

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

diretta da
ENRICO GABRIELLI

DIRITTO PRIVATO

a cura di

ENRICO GABRIELLI



G. Giappichelli Editore

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

diretta da
ENRICO GABRIELLI

La casa editrice Giappichelli, che, con apprezzabile dedizione e meritevole impegno culturale, accompagna e sostiene gli studi giuridici in Italia, ha deciso di inaugurare una nuova collana di manuali e mi ha chiesto, nel segno di un'antica e costante collaborazione, di assumerne la direzione e la responsabilità scientifica. Invito che ho accettato, anzitutto, come testimonianza di amicizia.

Il progetto editoriale è aperto allo studio di tutti i settori dell'esperienza giuridica compresi i 'nuovi diritti', e nasce con l'obiettivo di dar vita a strumenti didattici esaustivi, moderni ed efficaci.

E.G.

Volumi pubblicati

E. Gabrielli (a cura di), *Diritto privato*, pp. XL-1288, 2020.

In corso di pubblicazione

R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*.

M. Persiani, S. Liebman, V. Maio, M. Marrazza, M. Martone, M. Del Conte, P. Ferrari, *Diritto del lavoro*.

M. D'Onghia, M. Persiani, *Diritto della sicurezza sociale*.

F. Lunardon, M. Persiani, *Diritto sindacale*.

In copertina:

REMBRANDT, *De Nachtwacht*, 1642, Rijksmuseum Amsterdam.

DIRITTO PRIVATO

a cura di

ENRICO GABRIELLI



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3018-0

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Gli Autori</i>	XXXVII
<i>Prefazione</i>	XXXIX

CAPITOLO I INTRODUZIONE AL DIRITTO PRIVATO

Pietro Rescigno

SEZIONE I

IL DIRITTO PRIVATO NELL'ESPERIENZA GIURIDICA	1
1. Priorità storica e continuità del diritto privato nell'esperienza giuridica	1
2. I concetti del diritto privato. Diritto privato e diritto comune	5
3. Dottrine "normative" e dottrine "istituzionali" del diritto	6

SEZIONE II

GLI ORDINAMENTI GIURIDICI	9
1. Società e diritto	9
2. Pluralismo sociale e pluralità degli ordinamenti	12
3. Dottrine ed esperienza del pluralismo	14
4. Le "formazioni sociali" della Carta costituzionale	17
5. Caratteri delle norme giuridiche. Generalità ed astrattezza delle norme	19
6. Certezza del diritto	22
7. La giurisprudenza come scienza. Linguaggio e concetti legislativi	24
8. Diritto e realtà naturale	27

SEZIONE III

ORIGINI, MOTIVI E VICENDE DEL CODICE CIVILE ITALIANO	29
1. Il diritto privato italiano tra le due guerre	30
2. L'ideologia politica del tempo della codificazione	33
3. Le novità del codice civile del 1942	36

	<i>pag.</i>
4. L'unità legislativa del diritto privato e il regime delle attività economiche. Le proposte di riforma	41
5. La giurisprudenza della Corte costituzionale nelle materie del codice civile	44
 SEZIONE IV	
LA LEGGE IN GENERALE	45
1. Le fonti del diritto. La legge. Gli usi. Successione delle leggi nel tempo e conflitti nello spazio	45
2. L'interpretazione delle leggi	50
3. L'equità	56
 CAPITOLO II	
LE FONTI DEL DIRITTO PRIVATO	
Giuseppe Vettori	
1. Le fonti del diritto privato	61
2. Le diverse posizioni della dottrina	64
3. Il diritto privato europeo	66
3.1. I principi comuni dalla Cedu al Trattato di Lisbona	67
4. Il ruolo delle Corti	69
5. Diritto e Giustizia	71
 CAPITOLO III	
LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE	
Donato Carusi	
1. Diritto oggettivo e situazioni soggettive	73
2. Diritti soggettivi: assoluti e relativi. I diritti assoluti: diritti della personalità e diritti reali	75
3. La proprietà e i diritti reali minori: "immediatezza" e tipicità	76
4. I diritti della personalità: "indisponibilità" e consenso dell'avente diritto	77
5. Altri diritti assoluti: i diritti su beni immateriali	78
6. I diritti relativi: diritti di credito e diritti potestativi	79
7. Aspettative, facoltà, potestà	81
8. Gli interessi legittimi	83
9. La tutela degli interessi diffusi	84
10. Situazioni possessorie	85
11. Gli <i>status</i>	85
12. Diritto soggettivo e azione	86
13. Situazioni soggettive passive: l'obbligazione e l'obbligo nella categoria dei doveri giuridici	88

	<i>pag.</i>
14. L'onere	89
15. La soggezione	90
16. Generalità del concetto e pluralità dei criteri di classificazione delle obbligazioni	91
17. La responsabilità patrimoniale	93
18. Obbligazioni suscettibili di esecuzione forzata in forma specifica. Obbligazioni non pecuniarie e coazione indiretta	94

CAPITOLO IV
I VINCOLI NON GIURIDICI

Fabrizio Di Marzio

1. Nozione	97
2. Rapporti contrattuali di fatto	99
3. Il <i>gentlemen's agreement</i>	102
4. Il rapporto di cortesia	102
5. Differenze tra i due rapporti	104

CAPITOLO V
I SOGGETTI DI DIRITTO

Angelo Barba

SEZIONE I

LE PERSONE FISICHE	107
1. Dal soggetto alla persona	107
2. La capacità giuridica	108
3. Capacità giuridica ed uguaglianza sostanziale	109
4. La capacità giuridica del concepito	110
5. La fine della vita umana	111
6. Atti dello stato civile e status della persona	112
7. I luoghi della persona: dimora, domicilio e residenza	114
8. La capacità di agire	115
9. L'incapacità naturale	116
10. L'incapacità legale del minore	117
11. L'amministrazione di sostegno	118
12. Interdizione e inabilitazione	120
13. Altre forme di protezione delle persone indebolite	121

SEZIONE II

GLI ENTI

1.	Soggettività metaindividuale e personalità giuridica	123
2.	La persona giuridica nella sistematica del Codice civile	124
3.	Modi di attribuzione della personalità giuridica	125
4.	Enti con scopi ideali ed enti con scopi economici	126
5.	Gli enti del Terzo settore	127
6.	Associazione, fondazione e titolarità di impresa	127
7.	La struttura dell'associazione e la struttura della fondazione	128
8.	La costituzione dell'associazione	130
9.	L'amministrazione dell'associazione	131
10.	Le associazioni non riconosciute	132
11.	Le fondazioni	133
12.	L'estinzione dell'associazione e della fondazione	135
13.	I comitati	136

SEZIONE III

I DIRITTI DELLA PERSONALITÀ

1.	I diritti della personalità. Evoluzione e caratteristiche	137
2.	I diritti della personalità. Tutela	140
3.	Il diritto alla vita	141
4.	Il diritto alla integrità psico-fisica (o alla salute)	144
5.	Il diritto al nome	145
6.	Il diritto all'immagine	147
7.	Il diritto all'identità personale	148
8.	Il diritto alla riservatezza	149
9.	Il diritto alla integrità morale	153
10.	I nuovi diritti della personalità	153
11.	I diritti della personalità delle persone giuridiche e degli enti di fatto	154

CAPITOLO VI
LA FAMIGLIA

Carlo Rimini

SEZIONE I

I MODELLI FAMILIARI

1.	La famiglia e il diritto	155
2.	I diversi modelli familiari	156

pag.

SEZIONE II

IL MATRIMONIO: LA CELEBRAZIONE E GLI EFFETTI 158

1. Matrimonio civile e matrimonio concordatario 158
2. I matrimoni celebrati da un ministro di un culto acattolico 160
3. La promessa di matrimonio 160
4. Le condizioni per contrarre matrimonio 162
5. La celebrazione del matrimonio. Gli incumbenti preliminari e successivi 164
6. L'invalidità del matrimonio 165
7. I diritti e i doveri che derivano dal matrimonio 168

SEZIONE III

IL REGIME PATRIMONIALE DEL MATRIMONIO 170

1. Regime patrimoniale primario e regime patrimoniale secondario 171
2. Il regime patrimoniale primario: il principio della contribuzione proporzionale 171
3. I regimi patrimoniali secondari e le convenzioni matrimoniali 172
4. La comunione dei beni: l'oggetto 174
5. La disciplina della comunione 177
6. Lo scioglimento della comunione 179
7. La comunione convenzionale 181
8. La separazione dei beni 182
9. Il fondo patrimoniale 182
10. L'impresa familiare 183

SEZIONE IV

LE FAMIGLIE NON MATRIMONIALI 185

1. Le unioni civili 185
2. Le convivenze di fatto 187
3. Il contratto di convivenza 188

SEZIONE V

LA FILIAZIONE 189

I. LO STATO DI FIGLIO 189

1. Lo stato unico di figlio 189
2. L'acquisto dello stato di figlio 190
3. La prova della filiazione 193
4. L'azione di disconoscimento di paternità 193
5. Le azioni di reclamo e contestazione dello stato di figlio 195
6. L'azione di impugnazione del riconoscimento 196
7. L'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità 197
8. La procreazione medicalmente assistita 198

II. L'ADOZIONE 200

1. La finalità dell'istituto 200

	<i>pag.</i>
2. I presupposti dell'adozione dei minori	200
3. Gli effetti dell'adozione dei minori	202
4. L'adozione di minori in casi particolari	203
5. L'adozione internazionale: cenni	203
6. L'adozione di maggiorenni	204
III. LA RESPONSABILITÀ GENITORIALE E LA TUTELA DEI MINORI	205
1. I diritti e i doveri dei figli	205
2. L'esercizio della responsabilità genitoriale	206
3. L'amministrazione dei beni del figlio e il potere di rappresentanza	207
4. La tutela dei minori	208
SEZIONE VI	
LA CRISI DELLA FAMIGLIA	208
1. La separazione personale fra coniugi	209
2. Il divorzio	210
3. La crisi della famiglia negli altri modelli familiari	212
4. L'esercizio della responsabilità genitoriale dopo la crisi della famiglia	213
5. Il mantenimento dei figli e l'assegnazione della casa familiare	214
6. L'assegno di mantenimento a favore del coniuge separato e l'assegno divorzile	215
7. I rapporti patrimoniali fra le parti dopo la crisi della famiglia non matrimoniale	216
SEZIONE VII	
L'OBBLIGAZIONE ALIMENTARE	217
1. Il fondamento e il contenuto dell'obbligo	217
2. La disciplina	218
CAPITOLO VII	
SUCCESSIONI E DONAZIONI	
Stefano Pagliantini	
1. Le successioni per causa di morte	219
2. Il divieto di patti successori e la delazione	221
3. L'eredità giacente	223
4. Sostituzione, rappresentazione e accrescimento	223
5. L'accettazione dell'eredità	225
6. L'accettazione con beneficio di inventario	227
7. La petizione di eredità	229
8. La rinuncia all'eredità	230
9. La successione necessaria	231
10. Il patto di famiglia	235

	<i>pag.</i>
11. La successione legittima	236
12. La successione testamentaria	237
12.1. Il contenuto del testamento	240
12.2. I legati	244
12.3. Le tipologie di testamento	245
12.4. La revoca del testamento	248
12.5. Le invalidità	249
12.6. L'esecutore testamentario	251
13. La comunione ereditaria	252
13.1. La collazione	254
14. Le donazioni	255

CAPITOLO VIII

I BENI

Fulvio Gigliotti

1. Oggetto, beni, patrimonio. Una premessa introduttiva	259
2. I beni e le cose (a proposito dell'art. 810 c.c.)	261
3. Principali classificazioni dei beni	264
4. I frutti	269
5. Combinazioni di beni. Cosa semplice, cosa composta e parte di cosa	270
6. Le universalità patrimoniali	271
7. Le pertinenze	272
8. I beni pubblici	275
9. Beni ecclesiastici ed edifici di culto	280

CAPITOLO IX

I DIRITTI REALI DI GODIMENTO SU COSA ALTRUI

Fulvio Gigliotti

1. Premessa: situazioni giuridiche assolute e relative	281
2. I diritti reali (di godimento): nozione e caratteristiche	283
3. Il principio del numero chiuso	286
4. Il diritto di superficie	288
5. L'enfiteusi	290
6. L'usufrutto. Nozione e caratteristiche	291
6.1. <i>Segue.</i> Oggetto del diritto	292
6.2. <i>Segue.</i> Poteri e obblighi dell'usufruttuario	293
6.3. <i>Segue.</i> Costituzione ed estinzione del diritto	294
7. Uso e abitazione	294
8. Le servitù prediali. Nozione e principi regolatori	295

	<i>pag.</i>
8.1. <i>Segue.</i> Tipologia delle servitù	297
8.2. <i>Segue.</i> Costituzione ed esercizio del diritto	298
8.3. <i>Segue.</i> Tutela delle servitù e cause di estinzione	301
9. Obbligazioni reali e oneri reali	303

CAPITOLO X **LA PROPRIETÀ**

Roberto Amagliani, Angelo Federico

1. Proprietà e costituzione: riconoscimento, garanzia e funzione sociale della proprietà	305
2. Le fonti apicali del diritto europeo	309
3. Il diritto di proprietà e la sistematica del codice	311
4. I caratteri del diritto di proprietà	312
5. Gli atti emulativi	314
6. La disciplina delle immissioni	315
7. I limiti al diritto di proprietà	317
7.1. La proprietà edilizia	317
7.2. L'espropriazione	319
7.3. La proprietà immobiliare agraria ed urbana	321
8. I modi di acquisto della proprietà	322
8.1. L'occupazione	322
8.2. L'accessione	323
8.3. Unione, commistione e specificazione	324
8.4. Alluvione, avulsione e terreni abbandonati dalle acque correnti	325
9. Comunione e condominio	325
10. La multiproprietà	327
11. Le azioni a difesa della proprietà	329
11.1. L'azione di rivendicazione	330
11.2. L'azione negatoria	332
11.3. Le azioni di regolamento di confini e di apposizione di termini	333

CAPITOLO XI **IL POSSESSO**

Roberto Amagliani, Angelo Federico, Fulvio Gigliotti

SEZIONE I

NOZIONE E PROFILI GENERALI	335
1. Nozione e fondamento della rilevanza giuridica del possesso	335
2. Possesso e detenzione	339
3. Qualificazioni e vicende del possesso	341

	<i>pag.</i>
4. Presunzioni possessorie	344
5. Restituzione della cosa e situazioni giuridiche del possessore	345
6. Il diritto di ritenzione	347
 SEZIONE II	
ACQUISTO DEI DIRITTI REALI MEDIANTE IL POSSESSO	348
1. L'acquisto della proprietà e dei diritti reali mediante il possesso: a) la regola "possesso vale titolo" nella circolazione dei beni mobili	348
2. <i>Segue.</i> b) l'usucapione (ordinaria e abbreviata): nozione, fondamento e disciplina	353
 SEZIONE III	
LE AZIONI A DIFESA DEL POSSESSO	358
1. Premessa	358
2. Azione di reintegrazione (o di spoglio)	360
3. Azione di manutenzione	362
4. Azioni di nunciazione	364

CAPITOLO XII LE OBBLIGAZIONI

Gianluca Sicchiero

SEZIONE I	
LA NOZIONE DI OBBLIGAZIONE	367
1. La nozione di obbligazione	367
2. Obbligazioni ed obblighi	369
3. Obbligazioni civili e naturali	370
4. Le obbligazioni <i>propter rem</i>	371
5. Il <i>favor creditoris</i>	371
6. Adempimento come obbligo e come diritto	372
7. Le obbligazioni nel rapporto di consumo	373
8. Le fonti	374
9. Le clausole generali	375
10. Obbligazioni governabili e non governabili (mezzi e risultato)	378
11. Obbligazioni principali ed accessorie	380
12. Obbligazioni di genere e di specie	380
13. Estinzione e trasformazione dell'obbligazione	381
 SEZIONE II	
LE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE	382
1. Obbligazioni pecuniarie	382

	<i>pag.</i>
2. Debiti di valuta e di valore	383
3. L'imputazione dei pagamenti	384
4. Gli interessi	385
 SEZIONE III	
L'ADEMPIMENTO	386
1. L'adempimento esatto	387
2. L'adempimento al creditore	387
3. L'adempimento del debitore	388
4. L'adempimento mediante altri soggetti: adempimento del terzo, delegazione, espromissione ed acollo	389
5. L'adempimento con pluralità di soggetti: obbligazioni solidali e parziarie; prestazioni indivisibili	393
6. Il regresso	394
7. La surrogazione	395
8. Modifica delle parti del rapporto: la cessione del credito	396
9. Il luogo dell'adempimento	399
10. Il tempo dell'adempimento	400
11. L'identità e l'esattezza della prestazione; le obbligazioni alternative	401
12. Cause di estinzione dell'obbligazione diverse dall'adempimento: satisfattorie e non satisfattorie	403
 SEZIONE IV	
L'INADEMPIMENTO	406
1. La mora del creditore	406
2. La mora del debitore	407
3. L'inadempimento: il problema della colpa	408
4. L'impossibilità oggettiva della prestazione	409
5. La non imputabilità	410
6. Inadempimento ed onere della prova	411
7. I patti di esclusione dalla responsabilità	412
8. Il risarcimento del danno	413
9. La perdita di <i>chance</i>	415
 CAPITOLO XIII	
LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE	
Gianluca Sicchiero	
 SEZIONE I	
LA NOZIONE DI RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE	417
1. La nozione di responsabilità patrimoniale	417

	<i>pag.</i>
2. La soggezione del debitore	419
3. Il patrimonio ed i patrimoni separati	420
4. La proprietà fiduciaria, il <i>trust</i> ed il vincolo di destinazione	421
5. I beni presenti e futuri e le limitazioni di responsabilità sui beni	423
6. Le limitazioni legali di responsabilità	424
7. Patrimonio ed insolvenza	425
8. Le crisi da sovraindebitamento	426
9. L'esdebitazione	427

SEZIONE II

I RAPPORTI TRA I CREDITORI	428
1. La <i>par condicio creditorum</i>	428
2. I patti sulla responsabilità	429
3. Il patto commissorio ed il patto marciano	430

SEZIONE III

LA TUTELA DEI CREDITORI	431
1. L'autotutela	432
2. L'inopponibilità	432
3. Il sequestro conservativo	433
4. L'azione revocatoria	434
5. L'azione surrogatoria	436

CAPITOLO XIV

LE GARANZIE DEL CREDITO

Michele Lobuono

1. Le garanzie del credito. Nozione e distinzioni	437
2. La fideiussione. Nozione, causa e oggetto. La fideiussione <i>omnibus</i>	438
3. I rapporti fra creditore e fideiussore	441
4. I rapporti tra fideiussore e debitore principale	442
5. L'estinzione della fideiussione	444
6. I contratti autonomi di garanzia	445
7. Il mandato di credito	447
8. L'anticresi	448
9. La promessa del fatto del terzo. Le lettere di <i>patronage</i>	449
10. Le cause legittime di prelazione. I privilegi	451
11. Il pegno. Nozione, caratteri ed elementi costitutivi	453
12. L'oggetto della garanzia. Il pegno <i>omnibus</i>	455
13. La vendita della cosa. L'assegnazione	457
14. L'ipoteca. Caratteri, oggetto	458
15. L'iscrizione dell'ipoteca, l'estinzione	461

CAPITOLO XV
IL CONTRATTO

Enrico Gabrielli

SEZIONE I

IL NEGOZIO GIURIDICO E IL CONTRATTO	465
1. Fatto, fatto giuridico, atto giuridico. Nozioni e distinzioni	465
2. Fatti giuridici in senso stretto e atti giuridici	468
3. Il negozio giuridico	471
4. Le teorie del negozio giuridico	473
5. Il negozio giuridico come “atto di autonomia privata”	474
6. Il contratto	478
7. Il contratto e i suoi elementi essenziali	480
8. Le “parole” del contratto	484
9. Le classificazioni dei contratti. Parte generale e parte speciale del diritto dei contratti	485

SEZIONE II

L’AUTONOMIA PRIVATA	487
1. L’autonomia privata: nozione, ambito e limiti	487
2. Autonomia privata e Costituzione	490
3. Autonomia privata e contratto	493
4. Autonomia privata e tipo contrattuale	495
5. Il principio di meritevolezza dell’interesse perseguito e la libertà di concludere contratti diversi dai tipi codificati	496
6. Contratti misti, complessi e collegati. Il contratto e l’“operazione economica”	499

CAPITOLO XVI

**GLI ELEMENTI ESSENZIALI E GLI ELEMENTI
ACCIDENTALI DEL CONTRATTO**

Stefano Pagliantini

1. Gli elementi essenziali del contratto	503
2. L’accordo delle parti	503
3. La causa	506
4. L’oggetto del contratto	512
5. La forma	517
6. Gli elementi accidentali del contratto	521
7. La condizione	521
8. Il termine	526
9. L’onere o modo	528

CAPITOLO XVII
FORMAZIONE E CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

Alessandro D'Adda

1. La conclusione del contratto: la regola generale. Le modalità di scambio di proposta ed accettazione	529
2. <i>Segue</i> . Contratti consensuali e contratti reali	532
3. L'offerta al pubblico	533
4. Revoca della proposta e dell'accettazione	534
5. La proposta irrevocabile	536
6. L'opzione	537
7. La prelazione	538
8. Il contratto aperto all'adesione	540
9. Le trattative e la responsabilità precontrattuale	540
10. La natura della responsabilità precontrattuale ed il danno risarcibile	543
11. Integrazione cogente ed inserzione automatica di clausole	545

CAPITOLO XVIII
GLI EFFETTI DEL CONTRATTO

Roberto Amagliani, Angelo Federico, Fulvio Gigliotti

SEZIONE I

IL VINCOLO CONTRATTUALE	547
1. Gli effetti del contratto e l'integrazione	547
1.1. Premessa	547
1.2. Le fonti di integrazione del contratto e l'esecuzione secondo buona fede	549
2. Contratti ad effetti reali e contratti ad effetti obbligatori. L'opponibilità e il conflitto tra più diritti personali di godimento	551
3. La vincolatività del contratto. Il mutuo dissenso, il recesso e i contratti di durata	554
4. Il principio di relatività: divieto convenzionale di alienazione, promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo	556
5. Il contratto a favore di terzi	557

SEZIONE II

IL RAFFORZAMENTO DEL VINCOLO E LA CESSIONE DEL RAPPORTO CONTRATTUALE	559
1. La clausola penale	559
1.1. La caparra	561
2. La cessione del contratto	563

SEZIONE III

RAPPRESENTANZA E CONTRATTO PER PERSONA DA NOMINARE	565
1. La rappresentanza: collocazione e funzione dell'istituto	565
1.1. Rappresentanza diretta ed indiretta	567
1.2. Rappresentanza volontaria e legale	568
1.3. La procura	570
1.4. Il conflitto di interessi	572
1.5. Il contratto con se stesso	573
1.6. Il <i>falsus procurator</i> e la ratifica	573
2. Il contratto per persona da nominare: funzione e natura dell'istituto	575
2.1. La nomina e l'accettazione	576

CAPITOLO XIX
LA SIMULAZIONE

Gianluca Sicchiero

1. La nozione di simulazione	579
2. Simulazione e riserva mentale	580
3. Simulazione ed apparenza	580
4. La simulazione nei contratti	581
5. La prova della simulazione e l'accordo dissimulato	582
6. La simulazione rispetto ai terzi	585
7. I conflitti con e tra i terzi	586
8. La simulazione degli atti unilaterali	587
9. La prescrizione dell'azione di simulazione	588

CAPITOLO XX
L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

Mauro Pennasilico

1. "Metodologia legale" dell'interpretazione e "pseudoprincipio" del gradualismo: natura e relatività delle regole ermeneutiche	589
2. Lo scopo dell'interpretazione dei contratti	590
3. Le regole ermeneutiche del codice civile: a) l'interpretazione c.d. soggettiva	592
4. <i>Segue.</i> b) l'interpretazione c.d. oggettiva	595
5. Interpretazione secondo buona fede e correzione dei contratti	597

CAPITOLO XXI
LE NULLITÀ

Giovanni D'Amico

1.	I caratteri generali	601
2.	Le nullità “di protezione”	603
3.	Le singole ipotesi di nullità del contratto: a) la c.d. “nullità virtuale” (art. 1418, 1° co., c.c.)	605
4.	<i>Segue.</i> b) le ipotesi di nullità previste dal 2° co. dell’art. 1418 c.c. La mancanza di un elemento essenziale	608
	4.1. <i>Segue.</i> L’illiceità della causa e dell’oggetto	610
5.	<i>Segue.</i> c) le nullità testuali (in senso stretto) (art. 1418, 3° co., c.c.)	612

CAPITOLO XXII
L’ANNULLABILITÀ

Giovanni D'Amico

1.	Caratteri generali	613
2.	Le singole ipotesi di annullabilità del contratto: a) l’incapacità legale	613
3.	<i>Segue.</i> b) l’errore	614
	3.1. <i>Segue.</i> Errore vizio ed errore ostativo	616
	3.2. <i>Segue.</i> c) la violenza morale	616
4.	<i>Segue.</i> c) il dolo determinante	618
	4.1. Il dolo incidente	619
5.	La disciplina dell’annullabilità	620

CAPITOLO XXIII
LA RESCISSIONE

Enrico Minervini

1.	La rescissione per lesione	623
2.	L’ambito di applicazione	625
3.	La prescrizione dell’azione e dell’eccezione	626
4.	Gli effetti della sentenza	627
5.	L’inammissibilità della convalida	627
6.	L’offerta di modificazione del contratto	628
7.	La rescissione del contratto concluso in stato di pericolo	629
8.	L’ambito di applicazione	630
9.	La disciplina	631
10.	La rescissione e la giustizia del contratto	632

CAPITOLO XXIV
LE RISOLUZIONI

Francesco Delfini

PREMESSA	635
1. Sinallagma genetico e sinallagma funzionale. Mancato funzionamento del sinallagma funzionale e rimedi	635
2. <i>Segue</i> . La tripartizione del rimedio risolutorio nel codice e le ulteriori ipotesi risolutorie giurisprudenziali	636
3. <i>Segue</i> . La risoluzione per “irrealizzabilità della causa concreta”	637
4. <i>Segue</i> . La c.d. presupposizione	637
SEZIONE I	
LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO	639
1. La tutela del sinallagma funzionale nell’art. 1453 c.c.	639
2. <i>Segue</i> . Le tre azioni concesse al contraente fedele	641
3. I presupposti della risoluzione	642
4. L’onere della prova nel giudizio di risoluzione	642
5. Le eccezioni dilatorie	643
5.1. <i>Segue</i> . La clausola “ <i>solve et repete</i> ”	644
6. Gli inadempimenti reciproci e il c.d. mutuo dissenso tacito	645
7. Risoluzione giudiziale e di diritto. Le risoluzioni di diritto: diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa, termine essenziale	647
8. Gli effetti della risoluzione	649
9. La risoluzione nel contratto plurilaterale	649
10. La limitazione o esclusione convenzionale del diritto di risolvere il contratto	650
11. La deducibilità dell’inadempimento in condizione	652
SEZIONE II	
LA RISOLUZIONE PER IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA	653
1. Inadempimento e impossibilità sopravvenuta della prestazione dedotta in obbligazione contrattuale	653
2. La disciplina del perimento della cosa nei contratti traslativi	655
3. L’impossibilità sopravvenuta nel contratto plurilaterale	657
4. La derogabilità convenzionale degli artt. 1463 ss. c.c.	657
5. Impossibilità di prestare ed impossibilità di ricevere	658
6. Inapplicabilità degli artt. 1463 e 1464 c.c. all’impossibilità della prestazione imputabile al creditore	659
SEZIONE III	
LA RISOLUZIONE PER ECCESSIVA ONEROSITÀ	661
1. La disciplina del rimedio. Contratti commutativi ed aleatori	661
2. Fondamento della disciplina	663

	<i>pag.</i>
3. I contratti assoggettabili al rimedio	663
4. La ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 1467. Il 1° co.: l'eccessiva onerosità della prestazione	664
5. <i>Segue</i> . Il 2° co. dell'art. 1467 c.c.: imprevedibilità degli eventi ed anormalità del sopravvenuto squilibrio	665
6. Risoluzione e riconduzione del contratto ad equità	666
7. La revisione del contratto e la rinegoziazione	667

CAPITOLO XXV

LE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO

Enrico Minervini

1. La standardizzazione contrattuale	669
2. Le condizioni generali di contratto	670
3. La conoscenza e la conoscibilità	671
4. La specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie	671
5. Le clausole contemplate nell'elenco	673
6. Ipotesi controverse di applicabilità dell'art. 1341, 2° co., c.c.	674
7. I moduli ed i formulari	675
8. L'interpretazione contro l'autore della clausola	676

CAPITOLO XXVI

I CONTRATTI DEL CONSUMATORE

Enrico Minervini

1. Dal controllo formale al controllo sostanziale	679
2. Il professionista ed il consumatore	681
3. Le clausole non oggetto di trattativa	682
4. Le clausole che non riproducono disposizioni di legge	683
5. Le clausole vessatorie	684
6. La trasparenza del contratto	687
7. La nullità di protezione	689
8. Le liste di clausole vessatorie	691
9. Il cumulo dei controlli formale e sostanziale	695
10. La tutela "collettiva" dei consumatori	696

CAPITOLO XXVII

IL CONTRATTO ALIENO

Giorgio De Nova

1. La nozione	699
---------------	-----

	<i>pag.</i>
2. Il fenomeno	699
3. La validità dei contratti alieni	701
4. I contratti alieni: problemi di struttura	701
5. I contratti alieni e l'interpretazione	702
6. Le clausole dei contratti alieni e la barriera del diritto italiano	703
6.1. <i>Le miscellaneous provisions</i> e le clausole di stile	703
6.2. La nullità parziale e le clausole di <i>severability</i>	704
6.3. Le clausole di limitazione della responsabilità e il limite della colpa grave	704
6.4. Le clausole <i>di sole remedy</i>	704
6.5. Il carattere commutativo del contratto e le clausole " <i>if and when</i> "	705
6.6. I limiti delle clausole sulla proponibilità di eccezioni e le clausole che escludono ogni eccezione nel <i>project financing</i>	705
6.7. Le clausole " <i>no waiver</i> " e il divieto del venire <i>contra factum proprium</i>	705
7. I contratti alieni e le norme materiali	706

CAPITOLO XXVIII LA COMPRAVENDITA

Giovanni D'Amico

1. Profili generali	707
2. La causa	708
3. L'oggetto	710
3.1. <i>Segue</i> . L'attribuzione traslativa	711
3.2. Le vendite obbligatorie	712
3.3. <i>Segue</i> . Il prezzo	716
4. L'obbligazione di consegna	718
4.1. <i>Segue</i> . La vendita con trasporto	719
4.2. <i>Segue</i> . La vendita su documenti	720
5. Le spese	721
6. L'inadempimento nel contratto di vendita	721
7. La "garanzia" del venditore nella disciplina del codice civile: premessa	722
7.1. <i>Segue</i> . La garanzia in caso di vendita di cosa (che l'acquirente ignora essere) altrui	723
7.2. <i>Segue</i> . La garanzia in caso di "evizione"	723
7.2.1. <i>Segue</i> . Le modificazioni e le esclusioni convenzionali della garanzia per evizione. La c.d. vendita <i>a rischio e pericolo</i> del compratore	725
7.3. La garanzia nell'ipotesi di cosa gravata da garanzie reali o vincoli di espropriabilità	726
7.4. La garanzia nell'ipotesi di cosa gravata da oneri e limitazioni godimento (c.d. garanzia per "vizi del diritto")	727

	<i>pag.</i>
7.5. La garanzia per i difetti “materiali” della cosa: garanzia per “vizi”, per “mancanza di qualità” e <i>aliud pro alio</i>	728
7.6. La garanzia di “buon funzionamento”	732
8. La “garanzia” nella vendita di “beni di consumo”: generalità	733
8.1. <i>Segue</i> . Il contenuto e la natura della tutela accordata all’acquirente di beni di consumo	735
8.2. La garanzia convenzionale	736
8.3. Carattere imperativo della tutela dell’acquirente di beni di consumo e nullità dei patti in deroga	737
8.4. Il diritto al risarcimento del danno	737
8.5. Il regresso del venditore nei confronti del produttore	738
9. L’autotutela nella vendita mobiliare	738
10. La vendita con riserva di proprietà	740
11. La vendita “a prova”	741
12. La vendita di eredità	742

CAPITOLO XXIX

I CONTRATTI DI TRASFERIMENTO DELLA PROPRIETÀ

Giovanni D’Amico

1. La permuta	743
2. Il contratto di riporto	744
3. Il contratto estimatorio	745
4. Il contratto di somministrazione	746

CAPITOLO XXX

I CONTRATTI DI LOCAZIONE E DI GODIMENTO

Salvatore Monticelli

1. Locazione: considerazioni generali	749
1.1. Le obbligazioni delle parti	750
1.2. Gli elementi del contratto nelle varie tipologie di locazione	751
2. L’affitto in generale	755
2.1. I diritti e gli obblighi delle parti	755
2.2. Le vicende del rapporto	756
2.3. L’affitto d’azienda	756
3. Il comodato	759
3.1. La struttura e la disciplina del comodato	760
4. Il <i>leasing</i>	761
4.1. Il <i>leasing</i> operativo	763

	<i>pag.</i>
4.2. Il <i>leasing</i> finanziario	763
4.3. Profili di disciplina del contratto, l'inadempimento dell'utilizzatore e la risoluzione del contratto	764
5. Il <i>lease-back</i>	766
6. Il <i>Rent to buy</i>	767

CAPITOLO XXXI

**I CONTRATTI DI APPALTO E
DI FORNITURA DI SERVIZI**

Salvatore Monticelli

1. L'appalto	771
1.1. L'esecuzione del contratto ed il subappalto	773
1.2. La verifica dell'opera e la garanzia	775
1.3. Il prezzo dell'appalto, le varianti e le riserve	776
1.4. L'estinzione dell'appalto	778
1.5. Gli appalti pubblici: cenni	778
2. Il contratto d'opera	779
2.1. Il contratto d'opera delle professioni intellettuali	780
3. <i>Engineering</i>	782
4. Il trasporto	782
4.1. Il trasporto di persone	783
4.2. Il trasporto di cose	784
4.3. Il trasporto con pluralità di vettori	786
4.4. I trasporti internazionali	787
5. Il noleggio	787
6. Il contratto di viaggio turistico	788
6.1. Le clausole contenute nelle condizioni generali di contratto di viaggio turistico "tutto compreso" ed il regime delle responsabilità	789
7. Il deposito	791
7.1. Il deposito in albergo	792
7.2. Il deposito nei magazzini generali	793
7.3. Il deposito irregolare	794

CAPITOLO XXXII

I CONTRATTI DI COLLABORAZIONE

Salvatore Monticelli

1. Il mandato in generale	795
1.1. Le obbligazioni delle parti	797

	<i>pag.</i>
1.2. La estinzione del mandato	798
1.3. Il mandato e gli ausiliari dell'imprenditore	799
2. Il contratto di commissione	800
3. Il contratto di spedizione	801
4. Il contratto di agenzia	802
4.1. I diritti e gli obblighi delle parti	803
5. La mediazione	805
5.1. Gli elementi caratteristici dell'attività di mediazione	807
5.2. La conclusione dell'affare e la provvigione	808
5.3. Il rapporto di mediazione e gli obblighi del mediatore	809
5.4. Il brokeraggio ed i mediatori di assicurazione	811

CAPITOLO XXXIII LA TRANSAZIONE

Gregorio Gitti

1. La nozione e la disciplina codicistica	813
2. La definizione del contratto di transazione	814
3. L'oggetto del regolamento transattivo	815
4. I requisiti dell'oggetto della transazione	815
5. La transazione ad oggetto complesso	816
6. La transazione novativa	818
7. La nullità della transazione	819
8. L'errore e gli altri vizi della volontà nella transazione. L'annullabilità del contratto e il rimedio risarcitorio	821
9. L'irrescindibilità della transazione per lesione	825
10. La risoluzione della transazione	826
11. L'eccezione di transazione	827

CAPITOLO XXXIV I CONTRATTI DI COMPOSIZIONE DELLE LITI E DEL DEBITO

Fabrizio Di Marzio

1. Negozio di accertamento	829
2. Arbitrato irrituale	830
3. Mediazione civile	832
4. Sequestro convenzionale	833
5. Cessione dei beni ai creditori	834
6. Contratti di ristrutturazione dei debiti	836

	<i>pag.</i>
7. Concordati e accordi stragiudiziali	837
8. Contratti protetti in generale. Il piano attestato	838
9. Accordi su piani attestati	839
10. Accordi di composizione della crisi	840
11. Accordi di ristrutturazione dei debiti	840
12. Convenzione di moratoria	842
13. Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa	843

CAPITOLO XXXV

I CONTRATTI BANCARI, I TITOLI DI CREDITO, GLI STRUMENTI FINANZIARI

Alberto Urbani

SEZIONE I

I CONTRATTI BANCARI	845
1. La banca nel codice civile e la progressiva evoluzione della disciplina della sua attività nella legislazione speciale	845
2. Le operazioni bancarie di raccolta del risparmio	846
3. L'erogazione del credito	848
4. <i>Segue.</i> Contratti di finanziamento socialmente tipici oppure disciplinati da leggi speciali	851
5. Gli altri contratti bancari regolati dal codice civile	854
6. La trasparenza bancaria	855
7. I riflessi della disciplina antiriciclaggio e di quella di contrasto dell'usura	856

SEZIONE II

I TITOLI DI CREDITO	857
1. Nozione e caratteristiche essenziali dei titoli di credito	857
2. Titolarità e legittimazione. Il trasferimento della titolarità	858
3. La legittimazione cartolare e le leggi di circolazione dei titoli di credito. L'ammortamento	859
4. Autonomia, astrattezza e letteralità dei titoli di credito	860
5. Il regime delle eccezioni	861
6. La "dematerializzazione" dei titoli di credito	862
7. I c.d. titoli cambiari e la responsabilità di regresso	863
8. <i>Segue.</i> La cambiale e l'assegno	863

SEZIONE III

GLI STRUMENTI FINANZIARI	865
1. Gli «strumenti finanziari» nel Testo unico della finanza e la loro intersezione con le categorie dei «valori mobiliari» e dei «prodotti finanziari»	865

CAPITOLO XXXVI

I CONTRATTI ALEATORI E L'ASSICURAZIONE

Enrico Gabrielli, Sara Landini, Gianluca Sicchiero

SEZIONE I

I CONTRATTI ALEATORI	867
1. Alea e rischio nel contratto	867
2. La definizione dei contratti aleatori. I contratti aleatori per loro natura e per volontà delle parti	871
3. Alea e tipo contrattuale	872

SEZIONE II

RENDITE, CONTRATTI VITALIZI, GIOCHI E SCOMMESSE	873
1. Rendite e contratti vitalizi, giochi e scommesse	873
2. La rendita perpetua	874
3. La rendita vitalizia	875
4. Il vitalizio atipico	876
5. I giochi e le scommesse	877

SEZIONE III

L'ASSICURAZIONE	877
1. Nozione e distinzioni	877
2. L'assicurazione contro i danni	881
3. L'assicurazione sulla vita	883
4. Coassicurazione e riassicurazione	885

CAPITOLO XXXVII

I CONTRATTI AGRARI ED AGROALIMENTARI

Giacomo Porcelli

1. Premessa. I contratti agrari ed il loro inquadramento sistematico nell'ordinamento giuridico	889
2. I contratti agrari associativi. L'evoluzione legislativa e le ragioni della loro progressiva irrilevanza nell'attuale esperienza giuridica	891
3. Il contratto di affitto di fondi rustici: tipologie e disciplina	893
4. Il mercato dei prodotti agricoli ed i rapporti commerciali nella filiera agroalimentare: considerazioni introduttive	902
5. La vendita diretta dei prodotti agricoli	903

	<i>pag.</i>
6. L'“integrazione orizzontale” e la contrattazione collettiva come strumento di riequilibrio della disparità di potere negoziale	904
7. La tutela del produttore agricolo nei contratti di “integrazione verticale”. La nuova disciplina dei contratti e delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare	906

CAPITOLO XXXVIII I CONTRATTI INFORMATICI

Giacomo Porcelli

PREMESSA	913
1. La controversa natura della categoria contrattuale in esame: considerazioni introduttive	913
2. L'uso dell'informatica in materia contrattuale. Criteri distintivi e profili qualificatori delle diverse fattispecie	914
SEZIONE I	
I CONTRATTI AD OGGETTO INFORMATICO	915
1. I contratti ad oggetto informatico: i beni. Definizioni tecniche e mezzi di tutela	915
2. Le tipologie contrattuali	918
3. Condizioni generali di contratto e tutela dell'utente	920
4. Inadempimento e strumenti di tutela alternativi alla risoluzione. Risarcimento del danno e criteri di quantificazione	923
5. Responsabilità extracontrattuale	925
SEZIONE II	
I CONTRATTI TELEMATICI	927
1. La formazione del contratto mediante strumenti informatici. Tipologie e definizioni	927
2. Inquadramento sistematico e disciplina applicabile	929
3. Le trattative e gli obblighi di formazione precontrattuale	931
4. La forma	933
5. La conclusione del contratto	935

CAPITOLO XXXIX

I CONTRATTI DELLA PUBBLICITÀ

Giacomo Porcelli

1.	Considerazioni introduttive. La pubblicità commerciale: nozione, funzione e fonti di regolamentazione	937
2.	I contratti della pubblicità: premessa. Le singole fattispecie: il contratto di agenzia pubblicitaria	940
3.	Il contratto di diffusione pubblicitaria	943
4.	Il contratto di concessione pubblicitaria	946
5.	I contratti di sponsorizzazione	948
6.	Il contratto di <i>merchandising</i>	954

CAPITOLO XL

I CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Giacomo Porcelli

1.	Premessa. L'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni	959
2.	Le fonti normative: profili qualificanti ed evoluzione legislativa	961
3.	L'attività contrattuale della P.A.: nozione ed inquadramento generale. L'esercizio "consensuale" della potestà amministrativa. L'amministrazione "per accordi". Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento. I contratti accessivi	964
4.	I contratti pubblici di diritto comune ed il relativo regime giuridico. Principi generali	966
5.	Classificazione e tipologie dei contratti pubblici: gli appalti e le concessioni	968
6.	Le procedure di scelta del contraente privato. Il sistema di evidenza pubblica	973

CAPITOLO XLI

LE PROMESSE UNILATERALI

Andrea Orestano

1.	Il principio di tipicità delle promesse unilaterali	983
2.	Il dogma del consenso e la sua revisione critica	985
3.	Dall'intangibilità alla protezione della sfera giuridico-patrimoniale altrui	986
4.	L'art. 1333 e il superamento della tipicità delle promesse	987
5.	L'area di possibile operatività della promessa unilaterale	989
6.	Riconoscimento di debito e promessa di pagamento	991
7.	La promessa al pubblico	994

CAPITOLO XLII

**LA GESTIONE DI AFFARI ALTRUI, IL PAGAMENTO-
DELL'INDEBITO E L'ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA**

Andrea Orestano

1. Premessa	997
2. La gestione di affari altrui	997
3. Il pagamento dell'indebito	999
4. L'arricchimento senza causa	1003

CAPITOLO XLIII

LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

Alessandro D'Adda, Attilio Gorassini

PREMESSA	1007
----------	------

SEZIONE I

LA FATTISPECIE GENERALE DI RESPONSABILITÀ DA ILLECITO	1008
---	------

1. La dimensione della responsabilità civile. <i>Alterum non laedere</i> e autoresponsabilità. Il fatto "qualunque" come fonte di responsabilità (come rispondere con le <i>res</i> : art. 2740 c.c.)	1008
2. La struttura della fattispecie dell'art. 2043 c.c. Elemento soggettivo ed oggettivo	1010
3. <i>Segue</i> . Il nesso di causalità (causalità materiale e causalità giuridica)	1013
4. <i>Segue</i> . Nozione e ambito della norma generale di responsabilità aquiliana	1014
5. Varianti del fatto e adattamento dell'effetto: legittima difesa (art. 2044 c.c.), stato di necessità (art. 2045 c.c.), imputabilità del fatto dannoso (art. 2046 c.c.). Le cause di giustificazione	1017
6. Concorso tra soggetti nella produzione del fatto e regola dell'art. 2055 c.c.	1019
7. Concorso del fatto del danneggiato	1019
8. Il contenuto dell'effetto giuridico: risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale	1020
9. L'attuazione dell'effetto: risarcimento per equivalente e risarcimento in forma specifica. La tutela civile inibitoria	1025
10. Prescrizione dell'azione risarcitoria	1027

SEZIONE II

LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE NON FONDATA SULLA COLPA/DOLO E FIGURE PARTICOLARI DI RESPONSABILITÀ	1027
--	------

1. Premessa	1028
2. Le fattispecie speciali di responsabilità oggettiva senza prova liberatoria	1028

	<i>pag.</i>
3. Fattispecie speciali di responsabilità “oggettiva”, ma con prova liberatoria	1031
4. Fattispecie speciali di responsabilità per fatto altrui con prova liberatoria	1033
5. La responsabilità per danni da guida di veicoli	1035
6. La responsabilità per danno da prodotto	1037
7. Il risarcimento del danno all’ambiente	1038
8. La responsabilità medica	1039

CAPITOLO XLIV
IMPRESA, LAVORO E SOCIETÀ

Lucia Picardi

SEZIONE I

L’IMPRESA	1043
1. Dall’atto di commercio all’impresa	1043
2. Soggetto, atto e attività	1045
3. L’impresa come attività produttiva	1047
4. I requisiti codicistici dell’impresa: organizzazione, professionalità, economicità	1050
5. L’impresa illecita	1053
6. Impresa e professione intellettuale	1054
7. Inizio e cessazione dell’impresa	1056
8. L’imputazione dell’attività dell’impresa	1060

SEZIONE II

LE ARTICOLAZIONI DELL’IMPRESA	1063
1. Le articolazioni della fattispecie e dello statuto dell’imprenditore	1063
2. Impresa e imprenditore commerciale	1065
3. L’imprenditore agricolo	1066
4. Il piccolo imprenditore e l’artigiano	1068
5. L’impresa pubblica	1071
6. L’impresa privata	1073

SEZIONE III

LO STATUTO DELL’IMPRENDITORE COMMERCIALE	1075
1. La disciplina generale dell’impresa	1075
2. La capacità per l’esercizio dell’impresa commerciale	1076
3. Il registro delle imprese	1077
4. La contabilità d’impresa	1079
5. <i>Segue.</i> Il bilancio di esercizio	1081
6. La rappresentanza commerciale	1082

	<i>pag.</i>
SEZIONE IV	
L'AZIENDA	1084
1. La nozione di azienda	1084
2. Il trasferimento dell'azienda: oggetto, forma e pubblicità del negozio	1086
3. Effetti del trasferimento d'azienda	1087
4. Usufrutto e affitto d'azienda	1089
SEZIONE V	
L'IMPRESA NEL MERCATO	1090
1. La tutela della concorrenza e la disciplina <i>antitrust</i>	1090
2. La disciplina della concorrenza sleale	1097
3. La nozione di proprietà industriale	1100
4. I segni distintivi	1101
5. Le invenzioni industriali	1106
SEZIONE VI	
LA COOPERAZIONE FRA IMPRESE	1111
1. I consorzi	1111
2. Il contratto di rete	1114
3. Il gruppo europeo di interesse economico	1115
4. Le associazioni temporanee di imprese	1116
SEZIONE VII	
IL LAVORO NELL'IMPRESA	1117
1. Lavoro subordinato e lavoro autonomo	1118
2. La contrattazione collettiva e lo sciopero	1119
3. Lo Statuto dei lavoratori	1122
4. La disciplina del rapporto di lavoro	1123
SEZIONE VIII	
LE SOCIETÀ	1128
1. La nozione giuridica di società	1128
2. Elementi costitutivi del contratto di società: i conferimenti	1132
3. <i>Segue.</i> L'esercizio in comune di attività economica	1135
4. <i>Segue.</i> La divisione degli utili	1140
5. Società di fatto, occulta, apparente	1142
6. I tipi di società	1144
7. Personalità giuridica e autonomia patrimoniale	1146
8. Società di persone	1148
9. Società di capitali: costituzione e finanziamento	1155
10. <i>Segue.</i> Società di capitali: la struttura organizzativa	1165

CAPITOLO XLV
LA CRISI D'IMPRESA

Andrea Maria Azzaro

1.	Le crisi dell'impresa e la tutela dei creditori. Dalla legge fallimentare al Codice della crisi e dell'insolvenza	1177
2.	I presupposti applicativi del codice della crisi e dell'insolvenza	1179
3.	Strumenti di prevenzione della crisi d'impresa: procedure di allerta e obbligo di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati	1179
4.	<i>Segue.</i> Prevenzione e monitoraggio della crisi nelle società a partecipazione pubblica	1182
5.	Strumenti di gestione della crisi d'impresa: il piano di risanamento	1183
6.	<i>Segue.</i> Le procedure giudiziali: accordi di ristrutturazione e convenzione di moratoria	1185
7.	Concordato preventivo	1187
8.	<i>Segue.</i> Concordato preventivo di gruppo di imprese	1189
9.	La liquidazione giudiziale	1190
10.	L'esdebitazione e le procedure di sovraindebitamento	1192
11.	Le procedure amministrative. Le amministrazioni straordinarie delle grandi imprese in crisi	1193

CAPITOLO XLVI
LA CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI E LA TRASCRIZIONE

Andrea Orestano

SEZIONE I

IL CONSENSO TRASLATIVO	1197
1. La immedesimazione di titolo e modo dell'acquisto nel contratto traslativo o costitutivo	1197
2. Le conseguenze dell'immedesimazione fra titolo e modo fra le parti e per i terzi subacquirenti	1198

SEZIONE II

GLI ACQUISTI <i>A NON DOMINO</i>	1201
1. Gli acquisti <i>a non domino</i> : in generale	1201
2. Gli acquisti <i>a non domino</i> legati al possesso	1203
3. Gli acquisti <i>a non domino</i> non legati al possesso	1206

SEZIONE III

LA DOPPIA ALIENAZIONE E LA TRASCRIZIONE	1213
1. La doppia alienazione mobiliare	1213

	<i>pag.</i>
2. La doppia alienazione immobiliare: la trascrizione	1214
3. La trascrizione mobiliare	1219
4. La doppia alienazione del credito e la doppia costituzione di diritti personali di godimento	1219

CAPITOLO XLVII

LA PRESCRIZIONE E LA DECADENZA

Andrea Orestano

1. La prescrizione: fondamento, ambito e termini	1221
2. La disciplina generale della prescrizione	1223
3. Sospensione e interruzione	1225
4. Le prescrizioni presuntive	1227
5. La decadenza	1228
6. Il computo dei termini	1228

CAPITOLO XLVIII

LA TUTELA DEI DIRITTI

Gianluca Sicchiero

SEZIONE I

LA TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI	1231
1. La tutela giurisdizionale dei diritti	1231
2. I riparti di giurisdizione	1232
3. Il processo civile	1233
4. La giustizia arbitrale	1235
5. Le ADR e le mediazioni obbligatorie; le negoziazioni assistite	1235
6. I rapporti regolati dal giudice	1237
7. L'efficacia delle sentenze per i terzi	1238
8. L'esecuzione forzata delle decisioni	1239

SEZIONE II

LE PROVE	1241
1. La disciplina sostanziale della prova	1241
2. L'onere della prova ed il c.d. principio di vicinanza	1241
3. Le modifiche convenzionali all'onere della prova	1242
4. Le prove documentali: le scritture ed il documento informatico	1243
5. Altri documenti	1245
6. Le copie dei documenti	1246

	<i>pag.</i>
7. La prova testimoniale	1247
8. La confessione	1248
9. Le presunzioni	1249
10. Il giuramento	1249
11. Le prove c.d. atipiche e le prove illecite	1250
 <i>Indice analitico</i>	 1251

GLI AUTORI

- Roberto Amagliani*** Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Messina
- Andrea M. Azzaro*** Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università San Raffaele di Roma
- Angelo Barba*** Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Siena
- Donato Carusi*** Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Genova
- Alessandro D'Adda*** Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
- Giovanni D'Amico*** Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria
- Francesco Delfini*** Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Milano
- Giorgio De Nova*** Professore Emerito di Diritto civile nell'Università di Milano
- Fabrizio Di Marzio*** Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università "G. D'Annunzio" Chieti-Pescara
- Angelo Federico*** Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Messina
- Enrico Gabrielli*** Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Roma "Tor Vergata"
- Fulvio Gigliotti*** Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro
- Gregorio Gitti*** Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Milano
- Attilio Gorassini*** Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria
- Sara Landini*** Professore Associato di Diritto privato nell'Università di Firenze
- Michele Lobbuono*** Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università "Aldo Moro" di Bari

<i>Enrico Minervini</i>	Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università "Federico II" di Napoli
<i>Salvatore Monticelli</i>	Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Foggia
<i>Andrea Orestano</i>	Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Perugia
<i>Stefano Pagliantini</i>	Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Siena
<i>Mauro Pennasilico</i>	Professore Ordinario di Diritto privati nell'Università "Aldo Moro" di Bari
<i>Lucia Picardi</i>	Professore Ordinario di Diritto commerciale nell'Università "Federico II" di Napoli
<i>Giacomo Porcelli</i>	Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Foggia
<i>Pietro Rescigno</i>	Professore Emerito di Diritto civile nell'Università "La Sapienza" di Roma
<i>Carlo Rimini</i>	Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Milano
<i>Gianluca Sicchiero</i>	Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università Ca' Foscari Venezia
<i>Alberto Urbani</i>	Professore Ordinario di Diritto dell'economia nell'Università Ca' Foscari Venezia
<i>Giuseppe Vettori</i>	Già Professore Ordinario di Diritto civile e di Diritto privato nell'Università di Firenze

CAPITOLO XII

LE OBBLIGAZIONI

Gianluca Sicchiero

SOMMARIO: SEZIONE I: La nozione di obbligazione. – SEZIONE II: Le obbligazioni pecuniarie. – SEZIONE III: L'adempimento. – SEZIONE IV: L'inadempimento.

SEZIONE I

LA NOZIONE DI OBBLIGAZIONE

SOMMARIO: 1. La nozione di obbligazione. – 2. Obbligazioni ed obblighi. – 3. Obbligazioni civili e naturali. – 4. Le obbligazioni *propter rem*. – 5. Il *favor creditoris*. – 6. Adempimento come obbligo e come diritto. – 7. Le obbligazioni nel rapporto di consumo. – 8. Le fonti. – 9. Le clausole generali. – 10. Obbligazioni governabili e non governabili (mezzi e risultato). – 11. Obbligazioni principali ed accessorie. – 12. Obbligazioni di genere e di specie. – 13. Estinzione e trasformazione dell'obbligazione.

1. *La nozione di obbligazione*

Il codice non fornisce una definizione di obbligazione, al contrario del contratto e dunque la nozione si ricava dalla dettagliata disciplina contenuta negli artt. 1173-1320, che il legislatore ha predisposto dettando le regole per tutti i tipi di obbligazione. In tal modo troviamo unificata la disciplina delle obbligazioni, che vale sempre salve specifiche deroghe, così com'è stato fatto per il contratto in generale (cfr. l'art. 1323).

Vale però anche qui il rilievo per cui non esiste una obbligazione astratta, così come non esiste un contratto in generale: è semplicemente una **tecnica legislativa**, anziché ripetere più volte regole uguali, le si concentrano in un corpo unitario salvo poi modificarle laddove la specifica fattispecie necessiti di soluzioni diverse.

Da questo corpo di regole ricaviamo dunque la **nozione di obbligazione**, quale **vincolo** che impone ad un determinato soggetto (il debitore) di eseguire una prestazione a favore di un altro determinato soggetto (il creditore), prestazione il cui contenuto varia a seconda delle ipotesi, non essendo limitato alle somme di denaro, come il linguaggio quotidiano può far pensare.

Anzi, il codice precisa che la prestazione che ne forma oggetto, pur dovendo essere suscettibile di **valutazione economica**, deve corrispondere ad un **interesse anche non patrimoniale** del creditore (art. 1174): il quale paga ad es. il prezzo del biglietto (ecco la valutazione economica) per vedere un concerto, tale essendo l'interesse non patrimoniale che lo spinge.

La tradizione distingue le prestazioni in tre **categorie**, sulla scorta del diritto romano: dare, fare o non fare, ma è una partizione solo scolastica e comunque incompleta, dato che non comprende ad es. l'obbligo di far acquistare la proprietà se non sia effetto immediato del contratto (art. 1476), quello di prestare una garanzia (art. 1189), quello di concludere un contratto (art. 2932), ecc., che solo forzatamente si potrebbero ricondurre a quelle ipotesi.

La prestazione dovuta viene indicata anche come credito o debito, a seconda del punto di vista da cui la si prenda in considerazione.

Il fatto che il vincolo riguardi debitore e creditore esattamente individuati distingue le obbligazioni dai diritti reali, dove il titolare vanta la propria pretesa nei confronti di chiunque. In realtà questa distinzione, generalmente condivisa, si potrebbe porre in discussione: la servitù si esercita nei confronti del proprietario del fondo servente ed è lui che deve astenersi dall'impedire il godimento. È vero che la servitù grava sul fondo servente ed è opponibile al nuovo proprietario in caso di suo trasferimento, ma è pur sempre il proprietario a dover sopportare la servitù; esistono poi diritti di credito (obbligazioni appunto) che si possono opporre anche se muti il soggetto attivo del rapporto: i diritti del conduttore nel contratto di locazione si possono opporre al nuovo proprietario del bene locato, art. 1599; il trasferimento dell'azienda porta con sé debiti e crediti nonché contratti dell'azienda (correttamente: dell'imprenditore): artt. 2558-2560.

D'altro canto le interferenze degli estranei sul godimento della servitù costituiscono fatto illecito al pari, come si dirà, delle interferenze degli estranei sul rapporto obbligatorio.

Da questo punto di vista, perciò, le distanze concettuali tra obbligazioni e diritti reali si riducono molto.

Una differenza resta comunque: le obbligazioni non possono essere possedute, al contrario dei diritti reali; potrà in casi specifici essere posseduto il documento che le incorpora (art. 1994), ma il possesso riguarderà appunto il documento, non il diritto incorporato.

La disciplina delle obbligazioni è costruita dal codice con l'indicazione delle fonti, di regole generali di comportamento e regole specifiche che riguardano il creditore, il debitore, il tempo, il luogo e le modalità di adempimento; prevede inoltre quando l'obbligazione si estingua pur senza essere stata adempiuta, come si

debba fare quando i soggetti siano più d'uno dal lato attivo o passivo. Contiene poi disposizioni che attengono alle obbligazioni pecuniarie, che sono di fatto quelle pressoché sempre presenti nei rapporti obbligatori di fonte contrattuale e così via, senza quasi lasciare alcun vuoto che impedisca di trovare risposte senza ricorrere all'analogia.

Non tutta la disciplina delle obbligazioni è però contenuta negli artt. 1173-1320: la prescrizione, che estingue il dritto, è infatti regolata nel sesto libro del codice civile, ove pure si trovano i meccanismi di esecuzione coattiva della prestazione non adempiuta, mentre il funzionamento concreto di questa attuazione forzosa è regolato dal codice di procedura civile.

La disciplina delle obbligazioni è stata pensata per quelle nascenti dal contratto, come si intuisce dal linguaggio utilizzato (es. art. 1182, se il luogo dell'adempimento "non è determinato dalla convenzione") ma vale sempre per qualsiasi obbligazione laddove non si trovino specifiche deroghe (ad es. artt. 2056 e 2058 c.c.).

Lo stesso linguaggio fa comprendere che si tratta di **norme** quasi tutte **dispositive**, rare essendo quelle imperative (art. 1418), che resistono alla diversa volontà delle parti: una di queste è l'art. 1229, che sancisce la nullità dei patti di esonero da responsabilità per dolo o colpa grave, in quanto è di interesse pubblico il fatto che il debitore non si disinteressi delle conseguenze del proprio comportamento, dato che altrimenti potrebbe creare pericoli per la collettività.

Sempre il linguaggio del legislatore utilizza talora il concetto di "validità" dell'obbligazione (art. 1939), ma in realtà l'obbligazione esiste o non esiste; vale a dire: il vincolo sorge a condizione che sussista una valida fonte, non può invece esistere ma essere invalida, come accade invece per il contratto.

Occorre infine avvisare che il lemma obbligazione ha anche altri significati giuridici: è utilizzato ad es. per descrivere i prestiti che le società contraggono sul mercato (artt. 2410 ss.): pur trattandosi anche qui di un rapporto obbligatorio, la fattispecie indica un istituto autonomo.

2. Obbligazioni ed obblighi

Il linguaggio del giurista distingue le obbligazioni da altri comportamenti cui un soggetto è tenuto nei confronti di un altro, che hanno fondamento e disciplina del tutto diversi.

Il diritto di famiglia comprende molte di queste ipotesi, denominate obblighi: ad es. quello di coabitazione, di assistenza e di fedeltà tra coniugi ma anche quello, quasi identico ad una normale obbligazione, di contribuzione economica ai bisogni della famiglia (art. 143).

Per questi obblighi si deve far riferimento alle disposizioni ed ai principi che si traggono dalla specifica materia, da cui si comprende, ad es., che sono per lo più indisponibili, cioè non possono essere oggetto di contratto, diversamente dalle obbligazioni ordinarie.

Né per queste ipotesi è pensabile l'esecuzione forzata, perché la loro violazione consentirà solo il risarcimento del danno oltre ad eventuali specifiche conseguenze, es. la separazione tra i coniugi o la diseredazione dell'ascendente (art. 448 *bis*).

In altri casi il termine obbligo è utilizzato dallo stesso legislatore per distinguere le fattispecie, ad es. in tema di alimenti (art. 433); qui tuttavia la pur rigida disciplina posta dall'art. 447 e la loro intrasmissibilità agli eredi (art. 448), che le distinguono dalle obbligazioni ordinarie, non consentono di ritenere operative altre regole dettate per i **diritti indisponibili**, quali il divieto di confessione stragiudiziale (art. 2733) e la imprescrittibilità (art. 2934) sicché, per quanto non si ricavi dalle specifiche disposizioni, varranno le regole sulle obbligazioni in generale.

3. *Obbligazioni civili e naturali*

Il codice civile ha quasi 80 anni di vita e riflette per molti aspetti la civiltà prettamente contadina del tempo; il richiamo agli usi tra le fonti di legge, oggi pressoché scomparsi, ne è testimonianza; con essi anche l'idea che le persone si sentano obbligate moralmente a comportamenti che la legge non annovera tra le fonti delle obbligazioni.

Sono le c.d. **obbligazioni naturali**, prestazioni non dovute e quindi che il creditore non può esigere; tuttavia se queste assurgano a “doveri morali o sociali” e siano eseguite spontaneamente a persona capace, allora non sarà possibile chiederne la restituzione (art. 2034). Deve tuttavia trattarsi di doveri morali o sociali e questi, nel mondo moderno in cui la conoscenza dei propri obblighi è molto più diffusa che nel passato, ben difficilmente esistono ancora al di fuori delle regole effettive.

Tra le obbligazioni naturali si indicano normalmente i debiti di gioco, che non sono debiti effettivi, cioè civili; tuttavia qui è proprio il codice a dire che il pagamento spontaneo non può essere ripetuto, cioè chiesto in restituzione (art. 1933) e quindi esiste appunto una regola specifica.

Tra le obbligazioni naturali talora si indica il pagamento di debiti prescritti; se qualcuno paga pur non dovendo, il creditore potrà trattenere quanto ricevuto a condizione che dimostri che si tratti effettivamente di doveri morali o sociali, prova davvero ardua da fornire in concreto, perché non esistono documenti che ne attestino l'esistenza.

La rilevanza economica di questa fattispecie è pressoché inesistente; le applicazioni giurisprudenziali talmente rare da dimostrare che si tratta di un relitto storico.

La relazione al codice dell'insolvenza e delle crisi di impresa (in vigore dal primo settembre 2021), relativamente all'art. 278, che tratta dell'esdebitazione, dice che questa non estingue l'obbligazione non soddisfatta, ma la rende inesigibile, “potendosi ipotizzare la persistenza di un'obbligazione naturale in capo al debitore per il pagamento del debito residuo”.

4. *Le obbligazioni propter rem*

Vi sono prestazioni obbligatorie connesse a diritti reali: ad es. il comproprietario deve partecipare alla spesa per la riparazione del muro comune se non rinuncia alla comunione (art. 882); lo stesso vale per le spese di riparazione degli argini dei fiumi (art. 917); nei condomini si è tenuti alle spese previste dal regolamento e comunque a quelle di gestione della cosa comune (art. 1123).

Si parla qui di **obbligazioni propter rem** per indicare che la prestazione è dovuta per la sola ragione della titolarità di un diritto reale; queste prestazioni non vanno confuse con l'obbligo di sopportare le attività altrui, che sono diminuzioni della consistenza del diritto di proprietà: ad es. di consentire l'accesso al confinante per le riparazioni necessarie alla sua proprietà (art. 843) oppure per consentire le riparazioni necessarie alle parti comuni dell'immobile o al vicino che intenda installare un'antenna (art. 1122 *bis*).

Con la caduta dei regimi feudali sono venuti meno una serie di obblighi che legavano le persone alla terra, ad es. le corvée, obblighi di coltivazione gratuita della terra imposta ai contadini. Inoltre con la modernità si è affermata la regola del numero chiuso dei diritti reali, la cui precedente quantità rappresentava un grave ostacolo alla circolazione dei beni. Altre esigenze della modernità fanno nascere però situazioni nuove riconducibili talora alle obbligazioni *propter rem*; ad es. il codice delle telecomunicazioni (d.lgs. n. 259/2003) all'art. 91 indica che "il proprietario è tenuto a sopportare il passaggio nell'immobile di sua proprietà del personale dell'esercente il servizio che dimostri la necessità di accedervi per l'installazione, riparazione e manutenzione degli impianti" o che "l'operatore di comunicazione durante la fase di sviluppo della rete in fibra ottica può, in ogni caso, accedere a tutte le parti comuni degli edifici al fine di installare, collegare e mantenere gli elementi di rete, cavi, fili, riparti, linee o simili apparati privi di emissioni elettromagnetiche a radiofrequenza. Il diritto di accesso è consentito anche nel caso di edifici non abitati e di nuova costruzione".

5. *Il favor creditoris*

Sebbene le disposizioni che regolano le obbligazioni siano molto dettagliate, può accadere che un determinato conflitto non sia stato previsto, specie per il moltiplicarsi di leggi speciali che si aggiungono continuamente nel diritto privato.

In tal caso è possibile comunque utilizzare un principio generale (art. 12 preleggi) che ovviamente, in quanto tale, non è scritto ma si ricava dall'intero tessuto delle regole: si tratta del ***favor creditoris***, ovvero del principio per cui, nel dubbio, si tutela il creditore anziché il debitore.

Le disposizioni dettate a favore del creditore, che verranno analizzate successivamente, sono infatti molto più numerose di quelle che, occasionalmente, proteggono il debitore: prima di tutte per importanza quella che onera il debitore di dimostrare, qualora non adempia, l'impossibilità oggettiva a lui non imputabile

(art. 1218); poi quella che vieta al debitore di adempiere con una prestazione diversa anche se di maggior valore (art. 1197); la necessità di avere il consenso del creditore se si voglia imputare il pagamento ad interessi prima che a capitale (art. 1194); le spese per l'adempimento, che sono a carico del debitore (art. 1196); il luogo del pagamento che, per le obbligazioni pecuniarie, cioè quelle più frequenti, è presso il domicilio del creditore (art. 1182); i casi di mora automatica, che includono le obbligazioni pecuniarie liquide ed esigibili (art. 1219) nonché la disciplina delle obbligazioni solidali (art. 1292 ss.) e così via.

Sono invece rare le tutele per il debitore: l'inopponibilità della sentenza ai condebitori estranei al giudizio (art. 1306), che però si spiega anche con il principio per cui la sentenza non è opponibile a chi sia stato estraneo al giudizio, non essendo tra l'altro il condebitore un avente causa del debitore convenuto in giudizio (art. 2909); la possibilità, nell'obbligazione risarcitoria da fatto illecito, di ottenere dal giudice la condanna per equivalente in denaro anziché in forma specifica se questa restituzione risulti troppo onerosa per il debitore (art. 2058).

In conclusione il *favor creditoris* è un principio generale dell'ordinamento, da utilizzarsi quindi qual criterio interpretativo suppletivo (art. 12 preleggi).

6. Adempimento come obbligo e come diritto

Mentre il debitore è tenuto all'adempimento pena il risarcimento del danno (art. 1218), il creditore non è invece normalmente obbligato a ricevere la prestazione; il debitore che voglia liberarsi potrà procedere con l'**offerta reale** della prestazione ed infine con il deposito liberatorio (artt. 1206 segg.), a spese del creditore ma senza arrivare al punto di imporgli di accettarla coattivamente.

Il legislatore non è stato però refrattario alle eccezioni: lo stesso art. 1207 dice che quando il debitore è in mora, è tenuto a risarcire il danno che ne consegue, dimostrando quindi che possono esistere ipotesi in cui il debitore ha diritto di adempiere.

Ciò accade quando l'adempimento soddisfa anche un interesse del debitore che l'ordinamento protegge: si pensi al lavoratore, il quale esplica la propria personalità nel luogo di lavoro e che per ciò solo riceve protezione (artt. 2 e 36 Cost., art. 31 Carta dei diritti fondamentali UE, art. 2087); qui il suo diritto di eseguire la prestazione lavorativa rende illegittimo il comportamento del datore di lavoro che, per sbarazzarsi del dipendente scomodo, lo paghi senza tuttavia fargli svolgere alcuna attività.

Lo stesso può dirsi anche per l'artista che ricavi dall'esecuzione in pubblico della prestazione la propria fama.

Vi sono quindi ipotesi in cui il debitore, oltre al dovere, ha anche il **diritto di adempiere**, che corrisponde ad un suo interesse apprezzabile e tutelato dall'ordinamento.

7. Le obbligazioni nel rapporto di consumo

Il **codice del consumo** (d.lgs. n. 206/2005) contiene una disciplina di ampia tutela del consumatore, ovvero la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività economica che eventualmente svolge (art. 3). Spesso questa disciplina deroga a quella del codice civile anche in tema di obbligazioni, solo ad esaminare la differenza tra garanzie dovute dal venditore in tema di vendita di beni mobili rispetto a quella ordinaria o alla dettagliatissima serie di regole riguardanti le informazioni dovute prima della conclusione del contratto.

Qui va segnalato che i **diritti** spettanti al consumatore sono **irrinunciabili** (art. 143 c. cons.), il che da un lato indica la totale rigidità della disciplina, diversamente da quella del codice civile e dall'altro conferma l'esistenza, anche in questa materia, del *favor creditoris* di cui si è appena detto.

Quanto alla loro disciplina, si può utilizzare il criterio indicato dall'art. 1469 bis che, sebbene riferito alle norme sui contatti in generale, cioè quelle del titolo secondo del libro quarto di cui parla la disposizione, vale anche per le obbligazioni: quelle del rapporto di consumo sono disciplinate dal codice del consumo (ove manca tuttavia una specifica regolamentazione) mentre il codice civile supplisce in loro mancanza. Se invece vi sia un contrasto tra disposizioni, come proprio per quelle sulla garanzia nella vendita dei beni mobili, prevarrà la disciplina del codice del consumo se sia più favorevole per il consumatore.

La recente introduzione del codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza, in vigore dal primo settembre 2021, regola ora anche la figura del consumatore che svolge attività economica (art. 1): una contraddizione in termini, evidentemente, che si comprende solo perché il legislatore vuol evitare che esistano soggetti che sfuggano alla nuova disciplina, anche a dispetto della coerenza delle definizioni che pone. Si tratterà infatti di comprendere quante operazioni economiche occorrono perché un consumatore sia attratto nella nuova disciplina, solo ad immaginare i casi della vendita del proprio telefono cellulare o del proprio autoveicolo per l'acquisto di uno nuovo, che non sembrano potersi ricondurre a quell'ipotesi.

Il codice del consumo contiene regole spesso molto dettagliate e talora in apparenza inutili, perché affermano cose già ovvie nel nostro ordinamento, quale la nullità della clausola che esonera il professionista da responsabilità per morte del consumatore; tuttavia il legislatore preferisce, in queste materie, tradurre alla lettera gli obblighi derivanti dalle direttive piuttosto che discutere su come abbia effettivamente rispettato gli obblighi che ne derivano. Si può segnalare una rilevante differenza in tema di comportamento corretto: mentre il codice civile dedica pochissime regole, tra cui l'art. 1175, all'obbligo di correttezza, viceversa il codice del consumo è pervaso da disposizioni in tema di obblighi informativi e comportamentali. Tra questi ultimi spicca la dettagliatissima disciplina sulla pubblicità e sulle pratiche commerciali relative ai prodotti ed ai servizi (artt. 18 ss.), che sanziona anche: le omissioni ingannevoli (art. 22), le pratiche aggressive (art. 24), le molestie (art. 25) o le discriminazioni (art. 30), aggiungendo al diritto al risarcimento del danno anche sanzioni pubblicistiche (art. 27).

8. Le fonti

Si parla di **fonti** (o anche di titolo) **delle obbligazioni** (art. 1173) per indicare da dove il vincolo sorga; le principali sono il contratto, fonte volontaria ed il fatto illecito, fonte che prescinde dalla volontà di crearle; le altre sono indicate genericamente con il richiamo ai fatti e agli atti idonei a produrle secondo l'ordinamento giuridico. In tal senso può ricordarsi come l'art. 23 Cost., sebbene pensato per i rapporti con il potere pubblico, contenga un riferimento che costituisce l'essenza anche del diritto privato: nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge, vale a dire che nessuno è mai tenuto ad alcunché verso altri senza una disposizione che lo preveda.

Nessuno è quindi soggetto alle altrui pretese se manchi la propria volontà di vincolarsi, beninteso al di fuori delle specifiche previsioni di legge, quale ad es. l'obbligo di risarcire un danno cagionato ad altri, cui si è tenuti in ogni caso proprio perché la legge lo prevede (art. 2043).

Le ipotesi in cui le interferenze di altri esistano a prescindere dalla propria volontà, vanno correttamente ricondotte ad altre fattispecie, perché il potere che hanno i genitori sui figli minori costituisce in realtà una **funzione**, quella genitoriale (art. 316), cioè un potere attribuito nell'interesse non dei genitori ma dei figli, il cui scorretto esercizio ne può causare la perdita (art. 330).

Si parla talora di **obbligazioni ex lege** per dire che queste sorgono automaticamente dalla legge (si pensi agli obblighi *propter rem*), ma tutte le obbligazioni derivano sempre dalla legge, nel senso che è questa ad individuarne le fonti, come precisa proprio l'art. 1173. Il rapporto obbligatorio nascerà quindi solo in presenza dei comportamenti in forza dei quali la specifica regola prevede il sorgere di un'obbligazione. In tal senso la circostanza per cui l'acquirente di un'azienda risponde dei debiti contratti dal cedente (art. 2560) è una conseguenza certamente prevista dalla legge, ma deriva dal fatto di essere acquirenti dell'azienda, così come l'obbligo di risarcire il danno nasce dalla legge, ma appunto perché si è commesso un fatto illecito.

La prima delle fonti indicate nell'art. 1173 è il **contratto**, che obbliga ad adempiere alle prestazioni in esso dedotte ed a quelle imposte dalla legge (art. 1374); poi vi è il **fatto illecito**, che obbliga a risarcire il danno (art. 2043); infine c'è il rinvio agli **altri atti o fatti previsti in generale dalla legge**. Può trattarsi di **fatti della natura**, come l'avulsione (art. 944), di **fatti umani** come la percezione dei frutti da parte del possessore non proprietario (art. 1150), il pagamento indebito (artt. 2033 e 2036) o l'arricchimento senza causa (art. 2041), di obbligazioni derivanti da **atti giuridici altrui** come l'onere apposto all'istituzione di erede o di legato (art. 647) o l'obbligo del rimborso delle spese per le riparazioni straordinarie al possessore anche di mala fede (art. 1150) o da **atti giuridici propri**, come la promessa del fatto del terzo (art. 1381), la gestione di affari (art. 2028), l'acquisto di un bene in comunione o di un immobile in un condominio, che comportano l'obbligo di partecipare alle relative spese (artt. 1104 e 1123).

Quanto agli altri atti giuridici, occorre ricordare il principio di **tipicità delle promesse** (art. 1987), per cui non ogni dichiarazione unilaterale è fonte di obbligazioni, ma solo quella ammessa dalla legge; ad es. la sola promessa di trasferire un immobile non obbliga a farlo.

Obbligazioni possono derivare anche da **atti a causa di morte**, come il testamento: quando questo preveda un onere a carico dell'onerato, chiunque abbia interesse può agire per l'adempimento (art. 648); anche qui tuttavia l'onerato sarà obbligato solo se abbia accettato l'eredità o se non abbia rifiutato il legato e dunque occorrerà pur sempre il concorso della sua volontà.

Il codice contiene tuttavia solo una parte delle fonti delle obbligazioni; un'imponente massa di regole si trova invece nelle c.d. **leggi speciali**, che hanno il medesimo valore del codice e che sono talora anteriori, come per la disciplina dell'assegno bancario (r.d. n. 1736/1933) e della cambiale (r.d. n. 1669/1933).

Le fonti sono ovviamente diverse se l'obbligazione intercorra tra soggetti di cui uno solo sia italiano: se anche l'altro sia cittadino dell'UE si applicheranno i regolamenti sulle obbligazioni contrattuali (Reg. CE 593/2008, c.d. Roma I) ed extracontrattuali (Reg. CE 864/2007, c.d. Roma II); se invece l'altro sia extracomunitario, si applicherà la disciplina di diritto internazionale privato di cui agli artt. 57 ss. della l. n. 218/1995; naturalmente esistono regolamenti dell'Unione europea e specifiche convenzioni su materie particolari.

9. Le clausole generali

La disciplina delle obbligazioni contiene anzitutto alcune **clausole generali**: sono regole dette anche a trama aperta, perché la loro formulazione è vaga e non prevede comportamenti immediatamente identificabili nel loro contenuto.

Così ad es. per l'obbligo di correttezza che grava su entrambe le parti (art. 1175) o per quello di diligenza del debitore (art. 1176): come intendere allora questi termini, dato che impongono pur sempre un comportamento?

Il problema nasce dall'impossibilità di regolare tutti i fatti della vita: per quanto il legislatore voglia essere analitico, non sarebbe mai in grado di ipotizzare tutto ciò che possa concretamente accadere. La soluzione dei problemi non può quindi essere data mediante una produzione frenetica ed inarrestabile di regole: si è invece seguita, sia pure in taluni ambiti ma comunque relevantissimi, una strada diversa, che consenta al giudice di valutare il caso concreto alla luce delle circostanze del momento.

Se ad es. il debitore, per pagare il proprio debito, si presentasse dall'avvocato mentre sta discutendo la causa (è un caso inglese reale, del XIX sec.), con questo comportamento, astrattamente esecutivo dell'obbligo, sarebbe invece scorretto, perché lo disturberebbe nell'esercizio del suo lavoro. Chi per pagare un debito si presenti con una massa di monetine di piccolo taglio, come ogni tanto si sente nei fatti di cronaca, oltre a non sapere che il creditore può rifiutarsi di ricevere più di

50 pezzi monetari (art. 11 Reg. CE 974/1994 del Consiglio), si comporta in modo scorretto, perché in quel modo intende evidentemente arrecare un inutile disturbo al creditore.

Il problema connesso all'uso di queste clausole consiste nel timore di arbitri da parte del giudice, che interpreti in modo tutto personale i concetti sottesi dalle clausole generali: tuttavia egli dovrà sempre motivare la decisione, sulla cui ragionevolezza il controllo di ultima istanza spetta alla cassazione (art. 360, n. 3, c.p.c.), sicché quello è un timore eccessivo rispetto ad un uso positivo della regola, trattandosi invece di utilizzare le relative applicazioni, in quanto ragionevoli, in modo da attribuire un significato operativo alle regole stesse (*magis valeat quam pereat*).

Queste applicazioni hanno consentito ad es. di ritenere scorretto il rifiuto del creditore di ricevere un acconto sul danno di cui chiedo il risarcimento oppure di esigere improvvisamente il pagamento in denaro quando fino a prima si erano accettati assegni bancari, così come sarà scorretto il debitore che pretendesse di adempiere con modalità petulanti, come negli esempi sopra indicati.

La funzione delle clausole generali si realizza dunque in divenire, mediante la selezione delle ipotesi condivise che hanno individuato soluzioni ragionevoli a problemi imprevedibili e che segnano la strada per decidere i casi simili che si presentino nuovamente.

In talune ipotesi è peraltro lo stesso codice ad indicare il comportamento doveroso: ad es. nell'art. 1177, ove si precisa che l'obbligo di consegnare una cosa comprende anche quello di custodirla fino alla consegna sicché, se anche nulla sia stato detto dalle parti, la correttezza del comportamento avrà un'indicazione testuale.

Quanto alla diligenza del **"buon padre di famiglia"** imposta al debitore dall'art. 1176, questa si riferisce ad una figura astratta (il *pater familias*) che però, da questo punto di vista, non esisteva nemmeno al tempo dei romani, cui invece la formula fa riferimento anche secondo la Relazione al codice (n. 559), come se quella diligenza avesse mai avuto una qualche concretezza.

Si dice allora che il richiamo al buon padre di famiglia non vada inteso come riferimento storico ma deontologico, indicando cioè un comportamento cui deve tendere il debitore quando adempia.

Senonché anche questa lettura non è realistica, perché tantomeno esistono criteri medi di comportamento o standard professionali cui si possa far riferimento: a ben vedere, anzi, se esistessero indici di questo tipo, allora il debitore dovrebbe semplicemente osservare le regole che li contemplassero, il che non accade, dato che questi documenti e quelle regole non ci sono.

Lo stesso vale per il richiamo alla diligenza specifica delle professioni, cui fa rinvio il 2° co. della disposizione: laddove ad es. i codici deontologici delle singole professioni indichino comportamenti che il professionista deve osservare, allora dovrà rispettare quelle prescrizioni e quindi non si tratterà di diligenza astratta ma di adempimento in concreto; in mancanza di regole di dettaglio, non vi saranno invece nemmeno quei criteri per la determinazione dell'esattezza dell'adempimento.

Come si può giudicare la diligenza prestata a proposito del contenuto di un valido ricorso in cassazione, dell'estetica di un progetto architettonico, della valutazione del prudente realizzo dei crediti appostati in bilancio, di una cura prestata ad una persona travolta da un treno e così via?

Questa disposizione serve invece al giudice per decidere se l'atteggiamento concretamente tenuto in un caso, possa ritenersi o meno ragionevole rispetto alle alternative che si sarebbero potute seguire in quel contesto: anche qui, come si è fatto per la clausola generale della buona fede contrattuale (art. 1375), le pronunce della giurisprudenza consentono di creare una casistica cui fare successivamente riferimento.

Ad es. i giudici hanno ritenuto negligente l'avvocato che chieda la decisione della causa senza domandare al cliente quali siano i mezzi di prova da indicare o il medico che curi il paziente fidandosi solo delle indicazioni date dal medesimo, decisioni manifestamente più ragionevoli di quelle che avessero in ipotesi fornito la risposta contraria.

Qui se ne trae perciò il principio per cui, nell'adempimento di obbligazioni professionali, è diligente ai sensi dell'art. 1176 il debitore che assuma tutte le informazioni che possano occorrere all'esecuzione della prestazione, regola affermata dai giudici e che si dimostra ragionevole e condivisibile sebbene non enunciata dal codice, essendo testuale quella per cui il debitore professionale deve informare il creditore cliente dei costi e dei rischi della prestazione (art. 9 d.l. n. 1/2012 convertito dalla l. n. 27/2012).

Altra regola che nasce in egual modo attiene al divieto per il debitore di una prestazione professionale, di accollare al cliente creditore il rischio della prestazione che si manifesti durante la sua esecuzione senza consultarlo per avere il suo consenso c.d. informato.

Si parla anche e più in generale di **obblighi di protezione**, per riferirsi ai comportamenti che, pur non previsti dalla legge, sono dovuti perché attengono a quanto necessario per l'adempimento: anche qui la casistica nasce dalle innumerevoli decisioni che hanno valutato la ragionevolezza di un comportamento rispetto a quello opposto e che, per essere state generalmente condivise, si sono consolidate.

Altra regola generale di fonte giurisprudenziale è il c.d. **contatto sociale**, istituito su cui molti autori non sono concordi. La Cassazione lo definisce come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi art. 1174, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, in forza degli artt. 2 Cost. e 1175 e 1375 del codice. I giudici ritengono che operi in campo **contrattuale**, ove consisterebbe in un autonomo obbligo di condotta che si aggiunge e concorre con l'adempimento dell'obbligazione principale, in quanto diretto alla protezione di interessi ulteriori della parte contraente, estranei all'oggetto della prestazione contrattuale, ma comunque coinvolti dalla realizzazione del risultato negoziale programmato. Opera però soprattutto in campo **extracontrattuale**, in particolare in ambito medico, ove è sorto al fine di agevolare la prova, che altrimenti incomberebbe

sul danneggiato (art. 2697), tanto del danno, quanto del nesso di causalità con il comportamento del medico, quanto della colpa del medesimo.

Non sempre tuttavia le regole generali hanno una operatività concreta: l'art. 1178 dispone che chi deve consegnare **cose di genere**, deve garantire che abbiano le **qualità medie** del genere cui appartengono; senonché, mancando qualsiasi listino o indice legale sulle qualità medie dei prodotti, la regola è inutile ed infatti non se ne rinvengono applicazioni effettive. D'altronde se quegli indici esistessero, allora non si tratterebbe più di rispettare le qualità medie, ma di garantire le qualità prescritte!

10. *Obbligazioni governabili e non governabili (mezzi e risultato)*

Ha oltre un secolo una distinzione che, sebbene riferita alla letteratura francese e talora a quella tedesca, fu formulata da un italiano nel 1917, che distingue le **obbligazioni** in due categorie: sarebbero **di mezzi** quelle in cui il debitore può essere solo diligente ma non può garantire al creditore il risultato cui miri, mentre le obbligazioni **di risultato** consisterebbero nelle ipotesi in cui il debitore può sicuramente eseguire le prestazioni dovute e rispetto alle quali è adempiente solo facendo avere al creditore quanto promesso.

Un esempio del primo caso è la prestazione del medico, che può impegnarsi a prestare ottime cure ma non può garantire la guarigione; uguale la posizione dell'avvocato, che non può garantire la vittoria nella causa per quanto si attivi con tutte le proprie capacità. Anche il mandatario si obbliga a concludere gli atti per i quali ha ricevuto il mandato, ad es. a vendere un bene, ma non è detto che trovi un acquirente (cfr. l'art. 1710).

Qui l'adempimento si avrebbe perciò quando l'impegno profuso sia adeguatamente diligente, a prescindere dal fatto che il creditore ottenga ciò che desiderava.

Un esempio del secondo caso è l'obbligazione dell'appaltatore: questo è un contratto a suo rischio (art. 1655) e dunque solo eseguendo l'opera a regola d'arte sarà adempiente, non potendo lamentare a proprio favore l'esistenza di difficoltà particolari inerenti l'esecuzione della prestazione.

È una distinzione che si è attirata molte critiche, tanto che a diversi autori e ad alcune pronunce è parsa essere ormai senza valore; infatti secondo una lettura davvero autorevole, anche le prestazioni di mezzi sarebbero in realtà di risultato: il risultato consisterebbe nel prestare una diligenza adeguata alla prestazione dovuta (ecco dunque la perdita di senso della distinzione).

Secondo altra lettura, pure questa molto autorevole, anche nelle prestazioni di risultato, invece, conterebbe la diligenza adeguata al caso, non potendosi pretendere un impegno straordinario con costi eccessivi per il debitore.

Il problema di queste teorie è che riconducono le prestazioni dovute dal debitore tutte in blocco in uno dei due campi: o mezzi o risultato, mentre in realtà è facile notare come anche nelle attività professionali occorra distinguere.

Un medico non può promettere la guarigione, al di là delle statistiche che indicano percentuali per le singole malattie; tuttavia è tenuto, perché può, a non dimenticare una pinza nella pancia del paziente; un avvocato non può promettere la vittoria nella causa; tuttavia deve, perché può, depositare gli atti in giudizio entro i termini stabiliti dal codice.

In ogni attività esistono cioè prestazioni che il debitore non è in grado di assicurare ed altre, anche molto complesse, in cui può, così come vi sono attività in cui il legislatore non assegna rilievo alle difficoltà di realizzazione, in quanto sono possibili, altro essendo il problema dei costi.

È quindi più corretto distinguere tra **obbligazioni governabili**, per riferirsi a quelle che rientrano nella sfera di controllo del debitore (e per le quali sole può operare l'esimente del caso fortuito o della forza maggiore) ed **obbligazioni non governabili**, cioè quelle il cui risultato, pur sperato dal creditore, non è certamente assicurabile dal debitore.

Come vedremo poi, per le prime il debitore è adempiente solo quando abbia eseguito esattamente la prestazione, salva la prova dell'impossibilità oggettiva non imputabile (art. 1218); per le seconde il difetto, già ricordato in precedenza, di regole inerenti la diligenza da prestarsi in concreto (altrimenti si tratterebbe di obbligazioni governabili), comporta che il debitore dovrà adempiere a quegli obblighi per lo più informativi e di protezione che appariranno ragionevolmente necessari nel singolo caso ed ovviamente prestarsi per eseguire la propria attività, avendo diritto al compenso pattuito anche se non raggiunga il risultato sperato.

L'autore della tesi per cui anche le attività professionali sono di risultato, questo coincidendo con un'attività adeguata e diligente, fu Luigi Mengoni, uno dei massimi giuristi del secolo scorso, ma una replica puntuale fu di un francese (Thon) il quale scrisse che il cliente non si rivolge al medico perché sia diligente ma perché lo guarisca. Il fatto è che ciò che vuole il cliente creditore non rientra sempre nella disponibilità del professionista debitore: l'avvocato non può promettere la vittoria della causa, perché non la decide lui ma il giudice, che può non convincersi delle tesi difensive: da questo punto di vista la prestazione è dunque necessariamente aleatoria. Quanto alla diligenza da prestare, è sempre mancata una doverosa attenzione al fatto che la stessa non è descrivibile ed infatti non è documentata se non con termini autoreferenziali che richiamano sempre se stessi (diligenza, preparazione, adeguatezza, ecc.). Alle volte si hanno dati statistici, come nella medicina, ove si verifica che, a determinate condizioni, vi è una percentuale di guarigione che arriva fino ad una certa misura, sicché oggi si è codificata in leggi recenti (n. 189/2012 e n. 24/2017) la diligenza del medico che segua le pratiche condivise dalla letteratura scientifica, questa essendo il miglior comportamento che si possa pretendere da lui; escluso tuttavia il raggiungimento del risultato. Per l'avvocato questo è impossibile, in quanto il diritto è una scienza umana fondata sul linguaggio delle regole, soggette ad interpretazione, non una scienza esatta, difettando del suo carattere imprescindibile, ovvero la verificabilità in laboratorio ed essendo anzi connotato da continui cambiamenti delle opinioni della giurisprudenza: tale parte della sua attività, dunque, non è governabile. Nessuno tra coloro

che parla di diligenza riferendola all'avvocato è infatti mai stato capace di indicare con certezza come si scriva un diligente ricorso in Cassazione; la legge dice infatti cosa si deve includervi, ma non come lo si deve scrivere.

11. *Obbligazioni principali ed accessorie*

Si è già visto che l'obbligo di consegnare comprende quello di custodire (art. 1177) e che le parti sono tenute reciprocamente ad un comportamento di correttezza (art. 1175) che, in caso di obbligazioni contrattuali, corrisponde all'obbligo di eseguire il contratto in buona fede (art. 1375).

Da ciò si ricava più in generale la presenza di **obbligazioni accessorie** a quella principale, talora indicate come **obblighi di protezione**, che non sono sempre testualmente previste, la cui funzione è di preservare la sfera economica e giuridica dell'altra parte e che trovano fondamento nel vincolo di **solidarietà sociale ed economica** contenuti nell'art. 2 Cost.

Che siano obbligazioni accessorie rispetto a quella principale non significa che la loro importanza sia secondaria: il professionista è tenuto al segreto sulle informazioni che riceve dal cliente e quest'obbligo è sanzionato penalmente (art. 622 c.p.); il datore di lavoro è tenuto a pagare lo stipendio ma anche a garantire un luogo di lavoro salubre (art. 2087 c.c.); chiunque, per adempiere, riceva dalla controparte comunicazione dei suoi dati personali, è tenuto a chiederle il consenso per il trattamento ed a custodirli adeguatamente: qui le sanzioni arrivano a 10 milioni di euro (art. 83 Reg. UE 2016/679).

Più in generale il principio, formulato per la buona fede contrattuale ma identico per gli obblighi derivanti dal dovere di correttezza, è che ciascuno è tenuto a qualsiasi comportamento necessario per preservare gli interessi dell'altra parte, laddove questo non comporti un sacrificio eccessivo dei propri interessi.

Quali siano questi comportamenti, ovviamente laddove non testuali, si dovrà desumere dal contesto della situazione specifica, secondo **ragionevolezza**: si tratta pur sempre di doveri derivanti da clausole generali, quelle sopra menzionate, la cui funzione è di consentire la valutazione di ciò che accade in concreto.

12. *Obbligazioni di genere e di specie*

L'oggetto della prestazione può essere rappresentato da un bene sostituibile con altro di identiche qualità; a parte il denaro, che come mezzo di scambio viene in considerazione per il suo potere di acquisto e non per l'identità della banconota, si può pensare ad un modello di autoveicolo o di altri beni prodotti in serie; si parla qui di **beni di genere** (o **fungibili**), per contrapporli a quelli **di specie** (o **infungibili**), ognuno dei quali è unico ed insostituibile.

Chi deve consegnare un bene di genere è adempiente quando il bene appartie-

ne alla categoria di appartenenza; il codice dice in realtà che il bene deve possedere le qualità medie del prodotto (art. 1178), ma laddove esistono descrizioni del prodotto, queste non sono più qualità medie ma specifiche di quella categoria merceologica.

Esistono ad es. svariati tipi diversi di petroli, a seconda della quantità di zolfo e di altre sostanze chimiche che sono presenti, sicché solo rispettando le proporzioni tra componenti di una determinata qualità di petrolio si può dire che il bene sia quello promesso: come si comprende o le qualità del prodotto sono quelle specifiche o ciò che si consegna non è ciò che si è promesso.

Invece laddove ci si riferisca ad un bene prodotto in serie, non esistono le sue qualità medie: o è il prodotto di quella serie, ognuno sostituibile da altri o non è quel prodotto; si noti che non si parla di eventuali difetti del singolo bene, perché questi ne rappresentano vizi, non mancanza di qualità.

Il bene di specie non è invece sostituibile da altri: perso quello, non ve ne saranno più di uguali, come si comprende pensando ad es. ad un quadro o a un cavallo da corsa.

La stessa considerazione si può ripetere per le obbligazioni aventi oggetto una prestazione di fare: alle volte è possibile che, se il debitore non si presti, sia sostituito da altri, ad es. se si tratti di demolire un muro, trasportare un bene ecc.

In altri casi conta invece la persona del debitore, come si dirà presto: non è la stessa cosa essere curati da un certo medico o da un altro oppure essere assistiti in giudizio da un certo avvocato o da un altro: si parla allora di *intuitus personae* per riferirsi alla fiducia specifica nella persona, che rende insostituibile il soggetto prescelto.

13. Estinzione e trasformazione dell'obbligazione

Poiché il diritto di credito è il diritto di pretendere l'**adempimento della prestazione**, quando il debitore la esegua **esattamente**, cioè con le modalità che si indicheranno, allora la pretesa si estinguerà, essendo stata soddisfatta e verrà quindi meno il rapporto obbligatorio.

Può però accadere che l'obbligazione si estingua per ragioni diverse dall'adempimento, di cui pure si parlerà od infine che il debitore non adempia, in tutto o in parte ed allora il rapporto obbligatorio resterà in essere fino alla sua prescrizione.

Il creditore, per evitare la prescrizione ma soprattutto per avere la propria soddisfazione, si attiverà allora in sede giudiziaria (art. 2907) dove, a seconda dei casi, potrà ricevere la prestazione ottenendola in modo coattivo o per equivalente in denaro, oltre al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento: nel secondo caso vi sarà una **trasformazione del rapporto obbligatorio**, in quanto, al posto della prestazione originariamente dovuta, il debitore dovrà pagare una somma di denaro, essendo molto più rare le ipotesi in cui debba eseguire una prestazione alternativa.

Se poi concretamente il debitore nulla riesca a ricavare, resterà definitivamente deluso: come verrà indicato trattando della responsabilità patrimoniale, non esiste più il carcere per debiti e quindi ad un inadempimento definitivo e senza ristoro patrimoniale non c'è alcun rimedio.

SEZIONE II

LE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE

SOMMARIO: 1. Obbligazioni pecuniarie. – 2. Debiti di valuta e di valore. – 3. L'imputazione dei pagamenti. – 4. Gli interessi.

1. *Obbligazioni pecuniarie*

Il codice ha dedicato varie disposizioni all'obbligazione più ricorrente, cioè quella di pagare una somma di denaro; importanti regole sono contenute poi in leggi speciali, come si è già visto.

Talora sono disposizioni che hanno trovato fin qui applicazione una sola volta, come quella che prevede che le obbligazioni pecuniarie si adempiono con la valuta corrente al momento della scadenza (art. 1277): un debito contratto in lire nel 2000 si è dovuto adempiere in euro se pagato dopo il cambio della valuta avvenuto nel 2001.

La regola principale è il c.d. "**principio**" **nominalistico** (che non è un principio in senso proprio ma una disposizione espressa): un debito di un certo ammontare si paga in quella esatta misura alla sua scadenza (art. 1277). Il denaro produce infatti interessi solo dopo la scadenza del termine per l'adempimento (art. 1282), salve le ipotesi in cui la legge disponga diversamente, ad es. per il contratto di mutuo (art. 1805), in cui il capitale ricevuto a prestito si restituisce a rate ma maggiorato degli interessi concordati.

Se la prestazione va adempiuta in Italia, il creditore può esigere che si paghi in euro anche se l'importo fosse stato determinato in altra moneta, es. dollari, yuan, sterline (art. 1278), salvo si opti per quella valuta con la **clausola "effettivo"** (art. 1279).

Poiché il denaro si presta facilmente ad operazioni illecite, i pagamenti sono disciplinati anche dal d.lgs. n. 231/2007, sulla **prevenzione del riciclaggio**: è importante ricordare che vieta i pagamenti in contanti, attualmente da 2.000 euro compresi in su (art. 49), senza rendere illecito il contratto ma sanzionando chi violi il divieto (art. 58): questi pagamenti possono quindi effettuarsi solo mediante

assegno circolare o bancario non trasferibile o mediante bonifico bancario (art. 49), in modo che siano sempre identificabili chi paga e chi riceve il denaro.

Oltre che dal codice e dal d.lgs. n. 231/2007, la materia è regolata anche dal già ricordato Reg. CE 974/1994 del Consiglio, relativo all'introduzione dell'euro e dal d.lgs. n. 213/1998, avente il medesimo oggetto.

Nella seconda decade del secolo è emerso imponente il fenomeno delle c.d. monete complementari, ovvero delle monete elettroniche e delle valute digitali. Anzitutto per **moneta elettronica** in senso proprio ci si riferisce ad un meccanismo di pagamento valido ed efficace ed infatti regolato dal testo unico bancario, che lo consente solo alle banche ed agli istituti di moneta elettronica (artt. 114 *bis* ss. d.lgs. n. 385/1993) ed al momento non hanno diffusione. Molto più importante è invece il fenomeno dei *Bitcoins* e delle altre c.d. criptovalute, quali *Ethereum*, *Monero*, *Dash*, *Zcash*, ecc.: qui non si è in presenza di monete in senso proprio, perché non esiste un'autorità centrale che le emetta e, soprattutto, che ne garantisca il valore e l'efficacia come mezzo di pagamento. Si tratta di pseudo valute, la cui efficacia si fonda su una tecnologia informatica davvero avanzatissima (la *blockchain*) che ne impedisce la contraffazione, ma che non garantisce che il loro potere di acquisto abbia stabilità, in quanto da un lato dipende dal numero di persone che aderiscono a questi sistemi, dall'altro è legato al fatto che gli ordinamenti non li vietino o escludano l'anonimato della titolarità (che può agevolare il riciclaggio), mentre sono nel contempo soggette a speculazioni elevatissimo (nel 2018 Bitcoin ha subito una perdita di oltre il 50% rispetto a dicembre 2017).

Ulteriore ed ancora diverso fenomeno è quello dell'utilizzo di **unità di conto virtuali** per favorire lo scambio tra imprese: la prima in Italia e molto studiata all'estero di queste convenzioni per la sua efficacia e continua espansione è stata il Sardex, in cui ogni unità corrisponde ad un euro e viene utilizzata tra i soggetti che aderiscano al circuito Sardex: si tratta a ben vedere di un'unità di conto che consente la permuta di beni o servizi in assenza di liquidità e fondata su un prestito iniziale che poi viene rimborsata. Poiché la Banca d'Italia ha posto limiti territoriali a questo sistema, ne sono sorti altri, come il circuito Venetex o il circuito Piemex.

2. *Debiti di valuta e di valore*

La distinzione tra debiti di valuta e di valore interessa per la decorrenza degli interessi, di cui si dirà subito.

Debito di valuta è quello che ha per oggetto una somma di denaro liquida (ovvero quantificata) ed esigibile, ad es. il prezzo della vendita, sicché dal momento della scadenza dovranno essere corrisposti gli interessi.

Debito di valore è quello in cui il denaro risarcisce un danno e quindi la somma, anche se è subito esigibile, non è tuttavia liquida, perché il danno va determinato nel suo ammontare: ad es. nel caso di incidente stradale, chi lo ha cagionato è subito in mora (art. 1219) ed il danno andrebbe risarcito immediatamente, ma ovviamente va quantificato.

La regola applicata è nel senso che l'ammontare del danno debba essere adeguato al momento in cui la sentenza lo liquida e quindi può essere superiore a quello del giorno in cui accadde il danno, perché sono cambiati i valori a causa dell'inflazione o per altre ragioni di mercato; d'altro canto potrebbero anche essere diminuiti, posto che nel 2016 abbiamo assistito ad una diminuzione dei prezzi dovuta alla deflazione.

Dal momento della liquidazione ad opera del giudice e non da prima, decorreranno gli interessi sulla somma dovuta, poiché altrimenti si produrrebbe l'effetto di far conseguire al creditore più di quanto lo stesso avrebbe ottenuto in caso di tempestivo adempimento della obbligazione.

Peraltro i giudici ritengono talora che sulla somma dovuta a titolo di valore del bene perduto, siano dovuti gli interessi del tempo intercorso, giustificando l'affermazione sull'esigenza di reintegrare il patrimonio del creditore danneggiato di una somma che equivalga al danno a suo tempo subito, ma anche di ristorarlo della mancata disponibilità della stessa nel tempo intercorso tra il sinistro e la liquidazione. Questo risarcimento viene determinato attribuendo interessi che si qualificano compensativi sulla somma decorrenti dal danno, che però viene liquidata in base al valore del danno al momento della decisione.

Senonché questo meccanismo è inutilmente tortuoso ed infatti dà luogo ad interpretazioni contrastanti: quando il giudice liquida il danno, deve calcolarlo al momento della decisione in ogni sua componente che sia stata dimostrata dal creditore, quindi includendo anche il danno derivante dalla mancata disponibilità del bene, utilizzando a tal fine il criterio equitativo previsto dall'art. 1226 se il danno non si possa quantificare agevolmente, pur sussistendo.

3. *L'imputazione dei pagamenti*

Chi abbia più debiti omogenei può **scegliere quale adempiere**, altrimenti l'art. 1193 indica un ordine (quello scaduto; tra più scaduti quello meno garantito ecc.) e pretendere una quietanza di pagamento (art. 1195), che ha valore di confessione dell'intervenuto adempimento (artt. 2730 e 2735).

Chi paga una parte del debito non può però decidere unilateralmente di attribuire il pagamento al capitale anziché alle spese ed interessi (art. 1194) perché, come subito vedremo, il capitale produce interessi e gli interessi invece no (art. 1283) e dunque se scegliesse di imputare il pagamento parziale a capitale, impedirebbe il maturare degli interessi sulla parte non pagata e rappresentata da interessi scaduti.

Le spese dell'adempimento sono a carico del debitore (art. 1196) e quindi gravano su di lui sia i costi in senso proprio dell'adempimento (ad es. la commissione bancaria per effettuare il bonifico o quelle notarili se la quietanza serve per la rinuncia all'ipoteca legale, art. 2878) sia le imposte, ad es. quella di bollo e quella di registro sulla quietanza (art. 1199); è un altro esempio del *favor creditoris*.

4. *Gli interessi*

Gli interessi sono i **frutti civili** (art. 820) che il denaro produce dalla scadenza del termine o dal momento in cui siano dovuti e maturano giorno per giorno (art. 821) fino al pagamento; gli interessi scaduti, però, non producono a propria volta interessi: è il c.d. **anatocismo** o in termini attuali, la **capitalizzazione degli interessi**, che è vietata salve alcune eccezioni (art. 1283).

Le eccezioni più importanti sono: un accordo tra creditore e debitore ma successivo alla scadenza del debito e la domanda giudiziale; in entrambe le ipotesi occorre che si tratti di interessi scaduti da oltre sei mesi; altra eccezione è nel testo unico bancario (art. 120 d.lgs. n. 385/1993), che a seguito di molte modifiche intervenute in pochi anni prevede ora un'ipotesi complicata di capitalizzazione degli interessi.

Gli interessi si distinguono in **convenzionali** se sono determinati dalle parti e **legali** se sono invece determinati dal codice; gli interessi **corrispettivi** sono quelli che le parti indicano come compenso per la disponibilità del denaro, ad es. quelli versati assieme al capitale nel rimborso del mutuo; quelli **moratori** decorrono quando il debitore è in mora; interessi **compensativi** sono invece quelli previsti dall'art. 1499 sul prezzo ancora da pagare, quando la cosa venduta e consegnata sia fruttifera, dato che i frutti spettano al proprietario (art. 821 c.c.), che appunto non ha però ancora pagato il corrispettivo al venditore.

Il codice prevede anzitutto la misura degli interessi legali laddove le parti non li abbiano determinati; questa misura, rimasta ferma per cinquant'anni, è stata poi modificata una prima volta nel 1990 e poi, dal 1996, viene aggiornata di anno in anno con un decreto del ministero dell'economia (art. 1284).

Nei contratti è normale fissare un tasso di interessi diverso e questo accade sempre nei mutui, in quanto quello legale non è remunerativo (nel 2020 è pari allo 0,05% annuo; nel 2019 era pari allo 0,8% mentre era dello 0,3% nel 2018 e dello 0,1% prima); è solo necessario che il tasso sia **pattuito per scritto** (art. 1284).

Tuttavia la legge vieta di pattuire interessi esosi in misura tale da essere ritenuti **usurari**; il c.d. **tasso soglia** oltre il quale si commette il delitto di usura (art. 644 c.p.) e, nel mutuo, non sono più dovuti interessi (art. 1815) è determinato anche qui di anno in anno con apposito decreto del ministero dell'economia (art. 2 l. n. 108/1996).

Stante il contenzioso elevatissimo che la materia produce, specie in relazione alle incertezze della giurisprudenza, il legislatore ha chiarito con legge di interpretazione autentica che il superamento del tasso soglia produce usura solo se avvenga al momento della pattuizione degli interessi (art. 1 l. n. 24/2000), non se il tasso, inizialmente conforme, superi poi nel tempo le nuove soglie indicate di anno in anno dal ministero.

La giurisprudenza della Cassazione ha in tal senso chiarito che non si può configurare la nozione di usura sopravvenuta, come molti tribunali ritenevano invece possibile.

Così come non sono ammessi interessi troppo alti, non sono consentiti – ma nei soli rapporti tra imprese – interessi troppo bassi, perché questo costituirebbe

un **abuso di dipendenza economica** (cfr. l'art. 9 l. n. 192/1998) da parte dell'impresa forte nei confronti delle imprese creditrici che debbano accettare condizioni inique di mercato.

L'impresa forte, infatti, ha interesse ad investire la liquidità in mercati remunerativi e quindi cerca di posticipare i propri pagamenti oppure di fissare interessi di mora particolarmente bassi e questo è stato appunto vietato su spinta del legislatore comunitario.

Il d.lgs. n. 231/2002 vieta quindi sia i ritardi nei pagamenti sia di pattuire interessi di mora iniqui in danno del creditore (art. 7), dovendo rispettare quelli fissati sulla base del c.d. tasso di riferimento determinato dal ministero dell'economia (art. 5), che si sostituisce a quello difforme con il meccanismo previsto dall'art. 1339.

Una modifica del codice civile ha poi previsto che gli interessi così determinati valgano anche negli altri rapporti, cioè anche se una o entrambe le parti non siano imprese, in caso di lite giudiziaria o arbitrale, qualora non abbiano determinato loro la misura degli interessi di mora (art. 1284).

Gli interessi di mora sono dovuti automaticamente quando scade il termine per l'adempimento; essendo obbligazioni da eseguire presso il creditore (art. 1182), non occorre infatti la costituzione in mora (art. 1219); è però escluso il caso degli interessi sui canoni di locazione (art. 1282): qui, salvo patto contrario, a tale preciso scopo occorre che il pagamento sia richiesto.

Alcune prime applicazioni giurisprudenziali relative all'introduzione del 4° e 5° co. dell'art. 1284, che applicano gli interessi previsti dal d.lgs. n. 231/2002 anche ad altri rapporti, valorizzano il requisito della mancata determinazione del saggio degli interessi, per dire che questa regola si applica solo agli interessi per debiti derivanti da fonte contrattuale, sola ipotesi in cui si prospetterebbe la determinazione pattizia degli interessi. Così facendo, però, viene meno la funzione deterrente della disposizione e si dimentica che spesso il linguaggio delle obbligazioni sembra riferirsi solo a quelle di fonte contrattuale (es. artt. 1182 o 1183), mentre la disciplina si applica a tutte le obbligazioni. La risposta contraria a quella proposta dalla Cassazione si argomenta facilmente dal fatto che, nei debiti di fonte extracontrattuale, le parti (ovviamente) non hanno determinato la misura degli interessi, sicché si applicano anche il 4° e 5° co. dell'art. 1284. Infine la tesi restrittiva induce a non adempiere; chi ha interesse a pagare un debito se gli interessi di mora sono pari allo 0.05%, come per il 2020?

SEZIONE III

L'ADEMPIMENTO

SOMMARIO: 1. L'adempimento esatto. – 2. L'adempimento al creditore. – 3. L'adempimento del debitore. – 4. L'adempimento mediante altri soggetti: adempimento del terzo, delegazione, espromissione ed accollo. – 5. L'adempimento con pluralità di soggetti: obbligazioni solidali e parzia-

rie; prestazioni indivisibili. – 6. Il regresso. – 7. La surrogazione. – 8. Modifica delle parti del rapporto: la cessione del credito. – 9. Il luogo dell'adempimento. – 10. Il tempo dell'adempimento. – 11. L'identità e l'esattezza della prestazione; le obbligazioni alternative. – 12. Cause di estinzione dell'obbligazione diverse dall'adempimento: soddisfatorie e non soddisfatorie.

1. *L'adempimento esatto*

Il codice pretende che **l'adempimento sia esatto**: così l'art. 1218. Ciò significa che qualsiasi difformità, sia in termini di tempo che di modalità di esecuzione, costituisce inadempimento: non esiste infatti una via di mezzo tra adempiere e non adempiere e la terminologia che talora si riscontra (adempimento inesatto) in realtà è scorretta.

Si è però già detto sopra e si dirà ancora che il **principio di solidarietà costituzionale** (art. 2 Cost.), in uno con quello di correttezza (art. 1175), possono talora influire sulla valutazione del comportamento del debitore, perché l'ordinamento non tutela pretese di diritto privato basate sull'astratto rispetto della legge.

Già il codice di procedura civile chiede che la domanda giudiziale sia sorretta da un **interesse ad agire** (art. 100 c.p.c.) e questo interesse, dal profilo privatistico, deve essere **apprezzabile**, essendo ormai accettato il principio giurisprudenziale in forza del quale la solidarietà costituzionale impone al creditore ogni comportamento che non rappresenti, appunto, un sacrificio di un suo apprezzabile interesse.

Quindi laddove non esistano regole particolari (cfr. l'art. 1522) oppure accordi specifici sulle modalità di adempimento (v. ad es. gli artt. 1456 e 1457), un banale ritardo nell'esecuzione della prestazione costituirà certamente inadempimento, ma non per questo potrà generare il diritto al risarcimento del danno, che infatti deve essere sempre dimostrato concretamente dal creditore (art. 2697) quando non sia liquidato automaticamente dalla legge, come avviene per la corresponsione degli interessi in caso di ritardo nei pagamenti.

In tema di obbligazioni, l'adempimento e l'inadempimento sono considerati di per sé, in relazione al vincolo che lega i due soggetti ciascuno dei quali ricopre un solo ruolo nel rapporto, debitore o creditore, ma se invece la questione emerga in ambito contrattuale, le conseguenze potranno produrre effetti ulteriori: il grave inadempimento, infatti, può generare la risoluzione del contratto (artt. 1453 e 1455).

2. *L'adempimento al creditore*

Il ***favor creditoris*** si manifesta anzitutto in questa sede: l'adempimento è esatto solo se avviene a mani del creditore e non di altri, a meno che non sia stato il creditore stesso ad indicare un soggetto che possa ricevere per lui (c.d. **indicatario per il pagamento** o *adiectus solutionis causa*, art. 1188).

Inoltre il creditore deve essere capace, altrimenti il debitore non si libera, salvo dimostri che la prestazione è stata effettuata a suo vantaggio (art. 1190), ad es. il pagamento è stato versato sul conto corrente del creditore.

Infine sebbene il codice preveda che il debitore si liberi se paghi a colui che, secondo le circostanze, appare legittimato a ricevere (c.d. **creditore apparente**, art. 1189), la giurisprudenza aggiunge, sebbene il codice non lo dica, che occorre a tal fine anche il concorso del fatto del creditore. E così mentre il debitore si libera pagando a chi si trovi alla cassa del negozio, anche se non sia il vero cassiere – qui concorre il mancato controllo del creditore sui propri locali – non si libera invece se paghi a mano del falso esattore delle bollette delle utenze che si presenti a casa sua, perché il creditore non può controllare tale situazione.

Si noti che sebbene il codice usi proprio la parola pagamento, le regole devono intendersi riferite all'adempimento in generale, a prescindere cioè dall'oggetto della prestazione.

3. *L'adempimento del debitore*

L'adempimento è un obbligo per il debitore, che non può quindi dolersi di essere stata incapace al momento in cui l'abbia eseguito (art. 1191); da ciò si ricava trattarsi di **fatto giuridico umano** ovvero di **atto giuridico in senso stretto** (e non di negozio), nel senso che l'obbligazione si estinguerà quand'anche risultasse viziata la volontà del debitore di adempiere.

Vero è che talora la prestazione da eseguire consiste invece proprio in un atto giuridico, come la conclusione del contratto definitivo dopo che sia stato concluso un contratto preliminare.

In questo caso può essere che l'incapacità naturale consenta di valutare la regolarità dell'adempimento: nel senso che, laddove il definitivo si discostasse dal preliminare, l'incapace potrebbe chiederne l'annullamento se ricorrano i presupposti indicati dall'art. 428, mentre in caso contrario difetterebbe il requisito del grave pregiudizio.

Il creditore può invece “impugnare il pagamento” se, quando lo abbia ricevuto, ignorasse in buona fede che i beni non appartenevano al debitore (art. 1192): qui prevale l'interesse morale a non ricevere dal debitore l'adempimento effettuato con beni di altri, sebbene la sua buona fede potrebbe impedire a questi ogni azione (art. 1153).

Nel passato non recente si discusse molto della rilevanza della volontà del debitore nell'adempimento; una teoria affermava che il violinista ubriaco non potesse ritenersi adempiente quand'anche avesse suonato magistralmente. Sono questioni che hanno perso importanza perché vanno esaminate da altro punto di vista: quando il creditore abbia ricevuto ciò che gli spetta, l'obbligazione si estingue e non ha alcun senso interrogarsi sul c.d. *animus solvendi*; quando invece si tratti di prestazioni di fare, può essere che il debitore le

esegua in condizioni inadeguate (il calciatore che ha passato la notte in discoteca gioca malamente) e qui allora verrà in esame l'adeguatezza del comportamento tenuto dal debitore, ma non la sua volontà di adempiere.

4. L'adempimento mediante altri soggetti: adempimento del terzo, delegazione, espromissione ed acollo

Alle volte può accadere che il debitore intenda sostituire altri a sé nell'adempire; basti pensare alle attività d'impresa, dove è normale che l'imprenditore si avvalga dei propri dipendenti per eseguire la prestazione promessa, ovviamente rispondendo egli in prima persona dell'adempimento, perché i dipendenti non possono considerarsi estranei (cioè terzi) rispetto al debitore, ma suoi ausiliari (art. 1228).

La regola generale è che il creditore non può rifiutare l'adempimento per la ragione che provenga da un terzo, pretendendo cioè che sia il debitore in persona ad eseguire la prestazione. Il codice fa salva però l'ipotesi in cui il creditore vi abbia un legittimo interesse (art. 1180): questo accade se si tratti di attività in cui rilevano le qualità del debitore, ad es. l'assistenza di un medico o di un avvocato, non essendo lo stesso chi adempia. Qui esiste infatti un divieto per il debitore di farsi sostituire da altri, come si ricava sia dalla menzione dell'interesse del creditore contenuta nell'art. 1180, sia dalla specifica regola prevista per il mandato (art. 1717), sia dalla disposizione dettata in tema di professioni intellettuali (art. 2232).

Il rifiuto è però talora legittimo anche per le prestazioni di denaro: se adempie un imprenditore insolvente in luogo del debitore, l'adempimento potrebbe essere soggetto alle azioni revocatorie previste dal codice delle crisi di impresa e dell'insolvenza (in vigore dal primo settembre 2021), cioè con necessità di restituirlo agli organi della procedura; inoltre il creditore è ben legittimato a rifiutare denaro che provenga da un personaggio discusso, quale un mafioso o un politico corrotto.

Qui dunque egli può pretendere l'esecuzione dalla persona del debitore.

Il debitore può inoltre manifestare al creditore la propria opposizione a che adempia un estraneo, fosse anche uno stretto parente, anche solo perché non vuole che lo si consideri incapace di pagare i propri debiti ed in tal caso il creditore potrà rifiutare la prestazione del terzo; tuttavia questa è una **facoltà**, non un obbligo: il legislatore tutela l'interesse del creditore ad essere soddisfatto (*favor creditoris*), rispetto a quello del debitore di adempiere personalmente.

Queste regole affrontano ovviamente il problema in astratto: com'è infatti che qualcuno paga un debito di altri? Può succedere per errore, ma allora il codice disciplina i meccanismi di restituzione con la ripetizione (cioè restituzione) dell'indebito (non dovuto) negli art. 2033 ss.; oppure e come accade normalmente, vi sono degli accordi tra le parti diretti a soddisfare in tal modo i reciproci interessi.

L'intrecciarsi dei rapporti economici crea infatti meccanismi di adempimento diretti a semplificare gli spostamenti della ricchezza: il creditore può ad es. chiedere al proprio debitore di pagare l'importo a lui dovuto, non a sé ma ad un terzo, creditore del creditore, in modo che con una sola operazione si soddisfino due rapporti. Questo è tra l'altro il meccanismo che si realizza mediante l'assegno bancario: il correntista ordina alla banca (sua debitrice per le somme depositate in conto corrente) di pagare la somma indicata nell'assegno al soggetto cui intesta il titolo.

L'ipotesi ora indicata è la **delegazione di pagamento**: il creditore (delegante) chiede al debitore (delegato) di pagare la somma ad un terzo (delegatario); la **delegazione** è titolata o **causale** se menziona il rapporto esistente tra delegante e delegatario, altrimenti è **astratta** (l'assegno bancario ad es. non può menzionare il rapporto sottostante tra il traente ed il prenditore).

Il delegato non è obbligato ad eseguire la delegazione se non vi sia un accordo in tal senso (art. 1268), accordo che la legge vieta tuttavia per l'assegno bancario, nel senso che la banca può rifiutare il pagamento, come fa quando abbia dubbi sulla bontà del titolo o manchi la valuta.

È un meccanismo simile, se non identico, all'indicazione per il pagamento contenuta nell'art. 1188, in cui il creditore indica al debitore a mani di chi eseguire la prestazione dovutagli: si noti che nessuna disposizione prevede che il delegatario sia creditore del delegante (potrebbe essere che il delegante intenda mutuare la somma al delegatario), così come nessuna disposizione lo impone a proposito dell'indicatario per il pagamento, sebbene appaia ovvio che un qualche rapporto con questo soggetto debba sussistere.

È chiaro quindi che questi modi di adempiere si comprendono alla luce dei rapporti sottostanti, che indicano la **funzione economica** che si vuol realizzare tramite gli stessi.

Il delegatario può **accettare la delegazione** ed in tal caso dovrà rivolgersi per l'adempimento prima di tutto al delegato: tale obbligo si qualifica come di **pre-ventiva escussione**, anche se in realtà sarà il delegato stesso a presentarsi a lui per adempiere. Il delegatario può anche liberare il proprio debitore (il delegante), accollandosi il rischio che il delegato non adempia; ciò che accade, a ben vedere, è quindi la sostituzione della persona del debitore (c.d. novazione soggettiva di cui si dirà).

Se invece non lo libera, l'estinzione del debito avverrà solo con l'adempimento.

Quando l'accordo coinvolga tutti i soggetti, ovvero se il delegato si obblighi ad adempiere al delegatario ed il delegatario accetti la delegazione, sorgerà un contratto con tre parti, che ha la stessa sostanza del contratto a favore di terzo quando questi dichiara di voler approfittare della stipulazione (art. 1411).

Il delegato può opporre al delegatario le **eccezioni** relative ai loro rapporti personali (art. 1271): ad es. che è a propria volta suo creditore, facendo valere la compensazione; non può invece opporgli le eccezioni che avrebbe potuto opporre al delegante, rapporto cui il delegatario è infatti estraneo, ad es. che egli fosse a propria volta creditore del delegante.

Può invece opporgli la nullità del rapporto (art. 1271), ovvero le eccezioni dalle quali risulti l'invalidità del titolo dal quale sarebbe dovuta derivare l'obbligazione che avrebbe dovuto legare delegante e delegatario, es. che il contratto da cui sorge il debito sia nullo per qualsivoglia ragione (art. 1418). Se infatti manca un'obbligazione tra delegante e delegatario, l'adempimento del delegato a mani del secondo sarebbe privo di ragione (**difetto di causa**).

Si parla invece di nullità della doppia causa quando la **delegazione** sia **astratta** e siano nulli tanto il titolo che lega delegante e delegatario, quanto quello tra delegato e delegante: in questo caso il delegato che abbia adempiuto ha diritto di ripetere il pagamento dal delegatario.

Il delegato non può nemmeno opporre al delegatario le eccezioni relative ai rapporti del delegatario con il delegante, cui il delegato è estraneo, se nella delegazione non si è fatto espresso riferimento a queste eccezioni (art. 1271); quindi non potrà contestargli, ad es., di non aver eseguito, a favore del delegante, la controprestazione relativa al contratto da cui nasce il credito oggetto di delegazione di pagamento.

Si ha invece **espromissione** quando qualcuno assuma spontaneamente il debito di altri verso il creditore, senza che vi sia delegazione del debitore (art. 1272); ad es. un genitore assume il debito del figlio, senza che questi glielo abbia chiesto: espromittente (chi assume il debito) ed espromesso (il debitore originario) diventano quindi obbligati in solido se il creditore non liberi il secondo, applicandosi la disciplina delle obbligazioni solidali che verrà trattata.

Qui, come nella delegazione, l'espromittente non può opporre al creditore le eccezioni fondate sui propri rapporti personali con il debitore espromesso, dato che il creditore è estraneo a quel rapporto, ma può far valere le eccezioni che il debitore gli avrebbe potuto opporre, esclusa la compensazione ed escluse le eccezioni personali.

Più frequente è l'**accollo**, che è un accordo tra debitore (accollato) e terzo (accollante), che manca nell'espromissione, in forza del quale il terzo assume il debito verso il creditore.

Ad es. chi compra un immobile gravato da ipoteca a garanzia del mutuo concesso da una banca, talora si accolla il mutuo, cioè appunto si obbliga a pagarlo e questo sia perché il venditore si vuol liberare dal debito, sia perché l'acquirente vuol poter pagare a rate una parte del prezzo. Questa operazione viene di solito realizzata in accordo con il creditore, che libera il debitore originario, senza il quale il venditore resterebbe infatti vincolato.

Sebbene il codice nulla dica, è ovvio che in questi casi l'accollante non manterrà il diritto di regresso per i debiti che si sia accollato, perché è normale che il corrispettivo che paga nell'operazione ove ha luogo l'accollo, venga ridotto dell'importo oggetto dell'accollo medesimo.

Può tuttavia risultare il contrario se l'accollante si limiti ad eseguire la prestazione che l'accollato al momento non possa prestare, appunto mantenendo il regresso.

Si parla di **accollo interno** (o anche di “**manleva**”) per riferirsi al patto che lega solo accollante ed accollato: il primo si obbliga a rimborsare al secondo le somme che debba pagare al proprio creditore; in questa ipotesi il creditore non ha alcuna azione verso l'accollante.

Si parla invece di accollo in senso proprio o anche di **accollo esterno** quando il creditore aderisce all'accordo, cui è altrimenti estraneo, come nel caso sopra descritto del mutuo bancario. Qui l'accollante diventa suo debitore e il rapporto viene ricondotto al contratto a favore di terzo (art. 1411), nel senso che diventa irrevocabile quando il creditore dichiara di volerne approfittare.

In questo caso perché il debitore originario sia liberato, occorre che il creditore lo dichiari espressamente, altrimenti accollante ed accollato saranno obbligati in solido verso di lui (art. 1273).

È importante evidenziare che tutte le volte in cui il creditore liberi il debitore originario, perderà le garanzie verso di questo anche se il nuovo debitore non adempia; il codice fa salvo il patto contrario (art. 1275).

Delegazione, espromissione ed accollo vengono qualificati come accordi a causa esterna perché dai medesimi, nella loro astrattezza, non risulta appunto la ragione economica che li giustifichi; poiché il nostro ordinamento attribuisce efficacia solo processuale alle promesse di pagamento o alle dichiarazioni di debito (artt. 1987 e 1988), queste fattispecie sono efficaci negli stessi limiti, quando difetti un valido rapporto causale sottostante. La disciplina dell'assegno e della cambiale fa salva infatti tra le parti la c.d. azione causale, cioè la possibilità far valere le eccezioni che derivano dai rapporti per il cui adempimento sia stato emesso un assegno o firmata una cambiale. Nella vita quotidiana questi accordi sono però realizzati per soddisfare interessi per lo più economici: l'accollo è utilizzato ad es. nelle operazioni in cui si trasferiscono beni o partecipazioni societarie, perché il venditore vuol essere (giuridicamente) certo che, secondo i patti, l'acquirente pagherà i debiti pregressi liberandolo dagli stessi ed a prescindere dal fatto che talora questo è comunque obbligato per legge (es. art. 2560 o, nel condominio, art. 63, 4° co., disp. att.). L'espromissione può servire a chi paga per surrogarsi nelle garanzie del debitore espromesso, in modo da munirsi di una causa di prelazione che non aveva e così via; nulla esclude però che questi meccanismi possano servire per atti di liberalità indiretta (art. 809). La giurisprudenza ritiene che l'espromissione pura, cioè senza accordi tra debitore originario ed espromittente, non dia a questo alcuna azione per recuperare quanto pagato in vece del debitore originario. In realtà la tutela concessagli è comunque quella generale e sussidiaria dell'arricchimento senza causa (art. 2041), di cui altrimenti si gioverebbe il debitore, liberato dal debito e senza nulla rimborsare a chi lo abbia soddisfatto al suo posto, considerando poi che l'espromittente non potrebbe nemmeno avvalersi della tutela per l'indebito soggettivo contro il creditore soddisfatto, dato che l'art. 2038 pretende che il *solvens* si creda debitore a causa di un errore scusabile.

5. L'adempimento con pluralità di soggetti: obbligazioni solidali e parziarie; prestazioni indivisibili

Molto spesso dal lato passivo o dal lato attivo del rapporto o da entrambi ci sono più soggetti, ipotesi da non confondere con la nozione di parte contrattuale: più proprietari di un bene lo vendono a più persone; ad una persona succedono più eredi; più persone hanno commesso un fatto illecito che ha danneggiato diverse altre persone.

Il codice regola in linea generale i rapporti tra questi soggetti, salve le eccezioni (es. artt. 752 e 1295 per i debiti ereditari) e salvo patto contrario ove la fonte sia contrattuale, anche qui sulla base quasi sempre del *favor creditoris*: quando più sono i debitori, essi sono **automaticamente obbligati in solido** verso il creditore (art. 1294), di modo che egli potrà chiedere l'intero adempimento anche ad uno solo di questi (art. 1293), a propria scelta (art. 1296).

Alle volte la solidarietà passiva è ovvia: se la prestazione oggetto dell'obbligazione è **indivisibile**, es. la consegna di una cosa determinata, andrà necessariamente eseguita interamente. Può essere tuttavia che la prestazione, divisibile in natura, sia considerata indivisibile dalle parti, che vogliano certezza sul fatto che solo la sua integrale esecuzione costituisca adempimento e che tale esecuzione possa essere chiesta anche ad uno solo dei condebitori o essere eseguita anche a mani di uno solo dei concreditori (artt. 1316-1319). L'indivisibilità opera anche nei confronti degli eredi (art. 1318) e se questo è ovvio per le prestazioni materialmente indivisibili, rappresenta ancora un esempio di *favor creditoris* per le prestazioni indivisibili per volontà delle parti, derogando infatti alla diversa regola posta dall'art. 752.

Peraltro anche se la prestazione sia divisibile il creditore potrà rifiutare l'adempimento parziale offerto da uno dei condebitori (art. 1181), laddove non ricorra una delle eccezioni ammesse.

Il *favor* emerge anche dal fatto che il debitore richiesto dell'adempimento non può opporre al creditore le eccezioni personali spettanti agli altri (art. 1297); che può opporre la compensazione dei crediti vantati da altri concreditori solo per la quota a carico del concreditore (art. 1302); che i condebitori devono farsi carico dell'impossibilità imputabile della prestazioni relativa ad uno di loro (art. 1307); che gli atti con cui si interrompe la prescrizione verso un condebitore, la interrompono verso tutti (art. 1310); che se il creditore rinuncia alla solidarietà verso un condebitore, la mantiene verso gli altri (art. 1311).

Tuttavia vi sono effetti che giovano ai condebitori se il creditore non si avvale della protezione che il codice gli concede: così per la transazione (art. 1304), di cui gli altri condebitori possono avvalersi qualora non sia stata pattiziamente ristretta ai soli transigenti. Inoltre l'estinzione parziale della prestazione per volontà di un concreditore, opera solo a suo danno; tuttavia se gli altri concreditori intendano ricevere la prestazione indivisibile, dovranno rimborsare al debitore il valore della parte estinta o addebitarla tra loro (art. 1320).

Vi sono infine effetti che sono limitati al solo condebitore, come quello della sentenza resa nel giudizio cui non siano stati convenuti gli altri condebitori (art. 1306, ma qui ostano anche ragioni processuali, cfr. l'art. 102 c.p.c.) o la costituzione in mora (art. 1308) o la sospensione della prescrizione (art. 1310, 2° co.): qui allora gli altri condebitori non saranno pregiudicati da tali eventi.

Talora nella solidarietà passiva il codice chiede che il creditore domandi la prestazione prima ad uno dei condebitori per rivolgersi agli altri se questi non adempia: è il c.d. **onere di preventiva escussione**, che mantiene la solidarietà ma fissa un ordine di adempimento. Questo accade ad es. per i debiti delle società di persone, dovendosi appunto escutere prima il patrimonio sociale e poi quello dei singoli soci (art. 2268); invece nella fideiussione tale onere sussiste solo se sia pattuito tra le parti (art. 1944).

Mentre la legge presume la solidarietà quando più siano i debitori, dispone invece la **parziarietà** quando più siano i creditori e quindi ogni creditore potrà domandare al debitore solo la propria quota (art. 1314). A ben vedere anche questa regola tutela i creditori, perché ognuno potrà domandare al debitore ciò che gli spetta e questi non può liberarsi decidendo di eseguire l'intera prestazione a mani di uno solo, accollando agli altri creditori il rischio che questi trattenga la quota loro spettante.

La parziarietà soffre però di alcuni limiti: ad es. se gli eredi incarichino uno di loro di eseguire la prestazione, questi dovrà eseguirla interamente (art. 1315).

Ovviamente vi sarà solidarietà attiva se la prestazione sia indivisibile o se venga pattuita.

Qui in linea generale la disciplina è basata sugli stessi meccanismi: ogni creditore è tutelato dalle eccezioni che il debitore può opporre agli altri (artt. 1297, 2° co.; 1300, 2° co.; 1301, 2° co.; 1302 2° co.), mentre si propagano tra creditori gli effetti positivi degli atti di uno di loro (art. 1308, 2° co.): sono tutte espressioni del *favor creditoris*.

6. Il regresso

Il condebitore che adempia oltre la propria quota ha diritto di recuperare dagli altri le quote a loro carico fino alla misura del di più pagato: è il **regresso** (art. 1299).

Tali quote si presumono uguali (artt. 1298, 2° co. e 2055), contando anche il *solvens*, sicché se i debitori fossero tre ed uno abbia adempiuto, avrà diritto a chiedere agli altri un terzo ciascuno; è fatto salvo il caso in cui l'obbligazione sia stata contratta nell'interesse esclusivo del *solvens* (art. 1298): se il fideiussore paga il debito del garantito, ha regresso per l'intero importo pagato, perché appunto egli è solo un garante e non ha un debito proprio.

Il codice usa termini che possono ingenerare equivoci: parlando di obbligazione "contratta" nell'interesse di uno dei condebitori, sembra alludere alla sola fonte

contrattuale, ma non è così. Vi sono varie ipotesi in cui si può essere tenuti a pagare per debiti di altri: es. nel fatto illecito (artt. 2047-2049, 2054, 3° co.); qui pure il regresso del *solvens* è dato per l'intero verso l'autore del fatto.

Se uno dei debitori è insolvente, la perdita si divide fra tutti (art. 1299, 2° co.); quindi se i debitori siano tre ed uno sia insolvente, chi ha pagato avrà regresso per la metà della prestazione.

Si noti che anche se i condebitori siano tre o più, chi agisce in regresso si troverà di fronte ad un caso di parziarietà anziché di solidarietà (art. 1298).

Ovviamente non ha senso parlare di regresso in caso di obbligazione indivisibile per natura: qui se la questione non sia stata regolata in un accordo, allora troverà soluzione solo con le regole sull'arricchimento senza causa (art. 2041); può aversi invece in caso di obbligazione indivisibile per accordo tra le parti (art. 1316).

Il regresso è escluso se, come può accadere per la fideiussione, paghi il debitore principale, il quale ovviamente non ha regresso verso il proprio garante; è esclusa anche se paghi l'assicuratore quando sia tenuto in solido (art. 2054; v. altrimenti l'art. 1917, 2° co.), dato che proprio in forza del contratto di assicurazione, l'assicurato ha diritto di essere tenuto indenne dal sinistro.

Diverso è il caso dell'assicurazione qualora paghi l'assicurato, perché l'assicuratore non ha provveduto: qui in forza del contratto di assicurazione, più che di regresso in senso proprio dovrà parlarsi di adempimento (coattivo) della prestazione assicurativa chiesta dall'assicurato.

Si può avere **regresso tra concreditori** laddove fosse stata pattuita la loro solidarietà; non ha senso invece parlare di regresso quando la prestazione sia indivisibile in natura: quando il debitore ha eseguito la prestazione, la gestione della cosa in comune è regolata dalle norme sulla comunione (artt. 1100 ss.). Se invece l'indivisibilità sia pattizia, allora si avrà un ordinario regresso degli altri concreditori verso l'*accipiens* divenuto loro debitore per le loro quote e dunque parziariamente.

Il codice per consentire il regresso pretende che il condebitore abbia adempiuto per l'intero, ma sul punto la giurisprudenza oscilla, alle volte ribadisce la regola, in altri casi consente il regresso se si adempia anche solo oltre la propria quota, sebbene non per l'intero. La soluzione corretta è la seconda, perché il regresso riguarda i rapporti interni tra condebitori e quando si adempia per la parte di altri, si ha diritto ad essere rimborsati, altrimenti questi si avvantaggerebbero senza titolo. La ragione che si oppone, ovvero che il creditore ancora non è stato soddisfatto, riguarda l'aspetto esterno del rapporto solidale e non è pertinente: nulla vieta infatti al creditore di attivarsi anche contro il *solvens* dato che, sebbene abbia adempiuto parzialmente, il debito non è stato ancora estinto.

7. La surrogazione

Il codice consente a chi adempia un'obbligazione in cui vi sono altri debitori, di subentrare nelle garanzie che spettano al creditore, di modo che sia rafforzata la sicurezza del recupero di quanto gli spetti; il codice dice "surrogarlo nei propri

diritti” e quindi il surrogato si sostituirà in tutte le posizioni di favore del surrogante, ad es. in un’ipoteca o in un pegno o in una fideiussione.

La **surrogazione** può derivare da una decisione del creditore, espressa e contemporanea all’adempimento (art. 1201) ed ovviamente nulla esclude che la chiedo il *solvens*, se non si tratti dei casi in cui gli spetta di diritto, se il creditore sia d’accordo.

L’art. 1202 si riferisce invece alla surrogazione per volontà del debitore, che surroggi il mutuante nei diritti del creditore, quando utilizzi il mutuo per estinguere il debito: ad es. il debitore lo surroga nell’ipoteca che spettava al creditore ora soddisfatto.

La **surrogazione legale** prescinde dalla volontà delle parti ed opera di diritto a favore di chi paghi un creditore che gli sia preferito sul patrimonio del debitore, in quanto munito di causa di prelazione; a favore di chi paghi i creditori ipotecari quando acquista un immobile gravato da ipoteca; a chi adempia essendo tenuto “con altri o per altri” ed avendo interesse a soddisfare il creditore, ad es. il condebitore solidale o il fideiussore (con altri: art. 1949) o l’assicuratore (per altri: art. 1916; un esempio è la surroga dell’Inail nei diritti del danneggiato verso il danneggiante); a favore dell’erede beneficiato che paghi con denaro proprio i creditori del defunto.

Secondo un orientamento molto seguito, regresso e surrogazione sarebbero diritti diversi e quindi chi paghi dovrebbe decidere se avvalersi del regresso o della surrogazione; si tratta peraltro di una tesi non giustificata e l’art. 1949, che indica che il fideiussore che paga è surrogato al creditore, dimostra che la legge consente di cumulare le tutele. L’errore consiste nell’idea che chi si surroga avrebbe maggiori diritti di chi agisce in regresso perché, sostituendosi nei diritti del creditore, potrebbe agire per l’intero verso il condebitore e questo anche nelle ipotesi in cui avrebbe regresso per la sola quota in capo al condebitore. Non è così e il codice non prevede che la surrogazione accresca i diritti del surrogato, perché la surrogazione è una forma di garanzia a favore di chi adempia, non una fonte di obbligazione che faccia nascere l’obbligazione, la cui esistenza ne anzi costituisce il presupposto. Dunque chi si surroga subentrerà nelle garanzie, ma avrà regresso solo nella misura che la legge gli consente, cioè in tutto se sia il fideiussore (perché ha adempiuto un debito interamente altrui), solo per la quota a carico dell’altro debitore se sia un condebitore solidale. In altre parole, non si deve confondere il debito per cui si ha regresso, con la garanzia che assiste il credito, che non attribuisce un diritto maggiore: allo stesso modo, infatti, chi ha un credito garantito da ipoteca potrà vendere il bene del debitore, ma soddisfarsi limitatamente al proprio credito, senza trattenere l’intero ricavo della vendita, se superiore al debito.

8. Modifica delle parti del rapporto: la cessione del credito

Il credito, dal punto di vista dell’economia, è un bene ed il codice ne consente il trasferimento (art. 1260): si tratta di una **vendita**, che può riguardare, oltre alla proprietà, anche un altro diritto, appunto non necessariamente reale (art. 1470).

La storia ha dimostrato che proprio il trasferimento dei crediti ha dato vita ad invenzioni portentose, quale la cambiale, cioè un documento cartaceo che incorpora il diritto e che circolano insieme; inoltre i contratti bancari conoscono varie forme di anticipazione di denaro su trasferimento del credito (anticipazioni su fatture, sconti di effetti, mandati all'incasso ecc.).

Il mercato moderno ha dato inoltre vita a nuove forme di circolazione dei crediti, che vanno dalla cessione in massa dei crediti (*factoring*; l. n. 52/1991), alla cartolarizzazione dei crediti (l. n. 130/1999) e ad altre forme ancor più raffinate di trasferimento.

Nel codice la **cessione dei crediti** è regolata dagli artt. 1260 ss. ove si prevede che possano essere trasferiti, purché non strettamente personali o non cedibili, quale il diritto agli alimenti (art. 447) o generalmente quelli verso gli enti pubblici e salvi i divieti di cessione a taluni soggetti (art. 1261).

La cessione del credito non è subordinata al consenso del debitore ceduto, al quale è indifferente il soggetto al quale adempiere, proprio perché sono incedibili i debiti strettamente personali.

Sebbene non serva il consenso del debitore ceduto, la cessione gli va però **notificata** (ovvero comunicata) perché egli non adempia in buona fede al cedente anziché al cessionario; se, in mancanza di comunicazione, adempia al cedente, è liberato salvo si provi che conoscesse la cessione (art. 1264); se invece, dopo la comunicazione, adempia al cedente, lo farà malamente perché il cessionario potrà pretendere ugualmente da lui l'adempimento.

L'accettazione della cessione operata da parte del debitore equivale alla comunicazione.

Se il creditore ceda il credito a più soggetti (accade non di rado quando l'imprenditore sia in difficoltà economiche), prevale la cessione notificata per prima al debitore ceduto o quella accettata per prima, purché la cessione abbia **data certa** (art. 1265) attribuita come indica l'art. 2704: ciò significa che il debitore dovrà adempiere al creditore che prevale in forza di queste ragioni.

Non importa dunque quale sia stata la prima cessione in ordine temporale, ma la prima di cui si abbia certezza giuridica, quand'anche fosse l'ultima: è lo stesso meccanismo previsto in tema di trascrizione dall'art. 2644 e la ragione ben si comprende nella necessità di evitare cessioni retrodatate per frodare gli altri cessionari, sicché solo la data giuridicamente certa supera il problema.

La cessione del credito porta con sé le relative **garanzie** ma, salvo patto contrario, non i frutti scaduti, cioè gli interessi maturati prima della cessione (art. 1263), che spettano al cedente secondo la disciplina dei frutti civili.

La cessione del credito può essere vietata dalle parti, il che si pattuisce quando si voglia evitare che il trasferimento avvenga per sottrarsi alle contestazioni della controparte (es. l'eccezione di compensazione); tuttavia il divieto non è opponibile al terzo che lo ignorasse al tempo della cessione (art. 1260).

Salvo patto contrario (art. 1267), chi cede un credito a titolo oneroso garantisce che tale credito esista, non invece che il debitore lo adempirà (art. 1266); si

indica come **cessione *pro solvendo*** quella in cui il cedente si libera con l'adempimento del ceduto ed invece ***pro soluto*** quella in cui, al contrario, la liberazione avviene in virtù della sola cessione: ipotesi rara, data la fiducia che si deve riporre nella solvibilità del ceduto.

La cessione comporta la sostituzione del soggetto dal lato attivo del rapporto obbligatorio; il debitore ceduto potrà opporre al nuovo creditore tutte le eccezioni relative al rapporto (es. che il credito si sia prescritto o che il termine non sia scaduto) ma anche le proprie eccezioni a lui personali, se ad es. sia a propria volta suo creditore.

La cessione dei crediti è operazione usuale per l'imprenditore e la l. n. 52/1991 ha regolato quel fenomeno, prima conosciuto solo in forma atipica (*factoring*), della loro cessione complessiva, regolando in particolare quella della cessione dei crediti futuri, singoli o in massa (art. 3). Qui la particolarità sta nel fatto che il credito ancora non è sorto, ma non vi è nulla di strano nel suo trasferimento, posto che il codice consente la vendita di beni futuri, a condizione che vengano ed esistenza (art. 1472). Qui, rovesciando la regola del codice, il cedente garantisce anche l'adempimento del debitore ceduto, non solo l'esistenza del credito, sia pure nei limiti del corrispettivo della cessione (art. 4).

Il codice sembra presupporre che la cessione abbia ad oggetto sempre crediti in denaro, ma in realtà non pone questo limite, sicché si può cedere un credito che abbia ad oggetto un adempimento la cui esecuzione diventi molto più onerosa a mani di un nuovo creditore (si pensi al credito di consegna di un bene mobile quando il cessionario abiti lontano) ed è singolare che non sia stato regolato il problema dei relativi costi. Qui dovrà allora applicarsi in analogia l'art. 1183: se l'adempimento diventi troppo oneroso, il debitore ceduto potrà eseguirlo presso il creditore originario laddove questo non si faccia carico di tutti i costi.

La cessione del credito è utilizzata massicciamente nei rapporti con le banche e ad opera delle banche. Spesso gli imprenditori cedono i propri crediti alle banche, che li comprano (ma sempre *pro solvendo* e pressoché mai *pro soluto*), ad es. "scontando" le fatture in attesa di pagamento o gli "effetti bancari" (cioè documenti che attestano il credito, come le ricevute bancarie): in questo modo si ottiene un anticipo della valuta, sia pure decurtato del corrispettivo che si versa alla banca per l'anticipo; essendo però la cessione *pro solvendo*, se poi il debitore ceduto non paga, il cedente dovrà rimborsare la banca dell'anticipo ricevuto. Il c.d. *factoring* è l'accordo con cui un imprenditore cede *pro solvendo* ad una banca tutti i propri crediti derivanti dall'attività d'impresa, anche futuri se previsto nel contratto, purché sorgano entro 24 mesi dalla cessione (l. n. 52/1991). Invece la cartolarizzazione è la cessione di masse imponenti di crediti che (prevalentemente) le banche fanno a specifiche società che li acquistano sulla base della disciplina della l. n. 130/1999: qui la cessione viene comunicata in modo formale con la sua pubblicazione nella gazzetta ufficiale. Lo scopo della cessione, per chi la opera, è definita di "smobilizzo dei crediti" e spesso ha l'obiettivo di liberare il bilancio da crediti a lunga scadenza, perché se anche questi rappresentano una posta attiva dello stato patrimoniale, dal lato passivo vi si deve contrapporre un apposito fondo a copertura del rischio di perdita dei crediti stessi, che dunque diminuisce l'attivo (e quindi gli utili distribuibili) in misura corrispondente. Chi acquista i crediti, ovviamente, li paga meno – e talora molto meno, fino a per-

centuali irrisorie se siano crediti quasi inesigibili (c.d. NPL, *non performing loans*) – del loro valore nominale; inoltre emette poi c.d. “prodotti finanziari” (l’art. 5 della legge li definisce titoli) remunerati agli acquirenti con parte dell’incasso dei crediti cartolarizzati. La crisi mondiale scoppiata nel 2008 ha dimostrato negli anni successivi come enormi quantità di crediti cartolarizzati è divenuta (se non lo era già) inesigibile per l’insolvenza dei debitori ceduti: in molti casi gli effetti economici della crisi sono stati pagati dagli acquirenti dei titoli emessi a fronte delle cartolarizzazioni perché, come ogni operazione altamente speculativa, questi titoli nemmeno formalmente garantiscono certezza del risultato sperato e quasi mai il rimborso del capitale investito.

9. Il luogo dell’adempimento

Il luogo dell’adempimento è regolato dall’art. 1182: salvo diverso accordo, l’obbligo di consegnare una cosa determinata è nel luogo ove si trovava la cosa quando l’obbligazione è sorta, le obbligazioni pecuniarie si assolvono nel domicilio del creditore al momento della scadenza e le altre al domicilio del debitore.

La disposizione citata contiene delle precisazioni: può essere che il luogo dell’adempimento si desuma dalla natura della prestazione; ad es. il luogo ove concludere il contratto definitivo di vendita dell’immobile sarà presso il notaio indicato dall’acquirente e non nel luogo ove si trova l’immobile, dato che è l’acquirente che ne paga l’onorario (art. 1475). Del pari, il luogo dove si esegue l’appalto è all’evidenza dove deve essere costruita l’opera o prestato il servizio, non dove il contratto sia stato concluso; il luogo dove eseguire la transazione dipenderà dal tipo di prestazioni dedotte nella transazione, che possono essere di ogni genere e così via.

Se il domicilio del creditore ove pagare il debito muti e questo renda **più gravoso l’adempimento**, il debitore ha diritto di comunicare la volontà di eseguirlo presso il proprio domicilio; vero è tuttavia che solo i debiti di modesto valore si possono pagare oggi in contanti, in virtù della disciplina antiriciclaggio (d.lgs. n. 231/2007), mentre gli altri si pagano (anche) a mezzo bonifico bancario e dunque appare difficile prospettare il caso, dato che il costo del bonifico, in un tale preciso caso a carico del creditore in deroga all’art. 1196, evita la maggior gravosità dell’adempimento personale nel nuovo domicilio del creditore. Ovviamente questa soluzione può valere solo per le obbligazioni pecuniarie, non per le altre da adempiersi presso il creditore.

La disposizione non regola il caso del mutamento del domicilio del debitore: si pensi al sarto che cambi città; qui dovrà allora applicarsi in analogia la stessa regola prevista per il creditore, nel senso che il cliente potrà chiedere al sarto di recarsi da lui sia per le attività intermedie (le prove del capo che si confeziona) sia per la consegna del vestito.

Il codice contiene peraltro regole specifiche: ad es. in presenza di beni mobili da trasportare, l’obbligo è adempiuto quando il venditore consegna i beni al trasportatore (art.

1510), che diviene quindi responsabile verso l'acquirente al posto del venditore, sebbene nel contratto di trasporto la regola sia diversa (art. 1689). Nella vendita su documenti, invece, la consegna dei titoli rappresentativi della merce libera il venditore dall'obbligo di consegna (art. 1527).

Il luogo dell'adempimento è rilevante agli effetti della competenza territoriale del giudice (art. 20 c.p.c.).

10. *Il tempo dell'adempimento*

L'art. 1183 regola il termine per l'adempimento, che non va confuso con il termine del contratto, che attiene al momento iniziale o finale dei suoi effetti (es. da quando inizia la locazione o fino a quando dura).

La regola generale è che, in mancanza di accordi tra le parti, **la prestazione va eseguita subito**; tuttavia può accadere che l'immediata esigibilità non sia congrua al rapporto in essere: si pensi al tempo che occorre in ogni caso per l'esecuzione materiale della prestazione, ad es. confezionare un abito, costruire un centro commerciale, tradurre un libro.

In mancanza di accordo spetta quindi al giudice **fissare il termine**, cui il creditore può rivolgersi anche nel caso in cui sia rimesso alla volontà del debitore, ad es. se l'appaltatore indichi nel contratto che terminerà l'opera al più presto ma senza stabilire una data.

Il termine serve al debitore appunto per apprestare i mezzi per l'adempimento e dunque si presume a suo favore (art. 1184), nel senso che il creditore non può pretendere l'esecuzione prima di quel momento (art. 1185).

Può tuttavia risultare nell'interesse del creditore stesso, ad es. se debba liberare un magazzino ove riporre la merce che attende o anche nell'interesse di entrambi, com'è nel mutuo, dove l'interesse del debitore è di non dover pagare prima della scadenza e quello del creditore di non essere tenuto a ricevere le somme prima del termine, perdendo i relativi interessi (art. 1184).

Si parla di **decadenza dal beneficio del termine** (art. 1186) quando il creditore può esigere immediatamente la prestazione nonostante il termine a favore del debitore, che accade quando egli diventi insolvente o non abbia prestato le garanzie promesse o queste siano diminuite per fatto proprio.

L'insolvenza è oggi un concetto di portata generale: il codice delle crisi di impresa e dell'insolvenza, in vigore dal 1° settembre 2021, lo definisce come lo "stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni" (art. 2).

I termini si determinano secondo il calendario comune, in base al rinvio all'art. 2963 operato dall'art. 1187 e quindi il giorno iniziale non si calcola ma si calcola quello finale; ad es. il termine di 20 giorni dal primo di gennaio è il 21 gennaio, non il 20; la disposizione dice che il termine spira con l'ultimo istante del giorno

finale, ma il principio di correttezza (art. 1175) impedisce di ritenere fondata la pretesa di adempiere all'ultimo secondo prima della mezzanotte suonando al campanello del creditore.

Si parla invece di termini liberi per indicare che non si devono calcolare né il giorno iniziale né quelli finale, sicché considerando 20 giorni liberi dal primo gennaio, quello di adempimento sarà il 22 gennaio. I termini a ritroso sono quelli che si calcolano con anticipo rispetto ad una certa data, es. non oltre venti giorni prima di Natale; siccome il giorno finale non si considera (si rovescia il calcolo di prima), in questo esempio l'ultimo giorno per l'adempimento sarà il 5 dicembre (il 4 se si tratta di termini liberi).

Se il termine cade di giorno festivo, si proroga al giorno successivo non festivo e quindi una prestazione che scadrebbe il 25 dicembre si dovrà adempiere il 27 purché non sia domenica.

Com'è ovvio, il codice consente alle parti di disporre diversamente (art. 1187): molte manifestazioni sportive si tengono ad es. proprio alla domenica; molte attività prevedono la presenza sul luogo di lavoro anche durante le festività.

In tema di festività ci si riferisce alle feste riconosciute dall'ordinamento, ovvero dalla legge; il sabato non è giorno festivo, altra essendo la sua rilevanza solo processuale (art. 155 c.p.c.); la materia è regolata dalle ll. n. 260/1949, n. 54/1977 e d.P.R. n. 792/1985; si noti che il 29 giugno è giornata festiva di legge solo per Roma.

11. L'identità e l'esattezza della prestazione; le obbligazioni alternative

Come detto nel primo paragrafo, il debitore deve adempiere esattamente; ulteriore profilo della regola è che il debitore deve eseguire proprio la prestazione oggetto dell'obbligazione e non una diversa, nemmeno se di maggior valore se il creditore non lo consenta.

Tale esattezza deve essere valutata con riferimento all'oggetto della prestazione dovuta, ma anche in base al **principio di correttezza** (art. 1175), per cui il creditore non può lamentare pedantemente un inadempimento se ciò non corrisponda al suo interesse, sia pure non necessariamente economico (art. 1174), ma quantomeno apprezzabile.

Talora ogni minimo scostamento dalle qualità concordate può risultare inadempimento, come prevede l'art. 1522 per la **vendita su campione**: basti pensare alle tonalità di colore con cui si dipinga una casa, che possono alterare l'aspetto estetico se non corrispondenti al campione; lo stesso vale per i pezzi di precisione di una macchina, dato che anche piccolissime differenze possono bloccarne il funzionamento.

In altri casi l'inadempimento può essere oggettivo ma marginale, impedendo il rifiuto della prestazione ma consentendo il risarcimento del danno se dimostrato: ad es. se il ritardo sussista, ma la prestazione resti ancora utile per il creditore o se

da una gran massa di beni di genere ne manchi una quantità minima. Talora la misura del risarcimento del danno è prevista dalla legge: ad es. gli **interessi di mora** decorrono automaticamente anche se non previsti per il caso di ritardo.

In altri casi è invece proprio la **natura del termine** a dimostrare che la prestazione resa in ritardo non serve più al creditore: il concerto di capodanno non si può eseguire il giorno successivo; il vestito per il matrimonio va consegnato prima della celebrazione, non dopo.

Non va tuttavia confusa la gravità dell'inadempimento agli effetti della risoluzione del contratto (art. 1455) con l'oggettività dell'inadempimento, che risulta ogni volta che la prestazione non sia eseguita esattamente (art. 1218): a parte che non tutte le obbligazioni derivano da contratto, il ritardo nell'adempiere riguarda infatti semplicemente l'esattezza dell'adempimento in relazione all'obbligo di risarcire il danno.

L'esattezza della prestazione riguarda anche le obbligazioni accessorie: chi deve pagare una somma di denaro deve pagare le spese che ciò possa comportare (art. 1196): ad es. il costo del bonifico bancario è a carico del debitore, non del creditore, come anche il bollo e l'imposta di registro sulla quietanza di pagamento; lo stesso per il costo della custodia del bene da consegnare (art. 1177).

Alle volte, peraltro, il debitore può trovarsi di fronte a prestazioni diverse che non si cumulano: si tratta dell'ipotesi di **obbligazioni alternative** (art. 1285), in cui le prestazioni possono essere due ma anche più (art. 1291). Qui, salvo patto diverso, la **facoltà di scelta** spetta al debitore (art. 1286) anziché al creditore, al quale normalmente è rimessa la decisione (cfr. ad. es. gli artt. 1453 e 1492). La scelta può però anche essere rimessa ad un terzo (art. 1286) e si distingue dalla determinazione dell'oggetto ad opera del terzo (art. 1349) perché il terzo non deve determinare l'oggetto del contratto, ma scegliere quale tra le prestazioni già determinate debba essere eseguita.

La fonte è tendenzialmente contrattuale, come si comprende dall'inciso relativo alla facoltà di scelta ("se non è stata attribuita al creditore"), essendo eccezionale l'ipotesi della richiesta che il debitore possa avanzare in ordine al risarcimento del danno, indicata dal capoverso dell'art. 2058. Altro caso è quello della sentenza di condanna ad eseguire alternativamente prestazioni diverse (art. 1287): ad es. il giudice può condannare ad una prestazione infungibile (che dunque non può essere eseguita coattivamente) o, in caso di mancata esecuzione, al pagamento di una somma di denaro.

La **comunicazione della scelta** trasforma l'obbligazione da alternativa in semplice. Lo stesso effetto è prodotto dall'esecuzione di una delle prestazioni (art. 1286), ma in tal caso sarà la stessa obbligazione ad estinguersi: la regola si spiega perché l'esattezza dell'esecuzione dovrà valutarsi in relazione ai requisiti della prestazione scelta dal debitore.

Si ha **decadenza dalla facoltà di scelta** (art. 1287) del debitore se decorra il termine assegnato dal giudice ed in tal caso la scelta passa al creditore; del pari quando spetta al creditore, se non la eserciti nel termine, passa al debitore; se la

scelta spetta al terzo e questi non la effettui, decide il giudice. La comunicazione della scelta deve essere fatta tenendo conto della necessità di apprestare i mezzi per l'adempimento: se pensi alla consegna di un carico di merce da custodire, in alternativa al pagamento di una somma.

Qualora una delle prestazioni fosse **impossibile** o lo diventi poi per causa non imputabile ad una delle parti, l'obbligazione diverrà semplice (art. 1288). Se, diversamente, l'impossibilità sopravvenuta sia imputabile al debitore, quando la facoltà spetti a lui, allora l'obbligazione diverrà semplice; se invece sia imputabile al creditore, il debitore sarà liberato, avendo perso la facoltà di scelta per fatto del creditore. Il creditore può tuttavia chiedere l'altra prestazione, salvo il risarcimento del danno subito dal debitore; regola speculare opera se la facoltà di scelta spetti al creditore ed una delle prestazioni diventi impossibile per fatto del debitore (art. 1289).

Infine l'impossibilità sopravvenuta imputabile può riguardare entrambe le prestazioni: se l'impossibilità derivi da fatto del creditore, il debitore sarà libero; se l'impossibilità di una derivi da fatto del debitore, laddove la scelta spettasse a lui, dovrà pagare l'equivalente della prestazione divenuta impossibile per ultima, come cioè se fosse quella scelta. Se invece la scelta spettava al creditore, deciderà lui di quale prestazione il debitore debba l'equivalente (art. 1290).

12. Cause di estinzione dell'obbligazione diverse dall'adempimento: soddisfatorie e non soddisfatorie

Il creditore, anche se non gli giunga l'adempimento dovuto, può ugualmente estinguere l'obbligazione ricevendo altro bene della vita diverso, se il debitore glielo offra e lui lo accetti: in tal caso l'obbligazione originaria si estingue quando il creditore riceve la nuova prestazione o incassa il credito ceduto (**prestazione in luogo dell'adempimento** o *datio in solutum*: artt. 1197-1198).

Diversamente invece in caso di **novazione**, perché qui è l'accordo tra debitore o creditore che estingue la precedente obbligazione, sostituendola con altra (artt. 1230 ss.) e quindi può accadere che egli poi non riceva la nuova prestazione ma non possa più chiedere quella precedente, in quanto ormai estinta ("novata").

La nuova obbligazione deve essere diversa per l'**oggetto** o per il **titolo**; nel primo caso sarà dovuto un certo bene invece di altro; nel secondo caso sarà dovuta la medesima prestazione precedente ma appunto per altra ragione (titolo).

Benché non sia intuitiva, la funzione di questa seconda ipotesi è alle volte importante: essere debitori di una somma di denaro non più a titolo di arretrati per canoni di locazione ma ora a titolo di mutuo, comporta che se il debitore resti inadempiente non potrà subire lo sfratto per morosità, ma solo l'eventuale azione esecutiva sui propri beni, se ne abbia.

Non comportano però novazione ogni **modifica accessoria** dell'obbligazione o lo **spostamento di un termine** (art. 1231) e può essere in concreto difficile

comprendere quando la prestazione modificata sia solo accessoria e non comporti dunque novazione.

Oltre alla novazione oggettiva di cui si è appena detto, si ha **novazione soggettiva** quando un nuovo debitore è sostituito a quello originario, ovviamente con l'accordo del primo e del creditore. L'art. 1235 rinvia per questa fattispecie alle disposizioni sulla delegazione, sull'espromissione e sull'accollo (*supra*, par. 4), che però comportano novazione soggettiva solo quando il debitore sia liberato dal creditore (artt. 1268, 1272, 1273); in quelle disposizioni si troveranno comunque le regole sulle eccezioni opponibili dal nuovo debitore (es. art. 1271).

Altra ipotesi di estinzione dell'obbligazione è la **confusione**, che si ha quando la qualità di debitore e di creditore si riuniscono nella medesima persona (art. 1253): ad es. quando si eredita un debito verso una persona di cui si era creditore (o viceversa).

Si ha invece **compensazione** quando il creditore sia a propria volta debitore del proprio debitore.

Può trattarsi di debiti aventi la medesima natura, es. una somma di denaro: sarebbe antieconomico (e rischioso) dover pagare ad es. 1.000 euro e poi farsi restituire 500 euro: qui i debiti si compensano per la misura corrispondente e resterà solo il credito per la differenza.

Si parla di **compensazione legale**, perché opera automaticamente (art. 1243) quando appunto i debiti siano omogenei (stessa prestazione), liquidi (cioè già quantificati) ed entrambi scaduti e quindi entrambi esigibili; se però tra le parti è in corso una lite, occorre una specifica domanda, perché la compensazione non è rilevabile d'ufficio (art. 1242). Non va confusa con la c.d. **compensazione impropria**, che si verifica quando i contrapposti crediti e debiti delle parti hanno origine da un unico rapporto, ad es. rimesse e prelievi dal conto corrente; qui non c'è compensazione, ma solo determinazione del saldo complessivo.

Se un debito non è liquido, ad es. perché occorre quantificare il danno causato dall'incidente, si può chiedere la **compensazione giudiziale** e qui il giudice potrà operare una compensazione parziale per la parte che ritenga sicura in attesa di liquidare il tutto nel giudizio (art. 1243).

La compensazione non è un'eccezione personale del debitore; infatti la possono opporre al creditore anche il fideiussore ed il terzo datore di ipoteca (art. 1247).

Il codice vieta la compensazione legale o giudiziale in talune ipotesi, ad es. in relazione al credito di restituzione di cose di cui il debitore sia stato ingiustamente spogliato (art. 1246): questo è un divieto diretto ad impedire l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni del creditore insoddisfatto; la stessa disposizione vieta la compensazione con il debito di restituzione di cose ricevute in comodato.

In altri casi la vieta tenendo conto delle ragioni del credito, quando si consente di poter esigere la prestazione anche se non si adempia la propria (es. art. 447 per i crediti alimentari).

La **compensazione volontaria** è invece il contratto con cui le parti decidono

di estinguere contrapposte obbligazioni che difettano dei requisiti per la compensazione legale o giudiziale.

Due ipotesi di estinzione dell'obbligazione totalmente non soddisfattive per il creditore sono l'**impossibilità della prestazione non imputabile** al debitore e la **prescrizione**.

Il primo è un caso di inadempimento nel quale difetta la responsabilità del debitore e dunque egli sarà libero (art. 1256) e non dovrà risarcire il danno; quando l'impossibilità sia solo parziale, allora egli sarà tenuto alla parte della prestazione ancora possibile (art. 1258), sempreché il creditore abbia interesse.

Poiché l'**impossibilità** può derivare dal fatto di un estraneo o della natura, il creditore **subentra** nei diritti del debitore verso il terzo (art. 1259), ovviamente per quanto attiene alla prestazione, non per i danni che il debitore vantasse direttamente. Ad es. se la prestazione è stata resa impossibile a causa di un sinistro stradale, il creditore non avrà subingresso per il risarcimento dei danni alla persona del proprio debitore, mentre lo avrà per il danno patrimoniale inerente il bene distrutto che il debitore avrebbe dovuto consegnargli.

L'**impossibilità temporanea non imputabile** non estingue di per sé la prestazione, se il creditore mantenga un interesse all'adempimento purché ritardato (art. 1256); il problema è emerso con prepotenza nel periodo del 2020 durante il quale il legislatore ha sospeso l'esercizio di una serie di attività economiche: si tratta del c.d. **factum principis**.

Ovviamente la nozione va intesa in relazione all'oggetto della prestazione, perché se il **bene è fungibile** non vi sarà mai impossibilità (*genus numquam perit*): il ritardo nel pagamento di una somma di denaro non estingue mai l'obbligazione, altro essendo il problema della risoluzione del contratto per inadempimento (artt. 1453 e 1455).

Occorre allora valorizzare la **nozione di interesse**: denaro a parte, la consegna ritardata di una cosa fungibile, sempre possibile, può non interessare più il creditore che magari doveva a propria volta consegnarla entro un termine ormai scaduto; a maggior ragione questo vale per le **prestazioni infungibili**: il ritardo del direttore d'orchestra causato da un estraneo può infatti essere tollerabile o intollerabile a seconda dei casi.

La **prescrizione** estingue il debito e dunque il creditore non potrà esigere la prestazione; tutte le obbligazioni si estinguono per prescrizione: i diritti sottratti alla prescrizione (art. 2934) attengono infatti allo *status* delle persone o sono diritti non qualificabili come obbligazioni in senso proprio. Non si prescrivono poi gli obblighi connessi ai diritti reali finché questi esistono, ad es. le obbligazioni *propter rem*; qui potranno prescrivarsi semmai i debiti sorti e non adempiuti, ma non la posizione debitoria connessa al caso.

Per distinguere la novazione dalla prestazione in luogo dell'adempimento, si può dire che la prima è un contratto che può anche essere eseguito successivamente, mentre la seconda è un contratto reale e dunque la precedente obbligazione si estingue solo con l'adempimento di quella sostitutiva; l'accordo per la *datio in solutum*, cioè, non estingue da

solo l'obbligazione, al contrario della novazione. In entrambe le ipotesi si tratta comunque di contratto, quale accordo diretto qui a modificare (regolare) un precedente rapporto patrimoniale, come indica l'art. 1321.

Alle volte il creditore rinuncia puramente e semplicemente all'adempimento: è la **remissione** (art. 1236 ss.), che può essere determinata sia da ragioni di benevolenza come anche da motivi economici, ad es. una rinuncia parziale al credito per consentire la definizione stragiudiziale della situazione di insolvenza di un debitore, evitandone la liquidazione concorsuale regolata dal codice delle crisi di impresa e dell'insolvenza (in vigore dal 1° settembre 2021) e le questioni connesse. Il debitore non è obbligato ad accettare la remissione, che potrebbe non gradire dal profilo morale; tuttavia se è contrario deve rifiutarla entro un congruo termine. Si ha remissione se il creditore restituisca volontariamente il documento originale del credito, ad es. la cambiale o il titolo esecutivo (art. 1237), ma la rinuncia alle sole garanzie con comporta remissione del credito garantito (art. 1238). Qui si trova una delle rare ipotesi di *favor debitoris*, perché la remissione fatta al debitore si estende ai condebitori in solido (art. 1237) ed ai fideiussori (art. 1239).

SEZIONE IV

L'INADEMPIMENTO

SOMMARIO: 1. La mora del creditore. – 2. La mora del debitore. – 3. L'inadempimento: il problema della colpa. – 4. L'impossibilità oggettiva della prestazione. – 5. La non imputabilità. – 6. Inadempimento ed onere della prova. – 7. I patti di esclusione dalla responsabilità. – 8. Il risarcimento del danno. – 9. La perdita di *chance*.

1. La mora del creditore

Il creditore è in **mora**, cioè in ritardo, se rifiuta senza ragione la prestazione (art. 1206); in talune ipotesi la mora del creditore è **automatica**, ovvero prescinde da qualsiasi atto del debitore: se sia lui a rifiutare di ricevere la prestazione oppure se il suo comportamento non lasci dubbi in proposito, ad es. il creditore che parta per un viaggio lontano il giorno prima dell'adempimento.

Quasi sempre occorrerà però che il debitore offra la prestazione in modo formale, così che il rifiuto del creditore consti ufficialmente, per evitare le ambiguità che i fatti della vita portano con sé.

Il debitore, ove il creditore non sia già in mora, deve **offrire la prestazione** in modo esatto e completo (art. 1208); l'offerta assume natura di atto pubblico perché deve essere avanzata mediante ufficiale giudiziario o notaio (art. 73 disp. att. c.c.), ma se viene avanzata dal debitore direttamente vale come offerta irrituale

(art. 1221), cioè evita a lui la propria mora, sebbene ancora non costituisca in mora il creditore.

L'art. 1207 indica che l'**offerta reale** pone a carico del creditore il **rischio** del perimento della prestazione per causa non imputabile al debitore, anche se questa è in realtà una regola generale (artt. 1218 e 1256); mette inoltre a carico del creditore sia le **spese** – a partire da quelle dell'offerta se non la accetti – che i **danni**: si è già detto che in talune ipotesi si può configurare il diritto del debitore ad eseguire la prestazione, ad es. nel contratto di lavoro subordinato.

L'offerta reale, però, ancora non libera il debitore, che deve procedere al **deposito** dei beni ed al **giudizio di convalida** del deposito (art. 1210); ovviamente non sempre il deposito è possibile perché se il creditore rifiuta di far eseguire un'opera, questa non può essere depositata. Qui all'offerta seguirà allora il solo giudizio che accerti che la stessa era regolare (art. 1217) e che il creditore l'ha rifiutata, liberando quindi il debitore; il medesimo meccanismo opera per la restituzione degli immobili, che non possono evidentemente essere oggetto di deposito, sebbene si possa ipotizzare il deposito delle chiavi di accesso.

Ovviamente la disciplina delle obbligazioni in generale si interseca alle volte con quella del contratto, perché in casi simili è facile che il giudice non debba pronunciarsi sul solo deposito della prestazione, ma debba invece risolvere il contratto per inadempimento, con tutte le statuizioni che questa pronuncia comporta (artt. 1453, 1458).

2. La mora del debitore

Il debitore è in **mora** quando non rispetta il termine per adempiere indicato dall'art. 1183 e la mora produce ovviamente conseguenze sulla sua posizione, in aggiunta alla necessità di risarcire il danno, prevista in linea generale dall'art. 1218; da questo punto di vista la mora è una delle ipotesi di inadempimento.

Tuttavia poiché nei rapporti quotidiani il ritardo è un fatto che accade spesso, il codice (art. 1219) ha previsto che in alcune ipotesi non basti solo il decorrere del tempo, ma sia necessario un ulteriore requisito, cioè la **costituzione in mora**, ovvero un procedimento da cui la mora risulti indiscutibile; in altre ipotesi, invece, la scadenza del termine o altri comportamenti sono sufficienti alla costituzione in mora.

I casi in cui la **mora è automatica** sono tre: se l'obbligazione nasce da fatto illecito, se il debitore ha dichiarato per scritto di non voler adempiere – ad es. è convinto, ma a torto, di non dover eseguire la prestazione in quel momento – oppure se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore e il debitore non adempia, com'è in particolare per le obbligazioni aventi ad oggetto una somma di denaro.

Inoltre la costituzione in mora non serve in caso di violazione di obbligazioni di **contenuto negativo** (art. 1222), ad es. quando sia in vigore un patto di non concorrenza (art. 2596).

Negli altri casi occorre che il creditore **intimi per scritto** (anche **in forma elettronica**: artt. 20 ss. d.lgs. n. 82/2005) l'adempimento: ad es. di consegnare le chiavi della casa vendutagli, di completare l'opera ancora non terminata e così via; beninteso il debitore sarà in mora sempreché il termine fosse effettivamente scaduto, perché altrimenti l'intimazione vale, a tutto concedere, come sollecito che esclude una possibile tolleranza nel ritardo.

Ovviamente se il creditore intimi l'adempimento ed il debitore provveda, non vi sarà mora ma solo la necessità di risarcire eventuali danni per il ritardo, qualora il termine fosse scaduto.

Il debitore non è in mora se offra la prestazione senza seguire la procedura specifica che sarà indicata successivamente: se l'**offerta è seria anche se irrituale**, il principio di correttezza (art. 1175) impone al creditore di non frapporre ostacoli puramente formali all'adempimento (art. 1220).

Se ad es. il debitore offra la prestazione personalmente anziché con le forme indicate dall'art. 73 disp. att. c.c., pur essendo l'offerta irrituale eviterà la mora.

La mora produce una serie di conseguenze: anzitutto la decorrenza degli interessi convenzionali o di mora, di cui si dirà; poi trasla sul debitore il rischio dell'impossibilità oggettiva dell'adempimento, che ove non imputabile lo avrebbe altrimenti liberato (art. 1218).

Il debitore in questa ipotesi può solo dimostrare che, se anche avesse tempestivamente adempiuto, il bene sarebbe perito anche presso il creditore, ma tale possibilità è esclusa se il bene fosse stato illecitamente sottratto (art. 1221), regola che sanziona senza rimedio questo tipo di comportamento.

3. L'inadempimento: il problema della colpa

La disciplina dell'inadempimento ha una storia secolare: nella seconda metà dell'800 si riteneva che solo l'impossibilità assoluta in senso materiale della prestazione potesse giustificare il debitore, mentre qualsiasi difficoltà materiale era ritenuta irrilevante.

Alla fine del secolo XIX un grande giurista, Lodovico Barassi, reagì contro questa lettura portando l'esempio dello sciopero aziendale, contro il quale nulla potesse fare l'imprenditore, per dimostrare la necessità di tener conto della diligenza impiegata dal debitore.

Ne nacque un dibattito accesissimo che vide contrapposte, tra le altre, le tesi contrarie di Giuseppe Osti, che alla fine prevalsero e furono accolte nell'art. 1218: il debitore risponde dell'inadempimento salvo dimostri che la prestazione è divenuta oggettivamente impossibile per causa a lui non imputabile.

Sebbene la disposizione non contempli come esimente la diligenza che il debitore abbia impiegato per adempiere senza riuscirvi, gran parte della letteratura italiana, seguendo le tesi di Barassi, la ritiene invece ugualmente rilevante; i giudici, nelle enunciazioni formali, dicono invece che la diligenza costituisce sì la misura

della responsabilità del debitore, ma poi, ritenendo esistente una “presunzione di colpa”, gli impongono di fornire la dimostrazione dell’adeguatezza dei mezzi impiegati per adempiere, che in concreto fallisce quasi sempre.

Come si capisce, il problema è molto importante: la diligenza del debitore, che viene invocata anche per le obbligazioni governabili (o di risultato), consiste infatti nella pretesa di esimere il debitore da responsabilità ogni volta che abbia impiegato tutta la propria diligenza per adempiere e tuttavia non sia riuscito ad eseguire la prestazione.

In sostanza si dice che nulla può essergli in tal caso rimproverato, avendo fatto il possibile; si richiama in tal senso proprio la regola contenuta nell’art. 1176.

Questa lettura, tuttavia, è viziata da una considerazione solo parziale degli eventi, perché non valuta le conseguenze cui porta: l’inadempimento è un fatto dannoso ed i danni che cagiona sono un fatto della vita, rispetto al quale si può solo decidere in capo a chi allocarli, perché nessuna sentenza può farli scomparire: o li subirà il debitore, tenuto a risarcirli o resteranno a carico del creditore, se si neghi la responsabilità del primo; *tertium non datur*.

In presenza di un danno, dire che il debitore diligente, siccome non ha colpa, allora non possa ritenersi responsabile, significa voler imporre che il danno derivante dall’inadempimento resti a carico del creditore: risultato all’evidenza iniquo perché il creditore, da questo punto di vista, avrà ancora meno colpa del debitore che si voglia esimere da responsabilità per quel motivo.

Inoltre per chi si trovi ad operare nel mercato (ma possono comunque farlo tutti) sarà molto più semplice assicurarsi contro il rischio di non riuscire ad adempiere, evitando così di dover risarcire il danno.

Dunque la tesi della rilevanza della pura diligenza non è condivisibile, altro essendo la diversa questione di determinare a quali condizioni il debitore possa dimostrare l’impossibilità non imputabile della prestazione, di cui si dirà subito.

Ovviamente può essere che concretamente non si sia prodotto alcun danno ma allora, com’è evidente, il problema della colpa non si porrà.

Invece nelle obbligazioni non governabili (di mezzi), proprio perché il risultato non può essere promesso, oggetto della responsabilità del debitore sarà proprio un comportamento adeguato alla prestazione che deve rendere.

4. L’impossibilità oggettiva della prestazione

Per evitare la responsabilità per inadempimento, il debitore deve anzitutto dimostrare l’**impossibilità oggettiva della prestazione**, cioè non le proprie difficoltà soggettive, ma che la prestazione in sé è divenuta impossibile: il che non accade nelle obbligazioni di genere ed in particolare per quelle pecuniarie, che non sono mai impossibili perché il denaro è sempre disponibile sul mercato (*genus numquam perit*).

Lo si legge anche nel n. 571 della Relazione al codice civile: “non può, agli effetti liberatorii, essere presa in considerazione l’impossibilità di adempiere l’ob-

bligazione, originata da cause inerenti alla persona del debitore o alla sua economia, che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta”.

Quindi il debitore che sia rapinato mentre porta il denaro al creditore, sarà ugualmente responsabile perché l'impossibilità sarà soggettiva e non oggettiva, specie perché le conseguenze delle scelte dei mezzi utilizzati per adempiere gravano su di lui: una prestazione di genere può divenire impossibile solo se inter venga il legislatore vietando la circolazione di un bene di quel tipo.

Impossibilità oggettiva non significa però, come si riteneva nel XIX secolo, impossibilità materiale assoluta: un esempio antico e che per noi riposa sul **principio di solidarietà costituzionale** (art. 2 Cost.) è quello dell'artista cui muoia il figlio prima dell'esibizione, dato che nessuno potrebbe pretendere, in tale frangente, che esegua la prestazione, pur astrattamente ancora possibile.

Altro esempio antico è quello dell'assoluta sproporzione tra il valore della prestazione da eseguire e i mezzi che in un determinato frangente si dovrebbero adottare per adempiere; ad es. il corriere che trovi la strada sbarrata da una frana non dovrà certamente noleggiare i mezzi per sgombrarla e consegnare un plico.

Questi impedimenti assumono quindi natura oggettiva, rendendo la prestazione inesigibile a qualsiasi debitore che si trovasse nell'identica situazione.

Tutt'altra risposta si avrà invece se si sia pagato un corrispettivo altissimo per avere l'adempimento in ogni caso, ad es. perché il plico contiene l'offerta da presentare ad una gara d'appalto entro un termine perentorio, dato che qui il debitore dovrà procedere ad ogni costo, avendo accettato il rischio delle incognite, salvo ovviamente il rischio della propria incolumità.

Quando la prestazione può essere eseguita con modalità diverse, la scelta del tempo e dei mezzi resta sempre a carico del debitore: il rischio della scelta è a suo carico, quando l'alternativa praticabile sia rimasta possibile.

La giurisprudenza ha detto che l'avvocato che arriva in ritardo in udienza a causa del traffico, è responsabile del proprio inadempimento, avendo scelto come adempiere e non essendo il traffico un evento eccezionale ed imprevedibile. Ha detto anche che il ritardo nel pagamento di un debito causato dalla necessità di recarsi all'estero per assistere il figlio malato del pari non è giustificato. Se si presta attenzione, si comprende che si è trattato in entrambi i casi della scelta del debitore in ordine alle modalità o al tempo occorrente per eseguire la prestazione e che non si è rivelata tempestiva per ragioni certamente oggettive, ma evitabili con valutazioni più oculate nell'interesse del creditore.

5. La non imputabilità

A parte gli esempi appena riportati, l'impossibilità oggettiva della prestazione non deve essere imputabile al debitore: questo accade ad es. per le ipotesi di **forza maggiore** (c.d. *vis maior*), cioè quei fatti della natura che impediscono a chiunque di adempiere, come le frane, i terremoti ed altri eventi ingovernabili.

Anche la malattia del debitore rappresenta un caso di forza maggiore, ma non se sia da lui causata: chi assume sostanze stupefacenti o abusa di alcol, deve imputare a se stesso la causa della propria impossibilità.

Vi è poi il c.d. *factum principis*, ovvero l'**ordine dell'autorità**, che ad es. imponga un embargo su prodotti da consegnare o ne vieti la vendita oppure vieti alle persone di uscire da determinate zone, com'è accaduto nel febbraio del 2020, quando si era diffusa l'epidemia di coronavirus e così via.

Alle volte la non imputabilità riguarda non il fatto, ma il comportamento che si possa pretendere dal debitore al fine di rendere possibile la prestazione, anche se si tratti di prestazione non governabile, in quanto la mancata esecuzione della prestazione costituisce comunque inadempimento.

Quindi il direttore d'orchestra travolto da altri mentre scia il giorno prima del concerto, è inadempiente perché si può pretendere da lui di non mettersi in condizioni di rischio: è un c.d. **obbligo di protezione**; l'avvocato che arrivi in ritardo all'udienza per il traffico, come già detto, risponde dell'inadempimento anche se la prestazione (la vittoria della causa) è non governabile, perché avrebbe comunque dovuto premunirsi per tempo per essere in udienza.

Quando la prova fallisca, il debitore è inadempiente, dato che l'art. 1218 onera lui di dimostrare la causa oggettiva e non imputabile che lo dovrebbe esonerare dalla responsabilità.

In tema di ordine dell'autorità, occorre però distinguere, perché un ordine palesemente illegittimo può essere impugnato avanti ai giudici amministrativi e questo potrebbe rappresentare un comportamento doveroso del debitore, solo a pensare ad un diniego di un'autorizzazione necessaria per adempiere.

Quanto alla forza della natura, vi sono casi davvero imprevedibili: l'acqua alta a Venezia è un fatto ordinario rispetto al quale ci si premunisce degli ordinari rimedi (è normale vedere le persone che circolano con stivali molto alti), ma l'altezza eccezionale di talune maree dipende occasionalmente da fattori concomitanti imprevedibili (vento e pressione atmosferica), come si è visto nel dicembre del 2019.

6. *Inadempimento ed onere della prova*

Il creditore che intenda ottenere il risarcimento del danno deve dare la prova (art. 2697) della fonte (titolo) da cui nasce la sua pretesa, es. il contratto in ordine alla prestazione da adempiere, mentre spetterà al debitore dimostrare di aver adempiuto o che, pur non avendo adempiuto, ciò derivi da impossibilità oggettiva a lui non imputabile.

È escluso infatti che spetti al creditore di dare la prova di un **fatto negativo**, cioè che il debitore non abbia adempiuto: non deve ad es. dimostrare che il venditore non abbia consegnato la merce o che il lavoratore non si sia presentato sul luogo di lavoro, sarebbe una pressoché prova impossibile perché occorrerebbe

dimostrare, nel secondo caso, dove fosse il lavoratore il giorno dell'assenza (c.d. prova diabolica).

Solo in talune ipotesi il creditore è tenuto a provare il fatto del debitore: ad es. se lamenti la violazione di un'obbligazione di contenuto negativo come il patto di non concorrenza, dovrà dare la dimostrazione dei fatti positivi, ovvero dei comportamenti concorrenziali.

Se invece il creditore, anziché limitarsi a negare l'adempimento, affermi che l'esecuzione sia avvenuta in modo difforme dal dovuto, poiché riconosce l'adempimento dovrà allora dimostrare i fatti che lamenta, es. che il colore della vernice sia difforme dal campione, che la costruzione non rispetti l'altezza concordata e così via: è una conseguenza della scelta processuale dell'attore.

Il codice consente i **patti sulla prova**, ad es. l'accordo in base al quale le scritture contabili del creditore costituiscano piena prova del suo credito (oltre cioè a quanto indica l'art. 2710) qualora riguardino diritti disponibili; l'unico limite è che la c.d. "**inversione dell'onere della prova**" non renda eccessivamente difficile il suo assolvimento (art. 2698).

Si parla invece di "**vicinanza della prova**" per indicare che talora uno dei due soggetti è più agevolato alla dimostrazione dei fatti inerenti l'adempimento o meno e dunque l'onere della prova grava su di lui, secondo un concetto avallato dalla giurisprudenza. Ad es. in tema di locazione di immobili, è il conduttore che deve dare la prova che il bene non possiede le caratteristiche necessarie per l'uso pattuito; nelle attività mediche si ritiene che l'evento negativo, accaduto pur in presenza di una statistica che indichi l'alta percentuale di possibilità favorevoli, imponga alla struttura sanitaria di dimostrare le ragioni del fatto che ha cagionato il danno, appunto in forza del principio della vicinanza della prova.

7. I patti di esclusione dalla responsabilità

Spesso chi deve adempiere tenta di sottrarsi alla possibile responsabilità o con apposite clausole che la escludano o con dichiarazioni unilaterali, come gli avvisi nei parcheggi o nelle lavanderie, con cui si comunica che non si risponde dei danni o dei furti che il creditore eventualmente subisca.

Queste clausole o dichiarazioni, laddove efficaci dal profilo formale (art. 1341, 2° co.), sono ammesse dal codice solo nei limiti della colpa lieve, perché l'art. 1229 le vieta per i danni causati per dolo o per colpa grave: questo limite assolve ad un interesse pubblico a che il debitore non si disinteressi dei propri obblighi e non eviti – o perfino cagioni – per ciò solo danni.

L'art. 1227 accolla invece al creditore i danni che avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza, ovvero senza mettere in pericolo la propria persona o i propri beni o con costi gravosi: si tratta di un ulteriore profilo di rilevanza del principio di solidarietà costituzionale (art. 2 Cost.).

8. Il risarcimento del danno

L'art. 1218 prevede il risarcimento del danno come conseguenza dell'inadempimento: è una delle reazioni che l'ordinamento contempla di fronte all'inadempimento, che si cumula, quando possibile, con la facoltà di far eseguire coattivamente la prestazione (art. 1453 e 2930 ss.) o, se si sia in presenza di contratto, di farlo risolvere (art. 1453).

Il danno non sempre sussiste, perché ad es. un ritardo può non dar luogo a conseguenze se l'interesse del creditore sia comunque pienamente soddisfatto.

La giurisprudenza ha detto inoltre da tempo che i danni di minima rilevanza che concretizzino puri fastidi (detti bagatellari) possono far parte delle difficoltà della convivenza civile, senza che siano risarcibili; le pronunce riguardano il fatto illecito (la rottura del tacco della sposa; il taglio di capelli sbagliato; la perdita della visione della trasmissione televisiva), ma rappresentano comunque un'indicazione sulla natura sostanziale del danno medesimo.

Il danno è una lesione del patrimonio ma da tempo si ammette che possa sussistere anche il danno non patrimoniale da inadempimento; si immagini un imprenditore che rischi l'insolvenza perché non riceva il pagamento di un ingentissimo credito: è facile che questa situazione vada ben oltre il disagio e comporti sofferenze importanti; infatti la cronaca ha indicato addirittura casi di suicidio derivanti da crisi economiche.

Per decenni si è considerato essere principio generale quello del limite posto al risarcimento, consistente nell'esatta ricostruzione della situazione che l'adempimento avrebbe creato, senza alcun incremento a favore del creditore risarcito. Tale lettura è stata messa in discussione dalle decisioni che, pur rese anche qui in tema di fatto illecito, configurano la possibilità di un pagamento superiore al danno (così a proposito della delibazione di sentenze statunitensi in tema di danni punitivi).

In effetti esistono ipotesi in cui il creditore può pretendere somme che non svolgono necessariamente funzione risarcitoria; ad es. l'art. 614 *bis* c.p.c., laddove la condanna non riguardi somme di denaro (qui semmai devono essere corrisposti gli interessi), consente al giudice di condannare anche al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento di quanto stabilito nella sentenza, es. la consegna di un bene e questo a prescindere dalla prova dell'esistenza del danno da ritardo o del suo ammontare.

Si devono risarcire sia la perdita subita, ovvero i costi che il creditore avesse affrontato (è il c.d. **danno emergente**) sia il mancato guadagno (c.d. **lucco cessante**) ma il codice consente che siano risarciti solo quei danni qualificabili come **conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento** (art. 1223), non di qualsiasi svantaggio che si possa collegare all'inadempimento, anche se remoto.

Questo rapporto è chiarito a proposito del mancato pagamento di somme di denaro: qui la conseguenza immediata e diretta è la necessità di corrispondere gli in-

teressi e laddove quelli legali non siano sufficienti all'integrale risarcimento, allora il creditore potrà chiedere il maggior danno (art. 1224). Questo accade per i c.d. investitori istituzionali, che diano la prova della redditività che ricavano dal denaro; anche un imprenditore può dimostrare, bilanci alla mano, che normalmente dai propri investimenti ricava molto di più degli interessi che altrimenti dovrebbero compensare il danno da inadempimento (oltre al capitale, ovviamente).

Al di fuori di questa ipotesi, il criterio attualmente utilizzato per determinare il rapporto di causalità che deve legare inadempimento e danno, è quello del “**più probabile che non**”, cioè il giudice riterrà che il danno sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento se, dall'esame dei fatti, lo ritenga più probabile del contrario.

Un correttivo è previsto nell'art. 1225: se l'inadempimento sia colposo e non doloso, il debitore non risponde delle conseguenze imprevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione; non si tratta peraltro di una imprevedibilità soggettiva, ovvero di quanto quello specifico debitore avrebbe potuto ipotizzare, ma delle conseguenze oggettivamente imprevedibili in relazione al rapporto obbligatorio rimasto inadempito.

Alle volte un danno non è quantificabile in modo meccanico: quanto vale il quadro di un pittore non quotato, perso dal debitore?; non lo è mai, in particolare, quello non patrimoniale perché il dolore non è misurabile.

In tale ipotesi l'art. 1226 consente eccezionalmente al giudice di determinarlo in via equitativa, dando motivata ragione della misura in cui ritiene di liquidarlo.

Secondo la giurisprudenza il danno patrimoniale da mancato guadagno, concretandosi nell'accrescimento patrimoniale effettivamente pregiudicato o impedito dall'inadempimento dell'obbligazione contrattuale, presuppone la prova, sia pure indiziaria (cioè per presunzioni: art. 2727), dell'utilità patrimoniale che il creditore avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta, esclusi i mancati guadagni meramente ipotetici perché dipendenti da condizioni incerte, sicché la sua liquidazione richiede un rigoroso giudizio di probabilità (e non di mera possibilità), che può essere equitativamente svolto in presenza di elementi certi offerti dalla parte non inadempiente, dai quali il giudice possa sillogisticamente desumere l'entità del danno subito

Inoltre, sebbene l'art. 1225 si riferisca proprio al danno, che dunque per il legislatore non è dovuto nella sua interezza laddove imprevedibile; per la giurisprudenza l'imprevedibilità costituisce un limite non all'esistenza del danno, ma alla misura del suo ammontare, che resta limitato a quello astrattamente prevedibile in relazione ad una determinata categoria di rapporti, sulla scorta delle regole ordinarie di comportamento dei soggetti economici e, quindi, secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute. Tuttavia questa indicazione non pare convincente: se il danno non è prevedibile, allora il risarcimento per il suo ammontare sarà pari zero, mentre se sia prevedibile allora l'art. 1225 non troverà applicazione: il fatto è che il codice non ha parlato di una “misura” di prevedibilità e l'alternativa è secca, o tutto o niente.

9. *La perdita di chance*

Tra i danni da risarcire si ritiene vada inclusa la perdita di *chance*, cioè la possibilità di ottenere un vantaggio che l'inadempimento ha negato: ad es. perché l'avvocato non ha interposto tempestivamente l'appello; oppure perché il candidato è stato illegittimamente escluso dal concorso cui voleva partecipare.

Non tutti concordano su come si debba determinare il danno, che è necessariamente equitativo perché non è possibile dare la prova che l'esito sarebbe stato favorevole.

Tuttavia quel che viene compromesso è pur sempre il diritto a lottare per i beni della vita e quindi il danno esiste quantomeno per la compromissione di questa legittima aspirazione di ogni persona, cui il danno andrà allora liquidato appunto equitativamente (art. 1226).

Per i giudici in caso di perdita di una *chance* a carattere non patrimoniale, il risarcimento non potrà essere proporzionale al "risultato perduto" (ad es. maggiori *chance* di sopravvivenza di un paziente al quale non era stata diagnosticata tempestivamente una patologia tumorale con esiti certamente mortali), ma andrà commisurato, in via equitativa, alla "possibilità perduta" di realizzarlo (intesa quale evento di danno rappresentato in via diretta ed immediata dalla minore durata della vita e/o dalla peggiore qualità della stessa); tale "possibilità", per integrare gli estremi del danno risarcibile, deve necessariamente attingere ai parametri della apprezzabilità, serietà e consistenza, rispetto ai quali il valore statistico-percentuale, ove in concreto accertabile, può costituire solo un criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto.

