto accordo tra due o più soggetti).

Vi possono essere dei casi in cui la volontà di più soggetti converge nella formazione della volontà di un soggetto unitario, cioè gli **enti su base associativa**: le volontà di tutti gli associati convergono nella delibera, che è espressione della volontà del gruppo. Di solito si seguono regole diverse nelle varie associazioni per la manifestazione della volontà.

Nel contratto, la volontà che forma l'atto è manifestata dalla parte dell'atto: quel negozio prevede almeno 2 parti → il soggetto che emette la manifestazione della volontà alla costituzione dell'accordo (se è plurilaterale ci saranno più parti).

Quando si parla di rappresentanza legale, es. i genitori, è la volontà dei genitori che viene manifestata all'esterno, però quell'atto non produce effetti nella sfera giudica del genitore, ma in quella del figlio → vi è una dissociazione tra chi manifesta la volontà e chi ne subisce gli effetti. Questa dissociazione, ovviamente non c'è sempre.

Se guardiamo la disciplina della rappresentanza, ci rendiamo conto che in alcuni casi, in presenza di determinate condizioni, è possibile che il contratto veda la partecipazione di un unico soggetto. Es. contratto con se stesso: si ha quando **A** da un lato e **B** dall'altro, attribuiscono procura allo stesso soggetto **C**. **C** si trova a essere titolare di rappresentare sia A che B, è il procuratore rappresentante di entrambe le parti. Il contratto con se stesso è possibile a determinate condizioni, perché si potrebbe porre il problema del conflitto d'interesse. Per evitare questo è valido solo a determinate condizioni elencate nell'**art.1395**:

- Autorizzazione specifica compiuta a favore del rappresentante
- Quando il contenuto sia pre-determinato in modo da escludere il conflitto d'interessi

Questa distinzione tra parte formale e parte sostanziale, in tutti i casi in cui si crea una rappresentanza legale o volontaria vi è una dissociazione tra il titolare della sfera di interessi e soggetto che può formare la volontà che va ad incidere su quella sfera di interessi.

La rappresentanza è una forma di sostituzione della manifestazione della volontà che produce effetti nella sfera giuridica dell'interessato → è lo strumento attraverso il quale chi non può o non vuole svolgere gli atti che lo riguardano è comunque in grado di compierli, ma attraverso la rappresentanza di altri che può essere imposta dalla legge (legale) o dalla volontà dell'interessato (volontaria).

La rappresentanza volontaria richiede un negozio giuridico che è la **Procura**: l'atto con cui si conferisce un potere ad altri di rappresentanza. È un atto unilaterale, in quanto non richiede il consenso dell'interessato. Non è un contratto perché non si pone l'esigenza di coinvolgere la volontà del destinatario perché il rappresentante della procura può anche non esercitare il potere, non lo obbliga, ma è una semplice autorizzazione. Non comportando un'obbligazione può rifiutarlo o può esercitarlo, rispondendo all'interesse del rappresentato, indicando doveri (riguarda gli interessi del rappresentato).

Se quando si conferisce un potere si vuole obbligare il rappresentato a compierli, bisogna stipulare un diverso negozio, il **Mandato**: il soggetto detto mandatario, si obbliga nei confronti dell'altro a compiere uno o più atti giuridici nei confronti del mandante.

Si differenzia dalla procura perché:

- **Obbligatorietà**: **Procura** → si limita ad autorizzare, senza produrre alcun effetto per il rappresentante.  
**Mandato** → il mandatario si limita ad agire per l'assunzione dell'obbligazione e per questo non può prescindere dall'interesse del mandante. Il mandato è un contratto, quindi un atto obbligatorio per il mandante.
- **Poteri del soggetto**: **Procura** → potere di agire per compiere atti nella sfera giuridica dell'interessato: questo presuppone il nome del soggetto per cui il rappresentante pone degli effetti.  
**Mandato** → si tratta di:
  - **Mandato con rappresentanza**: il mandante spende il nome. Al mandatario viene dato un incarico, ma allo stesso tempo gli viene dato un potere di rappresentanza, come se ci fosse la procura dentro il mandato).
  - **Mandato senza rappresentanza**: compie atti nell'interesse del mandante ma senza poter spendere il nome del mandante. Gli atti compiranno effetti nella sfera giuridica del mandante non direttamente, ma indirettamente → vi sarà una seconda attività del mandatario, il quale reindirizza al mandante i vantaggi che si sono posti nella sua sfera giuridica.

Lezione del 15/03/16

La differenza tra rappresentanza e mandato

La rappresentanza: l'atto compiuto dal rappresentante produce effetti nella sfera del rappresentato

Se A è il rappresentato, B il rappresentante e stipula un contratto con C, l'alienante è A perché l'atto viene svolto nella sfera giuridica di A. B è parte formale dell'atto, mentre A è parte in senso sostanziale.

La rappresentanza è un potere, ma non è obbligatorio, se si vuole che l'autorizzato a sostituirsi sia anche obbligato a farlo, deve compiere un contratto.

Quando tra A e B intercorre un mandato non è detto che a questo si affianchi una procura, è possibile un mandato senza rappresentanza, la conseguenza è che B compirà atti in esecuzione del mandato a questi atti non ricadono sul mandante → gli effetti si producono solo in capo alle parti. Il contratto concluso tra B e C produrrà i suoi effetti in capo a B e a C.

Nel mandato senza rappresentanza si verifica il fenomeno di interpolazione reale perché la sostituzione avviene attraverso l'interpolazione della sfera giuridica del mandato. Sono necessari due passaggi: il contratto e il ritrasferimento ad A. si discute se il ritrasferimento debba avvenire tramite contratto o attraverso un atto unilaterale di B.

Il fatto che l'atto di trasferimento sia un atto di volontà, fa sì che si possa utilizzare un rimedio efficace previsto per l'adempimento dei contratti preliminari.

Il preliminare è un contratto attraverso il quale due soggetti concordano un contratto per la stipula del contratto definitivo da lì a qualche mese. Si tratta di prestare un successivo futuro consenso, è un'obbligazione di fare. Nel caso in cui non si presenti al preliminare, l'atto risulta inadempito.

Si può chiedere in questo caso il risarcimento del danno, per la copertura delle spese, ma non avrò ad es., l'immobile che volevo acquistare. Il nostro ordinamento pone rimedio estremamente efficace che chiama a esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre → **art.2932**: nell'ottenere dal giudice una pretesa che produce effetti del contratto non concluso. Il contratto non concluso viene sostituito attraverso una sentenza giudiziale, che produce gli stessi effetti. Si tratta della sentenza che produca gli effetti di un contratto non concluso, con la sentenza del giudice che diventa una sentenza Costitutiva. La sentenza di annullamento rimuove gli effetti di un contratto. Costitutiva è anche la sentenza dell' **art. 2932** con il presupposto dell'inadempimento dell'obbligo di contrarre, che non vi sia un ostacolo giuridico (es. vendita del bene a un altro) e che non sia escluso dal titolo.

**Il mandato**: nel caso di mandato ad acquistare un bene, poiché nel momento in cui il mandatario conclude il contratto di acquisto con il terzo proprietario è lui che viene obbligato e poiché dovrà trasferire l'oggetto, vi sarà un'obbligazione di prestare il consenso, (cioè di trasferire) il mandatario deve fare un successivo atto negoziale che passa il trasferimento dal mandatario al mandante.

Se si tratta di mandato con rappresentanza, non si pone neanche il problema perché non c'è il passaggio, ma se si trattasse di mandato ad alienare, il mandato vende il bene a un terzo → il discorso vale all'inverso perché per avere il bene A, deve prima averlo B.

Questa differenza tra il mandato con o senza rappresentanza, conosce alcune attenuazioni: regola secondo cui il mandato senza rappresentanza i terzi non entrano in rapporto diretto con il mandante. Questa regola non è assoluta, anche con un mandato senza rappresentanza, si può creare un rapporto diretto tra mandante e terzo, ma è limitato.

Esempio → **Art. 1705**: il mandante sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato (es. mandatario vende il bene del mandante), quindi potrà avere dei contatti diretti con il terzo.

**Art.1706**: il mandante può rivendicare le cose mobili acquistate dal mandatario, quindi avrà un'azione di rivendica diretta nei confronti del terzo (C). Benché A non sia proprietario, gli viene riconosciuta la possibilità di rivendicare la cosa.

**Quindi è proprietario prima ancora che gli venga trasferita la cosa dal mandante?**

La rappresentanza quindi, quella regolata dagli **art.1338 e seg.**, può affiancarsi o meno al mandato. C'è anche la rappresentanza indiretta ed è quella che troviamo nel mandato senza rappresentanza, quindi quando B si sostituisce ad A senza però spendere il suo nome.

La rappresentanza diretta comporta solo il potere di agire in nome e per conto del rappresentante, però si pongono dei problemi:

- **Falsa rappresentanza o falsa procura:** Il rappresentante che ha una procura compie l'atto, ma esorbitando dai limiti, dai poteri della procura oppure nel caso si presenti in nome e per conto degli altri senza avere alcuna procura. **Art. 1398** rappresentanza senza potere: colui che ha contrattato come rappresentante senza avere potere, è responsabile dei danni che il terzo ha subito dalla falsa procura.

Il contratto non sarebbe valido, quindi non produce effetti tra le parti, ma neanche nella sfera giuridica di A. Qui la legge parla di contratto non valido, si dovrebbe parlare di inefficacia. Il compimento di un atto da parte di lui che non ha il potere di compierlo, si desume che la mancanza della legittimazione rispetto ad un atto, non è in se un vizio di invalidità, ma un vizio di inefficacia. L'atto è privo di effetti nei confronti di A, ma è un atto rispetto al quale l'interessato potrebbe, compiendo una sua valutazione personale ad avere un interesse a recuperarne l'efficacia. Se fosse un fatto nullo però non potrei farlo.

Posso renderlo efficace dando a posteriore l'autorizzazione che non avevo dato prima: con la ratifica.

Ratifica: atto con il quale l'interessato può dare efficacia relativa all'atto compiuto dal soggetto senza poteri → ha effetto retroattivo. Se non c'è ratifica si pone un problema di tutela del terzo contraente.

Quindi se io C acquisto in buona fede da B, ma B non era un mandatario, allora il contratto creato da B è inefficace, ma il comportamento tenuto da B è inefficace.

È espressamente previsto dall'**art.1398** → è applicazione di una norma più generale che vale per tutti i contratti, che è l'**art.1337**: le parti devono comportarsi secondo buona fede (è chiaro che B non è in buona fede).

**La responsabilità pre-contrattuale che tipo di responsabilità è?** Nel caso dell'**art. 1218**, si parla di responsabilità **contrattuale**, in cui il risarcimento del danno si prescrive in 10 anni, mentre nel caso dell'**art. 2043**, si parla di responsabilità **extra contrattuale** e il risarcimento del danno si prescrive in 5 anni. La responsabilità pre-contrattuale (**art.1137/1338**) dove si colloca? Viene ricondotta alla responsabilità extra contrattuale (**art.2043**).

Il rappresentante ha un potere, ma nel farlo va a ledere l'interesse del rappresentato: nel caso di rappresentanza, il rappresentante ha solo poteri, non ha un obbligo di agire, ma il potere esiste nell'interesse dell'interessato. Se lui lo esercita contro l'interesse dell'interessato, si tratta di abuso di potere → è una deviazione funzionale. Qual è la conseguenza? Mentre nel caso del contratto, la differenza è solo l'efficacia, qui la conseguenza è solo l'invalidità. L'abuso avviene quando il rappresentante nel compiere l'atto si trova in una situazione concreta in cui o soddisfa l'interesse dell'interessato o il proprio → si tratta di conflitto di interessi, quindi il contratto può essere annullato su domanda del rappresentato.

Il contratto con se stesso è l'ipotesi del conflitto d'interessi, ma la figura è più ampia nel contratto con se stesso. L'**art.1394** stabilisce che è annullabile su istanza del rappresentato, ma soprattutto essendo un vizio che potrebbe essere ignoto alla controparte, si pone l'esigenza della controparte di tutela dell'interessato con la tutela dei terzi, perché il terzo potrebbe essere allo scuro del conflitto d'interessi.

Il contratto è annullabile su istanza dell'interessato, ma solo se il terzo è a conoscenza del conflitto d'interessi. Se il terzo poteva conoscerlo e non l'ha fatto, la sua buona fede è irrilevante perché deriva da una sua colpa.

**Forma della procura:** è previsto un requisito formale detto per relationem, cioè per rinvio alla forma dell'atto. Il requisito formale previsto per l'atto che si intende concludere si comunica anche alla procura.

**Contenuto della procura:**

- **Specifica o speciale:** conferita per un atto determinato
- **Generale:** Conferita per un contenuto generale (es. compimento di tutti gli atti necessari) → conferita solo per un atto di ordinaria amministrazione. Per gli atti di straordinaria amministrazione (comportano una consistente modificazione del patrimonio) occorre precisare a quale carattere si conferisce (quindi non esiste una procura generale).

Lezione del 16/03/16

Scorsa lezione: La volontà nel negozio giuridico

**Mancanza di negozio:**

Il negozio nell'aspetto bilaterale o plurilaterale, è un fenomeno sociale, quindi per capire se c'è un negozio giuridico dobbiamo capire se la volontà ha i caratteri minimi di una dichiarazione dispositiva non sempre così, a volte è solo apparentemente tale, ma dalle circostanze è palese che la volontà non sia tale.

Es. il professore dice in aula di vendere a B il codice civile e B dice sì lo acquisto → il contesto è molto importante.

In altri casi manca la natura impegnativa del negozio, perché pur appearing all'esterno non corrisponde a una volontà minima dell'interessato → si tratta della **violenza fisica**: atto con cui si costringe altri a esprimere una volontà (es. un rapinatore mi chiede di mettere una firma, senno mi spara).

La violenza fisica esclude la volontà, quindi qui il negozio alcuni lo definiscono nullo, ma qui non c'è il negozio perché non c'è un vizio, semplicemente il negozio non c'è.

**Volontà errata nel negozio:**

Volontà del dichiarante si è formata, ma non viene riportata correttamente all'esterno (può essere trascritta in modo sbagliato). In questo caso la soluzione non porta a un'inesistenza del negozio perché finirebbe di pregiudicare la certezza delle attività commerciali dei privati → deriva da elementi che ai terzi può risultare sconosciuto (es. errore di trasferimento). Bisogna tutelare tutti i componenti dell'atto.

Si tratta di un errore che cade non sulla formazione della volontà, ma sulla trasmissione all'esterno → errore ostativo: divergenza tra volontà ed esternazione.

Volontà -----X(errore)-----> Destinatario: **errore ostativo**

|----X-→ Volontà----→ Destinatario: **errore vizio**

La disciplina delle norme dice che si può annullare l'atto e solo se annullato gli effetti diventano retroattivi, ma solo se il destinatario poteva riconoscere l'errore. Quindi l'errore Vizio e l'errore Ostativo vengono equiparati, solo che l'errore ostativo non è derivante da una mancanza di volontà.

Ci sono dei casi in cui la divergenza è voluta, ovvero la **Simulazione**: le parti del contratto hanno interesse a creare una divergenza, una volontà apparente, cioè a creare un negozio (es. presentare una vendita ciò che è donazione; oppure a far figurare una vendita laddove non c'è una volontà). Le ragioni possono essere valide (es. al posto di donare il bene a un figlio, fingo di venderglielo; per non figurare in prima persona → si tratta di simulazione soggettiva, in cui si fa figurare venditore chi non lo è) o illecite (es. non pagare le imposte; nel caso in cui uno stia fallendo e intesta il bene alla moglie di modo che lui risulti nulla tenente).

La simulazione non viene vietata perché risulta utile, la ammette ma con dei limiti.

La **simulazione** può essere di vari tipi, a seconda dell'argomento su cui cade:

- **Simulazione relativa**: si tratta di Negozio simulato o di Negozio dissimulato. Vi è un'apparenza che copre una volontà giuridica diversa (es. vendita che nasconde la donazione). Può riguardare l'oggetto del negozio (Es. vendo a 500, ma dico di aver venduto a 200). Abbiamo tre negozi:

1. Il **negozio simulato**, che è la vendita → Contratto apparente
2. Il **negozio dissimulato**, che è la donazione → Contratto simulato
3. Il negozio simulatorio: dichiarano di non volere una vendita e non la donazione → si interpone fittiziamente un soggetto, ma in realtà l'acquirente è un altro. Il negozio simulatorio avverrà tra tutti e tre i soggetti. Se non ci fosse l'accordo simulatorio, non potremmo capire che si tratta di simulazione.

Il negozio simulatorio è un atto che rimane tra le parti: nel caso in cui dovesse sorgere una controversia tra i due simulanti (es. nel caso in cui chi ha donato richieda il pagamento).

Nella simulazione si dice che ha effetto il contratto dissimulato (se si tratta di simulazione relativa) → **art.1414**: il contratto tra le parti non produce effetti, mentre quello dissimulato sì.

Il negozio dissimulato non esiste nella realtà concreta, non viene fatto dalle parte, ma si evince dalla lettura del contratto simulato, insieme all'accordo simulatorio.

Il negozio che deve avere la forma pubblica per la donazione la deve avere il negozio apparente: solo nei casi in cui vi siano i requisiti di forma e di sostanza → es. nel caso in cui si venda un bene mobile come un quadro, non c'è bisogno dell'atto pubblico, però se le parti lo fanno ugualmente, sicuramente stanno facendo una simulazione.

- **Simulazione assoluta**: le parti creano un'apparenza simulare a cui non corrisponde alcun contratto dissimulato → non vogliono cambiare la loro sfera giuridica (vendo una casa, senza venderla). Abbiamo due negozi:

1. Il **negozio simulato**, che è la vendita → Contratto apparente
2. Il **negozio dissimulato**, che è la donazione → Contratto simulato

La legge pone dei limiti all'accordo simulatorio:

**La prova** → **Art.1417**: la prova tra le parti della simulazione, non può essere data per testimoni, tranne nei casi in cui si vuole far emergere l'illiceità dell'atto. Se non si tratta di questi casi è ammessa solo la prova per documenti. Le parti possono ricorrere alla donazione, ma se vogliono far emergere la donazione (sempre nel caso in cui il donante mi richieda il prezzo). L'accordo simulatorio viene chiamato anche contro scrittura, se non c'è la scrittura la parte non riesce a dimostrare la simulazione.

Questo limite viene posto perché è l'applicazione di una regola più generale nella disciplina delle prove, ovvero una regola logica che riguarda la prova dei contratti. La contro dichiarazione infatti è un contratto che va a negare significato, valori ed effetti ad un diverso significato, quindi in questo caso abbiamo già un contratto e occorre una prova che lo smentisca. Ci vuole qualcosa di altrettanto forte per far cadere il contratto inefficace per farlo cadere, quindi la prova documentale e non per testimoni.

Es: caso di simulazione assoluta: A (simulato alienante) vende a B (simulante acquirente), però il bene è di A, però ci sono i terzi, come un creditore o un avente causa di B, il quale ha interesse al fatto che B abbia acquistato, a far valere che il negozio sia simulato. Ci sono anche terzi che hanno un interesse opposto ai terzi di B, cioè gli aventi causa, i creditori e gli eredi **legittimari** di A (Per quanto riguarda gli eredi, quanto detto può valere anche per le simulazione relative perché la donazione può essere impugnata). **Art.1415 comma 2**: i terzi possono far valere la simulazione quando pregiudica i loro diritti. I terzi sono tutti coloro che subiscono pregiudizio dal negozio simulato da parte di A (creditori, avente causa, legittimario) e da parte di B (creditore, avente causa, legittimario). Ci sono anche altri terzi (aventi causa e creditori) che hanno fatto fede sull'apparenza, sono terzi che non agiscono per far valere il pregiudizio, ma per conseguire

un vantaggio che deriva da una situazione apparente. La protezione per questi terzi però è tutelata meno rispetto a quelli precedenti. La loro situazione è protetta solo se hanno acquistato in buona fede: A e B non possono opporre la simulazione dell'acquisto di C, se questo ha acquistato in buona fede (non sapeva della simulazione tra A e B).

Il problema si pone quando il conflitto sia tra i terzi di A e i terzi di B, quindi bisogna far bilanciare gli interessi: la simulazione non può essere opposta ai terzi che hanno acquistato in buona fede (per gli aventi causa, **art.1415**). **Art. 1416**: la simulazione non può essere opposta ai creditori del titolare apparente se questi in buona fede hanno fatto un sequestro sui beni, mentre i creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione nei confronti dei creditori di B, se il loro credito è anteriore all'atto simulato → solo se il conflitto è tra i creditori di B e i creditori chirografari di A: sono coloro che non hanno una causa di prelazione (ipoteca, pignoramento, ecc.). I creditori chirografari non sono considerati perché ha un diritto reale di garanzia, quindi va paragonato come l'avente causa dell'**art.1415**.

Tutte queste regole sono subordinate a una condizione (per i diritti mobiliari): sono fatti saldi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione. Se il creditore del simulato alienante propone domanda di simulazione e la trascrive, la persona sulla quale la vuole fare valere (Es. avente causa del simulato acquirente) abbia acquistato in buona fede, ma in base a un titolo trascritto dopo la domanda di simulazione, allora l'aver acquistato in buona fede non conta per l'avente causa.

**Legittimari**: coloro che vantano sul patrimonio del decurios un diritto su una determinata quota.

**Perché non ci sono i legittimari scritti?** Non sono menzionati dal legislatore, lasciando la decisione all'interprete. Il legittimario è potenzialmente un erede perché il decurios potrebbe non avergli lasciato nulla, diventa erede quando non esercita l'azione di riduzione. L'erede è colui che continua l'attività del defunto, quindi non può essere considerato come un terzo. Anche ai fini della simulazione, l'erede non è un terzo perché rientra nella stessa posizione del decurios, **quindi va considerato come parte o come terzo?**

Dipende da **cosa fa il legittimario**: se il legittimario agisce in simulazione in quanto erede, allora non è terzo e quindi verrà equiparato alle parti. Se invece il legittimario, agisce in simulazione per far valere i suoi diritti di legittimario, agisce come terzo rispetto all'eredità.

*Lezione del 04/04/16*

La volontà negoziale può subire dei condizionamenti con fattori esterni o con fattori che intervengono dalla controparte in vista della formazione dell'accordo.

Questi elementi perturbatori della volontà dei contraenti, una volta di contratto concluso, si pongono un problema di tutela dei soggetti che hanno dichiarato una volontà in modo imperfetto, il quale può essere risolto attraverso l'annullabilità del contratto.

I vizi rilevanti per l'annullamento del contratto:

### **ERRORE:**

La parte stipula un contratto differente da quello che avrebbe voluto se non ci fosse stata una falsata convinzione della realtà. Riguarda tanti elementi, quindi ce ne sono solo alcuni che vengono previsti:

- **Essenzialità**: è importante perché ci indica la soglia di incidenza dell'errore minima che l'ordinamento reputa rilevante al fine di proteggere la parte. L'errore può dirsi essenziale solo in alcuni casi, quindi non è una regola generale, che si riconduce a due categorie, **l'errore di fatto e l'errore di diritto**.

**L'errore di fatto: art. 1429:** l'errore che cade sulla natura o sull'oggetto del contratto; sull'identità della prestazione; cade su una delle qualità che deve tenersi determinante del consenso; cade sulla qualità personale dell'altra parte → purché siano determinanti del consenso

**Si ci chiede se questa elencazione è tassativa o può essere esteso?** Ci sono dei casi in cui diventa tassativa e altri in cui non lo è, per dare importanza agli errori essenziali del contratto.

**L'errore di diritto: art.1429:** può essere errore essenziale quando sia stata ragione unica o essenziale del contratto. È l'errore che ha ad oggetto l'esistenza di una norma giuridica o anche l'errore sull'interpretazione della norma. Il fatto di non conoscere una norma o non averla interpretata completamente, non è una scusante, però posso avvalermi del rimedio dell'annullabilità del contratto quando sono caduto in errore nel verificare l'esistenza di una norma o il suo significato? Dobbiamo renderci conto che quando diciamo che questo errore porta all'annullabilità, non stiamo dicendo che la norma non sia applicata: le norme continuano ad applicarsi, ma si dà rilievo al solo fine di tutelare le libertà contrattuali, all'errore nel rapporto con la controparte, anche nel caso di esigenza dell'affidamento della controparte.).

- **Riconoscibilità:** un errore si considera riconoscibile quando una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo. Questa persona è la controparte del contraente caduto in errore, se la controparte non era in grado di riconoscere l'errore, quell'errore non può ricadere a danno della controparte, quindi ha diritto che produca i suoi effetti.  
Solo nel caso in cui l'errore non sia riconoscibile, mancando l'affidamento della controparte da proteggere, la controparte può richiedere l'annullamento.  
Riguarda anche l'errore ostativo, che non è un vizio della volontà.

### **VIOLENZA:**

Consiste in una diretta costrizione della volontà causata dalla parte stessa o dalla parte dei famigliari. In molti casi coincide con un illecito penale. La gravità di questa forma di vizio, è sempre possibile. L'esigenza della controparte cede nei confronti della persona che ha subito la violenza, sia che derivi dalla controparte, sia che derivi da un terzo. Questo si giustifica in ragione alla diversa gravità del fatto, deve trovare tutelato chi ha subito la violenza e non la controparte. L'ordinamento non tollera che un contratto posto in essere da un atto così grave, può produrre effetti, anche perché non c'è volontà.

La **violenza morale** va distinta dal **timore riverenziale** → la parte stipula il contratto perché si è fatta l'idea che potrebbe subire un danno, quindi in questo caso non è annullabile. In alcuni casi il legislatore dà rilievo anche al timore riverenziale.

Può essere causa di annullamento anche la minaccia di far valere un diritto: se io minaccio di far valere un mio diritto, il male che prospetto alla controparte non è ingiusto (es. o stipuli il contratto o chiedo il risarcimento del danno), ma in alcuni casi il comportamento per richiede un proprio diritto potrebbe essere illecito.

Se io minaccio la controparte di portare avanti il contratto per non chiedere il risarcimento del danno, Siamo di fronte a un caso di violenza morale oppure no? L'**art. 1438**, riguardante la minaccia di far valere un diritto, afferma che questa può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire dei vantaggi ingiusti che potrebbero essere oggetto di una minaccia, quindi di una violenza morale.

**Ma quando un vantaggio può essere ingiusto? Quando si esercita un diritto per esercitare una finalità per cui il diritto non è attribuito.**

Es. se non ritiri il contratto, io ti chiedo il risarcimento del danno → qui non c'è il vantaggio ingiusto

Se non ritiri il contratto, io ti querelo per le diffamazioni di ieri → questo è un vantaggio ingiusto. Ho un diritto di querela, ma questo diventa minaccia se diventa condizione di ritiro del contratto.

**DOLO:**

Anche esso si risolve in una rappresentazione falsata della realtà, che è indotta da un comportamento a ciò diretto, posto in essere dalla controparte o da un terzo. Sono una serie di raggiri, diretti ad ingannare la parte, ai fine di indurla a comprarle a determinate condizioni.

Il **raggiro** è sempre un comportamento attivo, commissivo, perché la legge non si accontenta di un non parlare, occorre porre in essere una serie di artifici in positivo diretti ad alterare la formazione della volontà dell'altro contraente, diretto al fine di ingannare.

**Art. 2043** parla anche di dolo "qualunque fatto doloso o colposo": si tratta di una qualificazione della condotta, che consiste nel fatto di essere accompagnata da un elemento soggettivo intenzionale, è la volontà di arrecare un danno e un pregiudizio. Il dolo indica l'elemento intenzionale di un illecito. Il dolo di cui si parla nel vizio della volontà, si distingue dall'art. 2043 perché si parla di un elemento specifico.

Ci sono però delle somiglianze, perché il dolo per vizio della volontà è una condotta, ma è anche un illecito doloso, se raggiro la controparte, sto compiendo un illecito che si rileva ai fini dell'art. 2043.

Questa responsabilità l'abbiamo trovata nel caso del falso rappresentante, che pone in essere un illecito che può avere effetto, un illecito pre contrattuale.

La parte che pone in essere il raggiro, secondo l'**art.1338**, deve risarcire il danno, solo quando abbia inciso in modo determinante sulla scelta di conclusione o meno del contratto. Si tratta di un dolo determinante che è stato causa del consenso, parliamo di **dolo determinante**, quando invece incide sulla volontà, nel senso di spingere a stipulare un contratto, ma di stipularlo con termini diversi, è causa di annullamento il **dolo incidente** (il contenuto diverso dalla volontà). L'art. 1340, afferma che se i raggiri non sono stati tali da determinare il contratto, questo è valido perché senza di esso sarebbe stato stipulato ugualmente a condizioni diverse. Colui che ha effettuato il raggiro, risponde dei danni → responsabilità precontrattuale. Potremmo ricondurla all'art.1337: impone alle parti nella fase delle trattative di astenersi dai comportamenti che sono contrari dalla buona fede.

Il dolo può essere determinante anche quando i raggiri arrivano da un terzo, ma con un limite rappresentato dalla necessità che gli indizi fossero noti alla parte che ne ha tratto vantaggio.

Tutti questi casi si inseriscono nella formazione della volontà. Questa disciplina la adattiamo anche agli atti unilaterali.

Per altri atti diversi dal contratto la legge contiene delle norme specifiche per la materia (testamento, affidamento, ecc.).

Nell'ambito della disciplina dei singoli contratti troviamo delle specificazione di queste norme, mentre esiste la disciplina della volontà negli altri atti a cui non si applichi direttamente.

Il vizio è causa di annullamento. **Art. 1442**: quando la nullità dipende dal vizio del consenso, la prescrizione inizia a correre a seconda del vizio: se consiste nella violenza, la prescrizione inizia a decorrere dal momento della cessazione della minaccia (quindi il momento della stipulazione del contratto, ma può essere anche successivo, come nel caso dell'estorsione).

La legittimazione ad agire è attribuita anche agli eredi e agli aventi causa, ma non da un terzo estraneo alla posizione della parte.

Questo accordo di cui parliamo è il risultato dell'incontro tra la volontà di almeno due parti (in senso sostanziale), ma emette una dichiarazione di volontà.

Da quando il contratto si forma, discendono molti diritti e doveri tra le parti, ma discendono anche conseguenze che attengono al luogo di formazione dell'accordo, come nel caso di un contratto a livello internazionale, disciplinato dal diritto internazionale. Questo è un problema complesso che può essere risolto in tanti modi diversi, come la comunicazione a distanza (attraverso mail, chiamate, messaggi, ecc.), altri hanno bisogno di un processo lungo e articolato.

Per un accordo ci vogliono due manifestazioni di volontà, che possiamo distinguerle con due nomi: proposta e accettazione. Normalmente quindi possiamo distinguere un proponente e un accettante, ma non è sempre così perché entrambe potrebbero assumere l'iniziativa.

La regola vuole che ci sia questa distinzione, quindi il legislatore considera il contratto concluso quando il contraente arriva a conoscenza dell'accettazione dell'altra parte. La regola è quella della cognizione (criterio corretto, non cognizione pura).

### Cosa significano proposta e accettazione? Quali requisiti devono avere?

L'accordo presuppone l'incontro delle volontà del proponente e dell'accettante. Proposta e accettazione sono quindi i due pilastri dell'accordo e lo ricaviamo dall'**art. 1335** che recita "presunzione l'accettazione e revoca ed ogni altra dichiarazione si reputano conosciute nel momento in cui il destinatario della stessa le riceve, nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario. Questa norma va letta alla luce dell'**art.1334**. Gli atti destinati a soggetti determinati sono atti che producono effetto nel momento in cui vengono conosciuti dal destinatario: ATTI RECETTIZI.

Ciò non vale però per l'offerta al pubblico che non prevede atto recettizio ed è proposta vincolante e non generica ma precisa.

**PROPOSTA:** l'offerta di un contratto, come un atto diretto alla conclusione del contratto. Deve avere dei requisiti essenziali: deve rivestire i requisiti che il codice richiede per la stipulazione del contratto. Deve avere:

- Un oggetto determinato o determinabile
- La causa del contratto
- Rivestire la forma che la legge richiede per quel determinato contratto (che può essere oggetto di nullità)

Può essere proposta a soggetti determinati, ma può essere proposta a più destinatari → Parliamo di offerta al pubblico → se è rivolta a un destinatario determinato, la si qualifica come un atto **recettizio**: recettizio in quanto produce i suoi effetti solo nel momento in cui il suo destinatario l'ha ricevuta e normalmente sono recettizi quelli che sia stata ricevuta dai singoli destinatari della stessa.

Se ho spedito la proposta e non è mai arrivata all'accettante è come se non l'avessi mai fatta, non ha mai prodotto i suoi effetti.

**Art.1334/1335:** ci invitano a capire i requisiti degli atti recettizi.

**ACCETTAZIONE:** L'accettazione deve avere 2 requisiti:

- **Deve essere conforme alla proposta:** deve consistere in una adesione senza riserve al contenuto della proposta perché l'accordo/consenso presuppone un incontro tra le volontà. Quando vi è variazione anche minima rispetto alla proposta siamo di fronte a dissenso. L'accettazione difforme non è priva di rilevanza perché esprime volontà. Non avrebbe senso disconoscere ad un atto rilevanza perché è come se si invertissero i ruoli fra le parti. Quello che era all'origine l'accettante rilancia una nuova proposta (controproposta). L'accettazione giunge a conoscenza del nuovo proponente.

- **Tempestività del l'accettazione:** che deve avvenire entro un termine (generalmente quello stabilito alla proposta). Qualora un termine non sia stato stabilito il legislatore interviene disponendo con norma di carattere suppletivo che debba avvenire entro il termine necessario -> **art. 1336**.

Il termine è fissato nell'interesse del proponente perché la sua funzione è evitare che lui sia svantaggiato e da questo discende la conclusione cioè se l'accettazione viene fatta oltre il termine l'accettazione è inefficace ma poiché è nell'interesse del proponente la legge rimette a lui la decisione se darle comunque efficacia o no (se accetta deve dare immediatamente avviso alla altra parte).

*Lezione del 05/04/16*

## **MOMENTO CONCLUSIVO DELL'ACCORDO**

**Art. 1326:** avviene quando proponente viene a conoscenza del l'accettazione dell'altra parte. Non in tutti gli ordinamenti è così.

Più si sposta il momento di conclusione del contratto più (4 momento ipotetici) si fa ricadere sull'accettante il rischio dell'impiego di strumenti che potrebbero non essere del tutto idonei a consentire diretta trasmissione della stessa al concludente. Bisogna quindi provare il momento in cui il proponente viene a conoscenza dell'accettazione.

Se è vero che il nostro ordinamento adotta regola favorevole al proponente perché gli consente più facilmente la prova corregge questa regola con la presunzione di coscienza -> **art. 1335:** nella seconda parte l'articolo 1335 dice che la proposta e l'accettazione e la loro revoca si reputano conosciute nel momento in cui giungono a conoscenza del destinatario (presunzione di conoscenza).

Il problema di prova, posto a carico dell'accettante, viene attenuato invertendo l'onere della prova e prevedendo che l'accettante non debba necessariamente provare la conoscenza ma gli è sufficiente provare la prova della ricezione (il momento in cui giunge la dichiarazione all'indirizzo del destinatario) perché dalla prova questo fatto si presume l'assunzione della conoscenza: se provo che hai ricevuto ho la prova che l'hai ricevuto e che l'hai letta. Questa presunzione però è relativa, non assoluta, e può essere superata se si è stato impossibilitato a venire a conoscenza della questione. Si dovrà quindi provare che è avvenuto un fatto che abbia impossibilitato il ricevente e che questo fosse un evento che non poteva prevenire e superare.

Il criterio è legato alla conoscibilità e che si dimostri che la dichiarazione sia stata ricevuta e che la dichiarazione sia riconoscibile. Il criterio è quello che consente la prova certa e lo strumento è quello della raccomandata con ricevuta di ritorno.

I mezzi di comunicazione a distanza danno più facilmente prove (es. posta elettronica certificata). Le regole di fondo sono queste a cui si aggiunge:

- **Si può revocare la proposta e l'accettazione? Se sì, fino a che punto?** Si può quando si vuole (in Germania per esempio la proposta è irrevocabile).

**L'art.1335** dice che anche la loro revoca è un atto recettizio. Se è vero significa che atto produce effetto quando giunge a conoscenza del destinatario (oblato) prima che il contratto si sia concluso perché se dopo la revoca non ha effetto.

Della revoca della proposta e accettazione si occupa anche un'altra norma che sembra dire qualcosa di diverso da quello che dice **art. 1335**, ma l'**art. 1328** per la revoca della proposta dice che questo non è un atto recettizio ma atto che produce il suo effetto per il solo fatto che sia spedito con la conseguenza che il proponente sia in una situa vantaggiosa. Chi sostiene questa tesi dice che questo favore per il proponente prevede a favore dell'accettante una tutela: se accettano è in buona fede e ha iniziato esecuzione prima della revoca il proponente è costretto a "risarcire"

Il nostro ordinamento prevede che la proposta sia revocabile però consente al proponente di qualificare la sua proposta come non revocabile.

**Se il proponente si è obbligato a non revocare la sua proposta per un determinato periodo di tempo, questa sua dichiarazione è fonte di obbligazione?** (Ovviamente non contrattuale perché non c'è ancora un contratto). NO. La proposta irrevocabile è fonte di un effetto, se lo fosse io cosa faccio? Non ho adempiuto all'obbligazione e la revoca ha effetto perché dovrò risarcire il danno.

La controparte non ha un diritto di credito, ha una posizione di diritto potestativo (diritto soggettivo che consiste nel modificare situa giuridica altrui con una dichiarazione).

La proposta irrevocabile è una scelta del proponente e la variante dice che a rendere revocabile la proposta sia un accordo tra le parti del futuro contratto.

Viene chiamato **PATTO DI OPZIONE**: patto frequente negli affari ed è un contratto che si inserisce nel procedimento di conclusione del contratto finale è in forza del quale una parte (il concedente) fa una proposta all'altra e si vincola a tenerla ferma in modo tale che la controparte possa esercitare il diritto di opzione e perfezionare il contratto. Non è tanto diversa dal contratto irrevocabile; la differenza sta nel fatto che la fonte qui è contrattuale e questo evidenzia vi è forte interesse della controparte al vincolo e si giustifica che il diritto di opzione è concesso dietro corrispettivo o può essere gratuita. Se gli effetti sono gli stessi sta nelle minori conseguenze (**artt. 1331, 1329**). Se non è stabilito il termine si può ricorrere al giudice.

### **CONTRATTO PRELIMINARE**

Si ricorre ad una separazione fra 2 atto in successione:

- 1) Ci si limita alla conclusione del contratto
- 2) Contratto definitivo (stipulato per l'adempimento del contratto preliminare).

Abbiamo un contratto con cui accordo con cui parti si obbligano a futuro contratti.

Principio consensualistico...

Principio sancitorio 1376

**Contratto traslativo**: il trasferimento è conseguenza di regola immediata del consenso legittimamente manifestato. Se l'accettazione è giunta a conoscenza del proponente si trasferisce la proprietà.

- Creare scissione fra momento del consenso e momento del trasferimento e lo si fa precedenti che il secondo contratto avvenga in seguito a quello del consenso.

Il contratto preliminare può essere simile al contesto d'opzione. Le differenze:

- **Una parte si vincola, l'altra ha diritto d'opzione**: Nel preliminare entrambe le parti si obbligano alla conclusione del contratto definitivo (bilaterale) mentre nell'opzione una parte è vincolata e una parte è libera. Il contratto preliminare unilaterale esiste e obbliga solo una parte (es. io sono obbligato a stipulare contratto se tu lo vuoi stipulare, tu sei libero io sono obbligato).
- **L'altra differenza ci consente di tenere sempre distinte due figure**: Nell'opzione non c'è obbligazione ma io ti concedo e mi metto in una posizione di soggezione La controparte non è titolare di un titolo di credito.

Il Preliminare produce effetti obbligatore, l'opzione crea posizioni di soggezione. All'opzione non si applicano le norme del preliminare. Per esempio il nostro ordinamento prevede che il contratto preliminare sia soggetto a trascrizione (in particolare contratto di vendita, permuta).

Questo consente di rendere opponibile anche ad eventuali aventi causa dalla mia controparte che abbiano acquistato prima della mia trascrizione e che abbiano trascritto l'acquisto dopo. Il problema del preliminare pone che io tengo fermo l'appalto, quando stipulo contratto preliminare, e il definitivo deve essere stipulato di qui a 3 mesi. Io acquirente diventerò proprietario solo con il contratto definitivo. Questo significa che la controparte non si è ancora spogliata della proprietà.

Nel frattempo può accadere che il proprietario venda il bene ad altri. Il proprietario da cui voglio acquistare non è più proprietario e io quindi non acquisto nulla. La legge consente di trascrivere la promessa di acquisto, anche se contratto ha effetti obbligatori.

La trascrizione mi consente di rendere opponibile in mio futuro acquisto. Questo effetto cautelare è un effetto "prenotativo".

Le norme che regolano il preliminare sono poche e una serie consistono in quelle all'**art. 2645bis o 1385??**

Norma in materia di forma **art. 1351**: La trascrizione del contratto preliminare prevede che vi sia o la forma notarile o la firma autenticata dal notaio e se non vi sono non si può procedere alla trascrizione.

Lezione del 12/04/16

Gli altri requisiti essenziali del contratto:

### **La causa:**

È un concetto che non viene definito dal legislatore e questo pone un problema di interpretazione delle norme che si riferiscono alla causa e all'oggetto. L'importanza che l'ordinamento attribuisce alla causa è molto significativa: la mancanza della causa determina l'invalidità del contratto.

Gli ordinamenti europei, essendo derivati dall'esperienza del diritto romano, tuttavia hanno significative differenze e una di queste riguarda proprio la causa → es. l'ordinamento tedesco ignora la causa.

**Quale funzione ha la causa nel nostro ordinamento?** Fa riferimento al momento funzionale del contratto, alla ragione per cui il contratto è stipulato. È un elemento funzionale e razionale → è chiaro che tutto il diritto è in funzione di tutela degli interessi, di esigenze di cui le parti sono portatrici.

La sfera degli interessi del contratto quindi, è funzionale.

Tradizionalmente il concetto di causa è stato inteso come corrispondente alla funzione **economico-sociale del contratto** (es. contratto di compravendita → la ragione che porta a quel contratto, la vendita: hanno la possibilità di scambio di cose con il denaro). Tutti i contratti che appartengono a una causa sono di un certo tipo → questa ricostruzione, pone un problema:

- **Art.1343** → la causa può essere illecita, quindi come si fa ad applicare questa norma ai contratti tipici se la causa è la funzione economico-sociale? È una contraddizione. Se tutti i contratti di un certo tipo hanno la stessa causa, a cosa ci serve la stessa causa?

E con i contratti atipici? Vi è un insieme di norme che regolano un particolare contratto.

Vi è una tesi secondo cui un legislatore parla di causa, si riferisce a quella che è la ragione concreta del contratto o la funzione economico individuale. Questo vuol dire che la causa non è più collegata al concetto di tipo, ma è l'insieme degli interessi che il contratto è diretto a realizzare. In questo modo anche un contratto tipico può avere una funzione illecita perché si possono innescare durante

lo scambio (fanno un contratto per uno scopo illecito) → il contratto è nullo per l'illiceità della causa, quindi anche il contratto tipico ha una causa.

- **Art.1344:** se noi pensiamo alla causa come una funzione economico-sociale diventa difficile capire come un contratto tipico possa essere illecito. Anche un contratto di compravendita può essere piegato dalle parti al fine di eludere una norma imperativa: es. tutela del credito a fronte di quei **patti commissori**, cioè quei patti in cui se il debitore non paga, il creditore diventi proprietario di una cosa del debitore che il debitore gli ha dato in garanzia. Questo non è consentito dall' **art. 1344**, quindi i privati hanno pensato a degli strumenti per eludere questa norma: utilizzano contratti tipici, contratto con patto di riscatto, detti anche **compromissori**, in cui il venditore A acquista il bene di B, ma B negli anni riscatta il bene e quindi A gli ricede la proprietà. Pur essendo due patti diversi, hanno lo stesso risultato economico (risultato illecito)

A partire dal **1986**, con l'**art.2744**, si dice che il contratto con patto di riscatto abbia una causa illecita → l'effetto è la condizione dell'adempimento. Quello che è un contratto tipico viene usato per eludere la norma imperativa.

C'è però un limite di rilevanza dell'interesse → il limite è presentato dai motivi, non tutti gli interessi sono costitutivi della causa concreta. Gli interessi rimangono interessi della causa, ma se l'interesse rimane soggettivo, siamo nella sfera dei motivi individuali che di per se

- **Art.1345:** il contratto è illecito quando le parti sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune a entrambe → forse il motivo è una causa concreta del contratto. Rimangono fuori gli illeciti che non siano stati oggetti del contratto o comune ad entrambi → questi aspetti comuni rimangono irrilevanti.

Per i contratti atipici esiste un'altra norma che non parla di causa, l'**art.1322- Principio dell'autonomia contrattuale:** nel caso del contratto atipico si richiede che il contratto sia diretto a mantenere degli interessi meritevoli di tutela.

Secondo l'**art. 1322:** questa norma riconosceva che anche i contratti non tipici devono corrispondere a un interesse meritevole di tutela (deve essere semplicemente lecito). Non illecito è un concetto negativo, però si può ipotizzare una strada diversa: un conto è la liceità o meno, quindi che l'interesse perseguito non debba contrastare con le norme, un conto è dire che il diritto deve essere meritevole di tutela → quindi ci sono degli interessi meritevoli di tutela e altri no e questo vale sia per i contratti tipici e i contratti atipici.

Si può chiedere che il contratto realizzi finalità meritevoli di tutela → va a comprimere l'autonomia contrattuale perché si va a chiedere che il contratto sia meritevole di tutela. Ma quale tutela? Il contratto deve perseguire finalità di interesse sociale solidaristico per alcuni, oppure per altri il contratto deve essere compatibile con un fine socialmente utile (non deve essere un interesse futile).

A volte non trovando una norma specifica, troviamo nulle determinati contratti.

I casi però esistono, ci sono situazione di pattuizioni e contratti a cui l'ordinamento ha negato la dignità basandosi sull'**art. 1322 comma 2**, cioè sull'assenza di un interesse meritevole di tutela (interesse futile, contratti che perseguono interessi contraddittori, quando non si capisce perché il contratto è stato stipulato dalle parti, quando nei contratti gratuiti è più facile ritenere che il contratto non ha alcun interesse meritevole).

### L'oggetto:

L'oggetto è regolato da diverse norme che si trovano nella sezione III, in cui vengono elencati i motivi per far sì che l'oggetto sia lecito → tutti i requisiti devono essere collegati all'oggetto.

In alcuni casi sembrerebbe che il legislatore si fosse riferito alle cose di cui il contratto programma il trasferimento, la consegna, ecc., se non che se questa affermazione fosse vera, sarebbe strano perché

avremmo una norma che afferma che la norma è un requisito del contratto e un'altra che ci dice che l'oggetto può essere una cosa futura → se il contratto è una cosa, questo contratto non è ancora valido: quindi questa affermazione non è valida.

L'oggetto quindi cos'è? Nell'articolo che regola la vendita, l'oggetto è il trasferimento della cosa, quindi si riferisce alla prestazione di trasferire e di pagare il prezzo.

La soluzione preferibile è quella di ritenere che l'oggetto siano le prestazioni contrattuali, come prestazioni dovute, se non viene stabilito, il contratto è privo di completezza, non si sa su cosa si sono accordati.

L'oggetto deve essere possibile sotto il profilo materiale e giuridico, non vi devono essere norme che ne impediscano l'esecuzione, es. se io mi impegno a trasferire una certa quantità di stupefacenti, in questo caso la norma è illecita, quindi è vietata.

L'impossibilità giuridica è un caso in cui la prestazione in se sarebbe materialmente possibile (la legge vieta, ad es. la costruzione per una serie di motivi legati all'assetto urbanistico, alla quantità di costruzione).

Si pone anche un problema di distinzione tra **oggetto illecito** e **causa illecita**: normalmente il criterio distintivo è sempre il modo in cui il legislatore pone l'illiceità della norma imperativa. se il legislatore vieta un comportamento per un tipo di prestazione, per il suo contenuto, indipendentemente dal motivo per cui la prestazione viene fatta, allora è illecito l'oggetto. Quando il divieto colpisce la prestazione o il contratto per la ragione che vuole perseguire, allora parliamo di causa illecita. È come se ci trovassimo di fronte a due norme che rispondono a domande diverse: qual è il fine che le parti perseguono? Causa illecita. Qual è la prestazione che le parti vogliono realizzare? Oggetto illecito.

### **Determinatezza:**

L'oggetto ci deve essere, è dovuto. Questa prestazione implica che io faccia tutto ciò che è necessario per l'esistenza.

Per far sì che sia determinata, bisogna impegnarsi ad una prestazione precisa, ci vogliono degli elementi determinativi, ma la legge si accontenta anche della determinabilità: fissare criteri che consentiranno la determinazione dell'oggetto → il contratto è valido perché vi è una concretezza sufficiente.

Il concetto di determinabilità va risolto caso per caso perché in alcuni casi può sorgere una controversia.

Un criterio a cui spesso si ricorre è quello di rimettere la determinazione ad altri, a un terzo → l'**arbitraggio**: ricorso a un terzo per la determinazione dell'elemento del contratto, purché vi sia un accordo nel contratto. È un criterio di determinazione e il codice civile regola questa figura nell'**art. 1349** distinguendo due ipotesi che sono distinte a seconda dei poteri che le parti conferiscono al terzo arbitratore:

1. Tu determini l'oggetto, ma ti attieni a un criterio di **equo apprezzamento**: Si può impugnare se erranea. Se il terzo non compie la determinazione, le parti possono ricorrere al giudice, quindi il contratto non sarà nullo per la determinatezza del soggetto
2. Se si sono affidate al mero arbitrio del terzo, senza porre limiti al suo potere, le parti devono trovare un modo per sostituire il terzo → non dandogli dei limiti significa che può anche non essere equo, quindi il contratto è nullo se non trovano un nuovo arbitratore per compiere la determinazione basata sull'equo apprezzamento

L'arbitrato presuppone una lite, mentre l'arbitraggio no, vogliono semplicemente l'intervento di un terzo per determinare alcuni elementi non precisati.

Lezione del 13/04/16

Effetti del contratto:

**Art. 1372:** disciplina degli effetti del contratto → il contratto ha forza di legge tra le parti. Indica il riconoscimento alle parti il potere di poter dettare ai privati attraverso il contratto delle regole vincolanti: hanno un'autonomia contrattuali. L'ordinamento attribuisce a queste norme valore giuridico.

La regola ci indica che il contratto, nel momento in cui si costituisce, produce un effetto di vincolo tra le parti. Il rapporto contrattuale è il vincolo che intercorre tra le parti e contiene l'effetto di vincolatività → non vi si possono sottrarre unilateralmente.

Infatti, l'**art.1372** chiarisce che il contratto non può essere sciolto che per **mutuo consenso** o per **cause ammesse dalla legge**. Il contratto è come atto e come rapporto tra le parte → è il rapporto che non può essere sciolto. Il concetto di atto è un concetto statico che attiene a un momento iniziale, mentre il rapporto è un momento dinamico.

In alcuni casi **gli effetti si esauriscono nello stesso momento** → Es. donazione: nella donazione, l'effetto traslativo si produce nel momento del consenso (atto) e se il bene viene consegnato (rapporto) nel momento in cui firma l'atto, il rapporto e l'atto si esauriscono nello stesso momento.

In altri casi invece, **passa del tempo tra l'esaurirsi dei due effetti**: si tratta dell'**esecuzione prolungata** → Es. appalto: A deve restaurare il palazzo del Comune (contratto si esaurisce), però ci vuole del tempo prima che il palazzo sia restaurato (rapporto), tipo un mese.

Il contratto può anche essere non solo a esecuzione prolungata, ma il tempo può essere necessario per rispondere all'interesse delle parti perché se la prestazione fosse istantanea non realizzerebbe l'interesse di almeno una delle parti, ma spesso sono tutti e due. Si tratta di:

- **Contratti di durata:** es. **Acquisto di un'auto** → il trasferimento del bene avviene in un'unica soluzione, mentre il pagamento avviene a rate
- **Contratti a esecuzione periodica:** Es. **fornitura** → una parte si obbliga a trasferire all'altra una quantità di cose in più momenti che si susseguono nel tempo. Questo contratto, nella periodicità della prestazione è essenziale per soddisfare l'interesse della controparte. Anche il pagamento sarà periodico, proprio come la consegna.
- **Contratti a esecuzione continuata:** Es. **Energia Elettrica** → Ciascuna delle prestazioni che viene effettuata soddisfa l'interesse debitorio.

Negli ultimi due casi, gli eventi che vanno a coincidere con la durata del contratto, non coincidono con le prestazioni già eseguiti.

**DIFFERENZA TRA CONTRATTI DI DURATA E CONTRATTI A ESECUZIONE CONTINUA O PERIODICA:** al venditore quando trasferisce la proprietà vuole l'intero prezzo, non solo una parte. Quindi è vero che abbiamo il frazionamento della somma è solo una modalità nei contratti a esecuzione continua/periodica. Mentre nei contratti di durata si può frazionare il contratto, ma rimane ciò che è già avvenuto.

L'**art.1372** in riferimento allo scioglimento, quindi, si riferisce al rapporto giuridico, non all'atto, l'atto si scioglie solo se nullo o annullabile, ma anche in questo caso la pronuncia di nullità o annullamento produce i suoi effetti sull'efficacia del rapporto.

**Mutuo Consenso:** è un atto volto a risolvere un precedente contratto.

**Cause ammesse dalla legge:** non è permesso dall'articolo lo scioglimento unilaterale, tuttavia le parti possono concedersi il diritto di recedere unilateralmente dal contratto → si attribuiscono un potere potestativo di recesso. La legge pone comunque due limiti che riguardano i contratti con esecuzione istantanea: il recesso delle parti può essere esercitato in tanto che il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione → in questo caso non si può più recedere perché una parte ha già avuto la propria

prestazione, mentre l'altra no. Nei contratti di durata, invece, le prestazioni vengono eseguite nel tempo e ciascuna di queste ha effetto per l'interesse delle parti, anche se frazionato: ammesso dall'art. 1373.

Per il recesso può essere richiesto anche un corrispettivo, è un vantaggio che si attribuisce a una parte e questo vantaggio può avere un corso, quindi sono frequenti clausole contrattuali che richiedono un corrispettivo, **multa penitenziale**: non viene pagata subito, ma solo in causa di recesso.

Una variante è quella che prevede sin dall'inizio che la parte, che può esercitare il regresso, versi all'altra una somma di denaro, **caparra penitenziale**.

Esistono diversi tipi di caparra che vanno distinte tra loro:

- **Caparra penitenziale - Art.1386**: viene pagata subito e se ci sarà recesso colui che ha versato la somma di denaro
- la perde, se invece è l'altra parte a ricevere la caparra a recede, dovrà restituire il doppio della somma ricevuta nel momento in cui recede.
- **Caparra confirmatoria - Art.1385**: presenta lo stesso meccanismo, ma viene collegato non al recesso che le parti si sono concesse, ma viene ricollegata all'inadempimento. È ricollegata alla **Risoluzione** nel caso in cui l'altro risulti inadempimento. Qui la caparra non è il corrispettivo del recesso, è legato al valore del danno che ricevo in conseguenza dell'inadempimento. La caparra è una sorta di garanzia dell'adempimento, rafforza il vincolo, se io so che perdo la mia somma in caso di inadempimento è più probabile che io non sia inadempiente. È un meccanismo che permette di predeterminare il danno derivante dall'inadempimento, permettendogli anche di procedere legalmente per avere altri risarcimenti
- **Clausola penale - Artt.1382,1383,1384**: in caso di inadempimento una parte è tenuto a sottoporre una prestazione predeterminata a titolo di risarcimento del danno e limita il risarcimento a quella prestazione predeterminata (non ha bisogno di provare il danno effettivo che potrebbe essere minore o superiore). Nel caso in cui la penale risulti eccessivo, già inizialmente, rispetto alla prestazione, si può chiedere al giudice una riduzione in via equitativa della penale. L'effetto punitivo è evitato dal legislatore.

Il Recesso può essere:

- Concesso dalle parti → caparra confirmatoria
- Concesso dalla legge

Il Recesso è normalmente previsto dalla legge in tutti i contratti che hanno una durata temporale oppure quando il contratto non ha un termine prestabilito, a tempo indefinito. Un'obbligazione indica una compressione della volontà dell'imprenditore non determinabile all'origine, quindi in molti casi il legislatore pone un termine, negli altri casi le parti invece possono recedere liberamente dal contratto.

Ci sono numerosi alcuni casi in cui la legge prevede il recesso a determinate condizioni, come ad es. la giusta causa: a queste si è aggiunto il **recesso dei contratti dei consumatori**.

A partire al 1985, sono state inserite nel nostro ordinamento una serie di ipotesi di contratto tra consumatore e professionista, la possibilità del consumatore di recedere dal contratto, nel caso in cui la trattativa avvenga a distanza oppure quando sono stipulati fuori dalla sede del professionista, ha tempo di recedere senza penalità entro 14 giorni.

Il recesso in questo caso da al consumatore, parte debole del rapporto (non ha visto la merce oppure perché è stato preso di sorpresa e non ha avuto il tempo di riflettere), riguarda al perfezionamento del contratto. È una sorta di revoca dell'accettazione, solo che il contratto qui è già stato firmato.

Il contratto che ha forza di legge tra le parti significa anche che produce effetto solo tra le parti, è formato da un'autonomia: **art.1372 comma 2** → il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, che nei casi previsti dalla legge.

Il caso principale di efficacia diretta (e non riflessa: i terzi devono rispettare il contratto) del contratto verso i terzi (**art.1411 ss.**): il terzo acquista il diritto alla prestazione → Es. io ti vendo l'immobile e il prezzo lo paghi a mio figlio che è terzo rispetto al contratto, ma è beneficiario dell'effetto del contratto. Questo è ammesso dalla legge entro certi limiti perché il terzo acquista un vantaggio, non diventa obbligato, quindi è un contratto a favore e non a carico del terzo. Non c'è necessità di proteggere i terzi, certo è che anche un effetto favorevole può alterare gli interessi del beneficiario, infatti il terzo può rifiutare l'effetto.

Il principio dell'ordinamento è che il contratto non può produrre effetti sfavorevoli al terzo, ma può produrre effetti favorevoli, salvo la volontà del rifiuto.

Lo stipulante, la parte del contratto che rinuncia alla prestazione in proprio favore a favore del terzo, ha un interesse nel farlo → esempio di prima: il padre vuole donare il denaro al figlio realizzando una donazione indiretta.

Lezione del 18/04/16

Efficacia del contratto nei confronti dei terzi

Se il contratto è idoneo a produrre effetti, le parti possono decidere di far valere i propri vantaggi nei confronti di terzi e ciò che si tratti di applicazione di un principio generale.

Il contratto può produrre effetti verso i terzi perché siano favorevoli e purché questo abbia la possibilità di respingere il vantaggio → non gli si chiede il consenso, ma gli si lascia la possibilità di decidere.

Nel **contratto a favore di terzi**, il contratto produce effetto verso il terzo e le parti (sostanziali e formali), senza un suo atto di volontà, di accettazione. La simulazione richiede un interesse dello stipulante, cioè l'interesse di colui che consente di deviare la prestazione a nome del terzo soggetto.

Interesse dello stipulante: attraverso questo contratto, lo stipulante realizza una finalità propria per avvantaggiare il terzo per molte motivazioni. Così il contratto ha una sua causa indebita, ma gli si attribuisce anche un'attribuzione a favore del terzo, quindi abbiamo solo due tipi di contratti:

- **La Compravendita**
- **La Disposizione a favore del terzo**: è un atto di liberalità e un modo alternativo per ovviare a una donazione.

Il contratto tra i terzi può essere utilizzato per estinguere un debito. Il generale ha una funzione economica che elimina almeno un atto.

Il fatto che non sia necessaria l'accettazione da parte del terzo non vuol dire che non sia possibile. Questa eventuale accettazione rende irrevocabile l'accettazione da parte dei terzi.

Finché il terzo non accetta, il contratto può essere revocato, sia perché il terzo può decidere di non accettare più, mentre il beneficiario può non volere più che si interponga un terzo.

**Cosa succede se viene revocato?** Di regola la prestazione rimane in favore dello stipulante, sempre che non risulti che lo stipulante non avesse una prestazione.

Qui parliamo sempre di contratto a favore di terzi, terzo che non è parte del contratto, lui beneficia solo gli effetti del contratto. Egli non diviene parte anche se acquista un effetto perché parte in senso sostanziale è colui che stipula il contratto.

Il fatto che il terzo non sia parte del contratto significa che i rimedi potranno essere solo quelli posti a tutela del credito (Es. se il debitore non adempie, il terzo può chiedere l'adempimento perché è titolare del diritto di credito).

Il terzo in quanto tale può decidere di accettare i rimedi contrattuali, quelli che sono posti a tutela del vantaggio del terzo, come la risoluzione per inadempimento → la risoluzione del contratto o il terzo potranno chiedere la risoluzione del contratto.

Non va confuso il **contratto a favore di terzi** con la **cessione del contratto**: i contratti si possono cedere, alienare con la conseguenza di determinare l'ingresso di un nuovo contraente come titolare del rapporto contrattuale. Con la cessione contrattuale si cede il rapporto e si fa modo che il concessionario entri nella posizione contrattuale del cedente.

Il terzo è sin dall'origine terzo nel contratto a favore di terzi, nella cessione il terzo diventa parte del contratto in senso sostanziale. La cessione di contratto indica l'acquisto di una situazione giuridica, chiede sempre il consenso del cessionario → è un contratto di trasferimento.

**Art.1406 e ss.:** Il consenso è richiesto anche alla controparte ceduta perché comportando una sostituzione della controparte, per il debitore ceduto non è indifferente. Il consenso può essere prestato anche in via preventiva (durante la stipulazione del contratto autorizzano la cessione in qualsiasi momento). Questo è possibile solo per i contratti di durata o istantaneo, solo prima che avvenga la prestazione.

**Subcontratto:** si menziona la possibilità di qualche norma per vietare il subcontratto. È possibile che il contratto di locazione sia ceduto a un terzo e seguirà la disciplina della cessione del contratto (il terzo diventa locatario). Nel subcontratto, invece, il locatario stipula il contratto con il terzo in virtù del quale subloca il bene, senza avere alcun contratto con il primo locatario.

Si realizza un collegamento contrattuale unilaterale perché il locatario potrebbe non sapere della sublocazione.

Un'altra ipotesi da esaminare è quella del **contratto per persona da nominare**: si ha nei casi in cui la parte si riserva la possibilità di nominare in un momento successivo la persona che diventerà parte del contratto, con la conseguenza che nel momento in cui verrà nominata la persona, questa subentrerà come parte del contratto stesso.

Questa figura presenta **analogie con la cessione del contratto** → la differenza è che nella cessione del contratto il contratto esiste già e il contraente cede la sua posizione al terzo che subentra successivamente, dal momento della cessione. Nel contratto per persona da nominare, il contratto ha effetto retroattivo: la persona nominata diventa parte del contratto come se lo fosse stato sin dall'inizio.

Si parla di nomina per scelta della persona interessata, naturalmente per avere effetto deve essere accompagnata dall'accettazione della persona da nominare con la dichiarazione che agisce in nome e per conto della persona nominata. L'origine qui è percepibile nella regola → la dichiarazione di nomina deve avvenire entro 3 giorni, salvo che le parti non dispongano diversamente.

Il contratto preliminare per l'acquisto di nomina spesso è un contratto su persona da nominare per consentire di individuare la persona effettivamente interessata.

La differenza con il contratto a favore di terzi è lo stesso della cessione, il terzo diventa parte del contratto. Se non avviene la nomina, se il terzo non dovesse subentrare, il contratto produce comunque i suoi debiti.

Parlando di efficacia:

Partiamo dall'**art. 1372**: non può essere sciolto se non per legge. Il contratto può sciogliersi, quando vi sia un evento sopravvenuto che incide sulla realizzabilità della funzione stessa del contratto.

Il concetto tecnico di risoluzione, si riferisce all'istituto dei **contratti a prestazioni corrispettive**; consente lo scioglimento del contratto in presenza di un evento sopravvenuto che incida sulla realizzazione della causa del contratto.

Questi contratti sono caratterizzati da una relazione di interdipendenza reciproca → le parti sono obbligate a prestazioni che sono interdipendenti tra loro. Si usa il termine **sinallagma** per indicare il legame di interdipendenza e reciprocità.

**Cosa significa interdipendenza e reciprocità?** Ciascuna obbligazione che ha quella prestazione ad oggetto, trova la sua ragione di esistere nella prestazione reciproca, il corrispettivo. Se noi guardiamo il momento dinamico, qualsiasi evento che dovesse recidere il rapporto di reciprocità, diviene rilevante per l'esistenza stessa del rapporto → è possibile sciogliere il rapporto contrattuale attraverso la **risoluzione** (consente di tener conto dei vizi sopravvenuti del sinallagma che va ad alterare il rapporto tra le prestazioni).

La legge da rilievo a 3 tipologie di eventi:

- Inadempimento di un'obbligazione prevista a carico delle parti
- Impossibilità sopravvenuta di una delle prestazioni per causa non imputabile a una delle parti
- Una prestazione è eccessivamente onerosa rispetto all'altra

Non in tutte queste ipotesi si arriva alla **risoluzione** → si ci arriva solo in caso di **impossibilità sopravvenuta**. **Perché?** Perché l'impossibilità di una delle prestazioni per causa non imputabile al debitore, determina l'estinzione del rapporto da parte del debitore (non è l'unico modo di estinzione del rapporto).

dato che una è impossibile, si risolve anche l'altra perché si scioglie il contratto.

La risoluzione per impossibilità sopravvenuta è un effetto automatico che si estingue solo per accertare la venuta estinzione del rapporto contrattuale. La sentenza del giudice in questi casi è una sentenza dichiarativa che costituisce l'efficacia del contratto. L'impossibilità ovviamente deve essere sopravvenuta, oggettiva (prescinde dalla posizione del debitore).

Le altre due ipotesi di risoluzioni sono ipotesi eventuali:

**Inadempimento:** è uno dei modi per arrivare alla risoluzione → **se una parte del contratto è inadempiente cosa succede?** Ci sono **due inadempimenti**: inadempimento per l'obbligazione oppure inadempimento del contratto. Questo inadempimento da origine all'impiego di tutti i rimedi che la legge impone, che può derivare da fatti leciti o illeciti. La risoluzione è rimedio contrattuale perché mi sto tutelando contro l'altrui inadempimento con lo scioglimento del rapporto contrattuale. Ha senso in un contratto a prestazioni corrispettive. La risoluzione non è l'unico rimedio, anche perché ha un effetto demolitorio. Esistono rimedi di natura **demolitoria**, ma anche di natura **conservativa** che mantengono vivo il contratto → la conservazione può rispondere anche a un interesse dell'economia oltre a quella delle parti.

Il primo rimedio è proprio la domanda di adempimento (criterio conservativo volto a richiedere l'adempimento) e il secondo rimedio è l'eccezione di inadempimento (dico alla controparte che lui risulta inadempiente e quindi sospendo il mio adempimento).

**Buona fede:** risponde a una visione operativa del rapporto contrattuale.

Domanda di adempimento ed eccezione di adempimento non fanno cadere il contratto.

Io posso richiedere quindi sia la domanda di adempimento che la domanda di risoluzione, salvo il risarcimento del danno (se io chiedo la risoluzione chiedo il risarcimento del danno dovuto dalla risoluzione del contratto: Es. devo fornirmi da chi mi fa pagare di più) → viene disciplinato dall'**art.1453**: pone una

regola di ordine temporale e logica. La parte ha una limitata possibilità di ripensamento: se chiedo l'adempimento posso chiedere dopo la risoluzione, se chiedo la risoluzione non posso chiedere l'adempimento perché la controparte può fare affidamento che la parte non ha più interesse alla prestazione.

La **risoluzione per inadempimento** può essere richiesta giuridicamente, a patto che:

- L'inadempimento sia imputabile al debitore se non dipende tutto da una causa di possibilità sopravvenuta imputabile.
- Inadempimento di non scarsa importanza oltre all'interesse del debitore: se per l'interesse del debitore l'inadempimento pregiudica l'interesse del debitore.

La risoluzione si può ottenere non solo per via giudiziale, ma può essere una risoluzione extragiudiziale:

1. **Risoluzione per diffida ad adempiere**: se io voglio ottenere la risoluzione senza ricorrere al giudice, posso attivare un procedimento che porta alla risoluzione diffidando la controparte all'adempimento (intimidire la parte da adempiere) con la clausola che se la parte non adempie, il contratto si intende risolto, può sembrare una risoluzione legata ad un termine, si parla attraverso un procedimento conservativo. Il termine ovviamente deve essere congruo e superiore ai 15 giorni. Scaduto il termine il contratto si risolve di diritto
2. **Clausola risolutiva espressa**: è una clausola che viene inserita nel contratto ed è la clausola con cui le parti prevedono che in caso di inadempimento il contratto si risolva. In questo caso, se vi è l'inadempimento il contratto si risolve solo se la parte prende l'iniziativa → dichiara di avvalersi della clausola. Qui la clausola attribuisce alla parte il recesso che opera solo in caso di inadempimento, però deve essere esercitato perché magari la parte non vuole risolvere il contratto.
3. **Risoluzione per scadenza del termine essenziale**: la scadenza del termine senza l'esecuzione della prestazione determina la risoluzione del contratto → dipende dal fatto che il termine è essenziale, scaduto il quale la prestazione non serve più alla parte (es. abito da sposa consegnato dopo il matrimonio). Qui non è necessaria l'iniziativa della parte: se entro 3 giorni non interviene la parte creditrice del contratto a dire che vuole che avvenga comunque la prestazione, il contratto si risolve.

Lezione del 19/04/16

Programma pre-appello: 1,2,3,4, 12 (401-416)

La **risoluzione** può essere ottenuta anche per l'eccessiva onerosità sopravvenuta. Ci troviamo in un'ipotesi di squilibrio della prestazione. Il rimedio in questo caso è la **Rescissione** → si colloca sullo stesso piano della nullità o dell'annullabilità.

La **Rescissione**, è un vizio generico del contratto. Il tipo di invalidità attiene all'iniquità del contratto: un assetto regolamentare del contratto a carico di una parte o a favore dell'altra che risulta iniquo.

Nel nostro ordinamento, secondo la configurazione che il legislatore ha dato al contratto, il contratto non deve essere equo. Il rapporto tra le prestazioni è rimesso alla scelta delle parti secondo criteri di mercato. L'ordinamento interviene quando questo rapporto è significativamente squilibrato e iniquo, ma l'iniquità deve essere il frutto di un comportamento di una parte nei confronti dell'altra.

**Casi di rescissione**: La rescissione in entrambi i casi richiede una situazione di squilibrio particolarmente rilevante.

1. **Caso di pericolo**: è una situazione in cui il soggetto è indotto a contrarre per salvare se o altri da un pericolo. Se il pericolo fosse creato dalla controparte si parlerebbe di annullamento, mentre qui si tratta di un pericolo oggettivo dato dal fatto che se non concludo il contratto sono in pericolo. Qui lo squilibrio riguarda la mera iniquità.

È necessario che la situazione di pericolo sia nota alla controparte (**elemento soggettivo**), quindi la mala fede della controparte, si tratta di una situazione di abuso, quindi questa richiede un elemento soggettivo meno forte.

Questi casi non sono molto frequenti.

2. **Caso di bisogno**: è la situazione in cui versa colui che non è in grado di soddisfare un bisogno economico importante con le proprie capacità. Qui lo squilibrio deve riguardare l'iniquità qualificata, deve raggiungere una determinata soglia (una prestazione deve essere almeno il doppio dell'altra).

Il fattore soggettivo è rappresentato dall'approfittamento dello stato di bisogno, quindi chiede un presupposto soggettivo molto forte, limitando anche ai casi.

Questa è molto più frequente: prestiti da usurai → esiste una disciplina precisa dell'usura che riguarda il contratto di **mutuo**. Molti casi di rescissione, quindi sono disciplinati dal mutuo oneroso.

**Mutuo oneroso** → **art.1815 c.c. comma 2**: se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi.

Caratteristiche:

1. **Obbligazioni pecuniario**: *Frutto Civile* → sono intesi come somme a cui si ha diritti, crediti, che maturano in favore di chi ha concesso un capitale da colui che ha avuto in godimento le somme di denaro.
2. **Obbligazioni accessorie**: sono collegati all'esistenza di un credito principale e viene meno se viene meno l'obbligazione principale.
3. **Dovute in proporzione alla somma del capitale**: vi è una percentuale rispetto al capitale.
4. **Somme dovute periodicamente**: sono obbligazioni si durata che si adempiono con una pluralità di atti esecutivi che si succedono a intervalli periodici di tempo.

Maturano gli interessi in ragione del tempo: Vi è un tasso soglia attraversato il quale si parla di usura. Questa soglia non è stabilita, ma è stabilito il criterio per calcolarlo, superato il tasso che in quel momento storico è considerato usuraio, si applica il **comma 2 art. 1815**.

Una regola di salvaguardia del mutuatario è il fatto che secondo l'**art. 1815 comma 2**, la sola clausola degli interessi è nulla, non il mutuo, è come se fosse un mutuo a interesse gratuito. Questa regola è punitiva, non ripristina il rapporto non lo rende equo, anzi è vantaggioso per il mutuante.

L'usura quindi viene sottratta alla disciplina della rescissione. Nella riforma dell'usura, questa non è stata resa automatica, ma si considera anche reato di usura anche quando sia inferiore al tasso soglia oppure nei casi in cui non sia costituito da un tasso di interesse per quel determinato mutuo (% non determinabile).

Quindi si applica:

- **L'art. 1815 comma 2**: se il tasso è superiore o inferiore, ma significativo, alla soglia.
- **Disciplina della rescissione**: se il mutuo non è rappresentato da interessi ma è presente l'usura, siamo davanti a un contratto che richiede un rimedio molto più blando della nullità: la nullità è un'invalidità genetica del contratto. La rescissione richiede: la prova dello stato di bisogno, la prova dell'approfittamento, la prova di un livello di squilibrio, non è inefficace all'origine, l'azione di rescissione si prescrive in 1 anno, salvo che non costituisca reato (si applica l'**art. 1947 comma ultimo**: prevede che la prescrizione civile si adegui a quella del reato).  
La **legge del 1986** da sempre importanza a un eventuale squilibrio.

Fin qui lo squilibrio originario

**Squilibrio sopravvenuto:** mutamento delle condizioni di mercato → sono quel terreno in cui si innesta il singolo negozio. Se mutano le prestazioni possono risultare più o meno onerose. In un contratto che dura nel tempo (non per forza di durata) è possibile che mutino le condizioni generali del mercato. Il mutamento può essere tale da essere esorbitante rispetto ai rischi che le parti si aspettavano dall'inizio ed era imprevedibile, allora si impone un'esigenza di salvaguardia dell'equilibrio del contratto. (Es. si è stabilito che da 100 devo restituire 120, poi dopo due anni interviene un evento imprevedibile e dovrà ridare molto di più, allora si prende il rapporto tra 100 e 120 per capire qual è la giusta equità).

Questi eventi straordinari e imprevedibili, sono estranei alle parti come guerre, gli eventi naturali/umani e gli eventi di tipo giuridico (il provvedimento normativo: es. embargo).

Il rimedio è la risoluzione in via giudiziale: è un provvedimento che accerta i presupposti e dichiara il contratto inefficace.

La risoluzione per eccessiva onerosità, al pari della rescissione, non si applica ai **contratti aleatori**: sono quei contratti in cui il rischio non è una semplice variabile del contratto che le parti accettano di sopportare reciprocamente, ma è un elemento della clausola del contratto, per cui almeno una prestazione delle due parti è incerta → è elemento essenziale del contratto, è come se le parti giocassero accettando il rischio che la propria prestazione possa essere più o meno onerosa (es. assicurazione: il soggetto assicurato paga un premio che potrebbe non trovare alcuna compensazione di tipo economico, ma potrebbe anche essere integrata a causa di un grave sinistro).

Se viene venduta la **speranza** che venga a esistenza la cosa: A dà a B 500 € per andare a pesca, se ad A va bene può avere 1000 € di pesce, se gli va male può non averne neanche una.

Poiché il rischio è determinante nei contratti aleatori, eventi straordinari e imprevedibili che siano concretizzazione di quel rischio non possono portare alla **risoluzione** del contratto, perché era parte fondamentale del contratto, quindi lo stesso vale anche per la rescissione.

L'alea non copre tutti i rischi, ma solo quelli su cui hanno concordato, quindi la rescissione si può applicare se l'evento straordinario e imprevedibile riguarda un rischio diverso.

### Quali sono gli effetti della risoluzione per tutti e tre i casi?

La regola è analoga al caso del recesso: nei contratti a esecuzione istantanea o di durata, la risoluzione ha effetto retroattivo, scioglie il contratto ora per allora, ciò che viene meno è il rapporto che ha causato le prestazioni reciproche. La retroattività implica che le prestazioni già eseguite perdono la loro ragione giustificative, erano dovute ma non lo sono più. Il senso della risoluzione ai contratti non di durata è quello di ripristinare la situazione che si sarebbe verificata se non si fosse svolto il contratto → istituto della ripetizione dell'indebito: istituto in forza del quale colui che ha eseguito una prestazione non dovuta, è tenuto a ripeterla restituendola a colui che l'aveva eseguita.

Sia l'indebito che l'arricchimento ingiustificato sono fonti dell'obbligazione di restituire la prestazione eseguita o rindennizzare la persona impoverita della prestazione.

Nei casi di contratti di durata, lo scioglimento del contratto opera solo dal momento in cui la risoluzione avviene, quindi non è retroattiva, anche se si tratta di interessi tra le parti.

La retroattività vale **solo tra le parti** (tranne nel caso della durata): la risoluzione non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi in deroga al principio generale in cui l'avente causa perde il suo acquisto, mentre non vale nel caso di risoluzione per inadempimento, vale nel caso di nullità e in alcuni casi anche per l'annullamento.

Quando le parti hanno previsto una **condizione risolutiva** il discorso è diverso: una condizione è l'evento futuro e incerto su cui le parti fanno affidamento per la stipulazione del contratto.

Es. A vende la casa a B se si trasferisce a Milano, dopo 2 mesi dal trasferimento A ritorna a Verona, quindi l'evento non si è verificato e B però ha già venduto la casa → qui vi sarà una risoluzione per inadempimento che può essere fatta valere in via extra giudiziale (**art. 1458**), ma comunque una risoluzione per inadempimento.

Invece se il trasferimento di A non avviene mai, qui è stata pattuita una condizione risolutiva, non una clausola risolutiva espressa. La risoluzione avviene per l'applicazione della condizione, quindi non segue la regola dell'**art.1458**, ma la **regola della retroattività reale**, opponibile ai terzi.

Se B trasferisce l'immobile, C che acquista, acquista un diritto sottoposto a condizione risolutiva e che quindi potrebbe venire meno il suo acquisto.

Bisogna distinguere gli **effetti** della **risoluzione** per **inadempimento**, per **eccessiva onerosità** o per **impossibilità sopravvenuta** (effetti retroattivi non verso i terzi), dagli **effetti** dell'**avvenimento** di una **condizione risolutiva** (effetti retroattivi reati che si producono anche a sfavore dei terzi).

**Se quindi è diverso l'effetto della condizione risolutiva in questi due casi, potrebbero le parti al posto di prevedere una clausola risolutiva espressa, disporre di una condizione risolutiva per l'inadempimento?**

A questa domanda la dottrina ha ammesso che ci possa essere accanto alla clausola risolutiva espressa, ci possa essere anche una condizione risolutiva in cui le parti stabiliscono che il contratto si risolve per inadempimento.

Lezione del 20/04/16

## **DIRITTO DI FAMIGLIA**

La famiglia viene richiamata come oggetto di riconoscimento già nell'**Art. 29 Cost.:** "riconoscimento della famiglia come società basata sul matrimonio".

La famiglia può essere intesa come nucleare formata da una coppia e qualora vi siano dai figli. Si fonda su un'intimità affettiva, morale e fisica e che si costruisce intorno ad una reciproca solidarietà e lega coppia e genitori e figli. Il nostro ordinamento però definisce famiglia anche tutti coloro che sono vincolati da vincoli di discendenza di sangue o dalla legge.

Assume rilievo il concetto di parentela che diviene fondamento per l'attribuzione di diritto e doveri. Quindi abbiamo concetto di famiglia ristretto e concetto di famiglia "allargato" ai fini ad esempio della successione legittima. Ai fini della individuazione degli eredi necessari il riferimento è ad un gruppo di parenti più ristretto di quello al 6 grado ma più ampio della famiglia nucleare.

### **Gli eredi necessari sono:**

- Discendenti
- Ascendenti: in mancanza di figli (genitori, nonni e avi)
- Coniuge

In altri contesti si considera concetto di famiglia qualificato da una circostanza di fatto; in altri ad una attività di lavoro "impresa familiare". L'**art. 230 bis** disciplina l'impresa familiare e fa riferimento ad un concetto di famiglia più esteso della famiglia nucleare.

Accanto alla famiglia nucleare esiste (da sempre) una famiglia che si costituisce al I fiori di una formalizzazione esteriore del vincolo e nella realtà attraverso la fattuale convivenza stabile → **Convivenza**

**di Fatto o CONVIVENZA MORE UXORIO** ed è caratterizzata dal comportamento dei partecipanti ad avere il contenuto corrispondente a quello che ritroviamo nel matrimonio.

Il nostro ordinamento non ha una disciplina per le famiglie di fatto ma il concetto di famiglia in realtà comprende anche questa tipologia di convivenza. Anche queste unità rappresentano o in esse vi troviamo gli elementi di un nucleo familiare dati da una comunità stabile, dovremo le di vita, onnicomprensiva e potenzialmente aperta alla procreazione. Non c'è atto formale. L'**art. 2** riconosce in un certo senso la convivenza di fatto perché uomo si può sviluppare anche nelle convivenze e non solo nel matrimonio. È un diverso tipo di stabilità ma è comunque considerata stabile.

Fino ad oggi **NON vi è una DISCIPLINA** per le convivenze di fatto, che continuano a trovare il loro fondamento non in un atto formale parificandole al patrimonio ma nel fatto della convivenza. La riforma non porterà con un surrogato del matrimonio ma di un fenomeno che già esiste: già oggi la famiglia di fatto è riconosciuta come fonte di una serie di conseguenze giuridiche. Negli anni interventi hanno costruito un insieme di previsioni che costituiscono una sorta di norma perché vi sarà riconoscimento di quello che accade oggi. **Allora per lo stato attuale, quali sono i riconoscimenti?** Vi è un orientamento che riconosce come le prestazioni di mantenimento. Convivente più forte e convivente più debole le sono sotto osservazione. In una convivenza no obbligazioni di mantenimento e quindi soldi prestandoli così.

**OBBLIGAZIONI NATURALI:** Non dovute Secondo l'ordinamento civile → Può essere qualificata come un dovere morale e o sociale. Non trasforma questi in debiti ma nella prestazione di questi doveri un atto meritevole. L'attuazione spontanea di doveri deve e viene ad esserci tutela da parte dell'ordinamento.

**Art.2034.**

Sul piano del riconoscimento del Danno: in caso di omicidio viene dato un assegno al convivente → Ciascun coniuge è obbligato al mantenimento.

**Legge 1978** prevede che il convivente succede. La corte costituzionale nel 1988 ha esteso successione anche al convivente. L'unica interpretazione intelligente estende la norma. Anche l'impresa familiare è dalla giurisprudenza estesa anche ai conviventi di fatto.

L'istituto della adozione di minori richiede come presupposto fra i vari che il minore si trovi in stato di abbandono morale e materiale.

Dal punto di vista normativo sono rilevanti: **abusi di famiglia** (si applica anche alle conseguenze di fatto). L'**Art. 342 bis** fa riferimento al coniuge o qualunque altro convivente.

Infine l'altro riconoscimento attiene alla **legge 40 del 2004** ammette l'appropriazione delle tecniche medicalmente assistite anche alle coppie conviventi e riconosce anche alle coppie conviventi. Vi sono poi riconoscimenti di vario tipo.

Inoltre si riconosce la validità di Patti, accordi volti a regolare gli acquisti. Non essendoci una norma è indice della individuazione di un interesse meritevole di tutela. Contratto spiccicare purché di tutela.

Tutte queste sono conseguenze del riconoscimento della convivenza di fatto! Nei limiti in cui abbiano carattere di continuità.

Il disegno veicolare approvato dal senato e in discussione nella camera di deputati.

Quello che oggi è il comma 36 definisce come conviventi 2 persone maggiorenni uniti da legame di coppia.

**I diritti che discendono dalla convivenza di fatto:**

- Di visita in caso di ricovero

- Designarsi reciprocamente come coloro che prendono decisione
- Diritto di continuare ad abitare nella casa di convivenza per 2 anni o per un periodo pari alla convivenza, ma comunque non superiore a 5 anni.
- In caso di morte del conduttore nel contratto della casa il compagno può sostituirlo nel contratto
- **Art. 230 ter:** fra i compartecipi dell'impresa familiare anche il convivente more uxorio.
- Rilevanza e possibilità di adottare contratti di convivenza nel quale possono prevedere una serie di conseguenze. Ci troviamo di fronte a contratto di convivenza tipico e non più atipico.

Queste convivenze rimangono di fatto e hanno come elemento costitutivo il fatto obiettivo in modo stabile e continuativo. Manca riferimento certo per stabilire quando convivenza si dia stabilità. **Come si dimostra di essere conviventi se non c'è un atto formale? La stabilità in cosa consiste?** Viene richiamata norma del **decreto del presidente della repubblica del 1989 n. 323** e si riferisce alle dichiarazioni anagrafiche: Il comma 37 dice che si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica che viene fatta dalla coppia e che poi viene importata. **Se dichiarano il falso?**

Rispetto al concetto vario e variegato di famiglia spicca famiglia fondata sul matrimonio. Non c'è dubbio che il nostro ordinamento favorisca famiglia fondata sul matrimonio. In alcuni casi le norme si riferiscono a questa come alla famiglia legittima e si richiama articolo 30 cost.

Anche il codice civile: **affidamento figlio dato alla famiglia da matrimonio?** Il concetto di famiglia legittima non dice che l'altra non è legittima.

L'**articolo 29** sancisce un principio fondamentale:

1. Matrimonio fondato sul l'eguaglianza morale e giuridica fra i coniugi
2. Eguaglianza tra i figli (nati nel matrimonio e fuori articolo 30).

Questi due principi possono essere inteso come fondanti di qualsiasi nucleo familiare in quanto sono esplicazione del principio di eguaglianza.

La costituzione detta i principi fondamentali e si è adeguata al codice. 2 momenti hanno segnato:

1. Riforma diritto di famiglia del 1975 e si è ispirata alla esigenza di tradurre in norme di legge e quindi adeguare il sistema a questo due principi. L'adeguamento non è stato totale e concreto e per questa ragione nel dicembre 2012 c'è stata riforma della filiazione che ha avuto completamento dal d l 54 del 2013.

### **MODIFICA CONCETTO DI PARENTELA**

Concetto intorno al quale si costruisce idea di famiglia. **Cosa significa parentela? Art. 74** → Vincolo persone che discendono dallo stesso stipite. Presuppone un rapporto di procreazione biologico o non biologico (qui Valente a quello biologico= adozione). Con la riforma della filiazione si è integrato questo profilo.

La novità dell'articolo 74 sta nel fatto che la parentela può fondarsi vincolo biologico anche non matrimoniale. Perché fino al 2012 NO: Il vincolo veniva non veniva riconosciuta parentela tra figlio e parenti del genitore. Prima della modifica "... Persone che derivano dallo stesso stipite" non faceva riferimento al matrimonio, era neutra.

Si leggeva questa norma unita ad un'altra disposizione, ad oggi modificata, l'**art.258 del cc** (disciplina effetti del riconoscimento). Il riconoscimento è l'atto con cui genitore accetta atto di riconoscimento del figlio al di fuori del matrimonio e assume pubblicamente il ruolo di genitore.

L'articolo 258: riconoscimento esclusivamente dal genitore da cui fu fatto. I fratelli e le sorelle naturali non ereditavano gli uni dagli altri e questo si traduceva in una discriminazione nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio.

La corte costituzionale aveva affermato che le norme che non facevano ereditare reciprocamente dovevano essere intese nel senso che i fratelli naturali potessero essere chiamati alla successione ma non al medesimo livello dei fratelli legittimi ma dopo i parenti legittimi al 6 grado e prima dello stato. Tutto questo nasceva da una interpretazione restrittiva dell'**art. 258** → oggi norma è stata ri-formulata. Significa che il riconoscimento riguarda un genitore e non anche quello che lo fa.

L'**art. 74** è stato modificato e la parentela è estesa a tutti i parenti e non si distingue più parentela naturale e legittima. La parentela si instaura anche in caso di filiazione adottiva. Nella foga di dire tutto il legislatore ha aggiunto: il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di maggiorenni (**art 291**).

L'**adozione** di maggiori di età già prevede **art. 291** e seguenti che l'adozione stessa non crei rapporto di parentela nei confronti dei parenti del genitore che adotta. L'adozione di maggiori (**art. 300**) non crea alcun rapporto di parentela fra i parenti e genitori ma crea solo rapporto di filiazione. **Il problema?** Se leggiamo **art.74** vediamo che esistono casi particolari secondo cui casi non comportano nascita rapporto di parentela tra parenti e figlio. Esiste figura in cui non c'è rapporto pieno. Ha effetti attenuati. Questo articolo sempre renne dire che in tutti i casi di adozione di minori competerebbero parentela ma ci sono eccezioni.

Lezione del 26/04/16

### **LA PARENTELA**

È definita dal C.C. come un vincolo che lega tutti loro che discendono dal medesimo stipite. Il vincolo di parentela si può suddividere in linea:

- **Retta**: tutti discendono dal medesimo stipite senza interruzione (padre/madre, figlio)
- **Collaterale**: discendono dal medesimo stipite, ma da diversi rami (fratelli, zii, cugini). I fratelli sono considerati parenti di 2<sup>a</sup> grado

La parentela assume rilievo nel nostro ordinamento fino al sesto grado, oltre al sesto grado la successione viene devoluta allo stato senza possibilità di rifiuto.

Accanto alla parentela vi è un altro vincolo rilevante: **AFFINITÀ**

È il vincolo che unisce il coniuge con i parenti di un coniuge all'altro coniuge → da questo deriva un altro vincolo familiare: il **CONIUGIO**.

La parentela riguarda anche i figli nati fuori dal matrimonio. L' **art. 74** riformulato crea un dubbio interpretativo con riferimento all'adozione perché si dice che il vincolo di parentela non si applica al figlio adottato di maggiore età → **art. 191 e ss.**

L'adozione di persone maggiorenni è strumento diretto non alla tutela dell'adottato ma è finalizzato allo scopo di garantire continuazione della famiglia sotto il profilo patrimoniale. È uno strumento che si bada sul consenso, anche se non è un contratto e non è un vincolo di parentela o di filiazione primo. **Cosa significa?** La persona adottata non entra nella famiglia parentale e quindi no rapporto civile tra adottante e famiglia dell'adottato e adottato e famiglia dell'adottante (**art. 300**); l'adottante poi mantiene i diritti e i doveri che aveva prima di essere adottato nei confronti della famiglia di origine. Si ha un effetto unidirezionale e quindi solo a beneficio dell'adottato (**art. 304**).

Per quanto riguarda la successione, nei confronti della famiglia di origine: si ha un diritto unidirezionale e quindi solo a beneficio dell'adottante → **art. 304**: l'adozione non attribuisce alcun diritto di successione all'adottante. Quindi, l'adottante non può accedere all'eredità dell'adottato, ma il contrario si

Nel caso di adozione di minori, si ha il diritto di dare una famiglia a chi ne è privo per dargli una tutela: il minore viene dichiarato in **STATO DI ABBANDONO** → l'adozione viene considerata piena, visto la mancanza dei genitori. Una volta si parlava di adozione legittimante, adesso ha efficacia piena, produce gli stessi effetti

di un figlio nato dentro e fuori al matrimonio, però l'adozione avviene solo per chi è sposato da almeno 3 anni.

L'unione civile non consente l'accesso alle adozioni.

I requisiti per poter adottare un minore sono:

1. È necessario il vincolo coniugale, ma per i 3 anni di convivenza per poter adottare, si può considerare anche la convivenza pre-matrimoniale purché costante e duratura (ovviamente sempre di 3 anni).
2. Il requisito della differenza d'età: l'età degli adottanti deve superare di almeno 18 e non più di 45 anni l'età dell'adottante → questi limiti non sono assoluti, si possono derogare quando il tribunale dei minori decide che la mancata adozione causi un danno al minore, quando un coniuge supera di meno di 10 anni il tempo oppure se si adotta il fratello/sorella del figlio già adottato.

L'adozione in alcuni casi consente (**art. 44 legge sull'adozione**):

1. L'adozione in casi particolari consente di soprassedere al **requisito dell'età, della coppia e consente adozione anche ai single**: consente di prescindere dallo stato di abbandono (in alcuni casi da tutti i requisiti) a condizione che si riferiscano determinate situazioni elencate.
2. **L'affidamento pre-adoztivo**: segue alla dichiarazione di stato di abbandono e segue alla presenta dei requisiti di chi ne ha fatto domanda. Il tribunale dei minorenni può affidare ai coniugi il bambino per un diritto di prova → non è sempre possibile: il figlio maggiorenne ad esempio. Per l'affidamento all'estero, occorre che il tribunale si pronunci per l'idoneità degli adottanti. Il procedimento riguardante un bambino straniero, viene eseguito da enti che sono riconosciuti ufficialmente dallo stato italiano all'estero.

Legge 2001 per le adozioni internazionali prevede un ulteriore passaggio ovvero una dichiarazione di idoneità degli adottanti. L'adozione viene seguita da enti privati riconosciuto dallo stato e che possono operare come intermediari.

**Il requisito si può derogare quando:**

- Viene dichiarato lo stato di abbandono: il figlio potrebbe avere una famiglia o no, però se l'avesse, funzionerebbe come i figli adottati dopo la maggiore età. Non rescinde il rapporto con la famiglia, quindi non è una donazione piena. La finalità è quella di tutela del minore con esigenza che impone di derogare ad alcuni i requisiti dell'adozione ma rimane il limite del carattere non pieno dell'adozione.
- **L'art. 74** non parla dell'adozione in casi particolari e crea problemi e quindi rientra in un certo senso nella prima categoria. Quindi? Il punto è discusso e dubbio.

**Per quanto riguarda le adozioni civili:**

**Adozione del figlio del partner?** Alcune pronunce (tribunale di Roma del 2015) hanno ammesso questa possibilità in favore di persona dello stesso sesso, **quindi l'adozione di casi particolari è piena o no?** Non si tratta caso di orfano di madre e di padre ma caso in cui impossibilità di affidamento preadottivo.

Queste pronunce dicono che impossibilità possono essere anche di diritto e quando quindi ha già detto famiglia. La questione comunque è aperta sia che rimanga sono una teoria o che le unioni civili siano legittimate ma comunque adozione non piena.

## **RAPPORTO DI MATRIMONIO**

Il matrimonio è visto nel ns ordinamento sotto sue prospettive:

- **Atto**: come accordo alla creazione di una famiglia
- **Rapporto**: come insieme di effetti che discendono dal matrimonio e determinano una situa stabile e duratura. Stabilità che è stata intesa nei termini di indissolubilità. Non esiste nel nostro ordinamento la possibilità dello scioglimento per volontà di uno solo dei coniugi.

I presupposti dello scioglimento sono meno severi ma ci sono.

Il matrimonio come atto, **che tipo di atto è?** Un atto il cui contenuto e gli effetti sono pre- determinati, è puro perché NO condizioni se non limitatamente al regime patrimoniale e quindi effetti che riguardano l'assetto, è ammessa un'autonomia non esplicabile fuori dal matrimonio.

**Perché il matrimonio non opera modificazione?** Perché è diretto a costituire un rapporto personale, familiare e patrimoniale. **Quindi è atto negoziale?** Sì perché si può scegliere se sposarsi o meno e con chi. Il matrimonio è consentito all'inabilitato, ma non se è incapace di intendere e di volere (manca una disciplina specifica per l'amministratore di sostegno), ma non è consentito all'interdetto.

Il matrimonio non è consentito ai minorenni, salvo i casi di minori con almeno 16 anni (minore emancipato) su consenso del giudice, solo nel caso in cui ci siano delle motivazioni specifiche ad anticipare il matrimonio.

**Annulabilità del matrimonio per vizi della volontà:** non si applica la disciplina prevista per il contratto (errore, violenza, dolo). L'errore diventa causa di annullamento quando cade su determinate circostanze (identità dell'atto coniuge e le sue qualità essenziali). La violenza invece è causa di annullamento del matrimonio e ulteriore deroga anche il timore di un grave pregiudizio (non c'è nella materia contrattuale). Nel caso del matrimonio prevedo la rescissione e il timore di pregiudizio è qualcosa di simile. Non assume rilievo il dolo o inganno.

La volontà matrimoniale è negoziale: nel matrimonio interviene anche un soggetto terzo, l'ufficiale dello stato civile e c'era tesi di Valenza pubblicitica quasi che lo stato fosse di appartenenza del matrimonio. Ricevere volontà delle parti.

### **Fatte queste precisazioni:**

Nel nostro ordinamento esistono diverse forme di matrimonio intese come matrimonio atto. Esiste però un'unica disciplina del rapporto: il rapporto coniugale è regolato. Dal punto di vista dell'atto si può celebrare matrimonio con più modalità: riconoscendo un ruolo anche ai ministri di culto appartenenti a determinate funzioni religiose. Questo perché il matrimonio ha anche una sua connotazione religiosa → Se nel 19 secolo a partire dagli anni '20 del secolo scorso è mutato atteggiamento dell'ordinamento della confessione religiosa: principio secondo cui anche un matrimonio celebrato da ministro di culto diverso da stato civile può effetti matrimonio statale.

Nel 1929 si introdusse matrimonio concordatario: matrimonio di fronte al sacerdote e produce effetti civili una volta trascritto nei registri dello stato civile. La particolarità è che nel matrimonio celebrato secondo concordato è un matrimonio che è regolato da diritto canonico sia per l'atto sia per la validità dell'atto e quindi requisiti per contrarre matrimonio e gli effetti sono quelli del matrimonio civile.

Gli altri matrimoni a cattolici consentiti oggi sono matrimoni in cui la forma è quella che corrisponde al rito a cattolico, vi è una forma speciale di matrimonio civile che è mutuata dal rito di funzione religiosa. Il nostro ordinamento ha legame privilegiato con la chiesa cattolica.

### **Precisazioni:**

1. Previsti limiti di età differenti per il matrimonio quindi il nostro ordinamento prevede dei limiti (minore età, interdizione e impedimento inderogabile) e il matrimonio religioso non può essere trascritto nei registri di stato civile.

Ci possono essere delle cause di invalidità che sono previste dall'ordinamento canonico ma che non sono previste dall'ordinamento italiano, ad esempio il vincolo sacerdotale. Quando vi è una sentenza canonica di annullabilità il riconoscimento di annullamento non è immediato perché deve essere riconosciuto tale da un giudice italiano.

Quando si pone sentenza canonica di invalidità il riconoscimento di effetti non è automatico.

A seguito delle modifiche dell'84 oggi si ritiene che la competenza dei tribunali ecclesiastici per giudicare validità dell'atto non sia più esclusiva (si ammette giudice anche italiano (civile) e non solo quello ecclesiastico).

Lezione del 27/04/16

### **IL MATRIMONIO**

Il nostro ordinamento quando disciplina il matrimonio distingue la disciplina dell'atto da quella del rapporto, infatti esistono:

1. Matrimonio civile
2. Matrimonio cattolico
3. Matrimonio acattolico

Il matrimonio deve essere sempre trascritto nel registro civile: la trascrizione viene fatta dall'ufficio dello stato civile, il quale interviene in una fase antecedente quando vengono effettuate le pubblicazioni presso il comune. Le pubblicazioni sono richieste anche dalla chiesa, ma queste non sono le stesse, secondo il diritto canonico, di quelle richieste dalla chiesa.

Le pubblicazioni servono per dare notizia agli interessati affinché questi possano proporre opposizione prima che il matrimonio venga celebrato: se nessuno si oppone l'ufficiale dello Stato civile darà il nulla osta e non può rifiutare la trascrizione. Se successivamente emergono impedimenti che costituiscono cause di invalidità del matrimonio, si aprirà una causa di invalidità del contratto civile.

Nel caso del matrimonio concordatario, non solo la forma, ma anche i requisiti vengono regolati dal diritto canonico: il giudice non potrà seguire il procedimento in cui sia già stata emessa e resa efficace una sentenza di nullità da parte del giudice ecclesiastico (una volta che è stato riconosciuto nell'ordinamento statale, non si può aprire una causa di nullità).

Il matrimonio è atto puro perché è espressione di una scelta esistenziale personale, legata a scelte di intimità assoluta. Questo si traduce anche nel pieno riconoscimento della libertà dei futuri sposi fino all'ultimo momento (salvo casi particolari). Esiste una promessa di matrimonio, non è pensabile un contratto preliminare. La promessa di matrimonio, formale o informale che sia, non è impegnativa in quanto ripugna al principio della libertà di nozze. La promessa di matrimonio non è quindi vincolante né quando è fatto unilateralmente né quando è consensuale. La rottura di quella promessa non determina responsabilità (mentre nel contratto preliminare se mi rifiuto di stipulare il definitivo sono responsabile).

La promessa di matrimonio non è irrilevante per il diritto in quanto le promesse esistono, esistono comportamenti che creano affidamento rispetto alla celebrazione del matrimonio. I fidanzati ricevono doni, compiono delle determinate spese e quindi possono avere delle conseguenze. Queste comunque non vengono viste dall'ordinamento come responsabilità a seguito di un'obbligazione inadempiente.

I doni però devono essere restituiti se la promessa viene meno perché perdono la loro giustificazione: questa deve avvenire entro un anno dal giorno in cui viene rotto il fidanzamento. Quando la promessa sia reciproca e sia scritta, l'art. 81 c.c. parla del risarcimento del danno.

Se la premessa che la promessa non è vincolante, rotto il fidanzamento questo non può essere considerato un illecito, quindi non si parla di risarcimento del fatto illecito, ma di responsabilità in senso lato: per atto lecito.

La disciplina vuole compensare la parte che aveva fatto affidamento sul matrimonio delle perdite subite. Qui il risarcimento del danno non è completo, ma comprende solo le spese fatte e le obbligazioni. Non è risarcibile ad e. per il guadagno che si sarebbe ricevuto dal matrimonio (risponde al risarcimento integrale solitamente, ma qui si ha una deroga).

Ci troviamo di fronte a un indennizzo: una compensazione equitativa (tiene conto di una serie di fattori tra cui le condizioni delle parti) e non integrale del danno, non essendoci illiceità non è imposto il risarcimento integrale. In alcuni casi si può avere un risarcimento integrale: questo non tanto per l'inadempimento della promessa, ma quando la rottura della promessa sia fatta con modalità tali da arrecare una lesione a interessi personalissimi dell'altro.

Es: seduzione con promessa di matrimonio → la promessa è solo strumento per sedurre una persona al fine di estorcere denaro, doni con l'intenzione di non contare realmente il matrimonio, questa è chiaramente illecita.

Per l'ordinamento l'invalidità del matrimonio prevede una serie di condizioni necessarie per contrarre in matrimonio. In alcuni casi questi possono essere considerati impedimenti laddove manchino:

- Bisogna essere maggiorenni
- Esistenza di un vincolo di parentela o affinità
- Esistenza di un vincolo di parentela o affinità in linea collaterale (zii, nipoti) → può essere dispensato parzialmente
- Assenza dello stato libero, quindi preesistenza di un vincolo coniugale → impedimento per particolari reati
- Interdizione per infermità di mente

L'assenza di questi requisiti può portare all'invalidità del matrimonio.

Non tutti gli impedimenti si traducono in vizi di volontà: es. la donna non può risposarsi in caso di divorzio o se è rimasta vedova entro 300 giorni → è giustificato dal fatto che non si vuole creare un problema di riconoscimento della paternità. Per evitare che ci sia presunzione che si risolverebbe in incertezza a danno del figlio (servirebbe un procedimento complesso per accertare la paternità).

Questo impedimento non si produce in una nullità del matrimonio, ma in una irregolarità.

**Contratto invalido:** è una disciplina particolare → la legge parla di nullità, però si tratta di **una nullità sui generis**. Nel caso del matrimonio la disciplina è molto articolata perché vi è un principio secondo cui non tutti i vizi possono essere fatti valere da tutti gli interessati (alcuni casi la legittimazione può essere relativa, in altri assoluta). Sotto la voce nullità si disciplinano anche la violenza, l'errore: alcune di queste nullità sono sanabili → non possono essere fatti valere se si è fatto seguito ad un comportamento: se i coniugi hanno coabitato.

Nel caso di errore o violenza, l'azione non può essere proposta dopo che l'art. 122 è stato attuato. Anche nei casi di incapacità di intendere e di volere: non può essere proposta se vi è stata coabitazione di almeno un anno dopo che il coniuge è tornato alle sue normali capacità.

Anche nel caso della simulazione l'azione non può essere proposta dopo 1 anno di coabitazione dei coniugi. Per quanto riguarda gli effetti ci sono delle differenze. Nel caso del matrimonio si pone un'esigenza particolare: l'esigenza di prendere atto della realtà matrimoniale dove questa si sia comunque realizzata.

Nascono due dati di fondo:

1. Dato che il matrimonio è qualcosa che rispetto ai figli è una circostanza esterna, le conseguenze non possono ricadere a danno dei figli e il matrimonio che è dichiarato nullo nei confronti dei figli è ancora valido. Le conseguenze rispetto ai figli sono regolate dagli **artt. 335 e ss.** → comune a tutti gli atti di matrimonio.
2. Se hanno celebrato il matrimonio senza sapere della causa di nullità, fino alla sentenza che produce nullità, il matrimonio produce i suoi effetti rispetto al coniuge in buona fede → non siamo di fronte a una retroattività.

### **Effetti del matrimonio**

Dal matrimonio discendono diritti ed obblighi dei coniugi, di natura personale e anche patrimoniale: qui bisogna individuare gli obblighi primari nascenti dal matrimonio (soprattutto per il profilo patrimoniale: regime primario e secondario).

**Art. 143/144/147:** rappresentano il nucleo essenziale del matrimonio. Anche nel matrimonio cattolico queste norme devono essere lette dal celebrante ai coniugi proprio perché gli effetti sono anche civili.

I doveri fondamentali sono:

#### **Art. 143:**

1. Fedeltà
2. Coabitazione
3. Assistenza morale e materiale
4. Collaborazione nella famiglia

#### **Art. 147:**

- Educare e istruire la prole

I doveri dei genitori verso i figli sono considerati doveri coniugali → si ha il rinvio all'**art. 300 bis**: per i figli è indifferente il contesto matrimoniale o non in cui si inserisca il matrimonio, mentre fino al 2012 il legislatore dettava i doveri verso i figli nella disciplina del matrimonio (pregiudizio verso la filiazione non matrimoniale) nell'**art. 147** e c'era poi un rinvio all'**art. 147** quando parlava della filiazione naturale.

Oggi l'**art. 315 bis** rinvia agli altri → c'è stato un rovesciamento.

Ci può essere un motivo di separazione, dettata da una crisi → si può avere una separazione con addebito. Su questi doveri si discute se siano doveri giuridici o di fedeltà:

Alcuni affermano che per i doveri come l'istruzione della prole, se inadempiti, si può chiedere un mantenimento, mentre nel caso di fedeltà o assistenza morale, alcuni sostengono che manca la pretesa → **Cosa posso chiedere se mi tradisce?** Se non vi è una sanzione non ha carattere giuridico, ma in questo caso esistono: se la causa che ha dato luogo alla separazione, questo può dare luogo a una separazione giudiziale con addebito. Si discute anche un obbligo di risarcimento del danno, anche se per lungo tempo è stata esclusa: oggi si attende una responsabilità risarcitoria extra contrattuale (solo per fatti gravi).

Il dovere di fedeltà, non deve essere il singolo comportamento, ma comportamenti che recidivi e volenti. Dal punto di vista patrimoniale, i doveri morali si trasformano in mantenimento e contribuzione ai bisogni

della famiglia in relazione alla propria capacità. Questi doveri hanno contenuto patrimoniale, ma anche un dovere di natura personale: un dovere posto a tutela di un interesse personale.

Questo ha un contenuto patrimoniale, quindi può seguire la disciplina delle obbligazioni perché non è definita a riguardo di un interesse protetto, ma riguardo al contenuto della prestazione, la quale deve essere suscettibile di una valutazione economica (deve corrispondere a un interesse del creditore, che può essere personale o patrimoniale → gli alimenti quindi hanno natura personalissima). La stessa cosa vale anche per il mantenimento.

Nello svolgimento del matrimonio questi doveri non si traducono in altrettanti diritti o doveri formalizzati, vale solo in caso di separazione o divorzio (crisi del matrimonio).

**L'art. 144**, afferma che i coniugi fissano l'indirizzo e la residenza della vita familiare a seconda delle loro esigenze. A ciascuno spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato.

Si apre il problema della rappresentanza: i coniugi che attuano ad es. un mutuo per comprare una casa, contraggono delle obbligazioni per soddisfare i bisogni della famiglia. **Hanno potere di farlo disgiuntamente? È una responsabilità solidale?** Secondo questa regola pare di sì, ma la responsabilità è di entrambi (impegna la sfera giuridica di entrambi i coniugi). In caso di responsabilità solidale, il creditore sa che può rivalersi su entrambi i coniugi.

Il punto è molto discusso, anche se vi è un orientamento dottrinale maggioritario che afferma di potersi rivalere su entrambi i coniugi. La giurisprudenza tende a ritenere che la sfera che viene toccata è solo quella del coniuge che ha contratto il mutuo/un'obbligazione: questo potere ha una rilevanza solo interna (se il marito fa un mutuo e non riesce a pagarlo, può farlo pagare alla moglie se sono d'accordo). In alcuni casi però si può riconoscere che ci sia stata una **rappresentanza tacita** all'altro, oppure nel caso di **rappresentanza apparente** (manca il potere di rappresentanza, che come conseguenza produrrebbe un atto privo di effetto e di responsabilità del falso procuratore).

Se lo stesso rappresentato ha dato causa ad una situazione oggettiva di apparenza e si dimostra che vi sia buona fede, si può ovviare all'assenza del potere rappresentativo, produce il suo effetto a causa del dominus e del terzo). Casi di apparenza: caso in cui io so che lui dice di avere una rappresentanza mia, ma lo lascio fare.

Nel caso dei coniugi viene applicato il criterio dell'apparenza, in alcuni casi per ammettere la rappresentanza in altri casi specifici in cui le circostanze concrete e il comportamento di tolleranza di un coniuge rispetto all'altro adempie nei confronti dei terzi contraenti → l'atto è impegnato a produrre effetti nella sfera giuridica del coniuge.

### **DOVERI PRIMARI, PERSONALI E PATRIMONIALI**

Esiste una sfera dei **regimi patrimoniali**: attiene all'assetto dell'apporto patrimoniale tra coniugi verso i terzi che esorbitano dai doveri primari (non ci atteniamo più all'obbligo di mantenimento, ma alla regolamentazione specifica degli acquisti che il coniuge assume nel corso del matrimonio, alla responsabilità che si assume e alla disciplina dell'amministrazione dei beni dei coniugi). Quali sono le conseguenze secondarie del matrimonio?

*Lezione del 02/05/16*

### **IL REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA**

È il termine con cui indichiamo l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali tra i coniugi. Qui distinguiamo:

1. **Regime primario:** quell'insieme di compiti e diritti conseguenti dal matrimonio che hanno contenuto patrimoniale. Questi doveri sono inderogabili, i coniugi non possono modificarli (es. apporti del coniuge alla famiglia).
2. **Regime secondario:** regime patrimoniale della famiglia o dei coniugi. Per questa materia l'ordinamento riconosce un margine di autonomia più o meno esteso che sono dirette a regolare il regime patrimoniale secondario → le norme che dividono le regole per gli acquisti, le responsabilità assunte dai coniugi durante il matrimonio, la tutela dei creditori dei coniugi.  
I coniugi possono intervenire con convenzioni matrimoniali: sono molto discussi perché se noi guardiamo al contenuto, essendo accordi che incidono sui rapporti patrimoniali dei coniugi dovrebbero essere qualificati come contratti, però è vero che si inseriscono in un rapporto specifico che va a incidere sui rapporti patrimoniali, quindi non si sa se considerarli contratti o accordi matrimoniali patrimoniali non riconducibili al contratto (sintesi del problema: posso applicare direttamente le norme che disciplinano il contratto oppure le applico analogamente?)

**Convenzioni matrimoniali:** accordi tra coniugi, con i quali i coniugi determinano il loro regime patrimoniale, anche con la presenza del terzo. A fronte di questa esistente autonomia dei coniugi la legge si preoccupa di individuare il regime patrimoniale da applicare quando i coniugi non raggiungono un accordo → regime patrimoniale legale, cioè la **comunione dei beni**.

Quindi vi sono 3 regimi:

1. **Comunione dei beni:** l'autonomia patrimoniale dei coniugi è limitatissima.
2. **Separazione dei beni:** l'autonomia patrimoniale dei coniugi è completa.

I primi due sono regimi onnicomprensivi, non riguardano beni determinati o predeterminati.

3. **Fondo patrimoniale:** riguarda beni determinati e solo determinati tipi di beni (beni immobili, mobili registrati, titoli di credito). Costituisce un patrimonio che segue regole particolare.

Le convenzioni patrimoniali sono di regola, secondo criteri rigorosi, delle forme solenni e devono essere fatti con forma pubblica, quindi erogati dal notaio, come la separazione dei beni che può essere adottata all'atto del matrimonio (viene consegnata all'ufficiante o al sacerdote). È permesso fare un unico atto perché il regime di separazione dei beni è una delle forme più richieste dopo la comunione dei beni.

La convenzione, anche se fatta durante il matrimonio, deve essere fatta pubblicità dell'atto, per essere opponibile ai terzi. Alcune di queste convenzioni devono essere trascritte nei registri immobiliari (**art.2657**), come il fondo patrimoniale, nel caso in cui ci siano conseguenze sui diritti immobiliari.

La doppia **pubblicità** ai fini dell'opponibilità è la pubblicità nel registro dello Stato Civile. la trascrizione a questo atto non può avere lo stesso effetto, con conseguente intralcio nel rendere opponibile ai terzi. La trascrizione dove non è disposta non va a modificare l'opponibilità dei terzi, possono derivare altre conseguenze, ma non quelle sul piano dell'opponibilità.

Il regime legale della comunione dei beni non è soggetto a pubblicità. Negli anni 80 è stata modificata la disciplina della trascrizione prevedendo che con la nota di trascrizione, con i quali il notaio scrive così si vuole trascrivere. Modifica anni 80: si deve anche annotare il regime del coniuge (pubblicità indiretta).

**REGIME DI COMUNIONE LEGALE:** prima del **1975** vi era la separazione, mentre la comunione si poteva adottare con convenzione. Il legislatore ha ritenuto che fosse più coerente l'adozione di un regime comunitario perché garantisce maggiormente il coniuge più debole, il quale gli consente di partecipare agli incrementi di ricchezza della famiglia, attraverso la contitolarità degli acquisti, soprattutto.

**Art.177 lettera a:** tutti gli acquisti compiuti tra i coniugi diventa comune, anche se vi è la separazione dei beni → si parla di un coacquisto. Non si tratta di una comunione ordinaria che segue delle regole dettate nella disciplina della comunione legale dei beni.

In una comunione tra soci, i principi di comunione affermano che:

- Le quote sono stabilite tra i co-partecipi
- La quota è cedibile a terzi
- La comunione è divisibile.

Nella comunione tra i coniugi:

- Le quote sono necessariamente uguali.
- Non sono cedibili ai terzi perché sono legate alla famiglia.
- È una comunione non divisibile: non cessa a seguito di una scelta, ma solo attraverso cause di scioglimento del matrimonio (regime di separazione, separazione, morte del coniuge, divorzio, ecc.).

I beni si dividono come:

1. **Gli acquisti del coniuge durante il matrimonio.**
2. **Quelli acquistati da un solo coniuge** → questi beni quando si scioglie la comunione diventano comuni, vengono divisi tra i coniugi. Non entra in comunione legale, ma sono comuni in regime ordinario. Questi beni si chiamano **beni comuni dei residuo**: sono beni di una certa rilevanza economica in certi casi, come proventi delle attività separate dei coniugi (posso disporre come voglio, ma se si scioglie il matrimonio i proventi diventano comuni).
3. **Beni personali**: non entrano a far parte della comunione, a meno che i coniugi non decidano di farli rientrare. Si tratta dei beni in successione, i vestiti, lo studio dell'avvocato (ad.es.), i beni acquistati in scambio di beni a loro volta personali (se io vendo un terreno personale e ne compro un altro, quello rimane personale). In quest'ultimo caso occorre una dichiarazione del coniuge che compie l'atto → è necessaria la partecipazione all'atto dell'altro coniuge. Anche su questo si è a lungo discusso: la funzione del coinvolgimento dell'altro coniuge serve per far garantire che l'altro coniuge sia a conoscenza dello scambio, non perché si possa opporre. Dove manca questa dichiarazione, questa può essere integrata.

Il regime della comunione vuole rispondere alla condivisione dei beni, ma vuole lasciare un po' di autonomia a ognuno. Il mantenimento di una sfera patrimoniale risponde a questa esigenza e lo stesso vale per i beni comuni di residuo.

Dal punto di vista dell'amministrazione, i beni comuni rispondono alla regola che i beni debbano essere amministrati congiuntamente per gli atti importanti e disgiuntamente gli atti di ordinaria amministrazione. Gli atti di alienazione dei beni, rientrano negli atti che devono essere amministrati congiuntamente: qui si può dare procura al coniuge, ad es. → se l'atto viene compiuto in assenza dell'altro coniuge o è annullabile oppure è efficace ma causa un obbligo di restituzione o di risarcimento del coniuge.

Annulabile: legittimato all'annullamento è l'altro coniuge nel termine di un anno, assai più breve dei 5 anni. L'anno parte o dal giorno della conoscenza dell'atto o comunque dalla data del compimento dell'atto (tutela meno il coniuge legittimato ad agire → se te ne accorgi prima di un anno hai un anno da quel giorno, se te ne accorgi dopo un anno è troppo tardi).

Nel caso dei beni mobili non registrati, l'atto è efficace.

L'annullamento per i beni immobili, può produrre effetti anche per i terzi, salvo i casi in cui siano stati fatti acquisiti in buona fede o a titolo oneroso: se i coniugi sono in comunione legale, vi sono delle regole molto farraginose per i beni comuni (Es. la procura, l'invalidità).

Quando i debitori sono coniugi, il regime della responsabilità muta: per alcune obbligazioni viene a rispondere sempre e comunque il patrimonio comune e questo vale per le obbligazioni dell'**art. 186 cc.:**

1. Rispondono di tutti i pesi ed oneri gravanti su di essi al momento dell'acquisto
2. Tutti i carichi dell'amministrazione
3. Obbligazioni contratte da un coniuge, ma per la famiglia
4. Obbligazioni assunte per i beni comuni
5. Obbligazioni contratte congiuntamente

Se interpretiamo meticolosamente il senso della regola, ne segue un vantaggio perché potrebbe rivalersi sui beni del coniuge, ma con un limite che è rappresentato dalla regola dell'**art.190** dalla metà del credito: in caso di obbligazione della comunione, se il coniuge è inadempiente può rivalersi sui beni di quel coniuge se è sufficiente, per il resto può avvalersi sull'altro coniuge solo per la metà, anche se il patrimonio del coniuge è capiente.

T ha un credito di 50.000 €; il patrimonio dei CONIUGI X e Y è pari a 10.000 €. X ha un patrimonio di 50.000 € e Y di 40.000 €. T può chiedere a uno dei due o entrambi solo il 50% del credito originario, quindi 25.000 €. Per evitare che il regime della responsabilità dei coniugi diminuisca, si fa sì che questo regime non va a soppiantare il principio iniziale (responsabilità: risponde con patrimonio presente o futuro), ma si incesa con questa: quindi X risponde solo con il 50% perché non è il diretto debitore, mentre Y che è il debitore diretto, deve rispondere con tutti i suoi beni presenti e futuri.

Se due coniugi compiono obbligazioni nell'interesse della famiglia, ne rispondono solidamente per l'intero con i beni presenti e futuri entrambi i coniugi → **responsabilità solidale**.

**COMUNIONE CONVENZIONALE (comunione codificata):** I coniugi incontrano dei limiti nel modificare il regime della comunione. La comunione è un regime molto calibrato con diverse esigenze, questo significa che i coniugi possono scegliere un regime diverso, ma non possono stravolgere la comunione, bisogna mantenere l'equilibrio. Nella modifica del regime di comunione non possono modificare il regime dell'amministrazione, non possono dividere le quote in modo disuguale e non possono inserire nella comunione beni personali, alcuni sì altri no (es. i danni).

Ci si chiede se i coniugi possano inventare un regime atipico rispetto ai tre casi già elencati:

1. Regola dell'autonomia: le parti possono anche stipulare contratti non previsti dalla legge purché non siano per conseguire scopi illeciti
2. Abbiamo un'elencazione ristretta dei regimi convenzionati (indice di una volontà di decidere una via diversa)
3. Un regime completamente diverso potrebbe essere una via di mezzo e un po' potrebbe esserlo il fondo patrimoniale

*Lezione del 04/05/16*

### **FONDO PATRIMONIALE**

È un vero e proprio patrimonio separato, destinato: è un caso in cui all'interno del patrimonio dei coniugi, si distinguono un complesso di beni destinati a uno scopo (vincolati alla realizzazione di quella finalità → soddisfa i bisogni della famiglia).

Si distingue dalla comunione legale perché in quel caso i beni non sono legati al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, la comunione non è destinata e anche rispetto ai creditori, qui il creditore può agire sui beni della comunione ed eventualmente sui beni personali.

Nel fondo patrimoniale quindi i beni rimangono di titolarità dei coniugi → i terzi possono rifarsi su tutti i beni, ma non su quello.

Questo **vincolo** di non espropriabilità vale sia per i terzi che per i coniugi: il fatto che un bene faccia parte di un fondo patrimoniale, a questo si applicano le norme della comunione legale, anche se hanno la separazione dei beni.

Quando ci sono figli minori, il vincolo è ancora più forte (**Art.169**): per l'alienazione/locazione/ecc dei beni occorrerà il consenso di entrambi i coniugi, ma anche l'autorizzazione del giudice, il quale la concede solo nei casi di utilità o nei casi di necessità.

Il fondo può essere costituito da:

- Beni immobili
- Beni mobili registrati
- Titoli di credito: nominativi

I coniugi possono costituirlo con:

- Beni comuni
- Beni propri

Il fondo patrimoniale di regola (Derogabile) permette di mettere in comunione alcuni elementi. Il fondo può essere costituito anche da un terzo attraverso donazioni, ad es.

Il terzo può intervenire solo in questo caso, anche attraverso una disposizione testamentaria. Le convenzioni però sono accordi, **quindi l'erede come accetta?** Quando c'è un testamento è difficile trovare il consenso. Alcuni risolvono il problema dicendo che in questi casi il consenso è dato sotto forma di accettazione.

**Istitutio ex re certa** → quando la quota del testamento non è formata da tutti i beni ma è data solo da determinati beni (ha 3 figlie: divide la casa ai 3 figli, magari costituendo un fondo patrimoniale).

**PUBBLICITÀ DEL FONDO:** segue le norme sulle convenzioni patrimoniali. L'**art. 162 comma 4**: prevede che le convenzioni sono inopponibili se non risultano annotate al margine di matrimonio.

In questo caso l'opponibilità del fondo ai terzi significa dire che il creditore se non ha trovato prima del momento in cui ha pignorato il bene, non ha trovato annotazione sul fatto che quel bene faccia parte del fondo, allora può pignorarlo.

**Art.2647:** fondo da trascrivere nel registro dei beni immobili → la corte di cassazione a sezioni unite nel 2009 ha chiarito che la pubblicità è solo quella dei registri civili e non nei registri immobiliari, i quali hanno solo il compito di dare notizia.

Questo pone un problema perché la prima cosa che un creditore fa è quella di vedere se vi sono ipoteche sui registri immobiliari: se i coniugi non hanno trascritto il fondo non può saperlo. Il creditore dovrebbe andare a vedere anche sui registri dello Stato Civile (la trascrizione avviene attraverso la presentazione di un'istanza all'ufficiale dello stato civile).

Il fondo dato che consente di creare un fondo non usufruibile dal creditore, non sempre viene istituito un fondo per il soddisfacimento dei beni famigliari, ma vengono tolti ai creditori.

**Art. 2740:** le limitazioni della responsabilità non sono ammessi se non stabiliti dalla legge → quindi il fondo patrimoniale.

In questi casi qual è lo strumento di tutela del creditore? Con l'**Azione Revocatoria**: è lo strumento che insieme all'azione surrogatoria e al sequestro conservativo, è previsto a tutela della garanzia patrimoniale dei creditori. È un'azione giudiziale posta in essere dal creditore che si trova in una situazione di non tutela, il quale chiede che venga revocato (strumento di frequente impiego). Non può presentare l'azione qualsiasi terzo, ma solo il creditore, il quale la presenta esclusivamente per se stesso e non anche per gli altri creditori.

Presupposti per l'azione revocatoria:

1. **Atto di disposizione del matrimonio:** alienazione, costituzione di un fondo
2. **Pregiudizio per un creditore precedente:** sempre che il creditore presenti la scarsa garanzia per il suo credito

Occorre provare il danno e la frode. **Come si prova la frode?** Solo sulla base di circostanza che facciano ritenere probabile una frode (es. il fatto che abbia annotato e non trascritto).

L'atto oggetto di impugnazione è un atto oneroso, bisogna dimostrare la frode anche dell'altro contraente (questo non si pone nel caso del fondo patrimoniale). Per gli atti a titolo gratuito non vale perché il terzo riceve già di per se un vantaggio.

Se il fondo viene istituito prima che ci sia il negozio, si deve provare che il debitore, già in quel momento avesse preordinato l'atto ai fini di pregiudicare gli interessi del creditore.

Questo problema si pone anche per altri casi di fuori al diritto di famiglia: atti previsti dall'**art. 2645ter del cc.** Norma introdotta nel 2005 → prevede di trascrivere nei registri immobiliari, atti che sono meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Questa trascrizione rende inespropriabili quei beni da parte dei creditori che vantano quei beni estranei alla finalità da realizzare.

È come se il registratore avesse ampliato una specie di fondo patrimoniale che non è propriamente questo, dato che non siamo all'interno della famiglia. In questo caso però si richiede la trascrizione nei registri immobiliari perché il bene sia inespropriabile.

Non individuando con precisione il concetto di meritevolezza di tutela, va sdoganata la creazione dei patrimoni destinati per qualsiasi interesse non illecito, se la si intende così. Questo significa che si rischia di svuotare la garanzia patrimoniale del creditore, molto più del fondo patrimoniale.

Si pone un problema di bilanciamento tra autonomia privata e tutela dei creditori. La risposta che si può dare è che i beni vengano destinati in particolari casi e altri interessi meritevoli di tutela: per tutela di un parente disabile, quindi per tutti gli interessi meritevoli di tutela in grado di poter essere comparati a quel caso.

### **L'IMPRESA FAMILIARE**

L'impresa familiare è regolata dall'art. 230 bis cc.: non rientra nel concetto delle convenzioni matrimoniali, in quanto disciplina il rapporto di collaborazione tra familiari, quindi ha un ambito molto delimitato.

Prescinde da una volontà: si applica automaticamente se si presentano determinati presupposti. Non è un regime patrimoniale, si può trattare di parenti fino al 3° e agli affini entro il 2°.

Prima che venisse introdotta la norma, chi prestava il lavoro in famiglia lo prestava gratuitamente, ma l'idea viene ribaltata a tutela del coniuge più debole, il legislatore afferma che questa prestazione è a titolo oneroso, partecipando agli utili dell'impresa familiare e agli incrementi.

Il presupposto è rappresentato da una situazione di fatto che è la collaborazione dell'impresa che abbia i caratteri della continuità. Se il rapporto è formalizzato con un rapporto societario o un contratto, qui la disciplina non si applica.

Oltre alla partecipazione all'utile, è possibile far parte delle decisioni prese in maggioranza. A breve l'impresa familiare dovrà essere applicata anche ai conviventi.

Diritto di riscatto/retratto successorio in favore dei coeredi quando qualcuno decide di vendere la quota → gli eredi hanno un diritto di prelazione e se l'erede non lo fa, gli altri hanno la possibilità del riscatto (il riscatto è possibile solo nell'impresa familiare).