

V e VI settimana di civile

Prima parte



TRACCE

Traccia n. 1: Il candidato dopo aver illustrato i principi generali della responsabilità patrimoniale per fatto illecito, esamini e dia concreta esemplificazione della regola della solidarietà passiva dei coautori dell'illecito con particolare riguardo ai rapporti fra l'azione di regresso e alla surrogazione legale ex art. 1203 c.c.

Traccia n. 2: Il candidato, dopo aver premesso brevi cenni ai principi generali dell'azione di arricchimento senza causa, esamini e dia concreta esemplificazione dell'ipotesi in cui la pretesa venga esercitata nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Traccia n. 3: Premessi brevi cenni sul rapporto di mandato, il candidato esamini le differenze con la gestione degli affari altrui.

I compito: la responsabilità civile oggettiva

II compito: la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Criteri di differenziazione interferenze.

III compito: La promessa unilaterale di pagamento e la ricognizione di debito. Criteri di differenziazione e interferenze.

Sommario generale

1. Le obbligazioni in generale. 2. Obbligazioni pecuniarie e obbligazioni generiche (p.13). 3. I modi di estinzione dell'obbligazione per cause diverse dall'adempimento. 4. L'adempimento. Obbligazioni di valuta e di valore (p.19). 5. Le obbligazioni naturali (p. 34). 6. Le obbligazioni ex lege (p.43). 7. L'arricchimento senza causa (p. 51). 8. La

gestione degli affari altrui (p. 60). 9. L'inadempimento. La responsabilità extracontrattuale (p.84). 10. La responsabilità contrattuale. 11. Le promesse unilaterali (p.89). 12. I titoli di credito (p.99). 13. L'assegno bancario (p.122). 14. Valori mobiliari. Strumenti finanziari (p. 146). 15. Le vicende modificative del rapporto obbligatorio dal lato attivo (p.157) e dal lato passivo (p. 164)

Le obbligazioni in generale

1. Le obbligazioni in generale

• Nozione: l'obbligazione è un vincolo giuridico che si crea tra due o più soggetti, creditore e debitore, in base al quale il debitore s'impegna a compiere una prestazione a favore del creditore secondo le regole dell'ordinamento giuridico.

Il codice civile non definisce le obbligazioni, che sono, invece, definite nelle istituzioni di Giustiniano.

Per comprendere le obbligazioni ricorriamo a un semplice esempio: pensiamo al caso banale in cui si chiami un idraulico per la riparazione di un rubinetto. L'idraulico s'impegna a riparare il rubinetto in modo che non vi siano più perdite d'acqua, ci promette, quindi, di eseguire la sua prestazione per risolvere il nostro piccolo problema. In questo caso noi assumiamo la veste di creditore e l'idraulico di debitore. Ma quando si potrà dire che l'idraulico ha compiuto la sua prestazione? E l'idraulico potrà poi venir meno al suo impegno non presentandosi?

Ecco che ci torna utile nozione che abbiamo riportato. Il debitore, infatti, non s'impegna a compiere la sua opera "alla buona" ma secondo le regole dell'ordinamento giuridico che impone, in questi casi, che sia raggiunto il risultato richiesto, cioè l'eliminazione della perdita d'acqua e non semplicemente l'aver fatto quanto era in lui per eliminarla.

Un lavoro incompleto e, peggio ancora, dannoso, fa restare intatta la nostra pretesa all'esatta prestazione promessa e nel caso in cui questa, a causa della sua inesattezza abbia provocato un danno, un allagamento, farà nascere il nostro diverso ed ulteriore diritto al risarcimento del danno.

Analogamente accadrà se l'idraulico non si presenterà per la riparazione.

Proprio perché si è assunto un impegno ad eseguire la prestazione potremo "costringere" tramite il giudice l'idraulico ad adempiere, e se questo si rifiuta, potremo far eseguire la riparazione da altro idraulico ma a spese del primo e sempre salvo il risarcimento del danno arrecato. Questo piccolo esempio ci serve da base per espandere e precisare il nostro discorso sulle obbligazioni e ci rende anche chiaro come queste si differenziano dai doveri generici che sorgono dai diritti reali. Lì, infatti, si tratta di obblighi generici che gravano su tutti i membri della collettività, qui, invece

si tratta di obblighi specifici che intercorrono tra soggetti esattamente determinati, o determinabili, e dal preciso contenuto.

2. Fonti delle obbligazioni (art. 1173 c.c.)

Le obbligazioni derivano da contratto (1), da fatto illecito (2), o da ogni altro atto o fatto idoneo [2043] a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico (3).

Note

(1) La norma fa riferimento al contratto nella sua accezione più ampia, comprendente tanto le fattispecie tipiche che quelle atipiche purchè meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 del c.c.. Sono fonte di obbligazione anche i contratti invalidi (v. artt. 1418 ss. c.c.).

(2) L'obbligazione presuppone un comportamento volontario dell'uomo e, pertanto, la norma avrebbe dovuto parlare di "atto illecito" piuttosto che di "fatto". La precisazione normativa relativa alla illiceità fa riferimento non solo alla fattispecie generale prevista nell'art. 2043 del c.c., ma anche ai fatti dannosi cd. "speciali" (v. artt. 2049 ss. c.c.). L'illecito derivante da inadempimento contrattuale rientra, invece, nella previsione di cui alla prima parte dell'articolo.

(3) Tra gli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni si possono richiamare le promesse unilaterali (artt. 1977 ss. c.c.); i titoli di credito (artt. 1992 ss. c.c.); la gestione di affari (artt. 2028 ss. c.c.); il pagamento

dell'indebito (artt. 2033 ss. c.c.) e l'arricchimento senza causa (artt. 2041 ss. c.c.). Tali tipi di fonti sono accomunate dal fatto di produrre l'obbligazione in assenza di un accordo tra due o più parti, come invece avviene nel contratto.

Analizziamo una per una le varie fonti.

- **I contratti;** sono le tipiche fonti delle obbligazioni. Con questo strumento le parti s'impegnano volontariamente a eseguire delle prestazioni. Se si commissiona un quadro, il pittore s'impegnerà a eseguirlo ed una volta finito si sarà obbligati a versare il corrispettivo per l'opera svolta;

- **La volontà unilaterale;** è il caso delle promesse unilaterali previste dall'articolo 1987 c.c. e ss. L'obbligazione nasce solo nei casi previsti dalla legge;

- **Il fatto illecito:** in questo caso si prescinde da ogni e qualsiasi accordo tra i soggetti dell'obbligazione, anzi c'è almeno un soggetto (il danneggiato) che non vuole il fatto da cui scaturisce l'obbligazione. Accade, infatti, che una persona commette un atto illecito, doloso o colposo che sia, che cagiona ad altri un danno ingiusto. A parte le

altre conseguenze che possono sorgere in capo all'autore dell'atto, come quelle penali, quest'ultimo sarà tenuto a risarcire il danno a chi l'ha subito. Sorgerà, quindi, un'obbligazione che avrà come contenuto la prestazione di solito consistente in una somma denaro a favore del danneggiato che ne diviene creditore;

• **Ogni altro fatto o atto diverso dai precedenti idoneo a produrle:** si tratta di ipotesi residuali diverse dalle precedenti che i fondano su norme di legge, come la gestione di affari altrui o l'arricchimento senza causa.

3. I soggetti dell'obbligazione Come già accennato in precedenza l'obbligazione vede protagonisti almeno due personaggi: a) il creditore, soggetto attivo del rapporto è chi può pretendere l'esecuzione della prestazione; b) il debitore, soggetto passivo del rapporto è chi è tenuto a eseguire la prestazione. Non è necessario che siano esattamente determinati sin dall'inizio del rapporto bastando la loro determinabilità.

È appena il caso di osservare che vi possono essere più creditori o più debitori in un medesimo rapporto obbligatorio, ma questa pluralità di soggetti (o di parti) non è indifferente alla vita del rapporto, poiché per regolare loro rapporti sarà il più delle volte necessario ricorrere agli istituti della solidarietà, della indivisibilità, del regresso.

Art. 1292 c.c.

L'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione (2), in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri (3); oppure quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori (4).

Note

(1) Opposta all'obbligazione solidale è quella parziaria che si ha quando ciascun debitore è tenuto ad eseguire solo la propria prestazione (parziarietà passiva) ovvero ciascun creditore può esigere solo la parte di prestazione cui ha diritto (parziarietà attiva). La distinzione rileva in tema di prestazione divisibile (1316 c.c.) e indivisibile (1314 c.c.). L'obbligazione solidale non va confusa con quella solidale complessa, che si ha quando alla prestazione devono necessariamente concorrere più soggetti, ad esempio una partita di calcio che deve essere giocata da una squadra.

(2) Sono discussi i presupposti necessari perchè l'obbligazione sia solidale. Secondo la tesi prevalente, oltre alla pluralità di soggetti è necessario che sia dovuta la medesima prestazione, anche se con modi e tempi diversi (1293 c.c.), e che il titolo costitutivo sia lo stesso. Secondo altri, prestazione e fonte

possono anche essere diverse (diverso è il titolo, ad esempio, in caso di obbligazione principale e di garanzia) e la loro identità serve solo a far presumere la solidarietà che però potrebbe anche mancare.

(3) Si tratta della solidarietà passiva. Ad esempio, Tizio e Caio devono 50 a Sempronio: questi può esigere l'intero da Tizio e il suo adempimento libera anche Caio. Ovviamente Tizio non è privo di tutela perchè può agire in regresso verso Caio (1299 c.c.).

(4) Si tratta della solidarietà attiva. Ad esempio, Tizio e Caio hanno diritto a 100 da Mevio e quando questi adempie ad uno di essi è liberato nei confronti di entrambi.

L'obbligazione è solidale quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno di essi è obbligato ad adempiere per la totalità (art. 1292 c.c.). In tal caso, l'adempimento di uno libera gli altri (**solidarietà passiva**). È anche solidale l'obbligazione quando, in presenza di più creditori, ciascuno di essi ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori (**solidarietà attiva**).

Le obbligazioni solidali sono quindi caratterizzate dal particolare vincolo (solidarietà) che lega i soggetti rispettivamente sotto il profilo attivo (concreditori solidali), se ciascuno può pretendere dal debitore (o dai debitori) la prestazione nella sua integralità, o passivo (condebitori solidali), se ciascuno dei debitori è tenuto ad eseguire la prestazione sempre nella sua integralità. Sono inoltre caratterizzate dalla circostanza che l'esecuzione da parte di un condebitore solidale o nei confronti di un concreditore solidale estingue l'obbligazione anche nei confronti degli altri soggetti.

art. 1293 Codice civile

La solidarietà non è esclusa dal fatto che i singoli debitori siano tenuti ciascuno con modalità diverse [1944 2], o il debitore comune sia tenuto con modalità diverse di fronte ai singoli creditori (1).

(1) Diverse possono essere le modalità di esecuzione, ad esempio tempo e luogo di adempimento, ma non la prestazione dovuta.

La norma si spiega col fatto che nell'obbligazione solidale ciò che deve essere uguale è la prestazione, a prescindere dalle sue modalità di esecuzione (1292 c.c.).

AD ESEMPIO DI due obbligati solidali, uno può essere obbligato a termine, o sotto condizione; infatti, termine e condizione non impediranno che si chiedi il tutto a chi si sia obbligato puramente e semplicemente

Si enuncia, quindi, il concetto che i rapporti obbligatori sono distinti (tanto che si parla di singoli rapporti), che essi possono essere sottoposti a modalità diverse: infatti

l'uno può essere a termine o condizione, l'altro no e così via. Si afferma poi che esse debbono avere unico oggetto (eadem res). Questi caratteri sono essenziali alla solidarietà ma non decisivi, perchè essi potrebbero riscontrarsi anche in altre ipotesi di fatto, nelle quali vano sarebbe il voler ravvisare un caso di solidarietà..

Così non può parlarsi di obbligazione solidale solo perchè più persone, l'una separatamente dall'altra, si obbligano a dare a Caio la stessa cosa e neanche può dirsi che sia obbligazione solidale se Tizio si obbliga in via sussidiaria a dare a Caio la cosa, che Sempronio si è obbligato a dargli, in via principale.

Nel primo come nel secondo caso vi sono bensì più rapporti obbligatori distinti, ed identica è pure la prestazione, ma non vi è la solidarietà, giacchè ne esula quello che ne è il contenuto essenziale, e che qui appunto precisiamo.

Perchè si abbia solidarietà occorre che i vari rapporti, pur essendo distinti, e pur aventi ad oggetto la medesima prestazione, siano, per vir-tù di legge o contratto, tra loro in intima correlazione produttiva dell'effetto giuridico tipico di cui si parla nell'art. 1292. E propriamente si richiede nella solidarietà attiva che ciascun creditore possa pretendere l'adempimento dell'intera prestazione e nella solidarietà passiva che ciascun debitore sia costretto ad adempiere l'intera prestazione. Si esige pure che l'adempimento della prestazione da parte di uno dei debitori liberi gli altri condebitori e quella fatta a favore di uno dei creditori liberi il debitore rispetto agli altri concreditori.

Dispositivo dell'art. 1299 Codice civile

Il debitore in solido che ha pagato l'intero debito può ripetere dai condebitori soltanto la parte di ciascuno di essi [1203 n. 3] (1).

Se uno di questi è insolvente, la perdita si ripartisce per contributo tra gli altri condebitori, compreso quello che ha fatto il pagamento.

La stessa norma si applica qualora sia insolvente il condebitore nel cui esclusivo interesse l'obbligazione era stata assunta [1298] (2) (3).

(1) I debitori contro cui si agisce in regresso sono obbligati parziariamente (1292 c.c.).

(2) Ciò accade, ad esempio, in caso di fideiussione.

(3) Nonostante la norma non statuisca nulla a riguardo, deve ritenersi applicabile anche al concreditore che ha ottenuto l'intera prestazione (1292 c.c.).

La norma, che contempla espressamente **l'azione di regresso**, è volta ad evitare che il debitore adempiente che la intraprende sopporti da solo il rischio di insolvenza degli altri debitori: perciò egli può chiedere a ciascun debitore la sua quota, fermo restando

che l'insolvenza di uno grava anche su di lui perchè altrimenti otterrebbe un vantaggio indebito (2041 c.c.).

il condebitore, che ha pagato, può ripetere da ciascuno dei condebitori la parte di ciascuno di essi. Quale sia questa parte è stabilito dall'art. 1298. In virtù di questo precetto, le quote si presumono uguali, ma trattasi di presunzione semplice che può essere oppugnata con prova contraria. Perciò chi assume il contrario (sia esso l'attore condebitore che ha pagato e chiede un maggiore rimborso, sia il condebitore convenuto che assume di non essere tenuto affatto a rimborso, perchè l'obbligazione fu assunta nell'esclusivo interesse di un altro o di più altri condebitori od assume di essere tenuto ad un minore rimborso) deve dargli la prova.

L'art. 1299 enuncia altre regole.

Si prevede cioè che uno dei condebitori, tenuto al rimborso, sia non solvente. In tal caso si dispone che questa non solvenza non colpisce solo il debitore che ha pagato, ma tutti i condebitori compreso quest'ultimo. Pertanto la quota del non solvente si divide fra tutti i condebitori solventi: e di conseguenza ciascuno di questi è tenuto proporzionalmente ad un maggior rimborso, e il debitore che ha pagato subisce pure sopra di sé, in parte adeguata, il danno della non solvenza. Detta regola si applica anche nel caso, in cui non solvente sia precisamente quegli nel cui interesse l'obbligo è stato assunto.

La enunciazione esplicita di questa norma è indubbiamente opportuna. Infatti, alla stregua dei principi generali, **il regresso** potrebbe esercitarsi solo contro i condebitori, per la parte da ciascuno dovuta, e conseguentemente, nell'ipotesi di solidarietà, assunta nell'esclusivo interesse di uno solo dei soggetti, solo contro di questo si potrebbe esercitare l'azione di regresso. Ma quando questo, che dovrebbe in definitiva sopportare l'onere dell'obbligazione, non è solvibile, il regresso contro di lui rimarrebbe del tutto cosa vana, con la conseguenza iniqua che tutto il pregiudizio di detta insolvenza ricadrebbe sul soggetto che accidentalmente fu costretto a pagare; giustamente quindi il codice, in previsione di detto caso, riparte le conseguenze nocive dell'insolvenza tra i condebitori solventi.

Nella dottrina si poneva la questione se l'insolvenza che influiva sulla misura del regresso dovesse essere anteriore o contemporanea al pagamento od anche posteriore. Si reputava preferibile nella dottrina francese la prima opinione restrittiva, giacchè si diceva che il diritto al rimborso nasce nel momento del pagamento, ed è determinato dalle circostanze, che in detto momento sussistono e non da altre posteriori: inoltre si aggiungeva che l'insolvenza successiva può essere l'effetto del ritardo colposo dell'esercizio del diritto al rimborso.

Su questo punto nulla dispone il codice vigente, esplicitamente, però dalla espressione usata «... è insolubile» si deve dedurre che si debba tener presente il momento nel quale si effettua il regresso e non già il momento anteriore. E' chiaro però che se si deduca e dimostri che il regresso è stato esercitato con indebito ritardo e che se

tempestivamente e diligentemente avesse il debitore chiesto il rimborso, la successiva insolvenza non l'avrebbe danneggiato, qui si pone una condizione di colpa che, ragionevolmente alla stregua dei principi generali, dovrebbe esser tenuta presente, allo scopo di non farne cadere le conseguenze sugli altri condebitori.

In tema di regresso sorge la questione che fu variamente risolta: se cioè nelle obbligazioni nascenti da fatto illecito sussista il diritto di regresso a favore dell'autore, che ha pagato il risarcimento integrale contro il coautore del fatto stesso.

Nella dottrina prevalse la tesi affermativa, però si rilevò che la solidarietà nascente da fatto illecito è sottoposta a tutte le norme della solidarietà e fra queste vi è pure quella che ammette senza distinzioni il diritto di regresso. Certo qualche dubbio è tuttora possibile quando il regresso possa apparire come un'azione fondata su causa turpe e come tale vietata dai principi di suprema moralità, ai quali si ispirava appunto il diritto romano, quando enunciava il concetto «si duo dolo malo fecerint invicem de dolo non agent», I, 36, O. IV, 3.

4. La prestazione

La prestazione è l'oggetto dell'obbligazione, (art. 1174 c.c.) e consiste nello svolgimento di un'attività o nel conseguimento di un risultato. Normalmente la prestazione è indicata sia come oggetto dell'obbligazione sia come contenuto dell'obbligazione, considerando come sinonimi i due termini. Spesso, però, s'indica nelle obbligazioni di dare, di cui ci occuperemo tra poco, come oggetto dell'obbligazione il bene dovuto e analogamente nelle obbligazioni di fare si indica come oggetto dell'obbligazione il bene frutto dell'attività del debitore.

In ogni caso la terminologia usata dai vari autori che spesso tendono a uniformare i vari concetti (oggetto dell'obbligazione, oggetto della prestazione) è fonte di confusione e malintesi e per questo motivo nel prosieguo della trattazione noi chiameremo oggetto o contenuto della obbligazione la prestazione, mentre se vorremo indicare l'effetto o le modalità della prestazione ci riferiremo all'oggetto o al contenuto della prestazione. Poiché la prestazione può consistere nello svolgimento di un'attività o nel conseguimento di un risultato, dobbiamo appunto distinguere:

Nell'obbligazione di mezzi, il debitore non promette un risultato al creditore, ma s'impegna a tenere un comportamento che soddisfi l'interesse del creditore, senza che il raggiungimento di un ulteriore risultato sia da ritenersi essenziale per l'interesse del creditore. Per le obbligazioni di mezzi si suole anche dire che l'ulteriore risultato, è al di fuori dell'obbligazione.

Tipiche obbligazioni di mezzi sono quelle del medico o dell'avvocato, dove l'obbligazione è adempiuta quando sia stata svolta l'attività necessaria in relazione alle singole circostanze del caso. Ragionando in maniera diversa, ammettendo, cioè, che il debitore sia costretto in questi casi a un ulteriore risultato, dovremmo ritenere

inadempienti il medico o l'avvocato che, pur avendo usato la diligenza professionale per ottenere la guarigione da una malattia o per il buon esito di un giudizio, non abbiano raggiunto tale scopo. È vero, invece, che non solo non vi sarà responsabilità, ma nemmeno inadempimento, tanto che i due professionisti dovranno essere retribuiti per l'opera svolta.

Nelle obbligazioni di risultato, Il debitore s'impegna a conseguire un risultato come frutto della prestazione. L'interesse del creditore sarà soddisfatto solo con il conseguimento del risultato promesso. La differenza fondamentale tra questo tipo di obbligazioni e quelle di mezzi riguarda proprio il momento dell'adempimento e dell'eventuale responsabilità per l'inadempimento. Le obbligazioni di risultato saranno adempiute quando sarà raggiunto il risultato promesso, e solo in quel momento il debitore sarà liberato e ottenere, se previsto, il compenso per l'attività svolta. Se, all'opposto, non riesce a raggiungere il risultato promesso, a nulla servirà far valere l'impegno profuso nello sforzo, poiché vi sarà sempre e comunque inadempimento. La diligenza profusa sarà rilevante, invece, per la responsabilità che può derivare dall'inadempimento. Il debitore che, nonostante uno sforzo diligente e adeguato al risultato che intendeva ottenere, non riesca comunque a raggiungerlo, andrà esente da responsabilità, ma non potrà, in ogni caso, pretendere il compenso per l'attività svolta richiamandosi alla diligenza profusa, come sarebbe accaduto, invece, nelle obbligazioni dette "di mezzi".

Secondo l'art. 1174 c.c. la prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica e corrispondere a un interesse anche non patrimoniale del creditore. È questa la caratteristica della "patrimonialità" della prestazione, senza la quale l'intera obbligazione non potrà più essere considerata come tale.

Oltre che suscettibile di valutazione economica, la prestazione deve essere possibile, lecita, determinata o determinabile. Tale disciplina si ricava dagli articoli 1346 e ss. del codice civile, riferita all'oggetto del contratto, però, e non alla prestazione in quanto tale; tuttavia, pur con tutte le difficoltà nell'individuazione dell'oggetto del contratto, è fuori di dubbio che detti articoli si riferiscano prevalentemente alla prestazione.

La prestazione è possibile quando riguarda attività o risultati materialmente o giuridicamente possibili.

Per questo motivo si distingue tra impossibilità fisica, quando il fatto è oggettivamente e materialmente impossibile, come quando ci s'impegna a vendere un bene che non esiste più, o giuridica, quando la prestazione riguardi attività che, seppure non illecite, non sono possibili a causa di divieti di legge, come quando ci s'impegna a vendere un bene demaniale.

Abbiamo parlato di prestazione oggettivamente impossibile; con ciò vogliamo intendere che l'impossibilità di cui stiamo parlando, per impedire il sorgere dell'obbligazione, non deve essere riferita alla persona di chi si è obbligato, ma deve

essere assoluta per qualsiasi debitore; se, invece, la prestazione è oggettivamente possibile, avremo l'inettitudine a compiere la prestazione, che non influenza il sorgere dell'obbligazione, ma rileva solo per l'inadempimento della stessa. La prestazione deve essere lecita, cioè non deve essere contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.

La prestazione illecita non è più doverosa proprio perché vietata. Qui si considera la prestazione in sé illecita, che può scaturire tanto da un negozio lecito, quanto da un negozio già illecito; ad esempio la prestazione del killer" è illecita, come illecito è il relativo accordo, mentre, all'opposto, può essere lecita la prestazione ma illecito l'accordo; ad esempio è nullo il contratto con cui si vogliano ottenere prestazioni sessuali a pagamento, mentre non è illecito di per sé il versamento di una somma di denaro. La prestazione deve essere determinata o determinabile.

È evidente che se la prestazione è indeterminata il debitore non sa che cosa deve eseguire e in tale situazione l'obbligazione non può sorgere. La prestazione è determinata quando è specificata in tutti i suoi elementi, come nel caso in cui si debba una somma di denaro dal preciso ammontare (liquida), mentre non lo sarebbe se si dovesse "del denaro". È determinabile quando le parti o la legge fissano i criteri per la sua successiva determinazione, che può essere affidata anche a un terzo. Ne troviamo esempi nell'art. 1657 c.c. in tema di appalto, dove in mancanza di determinazione del compenso ci si riferisce alle tariffe esistenti o agli usi e, se non vi sono neppure questi, è determinata dal giudice, mentre nel caso in cui sia stato incaricato un terzo si parla di "arbitratore" da non confondere con l'arbitro che svolge funzioni analoghe a quella di un giudice.

Le parti possono affidarsi al terzo che deve procedere secondo il suo equo apprezzamento, ma potrebbero anche rimettersi al mero arbitrio del terzo; in questo caso potranno rivolgersi al giudice solo nel caso in cui l'arbitratore abbia agito in dolo, mentre nel caso precedente potranno adire il giudice quando la determinazione del terzo è manifestamente iniqua o erronea (art. 1349 c.c.).

4.a) La patrimonialità della prestazione

Secondo l'art. 1174 c.c.: " La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore".

Quest'articolo esprime due concetti fondamentali, il primo relativo alla prestazione e il secondo alla sua "patrimonialità". Occupiamoci ora di questo secondo aspetto. È fondamentale, infatti, distinguere tra "l'obbligazione" e gli altri "obblighi" di natura giuridica o morale ai quali non si applica la disciplina prevista per le obbligazioni.

L'articolo 1174 rende evidente che altro è la valutazione economica della prestazione rispetto all'interesse del creditore che ha diritto alla prestazione. Questo interesse può

essere di natura patrimoniale, come nel caso in cui incarico una persona di eseguire dei versamenti in banca o alla posta, ma può essere anche di natura non patrimoniale.

Obbligazioni pecuniarie e obbligazioni generiche

Le obbligazioni pecuniarie sono quelle che hanno ad oggetto una somma di denaro. Vengono tradizionalmente fatte rientrare nell'ambito delle cosiddette "obbligazioni generiche". Queste ultime hanno ad oggetto un bene che viene individuato in ragione della sua appartenenza ad un genere: si pensi alla vendita di un certo quantitativo di frumento, bene individuato esclusivamente nel genere; solo quando il commerciante provvederà alla pesatura allora si avrà la specificazione, con conseguente esecuzione del contratto e passaggio della proprietà del frumento all'acquirente (per un approfondimento sulla vendita di cose generiche e sullo standard di qualità dei beni venduti, leggi: Merce venduta: che qualità deve avere?). Anche le obbligazioni pecuniarie hanno ad oggetto un bene individuato solo nel genere (il denaro appunto), portatore di un valore economico che il creditore ha interesse ad acquisire.

La cosiddetta "smaterializzazione" del denaro

In passato le obbligazioni pecuniarie avevano ad oggetto esclusivamente banconote e monete; oggi la situazione è radicalmente cambiata. Si assiste, infatti, al fenomeno della cosiddetta "smaterializzazione" del denaro: è sempre più frequente l'uso di bancomat, carte di credito, assegni bancari ecc., che consentono al debitore di estinguere l'obbligazione senza far uso materiale del denaro contante, che pian piano potrebbe addirittura sparire del tutto. Per saperne di più leggi: Denaro contante: via da banche e negozi.

Come si estinguono le obbligazioni pecuniarie?

Secondo la legge [1], i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale. In Italia la moneta che ha attualmente corso legale è l'euro. Il suo valore nominale è espresso dal valore numerico del denaro che è segnato sulla moneta o sulla banconota. A differenza del valore reale (che consiste nel valore di acquisto), il valore nominale non è stabile ma è soggetto ai cambiamenti dovuti ai flussi del mercato (per es. un fenomeno inflattivo comporta una svalutazione del valore nominale mentre il valore reale rimane invariato). Il principio nominalistico, che costituisce un principio cardine delle obbligazioni pecuniarie, si fonda sul valore nominale del denaro (in proposito leggi:

Le obbligazioni pecuniarie, di solito, si estinguono quando il debitore elargisce la somma di denaro originariamente prevista dal contratto, senza che i vari fenomeni economici possano incidere sulla somma da corrispondere. Si pensi a colui che a gennaio si obbliga a corrispondere mille euro al proprio creditore: la somma dovuta sarà la medesima anche nell'eventualità in cui l'obbligazione dovesse essere eseguita a fine anno e nel frattempo si sia verificato un fenomeno inflattivo ovvero vi sia stata

una crisi del mercato. Il rischio di una eventuale svalutazione monetaria grava, dunque, sul creditore.

L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie

L'adempimento è l'esatta esecuzione, da parte del debitore, della prestazione che forma oggetto dell'obbligazione. Ad esso consegue l'estinzione dell'obbligazione e con questa, la liberazione del debitore e la soddisfazione dell'interesse del creditore.

L'esattezza della prestazione deve essere valutata rispetto a diversi criteri:

- Le modalità di esecuzione nella prestazione

Principio secondo il quale nell'adempimento dell'obbligazione il debitore deve utilizzare la diligenza del buon padre di famiglia, cioè quel grado di attenzione e di cura che ci si attende da un uomo attento e scrupoloso nella gestione dei suoi affari. Sebbene il codice civile formuli in maniera generale tale criterio, è necessario precisare che esso vale solo per quelle obbligazioni che hanno come oggetto prestazioni di fare (obblig. di mezzi). Inoltre la prestazione deve essere eseguita x intero: il creditore può sempre rifiutare un adempimento parziale, anche se la prestazione è divisibile.

- Il tempo d'esecuzione della prestazione

La prestazione deve essere eseguita dal debitore a richiesta del creditore o, se è fissato un termine, alla scadenza del termine. Nel primo caso il creditore può esigere in qualsiasi momento la prestazione, mentre nel secondo caso il termine fissato x l'adempimento si presume sia a favore del debitore, salvo che non risulti fissato a favore del creditore o di entrambi.

- Il luogo di esecuzione della prestazione

La prestazione deve essere eseguita nel luogo stabilito dalle parti e se non è stato stabilito nulla:

- l'obbligazione di consegnare una cosa det. va adempiuta nel luogo in cui la cosa si trovava quando è sorta l'obbligazione.

- l'obbligazione di pagare denaro si adempie al domicilio del creditore.

- ogni altra obbligazione a domicilio del debitore.

- La persona che esegue la prestazione

Normalmente è il debitore oppure può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, a condizione che non si tratti d'obblig. infungibile. Il creditore che riceve l'adempimento di un terzo può nel momento dell'adempimento surrogarlo nei diritti, ossia cederli i diritti che ha verso il debitore: così, il terzo che ha adempiuto diventa suo creditore e potrà pretendere dal debitore quanto ha pagato -surrogazione-

- Il destinatario dell'adempimento

Di regola l'adempimento va fatto al creditore o alla persona indicata dal creditore o autorizzata dalla legge o dal giudice. Se il creditore è incapace d'agire, il debitore deve rivolgersi al rappresentante legale (ciò invece non vale per il debitore incapace, al quale è cmq dovuto l'adempimento).

- L'identità della prestazione

Il debitore deve eseguire esattamente la prestazione dovuta; x tanto il creditore può legittimamente rifiutarsi di ricevere una prestazione diversa anche se di valore uguale o maggiore. Se il creditore accetta di ricevere un'altra prestazione ricorre alla figura del datio in solutum: l'obbligo in tal caso si estingue solo se e quando la diversa prestazione viene effettivamente eseguita. Il debitore che adempie a una prestazione di denaro ha diritto alla quietanza, ossia a una dichiarazione del creditore che attesti l'avvenuto pagamento. Infine, chi ha più debiti verso lo stesso creditore, può dichiarare quando paga quale debito intende estinguere.

L'inadempimento dell'obbligazione

Il debitore è inadempiente se non esegue la prestazione dovuta o se non la esegue esattamente. Al prodursi dell'inadempimento ne consegue la responsabilità del debitore: egli deve risarcire il danno che il suo inadempimento abbia cagionato al creditore. Se però il debitore prova che la mancata prestazione è stata determinata da sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta a cause non a lui imputabili, l'evento imprevedibile e inevitabile che il debitore deve provare x ottenere la propria liberazione è detto caso fortuito (fatalità). X capire meglio esistono vari casi:

- se si tratta di una prestazione di dare che abbia x oggetto una cosa di genere è impossibile dimostrare il caso fortuito, nel senso che se si tratta x es. di somme di denaro è cmq possibile procurarseli (prestito).

- se si tratta di una prestazione di dare che abbia x oggetto una cosa di specie, può qui risultare la prestazione oggettivamente impossibile. Es. se affonda la nave ricevuta in locazione diventa impossibile restituirla-> in tal caso il debitore può conseguire la propria liberazione, ma deve provare che la prestazione è diventata impossibile x cause a lui non imputabili.

- se si tratta di una prestazione di fare consistenti in prestazioni di mezzi, x es. il lavoratore non si presenta sul posto di lavoro, qui il fondamento della responsabilità è la colpa-> anche qui la prestazione può diventare oggettivamente impossibile (malattia).

- prestazioni di fare consistenti nel realizzare un risultato (scultore) può verificarsi impossibilità soggettiva (es. lo scultore non ha mezzi fin. sufficienti x finire l'opera), ma ciò non libera il debitore dalla responsabilità, ma anche da impossibilità oggettiva (es. sciopero nazionale dei muratori).

- prestazioni di non fare-> il debitore è sempre responsabile.
- casi in cui il debitore è volontariamente inadempiente: se l'inadempimento dipende da cause imputabili al debitore si dice che il debitore è in colpa, se invece è volontariamente inadempiente si dice che è in dolo.

Mora del debitore e mora del creditore

Si ha mora del debitore quando quest'ultimo esegue la prestazione in ritardo. Di regola non basta, perché il debitore sia in mora, solo il mancato adempimento alla scadenza del termine, occorre la costituzione in mora, ossia la richiesta o intimazione scritta di adempiere rivolta dal creditore al debitore. Quest'ultima è superflua in diversi casi:

- quando il debitore abbia dichiarato x iscritto di non voler adempiere
- quando si tratta di prestazione a termine scaduto, da eseguirsi al domicilio del creditore
- obbligazioni da fatto illecito
- obbligazioni di non fare

La mora del debitore produce 2 effetti:

- aggravamento del rischio del debitore: se, dopo la costituzione in mora, la prestazione diventa impossibile x causa non imputabile al debitore, questi ne risponde lo stesso a meno che non provi che l'effetto della prestazione sarebbe perito lo stesso presso il creditore.
- l'obbligo di risarcire i danni che il creditore provi di aver subito a causa dell'inadempimento o del ritardo-> responsabilità contrattuale. Il danno da risarcire è perciò formato da 2 componenti: danno emergente, perdita subita dal creditore, mancato guadagno e lucro cessante, mancato guadagno.

Fra inadempimento e danno deve sussistere un rapporto di causalità: non è risarcibile qualsiasi danno che, in qualche modo, si ricollegli all'inadempimento, ma solo il danno che ne sia conseguenza diretta.

Per ciò che riguarda la consegna di una somma di denaro, oltre ad essa il debitore dovrà, dal momento in cui è in mora pagare anche i cosiddetti interessi moratori, secondo il tasso legale. Gli interessi moratori valgono come risarcimento del danno x il ritardo, sono sempre dovuti essendo il denaro considerato un bene che x natura produce interessi. Tuttavia il creditore può provare di aver subito un maggior danno rispetto a quello risarcitogli dal tasso legale-> caso del danno da inflazione.

Quando il ritardo nell'adempimento dipende dal comportamento del creditore: l'ingiustificato rifiuto del creditore di ricevere la prestazione offertagli dal debitore o

cmq di mettere il debitore in condizioni di poterla eseguire (es. il creditore non prepara il magazzino che il debitore deve consegnare). Il creditore deve, x non essere in mora, compiere quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione-> dovere di cooperazione del creditore all'adempimento del debito. Gli effetti della costituzione in mora del creditore sono:

- L'impossibilità della prestazione sopravvenuta x causa non imputabile al debitore è a carico del creditore
- Non sono più dovuti al debitore interessi sulle somme di denaro
- Sono dovuti al debitore il rimborso x le spese di custodia della cosa e in generale il risarcimento dei danni che il debitore abbia subito a causa della mora.

Modi di estinzione dell'obbligazione per cause diverse dall'adempimento

Tradizionalmente si distinguono in:

SATISFATTIVI: che soddisfano l'interesse del creditore

- Una prestazione diversa nel luogo dell'adempimento accettata dal creditore (datio in solutum)
- La compensazione quando 2 persone sono obbligate l'una verso l'altra, quando cioè ciascuna è al tempo stesso creditore e debitore nei confronti dell'altra: in tal caso i debiti si estinguono fino alla quantità corrispondente.

Può essere: legale, se opera in forza di legge

giudiziale, se opera in forza di provvedimento del giudice

volontaria, se opera x volontà delle parti

- La confusione ricorre quando nella stessa persona si riuniscono le qualità di creditore e di debitore (es. il debitore è l'erede del creditore). L'obblig. si estingue perché non si può essere creditori di se stessi. Non c'è però estinzione di confusione nel caso di fideiussione, ossia se chi ha garantito l'adempimento del debito altrui diventa, egli stesso, il soggetto passivo del debito da lui garantito, e anche nel caso della cambiale e dell'assegno ossia il debitore, al quale venga girato il titolo, può a sua volta girarlo ad altri.

NON SATISFATTIVI: che estinguono l'obbligazione senza soddisfare il creditore

- **Novazione:** estinzione di un'obbligazione x volontà delle parti, mediante la costituzione di una nuova obbligazione diversa da quella originaria

X l'oggetto-> il consenso del creditore libera il debitore dall'originaria obbligazione (es. pagare una somma di denaro) e ne nasce una nuova con oggetto diverso (trasferimento di un immobile).

X il titolo-> in tal caso cambia il titolo del debito ossia si può passare x es. da titolo di prezzo di vendita a titolo di mutuo con nuove norme, in tal caso sul mutuo che regolano il rapporto.

Se l'obbligazione originaria non esisteva, la nuova obbligazione risulta senza effetto.

- La remissione è la rinuncia volontaria del creditore al proprio diritto. Può consistere in: dichiarazione espressa, restituzione al debitore del documento dal quale risulta il credito. Essa estingue l'obbligazione salvo che il debitore, entro un congruo termine, non dichiari di opporvisi (nessuno può essere costretto a ricevere un favore da altri).

- Impossibilità sopravvenuta x cause non suscettibili al debitore.

Obbligazioni di valuta e obbligazioni di valore

All'interno delle obbligazioni pecuniarie si è soliti distinguere tra le obbligazioni di valuta e le obbligazioni di valore. Le prime sono assoggettate al principio nominalistico ed hanno ad oggetto, fin dal principio, una somma di denaro determinata (si pensi a chi si obbliga a pagare cento euro) o determinabile (si pensi a chi si obbliga a pagare al professionista l'onorario dovuto o a chi si obbliga a corrispondere il 20% del guadagno totale realizzato); le seconde, invece, si sottraggono all'applicazione del principio nominalistico, in quanto hanno ad oggetto l'equivalente in denaro di un certo bene (si pensi alle obbligazioni risarcitorie, il cui ammontare equivale all'effettivo valore del danno cagionato che occorre reintegrare: ad esempio, il responsabile di un incidente stradale che ha distrutto una moto di proprietà altrui, è tenuto ad elargire una somma di denaro che sia idonea a compensare la diminuzione patrimoniale patita dal danneggiato).

La distinzione tra debiti di valuta e debiti di valore, priva di riscontro nella disciplina unitaria delle obbligazioni pecuniarie dettata dal codice civile, è frutto di una elaborazione giurisprudenziale ormai consolidata e risponde principalmente ad esigenze di giustizia sostanziale.

Elemento discrezionale tra le due categorie non è l'oggetto della prestazione, che consiste pur sempre nella dazione di una somma di denaro, ma il momento in cui tale oggetto viene determinato. La Corte di Cassazione ha efficacemente definito tale differenza, affermando che **“le obbligazioni di valore si qualificano tali allorché l'oggetto diretto e originario della prestazione consista in una cosa diversa dal denaro, rappresentando la moneta solo un bene sostitutivo di una prestazione con diverso oggetto, mentre sono di valuta le obbligazioni aventi fin dall'origine ad oggetto una somma di denaro”** (cfr. Cassazione civile, sez. I, sentenza del 20 gennaio 1995, n. 634).

Dunque, oggetto dei debiti di valuta è ab origine una somma di denaro determinata o anche solo determinabile, la quale è soggetta ex art. 1227 c.c. al principio nominalistico: le eventuali variazioni del valore reale della moneta non hanno alcuna

incidenza sull'importo oggetto della prestazione, dovendo essere sempre corrisposta la somma originariamente indicata.

Nei debiti di valore, invece, l'obbligazione pecuniaria non è originaria, ma rappresenta solo l'equivalente di una diversa obbligazione primaria, per cui l'oggetto della prestazione è ab origine diverso dalla dazione di una somma di denaro, che ne costituisce soltanto la traduzione in termini monetari; le obbligazioni aventi ad oggetto debiti di valore, di conseguenza, sono ontologicamente sottratte al principio nominalistico, perché l'importo dovuto deve necessariamente esprimere il valore effettivo dell'obbligazione primaria sostituita e, pertanto, non può restare insensibile alle oscillazioni del potere di acquisto della moneta. La categoria dei debiti di valore è nata dall'esigenza, di natura sostanziale, di sottrarre determinate tipologie di rapporti obbligatori agli effetti della rigorosa applicazione del principio nominalistico, ogni qual volta questo appaia iniquo in relazione alla causa del credito. Si pensi all'obbligazione risarcitoria conseguente ad illecito aquiliano – ipotesi tipicamente indicata come debito di valore – il cui oggetto primario dell'obbligazione non è il pagamento di una somma di denaro, ma il ripristino della situazione antecedente alla commissione dell'illecito: qualora non sia possibile procedere al risarcimento in forma specifica, l'autore dell'illecito è tenuto a reintegrare il patrimonio del danneggiato nella situazione economica quo ante, mediante corresponsione di un importo monetario, stabilito attraverso l'apposita operazione di liquidazione, che costituisce l'equivalente in termini monetari del danno arrecato, tenendo in debito conto i fenomeni di svalutazione monetaria medio tempore verificatisi.

Pertanto, il rischio svalutazione monetaria grava sul creditore nei debiti di valuta, in virtù della precisa scelta legislativa dell'art. 1227 c.c. mentre nei debiti di valore grava, per ragioni di equità, sul debitore.

Un ulteriore profilo differenziale è rappresentato dal fatto che il debito di valore è illiquido; difatti, mentre nel debito di valuta la prestazione pecuniaria oggetto della obbligazione è generalmente determinata fin dall'origine, nel debito di valore è sempre necessario procedere alla quantificazione dell'importo dovuto, avuto riguardo al valore monetario reale.

2. Debiti di valuta

2.1. Principio nominalistico

Stante il disposto dell'art. 1277 c.c., l'applicazione del principio nominalistico comporta la sostanziale irrilevanza delle variazioni del valore reale del denaro, per cui, al momento della scadenza del termine di adempimento, il debitore si libera con il pagamento dello stesso importo originariamente dovuto, senza che abbiano incidenza quegli avvenimenti, eventualmente verificatisi medio tempore, produttivi di un deprezzamento del denaro e, quindi, di una minorazione del suo potere di acquisto.

Tale principio subisce, tuttavia, deroghe di tre differenti tipi:

a) **deroghe convenzionali:** il principio nominalistico non può essere considerato alla stregua di un principio di ordine pubblico e, pertanto, non può di regola assumere valenza inderogabile, salvo che in risposta ad esigenze convenzionali (si pensi, ad esempio, all'art. 1, comma 4, del d.l. 24 luglio 1973 n. 426 che, dettando la disciplina transitoria delle locazioni di immobili urbani, sanciva l'inefficacia delle clausole di adeguamento monetario dei canoni di affitto relativi ai contratti soggetti a proroga: norma ispirata a finalità antinflazionistiche e di tutela sociale). E però, le clausole di rivalutazione monetaria, pur comportando un sostanziale avvicinamento dei debiti pecuniari ai debiti di valore, dovuto essenzialmente all'automatismo dell'operazione di adeguamento dell'importo, non possono incidere sulla radicale diversità fra le due categorie di debito: mentre nei debiti indicizzati è sufficiente calcolare la variazione della somma dovuta effettuando un'operazione meramente matematica di applicazione degli indici di rivalutazione, nei debiti di valore, invece, è necessario determinare il quantum debeatur mediante il complesso meccanismo costituito dalla valutazione (c.d. aestimatio) e dalla successiva liquidazione (c.d. taxatio) della prestazione dovuta.

b) **deroghe legali:**

- art. 3 della l. n. 218/1952 (che stabilisce un regime di periodica maggiorazione delle pensioni);

- legge n. 90/1953 (che contiene norme per la rivalutazione delle rendite vitalizie in denaro);

- art. 5 e 6 della l. n. 898/1970 (che, in materia di scioglimento del matrimonio, impongono l'indicizzazione dell'assegno divorziale e di quello di mantenimento della prole, attribuendo al giudice il compito di fissare un criterio di adeguamento automatico);

- art. 24 della l.n. 392/1978 (abrogato dall'art. 14, comma 4, l. 431/1998) che prevedeva l'aggiornamento dei canoni di locazione in misura pari al 75% della variazione accertata dall'Istat dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati;

c) **deroghe giudiziali:** secondo un orientamento alquanto diffuso, l'intervento del giudice sull'equilibrio contrattuale deve essere considerato del tutto eccezionale, perché fonte di inevitabili incertezze nonché di possibili arbitri. Si sottolinea, peraltro, come comportando la svalutazione monetaria una sostanziale redistribuzione di ricchezza, debbano essere le parti, d'accordo fra loro, o il legislatore, d'imperio, a fissarne i limiti di applicazione e non il giudice. L'unica norma che, nel nostro ordinamento, effettivamente consente al giudice di esercitare un sindacato sull'equilibrio economico contrattuale è quella che disciplina la risoluzione contrattuale per eccessiva onerosità sopravvenuta. In applicazione dell'art. 1467 c.c., infatti, si ritiene che, in presenza di una inflazione eccezionale ed imprevedibile, si realizzino gli estremi della onerosità sopravvenuta, con conseguente possibilità di

ottenere la risoluzione del contratto ovvero, in alternativa, l'offerta di *reductio ad aequitatem* delle condizioni squilibrate¹.

2.2. Gli interessi

Accanto al principio nominalistico, l'ordinamento giuridico italiano accoglie un altro fondamentale principio in materia di obbligazioni pecuniarie, quello della naturale fecondità del denaro, in base al quale si riconosce un'innata attitudine del denaro a produrre frutti civili, sotto forma di interessi (art. 820 c.c.). Essi trovano la loro giustificazione funzionale nella compensazione per sottrazione di liquidità ovvero nel vantaggio per liquidità monetaria conseguita dal soggetto obbligato al pagamento.

Autorevole dottrina (Ferrara) definisce gli interessi come “prestazioni accessorie, omogenee rispetto alla prestazione principale, che si aggiungono ad essa per effetto del decorso del tempo e che sono commisurate ad una aliquota della stessa”.(cfr. Cass. civ., Sez. II, 13/01/1995, n.369: *la svalutazione monetaria, al pari di ogni altro accadimento dal quale derivi squilibrio tra le prestazioni contrattuali, può giustificare la risoluzione del negozio giuridico per eccessiva onerosità, ai sensi e nei limiti dell'art. 1467 c.c., qualora per la sua entità presenti i caratteri di imprevedibilità e straordinarietà.*)

Quattro sono, quindi, i caratteri fondamentali della obbligazione di interessi:

- **omogeneità**: l'obbligazione di interessi è essa stessa una obbligazione pecuniaria e, pertanto, sotto il profilo oggettivo, è omogenea alla obbligazione principale cui accede. Detta omogeneità (o fungibilità) vale a differenziare gli interessi da altri tipi di frutti civili, quali i canoni nelle locazioni e nelle enfiteusi;
- **proporzionalità**: gli interessi sono proporzionati, cioè quantificati in misura percentuale rispetto al capitale cui accedono e l'aliquota dovuta, detta tasso o saggio di interesse, può essere determinata in via legale o convenzionale;
- **periodicità**: gli interessi sono dovuti in ragione del decorso del tempo e maturano giorno per giorno (art. 821, comma 3, c.c.);
- **accessorietà**: gli interessi accedono necessariamente ad una obbligazione principale, al cui importo va commisurato proporzionalmente anche il loro ammontare. L'accessorietà, peraltro, attiene solo al momento genetico della obbligazione di interessi, nel senso che “la decorrenza degli interessi presuppone la nascita dell'obbligazione principale e cessa con l'estinzione di questa e non esclude, pertanto, che, una volta sorto, il credito degli interessi costituisca un'obbligazione pecuniaria autonoma da quella principale”². L'autonomia funzionale dell'obbligazione di interessi è, inoltre, confermata positivamente dalla soggezione ad un proprio termine prescrizione (quinquennale ex art. 2948 n. 4 c.c.) che non coincide con quello ordinario cui è, di regola, soggetta l'obbligazione principale.

2.3. Distinzione degli interessi in relazione alla loro funzione

La Summa divisio intercorre **tra interessi corrispettivi e moratori**: i primi, espressione del principio di naturale fecondità del denaro, svolgono una funzione remuneratoria e costituiscono il corrispettivo dovuto dal debitore per il vantaggio che questi trae dalla disponibilità di una somma di denaro spettante al creditore; gli interessi moratori, invece, assolvono ad una funzione risarcitoria, poiché presuppongono lo stato di mora del debitore e costituiscono una liquidazione forfettaria minima del danno da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie.

In dottrina e giurisprudenza si è soliti distinguere una **terza categoria di interessi, quella degli interessi compensativi**, i quali sono dovuti nei contratti di scambio, a titolo equitativo, allo scopo di ristabilire l'equilibrio economico tra i contraenti: essi mirano, cioè, a compensare il creditore del mancato godimento dei frutti della cosa, da lui consegnata all'altra parte prima di ricevere in cambio la controprestazione

2.4. Interessi corrispettivi

L'art. 1282 c.c. stabilisce che i crediti pecuniari liquidi – ossia determinati nel loro ammontare – ed esigibili – cioè non sottoposti né a termine né a condizione e, pertanto, soggetti ad immediato adempimento – producono interessi di pieno diritto. La funzione remuneratoria va valutata, ex latere creditoris, come compenso per la temporanea privazione del godimento di una somma di denaro e la conseguente impossibilità di trarre, da quella somma, le presumibili utilità derivanti dai suoi possibili impieghi; ex latere debitoris, invece, va intesa come corrispettivo per la disponibilità di un capitale altrui e la relativa possibilità di trarne vantaggio. La misura di tale corrispettivo è fissata forfetariamente dal legislatore, ex art. 1284 c.c., nel saggio legale di interesse.

La produzione di interessi di pieno diritto sta ad indicare che essi decorrono automaticamente dal preciso momento in cui il credito è divenuto liquido ed esigibile, senza che sia necessaria alcuna indagine sulla colpevolezza del ritardo e senza che occorra, da parte del creditore, alcun atto di messa in mora. (Cfr. Cass. civ., Sez. I, 05/10/2000, n.13275: *gli interessi compensativi dovuti al venditore ex art. 1499 c.c. sul prezzo della cosa venduta e consegnata al compratore non sono ancorati né alla mora del debitore nel pagamento del prezzo, né alla scadenza della relativa obbligazione (ossia alla liquidità ed esigibilità del credito), essendo invece intesi, per esigenze equitative, a ristabilire l'equilibrio economico tra i contraenti, compensando il venditore - creditore (del prezzo) che ha consegnato la cosa prima di ricevere la controprestazione*)

2.5. Interessi moratori.

La giurisprudenza ha chiarito che il principale tratto distintivo fra interessi corrispettivi e moratori sta proprio nella circostanza che mentre per i primi si prescinde sia dalla colpa del debitore nel ritardo nel pagamento che dalla sua costituzione in mora, colpa e mora debendi sono entrambe necessarie per la

decorrenza degli interessi moratori, stante la principale funzione risarcitoria (art. 1224 c.c.).

Peraltro, l'atto formale di costituzione in mora del debitore che sia in ritardo non è necessario tutte le volte in cui si versi nelle ipotesi di mora ex re previste dall'art. 1219 c.c., con la conseguente automatica produzione degli interessi moratori (cfr. d.lgs 9 ottobre 2002, n. 231 concernente i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali).

2.6. Interessi compensativi

Tali interessi trovano la loro base normativa nell'art. 1499 c.c. In virtù del principio consensualistico, espresso dall'art. 1376 c.c., il compratore acquista immediatamente la proprietà del bene compravenduto, al momento stesso della conclusione del contratto; se, come avviene di norma, egli acquista anche il possesso della cosa, ed ottiene una dilazione nel pagamento del prezzo, si trova a godere contemporaneamente dei vantaggi derivanti sia dai proventi del bene stesso sia dalla disponibilità della somma di denaro non ancora corrisposta al venditore; gli interessi compensativi sono, quindi, rivolti a ristabilire equitativamente l'equilibrio economico tra le posizioni dei contraenti, compensando il venditore, creditore del prezzo, del mancato godimento dei frutti della cosa venduta e consegnata all'acquirente prima di ricevere la controprestazione. Essi, dunque, hanno lo stesso fondamento degli interessi corrispettivi, assolvendo entrambi ad una funzione remunerativa, ma sono caratterizzati dall'essere dovuti per crediti non ancora esigibili.

Si discute se l'art. 1499 c.c. rappresenti una norma eccezionale o, invece, suscettibile di applicazione analogica.

2.7 Cumulabilità di interessi moratori e rivalutazione monetaria.

In base al disposto dell'art. 1224, comma 1, c.c., il debitore moroso deve corrispondere al creditore, a titolo di risarcimento del danno, gli interessi legali, anche se non dovuti precedentemente e senza bisogno che il creditore dimostri di aver sofferto un danno. Se prima della mora erano già dovuti interessi convenzionali in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura.

La norma, in sostanza, contiene una presunzione iuris tantum circa il quantum del danno patito, suscettibile di essere vinta dal creditore pecuniario attraverso la prova del maggior danno: il successivo comma 2 dell'art. 1224 c.c., infatti, attribuisce al creditore che dimostri di aver subito un danno maggiore, il diritto ad ottenere l'ulteriore risarcimento.

Premesso che il "maggior danno" di cui all'art. 1224, comma 2, c.c. consiste, il più delle volte, nel deprezzamento che il denaro subisce nel lasso di tempo intercorrente fra la mora ed il pagamento tardivo, ci si è chiesti se interessi moratori e rivalutazione monetaria costituiscano distinte voci del danno da ritardo fra loro cumulabili.

In senso favorevole, alcune pronunce hanno ritenuto che interessi e rivalutazione fossero da riferire, rispettivamente, al lucro cessante ed al danno emergente, quali voci del medesimo danno, come tali cumulabili; in particolare, gli interessi moratori rappresenterebbero il lucro cessante presunto che il creditore avrebbe ricavato dall'impiego della somma dovutagli e, cioè, la perdita dei guadagni o delle altre utilità che egli avrebbe tratto se il debito fosse stato pagato tempestivamente; gli interessi moratori, pertanto, andrebbero tenuti distinti dal deprezzamento del denaro

Tale impostazione non è rimasta, tuttavia, immune da critiche:

- la corresponsione di interessi moratori sulle somme rivalutate comporterebbe la negazione del principio nominalistico e la realizzazione di una ingiusta duplicazione risarcitoria, finendo per trattare i debiti di valuta alla stregua dei debiti di valore (Di Majo)
- ritenere che oltre alla rivalutazione possano spettare anche gli interessi, i quali costituiscono a loro volta una forma di risarcimento, sebbene solo presuntiva, significherebbe liquidare due volte il medesimo danno (Bianca)
- interpretare l'art. 1224 c.c. come riferito al danno emergente ed al lucro cessante significherebbe darne una sostanziale interpretatio abrogans, in quanto meramente ripetitivo della norma generale contenuta nel precedente art. 1223 c.c., che disciplina il risarcimento del danno da inadempimento nelle obbligazioni in genere;
- vi è poi un'obiezione che fa leva sul dato letterale: quando nell'art. 1224, comma 2, c.c. il legislatore afferma testualmente che spetta un "ulteriore risarcimento" al creditore che dimostri di aver subito un "danno maggiore", sembra riferirsi ad un quid pluris rispetto al danno forfettariamente liquidato nel comma 1, che non va assommato ad esso ma che ne costituisce soltanto una misura maggiore;

Sulla questione sono, infine, intervenute le **Sezioni Unite** le quali hanno stabilito che **"il risarcimento del maggior danno ex art. 1224, 2° comma, c. c., derivante dal deprezzamento della moneta nel periodo della mora, liquidato con il sistema della rivalutazione del credito in base agli indici Istat di variazione dei prezzi al consumo, copre l'intera area del danno risarcibile e non può essere cumulato con gli interessi moratori di cui all'art. 1224, 1° comma, c. c."**6 (Cfr. Cassazione S.U., 1° dicembre 1989, n. 5299)

2.8. Prova del maggior danno ex art. 1224, comma 2, c.c.

Nell'ambito della evoluzione giurisprudenziale possono distinguersi tre tappe:

- a) **prima tappa** contraddistinta dalla necessità di una prova piena e rigorosa: nel primo periodo che va dalla fine degli anni '40 sino all'inizio degli anni '70, la giurisprudenza ha costantemente ritenuto che la prova fornita dal creditore dovesse essere una prova piena e rigorosa, essendo questi tenuto a dimostrare rigorosamente il pregiudizio sofferto per effetto dell'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria; trattandosi, in

particolare, del maggior danno da svalutazione monetaria il creditore aveva innanzi tutto l'onere di allegare l'effettiva verifica di un deprezzamento della moneta, sia nell'an che nel quantum e, in secondo luogo, doveva provare di aver subito un particolare pregiudizio per non aver potuto disporre tempestivamente del denaro dovutogli, parimenti sotto il profilo sia dell'an che del quantum.

Le critiche a tale impostazione sottolineavano come questa richiedesse una vera e propria probatio diabolica dal momento che era alquanto difficile, se non del tutto impossibile, dimostrare che, effettuando idonei investimenti, si sarebbero scongiurati gli effetti negativi della svalutazione

b) **secondo tappa** nella evoluzione giurisprudenziale contraddistinto dall'automatismo della rivalutazione monetaria

L'impostazione classica entra in crisi quando, a causa della crisi petrolifera degli anni '70 e del conseguente crollo della moneta nazionale, inflazione e svalutazione da fenomeni occasionali diventano endemici ed assumono proporzioni assai più rilevanti che in passato.

La Cassazione afferma, così, drasticamente il principio secondo cui la perdita del potere di acquisto della moneta realizza automaticamente un danno concreto e reale misura forfettariamente predeterminata, della mancata disponibilità della somma dovuta. Pertanto, qualora, in relazione alla domanda del creditore di riconoscimento del maggior danno ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, si provveda alla integrale rivalutazione del credito, tale rivalutazione si sostituisce al danno presunto costituito dagli interessi legali, ed è idonea, quale espressione del totale danno in concreto, a coprire l'intera area dei danni subiti dal creditore stesso fino alla data della liquidazione, con la conseguenza che solo da tale data spettano gli interessi sulla somma rivalutata, verificandosi altrimenti l'effetto che il creditore riceverebbe due volte la liquidazione dello stesso danno, e conseguirebbe più di quanto avrebbe ottenuto se l'obbligazione fosse stata tempestivamente adempiuta".

Anche tale orientamento suscita delle critiche che possono essere così schematicamente illustrate:

- sostanziale trasformazione dei debiti di valuta in debiti di valore;
- elusione del principio nominalistico;
- omogeneizzazione della categoria dei creditori (ciascun soggetto fa del denaro un uso tendenzialmente differenziato, in base alle proprie capacità patrimoniali ed alle attitudini dell'investimento e, quindi, subisce un pregiudizio di portata differente).

c) **terza tappa** nell'evoluzione giurisprudenziale (**Cassazione civile, sez. Unite, 4 luglio 1979, n. 3776**) contrassegnata dalla applicazione di un regime di **presunzioni legate** alla categoria soggettiva di appartenenza.

Nella richiamata sentenza si legge che la scadenza del debito non può produrre alcuna diretta conseguenza sull'obbligazione pecuniaria in quanto tale, rimanendo essa pur sempre assoggettata, fino al momento del pagamento, al principio nominalistico e potendosi solo ipotizzare una obbligazione aggiuntiva che sorge dall'inadempimento e che ha per oggetto il risarcimento del danno previsto dall'art. 1224 c.c.; di conseguenza, il danno da svalutazione non si identifica con il fenomeno inflattivo, cioè con l'inflazione in sé, ma si configura in relazione alle conseguenze pregiudizievoli che dalla stessa sono derivate al singolo creditore sicché il danno medesimo consiste nella lesione patrimoniale in concreto subita dal creditore per non aver potuto disporre della somma nel tempo in cui avrebbe dovuto essere pagato.

Le Sezioni Unite hanno, quindi, ammesso la possibilità di utilizzare presunzioni fondate su condizioni e qualità personali del creditore e sulle modalità di impiego del denaro coerenti con tali elementi, al fine di consentire una valutazione il più possibile soggettiva del danno medesimo, senza tuttavia rinunciare al ricorso a criteri generali tali da permettere, ove possibile, una quantificazione forfettaria e da favorire la semplicità e speditezza della liquidazione.

All'uopo, le Sezioni Unite hanno individuato alcune categorie economiche socialmente significative di creditori ed, in particolare, quelle dell'imprenditore, del risparmiatore abituale, del modesto consumatore e del creditore occasionale

3. Debiti di valore

3.1. Criteri di liquidazione del debito di valore: compatibilità dell'obbligazione di interessi con la categoria dei debiti di valore con particolare riferimento alla ammissibilità del cumulo fra interessi e rivalutazione. Nessuna difficoltà sorge in ordine alla produzione di interessi successivamente alla liquidazione del debito. Si ritiene, infatti, che l'operazione di liquidazione, la quale può avvenire sia giudizialmente che convenzionalmente, comporti la naturale conversione del debito di valore in debito di valuta.

Tale indirizzo è stato in seguito oggetto di alcune puntualizzazioni: cfr. Cassazione civile, sezioni Unite, sentenza 5 aprile 1986, n. 2368 per cui **“Con riguardo alle obbligazioni pecuniarie, il fenomeno inflattivo non consente un automatico adeguamento dell'ammontare del debito, né costituisce di per sé un danno risarcibile, ma può implicare, in applicazione dell'art. 1224, 2° comma, c. c., solo il riconoscimento in favore del creditore, oltre gli interessi, del maggior danno che sia derivato dall'impossibilità di disporre della somma durante il periodo della mora, nei limiti in cui il creditore medesimo deduca e dimostri che un pagamento tempestivo lo avrebbe messo in grado di evitare e ridurre quegli effetti economici depauperativi che l'inflazione produce a carico di tutti i possessori di denaro; al fine dell'individuazione e quantificazione di tale danno, il ricorso ad elementi presuntivi ed a fatti di comune esperienza non può tradursi nell'applicazione, in via generale, di parametri fissi, quali quelli**

evincibili degli indici Istat o dal tasso corrente degli interessi bancari, né può implicare l'esonero dal suddetto onere di allegazione e prova, ma deve ritenersi consentito soltanto in stretta correlazione con le qualità e condizioni della categoria cui appartiene il creditore, atteso che, esclusivamente alla luce di tali dati <personalizzati>, che l'interessato deve fornire sussistono i presupposti per una valutazione, secondo criteri di probabilità e normalità, delle modalità di utilizzazione del denaro, e, quindi, degli effetti nel caso concreto della sua ritardata disponibilità; in particolare, e sempre nei limiti degli elementi forniti dal danneggiato, il suddetto principio può comportare, in favore del creditore esercente attività imprenditoriale, la considerazione del mancato impiego del denaro nel ciclo produttivo, ovvero della necessità di avvalersi del prestito bancario, e quindi il calcolo forfettario del danno in questione, rispettivamente, alla luce dei proventi medi dell'attività imprenditoriale e del costo del prestito bancario; in favore del risparmiatore abituale, cioè di quello che sistematicamente investe in impieghi di risparmio il residuo non assorbito dai consumi, la utilizzazione come parametro dell'investimento che è solito effettuare; in favore del creditore occasionale, cioè di chi beneficia una tantum di una somma di un certo rilievo per la quale debba escludersi la destinazione al consumo, il raffronto con gli investimenti che si presentino più probabili, ivi incluso il deposito bancario; in favore del modesto consumatore, cioè di chi abitualmente spende il denaro per bisogni personali e familiari, il ricorso al criterio degli indici inflattivi, in quanto idonei ad evidenziare il maggior esborso per quei beni di consumo che non ha potuto acquistare, per l'inadempienza del debitore, alla data di scadenza dell'obbligazione”.

La questione attiene alla tematica più generale relativa ai criteri da adottare per una corretta liquidazione dell'obbligazione.

Ora, in base alla tradizionale teoria della differenza, la responsabilità risarcitoria comporta l'obbligo di rimuovere il pregiudizio economico subito dal danneggiato, restituendo al suo patrimonio la consistenza che avrebbe avuto senza il verificarsi del fatto lesivo: in quest'ottica, il danno corrisponde alla diminuzione patrimoniale determinatasi, che è data dalla “differenza” tra il valore attuale del patrimonio del danneggiato e il valore che esso presenterebbe se il fatto dannoso non si fosse verificato.

Partendo da siffatte premesse, la giurisprudenza, fino alla metà degli anni '90, ha costantemente utilizzato un metodo di liquidazione del danno fondato su di una triplice operazione: alla previa stima della diminuzione patrimoniale, effettuato con riguardo al valore del danno al momento della commissione dell'illecito (aestimatio), seguiva il successivo aggiornamento in termini monetari attuali del valore stimato (taxatio) e, infine, sulla somma rivalutata si computavano gli interessi, con decorrenza dalla data dell'evento produttivo di danno.

Nelle obbligazioni risarcitorie, in base al sistema delineato, la giurisprudenza finiva per riconoscere la piena cumulabilità di interessi e rivalutazione monetaria, giustificandola in relazione alla diversa funzione rispettivamente assolta: mentre gli interessi andrebbero corrisposti a titolo di lucro cessante, in quanto diretti a risarcire il mancato guadagno che sarebbe derivato al danneggiato dal tempestivo godimento dell'equivalente pecuniario del bene leso, la rivalutazione, invece, andrebbe imputata alla componente del danno emergente, che consiste nella perdita secca subita dal danneggiato e corrisponde al valore attualizzato del bene perduto.

Gli interessi sull'obbligazione risarcitoria venivano qualificati come compensativi in quanto, essendo diretti ad assicurare la completa reintegrazione del patrimonio del danneggiato, si facevano decorrere automaticamente dal giorno del fatto dannoso, al fine di "compensare" il danneggiato del ritardo che con cui poteva avvenire la liquidazione.

La ragione della creazione di tale categoria trovava giustificazione, altresì, nella difficoltà di qualificare giuridicamente i suddetti interessi come moratori, stante l'antico brocardo in illiquidis non fit mora nonché in ragione del mancato richiamo all'art. 1224 c.c. da parte dell'art. 2056 c.c.

La dottrina maggioritaria tende, invece, a qualificare tali interessi come moratori.

Da un lato, infatti, si nega l'attualità del principio in illiquidis non fit mora che, proprio in tema di obbligazioni risarcitorie, sarebbe contraddetto dal regime della mora ex re di cui all'art. 1219, comma 2, c.c., in base al quale la costituzione in mora non è necessaria quando il debito derivi da fatto illecito.

Dall'altro lato, proprio facendo leva sull'art. 1219 c.c., si ritiene che il mancato richiamo dell'art. 1224 c.c. da parte del 2056 c.c. non abbia alcun rilievo, perché l'art. 1224 c.c. assumerebbe il ruolo di norma generale riguardante il risarcimento del danno da mora e, dunque, sarebbe implicitamente richiamato dall'art. 1219 c.c.

Tale classificazione non è di poco momento giacché, partendo dalla considerazione che gli interessi compensativi costituiscono una componente del danno sotto il profilo del lucro cessante, in giurisprudenza si riconosce che essi possono essere attribuiti dal giudice anche d'ufficio e si ammette che la relativa istanza possa essere formulata dal danneggiato per la prima volta anche in appello, senza costituire domanda nuova ex art. 345 c.p.c., perché deve intendersi implicitamente formulata in primo grado con la generica domanda di risarcimento.

Anche la tesi del cumulo non è andata esente da critiche.

Secondo una prima obiezione, infatti, il danneggiato otteneva così una ingiustificata locupletazione, definita da alcuni con il termine di overcompensation, ulteriormente aggravata dall'innalzamento del saggio legale al 10% ed in netta disparità rispetto al creditore di debito di valuta.

3.2. Metodo “a scalare”

Un correttivo alla teoria del cumulo è stato così introdotto dalle **Sezioni Unite, nella “storica” sentenza del 17 febbraio 1995, n. 1712.**

In detta decisione i Giudici di Piazza Cavour osservano che l’obbligazione risarcitoria deve ristabilire la posizione patrimoniale nella quale il danneggiato si sarebbe trovato se non vi fosse stato né l’illecito né il ritardo per la liquidazione del danno. Se il risarcimento è liquidato per equivalente, stante il richiamo dell’art. 2056 c.c. all’art. 1223 c.c., esso deve comprendere sia l’equivalente rivalutato del bene perduto (danno emergente) sia l’equivalente del mancato tempestivo godimento del controvalore monetario del bene (lucro cessante). La prima delle suddette voci di danno, infatti, soddisfa il credito relativamente alla sola perdita secca subita dal danneggiato, ma non comprende anche il mancato godimento dell’utilità che avrebbe potuto fornire il bene se fosse stato rimpiazzato immediatamente con una somma di denaro equivalente.

A differenza che nell’obbligazione pecuniaria dove il danno è presunto ex lege (1224 c.c.), nell’obbligazione risarcitoria il danno è regolarmente composto dalle voci di cui all’art. 1223 c.c. (danno emergente e lucro cessante) e deve essere allegato e provato con tutti i mezzi, anche presuntivi o, eventualmente, anche mediante il ricorso a criteri equitativi da parte del giudice.

La Corte, in particolare, afferma che il ritardo a carico del debitore deve rapportarsi al momento in cui il controvalore avrebbe dovuto essere spontaneamente pagato. La prova, in proposito, può essere data anche mediante presunzioni semplici e facendo ricorso all’art. 1226 c.c. (criteri equitativi) e, quindi, in questo ambito di equo apprezzamento, il lucro cessante può essere liquidato col criterio degli interessi.

Pertanto, salva la prova concreta di un danno diverso e maggiore che il creditore riesca a fornire, il mancato guadagno può essere liquidato dal giudice sotto forma di interessi, i quali non vanno considerati alla stregua di un’obbligazione accessoria del credito ma costituiscono solo una modalità di liquidazione presuntiva ed equitativa del lucro cessante, cui il giudice può ricorrere.

Si esclude, però, che la base di calcolo dei suddetti interessi possa essere la somma rivalutata al momento della liquidazione, come avveniva in passato, poiché il mancato godimento della utilità, che il creditore avrebbe potuto trarre se il bene fosse stato rimpiazzato immediatamente con la somma di denaro equivalente, va rapportato proprio al momento in cui quel controvalore avrebbe dovuto essere corrisposto – quello, cioè, in cui si è verificato l’illecito – e non al momento successivo della sua liquidazione.

Le Sezioni Unite concludono indicando, quale possibile criterio di liquidazione del mancato guadagno utilizzabile dai giudici di merito, quello del ricorso agli interessi – come detto non necessariamente determinati in misura corrispondente al saggio legale – da calcolarsi sulla somma originaria, corrispondente al valore del bene al

momento del fatto lesivo, via via incrementata in base agli indici annuali di rivalutazione ovvero in base ad un indice di rivalutazione medio.

Una parte della dottrina ha, tuttavia, osservato che sebbene la regola affermata dalle Sezioni Unite impedisca il calcolo degli interessi sulla somma integralmente rivalutata, lo ammette comunque sulla somma via via rivalutata e, pertanto, conduce ugualmente ad una sostanziale rivalutazione degli interessi medesimi, in contrasto con la loro natura tipicamente pecuniaria.

L'errore di fondo in cui sarebbe incorsa la Cassazione consisterebbe nel ritenere che il danneggiato avrebbe conservato il bene integro e senza costi e, per il medesimo periodo di tempo, avrebbe anche percepito i frutti del suo equivalente pecuniario.

In definitiva, la nuova disciplina del saggio legale degli interessi dovrebbe escludere in radice il cumulo tra questi e la rivalutazione monetaria, atteso che la determinazione ministeriale del tasso legale già tiene conto del tasso di inflazione.

Le obbligazioni naturali da Altalex

Nozione

Generalità

Secondo i principi generali ogni pagamento presuppone un debito, e quindi un rapporto obbligatorio valido intercorrente tra le parti; se viene effettuato un pagamento senza che vi sia un debito, allora colui che ha pagato può chiedere la restituzione della prestazione (articolo 2033 e 2036). Un'eccezione alla regola enunciata nelle norme della ripetizione dell'indebito è prevista all'articolo 2034:

"Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace. I doveri indicati dal comma precedente e ogni altro per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato non producono altri effetti".

Caratteristica dell'obbligazione naturale è quella della variabilità. Le obbligazioni naturali, cioè, non sono istituti fissi e immutabili di cui siano preordinati i tipi.

Tale figura è una vera e propria "valvola di sicurezza dell'ordinamento giuridico", o come è stato detto, "organo respiratore dell'intero ordinamento". L'obbligazione naturale, infatti, ha l'importantissima funzione di aprirsi alle nuove esigenze sociali e di dare un valore giuridico a certi comportamenti che sono ignorati dal diritto ma che sono sentiti vincolanti dalla collettività (Gazzoni).

Obbligazioni naturali tipiche e atipiche

Secondo la dottrina si devono distinguere le obbligazioni naturali tipiche e quelle atipiche; le prime sarebbero previste dal comma 1 dell'art. 2034 e le seconde dal comma 2. Tipiche sono il gioco e la scommessa nonché quelle previste dall'art. 627 cod. civ. (art. 2034 comma 2: "ogni altro [dovere, ndr] per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato"). Quelle atipiche sono quelle di cui al comma 1, cioè quanto "è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali".

Il dovere morale e sociale

L'obbligazione naturale consiste in un dovere morale o sociale, giuridicamente rilevante. Dovere morale è l'obbligo di carattere etico, che vincola il soggetto a livello personale; il dovere sociale è il dovere sentito come tale dalla collettività (si pensi all'obbligo di assistere finanziariamente un parente bisognoso).

E' dubbio, però, se l'obbligazione naturale, per essere tale, debba consistere in un vincolo morale e sociale al tempo stesso, oppure se possa consistere anche in un vincolo esclusivamente morale o esclusivamente sociale (come sembrerebbe far pensare la disgiuntiva "o" di cui all'art. 2034). Parte della dottrina ha detto che è un'obbligazione naturale anche il dovere solo morale o solo sociale. A favore di questa tesi deporrebbe non solo la lettera della legge, ma anche la considerazione che il dovere morale risponde ad un imperativo incondizionato e assoluto, mentre i doveri sociali sono relativi e possono anche non essere condivisi dal singolo.

La dottrina prevalente, però in linea con la giurisprudenza, ha affermato che il dovere che sia soltanto morale oppure sia solo individuale non basta per configurare un'obbligazione naturale: occorre, infatti, che tale dovere, oltretutto morale, sia anche sociale, cioè sentito come tale dalla collettività e condiviso dalla maggioranza di essa. Accogliendo la tesi opposta, infatti, si giungerebbe ad ammettere che possa essere considerata obbligazione naturale un dovere sentito come tale da un solo individuo ma che ripugni alla maggioranza della società.

Differenza con la donazione remuneratoria

Ci si è posti il problema della differenza tra obbligazione naturale e donazione remuneratoria (art. 770 comma 1 cod. civ.), cioè la donazione fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione. Individuare se un atto costituisca adempimento di un'obbligazione naturale o donazione remuneratoria è di fondamentale importanza, in quanto nel primo caso non è soggetto a collazione, riduzione e revocatoria. Inoltre, anche quando l'attribuzione patrimoniale non sia di modico valore, non sarà soggetta alle forme della donazione.

a) Coloro che accolgono la tesi secondo cui l'adempimento dell'obbligazione naturale avrebbe natura onerosa (in quanto vi sarebbe un animus solvendi) sostengono che la differenza andrebbe rinvenuta nella causa: mentre la donazione remuneratoria è una

atto di liberalità effettuato con animus donandi, senza che vi sia stata un effettiva controprestazione da parte del donatario, l' obbligazione naturale è un atto che il soggetto non compie del tutto liberamente, ma perché costretto dalla morale o dagli obblighi imposti dalla società; inoltre l'obbligazione naturale trova il suo corrispettivo nel comportamento del donatario ed è quindi un atto effettuato con animus solvendi.

b) Coloro che accolgono la tesi della natura gratuita dell'adempimento dell'obbligazione naturale sostengono:

1. a volte che la differenza starebbe nell'intensità del vincolo morale o sociale; in altre parole, la donazione remuneratoria non sarebbe considerato un vero e proprio atto dovuto, né dalla coscienza né dalla società. L'obbligazione naturale, invece, pur essendo sempre un atto a titolo gratuito, sarebbe un vincolo sentito con maggiore intensità (Bianca). E' stato osservato in questo senso che la riconoscenza (presupposto della donazione remuneratoria) è un dovere morale (presupposto dell'obbligazione naturale) ma le due figure non si confondono perché "è un dovere morale la riconoscenza, ma non fare un'attribuzione al benefattore";
2. altre volte si è detto che la differenza starebbe nell'entità dell'attribuzione: avremmo donazione e non obbligazione naturale ogni qualvolta l'entità della prestazione sia sproporzionata rispetto al dovere sociale o morale;
3. altre volte ancora si è detto che la differenza starebbe nel motivo: se colui che effettua l'attribuzione patrimoniale vuole remunerare la persona di sua iniziativa, senza che l'atto gli sia imposto da un particolare dovere morale o sociale avremmo una donazione remuneratoria.

Differenze con la donazione d'uso

Più difficile la distinzione rispetto alla donazione d'uso (art. 770 comma 2). Qui, infatti, l'attribuzione patrimoniale è fatta per conformarsi ad un uso sociale o familiare, per cui l'erogazione non è più del tutto spontanea. Secondo qualcuno la differenza starebbe nell'entità dell'attribuzione, che deve essere di modico valore.

Altri hanno sostenuto che la differenza starebbe nell'animus: la liberalità d'uso sarebbe effettuata con animus donandi, mentre l'obbligazione naturale sarebbe effettuata con animus solvendi. Secondo altri l'obbligazione naturale sarebbe diretta a compensare un servizio stimabile, prestato con animo interessato; la donazione d'uso sarebbe diretta a compensare un servizio che non è stimabile (raccomandazioni, sollecitazioni, favori vari). Non sono mancati, però, orientamenti che hanno sminuito in concreto le differenze identificando le liberalità d'uso con le stesse caratteristiche con cui si definisce l'obbligazione naturale.

Alcuni casi di obbligazione naturale

Sono state considerate obbligazioni naturali:

- il debito prescritto;

- il pagamento di interessi fissati verbalmente in misura extra legale (Cass. 2262/1984);
- le prestazioni effettuate al convivente more uxorio (Cass. 1277/2014);
- l'esecuzione volontaria di una disposizione testamentaria nulla (Sacco; in senso contrario v. Cass. 15301/2011);
- la prestazione di alimenti tra parenti legittimi nei casi in cui non esiste un'obbligazione civile; la prestazione di alimenti dal patrigno alla figliastra da lui sempre trattata come figlia;
- il dovere di riparazione, anche dove non sussistano tutti i presupposti per il risarcimento del danno (Trabucchi);
- l'obbligo di pagare un debito esistente nonostante la sentenza assolutoria pronunciata per mancanza di prove (Trabucchi; Bianca);
- discusso è il caso dell' esecuzione in adempimento di un accordo nullo per difetto di forma; dottrina e giurisprudenza sono divise. Sacco, che propende per la risposta affermativa, fa il seguente esempio: A da verbalmente mandato a B di acquistare un immobile da C; B, dopo aver acquistato, può, riconosciuta per iscritto la sua qualità di mandatario, impegnarsi a tal titolo a ritrasferire ad A;
- l'adempimento di un'obbligazione annullata per difetto di capacità.

Natura giuridica

Generalità

In dottrina sono state proposte tesi diverse per inquadrare la natura giuridica della figura. Si possono raggruppare tali teorie in due gruppi: da una parte sta chi nega ogni giuridica rilevanza alla figura; dall'altra vi sono quegli autori che, sia pure con sfumature diverse, hanno affermato la sua giuridicità.

Segue: teorie del vincolo giuridico

Secondo alcuni autori (Breccia; Barbero) l'obbligazione naturale sarebbe una vera e propria obbligazione, sia pure imperfetta. Sappiamo, infatti, che l'obbligazione consta di due elementi: il debito e la responsabilità. Ove manchi quest'ultimo elemento rimane pur sempre il debito, che mancherebbe del carattere della coercibilità, ma sarebbe comunque un obbligo giuridico. Alcuni autori hanno sostenuto, poi, che come un'obbligazione sarebbe sì, priva del requisito della responsabilità, ma che per il resto si applicherebbero tutte le norme valide per le obbligazioni in generale (salvo, è appena il caso di precisarlo, quelle sulla responsabilità del debitore).

Tale teoria, però urta contro la chiara lettera delle legge, la quale esclude espressamente ogni effetto oltre a quello dell'irripetibilità di quanto prestato (Barbero).

Altri autori (Messineo), allora, hanno sostenuto che l'obbligazione naturale sarebbe priva del carattere della giuridicità, ma solo fino a che non avvenga l'adempimento;

l'obbligazione naturale, cioè, si trasformerebbe in obbligazione civile al momento del pagamento. Quanto alla giurisprudenza, nelle rare volte che si è occupata del problema, ha accolto tale ultima tesi, facendo proprio quello che sostanzialmente è il pensiero del Barbero. Il fatto che non siano previste sanzioni per l'inadempimento, è il ragionamento della giurisprudenza, non significa che le obbligazioni naturali non producano effetti giuridici, sia pure minori, giacché la giuridicità non implica necessariamente la coercibilità. D'altronde, coloro che sostengono che l'obbligazione naturale non sia un vincolo giuridico, ma solo morale, devono ancora spiegare la presenza nel codice dell'art. 2034 (Barbero); occorrerebbe spiegare, cioè, come si concilia il fatto che una fattispecie sia non giuridica ma allo stesso tempo sia cristallizzata in una norma codicistica. Tale fenomeno presenterebbe in se una contraddizione in termini irrisolvibile.

Segue: teorie della non giuridicità del vincolo

La maggioranza degli autori, però, concorda sul fatto che l'obbligazione naturale non sia un vincolo giuridico. Avremmo, invece, un fatto giuridico, a cui la legge riconnette delle conseguenze, una volta che sia stato effettuato il pagamento. L'obbligazione, infatti, per essere tale deve essere vincolante, cioè vi deve essere quell'elemento che è la responsabilità. Se il soggetto non è vincolato non può esservi un rapporto giuridicamente rilevante come obbligazione. E l'art. 2034, come abbiamo già detto, esclude ogni ulteriore effetto al dovere morale e sociale, a parte la soluti retentio (Bianca).

Per questo motivo alcuni autori hanno detto che la norma sarebbe un'eccezione al principio della ripetibilità dell'indebito oggettivo. Un pagamento effettuato in adempimento di un'obbligazione naturale, secondo questa tesi, non sarebbe sorretto da una giusta causa, e quindi dovrebbe essere ripetibile secondo i principi generali (art. 2033), ma eccezionalmente la legge ne consente l'irripetibilità (Rescigno). Più precisamente, è stato detto che l'obbligazione naturale non è sorretta da una valida causa obbligandi, ma avremmo una valida causa solvendi (Cantillo).

Ciò sarebbe confermato dalla collocazione sistematica della norma, subito dopo quell'articolo 2033 che si occupa della ripetizione dell'indebito, e prima di tutte le norme che disciplinano l'istituto della ripetizione.

L'adempimento dell'obbligazione naturale: la teoria negoziale

Secondo parte della dottrina l'adempimento dell'obbligazione naturale ha natura negoziale. Infatti, essendo richiesta la capacità del soggetto, a differenza dell'adempimento dell'obbligazione civile (per il quale tale capacità non è richiesta) ciò vuol dire che non abbiamo un mero atto giuridico.

Siamo quindi in presenza di un atto di autoregolamentazione del soggetto adempiente, dato che costui non è obbligato a pagare, ma lo fa spontaneamente, come dice espressamente l'art. 2034. Secondo tale tesi la capacità richiesta dall'articolo 2034

sarebbe, quindi, la capacità di agire e non di intendere e di volere; con la conseguenza che, se taluno paga credendo erroneamente di esservi tenuto giuridicamente, potrebbe chiedere l'annullamento del pagamento (Bianca).

Nell'ambito della teoria negoziale, poi, c'è chi ha considerato la fattispecie come un vero e proprio contratto, cui parteciperebbero il solvens e l'accipiens, e la cui causa sarebbe da ravvisare nell'adempimento del dovere morale o sociale. Secondo questa tesi, infatti, se l'obbligazione naturale non è giuridica non può esistere un pagamento, il quale è atto unilaterale; occorrerà allora un accordo bilaterale affinché possa avere luogo l'attribuzione patrimoniale.

Segue: la teoria dell'atto giuridico in senso stretto

Secondo alcuni autori l'adempimento dell'obbligazione naturale avrebbe la stessa natura propria dell'adempimento dell'obbligazione civile, cioè sarebbe un atto giuridico in senso stretto. Come nell'atto di adempimento dell'obbligazione civile, infatti, il pagamento effettuato non è atto di autoregolamentazione (non è fatto cioè di spontanea volontà) ma in ossequio ad una regola, sia pure sociale e non giuridica. Accogliendo questa tesi la logica conseguenza è che se qualcuno paga credendo erroneamente di adempiere ad un obbligo giuridico non potrà chiedere l'annullamento per errore.

Quanto all'esclusione della soluti retentio in caso di incapacità, ciò non depone a favore della tesi negoziale; la legge ha avuto riguardo alla capacità naturale (e non a quella di agire) del soggetto. L'articolo 2034, infatti, dicendo che il debitore incapace può ripetere quanto ha pagato, andrebbe spiegata come un' applicazione del principio di autoreponsabilità, nel senso che chi adempie ad un'obbligazione naturale lo deve fare con consapevolezza, sia esso un soggetto capace o incapace di agire (Gazzoni).

Natura giuridica dell'atto di adempimento: il problema della gratuità

E' anche discusso se l'atto di adempimento dell' obbligazione naturale sia un atto a titolo gratuito o oneroso. Una prima tesi configura il pagamento come atto a titolo gratuito; non esiste una controprestazione da parte del destinatario dell'attribuzione, infatti, e tale tesi sembrerebbe trovare una conferma normativa nell'art. 64 della L.F., il quale, sancita l'inefficacia degli atti a titolo gratuito compiuti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, esenta da tale inefficacia, in via di eccezione, gli atti compiuti dal fallito in adempimento di doveri morali o a scopo di utilità, nonché i regali d'uso sproporzionati rispetto al patrimonio del donante.

Secondo un'altra tesi (Oppo) l'atto sarebbe a titolo oneroso, in quanto chi effettua l'attribuzione non lo fa per effettuare una donazione, cioè con animus donandi, ma con animus solvendi, perché sente di esservi in qualche modo costretto. L'adempimento dell'obbligazione naturale - si è detto - estingue un dovere morale o sociale.

Una tesi intermedia, infine, configura l'atto come neutro. L'onerosità, infatti, non potrebbe certo ravvisarsi nella soddisfazione che il debitore naturale trae dall'aver adempiuto al proprio dovere morale o sociale; la sua onerosità o la sua gratuità, invece, andrebbe verificata di volta in volta: ad esempio sarebbe oneroso il pagamento di un debito prescritto, mentre sarebbe gratuita la prestazione a favore del convivente more uxorio.

Caratteri dell'adempimento

La proporzionalità

La giurisprudenza richiede costantemente che la prestazione eseguita in adempimento di un'obbligazione naturale sia proporzionata ai mezzi di cui l'adempiente dispone e all'interesse da soddisfare.

In caso contrario avremmo una donazione nulla per difetto di forma, e quindi il debitore naturale potrebbe ripetere quanto ha prestato (perlomeno nei limiti in cui la prestazione è in eccedenza).

La patrimonialità

Ci si è chiesti se l'obbligazione naturale debba necessariamente avere carattere patrimoniale. Secondo Messineo la risposta deve essere positiva, perché l'istituto è inserito nel libro dedicato ai rapporti obbligatori e quindi si applica la regola dell'art. 1174 (secondo cui la prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica).

L'opinione più corretta, nel silenzio del legislatore, è forse che il requisito della patrimonialità possa anche mancare, almeno in astratto (si pensi al riconoscimento del figlio naturale, che è considerato proprio un dovere morale, oppure all'obbligo - ormai non più ritenuto tale se non in certi luoghi - di sposare la donna che era stata sedotta), ma in concreto sarà difficile che ciò avvenga. Del resto non può ripetersi se non ciò che è patrimonialmente valutabile. L'irripetibilità, cioè, è sancita ed ha un senso se la prestazione è valutabile patrimonialmente, altrimenti, pur avendosi una prestazione che costituisce adempimento di un'obbligazione naturale, questa non potrà ripetersi in ogni caso (Gazzoni).

La spontaneità

Il codice richiede invece espressamente che la prestazione sia effettuata in modo spontaneo. Il codice precedente usava l'espressione "volontariamente" e ciò aveva dato luogo alla tesi secondo cui la prestazione dovesse essere eseguita con la consapevolezza di adempiere ad un dovere non giuridico ma morale o sociale.

L'espressione spontaneamente sta invece ad evidenziare proprio il fatto che l'errore del solvens è irrilevante (cioè è irrilevante che il solvens pensasse di essere costretto ad adempiere in ossequio ad una regola giuridica che però non era tale); ciò che conta

è la spontaneità, cioè che non vi sia stata coazione (Gazzoni). Secondo i sostenitori della teoria negoziale dell'adempimento dell' obbligazione naturale, invece, tutti i vizi della volontà sarebbero rilevanti. L'affermazione corrente secondo cui l'erroneo convincimento di avervi adempiuto per esservi obbligati giuridicamente non è rilevante va inteso in altro senso: l'irrilevanza non discende dal fatto che tale erroneo convincimento è un vizio della volontà, ma dal fatto che non è un errore essenziale. Se, invece, si può configurare un errore essenziale, allora l'impugnabilità sarà ammessa. Per esempio se il debitore naturale paga a seguito di una diffida formale (magari inoltrata tramite un avvocato) potrà ripetere quanto ha pagato, perché il pagamento è annullabile; viceversa secondo la teoria non negoziale il pagamento in questo caso non è ripetibile.

La capacità del solvens

Abbiamo già anticipato che è dubbio se il requisito di capacità del solvens richiesto dall'art. 2034 sia quello della capacità naturale o di agire. I sostenitori della teoria negoziale sostengono che l'articolo alluda alla capacità di agire; coloro che sostengono sia un mero atto giuridico, in genere accedono alla tesi della capacità naturale.

Vicende dell'obbligazione naturale

L'art. 2034 è chiaro nel negare all'obbligazione naturale ogni effetto che non sia la soluti retentio. Ciò ha fatto dire ad alcuni autori che per le obbligazioni naturali non è possibile nessuna delle vicende che sono proprie anche dell'obbligazione civile.

Contrariamente a questo orientamento c'è chi si domanda se siano possibili alcun vicende come la novazione, la datio in solutum, la compensazione, la promessa di pagamento e la ricognizione di debito. Vediamo le singole ipotesi. Abbiamo già visto parlando della novazione che alcuni ammettono che possa aversi la novazione di un'obbligazione naturale in una civile (Barbero), altri, invece, lo negano.

L'opinione di Perlingieri è che il discorso è mal impostato: deve casomai domandarsi se possa novarsi un'obbligazione naturale in un'altra obbligazione naturale e la risposta sarà senz'altro positiva.

Per quanto riguarda la compensazione, sappiamo che, nonostante qualche tesi contraria, può sicuramente aversi compensazione volontaria tra un'obbligazione naturale e una civile. Infatti, l'atto di adempimento dell' obbligazione naturale sarà costituito dall'atto con cui si dichiara di volere la compensazione.

La datio in solutum è ritenuta ammissibile; tale figura, infatti, è un vero e proprio atto di adempimento, con cui si estingue l'obbligazione sostituendovi un diverso oggetto (Gazzoni). In genere si esclude che possa aversi una promessa di pagamento o una ricognizione di un debito derivante da un'obbligazione naturale. Quanto alla ricognizione di debito, però, è stato detto che tale vicenda è possibile anche se essa non sortirà il suo effetto normale (che è quello di invertire l'onere della prova) ma un effetto diverso: faciliterà infatti l'onere della prova. Ad esempio, si ritiene sussistere

un'obbligazione naturale in caso di convivenza durata anni (obbligazione consistente nell'obbligo di risarcire il danno per la cessazione della convivenza). Di conseguenza il partner che ha posto fine alla convivenza e ha elargito una somma all'altro non potrà poi ripetere quanto ha pagato; però, ai fini della soluti retentio, occorre che l'altra parte dia la prova dell'esistenza di quest'obbligazione naturale; e la ricognizione del debito in tal caso facilita la prova.

Per quanto riguarda confusione e impossibilità sopravvenuta è stato sostenuto che siano configurabili in relazione ad un'obbligazione naturale. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta vale a estinguere il dovere morale (Perlingieri).

Il trasferimento immobiliare in attuazione dell'obbligazione naturale

L'adempimento di un'obbligazione naturale, secondo la dottrina prevalente, può avere ad oggetto qualunque prestazione, di dare o di fare, ad esecuzione istantanea o periodica.

Se consiste in un'obbligazione ad esecuzione periodica il debitore può sospenderne l'esecuzione in qualunque momento, senza essere obbligato ad eseguirne altre.

Ora, per quanto riguarda le obbligazioni di dare nessun problema sorge se si tratta di cose mobili. Il grosso problema, invece, sorge per stabilire se è possibile effettuare un trasferimento immobiliare e in che forma.

La dottrina ha proposto più tesi.

La teoria negativa

Altri autori sostengono che un'attribuzione patrimoniale in adempimento di un'obbligazione naturale non possa effettuarsi se non con le forme della donazione (cioè l'atto pubblico). L'atto privo di tale forma sarebbe un contratto nullo perché senza causa.

Tale teoria è sostenuta da coloro che accolgono le cosiddette teorie oggettive della causa del contratto, secondo cui un contratto o è tipico (e allora la causa si presume) oppure è atipico (e allora deve essere valutata in concreto la meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti, ai sensi dell'articolo 1322). La causa della donazione, secondo questa visione, è costituita dal depauperamento del donante e dall'arricchimento del donatario; dal momento che l'attribuzione patrimoniale a seguito di un'obbligazione naturale ha sicuramente queste caratteristiche (arricchimento-depauperamento) sarebbe una donazione e quindi deve essere effettuata in forma pubblica.

Contro questa teoria è stato detto che la causa della donazione è ravvisabile nell'animus donandi, e se questo è vero allora va evidenziato come tale animus manchi sicuramente nell'adempimento dell'obbligazione naturale; non siamo quindi in

presenza di una donazione, perché il soggetto non vuole donare alcunché, ma vuole adempiere a quello che lui ritiene un debito. Si è inoltre osservato che questa tesi ha insita in sé una grossa contraddizione. Si dice, infatti, che l'adempimento di un'obbligazione naturale costituisce giusta causa dell'attribuzione patrimoniale; ora, tale tesi porta alla seguente conclusione: che se l'attribuzione ha ad oggetto un bene mobile (anche di rilevante valore) l'atto avrebbe una giusta causa, se l'attribuzione ha ad oggetto un bene immobile sarebbe nullo per mancanza di causa.

La tesi della realtà dell'atto di attribuzione

Secondo alcuni autori (Gazzoni, Moscati) l'art. 2034 concerne un comportamento esecutivo; l'adempimento dell'obbligazione naturale, cioè, è un atto giuridico e non un negozio, a carattere reale (l'attribuzione opera, cioè, mediante la consegna della cosa).

Secondo questa visione sarebbe possibile effettuare un trasferimento immobiliare mediante la semplice consegna dell'immobile; il problema della trascrizione verrebbe risolto con una sentenza di accertamento.

L'art. 1350, infatti, non dice che tutti i tipi di atto con cui si trasferisce un diritto immobiliare devono effettuarsi in forma scritta, ma solo che i contratti che trasferiscono tali diritti devono avere questa forma. E l'adempimento di un'obbligazione non è un contratto, ma un comportamento; quindi non sarà necessaria una forma particolare (Gazzoni).

La tesi della necessità della forma scritta

Altri autori, invece, ritengono che sia possibile un'attribuzione immobiliare ma che sia necessaria la forma scritta (Bianca). Questo non perché avremmo un atto senza causa, ma perché nel nostro sistema giuridico i trasferimenti immobiliari richiederebbero sempre la forma scritta. A tal fine sarebbe sufficiente che nella scrittura sia inserita l'attestazione che l'atto è compiuto per adempiere ad un'obbligazione naturale ai sensi dell'art. 2034.

Quanto alla qualificazione di tale tipo di atto la dottrina è divisa: secondo qualcuno dovrebbe essere inquadrato nella figura del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente; secondo altri invece non avremmo un vero e proprio contratto, ma un atto di natura esecutiva la cui forma scritta si risolverebbe in una sorta di requisito integrativo della consegna (Breccia).

Contro questa tesi si è detto (Gazzoni) che se l'atto scritto fosse l'unico modo per adempiere ad un'obbligazione naturale si porrebbe poi il problema di stabilire se la soluti retentio consegua al mero accordo oppure alla consegna. Ora, se l'irripetibilità consegue alla consegna, in quanto il pagamento è un atto a carattere reale, non si giustifica il requisito della forma, che apparirebbe "un inutile superfetazione" e "un vuoto ossequio ad una interpretazione formalistica del sistema". Se, invece, diciamo

che l'irripetibilità consegue all'accordo si verrebbe ad operare una sorta di equiparazione tra irripetibilità della prestazione (di cui parla l'art. 2034) e irretrattabilità della dichiarazione; in altre parole, in questo secondo caso dovremmo sostenere che il pagamento debba essere effettuato non in forza dell'obbligazione naturale, ma in forza dell'accordo (diventerebbe l'accordo, cioè, e non l'obbligazione naturale, il titolo della consegna). **A RIPETIZIONE DI INDEBITO**

Le obbligazioni ex lege

1. L'indebito

A cura del Dott. Paolo Rullo – Funzionario Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo.

1. La disciplina codicistica.

Ai sensi dell'art. 2033 c.c. chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato; ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda. Il pagamento dell'indebito è dunque l'atto con cui taluno esegue un pagamento non dovuto: tale atto dà luogo ad un'obbligazione di restituzione.

L'indebito c.d. oggettivo si ha quando il solvens paga un debito che non esiste oppure paga un debito cui è tenuto ma ad una persona che non ha diritto al pagamento (indebito ex persona creditoris).

L'indebito c.d. soggettivo si ha quando il solvens, che non è debitore, paga ad un creditore quanto a costui è dovuto da un terzo: in tale caso, al contrario dell'indebito oggettivo, il credito esiste ma chi paga non è il debitore.

La giurisprudenza ha più volte confermato che l'art. 2033 c.c., pur essendo formulato con riferimento alle ipotesi di indebito oggettivo sopravvenuto per essere venuta meno, in dipendenza di qualsiasi ragione, in un momento successivo al pagamento, la causa debendi. (Cass. Sez. Un. n. 5624 del 09 marzo 2009)

Il termine "pagamento", di cui all'art. 2033 c.c., non è riferito solo ad una somma di denaro bensì è comprensivo dell'effettuazione di ogni prestazione derivante da un vincolo obbligatorio, che risulti a posteriori non dovuta, abbia essa ad oggetto un dare o un facere e ciò sia alla luce della disciplina dell'istituto, chiaramente concernente anche cose determinate diverse dal denaro, sia in base alla ratio degli artt. 2033 e seg. c.c., diretti ad apprestare un rimedio giuridico completo per tutte le situazioni in cui un'attribuzione patrimoniale a favore di taluno sia stata eseguita senza una giustificata ragione giuridica. (cfr. Cass. n. 2029 del 02 aprile 1982).

Per quanto concerne la prova, proposta domanda di ripetizione dell'indebitato, l'attore ha l'onere di provare l'inesistenza di una giusta causa delle attribuzioni patrimoniali compiute in favore del convenuto, ma solo con riferimento ai rapporti specifici tra essi intercorsi e dedotti in giudizio, costituendo una "probatio diabolica" esigere dall'attore la dimostrazione dell'inesistenza di ogni e qualsivoglia causa di dazione tra solvens e accipiens. (Cass. 25 gennaio 2011 n. 1734).

Alla ripetizione di indebitato ex art. 2033 c.c. è applicabile l'ordinaria prescrizione decennale di cui all'art. 2946 dello stesso c.c.

2. Focus giurisprudenziale (Periodo: Maggio 2013 – Maggio 2014)

L'accertata nullità del negozio giuridico, in esecuzione del quale sia stato eseguito un pagamento, dà luogo ad un'azione di ripetizione di indebitato oggettivo, volta ad ottenere la condanna alla restituzione della prestazione eseguita in adempimento del negozio nullo, il cui termine di prescrizione inizia a decorrere dalla data del pagamento. Cass. civ. n. 10250 del 12 maggio 2014.

In tema di pagamento senza titolo, con conseguente obbligo di restituzione, l'azione prevista per recuperare la somma è quella esperibile ai sensi dell'art. 2033 c.c. (pagamento dell'indebitato) e non quella prevista dall'art. 2041 c.c., che disciplina la situazione di arricchimento senza causa. Cass. civ. n. 8594 del 11 aprile 2014.

L'azione di ripetizione di indebitato, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenti la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, che decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta d'interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Cass. civ. n. 6857 del 24 marzo 2014.

L'azione di indebitato oggettivo ex art. 2033 c.c. ha carattere restitutorio e non, come l'azione di arricchimento senza causa, di reintegrazione dell'equilibrio economico. La restituzione, pertanto, presuppone che la prestazione abbia avuto ad oggetto una somma di denaro ovvero cose di genere ovvero una cosa determinata. È quindi evidente che una prestazione di facere non è suscettibile di restituzione; né d'altro canto è possibile fare riferimento al suo equivalente monetario stabilito dalle parti, posto che l'indebitato presuppone che il 'pagamento' non sia dovuto e che ad esso, perciò, non siano riferibili valide ed efficaci determinazioni delle parti circa il valore economico della prestazione. Quest'ultimo, invece, viene in rilievo, in un'ottica di reintegrazione e nei limiti dell'arricchimento e dell'impoverimento, non sulla base della determinazione fattane dalle parti, ma sulla base di una valutazione oggettiva. Cass. civ. n. 6747 del 21 marzo 2014.

Il pagamento sull'erroneo presupposto dell'esistenza di un debito, realizza un pagamento non dovuto, poiché l' "accipiens" non è creditore di chi lo effettua. La fattispecie è perciò qualificabile come indebito soggettivo "ex latere accipientis", sicché deve applicarsi la disciplina dell'indebito oggettivo, poiché la circostanza che l' "accipiens" fosse effettivamente creditore della somma incassata è in concreto irrilevante. Tribunale Milano n. 3574 del 13 marzo 2014.

Quando la domanda di ripetizione di indebito viene proposta postulandosi, sia pure al fine di ottenere la condanna alla prestazione in restituzione dell'indebito, l'accertamento dell'inesistenza dell'obbligazione in adempimento della quale si è eseguita la prestazione indebita o sotto il profilo soggettivo o sotto quello oggettivo, l'oggetto della domanda è complesso, nel senso che il giudice adito deve:

a) prima accertare l'inesistenza dello specifico rapporto obbligatorio in esecuzione del quale avvenne la prestazione o l'inesistenza di qualsivoglia rapporto obbligatorio giustificativo di tale esecuzione, per il fatto che nessun rapporto obbligatorio esisteva con alcuno (indebito oggettivo) o l'inesistenza del rapporto obbligatorio con il percettore della prestazione e, quindi, la riferibilità del rapporto obbligatorio pur esistente a soggetto diverso da quello in favore del quale è stata eseguita la prestazione;

b) e solo dopo tale accertamento provvederà sull'obbligazione restitutoria, che è un effetto conseguente a quell'accertamento. Tribunale Salerno n. 542 del 17 febbraio 2014.

Il fondamento della ripetizione dell'indebito consiste nell'assenza di un rapporto giuridico tra le parti e il diritto di ripetere la prestazione ex art. 2033 c.c. trova la sua giustificazione nell'inesistenza della ragione d'essere del dovere della prestazione, nel difetto, cioè della causa dell'obbligazione di pagare. In particolare, l'azione restitutoria va ricondotta allo schema dell'indebito oggettivo ex art. 2033 c.c., il quale ricorre tutte le volte in cui vi sia difetto di obbligazione o perché il vincolo non è mai sorto, o perché è venuto meno successivamente per effetto dell'annullamento del provvedimento concessorio, ovvero per difetto di rescissione, inefficacia di un contratto connessa ad una condizione risolutiva avveratasi. Conseguentemente, la verifica e il recupero, da parte della P.A., costituiscono atti dovuti in ossequio alla normativa comunitaria e, in particolare, al Regolamento CE n. 2080 del 1992, attuato in Italia con il d.m. n. 494 del 1998, immediatamente precettivi per gli Stati membri cui si riferisce, senza che la buona fede del percepiens possa costituire ostacolo all'esercizio del potere- dovere di recuperare le relative somme, ai sensi dell'art. 2033 c.c., fatte salve, comunque, le modalità che non devono essere eccessivamente onerose. TAR Catanzaro n. 1164 del 17 dicembre 2013.

Sulle somme indebitamente rimosse dal Comune per oneri concessori spettano gli interessi legali dalla data della domanda (dovendosi presumere la buona fede dell'Amministrazione percipiente, stante anche le difficoltà interpretative nella

materia de qua) ma non la rivalutazione monetaria, trattandosi di pagamento di indebito oggettivo, il quale genera la sola obbligazione di restituzione con gli interessi a norma dell'art. 2033 c.c. TAR Trieste n. 649 del 12 dicembre 2013.

In materia di previdenza, in luogo del principio di incondizionata ripetibilità dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c., trova applicazione la diversa regola, improntata a criteri di equità e solidarietà, che esclude la ripetizione dell'indebito qualora si sia in presenza di un situazione di fatto che abbia come peculiarità la non addebitabilità al percipiente dell'erogazione non dovuta. Tribunale Arezzo del 10 dicembre 2013.

La revoca dei benefici e contributi ricevuti ai sensi della legge 28 febbraio 1986, n. 44, sull'imprenditoria giovanile, per inadempimento degli oneri assunti, può essere equiparata all'avveramento di una clausola risolutiva espressa, e, pertanto, è il soggetto finanziato è tenuto a provare i fatti impeditivi della revoca del finanziamento, così escludendo, ai sensi dell'art. 2033 cod. civ., la sua soggezione alla richiesta di restituzione del contributo come indebito oggettivo. Cass. civ. n. 26507 del 27 novembre 2013.

La disciplina degli effetti restitutori derivanti dall'accertamento dell'invalidità o della risoluzione del contratto deve essere tratta dalle norme sulla ripetizione dell'indebito oggettivo. Tribunale Roma n. 23086 del 18 novembre 2013.

In relazione al recupero delle somme sull'assegno di sede non può avere alcuna rilevanza l'affidamento del percipiente nell'operato della p.a. o il carattere non chiaramente provvisorio dell'erogazione, rilevando sempre, essenzialmente, la natura doverosa del comportamento dell'Amministrazione, tenuta a ripetere l'indebito (salve le modalità di ripetizione che non devono essere eccessivamente gravose) in applicazione dell'art. 2033 c.c., il quale esclude che al relativo atto possa attribuirsi natura provvedimentale e che, quindi, l'Amministrazione sia tenuta a fornire una specifica motivazione delle ragioni del recupero. TAR Roma n. 8847 del 15 ottobre 2013.

L'omissione della comunicazione di avvio del procedimento non costituisce causa di illegittimità dell'atto, vincolato e non autoritativo, di recupero di somme erroneamente corrisposte dall'Amministrazione, in quanto resta ferma la possibilità per l'interessato di contestare errori di conteggio e la sussistenza dell'indebito, nonché di chiedere, nel termine di prescrizione, la restituzione di quanto trattenuto; ciò perché la superfluità dell'accertamento che l'obbligo di comunicazione sia stato adempiuto discende dal fatto che l'eventuale mancanza di detta comunicazione non influisce sulla debenza o meno delle somme, né sulla possibilità di difesa del destinatario, perché questi, nell'ambito del rapporto obbligatorio di reciproco dare-avere (paritetico), può sempre far valere le sue eccezioni contrarie all'esistenza del credito nell'ordinario termine di prescrizione. Non vale il richiamo dello stato soggettivo di buona fede del percipiente a mutare la doverosità del comportamento dell'Amministrazione nel recupero dell'indebito erogato, costituendo essa valenza propria dell'agire pubblico

siccome discendente direttamente dalla disposizione dell'art. 2033 c.c. TAR Roma n. 8847 del 15 ottobre 2013.

Ai sensi dell'art. 2033 c.c., nei casi d'indebito oggettivo in cui la percezione delle somme sia avvenuta con affidamento e buona fede, il calcolo degli interessi sul credito principale decorre dalla data della domanda di restituzione dell'indebito. TAR Ancona n. 691 del 15 ottobre 2013.

Nel caso di concorso del coniuge superstite con quello divorziato, il diritto alla quota di reversibilità deve farsi decorrere dal primo giorno del mese successivo al decesso del coniuge assicurato o pensionato. Tale decorrenza nasce, per entrambi, nei confronti dell'ente previdenziale erogatore, onde a carico soltanto di quest'ultimo, e non anche del coniuge superstite che, nel frattempo, abbia percepito per intero e non "pro quota" il trattamento di reversibilità corrisposto dall'ente medesimo, debbono essere posti gli arretrati spettanti al coniuge divorziato, a decorrere dal primo giorno del mese successivo a quello del decesso dell'ex coniuge, salva ovviamente restando la facoltà per l'ente previdenziale di recuperare dal coniuge superstite le somme versategli in eccesso, trattandosi di ipotesi di indebito oggettivo disciplinata dall'art. 2033 cod. civ. Cass. civ. sez. lav. n. 22259 del 27 settembre 2013.

In tema di inadempimento delle obbligazioni pecuniarie, nel caso in cui il creditore - del quale non sia controversa la qualità di imprenditore commerciale - deduca di aver subito dal ritardo del debitore nell'adempimento un pregiudizio conseguente al diminuito potere di acquisto della moneta, non è necessario, ai fini del riconoscimento del maggior danno ragguagliato alla svalutazione monetaria, che egli fornisca la prova di un danno concreto causalmente ricollegabile all'indisponibilità del credito per effetto dell'inadempimento, dovendosi presumere, in base all'"id quod plerumque accidit", che, se vi fosse stato tempestivo adempimento, la somma dovuta sarebbe stata utilizzata in impieghi antinflattivi per il finanziamento dell'attività imprenditoriale e, quindi, sottratta agli effetti della svalutazione. Cass. civ. n. 22096 del 26 settembre 2013.

In tema di pensione indebitamente corrisposta, trova applicazione non già la speciale disciplina dell'indebito previdenziale, bensì l'ordinaria disciplina dell'indebito civile, nell'ipotesi in cui l'I.N.P.S. abbia continuato ad erogare i ratei della pensione di invalidità, pur dopo il decesso del beneficiario, accreditandoli sul conto corrente cointestato al coniuge superstite, trattandosi di erogazione di somme estranee ad un rapporto previdenziale facente capo al percettore. Cass. civ. sez. lav. n. 21453 del 19 settembre 2013.

In tema di ripetizione di prestazione non dovuta da parte dell'ente previdenziale, in caso di inesistenza del rapporto pensionistico trova applicazione la disciplina generale dell'indebito, di cui all'art. 2033 c.c., propria dell'indebito oggettivo, trattandosi di pagamento effettuato senza titolo; resta esclusa l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 52 l. 88 del 1989, poiché essa presuppone. Ne deriva che, nella fattispecie in

esame, resta irrilevante la buona fede dell' "accipiens". Cass. civ. sez. lav. n. 21453 del 19 settembre 2013.

La disciplina speciale in materia di indebito previdenziale, in forza della quale le somme percepite dal soggetto "in buona fede" sono irripetibili, esige comunque l'esistenza di un reale rapporto previdenziale; diversamente, trova applicazione la regola generale dell'incondizionata ripetibilità dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c.. Cass. civ. sez. lav. n. 21453 del 19 settembre 2013.

Nel caso in cui la P.A. sia condannata a restituire una somma indebitamente riscossa a titolo di oneri di urbanizzazione, sul relativo importo spettano gli interessi legali dalla data della domanda, ma non la rivalutazione monetaria, trattandosi di pagamento di indebito oggettivo, il quale genera la sola obbligazione di restituzione con gli interessi a norma dell'art. 2033 c.c. TAR Milano n. 2172 del 18 settembre 2013.

In tema di risarcimento del danno per protesto illegittimamente sollevato, deve ritenersi che assuma efficacia causale esclusiva nella produzione del danno asseritamente subito la condotta di chi, a fronte della chiusura del rapporto di conto corrente, provvede comunque a versare una somma atta a coprire l'assegno successivamente protestato, atteso che l'avvenuta accettazione, da parte della banca, qualche giorno prima dell'emissione del titolo, di un versamento di importo pari a quello dell'assegno, in assenza di un rapporto contrattuale che giustifichi tale dazione, è tale da determinare in capo alla banca, quale indebito oggettivo, solo l'obbligo di restituzione previsto dall'art. 2033 c.c. ma non può in alcun modo fare ritenere legittimamente la parte autorizzato all'emissione di assegni sul conto corrente in questione in assenza di elementi che giustifichino l'avvenuta riapertura del conto corrente stesso. Cass. civ. n. 21163 del 17 settembre 2013.

Ai sensi dell'art. 2033, c.c., è diritto-dovere della pubblica amministrazione ripetere somme indebitamente erogate; di conseguenza, per un verso, l'affidamento del dipendente e la sua buona fede nella percezione non sono di ostacolo all'esercizio di tale diritto-dovere e, per altro verso, è irrilevante l'omessa osservanza della regola di partecipazione, tenuto conto che l'esito del procedimento non avrebbe potuto essere diverso, in applicazione del principio dettato dall'art. 21- octies, l. 7 agosto 1990 n. 241. Cons. St. n. 4513 del 12 settembre 2013.

La decadenza dal beneficio del contributo all'acquisto della prima casa, di cui all'art. 39 della legge regionale Friuli - Venezia Giulia 1 settembre 1982, n. 75, ove applicabile "ratione temporis", si determina in via automatica in caso di mancato rispetto dell'obbligo di residenza e dei divieti di locazione ed alienazione ivi previsti, venendo meno la ragione del finanziamento, che è quella di agevolare il privato all'accesso alla proprietà della casa in cui abitare, con conseguente nascita di un'obbligazione restitutoria riconducibile all'indebito oggettivo. Cass. civ. n. 20691 del 10 settembre 2013.

In materia di assegni familiari, il datore di lavoro ha una generale funzione sostitutiva dell'ente previdenziale, per conto del quale anticipa gli assegni ai propri dipendenti (compensando i relativi importi sulla misura globale dei contributi dovuti all'I.N.P.S. e versando così la sola eccedenza); ne deriva che, in caso di prestazioni indebitamente erogate al lavoratore e poste a conguaglio, il datore di lavoro è tenuto a recuperare le relative somme, trattenendole su quelle da lui dovute al lavoratore medesimo a qualsiasi titolo in dipendenza del rapporto di lavoro, giusta la previsione dell'art. 24 del d.P.R. 30 maggio 1955, n. 797. Cass. civ. sez. lav. N. 19261 del 20 agosto 2013.

L'affidamento e lo stato soggettivo di buona fede del pubblico dipendente nel percepire dall'Amministrazione di appartenenza somme a lui non dovute, nonché l'avvenuta destinazione delle somme alla soddisfazione delle esigenze della vita e gli effetti della ripetizione su tali esigenze, non costituiscono ostacolo al recupero dell'indebito, attesa la doverosità e necessità del comportamento dell'Amministrazione nel riavere quanto erogato ma non dovuto, in linea con il canone di buon andamento proprio dell'agire pubblico e nell'esercizio del potere/dovere nascente direttamente dal disposto dell'art. 2033 c.c.; di conseguenza, una volta accertato l'indebito stesso, l'Amministrazione non è tenuta a fornire alcun'altra motivazione in ordine agli elementi soggettivi in parola né ad effettuare una valutazione comparativa di tali elementi con l'interesse pubblico, atteso che gli elementi soggettivi predetti rilevano soltanto ai fini della determinazione delle modalità del recupero, le quali devono essere tali da non incidere sui bisogni essenziali della vita. Cons. St. n. 4429 del 04 settembre 2013.

Nel caso di condanna alla restituzione delle somme versate a titolo di oneri concessori, indebitamente rimosse dal Comune, spettano al privato gli interessi legali dalla data della domanda giudiziale, ma non la rivalutazione monetaria, trattandosi di pagamento di indebito oggettivo, il quale genera la sola obbligazione di restituzione con gli interessi a norma dell'art. 2033 c.c. TAR Milano n. 1872 del 16 luglio 2013.

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, sul sostituto d'imposta (nella specie, datore di lavoro) grava una autonoma obbligazione tributaria che ha ad oggetto il versamento (a titolo di acconto) dell'imposta alla fonte: pertanto, se è vero che, nelle ipotesi in cui il sostituto non abbia operato la ritenuta d'acconto e abbia omesso il relativo versamento, il percettore (sostituito) ha l'obbligo di ovviare alla omissione, dichiarando i relativi proventi e calcolando l'imposta sull'imponibile, alla cui formazione quei proventi hanno concorso, siffatto obbligo del sostituto non fa, tuttavia, venir meno il distinto precedente obbligo del sostituto di provvedere al versamento della ritenuta di acconto e la sua legittimazione passiva - in caso di omesso versamento - rispetto all'azione dell'Amministrazione finanziaria tesa al recupero delle somme non versate. Ad evitare l'eventuale duplicazione del prelievo da parte dell'Amministrazione vi è non solo il rimedio della ripetizione di indebito, ma anche, in via preventiva, l'eccezione fondata sull'espresso divieto posto dall'art. 127 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. Cass. civ. sez. trib. n. 16686 del 03 luglio 2013.

L'azione proposta dal comune, ai sensi dell'art. 2033 cod. civ., per la restituzione del contributo di ristrutturazione previsto dagli artt. 9 e 10 della legge 14 maggio 1981, n. 219 con riguardo ad eventi sismici, rappresenta un'azione restitutoria, non risarcitoria, a carattere personale, che riflette l'obbligazione insorta tra il "solvens" ed il destinatario, o i destinatari del pagamento privo di "causa acquirendi". Cass. civ. n. 17260 del 12 luglio 2013.

La sopravvenuta inefficacia di un contratto preliminare di compravendita, a seguito della prescrizione del diritto da esso derivante alla stipulazione del contratto definitivo, comporta, per il promissario acquirente che abbia ottenuto dal promittente venditore la consegna e la detenzione anticipate della cosa, l'obbligo di restituzione, a norma dell'art. 2033 cod. civ., della cosa stessa e degli eventuali frutti, "condictio indebiti ob causam finitam", non un'obbligazione risarcitoria per il mancato godimento del bene nel periodo successivo al compimento della prescrizione. Cass. civ. n. 16629 del 03 luglio 2013. Sulle somme indebitamente riscosse dal Comune per oneri concessori spettano gli interessi legali dalla data della domanda, dovendosi presumere la buona fede dell'Amministrazione percipiente, stante anche le difficoltà interpretative nella materia in questione, ma non la rivalutazione monetaria, trattandosi di pagamento di indebito oggettivo, il quale genera la sola obbligazione di restituzione con gli interessi a norma dell'art. 2033 c.c. TAR Catania n. 1921 del 28 giugno 2013.

I provvedimenti di recupero di somme indebitamente corrisposte dall'Amministrazione ad un proprio dipendente sono vincolati, sicché, ai sensi dell'art. 21- octies, l. 7 agosto 1990 n. 241, l'eventuale mancanza della partecipazione al procedimento per omissione della comunicazione di avvio del procedimento non influisce sulla debenza o meno delle somme, né sulla possibilità di difesa del destinatario perché questi, nell'ambito del rapporto obbligatorio e paritetico di reciproco dare-avere, può sempre far valere le proprie eccezioni contrarie all'esistenza del credito nell'ordinario termine di prescrizione; infatti, attraverso tali provvedimenti l'amministrazione esercita un vero e proprio diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, non rinunziabile, ai sensi dell'art. 2033 c.c., in quanto correlato al conseguimento di quelle finalità di pubblico interesse cui sono istituzionalmente destinate le somme indebitamente erogate. TAR Catania n. 1920 del 28 giugno 2013

2. Arricchimento senza causa

Da Altalex

Chi si è arricchito senza una giusta causa a danno di un'altra persona, è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale (art. 2041 c.c.)

Principi generali

Premessa ed esempi

Quando un soggetto si arricchisce a spese di un altro, oppure si impoverisce, tale arricchimento o tale depauperamento devono avere una giustificazione causale per l'ordinamento.

Quando avviene che qualcuno si arricchisce (o si impoverisce) senza che vi sia una giustificazione, allora l'ordinamento interviene per restaurare l'equilibrio patrimoniale dei soggetti.

Ad esempio, se Tizio mi provoca un danno con l'auto, io mi impoverisco; l'impoverimento è ingiustificato, e quindi l'ordinamento interviene stabilendo (articolo 2043) che il danneggiante mi deve risarcire.

Se io e Sandro stipuliamo un contratto in cui lui mi vende una collezione di fumetti in cambio di 2.000 euro, gli spostamenti patrimoniali che si verificano a seguito del contratto (cioè lo spostamento dei 2.000 euro da me a Sandro, e lo spostamento della collezione da Sandro a me) sono giustificati; l'ordinamento, infatti, ritiene giustificato uno spostamento patrimoniale quando dipende da un contratto valido (anche se le prestazioni non sono necessariamente uguali di valore, perché magari la collezione vale molto di più della somma pattuita).

Ma se Sandro mi ha fatto firmare il contratto raggirandomi (per esempio vendendomi delle mere ristampe in luogo degli originali) allora il contratto è annullabile; una volta ottenuto l'annullamento del contratto lo spostamento patrimoniale non è più giustificato e l'ordinamento appresta idonea azione per ristabilire la situazione patrimoniale antecedente al contratto: l'azione di ripetizione dell'indebito (articolo 2033).

Possono capitare dei casi, però, in cui abbiamo uno spostamento patrimoniale non giustificato, ma che tuttavia non esista nell'ordinamento alcuna azione idonea a risolvere la situazione. Facciamo un esempio: io presto la macchina a un mio amico; questo amico porta la macchina dal meccanico, perché funziona male; il meccanico ripara la macchina ma il mio amico è insolvente; in tal caso abbiamo una situazione per cui io mi sono arricchito (per le riparazioni effettuate) e il meccanico si è impoverito. In tal caso il meccanico non otterrà nulla agendo contro il mio amico, dato che costui è insolvente; vorrebbe agire contro di me, ma nessuna azione è apprestata dall'ordinamento per risolvere un caso del genere.

Esiste, allora, una norma di chiusura dell'ordinamento, che serve proprio per risolvere quelle situazioni in cui manca uno strumento ad hoc predisposto dall'ordinamento per restaurare l'assetto patrimoniale che si è modificato ingiustamente: l'azione di arricchimento ingiustificato (articolo 2041).

Nozione e fondamento

Recita l'articolo 2041:

Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona, è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale.

Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda.

L'ingiustificato arricchimento rientra tra le fonti di obbligazione che hanno origine dalla legge (Messineo la classifica tra le obbligazioni legali). Tuttavia la sua importanza è molto maggiore di quella che potrebbe avere una singola fonte tipica di obbligazione, come la vendita o la promessa unilaterale, in quanto è espressione di un principio generale dell'ordinamento, per cui ogni spostamento patrimoniale deve avere una sua giustificazione.

Tale principio è alla base anche della *condictio indebiti* (v. voce "Pagamento dell'indebito", *AltalexPedia*), ma non solo di essa, in quanto numerose altre norme del codice civile sono espressione dello stesso principio, tra cui la gestione di affari altrui.

La *condictio*, poi, è collocata nel codice prima dell'azione di arricchimento, perché quest'ultima ha carattere sussidiario, cioè sarebbe esperibile solo qualora non esistano altre azioni esperibili da colui che si è impoverito a vantaggio di un altro; tale norma è stata definita da molti una norma di chiusura dell'ordinamento.

Esiste, quindi, nel nostro ordinamento, un principio generale che vieta di arricchirsi a spese altrui senza che vi sia una giustificazione, di cui numerose norme costituiscono un'applicazione particolare. Alcune norme sono quelle che di seguito elenchiamo.

- il creditore della persona giuridica non soddisfatto dopo la liquidazione, ha il diritto di agire in arricchimento contro colui cui i beni dell'ente siano stati devoluti;
- in materia di proprietà sono espressione del principio di arricchimento gli articoli 935 comma 1, 936 comma 2, 937 comma 3, 939 comma 2 e 940;
- il possessore che ha riparato o migliorato la cosa del proprietario, ha il diritto di agire contro costui nei limiti dell'arricchimento (articolo 1150);
- il debitore che paga anticipatamente il creditore ha diritto di ottenere dal creditore ciò di cui quest'ultimo si è arricchito per effetto del pagamento anticipato (articolo 1185);
- quando il contratto viene annullato per incapacità il debitore che ha pagato può agire contro il creditore incapace nei limiti dell'arricchimento (articolo 1443);
- il depositante può ottenere dal depositario il rimborso di quanto sia andato a proprio vantaggio in conseguenza del deposito (articolo 1769).

Natura giuridica

Generalità

L'azione di arricchimento ingiustificato ha la stessa natura della condictio; è un'azione personale, esperibile, cioè, solo tra i soggetti che sono parte del rapporto che ha causato lo spostamento patrimoniale (Barbero).

Vedremo poi, che tale caratteristica non è sempre portata alle sue estreme conseguenze (cioè si ritiene che l'azione possa essere intentata anche contro chi non era parte del rapporto che ha causato lo spostamento patrimoniale).

Alcuni autori hanno detto che l'azione in questione è un rimedio di equità, la cui concreta determinazione è affidata al giudice. In realtà, si è detto in contrario che siamo ben lontani da un rimedio di equità, in quanto il giudice non deve valutare discrezionalmente se l'arricchimento sia giustificato oppure no, ma deve valutare se sussista una giusta causa, e tale valutazione va fatta partendo dal sistema legislativo; il fatto, poi, che la ricerca della mancanza di una giusta causa sia una ricerca difficile, che lascia un certo spazio alla discrezionalità del giudice (e difatti si ritrovano sentenze diverse che valutano in modo difforme gli stessi fatti, come vedremo in seguito), è un altro problema; ma un conto è dire che l'interpretazione della norma è difficile e lascia spazio a diverse interpretazioni, e un conto è dire che siamo di fronte ad un rimedio di equità.

La sussidiarietà dell'azione

Tesi restrittiva

La dottrina e la giurisprudenza affermano costantemente che l'azione ha carattere sussidiario. Tale carattere è esplicitato nell'articolo 2042 (che si intitola "sussidiarietà dell'azione") e che recita:

L'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare dal pregiudizio subito.

La sussidiarietà viene intesa dalla dottrina nettamente prevalente e dalla giurisprudenza unanime, nel senso che se l'ordinamento già appresta – in astratto – un'altra azione per poter rimediare al pregiudizio patrimoniale, l'azione di arricchimento non è esperibile. Ad esempio, se Tizio ha subito un depauperamento per causa di Caio, ma può esperire l'azione di risarcimento per fatto illecito, oppure può esercitare l'azione di ripetizione dell'indebito, è escluso che possa agire in arricchimento; tale regola vale anche se l'azione per il fatto illecito, o l'azione di ripetizione, in concreto non si possano più esercitare perché è prescritto il termine per l'esercizio dell'azione. Insomma, sussidiarietà significa che l'azione è esercitabile quando in astratto non esistono nell'ordinamento altre azioni che potrebbero essere esercitate dall'attore.

Tesi estensiva

Secondo Barbero, invece, tale visione, nonostante sia accolta sia dalla dottrina prevalente che dalla giurisprudenza della Cassazione, è errata; sussidiarietà, infatti, è un termine che indica che tale azione è sussidiaria (cioè si aggiunge) alle altre. Sussidiarietà, cioè, non è sinonimo di residualità. Il che significa che l'azione di arricchimento potrebbe essere esercitata anche quando l'ordinamento prevede in astratto altra azione, che non è stata esercitata per ragioni pratiche.

Tale teoria troverebbe conferma nell'articolo 67 Legge Cambiaria (R.D. n. 1669/1933) e 59 Legge Assegno (R.D. n. 1736/1933), ove si dice che l'azione di arricchimento può essere esperita quando non possono più esperirsi le altre azioni cambiarie.

Ma un argomento testuale a favore della tesi può ricavarsi anche leggendo l'articolo 2041, ove è detto solo che "l'azione di arricchimento non è esercitabile quando il danneggiato può esercitare altra azione" (e non è specificato che l'impossibilità debba essere intesa in senso astratto). Un esempio eclatante dei risultati cui si vuole giungere con l'applicazione di questa teoria si ha in tema di prescrizione: se l'azione di ripetizione dell'indebito (o altra azione esercitabile dall'attore) fosse prescritta, il creditore potrà ancora esperire l'azione di arricchimento (se anche questa non si è a sua volta prescritta).

L'azione di arricchimento, dunque, dovrebbe essere considerata sussidiaria, sì, ma nel senso proprio del termine; del resto - dice ancora il Barbero - tale azione fa conseguire a colui che ha subito un danno un minus rispetto a quello che riceverebbe se esperisse la *condictio*, in quanto è previsto un indennizzo (e non un risarcimento) nella misura della minor somma tra l'arricchimento conseguito e il depauperamento. Ora, se si vede la ragione per cui la legge, quando un'azione è prescritta, non consente più il risarcimento del danno (e quindi la riparazione) "non si vede la ragione per cui il favor legis dovrebbe schierarsi a favore dell'arricchimento abbandonando il danneggiato, che certat di ridurre il proprio danno, limitatamente all'arricchimento conseguito dall'altra parte".

Contro tale tesi, può replicarsi, però, che appare abbastanza evidente che se esiste nel nostro ordinamento un'azione che in astratto è esperibile, ma che in concreto non lo è più perché il creditore colposamente non ha esercitato l'azione e ha lasciato che decorresse la prescrizione, non si può più parlare di un arricchimento "ingiustificato"; (al di là di quale significato si voglia attribuire al termine giusta causa, su cui esistono un'infinità di teorie e che vedremo tra poco) qui la giustificazione valida per l'ordinamento giuridico c'è, ed è, appunto, la prescrizione dell'azione.

Secondo Bianca, poi, la regola secondo cui l'azione di arricchimento sarebbe esperibile solo ove non vi fossero altre azioni, si giustifica anche con l'esigenza di evitare che questa diventi strumento per eludere le preclusioni e i limiti afferenti ad altri rimedi (come, appunto, la prescrizione).

In questo senso si è espressa, di recente, Cass. 18502/2003 e 6205/2013.

Presupposti dell'azione

L'arricchimento e il depauperamento

Come è stabilito espressamente dall'articolo 2041 occorre che una parte si sia arricchita e correlativamente ne sia conseguito un depauperamento dell'altra.

Per fare un esempio, se io costruisco un supermercato e gli appartamenti della zona aumentano di valore, benché i proprietari degli appartamenti si siano arricchiti a causa del mio supermercato, non posso agire in arricchimento in quanto non ho subito alcuna perdita patrimoniale.

L'impovertimento consiste nel danno patrimoniale arrecato al soggetto che agisce; tale danno può consistere nella perdita di un bene, nella mancata utilizzazione di esso, o nella mancata remunerazione di una prestazione resa ad altri. Non rientra nel concetto di impoverimento il mancato guadagno (Trabucchi).

L'arricchimento, invece, consiste in qualsiasi vantaggio suscettibile di valutazione economica; quindi anche un risparmio di spesa, oppure una perdita evitata (è escluso, quindi, il vantaggio morale).

L'arricchimento deve essere effettivo, ed è quindi escluso un arricchimento futuro o solo eventuale.

L'arricchimento deve essere sussistente al momento in cui viene proposta la domanda. Se, però, l'arricchimento non sussiste per una causa imputabile all'arricchito, l'azione sarà ugualmente esperibile.

L'arricchimento imposto

Secondo un'opinione, uno dei presupposti dell'azione è che l'arricchimento sia stato conseguito anche grazie alla volontà dell'arricchito, o perlomeno senza che costui fosse contrario; se costui era contrario ad arricchirsi, oppure se chi si è impoverito era in mala fede, l'azione non è esperibile; questo perché deve essere tutelata la volontà dei soggetti di non arricchirsi se non ne hanno l'intenzione. Ad esempio non sarebbe esperibile l'azione di arricchimento da parte dell'imbianchino che ha dipinto per sbaglio la casa di un altro soggetto e non del suo cliente.

Tale tesi è confermata da numerose norme del codice che confermano tale principio (per esempio gli articoli 1592, 936 e 939).

Secondo Bianca, invece, tale soluzione limiterebbe troppo la portata della norma; quanto alle norme presenti nel codice, sono norme dettate per fattispecie particolari e non possono essere applicate alla regola generale. Non solo, ma dalla norma dell'articolo 2041 non è dato ricavare una distinzione tra arricchimenti imposti e arricchimento voluti; casomai, qualora l'arricchimento sia non voluto, occorrerà indagare se, oltre all'arricchimento, ci sia stata una corrispondente diminuzione

patrimoniale per altri versi, oppure se l'obbligo di restituzione non produca a sua volta più danni di quanti siano stati i vantaggi provocati dall'arricchimento, nel qual caso il lucro dell'arricchito si compenserà con il danno subito.

Il nesso di causalità tra arricchimento e depauperamento

Ulteriore presupposto per l'esercizio dell'azione è il nesso di causalità tra l'arricchimento e il depauperamento. Quando si parla di nesso di causalità si vuole indicare che tra l'arricchimento e il depauperamento deve esserci questa relazione: a) l'arricchimento di una parte deve essere causato direttamente dal depauperamento dell'altra; b) il fatto che ha causato l'arricchimento ingiusto deve essere unico (non è ammesso, cioè, che possano esserci più cause concorrenti).

Il problema a) e il problema b) sono diversi, ma in qualche modo anche interdipendenti, come vedremo.

Il problema dell'arricchimento interposto

Cominciamo dal primo dei due problemi; tale profilo dell'azione, come è facilmente intuibile, dà luogo a numerosi dubbi e contrasti nella sua applicazione pratica; la giurisprudenza, infatti, non ha sempre seguito orientamenti univoci.

Il problema principale si profila quando il depauperamento e l'arricchimento si sono avuti per mezzo dell'intermediazione di un terzo. E' questo il problema del cosiddetto arricchimento indiretto.

Ad esempio: se A, che ha in prestito per alcuni giorni l'auto dell'amico (B), porta la macchina dal meccanico (C) per effettuare delle riparazioni, ponendo che A sia insolvente e non paghi le riparazioni effettuate, il meccanico può rivolgersi al proprietario dell'auto?

Altro esempio: se un muratore esegue dei lavori di riparazione su di un immobile per ordine del locatario, può poi rivalersi sul proprietario qualora il locatario sia insolvente?

A tali quesiti in dottrina si è spesso data una risposta negativa, sul presupposto che mancherebbe il nesso di causalità tra arricchimento e impoverimento, in quanto il soggetto si è arricchito a danno di una persona interposta (negli esempi, il meccanico e il muratore), e non a danno di colui con cui era in relazione diretta.

Ma tale conclusione è stata contestata in quanto la scelta normativa è nel senso di voler tutelare chi si arricchisce a danno di un altro, e questa relazione diretta tra impoverimento e depauperamento non deve essere intesa in senso troppo restrittivo; nel codice, poi, non troviamo traccia di una simile soluzione e, anzi, in tema di *condictio* troviamo una regola che sembrerebbe confermare proprio che

l'arricchimento debba essere considerato ingiusto anche se si è avuto per il tramite di un terzo, e precisamente l'articolo 2038 comma 1.

Secondo alcuni autori, poi, la dottrina che esamina il problema del nesso di causalità si è troppo lasciata influenzare dalle nozioni elaborate in materia di fatto illecito, che sono state trasposte nell'istituto dell'arricchimento; solo che, mentre nella materia dei fatti illeciti il nesso di causalità diretto si desume esplicitamente da varie norme (per esempio gli articoli 1227, 2043 e 2056 e gli articoli 40 e 41 del c.p.) non altrettanto può dirsi per la materia dell'arricchimento ingiustificato, dove non esistono norme che permettano di dedurre che il nesso di causalità debba essere diretto ed immediato, tanto da escludere la rilevanza dell'arricchimento ottenuto per l'intermediazione di un terzo.

Il problema dell'unicità del fatto causativo

In dottrina e in giurisprudenza ricorre l'affermazione secondo cui il fatto che ha generato l'arricchimento debba essere unico, ma non si dà una adeguata spiegazione delle motivazioni che hanno portato a questa conclusione, salvo, anche qui, dire che il nesso tra l'arricchimento e l'impoverimento deve essere diretto.

Tale impostazione è stata criticata; si è detto, anzitutto che pure questa teoria risente delle elaborazioni dottrinali in materia di fatto illecito, ma che sul piano del diritto positivo non trova alcuna giustificazione. Si è poi affermato che la teoria tradizionale si giustificerebbe più che altro per "la tendenza a denervare la potenzialità eversiva dell'istituto". Secondo Trabucchi, invece, anche un nesso di causalità indiretta potrebbe legittimare l'esperimento dell'azione di arricchimento, purché tra i due fenomeni sussista la relazione di necessità storica, nel senso che si possa dimostrare che l'uno non si sarebbe verificato senza il manifestarsi dell'altro".

Può dirsi, allora, che anche più fatti potrebbero in teoria concorrere a produrre una fattispecie di arricchimento ingiustificato; l'importante è che tali fatti siano tutti causa dell'arricchimento e del correlativo impoverimento. Insomma, che la legge richieda un nesso tra l'impoverimento e l'arricchimento non può dubitarsi (tra l'altro la stessa legge si esprime dicendo che la diminuzione patrimoniale deve essere "correlativa") ma quanto all'individuazione di questo nesso, pare arbitrario dire a priori che il fatto debba essere unico.

Tra l'altro la tesi secondo cui il fatto causativo dell'arricchimento dovrebbe essere unico dovrebbe portare alla conclusione che non si possa agire contro il terzo interposto che ha causato l'arricchimento.

Prendiamo, ad esempio, il caso (risolto positivamente dalla cassazione) del meccanico che abbiamo fatto nel paragrafo precedente: in questa fattispecie, i fatti che hanno causato l'arricchimento e il depauperamento sono due: 1) il fatto che il meccanico C abbia riparato l'auto; 2) il fatto che l'auto sia stata portata dal meccanico da parte di un terzo che è insolvente.

La mancanza di una giusta causa dell'arricchimento

Un ulteriore presupposto per l'esperibilità dell'azione è la mancanza di una giusta causa dell'attribuzione. Cosa sia la giusta causa è problema che non è affatto facile risolvere, anzi, possiamo dire che costituisce il più tormentato tra tutti i problemi che ruotano intorno all'arricchimento ingiustificato.

Fra le varie tesi proposte forse la più corretta è quello dello Schlesinger, secondo cui è preferibile l'illustrazione di una ricca casistica anziché cercare di dare una definizione astratta. La stessa impostazione agnostica del problema si trova oggi anche in altri autori, i quali fanno notare che spesso la dottrina ha cercato di individuare la nozione di giusta causa giungendo ad elaborazioni troppo confuse, contraddittorie e che non hanno raggiunto alcun risultato per agevolare la comprensione dell'istituto; molte definizioni date, poi, non fanno altro che parafrasare le parole del codice, o richiamarsi genericamente all'equità, ma avrebbero bisogno a loro volta di essere spiegate (come, per esempio, la definizione secondo cui sarebbe ingiustificato l'arricchimento che integra un'ipotesi di trasgressione all'ordinamento giuridico e precisamente una contrarietà oggettiva dell'arricchimento rispetto al criterio di proporzione dei valori della ricchezza). Del resto il problema di una definizione di giusta causa era così complesso che al momento in cui fu redatto il codice alcuni giuristi si opposero addirittura alla codificazione dell'istituto. Quanto alla relazione al re, questa precisa in modo espresso che "non è stato e non poteva essere chiarito legislativamente, con una formula generale, il concetto di arricchimento ingiustificato".

In tempi recenti una definizione che non sia meramente ripetitiva delle parole del codice, o che magari complichino le cose con formule poco comprensibili, è stata data da Bianca, secondo cui l'arricchimento è senza causa quando è correlato ad un impoverimento che non è remunerato, non costituisce liberalità, e non costituisce adempimento di un'obbligazione naturale.

Secondo Messineo giusta causa = titolo, ragione d'essere dell'arricchimento e del depauperamento. Assenza di causa vuol dire che non vi è un rapporto giuridico patrimoniale (sia esso di natura volontaria o legale) che giustifica lo spostamento; lo spostamento patrimoniale deve consistere in un danno.

Quanto alla differenza tra arricchimento senza giusta causa e donazione la differenza sta in questo: che la volontà del depauperato è ragione sufficiente per giustificare lo spostamento patrimoniale (in altre parole, se un soggetto vuole arricchire un altro volontariamente può farlo; in tal caso, allora, avremmo una donazione e purché questa sia effettuata in forma pubblica lo spostamento patrimoniale è giustificato. Se manca la volontà dell'impoverito, invece, lo spostamento non si giustifica).

Qualcuno ha detto che sarebbe ingiustificato l'arricchimento non voluto nemmeno da quelle norme che lo hanno determinato (Graziani).

Secondo Andreoli mancherebbe la giusta causa quando l'impoverimento si è avuto contro la volontà del soggetto che ha subito il depauperamento.

Secondo Mori-Checcucci l'arricchimento sarebbe giustificato quando fu voluto dall'impoverito e quando sia socialmente utile.

Quanto alla giurisprudenza, anche lei rinunciando a dare una definizione teorica, ha stabilito non tanto quando l'arricchimento debba essere considerato ingiusto ma più che altro quando sia da considerarsi giusto: e sarebbe giusto l'arricchimento che trova una causa nel rapporto sinallagmatico tra le parti, nel consenso o nel soddisfacimento di un interesse dell'impoverito, oppure in un'autorizzazione amministrativa.

Disciplina

La prescrizione dell'azione

L'azione si prescrive in dieci anni.

Ovviamente, però, se si accoglie la teoria di Barbero (secondo cui l'azione di arricchimento è esperibile anche quando sia prescritta un'altra azione esercitabile dal depauperato), il termine di prescrizione sarà di dieci anni che decorreranno dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere; bisogna quindi distinguere: a) se nell'ordinamento non esistono altre azioni a tutela della propria posizione, vuol dire che l'azione si prescriverà a partire dal giorno in cui il credito può essere fatto valere; b) se esistono altre azioni a disposizione del creditore allora la prescrizione decorrerà dal giorno in cui è prescritta l'azione principale.

L'indennizzo e la restituzione

L'indennizzo dovuto al soggetto agente è pari alla minor somma tra l'impoverimento e l'arricchimento. L'indennizzo va calcolato - secondo la dottrina prevalente - al momento della sentenza, quindi deve essere valutato con riferimento a questo momento (cioè si deve avere riguardo non alla somma di cui ci si è arricchiti al momento in cui è avvenuto il fatto, ma al momento in cui è proposta la domanda). Il debito dell'arricchito, quindi, è un debito di valore. E' dubbio il momento a partire dal quale sorge l'obbligo di pagare gli interessi sulla somma che il debitore deve a titolo di indennizzo: se dal momento della domanda giudiziale o dal momento in cui si perde il godimento della cosa. Se l'arricchimento consiste in una cosa determinata l'obbligo è quello di restituzione (o di pagarne il valore se la cosa è perita). Qualora la cosa non sia perita, ma sia deteriorata, si ritiene che il debitore deve restituire la cosa, oltre a corrispondere una somma ulteriore a titolo di indennizzo, in applicazione dei principi di cui gli articoli 2037 e 2038.

3. La gestione degli affari altrui

Si ha gestione di affari altrui quando un soggetto capace di agire assume scientemente, senza esservi obbligato e senza che operi un divieto da parte dell'interessato, la gestione di uno o più affari di un altro soggetto che non è in grado di provvedervi.

Nozione

Articolo 2028 cod. civ.: "Chi, senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui, è tenuto a continuarla e a condurla a termine fino a che l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso. L'obbligo di continuare la gestione sussiste anche se l'interessato muore prima che l'affare sia terminato, finché l'erede possa provvedervi direttamente.

Tale figura rientra in quegli "altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico" previsti dall'articolo 1173, mentre nel codice del 1865 apparteneva alla categoria dei quasi-contratti.

Fondamento

In linea di massima possiamo dire che a nessuno è permesso di intromettersi nella sfera giuridica altrui.

Tuttavia vi sono dei casi in cui l'interessato non è in grado di provvedere direttamente ai suoi affari per i motivi più vari, e sia utile, o addirittura necessario, compiere un affare per conto di costui.

L'istituto della gestione di affari, presente con varianti in tutti gli ordinamenti, si fonda su esigenze di utilità sociale e risponde ad un criterio di economia, in quanto è socialmente utile che non vengano rovinati patrimoni per incuria dell'interessato. In questo senso, ben può parlarsi di un'applicazione dei principi di solidarietà imposti dalla Costituzione all'articolo 2.

Si è detto che l'istituto si colloca in uno dei punti nevralgici di contatto tra l'interesse pubblico e privato, "in cui il principio di ordine pubblico che riserva al singolo, purché capace, la gestione degli affari propri viene temperato da altro principio che favorisce la solidarietà sociale e le iniziative economicamente utili, idonee ad evitare pregiudizi ai singoli e alla collettività" (Casella).

Natura giuridica

La teoria negoziale

Per quanto riguarda la sua natura giuridica, minoritaria è la posizione di chi (Betti) ritiene che l'atto di inizio della gestione dell'affare altrui sia un negozio giuridico; secondo tale teoria bisogna partire dalla constatazione che la gestione nasce a seguito di un comportamento del gestore, nonché dalla nozione di negozio giuridico quale "comportamento (e non dichiarazione: nda) rispondente ad una funzione economico-sociale tipica che la legge tutela, ad esso ricollegando effetti giuridici tali da favorire l'attuazione di quella funzione".

Ora, nella gestione di affari abbiamo un comportamento socialmente tipico e degli effetti giuridici ad esso ricollegati; inoltre, tali effetti sono del tutto analoghi a quelli di un'altra fattispecie negoziale, e cioè il mandato.

La teoria argomenta, inoltre, dall'articolo 2029, che richiede la capacità di contrattare (che si fa coincidere con la capacità di agire: art. 2029), e dal fatto che la legge richiede che l'affare altrui sia intrapreso scientemente, cioè con la consapevolezza dell'azione che si sta compiendo (articolo 2028).

Teoria del fatto giuridico

La teoria del Betti è stata contestata, in quanto, si è detto, se è vero che il negozio giuridico può consistere in un comportamento, è anche necessario che tale comportamento produca degli effetti che siano voluti dal soggetto; in altre parole, la dottrina del Betti sottovaluta l'elemento intenzionale del negozio, in quanto è necessario che la volontà del soggetto sia diretta alla produzione di effetti giuridici; e nel caso di specie manca proprio l'elemento in questione.

La dottrina prevalente ritiene, quindi, che si tratti di un fatto giuridico; il fatto consiste nel comportamento del gestore che inizia a curare l'affare altrui, ed è da questo fatto che nascono delle obbligazioni giuridiche: in primo luogo l'obbligo di continuare la gestione da parte del gerente e secondariamente, in capo all'interessato, l'obbligo di indennizzare colui che ha gestito l'affare, nonché di adempiere le obbligazioni che costui ha assunto.

Quanto al fatto che la legge richieda che l'affare debba essere gestito "scientemente" (cioè con volontà) si risponde che la capacità si profila come mero presupposto oggettivo della negotiorum gestio, e non soggettivo. Non solo, ma la volontà consiste nel volere intraprendere l'affare e curarlo; è indifferente, poi, che il gestore sappia le conseguenze ulteriori che si producono in capo a lui (diritto all'indennizzo, obbligo di continuare la gestione fino a che l'interessato non vi provveda, ecc...).

Ambito di applicazione della gestione di affari

La gestione può riguardare atti giuridici, atti materiali (ad esempio l'inseguimento con la propria macchina del veicolo rubato) o negozi giuridici. In linea generale sembra preferibile l'opinione di chi ritiene che non vi siano limiti quantitativi o qualitativi alla gestione. Qualunque affare altrui può quindi essere gestito, purché abbia carattere patrimoniale.

Nonostante qualche opinione contraria, allora, è da ritenersi che il gestore possa compiere anche atti di straordinaria amministrazione, oltre che di atti di ordinaria amministrazione.

Non solo non c'è motivo di limitare la gestione agli atti di ordinaria amministrazione (e del resto la legge non pone espressamente questo limite) ma soprattutto, è la stessa

ratio dell'istituto che autorizza un'interpretazione estensiva della categoria degli affari intrapresi.

Qualcuno ha detto, poi, che sarebbero esclusi gli atti di alienazione; ma tale teoria porterebbe all'assurda conclusione che non si potrebbe, per esempio, vendere frutta o altra merce deperibile per conto dell'interessato, che sarebbe costretta a marcire.

Altri ancora hanno voluto trovare una limitazione quantitativa alla gestione dicendo che non sarebbe ammissibile la gestione di un patrimonio, ma solo di un affare. Ma anche questa tesi non è basata su alcun argomento, né logico né testuale. Anzi, da punto di vista testuale la norma parla di gestione di "affari" utilizzando il plurale, avvalorando quindi una interpretazione estensiva.

La dottrina prevalente e la giurisprudenza, infine, escludono che la gestione sia configurabile per gli atti processuali, argomentando dalla tassatività dei casi di sostituzione processuale ai sensi dell'articolo 81 cpc. È contrario Bianca, secondo cui il rigore della tesi contrasta con lo stesso articolo 81 e con la disciplina generale della gestione di affari.

Presupposti e requisiti

Generalità

La dottrina ha individuato alcuni presupposti che devono ricorrere perché si abbia negotiorum gestio; il primo presupposto è soggettivo, gli altri sono presupposti oggettivi:

- 1) animus aliena negoti gerendi, cioè l'intenzione di gestire un affare altrui;
- 2) la spontaneità della gestione;
- 3) l'absentia domini, cioè l'impossibilità per l'interessato (cioè il dominus) di intervenire sulla situazione;
- 4) l'utiliter coeptum, cioè l'utilità dell'inizio della gestione.
- 5) l'alienità dell'affare intrapreso.

L'animus aliena negotii gerendi

La consapevolezza di gestire un affare altrui è il primo requisito fondamentale della negotiorum gestio.

Qualora tale animus manchi siamo fuori dal campo dell'art. 2028; se colui che ha intrapreso la cura dell'affare altrui crede in realtà di stare gestendo un affare proprio e quindi è incorso in un errore (per esempio riparo un muro che sta per crollare, credendo che mi appartenga e invece appartiene ad un altro), una volta accortosi

dell'errore si potrà esperire, se ne ricorrono i presupposti, l'azione di ingiustificato arricchimento.

Tale animus, oltre che dall'errore, è escluso se il gestore aveva la volontà di arricchire l'altro (in tal caso ricorre l'animus donandi e quindi nulla sarà dovuto al gestore).

La spontaneità dell'intervento

L'intervento del gestore deve essere spontaneo; se costui vi è costretto da un obbligo legale (per esempio il tutore nei riguardi dell'incapace) o da un contratto che intercorre con il dominus, allora siamo fuori dalla negotiorum gestio (Cass. 23823/2004).

È discusso se la presenza di un dovere morale o sociale sia compatibile con la gestione di affari. Secondo Gazzoni se l'affare viene gestito in ottemperanza ad un dovere morale o sociale abbiamo un'obbligazione naturale, e quindi siamo fuori dal campo della gestione d'affari. La dottrina prevalente è però di contraria opinione, in quanto per aversi un comportamento spontaneo occorre che non vi siano obblighi in senso tecnico-giuridico; e quando si adempie in virtù di un obbligo morale non si può certo parlare di costrizione (in giurisprudenza Cass. 12280/2007 e 9269/2007).

L'absentia domini

Ulteriore requisito perché si abbia gestione di affari è che l'interessato non sia in grado di provvedere da solo ai propri interessi.

absentia domini significa, per la verità, assenza dell'interessato, ovvero sia lontananza (secondo Gazzoni, per absentia dovrebbe intendersi il consapevole abbandono del patrimonio da parte dell'interessato), ma tale presupposto viene intesa da dottrina e giurisprudenza in senso assai largo.

L'interpretazione restrittiva, infatti, non sembra in linea né con la lettera della legge (che richiede l'impossibilità di provvedere ai propri interessi, e non l'assenza o l'abbandono del patrimonio) né con la ratio legis.

Secondo la dottrina prevalente e secondo la giurisprudenza, quindi, ogni occasione in cui l'interessato non possa provvedere in maniera efficiente ad amministrare i propri affari è requisito sufficiente perché possa aversi una valida gestione di affari (tra i casi di impossibilità a provvedere ai propri interessi è stata annoverata l'incapacità legale del soggetto fino al momento in cui non sia nominato un rappresentante legale, oppure l'irreperibilità momentanea, o la reclusione dell'interessato).

Quanto alla giurisprudenza, in certi casi si è spinta fino al punto da affermare che basti la semplice non opposizione dell'interessato al compimento dell'affare da parte del gestore, indipendentemente dall'impossibilità effettiva di amministrare. Parte della dottrina ha visto con favore questa linea di tendenza, ma alcuni autori hanno sottolineato che tale impostazione, spinta agli estremi, potrebbe portare alla vanificazione del requisito dell'absentia domini.

In definitiva, l'absentia è intesa non come assenza fisica, ma come impedimento materiale, o come mancanza di opposizione, o, ancora, come semplice inattività.

In dottrina si discute sull'ipotesi in cui il gestore creda per errore che l'interessato non possa occuparsi dell'affare, e lo gestisca quando il dominus ne avrebbe tutte le possibilità. In tal caso si parla di absentia domini putativa, e la soluzione più corretta è forse che anche questa situazione rilevi ai fini della gestione, secondo un principio generale di diritto.

Tuttavia, qualora l'errore sia dipeso da colpa del gestore, ai sensi dell'articolo 2030, se la gestione produce un danno all'interessato, il risarcimento sarà maggiore di quello che sarebbe dovuto in caso colpa non vi sia.

L'utiliter coeptum

Altro requisito fondamentale è l'utilità della gestione intrapresa. In altre parole, non occorre che l'affare vada a buon fine purché, al momento in cui fu iniziato, questo sembrasse utile ed opportuno.

Sussistono dei dubbi sul punto se l'utilità debba essere valutata sul piano oggettivo o soggettivo (cioè se si debba avere riguardo all'effettivo interesse del dominus, oppure all'utilità oggettiva dell'atto posto in essere). Poniamo che il tetto di una casa sia pericolante e che il gestore lo ripari, pur sapendo che il dominus non lo avrebbe mai riparato perché si disinteressava totalmente al problema: sussiste una valida gestione di affari oppure no?

Secondo il Gallo nell'esempio prospettato si avrà ugualmente gestione di affari; l'utilità, infatti, deve essere valutata in senso oggettivo, e questo perché l'istituto soddisfa in primo luogo esigenze di pubblico interesse, ovvero l'esigenza di conservare i patrimoni, esigenza che in ultima analisi va a beneficio della collettività. Il giudice, quindi, dovrà domandarsi non se l'affare sarebbe stato intrapreso effettivamente dall'interessato, ma se questi lo avrebbe dovuto intraprendere secondo il criterio del buon padre di famiglia.

Tuttavia, è forse corretto ritenere che l'utilità vada valutata non solo in senso oggettivo, ma anche soggettivo; sembra iniquo, cioè, ritenere che non sussista gestione di affari quando il gestore intraprenda un affare che oggettivamente potrebbe non essere necessario, ma che l'interessato avrebbe sicuramente posto in essere qualora fosse stato in grado di farlo.

Un altro quesito da porsi è capire cosa succeda quando l'affare che all'inizio non era affatto utile, si riveli in seguito altamente proficuo. Secondo Gallo in questi casi non potrà essere invocato l'articolo 2028 ma, ravvisandosene gli estremi, sarà possibile agire con l'azione di arricchimento.

La capacità del gestore

La capacità del gerente deve essere quella di agire; la legge parla di capacità di contrattare, ma l'espressione viene intesa da alcuni nel senso della capacità di agire. Se il soggetto è incapace l'atto di gestione è inefficace.

Tuttavia nulla (ovviamente sul piano pratico e non dal punto di vista giuridico) impedisce ad un incapace, nonostante la legge richieda la capacità, di curare ugualmente l'affare altrui. In tal caso, se la gestione ha provocato dei danni si ritiene che l'incapace sarà tenuto a risarcire il danno in via extracontrattuale, mentre se la gestione ha provocato dei vantaggi allora si potrà agire con l'azione di arricchimento.

Alcuni autori, però, hanno proposto una visione meno restrittiva del problema; la legge - si è detto - non a caso usa l'espressione "capacità di contrattare" e non l'espressione "capacità di agire". Ciò che la legge richiede, infatti, è la capacità di agire, ma solo quando si tratta di porre in essere negozi giuridici; quando, però, si tratta di compiere delle attività materiali può bastare la sola capacità naturale.

L'alienità dell'affare

Si trova spesso affermato che l'affare curato deve essere alieno, altrimenti non si ha la gestione di un affare altrui, ma di un affare proprio.

Tuttavia tale requisito è inteso dalla giurisprudenza in senso abbastanza largo, tanto da svalutarlo quasi completamente. Si reputa, infatti, che si possa avere gestione di affari anche quando l'affare curato sia stato intrapreso nell'interesse altrui e contemporaneamente nell'interesse proprio; ad esempio la giurisprudenza ha deciso che ricorra la gestione di affari quando i condomini sostengono delle spese comuni e curano gli affari comuni in assenza degli altri. Ma tale decisione è stata contestata perché quando l'interessato cura un interesse che è anche contemporaneamente altrui, mancano due requisiti che sono essenziali per la gestione di affari: anzitutto manca il requisito dell'alienità dell'affare, ma soprattutto manca l'*animus aliena negotii gerendi* (infatti il gestore potrebbe benissimo non avere alcun interesse a curare l'affare altrui, ed essere interessato solo al suo).

Gestione di affari ed eccesso di mandato

In dottrina è molto dibattuto il problema del rapporto tra mandato e gestione di affari; ci si chiede, nel caso che il mandatario compia un atto che ecceda i limiti del mandato, ma sussistano i presupposti della gestione (cioè il mandante sia nell'impossibilità di essere reperito in tempo, e si profili la necessità di compiere un atto che potrebbe rivelarsi utile per costui) se la fattispecie rientri nell'ipotesi di eccesso di mandato o in quella della *negotiorum gestio*. In altre parole, ci si domanda se il mandatario possa essere anche contemporaneamente gestore di affari per conto del mandante, quando questi affari non siano ricompresi nel mandato.

A tale proposito si sono avuti pareri contrastanti; la giurisprudenza è generalmente orientata nel senso dell'incompatibilità tra gestione di affari e mandato, in quanto, si è detto, l'istituto della gestione di affari presuppone che tra le parti non vi sia alcun

rapporto. Non solo, ma quando il mandante ha stabilito dei limiti al mandato, il mandatario non può valicare tali limiti perché in tal caso esiste una proibizione espressa dello stesso mandante; si avrebbe quindi una gestione di affari proibente domino.

Alcuni autori, invece, hanno sostenuto la tesi positiva, in quanto la ratio dell'istituto è volta al recupero sul piano del diritto degli atti compiuti al di fuori dello schema prestabilito, e tale ratio non può non sussistere anche quando chi compie l'atto è il mandatario. Quanto all'argomento secondo cui nel caso di eccesso di mandato si avrebbe comunque una gestione di affari proibente domino, si è risposto che deve valutarsi la fattispecie caso per caso, perché non può escludersi a priori che l'atto sarebbe stato comunque valutato positivamente dal mandante e che non ricorrano tutti gli estremi della negotiorum gestio (Casella).

Gestione rappresentativa e non rappresentativa

Generalità

Poiché il codice rinvia alle norme sul mandato nei rapporti tra gestore e interessato, la dottrina distingue tra gestione con rappresentanza e gestione senza rappresentanza, a seconda che venga speso il nome del dominus o meno.

La scelta tra lo spendere il nome dell'interessato oppure agire in nome proprio spetta solo al gestore: è la legge che gli dà questa possibilità.

Nel primo caso gli effetti dell'atto compiuto dal gestore ricadranno immediatamente nella sfera giuridica dell'interessato, nel secondo caso l'atto produce effetto in capo al gestore, il quale va poi tenuto indenne dalle obbligazioni assunte.

È anche l'art. 2031 che dà implicita rilevanza alla distinzione, dicendo che l'interessato deve adempiere le obbligazioni assunte a suo nome (cioè le obbligazioni assunte in nome e per conto dell'interessato) e deve indennizzare il gestore da quelle assunte in nome proprio (cioè in nome del gestore, ma per conto dell'interessato).

Gli atti dispositivi di diritti immobiliari da parte del gestore

Un discorso a parte va fatto per gli acquisti e le vendite immobiliari.

Se si accoglie la teoria secondo cui il gestore non può compiere atti di alienazione, di qualsiasi tipo essi siano, è evidente che si nega in radice la possibilità che il gestore possa compiere atti dispositivi di diritti immobiliari.

Qualche autore invece affronta il problema in forma dubitativa, e si è domandato come possano concepirsi degli atti di alienazione o di acquisto effettuati dal gestore, atteso il rigoroso regime di pubblicità vigente per i trasferimenti immobiliari (Gazzoni).

Il problema cioè non sarebbe teorico, ma pratico, per l'impossibilità di trascrivere l'atto.

Altri autori, invece, ammettono senz'altro la possibilità che il gestore possa compiere atti aventi ad oggetti beni immobili, sostenendo che quando il codice dice che alla gestione si applicano le norme della rappresentanza si riferirebbe anche agli atti sui beni immobili. In altre parole, il gestore, sia esso con rappresentanza o senza, può acquistare o vendere beni immobili per conto dell'interessato.

Occorre però fare le precisazioni che seguono.

Se si tratta di gestione con rappresentanza gli effetti giuridici dell'atto ricadono immediatamente sull'interessato.

Se la gestione è senza rappresentanza, allora, bisogna distinguere a seconda che si tratti di acquisti o di alienazioni. In caso di acquisti, il trasferimento opera in capo al gestore, e occorrerà poi un successivo atto di ritrasferimento all'interessato del bene acquistato (si applica, quindi, l'articolo 1706 comma 2). Se il mandatario non adempie all'obbligo in questione il dominus potrà ricorrere al giudice ex articolo 2932.

Per quanto riguarda le alienazioni, invece, il discorso si fa più complesso. La legge, infatti, non si occupa del mandato ad alienare e l'argomento è da tempo molto dibattuto in dottrina. Teoricamente, chi ammette tale figura dovrebbe ritenere possibile configurare anche l'alienazione dei beni immobili da parte del gestore senza rappresentanza.

Disciplina

Obblighi e diritti del gestore

Il gestore che inizia l'attività è tenuto a proseguirla; costui è soggetto alle obbligazioni del mandatario (articolo 2030). Di conseguenza sono applicabili le norme sui diritti e i doveri del mandatario nei limiti della compatibilità.

Ai sensi dell'articolo 2031, qualora la gestione sia stata utilmente iniziata l'interessato deve: a) adempiere le obbligazioni che il gestore ha assunto in nome di lui; b) tenere indenne il gestore delle obbligazioni assunte dal medesimo in proprio nome; c) rimborsare il gestore delle spese che questi ha fatto.

Se il gestore ha intrapreso l'affare nonostante il dominus glielo avesse proibito, costui non verrà indennizzato. Tuttavia, se il dominus aveva proibito l'affare ma il divieto era contrario all'ordine pubblico o al buon costume o alla legge, l'obbligo di indennizzo a carico del dominus sussiste ugualmente. L'affare curato può rivelarsi anche dannoso; in questo caso sussiste un obbligo di risarcimento del gestore nei confronti dell'interessato. Il risarcimento può essere moderato dal giudice in considerazione delle circostanze che hanno indotto il gestore ad assumere la gestione.

È discusso se il gestore abbia il diritto ad un compenso; in dottrina si esclude tale possibilità, in quanto scopo della legge è quello di non scoraggiare iniziative volte a salvare i patrimoni altrui in assenza dell'interessato, ma non di incoraggiarle. Secondo Bianca, poi, la gratuità dell'obbligazione del gestore discende dai principi di solidarietà che informano l'istituto.

La ratifica dell'interessato

La ratifica dell'interessato produce, relativamente alla gestione, gli effetti del mandato (articolo 2032).

La norma, in realtà, non ha alcun significato se applicata alla gestione d'affari vera e propria, in quanto già l'articolo 2030 dice che al gestore si applicano le norme del mandato. La norma avrebbe un significato, invece, qualora non ricorrano tutti i requisiti previsti dalla legge (per esempio vi sia la proibizione dell'interessato, oppure manchi la spontaneità della gestione, oppure ancora manchi l'utilità iniziale della gestione).

La ratifica può essere espressa o tacita (per esempio può dedursi dal fatto che il gestore avesse concluso un contratto preliminare e che l'interessato concluda il contratto definitivo). Introduzione allo studio della responsabilità civile

La responsabilità extracontrattuale

Da Altalex

Nozione di responsabilità civile

Essere responsabile di qualcosa significa rispondere delle conseguenze derivanti da un determinato evento. Il termine responsabilità deriva dal latino respondeo, rispondo, e in effetti la responsabilità è, in pratica, una risposta dell'ordinamento ad un fatto che viola i precetti giuridici da esso posti. Se viene violata una norma, lo Stato risponde (cioè scatta la responsabilità del soggetto) con una reazione il più possibile adeguata.

La responsabilità può essere civile o penale. La differenza tra responsabilità civile e penale non risiede nella gravità del fatto o nell'essere il diritto penale posto a tutela di interessi generali e quello civile a tutela di interessi particolari, ma nel tipo di norma violata e nelle conseguenze della sanzione. La responsabilità civile sussiste quando viene violata una norma civile, con la conseguente applicazione di sanzioni tipiche del diritto civile (il risarcimento del danno). La responsabilità penale, invece, quando il soggetto viola un precetto previsto dalla legge penale, per cui si verificano le conseguenze tipiche del diritto penale (l'applicazione delle pene).

Col termine responsabilità civile, allora, si indica quel fenomeno per cui l'autore di un danno è tenuto a risarcirlo.

Il termine indica tanto la responsabilità contrattuale che quella extracontrattuale.

Nozione di criterio di imputazione

Una volta che un certo soggetto sia considerato responsabile, resta da spiegare il perché l'evento è a lui attribuito e perché costui deve risarcire il danno; occorre, cioè, trovare il criterio di imputazione. Lo Stato potrebbe decidere, in ipotesi, di punire solo i soggetti che abbiano un reddito superiore ad una certa soglia; si dirà allora che in quell'ordinamento il criterio di imputazione è il reddito.

Se la legge stabilisce che deve risarcire il danno solo chi ha commesso il fatto con colpa o con dolo, il criterio di imputazione sarà quello della colpa o del dolo. L'evento, cioè, viene imputato all'uomo proprio perché è in colpa e ciò vuol dire che la norma tenta da una parte di reprimere i comportamenti considerati moralmente più riprovevoli e da un'altra parte di prevenire tali comportamenti.

Se la legge stabilisce il principio secondo cui deve risarcire il danno chi tiene un comportamento che comporta un rischio per gli altri individui, il criterio di imputazione è il rischio. Oppure il legislatore potrebbe stabilire che deve risarcire il danno solo chi è in condizioni economicamente più forti; il criterio di imputazione della responsabilità, allora, diventa la capacità economica dei soggetti.

Come si intuisce, individuare il criterio di imputazione è fondamentale per capire e ricostruire tutto il sistema della responsabilità civile; esso è il risultato di vere e proprie scelte politiche, sociali, morali ed economiche. Si pensi, ad esempio, alla differenza (in termini di politica sociale) che esiste tra un sistema come il nostro, in cui vigono moltissime ipotesi di responsabilità per colpa (e quindi dopo ogni incidente si deve individuare chi è il responsabile e se questi abbia agito con colpa o dolo) e un sistema come quello della Nuova Zelanda, dove vige un sistema di sicurezza sociale in base al quale viene risarcito ogni danno, indipendentemente da chi lo abbia cagionato e dal perché, ed il costo di tale danno è a carico della collettività.

E' per questo che in dottrina ci sono dispute accesiissime per individuare quale sia attualmente il criterio di imputazione nell'ordinamento italiano: alcuni autori sostengono che sia la colpa, altri il rischio creato dal soggetto, altri ancora la capacità economica dei soggetti, altri, infine, sostengono che vi siano più criteri di imputazione diversi, a seconda delle fattispecie di responsabilità.

Terminologia

Le figure di responsabilità civile di cui agli articoli 2043 e ss. ricevono spesso definizioni diverse, a seconda del punto di vista da cui l'interprete si pone.

Di volta in volta si usano le seguenti espressioni:

- responsabilità civile, quando si vuole sottolineare il fatto che si ha una reazione dell'ordinamento a tutela di interessi privati e si pone l'accento soprattutto sul dovere di risarcire il danno;
- illecito aquiliano, quando si fa riferimento alle sue origini storiche, cioè alla Lex Aquilia;
- responsabilità extracontrattuale, quando si vuole mettere in rilievo che il rapporto intercorre tra soggetti non vincolati da obbligazioni contrattuali;
- atto illecito. Si usa il termine atto quando l'interprete presta attenzione prevalentemente al comportamento dell'autore del fatto, piuttosto che al fatto nel suo complesso; si usa il termine illecito per indicare che il comportamento umano che ha cagionato il danno deve essere contrario ad una norma giuridica;
- fatto illecito, quando si vuole porre l'accento sul fatto che la responsabilità sorge non solo in conseguenza di un atto umano volontario, ma anche prescindendone, come avviene nei casi di responsabilità oggettiva.

La scelta per uno dei diversi termini a volte è casuale, ma a volte ha una sua precisa valenza, come avremo modo di vedere meglio in seguito, presupponendo una diversa concezione complessiva di tutto il sistema della responsabilità civile.

Per quanto ci riguarda, invece, useremo indifferentemente i vari termini.

Funzioni della responsabilità civile

Il sistema della responsabilità civile si fonda su una molteplicità di esigenze:

- a) sanzionare il comportamento di chi pone in essere determinati fatti dannosi;
- b) prevenire il ripetersi di determinati fatti. L'obbligo di risarcire il danno, infatti, svolge indirettamente la funzione di indurre la persona che agisce a adottare le misure necessarie ad evitarlo;
- c) riparare i danni subiti dai soggetti dell'ordinamento;
- d) distribuire equamente le perdite patrimoniali subite dai soggetti dell'ordinamento, perdite che in ultima analisi si riflettono sulla società civile nel suo complesso.

Ovviamente, a seconda dei vari autori, c'è chi vede prevalere ora l'una ora l'altra delle funzioni, come pure chi sostiene che la funzione della responsabilità civile sia da ricercare esclusivamente nella necessità di soddisfare una delle esigenze elencate e non altre; complessivamente, però, quella della molteplicità delle funzioni costituisce la tesi prevalente (FRANZONI, SALVI, RODOTÀ, BUSNELLI, BIGLIAZZI-GERI, CORSARO, FORCHIELLI).

Le teorie sulla responsabilità civile e il ruolo della colpa nel sistema vigente

Premessa

L'articolo 2043 pone un principio generale, in base al quale si risponde di un danno ingiusto quando questo è commesso con colpa o dolo. A prima vista sembrerebbe, quindi, che nel nostro sistema il criterio generale di imputazione sia la colpa.

Successivamente, nel codice, nonché nelle leggi di settore, sono previste varie figure speciali di responsabilità, in cui il danneggiante risponde senza colpa (e quindi abbiamo una vera e propria responsabilità oggettiva) o perlomeno a condizioni più gravose di quelle normali.

A volte risponde in ogni caso, come nella responsabilità per danni da attività nucleare, altre volte risponde a meno che non provi il caso fortuito (artt. 2050, 2051 e 2052), altre volte risponde se non prova di non aver potuto impedire il fatto (artt. 2046 e 2047); infine, in altre ipotesi risponde se non dimostra di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno (art. 2054).

La domanda che la dottrina si pone, e a cui tenteremo di dare una risposta nei prossimi paragrafi, è questa: la regola generale del sistema è ancora quella della colpa (e le ipotesi in cui si risponde senza colpa sono delle eccezioni alla regola)? E se la regola non è la colpa, qual è il fondamento della responsabilità? E, ancora, tale fondamento è unitario per tutte le fattispecie di responsabilità oppure esistono più criteri di imputazione a seconda delle varie fattispecie?

Il problema è di fondamentale importanza per capire tutta la materia dei fatti illeciti; in particolare, a seconda della tesi che si accolga, si hanno diverse conseguenze in ordine a due problemi di fondo:

- la nozione stessa di fatto illecito;
- l'applicabilità per analogia (o la non applicabilità) delle norme sulla responsabilità oggettiva e sulla responsabilità aggravata a ipotesi non previste espressamente dal codice.

La teoria della colpa

La colpa come sanzione

Avallata dalla tradizione che già derivava dal codice del 1865 e dalla stessa relazione al Re, parte della dottrina (DE CUPIS, CORSARO, BIANCA, TRABUCCHI, TORRENTE, BARBERO) considera la colpa il cardine del sistema del fatto illecito. Tale principio è sintetizzato nella nota massima "nessuna responsabilità senza colpa".

Anzitutto gioca a favore di questa teoria la lettera dell'articolo 2043, che è la norma cardine del sistema dei fatti illeciti, e che pone come criterio fondamentale proprio la colpa: "chiunque, con colpa o dolo....".

Del resto il codice parla di fatti “illeciti”, e illecito può essere solo il comportamento antigiusuridico, cioè quello contrario ad una norma di legge; per questo motivo è logico che occorra sempre la colpa del soggetto agente in quanto non vi può essere violazione di una norma se questa violazione non è compiuta con coscienza e volontà (CIAN).

Da questo punto di vista la colpa, sancita dall'articolo 2043 in via generale, è un elemento presente anche nelle figure speciali di responsabilità previste dal codice: in questa ottica le rare ipotesi di responsabilità oggettiva che il codice conosce vengono considerate eccezioni alla regola ovvero casi di colpa presunta o di responsabilità aggravata.

Logico corollario di questa teoria è che il risarcimento del danno assume una funzione prevalentemente sanzionatoria. La colpa, infatti, essendo un atteggiamento psichico riprovevole, merita una sanzione.

Giustificazioni del principio della colpa. La concezione etica della responsabilità

A favore del principio della colpa giocano più argomenti: anzitutto tale regola avrebbe una valenza morale, in quanto si tiene conto dell'atteggiamento psichico dell'agente, che viene sanzionato in quanto riprovevole; non sarebbe giusto, invece, imputargli le conseguenze di un atto che prescinde totalmente dalla sua volontà. Inoltre, è necessario che chi cagiona un danno sappia a priori quali fatti gli saranno imputati e di quali danni dovrà rispondere. In altre parole: imputare al soggetto una responsabilità senza colpa significa, in ultima analisi, che ogni cittadino non sarebbe in grado di prevedere quali e quanti danni gli verranno imputati; sapere, invece, che la responsabilità sussiste solo per i comportamenti colpevoli è da una parte una garanzia (perché in tal modo ognuno è in grado di prevedere in anticipo quali sono gli eventi di cui dovrà rispondere) e dall'altra induce ogni soggetto ad agire con maggiore prudenza per evitare di incorrere in responsabilità.

In secondo luogo, si è sottolineata la funzione di incoraggiamento delle iniziative dei singoli che ha il sistema della colpa rispetto ad altri sistemi; ciascuno, infatti, verrebbe scoraggiato se sapesse di dover rispondere di conseguenze estranee alla propria sfera di controllo.

Affermare il ruolo centrale dell'elemento della colpa nel sistema della responsabilità ha, tra l'altro, una valenza pratica molto importante: l'impossibilità di estendere analogicamente le fattispecie di responsabilità senza colpa.

In conclusione, secondo questa concezione, la regola generale del sistema rimane sempre quella della colpa prevista dall'articolo 2043; accanto a questa regola generale valgono poi delle regole speciali, previste per fattispecie tipiche di responsabilità, le quali hanno una loro disciplina a parte; ma tranne che per pochi casi isolati (e precisamente per la responsabilità dell'esercente di compagnie aeree, per la

responsabilità per l'esercizio di attività nucleari e per poche altre), per ogni fattispecie è sempre necessaria la colpa.

Le critiche alla teoria della colpa

Alla teoria della colpa sono state mosse numerose critiche. Anzitutto si è contestato che la responsabilità civile abbia una funzione sanzionatoria e una valenza prevalentemente morale perché, se così fosse, si dovrebbe graduare la sanzione a seconda della diversa intensità della colpa o del dolo, cosa che invece l'ordinamento non prevede. Risulterebbe poi particolarmente aberrante sanzionare allo stesso modo due soggetti, uno dei quali ha provocato il danno con dolo, mentre l'altro è incorso solo in una colpa lieve, e per ipotesi a produrre il danno abbiano congiurato circostanze fortuite eccezionali.

Inoltre, se lo scopo dell'articolo 2043 fosse quello di sanzionare il soggetto che ha violato una norma, non si riuscirebbe a spiegare come e perché il soggetto possa sfuggire alla sanzione contraendo un'assicurazione.

Parte della dottrina ha rilevato, poi, che negli ultimi anni si è progressivamente allargata l'area dei casi di responsabilità senza colpa; si è fatto notare che al giorno d'oggi il danno tende spesso ad essere anonimo e incolpevole e di conseguenza risulta difficile individuare chi lo ha commesso. La concezione della colpa, cioè, riduce fortemente l'area dei danni che in concreto sono risarcibili, giacché non consente il risarcimento dei danni anonimi.

Il sistema basato sulla colpa, inoltre, risulta essere spesso irrazionale, in quanto affida il diritto al risarcimento del danno a complicati meccanismi processuali; il danneggiato deve cercare di provare la colpa del danneggiante, e spesso non vi riesce. Meccanismi processuali che, tra l'altro, sono costosissimi, tanto che oggi a fronte di danni dell'entità di qualche milione le vittime preferiscono rinunciare ad ottenere il risarcimento, piuttosto che rischiare di soccombere e pagare spese processuali più alte del danno stesso. Inoltre, il fatto che spetti al giudice determinare se sussista la colpa fa in modo che il processo si tramuti talvolta in una sorta di lotteria: ad esempio se io, viaggiando in città a 50 km l'ora, investo un passante che si getta sotto la mia auto, è difficile poter dire se sono in colpa oppure no; perché è vero che rispettavo i limiti di velocità, ma è altrettanto vero che magari, andando a 20 km all'ora, il danno poteva essere evitato.

Infine, si è rilevato che attualmente un posto sempre più importante nel diritto civile è assegnato all'uomo, allo sviluppo della sua personalità e alla rimozione delle disuguaglianze economiche e giuridiche. Se ciò è vero, non può disconoscersi che il principio della colpa, in determinati casi, è più immorale di un principio di responsabilità che tenga conto di altri criteri: si deve ritenere moralmente accettabile che dei cittadini, danneggiati da un'industria chimica (o da una fabbrica che utilizza sostanze inquinanti), non vengano risarciti perché il proprietario non è in colpa,

oppure è più morale stabilire a priori che il proprietario dell'industria debba risarcire tutti i danni arrecati, cercando di evitarli e preventivando in anticipo il loro costo?

Il problema della responsabilità civile, allora, oggi va visto più in termini oggettivi che soggettivi; il punto, infatti, è che quando una persona subisce un danno è giusto e necessario porre a carico di qualcuno (sia esso il danneggiato, il danneggiante o un terzo) l'onere del risarcimento. D'altra parte, è difficile trovare sempre un comportamento umano quale fonte dell'evento dannoso, in quanto ci sono eventi che prescindono da ogni requisito di prevedibilità, di colpevolezza o di imputabilità ad un essere umano, ma si sente comunque la necessità di addossarne le conseguenze a qualcuno che non sia il danneggiato. Pertanto, oggi il sistema della responsabilità civile ha anche una funzione di allocazione dei danni. E la colpa, allora, non è un criterio di imputazione che ha una valenza morale (né l'unico criterio di imputazione del sistema), ma solo uno dei possibili criteri che il legislatore sceglie di volta in volta per distribuire i costi dei danni. Da questo punto di vista, dunque, anche quando opera il criterio della colpa, non entrano in gioco giudizi morali sul comportamento.

In quest'ottica la funzione del sistema dei fatti illeciti non è più essenzialmente sanzionatoria, ma viene ad essere soprattutto riparatrice; si è accentuata, inoltre, la sua funzione preventiva, tanto che qualcuno ha detto che "oggi il giudice opera per prevenire i comportamenti antisociali più che per punire i comportamenti immorali".

Scardinato il principio della colpa, occorre ora trovare un altro criterio di imputazione.

Il fondamento della responsabilità civile secondo le teorie più recenti

La teoria del rischio creato

Una prima teoria, introdotta in Italia da CALABRESI sulle orme della dottrina anglosassone, e attualmente difesa da CASTRONOVO, è quella cosiddetta del rischio creato; tale tesi pone a regola generale del sistema la responsabilità oggettiva e non si limita solo a sminuire il ruolo della colpa, ma - si è detto - lo distrugge completamente.

Il criterio generale di imputazione della responsabilità, infatti, non è la colpa, oppure la colpa parallelamente ad altri criteri, ma è unicamente il criterio del rischio creato.

Ciò non urta contro la regola generale dell'articolo 2043; il punto è, infatti, che tale norma non esprime una regola generale. Gli interpreti, cioè, non si sono avveduti di una cosa ovvia: il fatto che la legge dica che "qualunque fatto doloso o colposo" genera responsabilità non significa che escludere che possa esserci responsabilità anche in ipotesi in cui manca la colpa. In altre parole, l'articolo 2043 dice che chi cagiona un danno, se è in colpa risponde in ogni caso, ma in innumerevoli altre ipotesi si risponde anche a prescindere dalla colpa. La tesi rievoca il vecchio brocardo *cuius commoda, eius et incommoda, et ubi emolumentum ibi onus*; in altre parole, colui che intraprende una determinata attività rischiosa deve sopportarne anche i rischi conseguenti. D'altro

canto colui che crea il rischio è il soggetto più adatto a valutare i costi cui va incontro nel momento in cui decide di intraprendere una determinata attività; il danno ha un costo, e quindi chi svolge un'attività rischiosa deve valutare i costi dell'attività che vuole svolgere, nonché quelli necessari per evitarlo.

A parte le ipotesi di responsabilità speciali (come quella della responsabilità del conducente o la responsabilità per attività pericolose), in cui è più evidente la rischiosità dell'attività intrapresa, il criterio del rischio varrebbe anche nella figura generale di responsabilità per colpa di cui all'articolo 2043: tuttavia, la colpa non è più la qualificazione negativa del fatto, ma solo il rapporto tra la gravità e probabilità dell'evento dannoso e il costo necessario per evitarlo. In altre parole, se io mi sto comportando imprudentemente (qualunque sia l'attività che sto svolgendo) sto facendo correre dei rischi ad altri, ed è giusto che sopporti le conseguenze della mia condotta. L'imputazione della responsabilità, cioè, non avviene perché io sono in colpa, ma perché ho creato un rischio.

In conclusione, quando si dice che secondo questa tesi il criterio generale del sistema sarebbe quello della responsabilità oggettiva, occorre intendersi esattamente: non significa dire (come molti credono) che si risponde sempre senza colpa, ma significa che anche quando si applica la regola dell'articolo 2043 il criterio di imputazione è il rischio creato dal danneggiante con la sua condotta.

Molto interessanti sono le pagine di CASTRONOVO, che nella voce Responsabilità oggettiva dell'Enciclopedia Treccani difende con argomentazioni molto suggestive la teoria del rischio creato dalle critiche che le vengono mosse. Il più grave appunto che i sostenitori della colpa muovono ai sostenitori della teoria della responsabilità oggettiva come regola generale del sistema è che si verrebbero ad imputare all'uomo fatti che non sono a lui ascrivibili, che si cancellerebbe il libero arbitrio e che la responsabilità dipenderebbe solo dal caso, o dal fatto che la legge lo afferma, senza che ci si possa domandare il perché (CORSARO, DE CUPIS).

Secondo CASTRONOVO, invece, la teoria del rischio creato è una teoria della responsabilità oggettiva, ma non imputa all'uomo una responsabilità cieca ed ineluttabile.

Il criterio del rischio creato, infatti, è più vicino alla teoria della colpa di quanto sembri a prima vista; la responsabilità non è imputata all'uomo senza alcun criterio, ma perché lui, e solo lui, era il soggetto in grado di evitare il danno e calcolare i costi del suo comportamento. Anche qui, allora, il fatto è imputato all'uomo, e la responsabilità è a misura d'uomo, solo che non si parla di colpa dando giudizi moralistici; più semplicemente risponde chi è in grado di prevenire il danno meglio di altri e risponde perché non lo si è prevenuto. Il criterio di responsabilità oggettiva approntato da CALABRESI, quindi, è in totale antitesi rispetto alla teoria della colpa, ma paradossalmente "si rivela vicino a quest'ultima sul terreno della sua giustificazione

ultima". A questo sistema di responsabilità che si vorrebbe costruito sul rischio si è mossa inoltre la critica - comune anche alle teorie che esporremo appresso - secondo cui essa avrebbe carattere eccessivamente descrittivo; senza contare che non è dimostrato che nel nostro ordinamento esista un principio generale secondo cui chi pone in essere un rischio deve rispondere delle sue conseguenze dannose.

La teoria di Trimarchi del rischio di impresa

Secondo una tesi che in Italia è stata proposta da TRIMARCHI, e che viene definita teoria del rischio d'impresa, nel nostro sistema convivono ipotesi in cui si risponde di atti illeciti (responsabilità per colpa) e altre in cui si è responsabili per atti leciti (responsabilità oggettiva). In altre parole, l'Autore ritiene che la responsabilità per rischio svolge la sua funzione solo se applicata all'esercizio di attività economiche, mentre per le altre attività vige il criterio di imputazione della colpa; il criterio per imputare la responsabilità ad un soggetto, dunque, non è unico, ma duplice (e per questo è stata anche definita come teoria del doppio binario).

La responsabilità per colpa è il criterio di imputazione in quelle ipotesi in cui il soggetto pone in essere attività cosiddette biologiche, da ascriversi esclusivamente alla sua persona; si tratta di attività comuni a tutti, necessarie e non economiche. In tal caso il risarcimento del danno ha funzione preventiva e sanzionatoria.

Vi è, poi, tutta una serie di attività umane che sono particolarmente rischiose per la collettività; tuttavia, pur essendo rischiose, sono socialmente utili e quindi non sarebbe giusto, né conveniente per la società, vietarle. In tali ipotesi, allora, il legislatore ha stabilito un criterio di responsabilità oggettiva, che prescinde dalla colpa. Tali attività sono prevalentemente quelle organizzate in forma d'impresa, ma non mancano ipotesi di responsabilità oggettiva che non consistono in attività produttive (per esempio la responsabilità del conducente di autoveicoli o la responsabilità per cose in custodia); in tutte queste ipotesi, però, occorre che l'attività posta in essere comporti un notevole rischio per la società, che sia "frutto di una decisione economica e che presenti un minimo di continuità e di organizzazione".

Il motivo per cui in queste ipotesi viene addossata la responsabilità prescindendo dalla colpa sta nel fatto che chi pone in essere un'attività imprenditoriale (ma anche un'altra attività rischiosa non produttiva) deve essere in grado di controllare le condizioni di rischio creato e addossare questi costi sul prodotto finale mediante una copertura assicurativa idonea (teoria del rischio profitto). Inoltre, chi intraprende un'attività, sapendo che gli verrà addossato il costo dei danni conseguenti all'esercizio della sua attività indipendentemente dalla colpa, sarà maggiormente portato ad adottare tutte le misure idonee ad evitare danni.

Secondo TRIMARCHI il sistema ha un altro vantaggio notevole dal punto di vista sociale: l'imputazione della responsabilità in via oggettiva ha la funzione di rendere

passive quelle imprese che distruggono più beni di quanti ne producano e quindi di eliminarle dal mercato; la responsabilità per colpa, invece, rende irresponsabile l'imprenditore ogni volta che questi riesca a provare la sua mancanza di colpa, facendo gravare le conseguenze sarà il danneggiato, e quindi, in ultima analisi, sulla collettività.

Si è obiettato che una volta specificato in questo modo il concetto di rischio si supera la genericità della responsabilità per rischio, ma sorge un nuovo problema: non tutti i casi di responsabilità oggettiva previsti dal codice sono collegati all'esercizio di attività economiche (per esempio, la responsabilità dei genitori o la responsabilità per rovina da edificio). Inoltre, si è detto, il sistema della responsabilità per rischio d'impresa, nella misura in cui vale ad allontanare dal mercato le piccole imprese, esalta le strategie della produttività e le direttive delle società capitalistiche.

Un'altra obiezione si è mossa a questa tesi: vuole individuare un criterio di imputazione della responsabilità con un metodo di tipo economico, quando un criterio di imputazione non può che essere giuridico.

La teoria della capacità economica dei soggetti

In altri casi si è detto che il legislatore avrebbe preso in considerazione le capacità economiche dei soggetti interessati alla vicenda, addossando l'onere del risarcimento al soggetto economicamente più forte. In presenza di un danno, il sacrificio dell'imprenditore, del vettore o del proprietario della cosa, consistente nel riparare il danno stesso, sarà, almeno di norma, più sopportabile rispetto al sacrificio che ricadrebbe sul danneggiato se non venisse risarcito.

Il fondamento della responsabilità civile, da questo punto di vista, è ovviamente risarcitorio e riparatorio.

Ciò appare evidente se si scorrono le norme degli articoli 2047 e ss. I padroni e committenti, i genitori, colui che esercita un'attività pericolosa, e in generali tutti gli altri soggetti previsti da queste norme non sono quelli che materialmente commettono il danno, bensì quelli che sono economicamente più forti e in grado di sopportare il peso economico del danno.

Contro questa tesi si è obiettato che spesso la qualità di imprenditore o di proprietario è indice di una certa capacità economica, ma ciò non accade sempre; non di rado il danno sarà più sopportabile dal danneggiato, se facoltoso, che dal danneggiante. La tesi si presenta particolarmente debole, poi, nel caso di danni che derivano dalla circolazione stradale, in quanto oggi il fatto di possedere un autoveicolo non è certo indice di grande capacità economica.

La teoria della molteplicità dei criteri di imputazione

I tentativi di trovare un fondamento unico alle varie ipotesi di responsabilità civile, valido per tutti i settori della responsabilità extracontrattuale, quali la teoria del rischio o quella della capacità economica dei soggetti, non hanno convinto appieno.

La tesi prevalente è quella secondo cui il criterio di imputazione della responsabilità è molteplice, e varia a seconda delle fattispecie: a volte è la colpa, altre volte l'attività svolta dal soggetto, altre volte è il rapporto che lega il soggetto che deve risarcire il danno con il soggetto che lo ha cagionato.

Nell'ambito di chi sostiene che nel sistema convivono più criteri di imputazione, schematicamente possono individuarsi i seguenti indirizzi:

a) secondo parte della dottrina la regola generale del sistema sarebbe sempre quella della responsabilità per colpa; accanto alla regola generale della colpa, poi, il codice conosce varie ipotesi di responsabilità oggettiva, che si affiancano alla regola della colpa ed assolvono ad una funzione complementare (FRANZONI, BUSNELLI, BIGLIAZZI-GERI, FORCHIELLI);

b) secondo altri autori la colpa non ha più la valenza di una regola generale; nel codice esisterebbero, invece, più criteri di imputazione, tutti tra di loro aventi pari dignità ed importanza (RODOTÀ, SALVI).

Conseguenza delle tesi che svalutano il ruolo della colpa

Ora, contestato il principio della colpa come unico criterio su cui si fonderebbe il sistema della responsabilità, si giunge a due conclusioni molto importanti:

- in primo luogo le ipotesi in cui si ha responsabilità senza colpa sarebbero suscettibili di applicazione analogica; questa, tuttavia, è un'opinione che può dirsi minoritaria, non accettata anche da molti di quegli autori che pure hanno contestato il principio della colpa;
- in secondo luogo il termine "illecito" attribuito ad ipotesi di responsabilità senza colpa non risulta più appropriato.

Il problema della definizione del fatto illecito

Premessa

La definizione del fatto illecito viene fornita generalmente all'inizio di ogni manuale. Tuttavia, esistono molteplici definizioni ed ognuna di esse sottintende l'opzione per una delle diverse tesi che abbiamo esposto in precedenza. Dire che il fatto illecito è "la

violazione di una regola di condotta" (BIANCA), o dire che è "la reazione al danno ingiusto" (BIGLIAZZI-GERI), o dire che fatto illecito è termine errato, che non deve essere più usato a meno che non si voglia accogliere una nozione superata della responsabilità (SALVI), non è affatto la stessa cosa, dato che significa che si è già accolta a priori una certa visione complessiva del sistema della responsabilità civile.

E' per questo che si è ritenuto necessario trattare l'argomento solo adesso.

La nozione di fatto illecito secondo la teoria della colpa

Il fatto illecito, per coloro che seguono la teoria della colpa, è definibile come il fatto che viola una norma giuridica, e precisamente la regola di condotta che impone di non arrecare danni ad altri (DE CUPIS).

BIANCA lo definisce come il fatto che viola il dovere di rispetto altrui nella vita di relazione.

A questo punto, allora, occorre precisare quale norma di legge si intende violata.

A) Per una prima tesi non esisterebbe un dovere generico di non arrecare ad altri danni di qualsiasi tipo. La sanzione dell'articolo 2043 scatta solo quando viene leso il diritto riconosciuto ad un soggetto da una determinata norma giuridica. In altre parole, se esiste un diritto riconosciuto dall'ordinamento facente capo ad un certo soggetto (ad esempio il diritto alla vita o alla salute) tutti i consociati sono tenuti a rispettarlo; nel momento in cui esso viene leso, si è violata la norma che riconosce quel determinato diritto.

Da questo punto di vista, allora, l'articolo 2043 non sarebbe una norma primaria, ma una norma secondaria, in quanto meramente sanzionatoria di diritti riconosciuti dalla legge in altre disposizioni primarie. In altre parole, secondo questo orientamento ogni comportamento dannoso vietato costituisce fatto illecito.

B) Altri, invece (SCHLESINGER) hanno sostenuto che intendere l'articolo 2043 come norma secondaria mortifica la sua forza espansiva. La regola dell'alterum non ledere è da intendere in senso più generale: è il dovere di astenersi da ogni comportamento dannoso, di qualsiasi tipo; solo lì dove la legge lo consente espressamente il fatto dannoso non è più illecito.

L'articolo 2043, quindi, è da intendersi come norma primaria, e va letto così: ogni comportamento dannoso che non è permesso espressamente è vietato e costituisce fatto illecito.

La responsabilità civile come reazione al danno ingiusto (Scognamiglio, Busnelli, Bigliazzi-Geri)

Il nomen "fatto illecito" riferito a tutte le ipotesi di responsabilità civile e la definizione del fatto illecito come violazione di una regola di condotta sono state criticate da più punti di vista.

Anzitutto, ciò presuppone l'accoglimento della teoria della colpa; si è visto, però, che ormai la dottrina prevalente tende a rivedere la concezione della colpa come unico criterio di imputazione della responsabilità civile.

La regola del *neminem ledere*, poi, è troppo generica per avere una reale portata precettiva; si è detto che essa può costituire al massimo una tendenza ideale dell'ordinamento, ma certamente non è idonea ad imporre obblighi di condotta. Inoltre, costituirebbe una troppo grave limitazione alla libertà all'agire umano. Né può sostenersi che esista un dovere generico di non arrecare mai danno ad alcuno, dato che in molti casi i danni arrecati ad altri sono da ritenersi giustificati o comunque non risarcibili (se io vinco un concorso pubblico danneggio un'altra persona che rimane disoccupata, ma non per questo il mio atto è vietato).

Evidenziato che al giorno d'oggi non è più la colpa il cardine del sistema del fatto illecito, ma l'ingiustizia del danno, l'attenzione degli interpreti si è spostata dalla figura del danneggiante a quella del danno e del danneggiato.

Cosicché, in tale prospettiva, la responsabilità civile è stata definita come la reazione dell'ordinamento al danno ingiusto.

La definizione di Trimarchi

Secondo TRIMARCHI può essere mantenuta la definizione dell'illecito come fatto che viola una norma giuridica, ma solo per le ipotesi in cui vige il principio della responsabilità per colpa.

In tutte le altre ipotesi (artt. 2049, 2050, 2051, 2052 e 2053 c.c., nonché 965 e 978 c.nav.) la responsabilità nasce senza colpa - per il solo fatto che si è arrecato un danno - e, quindi, dal compimento di un atto lecito.

All'interno del Capo dedicato ai fatti illeciti, quindi, convivono ipotesi di atti illeciti e di atti leciti e non può darsi una definizione unitaria comprendente tutte le fattispecie di responsabilità.

La proposta di Salvi e Rodotà

Altri autori, invece, ritengono che al giorno d'oggi il termine "fatto illecito" risulta essere fuorviante, errato ed inutile. Il termine, infatti, può applicarsi alle fattispecie più svariate e quindi la questione di una sua definizione risulta essere meramente terminologica: può essere utilizzato con riferimento a casi che esulano dalla responsabilità extracontrattuale, come con riferimento ad ogni ipotesi lesiva di diritti che produca un obbligo di risarcimento (indipendentemente dal fatto che venga violata una norma giuridica e, quindi, anche a fattispecie lecite). D'altro canto,

l'illiceità sfuma spesso nella ben nota categoria dell'antigiuridicità, categoria "evanescente e inutile".

Di conseguenza sarebbe meglio sostituire l'espressione "fatto illecito" con quella più ampia e corretta di responsabilità civile, comprensiva di ogni ipotesi in cui un soggetto debba risarcire ad altri un danno.

La definizione di Franzoni

Secondo FRANZONI l'espressione fatto illecito è usata espressamente dal codice e non può essere trascurata o dimenticata; quindi non è certamente da accogliere la proposta di sostituire l'espressione "fatto illecito" con quella di responsabilità civile. D'altro canto, non si può neanche trascurare che in molte ipotesi la responsabilità civile nasce da un atto lecito e senza colpa; non è ammissibile, quindi, neanche la tradizionale teoria secondo cui il fatto illecito è identificabile con la violazione di una regola di condotta.

A questo punto, al prezzo di rompere con la tradizione, occorre dire che al giorno d'oggi l'espressione "fatto illecito" non si riferisce più ai comportamenti antigiuridici, ma in via riassuntiva identifica "tutte le fattispecie di danno risarcibile".

Riepilogo: teorie sul fatto illecito

A) Secondo l'impostazione tradizionale il fatto illecito è definibile come la violazione della regola di condotta che impone di non arrecare un danno ad altri.

Cardine del sistema della responsabilità è la colpa quale criterio di imputazione; anche tutte le figure speciali di responsabilità previste dal codice si basano sul principio della colpevolezza (BIANCA, CORSARO, DE CUPIS, TRABUCCHI, BARBERO).

B) Secondo una dottrina più recente, tutte le ipotesi di responsabilità civile devono definirsi come la reazione dell'ordinamento al danno ingiusto (SCOGNAMIGLIO, BUSNELLI). Infatti, la regola generale del sistema della responsabilità civile è pur sempre la colpa, ma accanto ad essa convivono figure speciali di responsabilità senza colpa, in cui i criteri di imputazione sono i più vari (il rapporto intercorrente tra danneggiato e responsabile, l'attività svolta ecc.).

Il rapporto tra la colpa e gli altri criteri di imputazione è un rapporto di regola-eccezione.

C) Secondo SALVI E RODOTÀ, il termine "fatto illecito" è errato e fuorviante; a proposito delle fattispecie di responsabilità extracontrattuale occorrerebbe usare unicamente il termine di responsabilità civile. Infatti, illecito civile è termine riferibile in modo corretto solo ai casi in cui ci sia violazione di un comando e molte ipotesi di responsabilità civile sussistono indipendentemente dalla violazione di una norma (cioè

sono casi di responsabilità oggettiva); inoltre, la categoria dell'illecito civile comprende anche ipotesi che esulano dalla responsabilità extracontrattuale.

Quanto al fondamento della responsabilità civile, esso non è unico, in quanto oltre alla colpa esistono una molteplicità di criteri di imputazione, tutti aventi pari dignità ed importanza.

D) Secondo FRANZONI, il termine fatto illecito è usato espressamente dal codice e non può essere messo da parte arbitrariamente; non è possibile, però, darne una definizione, in quanto va considerato come un'espressione riassuntiva che identifica in via generale tutte le fattispecie di responsabilità extracontrattuale (lecite e illecite), e non una nozione riferibile esclusivamente a comportamenti antigiuridici. Anche per questo Autore il rapporto tra la colpa e gli altri criteri di imputazione è un rapporto di regola-eccezione.

E) Secondo TRIMARCHI non può darsi una definizione unitaria delle fattispecie di responsabilità civile. Infatti, illecito è qualunque fatto contrario al diritto; invece, tra le ipotesi di responsabilità civile previste dagli articoli 2043 e ss. (nonché da leggi speciali) ve ne sono alcune che non violano alcuna norma giuridica, in quanto la responsabilità nasce senza colpa e da attività che la legge considera lecite. Nel sistema della responsabilità civile, allora, convivono ipotesi di atti illeciti e di atti leciti.

Quanto al criterio di imputazione della responsabilità, esso è duplice (cd. sistema a doppio binario): la colpa per le attività ordinarie; il rischio (e quindi la responsabilità oggettiva) per le attività che hanno una certa produttività (particolarmente per le attività d'impresa).

F) Infine, c'è chi (CALABRESI, CASTRONOVO) sostiene che la regola generale del sistema sarebbe in ogni caso quella della responsabilità oggettiva. Non esistono, infatti, più criteri di imputazione della responsabilità, ma un unico criterio: il criterio del rischio creato. Chi crea un rischio per la sua condotta imprudente (criterio accolto dall'articolo 2043) o per l'attività da lui intrapresa (criterio accolto, ad esempio, dall'articolo 2050) deve risarcire il danno. Anche nell'ipotesi dell'articolo 2043, cioè, il criterio di imputazione non è la colpa, ma è sempre il rischio creato.

Gli strumenti di tutela

Il risarcimento del danno

Dal compimento di un fatto illecito deriva l'obbligo di risarcire il danno.

La richiesta del danneggiato ha ad oggetto normalmente il risarcimento per equivalente (art. 2058). In tal caso, i danni vengono valutati secondo i criteri indicati dall'articolo 2056 e sono liquidati in una somma di denaro giudicata equivalente alla perdita subita e al mancato guadagno (art. 1223).

Il risarcimento del danno morale (art. 2059) è anch'esso consistente in una somma di denaro, ma non integra una forma di risarcimento per equivalente, bensì una sorta di sanzione civile punitiva nei confronti del danneggiante. In seguito, però, approfondiremo meglio il discorso.

Il risarcimento in forma specifica

Il danneggiato può anche chiedere la reintegrazione in forma specifica, quando sia possibile e quando non sia eccessivamente onerosa per il debitore (art. 2056). Tale forma di tutela mira alla reintegrazione degli stessi beni che sono stati persi dal danneggiato. Ad esempio, se viene distrutta un'automobile, non è escluso che il danneggiante possa venire condannato a riparare l'auto a sue spese, anziché al pagamento di una somma di denaro comprendente il danno emergente e il lucro cessante.

L'azione inibitoria

In determinati casi è prevista un'azione inibitoria del fatto potenzialmente produttivo di un illecito e di un danno. Con tale azione si mira a impedire (mediante un provvedimento giudiziale) che il comportamento lesivo si protragga oltre nel tempo. Può dirsi che il rimedio è previsto quando è stato compiuto un atto illecito e se ne tema la continuazione anche in futuro.

Tale azione, avendo carattere preventivo, prescinde dal dolo o dalla colpa del potenziale danneggiante.

E' importante sottolineare (anche se la cosa è intuitiva) che mentre il risarcimento in forma specifica e quello per equivalente costituiscono una forma di riparazione del danno, l'azione inibitoria è una forma di tutela contro il fatto illecito (è diretta, cioè, a prevenire il danno e non a ripararlo).

Tale azione è espressamente prevista, in alcune ipotesi particolari, nel codice civile e nelle leggi speciali. In dottrina ci si domanda, però, se l'azione inibitoria sia esperibile anche nei casi non espressamente previsti (per esempio per la tutela del diritto alla riservatezza o per la tutela del diritto all'identità personale).

Parte della dottrina propende per la soluzione positiva (CATAUDELLA, DE GIORGI, TRIMARCHI); secondo questa tesi nell'ordinamento esisterebbe un generale diritto ad agire in inibitoria contro gli atti potenzialmente lesivi della propria sfera giuridica; l'esistenza di tale diritto si desume proprio dall'espressa previsione del rimedio nei casi previsti dalla legge (CATAUDELLA).

Secondo altri, invece, il ricorso al rimedio dell'inibitoria nei casi non previsti sarebbe possibile, ma solo ricorrendo all'applicazione analogica delle norme esistenti (TRIMARCHI).

Altri autori, infine, sono di parere negativo (SCOGNAMIGLIO). L'azione inibitoria, infatti, è un rimedio che impone ad un soggetto un comportamento di astensione, e quindi incide negativamente sulla libertà dell'individuo; di conseguenza deve considerarsi un rimedio eccezionale, non utilizzabile oltre i casi espressamente previsti dal codice.

L'azione di ingiustificato arricchimento

E' discusso se nel nostro ordinamento esista spazio per un'azione di restituzione di ciò che si è conseguito in seguito all'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto.

La teoria negativa (prevalente) argomenta principalmente dall'articolo 1223 che limita il danno risarcibile al danno emergente e al lucro cessante. Ai fini del risarcimento, cioè, l'ordinamento ha riguardo al danno subito dal danneggiato e non all'eventuale lucro che ha conseguito il danneggiante.

Vi sono autori (SACCO), però, che hanno cercato di sostenere la tesi positiva trovando appiglio normativo nelle pieghe del sistema; un primo supporto normativo lo si è trovato nella norma che impone al possessore di mala fede di restituire i frutti anche se superano la misura che avrebbe potuto ricavare il proprietario della cosa (art. 1148); un'altra norma in tal senso è l'art. 18 della legge 349/1986 sul cosiddetto danno ambientale, la quale prevede che, per la determinazione del risarcimento, si tenga conto anche del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento.

D'altro canto l'azione di ingiustificato arricchimento è un rimedio generale applicabile ogniqualvolta un soggetto si impoverisca a vantaggio di un altro e non ci sia una valida giustificazione per l'ordinamento; se questo è vero non ci dovrebbero essere dubbi sul fatto che l'articolo 2041 sia applicabile anche all'arricchimento conseguente ad un fatto illecito, perché non può essere considerata "giusta causa" di arricchimento un fatto che, per definizione, è *contra legem*.

Responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale

Si parla di responsabilità extracontrattuale contrapponendola tradizionalmente alla responsabilità contrattuale. La principale differenza tra le due ipotesi di responsabilità, quindi, starebbe nella fonte dell'obbligo: il contratto per la responsabilità contrattuale; i rapporti diversi dal contratto per la responsabilità extracontrattuale.

Tra le due forme di responsabilità esistono però non solo delle differenze, ma anche molti punti di contatto, nonché interferenze tra una e l'altra.

Sia l'obbligo di risarcimento derivante da un illecito sia quello derivante dall'inadempimento di un'obbligazione hanno la funzione di riparare la lesione di un interesse meritevole di tutela. L'identità di funzione è confermata dal fatto che spesso per uno stesso evento dannoso è data la possibilità di ricorrere in via alternativa all'azione di risarcimento contrattuale o a quella extracontrattuale. Ad esempio, nel caso classico del medico che lascia una garza nel corpo del paziente, il danneggiato ha la scelta tra agire in via contrattuale o extracontrattuale.

Il danno, poi, è calcolato in base agli articoli 1223, 1226 e 1227, dato che l'articolo 2056, per la determinazione del danno, rimanda alle regole della responsabilità contrattuale.

Per quanto concerne le distinzioni:

- a parte la fonte, un'altra differenza tra i due tipi di responsabilità sta nell'onere della prova: nel fatto illecito l'onere della prova della colpevolezza dell'agente spetta al danneggiato in quanto si applica la regola generale dell'articolo 2697 (secondo cui chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento).
- Nell'illecito contrattuale, invece, il danneggiato deve solo provare il fatto dell'inadempimento e il danno arrecato, mentre spetta al debitore inadempiente provare che l'inadempimento non è lui imputabile (art. 1218).
- La regola generale dell'articolo 2697 subisce però delle eccezioni, in quanto alcune norme specifiche pongono delle presunzioni di colpa a carico del danneggiante (ad esempio, in tema di responsabilità per circolazione da autoveicoli o in caso di responsabilità per l'esercizio di attività pericolose);
- una seconda differenza sta nel termine di prescrizione dell'illecito extracontrattuale che, ai sensi dell'articolo 2947, è di regola quinquennale (con l'eccezione del danno prodotto dalla circolazione di autoveicoli, per il quale è di due anni). Il termine di prescrizione dell'illecito contrattuale, invece, è di regola decennale (art. 2946), salvo in ipotesi particolari previste in modo espresso dalla legge;
- una differenza specifica è prevista in materia di risarcimento, in quanto l'articolo 2056 non richiama l'articolo 1225; ciò significa che il risarcimento nell'illecito extracontrattuale è dovuto anche per i danni non prevedibili, mentre nell'inadempimento contrattuale i danni non prevedibili sono risarcibili solo se l'inadempimento è doloso. Vedremo, però, che questa differenza è sminuita non poco dalla dottrina e dalla giurisprudenza;
- solo nell'illecito extracontrattuale è previsto il risarcimento in forma specifica (art. 2058); parte della dottrina e la giurisprudenza, però, considerano applicabile l'articolo 2058 anche all'illecito contrattuale;

- sempre in materia di risarcimento, poi, un'ulteriore differenza sta nel fatto che solo in caso di fatto illecito è risarcibile il danno non patrimoniale, qualora il fatto costituisca reato (art. 2059).
- Tuttavia, parte della dottrina sostiene che anche in caso di inadempimento di un'obbligazione, ove il fatto costituisca reato, sia risarcibile il danno morale;
- infine, la costituzione in mora non è necessaria in materia di illecito extracontrattuale, mentre può essere necessaria in materia di inadempimento.
- Tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, però, la differenza non è sempre così netta e non mancano interferenze tra l'una e l'altra.

Alcuni autori, hanno quindi considerato tale distinzione arbitraria e inesatta, per vari motivi:

- anzitutto si è osservato che oggi l'obbligazione contrattuale tende a considerarsi come una struttura complessa e involge anche obblighi accessori, che non sono di natura prettamente contrattuale;
- in secondo luogo la responsabilità extracontrattuale tende a coinvolgere anche fenomeni contrattuali, come nel caso di doppia vendita immobiliare. Secondo questa tesi, quindi, non esisterebbe una differenza di natura tra i due tipi di responsabilità, ma solo una differenza (parziale) di regime;
- infine, la responsabilità contrattuale può sorgere anche da rapporti non contrattuali e si è fatto l'esempio, a questo proposito, della responsabilità precontrattuale e dei rapporti contrattuali nascenti da contatto sociale.
- Si è sostenuto, in giurisprudenza, che una responsabilità contrattuale possa derivare anche dal semplice contatto sociale, come nel caso del rapporto tra medico dipendente da un ente ospedaliero e paziente (Cass. 589/1999 e da quel momento in poi tutta la giurisprudenza costante); sempre la Cassazione, poi, ha stabilito che la responsabilità del medico che fa partorire una paziente e causa un danno al neonato si configura come responsabilità contrattuale non solo nei confronti della paziente, ma anche nei confronti del neonato stesso.

In particolare, in queste ultime ipotesi (responsabilità del medico verso il paziente e verso il nascituro) si delinea una strana situazione; abbiamo la responsabilità di un soggetto (il medico) cui si applicano le regole della responsabilità contrattuale, senza però che sia stato stipulato alcun contratto. D'altronde, come ha sottolineato la Cassazione, ricondurre tali ipotesi alla responsabilità aquiliana mortifica la responsabilità del medico perché la "annega in una troppo generica responsabilità del passante o del chiunque, caratterizzata dal mettere in relazione soggetti fino a quel momento estranei".

L'istituto della responsabilità contrattuale nascente da contatto sociale, è stato in questi anni applicato a molteplici settori, in diverse tipologie di rapporti.

Di conseguenza c'è chi ha proposto di operare in modo diverso rispetto agli schemi tradizionali:

A) Una prima proposta è quella di inquadrare i casi di responsabilità cui abbiamo fatto cenno in un'area di responsabilità che sia né da torto né da contratto ed applicare la disciplina della responsabilità sia contrattuale sia extracontrattuale. Con il vantaggio che il danneggiato potrebbe invocare in suo favore ora le norme sulla responsabilità contrattuale ora quelle sulla responsabilità extracontrattuale, a seconda dei casi.

B) Una seconda proposta è quella di chi vorrebbe ricondurre responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale ad un unico genus di responsabilità civile; questa teoria ha dei precedenti illustri addirittura in CARNELUTTI, il quale partiva dall'idea che il principio dell'alterum non ledere sia la "sintesi di tutti i doveri specifici imposti a ciascuno verso gli altri", compresi, quindi, i doveri contrattuali. Teoria cui può replicarsi non solo che essa è estranea al dato normativo, ma che, poi, non si saprebbe quale disciplina applicare alla singola fattispecie e l'interprete sarebbe sospeso nell'incertezza.

In realtà, la dottrina e la giurisprudenza propendono per escludere sia la via del tertium genus, che non esiste, sia la reductio ad unum, per tracciare una via più semplice: si tratta di allargare l'area tradizionale della responsabilità contrattuale e non individuarla solo lì dove c'è un contratto, ma di estenderla a tutte le ipotesi in cui il rapporto giuridico, e quindi le obbligazioni, i doveri e le pretese, intercorrano tra soggetti determinati.

Rientrano quindi nella responsabilità contrattuale, pur non esistendo un contratto:

- la responsabilità precontrattuale;
- la responsabilità contrattuale da contatto sociale;
- la responsabilità del medico che si obbliga a far partorire una paziente, nei confronti del nascituro;
- la responsabilità del professionista, come la banca, che fornisce informazioni non veritiere;
- la responsabilità dell'avvocato che ha mancato di aiutare il cliente nello stilare un testamento e impedisce al terzo di conseguire un beneficio.

Questi sono solo alcuni esempi, ma il discorso potrebbe essere ulteriormente ampliato. In generale, si avrà responsabilità contrattuale tutte le volte che un professionista cagioni nel corso della sua opera danni a terzi non direttamente coinvolti nel rapporto contrattuale.

L'autonomia delle fonti e il concorso delle pretese

Un fatto può integrare gli estremi sia dell'illecito contrattuale sia dell'illecito extracontrattuale. In tal caso abbiamo il cosiddetto concorso di responsabilità. Possiamo avere due casi di concorso:

A) Concorso alternativo. Uno stesso fatto si può inquadrare in due norme diverse, a ciascuna delle quali si ricollegano sostanzialmente conseguenze molto simili: in tal caso, il soddisfacimento di una delle due pretese esclude il soddisfacimento dell'altra.

Le conseguenze più importanti del concorso alternativo sono due:

- il soggetto che agisce in giudizio ha la scelta tra esercitare un'azione oppure l'altra, ma esperita una delle azioni non si può più esperire l'altra;
 - in caso sia prescritta una delle due azioni si può sempre agire con l'altra.
-
- Può farsi l'esempio di un medico che "dimentica" il bisturi nel corpo del paziente: in tal caso il danneggiato ha una pretesa risarcitoria derivante sia dal contratto sia dal fatto illecito; le due pretese risarcitorie, avendo lo stesso contenuto, non sono cumulabili, cosicché il soggetto deve scegliere se chiedere il risarcimento per via contrattuale oppure extracontrattuale, ma se si prescrive il termine per l'esperimento dell'azione extracontrattuale egli può sempre agire con l'azione contrattuale.

B) Concorso cumulativo. Uno stesso fatto si può inquadrare in due norme diverse, a ciascuna delle quali si ricollegano conseguenze diverse; se le due obbligazioni che nascono dallo stesso fatto hanno un contenuto e un carattere differente è ammissibile il cosiddetto cumulo delle pretese. Facciamo un esempio: io compro una pompa per irrigare il mio campo e la pago 1.000; la pompa, però, è difettosa e mi allaga i campi rovinando tutto il raccolto, il cui valore ammontava ad un milione. In tal caso, io posso utilizzare contro il venditore due diverse azioni, cumulabili tra di loro: posso agire in via contrattuale per i vizi della cosa venduta (ex art. 1490, in base al quale mi verrà risarcito il milione della pompa) e posso agire contemporaneamente anche in via extracontrattuale per farmi risarcire il danno arrecato al campo. In tal senso è ora orientata la giurisprudenza (v. per es. Cass. 4833/1986, dopo un primo periodo in cui il concorso delle pretese era stato negato).

Se la parte danneggiata presenta la domanda di risarcimento del danno al giudice, senza precisare se agisce in via contrattuale o extracontrattuale, sarà il giudice che determinerà la qualifica della pretesa. Il giudice, infatti, deve applicare le norme, se esistono, indipendentemente dalla qualificazione giuridica che l'attore dà alla sua pretesa.

Non solo, ma potrebbe accadere che l'attore qualifichi la domanda in modo errato, ma che sussistano i presupposti del risarcimento in base ad altre norme. Ad esempio, ipotizziamo che sia prescritta l'azione contrattuale e l'attore proponga domanda di

risarcimento del danno qualificando l'azione come contrattuale; se il risarcimento spetta in base alle norme sulla responsabilità extracontrattuale, il giudice dovrà accogliere ugualmente la domanda. I principi ora esposti sono stati applicati dalla giurisprudenza, la quale in tema di concorso cumulativo ha stabilito che:

- la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale possono concorrere quando il comportamento doloso o colposo di un medesimo autore leda contemporaneamente un diritto di credito e un diritto assoluto della persona offesa;
- le due azioni restano autonome e sono soggette a regimi diversi anche per quanto riguarda la prescrizione;
- il danneggiato può esercitare le due azioni cumulativamente oppure può esercitarne una sola;
- in mancanza di un'espressa limitazione in tal senso si devono presumere proposte cumulativamente entrambe le azioni, con la conseguenza che la domanda risarcitoria può essere accolta sotto entrambi i profili.

Struttura del fatto illecito. Generalità

Gli elementi dell'illecito civile sono i seguenti:

- 1) Un comportamento umano: ovverosia un azione dell'uomo, che potrà essere a) commissiva o b) omissiva.
- 2) L'elemento soggettivo, ovverosia la colpa o il dolo (taluno chiama questo elemento "colpevolezza", ma in realtà colpa e colpevolezza sono concetti ben distinti).
- 3) Il nesso causale, che rientra nell'elemento oggettivo.
- 4) Il danno ingiusto, anch'esso rientrante nell'elemento oggettivo.

LE PROMESSE UNILATERALI

Artt. 1987-1991 c.c.

INQUADRAMENTO

– Le disposizioni contenute nel Titolo IV, Libro IV del codice civile, vengono normalmente raffigurate come un sistema "chiuso", che impedirebbe cioè di prefigurare promesse unilaterali diverse da quelle espressamente previste dalla legge, e segnatamente dagli artt. 1988-1989, sotto pena di inefficacia.

PRIMA LEZIONE (da Percorsi Giuffrè)

1. Contratto, accordo e atti unilaterali.

L'art. 1321 c.c. fa emergere un duplice piano d'incidenza della nozione di contratto, descrivendo il dato strutturale della fattispecie nella parte in cui espressamente nomina l'accordo e mettendo in risalto la sua attitudine funzionale alla costituzione, modificazione ed estinzione di un rapporto giuridico tra due o più parti, ossia la sua attitudine a incidere su due o più sfere giuridico-patrimoniali.

Il “contratto”, come fattispecie, non è aprioristicamente — e, perciò, necessariamente — “accordo” ma è tale in quanto idoneo a produrre effetti giuridici in due o più patrimoni, soltanto per questo imponendo, peraltro in ossequio alla radicata (quanto superata) convinzione secondo cui alla formazione della fattispecie produttiva dell'effetto giuridico debbano concorrere — e con parità di ruoli — tutti i soggetti che dell'effetto stesso, a qualunque livello e in qualunque misura, risentono, la partecipazione alla vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di tutti i titolari dei patrimoni coinvolti da essa.

Nella tradizionale elaborazione dottrinale, pertanto: l'atto giuridico produttivo di effetti incidenti sulla sfera giuridica di due o più parti assume struttura bilaterale; l'atto giuridico destinato a esaurire tutti i propri effetti nella Sfera giuridica del dichiarante (proprio perché non invasivo di sfere giuridiche altrui) è a struttura unilaterale; gli atti giuridici unilaterali idonei a produrre effetti nella sfera giuridica del destinatario sono tipici e tassativi.

Le altre esigenze tradizionalmente addotte a sostegno della necessaria bilateralità della struttura contrattuale sono legate ad assicurare la giuridicità della promessa non solenne consentendone la sussunzione sul piano giuridico (la ricorrenza della concorde volontà delle parti consentirebbe, infatti, anche da sola, di giustificare la giuridicità di qualunque impegno); a consacrare la conclusione del contratto per tener formalmente distinti gli atti che lo compongono (proposta e accettazione) dallo svolgimento delle trattative (prima della conclusione del contratto-accordo non si danno effetti giuridici contrattuali); a giustificare oggettivamente la condanna del promittente in caso di violazione della promessa (ciò supporrebbe il diretto e immediato coinvolgimento della sfera giuridica del destinatario degli effetti derivanti dalla promessa alla formazione dell'atto) e, infine, ad assicurare a ciascuna delle parti la facoltà di incidere sull'assetto causale dell'atto.

Da questa tradizionale impostazione discese non soltanto la convinzione dell'essenzialità dell'accordo al contratto e della eccezionalità (e, dunque, della tassatività) delle ipotesi legislative in cui è consentito alla struttura unilaterale di produrre effetti nella sfera giuridica altrui, ma anche la convinzione della sottrazione all'autonomia privata della facoltà d'incidere sulla struttura della fattispecie contrattuale determinandone la semplificazione.

1.1.

Le critiche alla ricostruzione tradizionale.

La revisione critica della tradizionale ricostruzione del contratto come accordo passa attraverso l'esaltazione del dato funzionale: labilateralità della struttura è richiesta soltanto dalla incidenza degli effetti della fattispecie su due o più patrimoni ma, si aggiunge correggendo la posizione che conduce alla necessaria equiparazione dei due concetti in ogni caso, non sempre vede concorrere volitivamente tutti i soggetti coinvolti in parità di posizioni al suo perfezionamento. Con ciò si vuol dire che, potendo il contratto incidere sul patrimonio di ciascun interessato in diverse forme a tale diversità dovrà corrispondere una diversità di ruoli nella partecipazione di ciascuno al perfezionamento della fattispecie.

Questa considerazione di fondo non è ostacolata seriamente da nessuna delle tesi addotte a sostegno della perfetta equiparazione tra contratto e accordo. Non da quella relativa all'assunzione della promessa sul piano giuridico, perché, almeno in un sistema contrattuale fondato sulla causa del contratto o che colloca (quando richiesta a pena di nullità) la forma tra i requisiti essenziali, forma e causa sono appunto gli elementi che assicurano giuridicità all'impegno anche unilaterale (l'accordo è il criterio esclusivo e necessario di assunzione dell'impegno sul piano giuridico soltanto in ordinamenti che non conoscono altro requisito essenziale del contratto diverso dalla mera volontà). Non da quella che pretende di poter distinguere soltanto dalla bilateralità l'atto giuridico da quello prodromico alla sua formazione in quanto a soddisfare tale esigenza occorre esclusivamente la determinazione volitiva del dichiarante. Non da quella che pretende di potere desumere la giustificazione della condanna del promittente per il caso di inadempimento soltanto dalla sua partecipazione alla formazione della fattispecie obbligatoria, perché anche sotto tale aspetto il ruolo decisivo è giocato dalla causa della promessa non già dall'accordo. Non, infine, da quella che pretende di riconoscere al solo accordo la funzione di garantire al soggetto che risente dell'effetto negoziale di incidere sul contenuto e sulla causa dell'atto, restando comunque integra, anche superato l'accordo, la facoltà per il destinatario dell'atto da altri perfezionato della facoltà di rifiuto.

1.2. I primi tentativi di radicale revisione dell'elaborazione classica.

Le prime considerazioni severamente critiche, dirette a smantellare il “ dogma del consenso o accordo ” mossero dalla negazione del consensualismo come esigenza logica e dunque dalla negazione della immanenza della struttura bilaterale all'atto produttivo di effetti in due o più sfere giuridico-patrimoniali (Gorla). Se altri ordinamenti conoscono atti unilaterali produttivi di effetti verso terzi, ciò vuol dire che la scelta consensualistica è una scelta di politica legislativa e segna una precisa esperienza storica, “ figlia del giusnaturalismo illuminista ” e diretta a “ favorire la posizione dell'acquirente rispetto a quella dell'alienante e dei terzi ” (Roppo)

In una rinnovata interpretazione della struttura dell'atto in ottica funzionale, l'unilateralità o la bi/plurilateralità di esso dipendono dall'assetto d'interessi divisato, restando l'accordo necessario all'attuazione del piano di interessi che il negozio persegue soltanto quando tutte le parti concorrano sullo stesso piano alla determinazione dei profili di efficacia. La giuridicità della manifestazione di volontà o la legittimità della condanna del promittente inadempiente non sono assicurate dall'accordo ma soltanto dalla ricorrenza di una giustificazione oggettiva (causa o consideration) ovvero di una forma solenne (Gorla).

Da altro punto di vista, si osserva che il dogma del consenso si fonda sull'errata sovrapposizione dei problemi relativi alla individuazione della fattispecie a quelli delle modalità della sua formazione (G. Benedetti). Il contratto come fattispecie produttiva degli effetti indicati nell'art. 1321 c.c. non coincide con l'accordo, che è soltanto una delle sue possibili modalità di formazione, come già dimostrano bene, le disposizioni generali dettate dagli artt. 1327, 1333, 1395, 1236, 1411, c.c.: all'unità della fattispecie contratto si perviene per mezzo di una "pluralità di procedimenti" (Benedetti), diretti alla formazione dell'atto giuridico in coerenza con il suo profilo funzionale ma, prima ancora, con quello di sua incidenza sulla sfera giuridica delle parti interessate dalle sue conseguenze.

Anche l'indagine sul "contratto con se stesso" aiuta la dottrina moderna a emancipare il contratto dall'accordo, facendo giustizia di finzioni e artificiosi costrizioni di atti essenzialmente unilaterali entro l'alveo necessario del consenso, aprendo le porte alle strutture unilaterali a rilievo bilaterale (Donisi, Benedetti), destinate a incidere sul patrimonio di due o più parti sebbene in dipendenza di manifestazioni di volontà provenienti da una soltanto di esse.

1.3. Una nuova impostazione di metodo e la revisione del dogma.

L'equivalenza assoluta tra contratto e accordo riposa, dunque, su una malintesa accezione del principio di intangibilità della sfera giuridica individuale, secondo cui chiunque subisca effetti derivanti da una fattispecie negoziale deve partecipare alla sua formazione, senza alcuna distinzione.

Il principio d'intangibilità della sfera giuridica del privato certamente pone un'esigenza di protezione del patrimonio individuale dall'atto invasivo altrui anche quando questo sia meramente favorevole per il destinatario (invito beneficium non datur) ma tale protezione ben può essere modulata con riguardo alla tipologia di effetto che dall'atto altrui derivi al soggetto che si consideri. È, quindi, assolutamente coerente distinguere tra atti che, in relazione all'intensità della partecipazione di ciascuno ai profili effettuali, abbisognano di una struttura bilaterale e atti i cui profili di efficacia, anche alla luce del principio di economia dei mezzi giuridici, ben possono essere sorretti dalla struttura unilaterale, purché accompagnati da strumenti (diversi dal consenso e dalla partecipazione volitiva all'accordo) di protezione dell'integrità del patrimonio di chi l'effetto subisce pur senza partecipare alla formazione dell'atto (

facoltà di rifiuto). In questa prospettiva ermeneutica, pertanto, il principio d'intangibilità della sfera giuridica privata non impone in ogni caso la partecipazione del soggetto che l'effetto subisce alla formazione della fattispecie.

Il confine oltre il quale la struttura bilaterale s'impone è quello dell'obbligazione corrispettiva : la manifestazione di volontà unilaterale diretta alla conclusione di un'operazione di scambio sarà, pertanto, sempre una proposta di contratto a struttura bilaterale, non riuscendo a costituire in testa al destinatario l'effetto attributivo dell'utilità promessa accompagnato da quello costitutivo di un'obbligazione sinallagmatica.

Diversamente, nelle ipotesi in cui dall'atto altrui derivi per il soggetto considerato un effetto incrementativo del proprio patrimonio che presenti profili di onerosità che tuttavia non si concretano in obbligazioni, la struttura unilaterale della promessa sarà sufficiente a reggerne l'efficacia immediata anche nella sfera del destinatario, purché a costui si riconosca un potere di rifiuto diretto a impedire l'"invasione" (c.d. rifiuto impeditivo) e a evitare, in tal modo, che l'acquisto in suo favore si produca. L'atto unilaterale è potenzialmente idoneo a produrre l'effetto nel patrimonio del destinatario purché costui non impedisca l'acquisto opponendo a esso il proprio rifiuto.

Ancor più tenue, infine, la protezione nell'ipotesi in cui dall'atto altrui derivi per il soggetto considerato un effetto meramente incrementativo del proprio patrimonio , ossia un "beneficio netto", non accompagnato da alcuna onerosità: in tal caso l'atto produrrà l'effetto incrementativo del patrimonio del destinatario che potrà, tuttavia, rimuoverlo unilateralmente ancora mediante rifiuto, sebbene stavolta non impeditivo ma eliminativo.

Il rifiuto, impeditivo o eliminativo, pur estraneo alla struttura dell'atto da cui emerge la promessa, inciderà pur sempre sull'acquisto concorrendo, seppure dall'esterno, al consolidamento dell'effetto giuridico nella sfera del destinatario, in ciò restando decisamente distinto dall'atto di rinuncia , manifestazione della facoltà di disposizione (abdicativa) della situazione soggettiva giuridicamente rilevante.

La ricostruzione prospettata non è ostacolata dalla contrattualità della donazione , per la quale, invero, la bilateralità dell'atto è il primo sostegno, insieme con la forma pubblica, alla giuridicità di un vincolo altrimenti difficilmente può far ricorso alla regola cardine della conservazione degli atti validi e di conseguenza, può limitare l'esercizio dell'autotutela agli atti effettivamente incisi dalle accertate illegittimità e, quindi, circoscrivere la rinnovazione del procedimento alle sole fasi viziate e a quelle successive, conservando l'efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento".

Le prime conclusioni cui pare possibile approdare sono nel senso di negare che la struttura bilaterale sia sempre necessaria al perfezionamento del contratto ,inteso, per il suo (prevalente su quello strutturale) aspetto funzionale, come atto capace di incidere sulla sfera giuridica di due o più parti e, specularmente, che il negozio

unilaterale non sia soltanto quello diretto a produrre effetti giuridici (almeno diretti) nella sola sfera del dichiarante ma anche quello idoneo a produrre effetti nella sfera giuridica di altro soggetto (destinatario) estraneo alla formazione dell'atto, purché gli sia riconosciuto il potere di rifiutare l'attribuzione, impedendo o eliminando l'acquisto a seconda del pro- filo di onerosità o di assoluta gratuità dell'attribuzione patrimoniale "subita", anche fuori dalle ipotesi tipiche di legge.

1.4. La ricostruzione dell'atto negoziale unilaterale e le c.dd. promesse astratte.

Per effetto della disposizione recata dall'art. 1324 c.c., agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale possono essere applicate le norme dettate per il contratto in generale "nei limiti di compatibilità" e dunque con l'esclusione certasoltanto di quelle (1326 ss., c.c., innanzitutto) dettate con riguardo alla struttura bilaterale dell'accordo e comunque a esse connesse (2)¹.

Come quelli bilaterali, anche gli atti unilaterali — per poter essere disciplinati dalle norme sul contratto — devono essere manifestazione di autonomia privata in quanto diretti all'au-toregolamentazione della sfera giuridica dell'autore (3)², sebbene al loro profilo effettuale sia sufficiente la struttura unilaterale della formazione della fattispecie.

Il primo effetto della estensione della disciplina del contratto è quello di im- porre all'atto unilaterale di soddisfare tutti i requisiti dettati dall'art. 1325 c.c

Come il contratto, anche l'atto unilaterale dovrà, in particolare, essere cau-sale, recare cioè al proprio interno la sua oggettiva giustificazione(4)³, da valutare per la

¹ 2 Cass., 6 maggio 2015, n. 9127 : "Le norme in tema di interpretazione dei contratti di cui agli artt. 1362 e seguenti c.c., in ragione del rinvio ad esse operato dall'art. 1324 c.c., si applicano anche ai negozi unilaterali, nei limiti della compatibilità con la particolare natura e struttura di tali negozi, sicché, mentre non può aversi riguardo alla comune intenzione delle parti ma solo all'intento proprio del soggetto che ha posto in essere il negozio, resta fermo il criterio dell'interpretazione complessiva dell'atto".

² 3 Cass., 9 ottobre 2015, n. 20345 : "L'art. 1392 c.c. sulla forma della procura si applica agli atti unilaterali negoziali ex art. 1324 c.c., ma non agli atti in senso stretto, come la ricezione della prestazione, sicché la rappresentanza a ricevere l'adempimento ex art. 1188, comma 1, c.c. può risultare da una condotta concludente, dimostrabile con ogni mezzo, incluse le presunzioni"

³ 4 Cass., 26 novembre 2014, n. 25161 : "La causa illecita e il motivo illecito rilevano, in forza del rinvio operato dall'art. 1324 c.c., ai fini della nullità anche nel licenziamento e il relativo accertamento, di spettanza del giudice di merito, non è censurabile in sede di legittimità, se non per vizi di motivazione".

formulazione del giudizio di validità con riguardo alla relazione patrimoniale che il dichiarante intende instaurare con il destinatario, quando l'atto unilaterale non esaurisca l'efficacia soltanto entro la sfera giuridica del primo.

La riferibilità, attraverso l'art. 1324 c.c., all'atto unilaterale dell'art. 1322, comma 2, c.c., poi, pare assicurarne la possibile atipicità, consegnando alla eccezionalità e dunque alla tipicità le sole promesse di cui all'art. 1987 c.c., tassative non in ragione del dato strutturale ma soltanto in considerazione della loro (seppur relativa) astrattezza. Quando causale, perché espressivo di un nuovo assetto d'interessi che tende a giuridicizzare per la prima volta, l'atto negoziale unilaterale può essere anche atipico; quando astratto, nel senso di volto a semplificare la struttura di una precedente fattispecie, già produttiva di autonomi effetti giuridici, esso diventa tipico.

La struttura bilaterale della fattispecie creativa di un rapporto giuridico patrimoniale immediatamente incidente sulla sfera giuridica di soggetto diverso dall'emittente la dichiarazione, va invece decisamente affermata quando il rapporto giuridico, in ragione della corrispettività che lo connota, fa sorgere obbligazioni sinallagmatiche a carico del destinatario della dichiarazione, dalla cui volontà, pertanto, non si può prescindere. La corrispettività della relazione giuridica che s'intende instaurare col destinatario della manifestazione di volontà attua un piano d'interessi che richiede la necessaria partecipazione di entrambe le parti alla formazione dell'atto, perché entrambe concorrono a individuare gli estremi dello scambio.

Diversamente la fattispecie a struttura unilaterale dà vita a un rapporto giuridico patrimoniale (così interessando la sfera giuridica altrui entro cui intende produrre effetti) in attuazione di un piano d'interessi che è tutto proprio del dichiarante, la cui volontà soltanto, dunque, è sufficiente a identificarlo e reggerlo sotto il profilo volitivo. Esso può, perciò, dal destinatario essere soltanto accolto o rifiutato, con un coinvolgimento che colloca questo soggetto fuori dal procedimento formativo dell'atto.

L'atteggiamento del destinatario rispetto all'attribuzione patrimoniale proveniente dall'atto unilaterale altrui muta, tuttavia, a seconda della portata effettuale dell'atto. Ove questo tenda a costituire un nuovo rapporto giuridico tra dichiarante e destinatario, recando in sé l'enunciazione di una (nuova) causa dell'impegno del dichiarante, al destinatario spetterà il potere di rifiuto (a sua volta eliminativo, nel caso in cui dall'atto discenda un'attribuzione patrimoniale gratuita; impeditivo, nel caso in cui dall'atto discenda un'attribuzione patrimoniale onerosa non corrispettiva), essendo egli chiamato a valutare l'assetto causale della promessa e le sue ripercussioni sulla propria sfera giuridico-patrimoniale. Ove, invece, l'atto unilaterale si limiti a favorire l'attuazione di rapporti causali già correnti tra dichiarante e destinatario in base ad autonoma fonte, negoziale o legale, la manifestazione di volontà del dichiarante non sarà addirittura soggetta al rifiuto del destinatario, la cui sfera giuridica non sarà alterata dall'atto altrui, incidente, a ben vedere, sulle sole modalità di esercizio di un diritto a lui già spettante.

In questo senso va letta la tassatività delle promesse di cui agli artt.1987ss.,c.c., la cui tipicità è giustificata dall'inettitudine dell'atto alla costituzione di un nuovo rapporto giuridico e, quindi, all'incremento del patrimonio del destinatario (5) ⁴che rendono la

⁴ 5 App. Potenza, 9 maggio 2013: “Il riconoscimento del debito, pur non avendo natura negoziale, né carattere recettizio e costituendo un atto giuridico in senso stretto, non solo deve provenire da un soggetto che abbia poteri dispositivi, ma richiede, altresì, in chi lo compie una specifica intenzione ricognitiva. Ed infatti, occorre a tal fine la consapevolezza del riconoscimento desunta da una dichiarazione univoca, tale da escludere che la dichiarazione possa avere finalità diverse o che lo stesso riconoscimento resti condizionato da elementi estranei alla volontà del debitore”. Trib.Genova, 20 gennaio 2011: “La promessa di pagamento non costituisce autonoma fonte di obbligazioni, ma ha soltanto effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, venendo ad operarsi, in forza dell’art. 1988 c.c., un’astrazione meramente processuale della causa debendi, comportante una mera semplificazione dell’onere probatorio per la quale il destinatario della promessa è dispensato dall’onere di provare l’esistenza del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria e che, oltre ad essere preesistente, può anche nascere contemporaneamente alla dichiarazione di promessa, ma dalla cui esistenza o validità non può prescindere sotto il profilo sostanziale, con il conseguente venir meno di ogni effetto vincolante della promessa stessa ove rimanga giudizialmente provato che il rapporto fondamentale non è mai sorto, o è invalido, o si è estinto ovvero che esista una condizione ovvero un altro elemento attinente al rapporto fondamentale che possa comunque incidere sull’obbligazione derivante dal riconoscimento”. Trib. Santa Maria Capua Vetere, 13 ottobre 2010 : “In tema di promesse unilaterali, la ricognizione di debito non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha soltanto effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, venendo ad operarsi, in forza dell’art. 1988c.c. un’ astrazione meramente processuale della causa debendi, comportante una semplice relevatio ab onere probandi per la quale il destinatario della promessa è dispensato dall’onere di provare l’esistenza del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria”. Cass., 15 maggio 2009, n. 11332 : “La ricognizione di debito ha effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, determinando l’astrazione processuale della causa debendi , con la conseguenza che il destinatario è dispensato dall’onere di provare l’esistenza e la validità del predetto rapporto, che si presume fino a prova contraria; essa, però, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, presupponendo pur sempre l’esistenza e la validità del rapporto fondamentale, con la conseguenza che la sua efficacia vincolante viene meno qualora sia giudizialmente provato che tale rapporto non è mai sorto, o è invalido, o si è estinto, ovvero che esista una condizione o un altro elemento relativo al rapporto fondamentale, che possa comunque incidere sull’obbligazione oggetto del riconoscimento. Pertanto, nel giudizio di opposizione all’esecuzione promossa in virtù di un titolo esecutivo che comporta una ricognizione di debito (nella specie, un assegno bancario), incombe all’opponente l’onere di provare

promessa unilaterale di cui agli artt. 1987 ss. insuscettibile di rifiuto, emancipandola indiscutibilmente dall'art.1333 come dall'art.1324 c.c.

Anche ove s'intenda rinvenire nella disposizione dell'art. 1333 c.c. il paradigma dell'atto attributivo a struttura unilaterale, non può negarsi alla promessa siffatta la necessità del sostegno causale in ragione della volontà del dichiarante di far nascere unilateralmente un rapporto giuridico nuovo con il destinatario, chiamato, seppure dall'esterno, a valutarlo. Si tratterà, perciò, di una promessa "causale", che, per non esprimere un'operazione di scambio, vede la struttura unilaterale sufficiente a garantire la perfezione del vincolo in mancanza di espresso rifiuto da parte del destinatario.

Diversamente, la promessa cui fa riferimento l'art. 1987 c.c. vincola il dichiarante senza incrementare sostanzialmente la sfera giuridica del destinatario (a questo punto rendendo inutile, più che negando, il rifiuto), senza esprimere alcun assetto causale proprio (e interno), risultando, pertanto, non negoziabile. Come particolarmente evidente nel caso della promessa di pagamento e in quello dei titoli di credito, il vincolo giuridico sorge in ragione dell'oggettivo riferimento a un rapporto causale esterno, che, tuttavia, non ha bisogno di essere espressamente richiamato, proprio perché la tipicità (perciò necessaria) supplisce al difetto di *expressio*. L'atto rende soltanto più agevole l'attuazione del diritto già spettante al destinatario, peraltro senza imporre la nuova modalità di esercizio (cosa questa che giustificerebbe la rifiutabilità) ma soltanto a lui concedendola in aggiunta a quella originariamente a lui già spettante (e si pensi al riconoscimento al creditore dell'azione cartolare in aggiunta a quella causale che a lui già spettava sulla base del titolo che diede vita all'obbligazione).

L'atto unilaterale causale, viceversa, esprime un piano d'interessi nuovo che l'emittente la dichiarazione intende attuare e alla cui determinazione deve concorrere, sebbene non nella forma reputata troppo a lungo necessaria del consenso, il destinatario, restando sufficiente allo scopo, fuori dalle ipotesi di corrispettività, la valutazione che si esprime per mezzo di un mancato rifiuto (6)⁵. E ciò sia percorrendo la strada segnata dall'art. 1333 c.c., ove lo si ritenga paradigma degli atti unilaterali

i fatti che tolgono valore al riconoscimento, ivi compreso l'inadempimento del creditore procedente, qualora mediante l'opposizione sia stata proposta domanda di risoluzione per inadempimento del rapporto fondamentale".

⁵ 6) Trib. Milano, 4 agosto 2014 : "L'obbligazione fideiussoria, quale promanante da un contratto unilaterale con obbligazione a carico di una sola parte, si perfeziona ex art. 1333 c.c. sulla base della proposta del fideiussore non rifiutata dal creditore e non richiede, quindi, perché si perfezioni, l'accettazione espressa di quest'ultimo".

soggetti a rifiuto, sia che si percorra quella diversa che passa attraverso gli artt. 1173 e 922 c.c. (7)⁶ estesi alla fattispecie unilaterale pur sempre per mezzo dell'art. 1324 c.c.

Tra questa fattispecie e quella della promessa astratta di cui agli artt. 1987 ss. c.c. si collocano gli atti negoziali, anche atipici, che, reggendosi causalmente su un rapporto preesistente a esso fanno espresso riferimento (*expressio causae*), permettendo una verifica sulla causalità dell'attribuzione patrimoniale secondo una tecnica diversa da quella del negozio "a causa interna" ⁷. Si tratta delle c.dd. prestazioni isolate o negozi

⁶ 7 La tradizionale impostazione dottrinale limita l'utilizzabilità dell'atto unilaterale atipico alla sola promessa, ossia all'atto produttivo di obbligazioni a carico del promittente, anche sulla scorta del dato letterale offerto dall'art. 1333 e dagli artt. 1987 ss., c.c. nonché sulla base della considerazione per cui essendo l'effetto traslativo immediatamente incidente sulla sfera giuridica di alienante e acquirente (1376 c.c.) la partecipazione volitiva di entrambi al dato strutturale sarebbe assolutamente necessaria. La prima affermazione può essere rivista, in considerazione del fatto che sia l'art. 1173 che l'art. 922 c.c. conoscono, rispettivamente quali fonti di obbligazioni e modi di acquisto della proprietà diversi dal contratto, "altri (rispetto al contratto) atti o fatti" (1173) ovvero "altri modi" (922) previsti dalla legge. In questa prospettiva parte della dottrina, almeno per l'ipotesi in cui il negozio non esprima un assetto causale contrattuale, reputa che l'effetto traslativo sia compatibile con la struttura unilaterale, pur sempre riconoscendo al destinatario un potere di rifiuto (evidentemente eliminativo). Pare, tuttavia, di non poter condividere questa impostazione, che trascura la particolare incidenza del trasferimento (che fosse disposto *ex uno latere*) sulla sfera giuridica del destinatario, cui il semplice rifiuto probabilmente non basta per la dismissione dell'acquisto prodotto dall'atto altrui: il ritorno del diritto all'autore dell'atto postulerebbe, infatti, una manifestazione di volontà di quest'ultimo non potendosi limitare il primo attributario a un semplice "abbandono", idoneo a eliminare l'acquisto già prodottosi nella propria sfera giuridica.

⁷ (Cass., 15 maggio 2014, n. 10633 : "La dichiarazione unilaterale scritta con cui un soggetto si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario non costituisce semplice promessa di pagamento ma autonoma fonte di obbligazioni se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento, e, qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, è suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali".) (Cass., 20 agosto 2014, n. 18066 : "La sentenza resa a seguito di conclusioni comuni in un divorzio contenzioso può prevedere che il coniuge trasferisca al figlio la proprietà di un immobile intestato a un terzo" privato, che avendo visto esaurita la fattispecie acquisiti va e, perciò, definitivamente e stabilmente acquistato il diritto, di esso dispone nelle forme della rinuncia.

a causa esterna, che non impongono nuove valutazioni del profilo causale, reggendosi per riferimento ad altro rapporto causale cui danno attuazione. Con riguardo a essi la valutazione del destinatario è limitata alla verifica di congruenza tra quanto attribuito con l'atto e quanto dovuto dal disponente in attuazione del rapporto causale cui l'atto si riferisce, come tipicamente accade nel caso del c.d. pagamento traslativo per il quale l'attribuzione patrimoniale solutoria non si concreta in un atto materiale di consegna o nella dazione di una somma di danaro ma in un atto formale di trasferimento di un diritto che si "appoggia" al rapporto causale obbligatorio che attua nel quale alla fine trova il sostegno proprio della solutio, ponendo al destinatario il problema di verifica della congruità tra quanto trasferito e quanto promesso, comune a ogni atto di adempimento.

1.5. Il potere di rifiuto del destinatario e la rinuncia al diritto acquistato.

Nei casi in cui la struttura unilaterale sia sufficiente a reggere l'effetto attributivo, la tutela dell'integrità della sfera giuridica del soggetto che all'atto non partecipa è affidata all'esercizio della facoltà di rifiutare l'attribuzione patrimoniale, impedendo (c.d. rifiuto impeditivo) o eliminando (c.d. rifiuto eliminativo) l'acquisto.

In entrambi i casi la manifestazione di volontà incide sull'acquisto della situazione soggettiva, che, evidentemente, ancorché datosi, non ha assunto ancora definitiva stabilità. Nel primo, la volontà del destinatario riesce a evitare l'acquisto, impedendo che l'atto produca l'effetto nella sua sfera giuridica; nel secondo riesce a eliminare l'acquisto prodottosi ma ancora non consolidatosi, facendolo venir meno. In nessuno dei due casi il rifiuto incide sulla situazione soggettiva che sia definitivamente conseguita, a ciò occorrendo, diversamente, la rinuncia, ossia l'atto di disposizione abdicativa della situazione soggettiva attiva.

In questa prospettiva il confine tra rifiuto e rinuncia può essere segnato dalla corretta individuazione dell'ambito d'incidenza di ciascuno: il primo è ancora collocabile nell'area della fattispecie cooperando o alla produzione dell'effetto (nella forma del mancato rifiuto impeditivo) o al suo definitivo consolidamento (nella forma del mancato rifiuto eliminativo); il secondo esula assolutamente dall'area della fattispecie per essere espressione della facoltà dispositiva.

La diversa rilevanza del rifiuto (impeditivo o eliminativo) si spiega poi in ragione dell'effetto derivante dall'atto unilaterale altrui: se produttivo di un effetto meramente favorevole per il destinatario, l'atto inciderà direttamente sulla sfera giuridica del destinatario determinandone l'incremento, salva la rimozione dell'acquisto per mezzo dell'opposizione del rifiuto eliminativo; se produttivo di un effetto attributivo non meramente vantaggioso (sebbene non corrispettivo) per il destinatario, l'atto non potrà incidere nella sfera giuridica del destinatario se non per effetto del mancato

rifiuto impeditivo, alla cui formazione concorrerà allora un ragionevole lasso temporale.

I titoli di credito

La disciplina giuridica dei titoli di credito è contenuta nel Titolo V “Dei Titoli di Credito” del Libro IV “Delle Obbligazioni” del Codice Civile all’articolo 1992 e seguenti.

I titoli di credito sono documenti destinati alla circolazione che attribuiscono il diritto ad una determinata prestazione.

La prestazione può consistere nel pagamento di una somma di denaro (es. cambiale), nella riconsegna di beni determinati (es. polizza di carico), un complesso di rapporti giuridici (es. azioni, obbligazioni).

Il titolo di credito è a tutti gli effetti un documento.

Questo significa che è materialmente costituito da un modulo prestampato che deve essere compilato nelle parti lasciate in bianco (luogo e data di emissione, importo del credito, scadenza di pagamento ecc.) e **contiene la promessa**, fatta da colui che lo rilascia, di effettuare una prestazione a favore del soggetto che lo riceve e lo esibisce, chiamato portatore.

Il documento incorpora il diritto di credito, nel senso che il possesso materiale del documento comporta solo per questo la titolarità del diritto di credito e quindi il diritto del possessore a ottenere il pagamento.

I titoli di credito sono strumenti diffusi, sia presso gli imprenditori (es. pagamento dei fornitori attraverso il rilascio di cambiali), sia presso i non imprenditori (es. utilizzo di assegni).

In base al loro contenuto si distinguono tre tipi di titoli di credito:

- **i titoli di credito in senso stretto**, che attribuiscono al possessore il diritto di riscuotere una somma di denaro. Ne sono esempi gli assegni (bancari, circolari, postali) e le cambiali.

I titoli di massa (o valori immobiliari), che conferiscono al possessore la qualità di:

a) socio di imprese aventi la forma giuridica di società per azioni o di società in accomandita per azioni, che costituiscono le azioni che formano il capitale delle società;

b) Creditore nei confronti di enti pubblici o di società private, e qui rientrano i titoli del debito pubblico (come i BOT, i BTP, i CCT) e le obbligazioni emesse dalle società di capitali;

i titoli rappresentativi di merci, che attribuiscono al possessore il diritto di ritirare o di trasferire ad altri merci in viaggio o depositate presso magazzini generali, che sono luoghi di pubblico deposito nei quali vengono immesse, conservate e custodite merci per conto di terzi, contro pagamento di una tariffa giornaliera; fanno parte di questa categoria la polizza di carico (titolo di credito rappresentativo di merci che viaggiano su nave, che attribuisce al possessore il diritto di venderle o di ottenerne la consegna nel porto di destinazione) e la fede di deposito (titolo di credito rappresentativo di merci, depositate presso magazzini generali, che attribuisce al possessore il diritto di ritirarle o di venderle).

In base alle modalità di trasferimento si distinguono tre tipi di titoli di credito:

i titoli al portatore, che si trasferiscono con la semplice consegna del titolo stesso. Colui che possiede il titolo ha diritto a ricevere la prestazione in esso indicata, un esempio è costituito dalle banconote.

I titoli all'ordine, che si trasferiscono attraverso girata. La girata è una dichiarazione, scritta sul titolo, con la quale il possessore ordina al debitore di eseguire la prestazione a favore di un altro soggetto.

Colui che trasferisce il titolo è detto girante, mentre colui al quale il titolo viene trasferito è detto giratario. Un titolo può contenere varie girate, se trasferito più volte da un soggetto all'altro.

Sono titoli all'ordine, **gli assegni liberi, le cambiali, la fede di deposito**.

I titoli nominativi, intestati a una persona determinata, che si trasferiscono attraverso doppia annotazione del nome del nuovo beneficiario sia sul titolo, sia sul registro dell'ente emittente.

Un esempio di titoli nominativi è costituito dalle **azioni**.

Un titolo di credito viene creato perché a monte vi è un rapporto cosiddetto causale tra emittente (debitore) e primo prenditore (creditore/beneficiario) i quali decidono di fissare proprio nel titolo la prestazione dovuta dal primo al secondo.

Ma la connessione tra rapporto causale e diritto nel titolo non è la stessa per i diversi titoli.

Sotto questo profilo infatti i titoli dividono nelle due seguenti categorie.

- **I Titoli astratti**, come le cambiali, sono quei titoli che possono essere emessi in base a diversi tipi di rapporto. Il contenuto del diritto è determinato esclusivamente dal tenore letterale del documento, secondo il principio della letteralità completa.
- **I Titoli causali**, come le obbligazioni, sono quei titoli che possono essere emessi esclusivamente in base a un determinato rapporto giuridico. Il contenuto del diritto è determinato sia nel titolo, sia dalla disciplina relativa al rapporto che ha fatto creare questo documento, secondo il principio della letteralità incompleta.

Nel caso di circolazione del titolo possono sorgere alcune questioni legate al collegamento che esiste tra chi ha la titolarità del diritto, che spetta al proprietario del titolo, e chi è legittimato al suo esercizio, cioè il possessore del titolo che lo ha ottenuto attraverso le forme previste dai diversi tipi (al portatore, all'ordine, nominativi).

Di solito le due figure coincidono, ma può capitare una loro dissociazione.

In particolare, si distinguono i casi di:

- circolazione regolare: si ha un negozio di trasmissione valido e la figura di proprietario e possessore coincidono.
- Circolazione irregolare: si ha un negozio di trasmissione non valido e le due figure si dissociano.

Il vero proprietario (derubato) è tutelato (attraverso l'azione di rivendicazione verso il ladro o amministrato per titoli all'ordine o nominativi), ma se un terzo acquista il titolo in buona fede e validamente, in conformità delle norme che ne disciplinano la circolazione (acquisto a non domino),

diventa proprietario del titolo e del diritto a tutti gli effetti (ex art. 1153 codice civile, c.d. "possesso vale titolo").

Il derubato ha solo diritto ad agire verso il ladro per ottenere il risarcimento dei danni.

La modalità di circolazione dei titoli varia in base alle categorie dei titoli, che sono:

- **titoli al portatore**: così definiti perché nel titolo viene inserita la clausola "al portatore" e non viene indicato nel titolo il beneficiario. Lo sono anche se nel titolo si inserisce un nome del beneficiario. Questi titoli circolano con la semplice consegna, e la legittimazione all'esercizio del diritto avviene con la sola presentazione al debitore, non viene ammesso l'ammortamento.

Ne costituiscono esempi, assegni, azioni di risparmio, obbligazioni.

- **Titoli all'ordine:** così definiti perché nel titolo viene inserito il nome di una determinata persona-beneficiaria e la circolazione avviene attraverso girata.

La girata è una dichiarazione scritta sul titolo che ordina al debitore di adempiere la propria obbligazione nei confronti del giratario.

Essa può essere:

1. Piena, quando c'è il nome del giratario.
2. In bianco, quando non contiene il nome del giratario e c'è solo la firma del girante.
3. Per procura, quando il giratario (ultimo prenditore che riceve) ha la funzione di rappresentante del girante per l'incasso. In questo caso il diritto cartolare rimane in capo al girante-proprietario.
4. In garanzia, quando il girante gira il titolo a un giratario attribuendogli un diritto di pegno sul titolo a garanzia di un credito che lo stesso vanta nei confronti del girante. In questo caso il girante resta proprietario del titolo, mentre il giratario è legittimato diritto.

- **Titoli nominativi:** in questi titoli viene inserito il nome di una persona determinata (beneficiario) e il nome deve risultare anche in un registro tenuto dall'emittente. Per il trasferimento vi sono due modalità:

1. **trasferimento attraverso transfert (emittente)**, se il trasferimento del titolo è richiesto all'emittente dall'alienante (debitore) e costui deve esibire il titolo e provare all'emittente la propria identità e la propria capacità di disporre del titolo attraverso la certificazione di un notaio. Se il trasferimento del titolo è richiesto dall'acquirente (nuovo beneficiario) esso deve esibire il titolo acquisito e deve dimostrare il suo diritto di acquisto attraverso atto pubblico o scrittura privata autenticata.
2. **Trasferimento attraverso girata.** L'alienante pone sul titolo il nome del giratario (beneficiario) mentre l'emittente provvederà successivamente alla trascrizione nel registro del trasferimento. Il possessore del titolo può fare valere il diritto cartolare nei confronti del debitore senza essere tenuto a provare il valido acquisto della proprietà del titolo e il conseguente acquisto del diritto.

Il debitore che senza dolo o colpa grave, anche se non era in buona fede (ad esempio sapendo che il possessore del titolo è un ladro, ma non avendo i mezzi per provarlo), adempie la prestazione nei confronti del possessore.

E' liberato anche se questi non è il titolare del diritto.

Il debitore si può opporre al pagamento nei confronti del portatore del titolo, e lo può fare sollevando alcune eccezioni.

Le eccezioni si suddividono in due categorie:

Le eccezioni reali, sono eccezioni opponibili a qualunque portatore del titolo e sono le seguenti:

- Eccezioni di forma: mancanza dei requisiti formali del titolo che ne causa la nullità.
- Eccezioni fondate sul contesto letterale del titolo.
- Falsità di firma.
- Difetto di capacità al momento dell'emissione del titolo.
- Mancanza delle condizioni necessarie per l'esercizio dell'azione (protesto).

Le eccezioni Personali, sono eccezioni opponibili solo a un determinato portatore, non si ripercuotono sugli altri e sono le seguenti:

- Che derivano dal rapporto causale, opponibili solo al primo prenditore.
- Su altri rapporti personali, opponibili solo a chi è stato parte del rapporto.
- Difetto di titolarità del diritto, opponibili al possessore del titolo.

L'ammortamento è una procedura che si inizia nel momento nel quale un titolo viene smarrito o sottratto al possessore legittimo.

Attraverso questa procedura il beneficiario può ottenere la separazione tra l'esercizio del diritto cartolare e il possesso del titolo stesso.

Questo istituto consente di ottenere una dichiarazione giudiziale secondo la quale il titolo originario non è più strumento di legittimazione.

Chi ha ottenuto l'ammortamento può esigere il pagamento presentando il decreto emesso dal tribunale di competenza, e, se il titolo non è scaduto si può fare rilasciare un duplicato dall'emittente.

L'iter della procedura prevede che l'ex possessore faccia contemporaneamente:

- Denuncia al debitore.
- Denuncia al tribunale chiedendo l'ammortamento.

Il decreto di ammortamento rilasciato dal tribunale deve essere pubblicato nella Gazzetta Ufficiale e notificato al debitore dal ricorrente e se il debitore paga a un terzo non legittimato, non è liberato.

In caso di esecuzione della procedura di ammortamento, il debitore deve aspettare trenta giorni per il pagamento.

Entro questo termine l'eventuale terzo detentore del titolo si può opporre all'ammortamento depositando il titolo presso il tribunale.

Se l'opposizione è accolta, si procede alla revoca del decreto e la proprietà spetta al terzo, se l'opposizione viene respinta, il decreto diventa definitivo e il titolo consegnato al ricorrente.

Tecnicamente i titoli di credito costituiscono da punto di vista probatorio una promessa di pagamento, ragione per cui essi autorizzano a ritenere la presunzione del rapporto sottostante sulla base della semplice produzione del titolo così determinando in capo al debitore l'onere della prova contraria e quindi l'esercizio della cosiddetta azione causale. Tuttavia, secondo autorevole giurisprudenza di legittimità, l'inversione dell'onere probatorio è esclusa nell'ipotesi in cui il debitore non abbia un rapporto diretto con il creditore (beneficiario dell'assegno)

GIURISPRUDENZA

Cassazione Civile, Sez. II, 14 Luglio 2011, n. 15508

Con la sentenza in oggetto, la Suprema Corte di Cassazione esclude che la sola girata dell'assegno da parte di un terzo non accompagnata da alcuna dichiarazione confessoria possa essere parificabile, quanto a prova liberatoria, agli effetti di cui all'art. 1988 c.c., stante l'assenza di una relazione diretta fra le parti che si fondi su detto titolo di credito. Rinnovando il proprio consolidato orientamento, infatti, la Corte riconosce ai titoli di credito la possibilità di essere utilizzati come promessa di pagamento ai sensi dell'art. 1988 c.c., dal che l'esistenza del rapporto fondamentale va presunto sino a prova contraria da parte del debitore cartolare soltanto se risulta acquisita la prova del suo diretto rapporto cartolare con il creditore. Tuttavia, un simile utilizzo del titolo implica l'esercizio di un'azione causale, fondata sul rapporto sottostante all'emissione o alla trasmissione del titolo, rapporto che però è efficace solo tra le parti dello stesso, per cui il possessore del titolo può esercitare una tale azione solo nei confronti del proprio diretto promittente. In considerazione della natura recettizia della promessa, deve quindi ritenersi che l'assegno riveste tale natura certamente nei rapporti tra traente e prenditore o fra girante ed immediato giratario, ma non pure nei confronti di colui che si atteggi quale mero possessore del titolo, giacchè - mancando in esso l'indicazione del soggetto al quale è fatta la promessa - non vi è ragione di attribuire il beneficio dell'inversione dell'onere della prova.

La cambiale

La cambiale può definirsi «un titolo all'ordine, formale ed astratto, che attribuisce al possessore legittimo il diritto incondizionato di farsi pagare una somma determinata alla scadenza indicata». L'espressione «cambiale» usata nel linguaggio comune non

designa una fattispecie unitaria sul piano giuridico, ma due fattispecie distinte: la cambiale tratta ed il vaglia (pagherò) cambiario, oggetto di separata considerazione da parte della legge speciale, anche se con il ricorso, per la seconda fattispecie, alle norme, dettate per la prima, afferenti i numerosi profili comuni.

Pur nell'assenza di un'esplicita norma definitoria è possibile, dalla elencazione dei rispettivi requisiti formali, tranne un definizione di ambedue le specie di cambiale: per cambiale tratta si intende un ordine incondizionato rivolto da un soggetto (detto traente) ad un altro soggetto (detto trattario) di pagare una somma determinata al portatore del titolo; per vaglia o pagherò cambiario si intende la promessa incondizionata rivolta da un soggetto (detto emittente) al portatore del titolo di pagare una somma determinata.

I requisiti formali della cambiale, ossia le indicazioni che il titolo deve recare per essere considerato una valida cambiale, sono elencati all'art. 1 ed all'art. 100 della legge speciale, rispettivamente per la tratta e per il vaglia cambiario.

Il primo dei requisiti formali elencato dalla legge è costituito dalla denominazione del titolo espressa nella lingua (non necessariamente italiana) in cui esso è redatto, denominazione costituita per entrambe le sottospecie indicate, dall'espressione «cambiale», restando riservata alla seconda l'espressione «vaglia» o «pagherò cambiario».

Il secondo dei requisiti formali, che costituisce il nucleo qualificante della dichiarazione cartolare, è costituito, per la tratta, dall'ordine di pagare una somma determinata, e, per il vaglia cambiario, dalla promessa di pagare una somma determinata, entrambi insuscettibili, pena la nullità del titolo, di essere soggetti a condizione. L'esigenza di contemperare il requisito della determinatezza dell'importo dovuto con quello della normale produttività del denaro è alla base della speciale disciplina degli interessi compensativi, la cui previsione è consentita solo laddove, per il particolare tipo di scadenza del titolo, non ne sia possibile un calcolo preventivo ed un conglobamento nella «somma determinata»: in sostanza tale pattuizione è possibile solo nei tipi di cambiale a scadenza indeterminata, ossia rimessa ad un'iniziativa del portatore in un certo arco temporale, sempre però (a pena di nullità della clausola) con indicazione del tasso (in deroga al diritto comune che prevede, in mancanza di diversa volontà privata, l'applicazione in via suppletiva del tasso legale) (art. 5).

Esclusivo della tratta è il requisito della indicazione del trattario, che può essere effettuata utilizzando sia il nome civile che la ditta ove si tratti di imprenditore. Solo normalmente il destinatario dell'ordine (trattario) è un soggetto diverso da colui che lo impartisce (traente): la legge (art. 3, comma 2°) ammette che il traente possa rivolgere l'ordine a se stesso senza che ciò determini alcuna anomalia, atteso che il

soggetto assume immediatamente, a seguito dell'apposizione della firma di traenza, la veste di obbligato di regresso, e solo a seguito dell'accettazione dell'ordine (v. infra, § 2.2) quella di obbligato diretto.

Terzo requisito formale è costituito dalla indicazione della scadenza del titolo che deve avvenire secondo una rigida tipologia statuita dalla legge a tutela dell'esigenza di certezza del portatore, e precisamente: a) a vista; b) a certo tempo vista; c) a data certa; d) a certo tempo data.

Le prime due forme di scadenza hanno in comune che l'esigibilità del titolo è rimessa all'iniziativa del portatore che procede alla sua presentazione per il pagamento, mentre si differenziano per il fatto che nel primo caso la presentazione coincide con l'immediata esigibilità, mentre nel secondo fa solo decorrere un «certo tempo» alla cui scadenza il titolo potrà essere riscosso. Al fine di non protrarre indefinitamente il vincolo per il debitore principale la legge impone, previa la perdita di efficacia del titolo, la sua presentazione entro un anno dalla data di emissione (artt. 28 e 39).

Per consentire il computo del «certo tempo vista» coerentemente al criterio della letteralità, l'avvenuta presentazione del titolo deve risultare da un «visto» apposto dall'obbligato (o designato a pagare) in via principale accompagnato dall'indicazione della data; in caso di rifiuto all'apposizione del visto (o alla sua datazione) si ricorre a far constatare mediante protesto l'avvenuta tempestiva presentazione.

Le seconde due forme di scadenza hanno in comune il fatto di essere predeterminate all'atto dell'emissione del titolo: per scadenza «a certo tempo data» si intende che il titolo è esigibile decorsa una frazione di tempo dalla data di emissione; per scadenza a data certa significa che il titolo è esigibile in un giorno determinato, indicato non necessariamente con esplicito riferimento al calendario, ma anche ad un avvenimento o ricorrenza che, oggettivamente (ossia per qualunque portatore), sia riferibile ad una certa data.

La scadenza è un requisito formale solo nel senso che, se indicata espressamente, deve corrispondere ad uno dei tipi tassativamente ammessi, ma non nel senso che la sua mancata indicazione pregiudichi la validità del titolo, perché tale omissione è supplita dalla legge (art. 2) che considera, in tal caso, la cambiale esigibile a vista.

Il requisito della indicazione del luogo di pagamento anch'esso non deve essere oggetto di una enunciazione espressa, essendo sufficiente che il titolo contenga i dati necessari per la sua ricostruzione del contesto: infatti l'omissione di tale indicazione è colmata dalla legge, con norma suppletiva, considerando come luogo di pagamento, nella tratta, il luogo indicato accanto al nome del trattario (art. 2, comma 3°) e, nel pagherò cambiario, il luogo di emissione del titolo, a sua volta identificato, in

manca di indicazione specifica, nel luogo indicato accanto al nome dell'emittente (art. 101, commi 3° e 4°).

Non necessariamente il luogo di pagamento deve coincidere con il domicilio del debitore (o designato a pagare) in via principale; esso può anche coincidere con il domicilio di un terzo, dando luogo alla figura della c.d. domiciliazione propria se, come si presume, il titolo deve essere materialmente pagato del terzo, ovvero dalla c.d. domiciliazione impropria se, nel luogo predetto, il titolo deve comunque essere pagato dal debitore (o designato a pagare) in via principale (art. 4).

Come titolo naturalmente all'ordine la cambiale deve contenere l'indicazione nominativa del primo prenditore, donde l'inammissibilità di una cambiale al portatore. La legge (art. 3, comma 1°) consente che il nome del primo prenditore possa coincidere con quello del traente. Si tratta di una prassi che trova giustificazione in esigenze meritevoli di tutela (il traente si può servire del titolo per scontarlo dove non è conosciuto ma dove il trattario è persona nota come solvibile, ovvero per supplire al rilascio di un pagherò da parte del trattario che, pur suo debitore, a tanto si rifiuta), ma che non è scevra del pericolo che, mediante una girata in bianco e la successiva tradizione manuale (v. supra, sez. I, § 8.2), si possa aggirare il divieto di cambiale al portatore (onde l'inapplicabilità di tale norma al pagherò ed alla tratta su se stesso, dove quelle esigenze pratiche non ricorrano).

Essenziale è la indicazione espressa dalla data di emissione, necessaria sia come punto di riferimento per valutare la capacità legale ed i poteri di rappresentanza del sottoscrittore sia per il computo del termine massimo di presentazione del titolo nelle cambiali a vista ed a certo tempo vista e del termine di scadenza in quelle a certo tempo data. Si deve trattare di una data certa (anche se espressa con riferimento ad un avvenimento o ricorrenza notori) e possibile.

Il luogo di emissione è altro dato che deve risultare dal titolo, anche se non necessariamente tramite un'enunciazione esplicita, essendo sufficiente che sia desumibile dal contesto, atteso che, in mancanza di indicazione, la legge vi supplisce considerando luogo di emissione il luogo indicato accanto al nome del traente (art. 2, comma 4°) o dell'emittente (art. 101 ultimo comma), il che significa che, se nemmeno quest'ultimo dato risulta dal titolo, la cambiale è invalida.

Ultimo dei requisiti formali è la sottoscrizione del traente o dell'emittente, intesa semplicemente come sottoscrizione verosimile, cioè oggettivamente riferibile ad una persona astrattamente esistente, non come sottoscrizione autentica o resa mediante l'uso dei segni distintivi previsti dall'art. 8 l. camb. (nome e cognome o ditta) che attiene ai requisiti materiali di sostanza e di forma della singola obbligazione cambiaria del traente (o dell'emittente).

La mancanza anche di uno solo di tali requisiti formali è sanzionato dalla legge con la invalidità del titolo «come cambiale» (art. 2 l. camb.): la loro presenza è, tuttavia, necessaria solo al momento della presentazione del titolo all'obbligato (o designato a pagare) in via principale, mentre essi possono essere apposti durante la circolazione, dando così luogo al fenomeno della cambiale in bianco al momento della emissione (cui deve ritenersi equiparata la cambiale incompleta, cioè priva di uno o più requisiti formali ma entrata in circolazione senza un accordo tra emittente e primo prenditore in ordine al suo successivo riempimento). Il fenomeno, espressamente contemplato dall'art. 14 l. camb., è già stato esaminato con riferimento ai titoli di credito in generale, cui la speciale disciplina cambiaria si applica analogicamente (v. supra, sez. I, § 5). In questa sede vanno considerate solo alcune peculiarità del fenomeno proprie della cambiale. Anzitutto la presenza delle norme suppletive, che colmano l'omessa esplicita indicazione di uno o più requisiti formali, esclude che in tal caso possa parlarsi di cambiale in bianco, onde il terzo portatore potrà sempre richiamarsi al testo integrato ex lege; l'eventuale diverso accordo intervenuto all'atto dell'emissione avrà rilevanza unicamente inter partes.

Il particolare formalismo dei titoli cambiari impone, come elemento indefettibile per potersi parlare di «cambiale in bianco», la presenza, sul documento, della specifica denominazione di «cambiale», mentre si discute se la firma del creatore del titolo possa essere supplita da quella di un qualsiasi altro successivo obbligato cambiario. La possibilità che, durante la circolazione, si aggiungano altre sottoscrizioni cartolari porta a ritenere che la violazione dell'accordo di riempimento possa essere opposta solo da coloro che hanno firmato prima del riempimento illegittimo o abusivo, non da quelli che hanno sottoscritto il titolo comunque completato (arg. ex art. 88).

Infine è sancita la decadenza del portatore dal diritto di riempimento decorsi tre anni dalla data di effettiva emissione del titolo, decadenza ovviamente inopponibile al terzo portatore di buona fede.

La cambiale ed il rapporto fondamentale. La cambiale di favore

Come per tutti i titoli di credito anche alla sottoscrizione cambiaria sottostà un rapporto fondamentale, rapporto le cui vicende non si ripercuotono, peraltro, sull'obbligazione cartolare se non nei confronti del portatore con il quale tale rapporto viene intrattenuto, essendo le relative eccezioni inopponibili nei confronti dei portatori successivi, salvo che si tratti di un terzo che abbia agito intenzionalmente a danno del debitore (art. 21 l. camb.). Tale astrazione dell'obbligazione cartolare si verifica, nella cambiale tratta, non solo rispetto al rapporto, intercorrente tra il creatore del titolo (traente) ed il primo prenditore, che viene comunemente definito rapporto di valuta, ma anche rispetto al rapporto che intercorre tra il traente ed il

terzo (trattario) cui viene impartito l'ordine di pagamento, e che viene definito rapporto di provvista.

Non sempre, tuttavia, all'assunzione dell'obbligazione cambiaria sottostà un rapporto fondamentale nei confronti dell'immediato prenditore, cui il titolo viene rilasciato o trasmesso, che ne costituisce la giustificazione causale; può avvenire, ad esempio, che un soggetto, per facilitare il rilascio o la spendita del titolo, unisca la sua firma a quella dell'emittente o del girante coobbligandosi cartolarmente con essi. La circostanza non rileva nei confronti né del prenditore immediato né dei portatori successivi, ma solo sull'obbligo extra cartolare di rimborso integrale che l'obbligato cambiario così «favorito» ha nei confronti del coobbligato che paga.

Di vera e propria cambiale di favore si parla quando l'apposizione della firma cambiaria avviene da parte di un soggetto (favorente), in base ad un accordo (convenzione di favore) con l'immediato prenditore (favorito), allo scopo di facilitargli la spendita del titolo, ma con l'intesa che, al momento in cui il favorente fosse costretto da un successivo portatore al pagamento, interverrà per fornirgli la somma necessaria o rimborsarlo. In tal caso, a differenza del precedente, la particolare motivazione sottostante l'assunzione dell'obbligazione cambiaria rileva sotto il profilo dell'esercizio del diritto cartolare in quanto consente al favorente di eccepire al favorito il carattere «di favore» della firma apposta. Ovviamente tale eccezione, fondata su un rapporto personale, è inopponibile ai portatori successivi, anche se a conoscenza di tale particolare motivazione, tranne che abbiano partecipato al relativo accordo.

La cambiale tratta

Come accennato, la cambiale tratta si presenta nella veste, insolita per gli altri titoli di credito, di un ordine di pagamento, peraltro di per sé fonte di un'obbligazione cartolare, sia pure di regresso, dell'ordinante, il quale «risponde dell'accettazione e del pagamento» (art. 13, comma 1°). Essa corrisponde alla figura del diritto comune nota come delegazione di pagamento, con la quale un soggetto (detto delegante), debitore di un altro soggetto (detto delegatario), ordina ad un terzo, di solito suo debitore (detto delegato), di pagare al suo creditore. Il delegato, laddove paghi, «conteggerà» l'importo corrisposto al terzo con il suo debito verso il delegante.

Laddove si sia obbligato verso il terzo, il delegato non può far valere nei suoi confronti eccezioni relative sia ai suoi rapporti con il delegante che ai rapporti di quest'ultimo con il delegatario. Analogamente l'obbligazione cartolare che il trattario assume verso il portatore, laddove accetti la tratta, è insensibile sia al rapporto di valuta (traente-primario prenditore) sia al rapporto di provvista (traente-trattario).

Prima dell'accettazione il trattario non è obbligato nei confronti del portatore, né, ovviamente, in via cartolare né in via extracartolare, a meno che non abbia assunto nei suoi confronti un preventivo impegno, onde il rifiuto dell'accettazione e del pagamento non lo espone ad alcuna responsabilità nei suoi confronti, ma, solo, in via extracartolare, nei confronti del traente, e sempre se ed in quanto abbia preventivamente autorizzato l'emissione della tratta (non basta all'uopo che sia debitore in base al rapporto di provvista, perché il debitore non ha l'obbligo di pagare ad un terzo né tantomeno di obbligarsi nei suoi confronti, art. 1269, comma 2°, c.c.). Per ottenere l'accettazione, che è una dichiarazione cambiaria, occorre presentare il titolo al trattario; normalmente tale presentazione è facoltativa, poiché il portatore, se ha fiducia nell'ottemperanza, da parte del trattario, all'ordine impartito, presenterà la tratta direttamente per il pagamento. Fa eccezione l'ipotesi di tratta a certo tempo vista, in cui la preventiva presentazione per l'accettazione è necessaria per far maturare la scadenza (v. supra, § 2). Sulla facoltatività dell'accettazione può influire la volontà del traente, facendone obbligo al portatore (art. 27, comma 1°) ovvero vietandola (art. 27, comma 2°), dando luogo, in questo secondo caso, alla figura della tratta non accettabile (che non si traduce in una illegittimità o invalidità dell'accettazione, ma solo in una esclusione della responsabilità di regresso del traente per mancata accettazione).

L'accettazione non deve essere espressa con formule particolari e, se apposta sulla faccia anteriore del titolo, può consistere anche nella semplice apposizione della firma del trattario; deve essere incondizionata e conforme all'ordine ricevuto (l'accettazione difforme si considera rifiutata ai fini dell'esercizio dell'azione di regresso, ma rende comunque il trattario obbligato cambiariamente nei termini della dichiarazione resa). È ammessa, invece, l'accettazione per parte della somma, con liberazione parziale degli obbligati di regresso.

La circolazione delle garanzie che assistono il credito cambiario

Laddove l'emissione della cambiale sia accompagnata dalla concessione di una garanzia reale (pegno o ipoteca) o personale (fidejussione) la garanzia si trasferisce come accessorio del credito cambiario, sia pure, ovviamente, a titolo derivativo (e quindi con l'opponibilità, a qualsiasi portatore, dei vizi che ne inficiano la validità), così come per qualunque cessione di credito. Laddove si tratti di ipoteca, tuttavia, il trasferimento del diritto di garanzia dovrebbe rispettare la regola della nominatività secondo la quale occorre procedere, volta per volta, alla iscrizione del nome del nuovo creditore nei registri immobiliari, previa dimostrazione, mediante atto autentico, dell'avvenuto acquisto del credito. Per ovviare all'inconveniente che tale formalismo determinerebbe nella circolazione del credito cambiario il legislatore ha introdotto (sub specie dell'ipoteca iscritta a garanzia di titoli all'ordine, v. art. 2831 c.c.) la figura

della c.d. cambiale ipotecaria, la quale fa eccezione a tale regola consentendo che, una volta iscritta, all'atto della emissione del titolo, a nome del primo prenditore e fattone annotazione sulla cambiale, l'ipoteca si trasmette automaticamente a favore di ogni successivo giratario, il quale potrà esercitare il diritto di garanzia pur non figurando il suo nome nei registri immobiliari. Al fine, poi, di favorire la spendita delle cambiali tratte non accettate o non accettabili, che si reggono praticamente sulla sola fiducia ispirata dalla firma del traente, una legge speciale (15 gennaio 1934, n. 48) ho introdotto la figura della c.d. cambiale tratta garantita mediante cessione della provvista, in cui l'iscrizione nel testo cambiario di tale apposita clausola determina un'automatica acquisizione (a titolo derivativo), a favore di ciascun portatore, del credito di provvista che il traente vanta verso il trattario, senza bisogno di separata cessione né di notifica al debitore, se non da parte del primo prenditore. Il tutto, però, a condizione: a) che il credito di provvista derivi da una fornitura di merci, della quale si riporta sul titolo gli estremi della fattura; b) che il primo prenditore sia una banca.

Il pagamento della cambiale ed il regresso per mancato pagamento

La legge stabilisce i termini entro i quali la cambiale deve essere presentata per il pagamento al debitore (o al designato per il pagamento) in via principale: essi sono indicati, per le cambiali a data certa ed a certo tempo data o vista, nel giorno della scadenza o in uno dei due giorni feriali successivi e per le cambiali a vista nell'anno dalla data di emissione. La differenza consiste nel fatto che, mentre in tale ultima ipotesi la inosservanza di tale termine determina la perdita di qualsiasi azione cambiaria, nella prima determina solo la perdita delle azioni di regresso, mentre il debitore principale resta obbligato fino alla scadenza del termine di prescrizione. Ciò però non significa che debba necessariamente restare vincolato nelle more della scadenza di tale termine: anche se non può avvalersi della procedura liberatoria prevista dal diritto comune per l'impossibilità, in difetto di presentazione del titolo, di identificare l'avente diritto alla prestazione, può tuttavia ricorrere ad un sistema di liberazione coattiva depositando la somma dovuta presso la Banca d'Italia (art. 48).

Il pagamento della cambiale deroga al principio generale sulle obbligazioni divisibili (quale è certamente quella avente ad oggetto il pagamento di una somma di denaro) secondo il quale il creditore non è obbligato ad accettare un pagamento parziale: la norma (art. 45, comma 2°), che stabilisce per il portatore l'obbligo di accettarlo, si spiega con l'esigenza di tutelare gli obbligati di regresso e pertanto trova nella loro presenza il limite alla sua applicabilità.

Sempre in deroga al diritto comune, secondo il quale il termine per l'adempimento delle obbligazioni si considera stabilito nell'interesse del debitore, l'art. 45 l. camb. stabilisce che il portatore non è tenuto ad accettare un pagamento prima della scadenza; se comunque esso ha luogo si considera effettuato «a rischio e pericolo del

debitore», espressione con la quale si vuole intendere che quest'ultimo non potrà invocare la norma sull'effetto liberatorio del pagamento fatto al legittimato cartolare laddove nel portatore che riceve il pagamento difetti la titolarità del credito.

L'azione di regresso per mancato pagamento non è sempre subordinata all'infruttuosa presentazione del titolo alla scadenza: la legge (art. 50) consente anche l'esercizio anticipato dell'azione di regresso quando si verifichi: a) la sottoposizione del trattario o dell'emittente ad una procedura concorsuale (fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta, amministrazione controllata ed amministrazione straordinaria); b) la cessazione dei pagamenti (intesa come stato di insolvenza non dichiarato) o l'esecuzione infruttuosa (ovviamente per altri crediti) sui loro beni; c) il fallimento del traente di una cambiale tratta non accettabile. La differenza tra le tre ipotesi è che mentre la prima e la terza implicano la certezza che il titolo non sarà pagato alla scadenza, onde è sufficiente per l'esercizio del regresso l'esibizione del provvedimento giudiziale di apertura della procedura concorsuale, la seconda implica solo un elevato grado di probabilità, onde in tal caso occorre sempre far precedere l'azione dalla infruttuosa presentazione del titolo.

Impropriamente la citata norma annovera, tra le ipotesi di regresso anticipato, quella della mancata accettazione: in realtà questa costituisce un presupposto autosufficiente dell'azione, perché la responsabilità degli obbligati di regresso concerne, normalmente, sia il mancato pagamento che la mancata accettazione. Ne consegue che la disposizione è inapplicabile laddove quest'ultima forma di responsabilità sia stata convenzionalmente esclusa (tratta non accettabile).

L'art. 59 consente al portatore di monetizzare immediatamente il credito di regresso mediante l'emissione della c.d. cambiale di rivalsa, che è una cambiale tratta in cui come traente figura il titolare dell'azione di regresso e come trattario l'obbligato cambiario, il quale (ma il punto è controverso) è tenuto a prestare la relativa accettazione, rispondendo, in mancanza, del danno arrecato.

L'intervento cambiario

L'intervento è costituito dall'inserirsi, nel rapporto cambiario, di un soggetto il quale interviene, prestando l'accettazione o pagando il titolo (onde si distingue tra intervento per accettazione ed intervento per il pagamento), allo scopo di evitare l'azione di regresso verso un obbligato cambiario e, di conseguenza, verso tutti coloro che hanno firmato successivamente, i quali, laddove compulsati dal portatore, potrebbero poi rivalersi nei suoi confronti.

L'intervento può essere un fatto del tutto spontaneo, ovvero un'eventualità già prospettata al momento della creazione della cambiale con la indicazione sul titolo di

un soggetto (detto indicato al bisogno) al quale, a seconda dei casi, il portatore può o deve rivolgersi preventivamente prima di esercitare l'azione di regresso.

L'intervento può essere fatto sia da un terzo estraneo sia da chi sia già obbligato cambiariamente in via di regresso; in tale ipotesi, l'intervento (che, ovviamente, non può essere che per accettazione), può avere luogo solo a favore dello stesso obbligato o dei firmatari precedenti.

L'intervento può essere spiegato a favore di un qualsiasi obbligato di regresso; in mancanza di specificazione da parte dell'interveniente si intende fatto, se effettuato da un indicato al bisogno, a favore di colui che ha fatto l'indicazione al momento di sottoscrivere il titolo, altrimenti, allo scopo di giovare al maggior numero di obbligati di regresso, si intende fatto a favore del traente nella tratta e del primo prenditore nel pagherò.

L'accettazione per intervento può essere fatta ogni qual volta il portatore di una cambiale tratta accettabile può esercitare il regresso prima della scadenza, a norma dell'art. 50 l. camb. (ossia dissesto del trattario o mancata accettazione da parte sua); essa può anche essere rifiutata dal portatore, a meno che non provenga da un soggetto già all'uopo indicato sul titolo il quale domicili nel luogo di pagamento dello stesso. Essa ha per effetto di costringere il portatore non solo ad attendere il pagamento del titolo alla scadenza, ma a sottoporsi all'onere di un doppio protesto, prima contro il trattario e poi contro l'interveniente, se domiciliato nel medesimo luogo del titolo. L'effetto dell'accettazione per intervento è quello di rendere l'accettante responsabile verso il portatore e verso tutti i giranti susseguenti a quello per il quale l'intervento è spiegato, con la particolarità che l'azione è subordinata ad una preventiva presentazione della cambiale all'interveniente non più tardi dell'ultimo giorno consentito per la levata del protesto (ossia il terzo giorno feriale successivo alla scadenza).

Il pagamento per intervento può avere luogo in qualunque tipo di cambiale, sia alla scadenza che prima, a condizione che vi sia un obbligato di regresso a cui favore l'intervento è spiegato: esso non può essere rifiutato dal portatore, pena la perdita dell'azione di regresso verso coloro che sarebbero stati liberati per effetto dell'intervento. Il pagamento deve essere integrale (non avrebbe senso un pagamento parziale in quanto non sottrarrebbe l'obbligato di regresso ad un'azione immediata) e tempestivo, ossia effettuato entro il giorno successivo all'ultimo giorno utile per la levata del protesto e risultare da quest'ultimo (sempre che sia necessario per la conservazione dell'azione di regresso).

Per effetto del pagamento effettuato, se tempestivo, l'interveniente acquista, in via autonoma, i diritti cambiari spettanti al portatore soddisfatto nei confronti

dell'obbligato per il quale l'intervento è spiegato e dei firmatari precedenti, mentre libera definitivamente i firmatari successivi. Laddove, invece, sia tardivo esso comporterà il più limitato effetto della surrogazione ex art. 1201 c.c., ossia un acquisto di tali diritti a titolo derivativo, gravato da tutte le eccezioni personali opponibili al portatore precedente.

La prescrizione dei diritti cambiari

I diritti cambiari sono sottratti al termine di prescrizione decennale dei diritti di credito (tranne ovviamente che vi sia stata una sentenza o altro provvedimento giudiziale di condanna del debitore) e soggetti ad una disciplina speciale.

L'azione del portatore contro gli obblighi in via diretta si prescrive in tre anni dalla data di scadenza e, nel caso di cambiale a vista, dall'avvenuta presentazione infruttuosa; ed altrettanto vale per l'azione dell'avallante o dell'obbligato di regresso nei confronti dell'obbligato principale (trattario accettante o emittente); l'azione di regresso dell'ultimo portatore si prescrive in un anno dalla data del protesto o della scadenza se vi è clausola senza spese (ovvero dalla data della dichiarazione di rifiuto, della scadenza del termine prorogato in caso di forza maggiore, o dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento del trattario o dell'emittente); l'azione di ulteriore regresso si prescrive in sei mesi dal giorno in cui l'obbligato di regresso ha pagato la cambiale o è stata promossa azione nei suoi confronti (con vistosa deroga, su tale punto, al principio per cui la prescrizione non decorre se il soggetto non ha la possibilità di esercitare il diritto, dato che l'obbligato compulsato per il pagamento non ha ancora il possesso del titolo necessario per esercitare l'ulteriore regresso) (art. 94).

L'obbligazione cambiaria a scopo di garanzia (avallo)

L'avallo è una dichiarazione cambiaria espressamente finalizzata allo scopo di garantire l'obbligazione assunta da un altro obbligato cambiario; come tale, quindi, essa riveste carattere di accessorietà che però, a differenza di quanto avviene per la fidejussione, è puramente formale, in quanto la legge (art. 37, comma 2°, l. camb. e art. 30, comma 2°, l. ass.) dichiara l'avallo valido ancorché sia nulla l'obbligazione garantita, salvo che tale nullità derivi da un vizio di forma. Può pertanto dirsi che l'avallo costituisce garanzia non dell'adempimento da parte del garantito, ma della soddisfazione dell'interesse del portatore come tale. Infatti l'esigibilità della prestazione portata dal titolo nei confronti di chi ha prestato l'avallo (avallante) non solo prescinde, in virtù della cennata regola, dalla validità dell'obbligazione del garantito (avallato), ma anche, in virtù della solidarietà che lega i vari obbligati cambiari, dalla constatazione di un inadempimento da parte sua, potendo il portatore rivolgersi indifferentemente all'uno o all'altro. L'unico legame che unisce i soggetti è

costituito dal fatto che l'avallante assume la stessa posizione formale dell'avallato sotto il profilo della distinzione tra obbligati in via principale ed obbligati in via di regresso

Dalla inopponibilità, da parte dell'avallante, dell'eccezione di invalidità dell'obbligazione dell'avallato discende che egli non può opporre tutte le altre eccezioni a questi personali, tranne quella di avvenuto pagamento del titolo, attesa l'esplicita finalizzazione del suo impegno ad una funzione di garanzia. La legittimazione a prestare l'avallo è riconosciuta (art. 35, comma 2°, l. camb. e art. 28, comma 2°, l. ass.), oltre che a qualsiasi estraneo, anche a un altro firmatario del titolo a condizione però che il suo impegno venga a rafforzare la posizione del portatore, nel senso che egli si trovi obbligato verso eventuali portatori nei confronti dei quali non lo sarebbe stato in forza alla firma già apposta in precedenza (avallo di un girante a favore di un firmatario precedente, che lo rende responsabile nei confronti dei giranti intermedi) o, comunque, non lo sarebbe stato allo stesso modo (avallo di un obbligato di regresso a favore di un obbligato diretto).

La scelta dell'obbligato da garantire è rimessa, ovviamente, all'autonomia dell'avallante, il quale risponde verso tutti coloro che avrebbero potuto agire contro l'avallato; ove sia omessa ogni indicazione in proposito la legge, onde conferire all'impegno di garanzia la massima estensione, stabilisce, con norma integrativa della volontà privata, che l'avallo si intende dato per il traente o per l'emittente, rendendo così l'avallante in pratica responsabile verso tutti i potenziali portatori del titolo (art. 36, ultimo comma, l. camb. e art. 29, ultimo comma, l. ass.).

L'avallo deve essere espresso con la formula «per avallo» o altra equivalente seguita dalla sottoscrizione; esso, però, può anche risultare dalla semplice sottoscrizione purché questa sia apposta sulla faccia anteriore del titolo (onde non confondersi con la firma di girata apposta normalmente sul retro), e sempre che non si tratti di una firma di coemittenza o della firma del trattario; la distinzione tra firma di coemittenza e firma di avallo va effettuata in base a criteri oggettivi (ad esempio uso del plurale o del singolare nella dichiarazione cambiaria originaria), nel dubbio dovendosi propendere per la prima alternativa. Il pagamento effettuato dall'avallante non estingue il titolo, ma determina a suo favore l'acquisto del diritto cartolare (e quindi della proprietà del documento) contro l'avallato e contro tutti coloro che sono obbligati cambiariamente nei suoi confronti.

(DIFFERENZE AVALLO/ FIDEIUSSIONE: CASSAZIONE 19.11.2007, N.23922 -TRIB. MODENA 14.10.2009 ALL.TI 1-2)

AZIONI CAMBIARIE-PROTESTO

- Il portatore di una cambiale, qualora il pagamento venga rifiutato dal trattario (per la tratta) o dall'emittente (per il pagherò), può pretendere lo stesso da tutti gli obbligati cambiari, ed a tal fine può:
- iniziare l'esecuzione forzata sul patrimonio del debitore, servendosi della cambiale come titolo esecutivo;
- promuovere un ordinario giudizio di cognizione;
- avvalersi del procedimento ingiuntivo (poiché esso consente di iscrivere sollecitamente ipoteca giudiziale).

Comunque, in ciascuno di tali casi, l'azione cambiaria può essere:

- diretta: contro gli obbligati principali (che sono: l'accettante e i suoi avallanti nella «tratta, l'emittente e i suoi avallanti nel «pagherò»);
- di regresso: contro gli obbligati di regresso (che sono: traente, girante e loro avallanti nella «tratta»; giranti e loro avallanti nel «pagherò»).

L'azione cambiaria di regresso si differenzia da quella diretta (ossia contro l'obbligato in via principale) per essere condizionata al maturare di due presupposti: l'uno, sostanziale, rappresentato dal mancato pagamento (e nella cambiale tratta, dalla mancata accettazione) del titolo, ed uno formale rappresentato dalla necessità in linea di principio che tale evento venga constatato in una forma determinata. Per mancato pagamento si deve intendere il mancato conseguimento della prestazione da parte di chi è designato a pagare in via principale (ed al quale il portatore deve anzitutto rivolgersi); esso non coincide con un inadempimento in senso tecnico, in quanto tale soggetto può anche non essere cartolarmente obbligato (trattario non accettante).

La mancata accettazione (della cambiale tratta) è un presupposto autosufficiente dell'azione di regresso, nel senso che essa rileva come tale, e non come probabile mancato futuro pagamento, onde il regresso non è azionabile quando la responsabilità per mancata accettazione sia stata esclusa con apposita clausola apposta dal traente o dai giranti.

La constatazione in forma determinata del mancato pagamento (o della mancata accettazione) viene di solito effettuata mediante un atto autentico, redatto da un pubblico ufficiale, che prende il nome di protesto (art. 51, comma 1°, l. camb. e art. 45, comma 2°, n. 1, l. ass.).

Tale constatazione deve avvenire in un determinato termine utile variamente fissato per i diversi tipi di titoli cambiari: la sua omissione ha conseguenze diverse secondo che si verifichi con riferimento al rifiuto di accettazione o al rifiuto di pagamento: nel primo caso ha, come conseguenza, l'impossibilità di esercitare l'azione di regresso per mancata accettazione, restando salva quella per mancato pagamento, previa nuova

presentazione ad hoc del titolo; nel secondo caso ha la più radicale conseguenza della decadenza del portatore dell'azione contro gli obblighi di regresso (v. art. 60, comma 1°, l. camb. e art. 45, ultimo comma, l. ass. ma con eccezione, per l'assegno, dell'azione verso il traente).

Finalità del protesto è quella di garantire, al limite del falso da parte del pubblico ufficiale, gli obbligati di regresso circa la tempestività della presentazione del titolo e l'effettivo suo mancato pagamento (o sua mancata accettazione); tuttavia essa non costituisce un limite alla legittimità del protesto, onde allo stesso può farsi ricorso anche quando non vi sia un'azione di regresso da esercitare, in quanto ricorre comunque l'interesse del portatore, parimenti meritevole di tutela, a far constatare in modo solenne il mancato buon fine del titolo, nonché ad esercitare una pressione psicologica sull'obbligato cartolare, dato il discredito commerciale provocato dalla pubblicità che si accompagna al protesto. Per gli stessi motivi trova risposta affermativa il quesito intorno alla legittimità del protesto contro l'avallante dell'obbligato in via principale, stante l'equiparazione nella posizione di obbligato diretto, con la precisazione che si tratta, comunque, di un protesto facoltativo, inidoneo a surrogare, ai fini della conservazione dell'azione di regresso, quello obbligatorio contro l'avallato.

La legge cambiaria attribuisce la competenza a procedere al protesto del titolo ai notai o agli ufficiali giudiziari, e, in mancanza, ai segretari comunali, soggetti tutti dotati della qualifica di pubblico ufficiale e quindi in grado di offrire la massima garanzia circa la veridicità delle loro attestazioni..

Il pubblico ufficiale è responsabile del risarcimento del danno sia nei confronti del portatore, per il mancato adempimento dell'incarico o per la invalidità del protesto per mancata osservanza della norma di legge, sia nei confronti del protestato per la illegittimità della richiesta, sempre che fosse rilevabile dall'esame del titolo.

Poiché il protesto è soggetto a pubblicità in apposito Bollettino periodico curato dalla Camera di Commercio, cui l'elenco dei protesti viene inviato dal presidente del tribunale (in base ad elenchi obbligatoriamente trasmessi dai pubblici ufficiali che hanno proceduto alla constatazione del mancato pagamento), è evidente che esso, laddove effettuato illegittimamente, è fonte di danno risarcibile, danno del quale risponderanno il solo portatore richiedente, laddove l'illegittimità della richiesta di pagamento non sia desumibile dalla lettera del titolo, ovvero il solo pubblico ufficiale se l'illegittimità del protesto è dovuta alla sua negligenza nell'esame del titolo e nella ricerca ed individuazione dell'obbligato, sia, infine, entrambi se l'illegittimità della richiesta è desumibile dal contesto del titolo.

(CASS. 31.05.2012 N.8787 ALL.TO 3 E 4 NOTA- CASS.15.10.2014 N.21838 ALL.TO 5-TRIBUNALE DI NAPOLI 17.05.2011 ALL.TI 6 E 7 NOTA)

L'assegno bancario: struttura e funzione

L'assegno bancario, che pure si presenta strutturalmente come una tratta a vista, diverge profondamente, sotto il profilo funzionale, dall'analogo titolo cambiario in quanto, mentre la cambiale tratta assolve ad una funzione di credito, l'assegno bancario assolve ad una funzione di pagamento consentendo, a chi abbia somme disponibili presso un banchiere, di utilizzarle per effettuare, suo tramite, pagamenti a terzi.

Questa diversità di funzione tra cambiale tratta ed assegno è alla base di alcuni aspetti differenziati della disciplina, volti ad assicurare che il titolo mantenga la sua funzione di mezzo di pagamento, e precisamente:

- a) l'esigibilità a vista, nonostante ogni eventuale scadenza apposta sul titolo (art. 31), e l'assoggettamento della sua presentazione a termini brevissimi, pena la perdita dell'azione di regresso contro i giranti e contro lo stesso traente nell'ipotesi di successivo dissesto del trattario (art. 45);
- b) il divieto di ogni assunzione di responsabilità cartolare del trattario, il quale non solo non deve, ma non può accettare l'assegno (art. 4) né avallarlo (art. 28) né divenirne portatore con la possibilità di girarlo assumendo di conseguenza la responsabilità di regresso (art. 18);
- c) la necessità che il trattario rivesta una particolare qualifica (banchiere) che ne assicura la costante solvibilità;
- d) la necessità di un preventivo accordo tra traente e trattario, in base al quale il secondo si impegna ad onorare gli assegni su di lui tratti nei limiti dei fondi disponibili (c.d. convenzione di assegno, art. 3, comma 2°);
- e) la irrevocabilità, fino alla scadenza del termine di presentazione, dell'ordine contenuto nel titolo.

In base al principio che la semplice emissione dell'ordine di pagamento non determina alcuna responsabilità del trattario verso il prenditore per la sua mancata esecuzione (v. supra, § 2.2), deve escludersi che il portatore di una assegno bancario possa vantare alcun diritto, nei confronti della banca trattaria, al pagamento del titolo, anche se ricorrono i presupposti per la sua emissione (fondi disponibili e convenzione di assegno).

La legge ha, tuttavia, tenuto conto dell'esigenza, da parte del portatore, di una certezza preventiva del successivo pagamento del titolo, attribuendo ad un eventuale

«visto» o attestazione certificativa dell'esistenza di corrispondenti fondi disponibili resi dal trattario l'effetto di obbligare quest'ultimo a «tenere fermo» il relativo importo fino alla scadenza del termine di presentazione, impedendo che il traente possa ritirare i fondi o altrimenti disporne.

All'esigenza della banca, che negozi (o, come si dice impropriamente «cambi»), un assegno tratto su altra azienda di credito, ad acquisire un'analogha certezza preventiva viene, invece, incontro la prassi interbancaria del c.d. benestare telefonico, il quale si presenta come una fattispecie articolata con una varietà di effetti giuridici, e precisamente:

- a) l'ipotesi, che è quella normale, in cui la banca trattaria interpellata si limiti a dare assicurazione dell'esistenza, in quel momento, dei fondi corrispondenti: si tratta di una mera dichiarazione di scienza che non determina alcun obbligo di «bloccare» tali fondi;
- b) l'ipotesi in cui la banca trattaria non solo assicura l'esistenza di fondi, ma anche il pagamento del titolo all'atto della presentazione: ne consegue, a suo carico, un obbligo extracartolare di pagare il titolo subordinato unicamente alla verifica della sua regolarità (assenza di alterazioni, autenticità della firma di traenza, etc.) e della legittimazione cartolare del presentatore;
- c) la terza ipotesi è quella in cui la banca trattaria conferisce alla banca negoziatrice un vero e proprio mandato extracartolare a pagare il titolo, con conseguente sua estinzione, donde l'obbligo della banca trattaria di pagarne comunque l'importo indipendentemente dalla verifica di eventuali irregolarità formali, salvo quelle rilevabili con l'ordinaria diligenza.

Requisiti di regolarità dell'assegno bancario

I requisiti di regolarità dell'assegno bancario (così definiti perché la loro mancanza, pur essendo sanzionata penalmente (artt. 1 e 2, l. 15 dicembre 1990, n. 386) non tocca l'efficacia cambiaria del titolo) sono individuati dall'art. 2 della legge, e sono:

- a) l'esistenza di fondi disponibili del traente presso la banca; b) il diritto di disporne mediante assegno bancario in conformità di una convenzione espressa o tacita.

Per fondi disponibili si intende la titolarità, da parte del traente, di un credito «disponibile» nei confronti del trattario, nel senso che questi non solo è obbligato a corrispondere una somma di danaro, ma a tenerla «a disposizione» del cliente in attesa di sua richiesta di pagamento, il che garantisce che, salvo che il traente disponga dei medesimi fondi dopo avere emesso l'assegno, il trattario avrà i mezzi necessari per ottemperare all'ordine impartitogli.

La convenzione di assegno, che non esiste in forma autonoma, ma è collegata alla regolamentazione in conto corrente del rapporto dal quale originano i «fondi disponibili», è riconducibile allo schema del mandato, in quanto ha per oggetto il compimento, da parte della banca, di una serie di atti giuridici, costituiti dal pagamento di assegni tratti in favore di terzi utilizzando i predetti «fondi».

L'entità di questi ultimi segna solo il limite dell'obbligo della banca di svolgere il «servizio di cassa» costituito dal pagamento degli assegni, ma non della facoltà di effettuarlo, onde, laddove i fondi sono insufficienti, la banca «può» rifiutare di onorare l'assegno senza incorrere in responsabilità (extracartolare) nei confronti del cliente, ma laddove comunque lo paghi (c.d. pagamento di cortesia) ne può legittimamente «addebitare» in conto l'importo.

La particolarità dello strumento usato per impartire, nell'ambito di questo generico impegno assunto all'atto dell'apertura del conto bancario, i singoli ordini di pagamento comporta alcune deroghe alla disciplina generale del mandato.

La prima deroga è costituita dal fatto che il pagamento non deve essere fatto all'effettivo beneficiario dell'ordine, ma a chi tale appaia secondo le regole della legittimazione cartolare.

La seconda è che l'importo addebitabile è quello «apparentemente» risultante dal testo dell'assegno, anche se divergente da quello effettivamente ordinato dal traente, atteso che ogni alterazione dell'assegno verificatasi durante la sua circolazione, laddove non rilevabile con la diligenza professionale compatibile con la rapidità delle operazioni di sportello, è a carico del cliente.

La terza è che l'addebitabilità dell'importo dell'assegno può prescindere perfino dalla effettiva emanazione di un ordine conforme, come avviene in caso di falsità della firma di traenza non rilevabile con la diligenza professionale: in tal caso infatti la banca può pretendere il rimborso di quanto pagato come risarcimento del danno derivante dall'espletamento del mandato (art. 1720, comma 2°, c.c.).

Requisiti formali dell'assegno bancario

Per quanto concerne i requisiti materiali di validità delle singole dichiarazioni cartolari contenute nell'assegno valgono le regole proprie di tutti i titoli cambiari, con l'unica particolarità rispetto alla cambiale (spiegabile con la diversa funzione del titolo), che la procura generale, anche se conferita da non imprenditore, comprende il potere di emettere o girare assegni bancari.

Peculiari si presentano, invece, i requisiti formali di validità del titolo, elencati all'art. 1 della legge speciale.

Il primo requisito (n. 1) costituito dalla denominazione di assegno bancario inserita nel contesto del titolo ed espresso nella lingua in cui lo stesso è redatto, risponde alla medesima ratio dell'analogo formalismo previsto per la cambiale: la pratica rilevanza di tale prescrizione è ampiamente ridimensionata dal generale uso di moduli bollati predisposti dalla banca trattaria.

Il secondo requisito (n. 2) è l'ordine incondizionato di pagare una somma determinata: attesa la funzione di pagamento cui risponde il titolo il principio della previa determinazione della somma non soffre eccezioni, restando esclusa l'apponibilità della clausola di interessi (art. 7).

Il terzo requisito (n. 3) è costituito dal nome di colui che è designato a pagare (trattario), indicazione che risulta specificata dal successivo art. 3 il quale prescrive che l'assegno deve essere tratto su un «banchiere». Tale espressione, alla luce della ratio della norma, che è quella di assicurare la solvibilità del soggetto incaricato del pagamento, va interpretata come riferita ad un soggetto che esercita l'attività bancaria previa autorizzazione e sotto il controllo della Banca d'Italia. Ne consegue l'invalidità (e non la semplice irregolarità) del titolo tratto su una banca di fatto o su un non banchiere.

L'esigenza di impedire il sorgere di un'obbligazione cartolare, sia pure di regresso, della banca è alla base del divieto di trarre l'assegno sullo stesso traente (art. 6 l. ass.), cui fa eccezione l'ipotesi del c.d. assegno piazzato, ossia tratto tra diverse filiali della stessa banca, grazie all'autonomia amministrativa riconosciuta alle varie strutture commerciali in cui si articola l'attività bancaria.

Il quarto requisito (n. 4) è l'indicazione del luogo di pagamento, la cui omissione, però, è supplita (come avviene per la cambiale) con norme integrative analoghe, con l'unica differenza che la mancanza di un luogo accanto al nome del trattario non comporta la nullità del titolo ma lo stesso si considera pagabile «nel luogo in cui lo stesso è stato emesso», e, se ivi non vi è una filiale della banca trattaria, dove quest'ultima ha la sede principale.

Il quinto requisito (n. 5) è l'indicazione del luogo e della data di emissione: mentre per quanto concerne il primo dato non vi è difformità dalla disciplina dell'analogo requisito della cambiale (in difetto di enunciazione specifica considerandosi luogo di emissione quello indicato accanto al nome del traente), peculiare trattamento riceve il secondo requisito formale che deve non solo essere esistente (pena la nullità del titolo) ma rispondere all'effettivo momento del rilascio.

ASSEGNO POSTDATATO

Onde evitare che la funzione di pagamento del titolo possa essere distorta protraendo artificialmente i termini di presentazione, la legge (art. 31) stabilisce l'inefficacia cartolare della postdatazione sancendo che «l'assegno bancario presentato per il pagamento prima del giorno indicato come data di emissione è pagabile nel giorno della presentazione». La inefficacia cartolare della postdatazione fa ritenere colpito da nullità il patto extra cartolare di non presentare l'assegno al pagamento prima di una certa data (c.d. pactum da non petendo), con conseguente impossibilità per il traente, convenuto in via di regresso nell'ipotesi (assai probabile) di mancato pagamento per carenza di fondi, di richiamarsi a tale accordo per sottrarsi alla responsabilità cambiaria.

(VEDI CASS.12.12.2014 N.26121_ TRIBUNALE MILANO, 13.04.2011, ALL.TI8-9)

Con riguardo, poi, allo specifico caso dell'assegno postdatato si registra un arresto giurisprudenziale secondo il quale "integra il delitto di truffa, perchè costituisce elemento di artificio o raggirio, la condotta di consegnare in pagamento, all'esito di una transazione commerciale, un assegno di conto corrente bancario postdatato, contestualmente fornendo al prenditore rassicurazioni circa la disponibilità futura della necessaria provvista finanziaria" (Cass. Sez. 2, sent. n. 28752 del 18/06/2010, dep. 22/07/2010, Rv. 247866). (CASS. PEN. 21.07.2015 N.33441 ALL.TO 10)

Ultimo requisito formale è rappresentato dalla sottoscrizione del traente; è da rilevare che solo normalmente il soggetto cui è riferibile la firma di traente coincide con il titolare del conto sul quale l'assegno è tratto, atteso che la legge (art. 6, comma 2°) ammette che l'assegno possa essere tratto da un terzo su conto altrui, ovviamente su autorizzazione del correntista debitamente comunicata alla banca trattaria.

Manca, rispetto all'analoga elencazione dei requisiti formali della cambiale, quella del primo prenditore atteso che la legge fa derivare dalla sua omissione (come da apposita clausola in tal senso) la sottoposizione dell'assegno alla legge di circolazione dei titoli al portatore, mentre l'indicazione del primo prenditore lo sottopone, automaticamente, a quella dei titoli all'ordine.

L'art. 6, comma 1° ammette che il titolo possa essere tratto all'ordine dello stesso traente; in tal caso adempie alla sua vera funzione di strumento delegatorio di pagamento solo se trasferito a terzi, altrimenti, se presentato direttamente allo sportello della banca trattaria, si riduce ad una semplice quietanza di pagamento (ad esso si ricorre normalmente per i prelievi diretti sul conto).

L'art. 2 della legge sanziona con la nullità del titolo come assegno l'assenza di uno o più dei menzionati requisiti formali (o dei dati cartolari che consentono di suppliedli mediante norme integrative), con disposizione analoga a quella contenuta nella legge

cambiaria: mentre, tuttavia, il coordinamento dell'art. 2 l. camb. con la norma di cui all'art. 14 sulla cambiale in bianco non lascia dubbi sulla necessità della loro presenza solo al momento in cui il titolo viene presentato per il pagamento, al contrario, per l'assegno bancario si assume, da parte della dottrina e della prevalente giurisprudenza, che la loro presenza debba esservi fin dal momento dell'emissione, ritenendosi inammissibile il rilascio di un assegno in bianco, in quanto contrastante con la funzione di mezzo di pagamento assegnata al titolo. Naturalmente tale nullità non è certamente opponibile a colui al quale il titolo sia pervenuto già riempito, ma unicamente all'immediato prenditore che, non avendone ottenuto il pagamento da parte del trattario, voglia agire in via di regresso contro il traente.

La circolazione dell'assegno bancario

Essendo l'assegno bancario suscettibile di essere sottoposto alla legge di circolazione all'ordine o al portatore valgono, in proposito, le regole generali sui titoli di credito e quelle specifiche dei titoli cambiari sulla responsabilità di regresso dei giranti, con la particolarità che questa è connessa alla girata come tale e non come mezzo di trasferimento della legittimazione, riconoscendo la legge (art. 23) la responsabilità cambiaria anche del girante un assegno al portatore, senza che la girata abbia efficacia modificativa della legge di circolazione.

L'unica particolarità, connessa alla funzione del titolo e all'esigenza di evitare che lo stesso possa incorporare un'obbligazione cartolare del trattario, è costituita dall'effetto estintivo riconnesso al suo pagamento, con conseguente attribuzione del valore di quietanza alla girata fatta a favore del trattario e comminatoria di nullità alla girata del trattario (art. 18, commi 3° e 5°). Tuttavia la considerazione che il controllo dell'autenticità della firma di traenza, mediante raffronto con l'originale depositato, può avvenire solo presso la sede della banca dove è acceso il conto ha fatto eccettuare l'ipotesi in cui il titolo venga girato ad uno «stabilimento» diverso dalla stessa banca, sebbene le singole strutture in cui la banca si articola siano fornite solo di un'autonomia contabile, ma non di propria soggettività (art. 18, comma 5°).

La clausola di intrasferibilità, figurante normalmente sui moduli messi a disposizione dalla banca (salva espressa richiesta contraria del cliente) e comunque necessariamente presente per assegni di importo superiore ad euro 12.500,00 rende il titolo pagabile unicamente all'immediato prenditore o al banchiere giratario per l'incasso (art. 43); peraltro, attesa la ratio della norma, si ritiene che tale clausola precluda altresì la circolazione extra cartolare, e la legittimazione del rappresentante volontario in virtù di procura extra cartolare. Tuttavia la medesima ratio suggerisce un'interpretazione restrittiva della citata norma, e quindi il riconoscimento della legittimazione ad incassare agli eredi del prenditore, così come al suo rappresentante legale in caso di incapacità.

La clausola di intrasferibilità opera soltanto sul piano della legittimazione ma non esclude certo gli effetti di un volontario trasferimento del titolo, così come di un effettivo conferimento della procura, onde non può certo disconoscersi valore liberatorio al pagamento fatto a soggetti diversi da quelli indicati nell'art. 43 laddove il trattario dia la prova di una delle menzionate vicende.

La legge dichiara la cancellazione di tale clausola priva di ogni effetto, onde il portatore potrà sempre vederla opposta sia dal trattario sia dal traente compulsato in via di regresso sia, infine, dall'originario prestatore in caso di smarrimento o sottrazione, non operando la regola sulla tutela dell'acquirente di buona fede.

Nonostante che la norma (art. 43, comma 2°) dichiara la banca «responsabile del pagamento» dell'assegno a persona diversa da quella indicata al comma precedente, tale responsabilità deve sempre ritenersi connessa alla presenza di una colpa, anche lieve, nell'identificazione del presentatore o nel controllo del titolo in caso di cancellazione.

Non rivestono effetto preclusivo della circolazione, ma solo della legittimazione ad incassare, le clausole di sbarramento e quella «da accreditare».

Con la prima, realizzata mediante l'apposizione di due linee parallele sulla faccia anteriore del titolo, l'assegno risulta pagabile solo ad un banchiere o ad un cliente della banca trattaria (sbarramento generale) ovvero solo al banchiere indicato (sbarramento speciale), a seconda che tra le due linee sia scritto o meno il nome di un determinato banchiere (art. 41).

Con la seconda si rende il titolo pagabile solo mediante accreditamento della somma ad un correntista della banca trattaria (art. 42).

Come si vede, entrambe le clausole non incidono sulla negoziazione del titolo, ma solo sul suo pagamento, e quindi non precludono la circolazione intermedia e l'eventuale acquisto di buona fede.

Anche tali clausole, sia pure con effetti limitati, tendono a tutelare il portatore dell'assegno contro il rischio di una perdita involontaria del possesso, e pertanto non possono essere invocate per contestare il valore liberatorio del pagamento fatto dal trattario in difformità, laddove venga provato il trasferimento volontario del titolo.

La presentazione per il pagamento e l'azione di regresso

L'esigibilità a vista è una caratteristica essenziale dell'assegno bancario: pertanto i termini per la sua presentazione al pagamento decorrono dalla data di emissione così come risulta dalla lettera del titolo. L'osservanza di tali termini (che sono di otto giorni se il luogo di pagamento si trova nell'ambito dello stesso comune in cui il titolo

è stato emesso, di quindici giorni se si trova in altro comune, di venti giorni se emesso in altro paese europeo, e sessanta giorni se emesso in altro continente) rileva, peraltro, unicamente ai fini dell'inefficacia, medio tempore, della revoca impartita dal traente e della conservazione della azioni di regresso contro i giranti, non ai fini dell'esigibilità dell'assegno che, se non revocato, può essere pagato anche dopo la loro scadenza.

Il pagamento dell'assegno avviene previo controllo, da parte della banca trattaria, oltre che, come avviene per tutti i titoli di credito, della legittimazione del portatore, anche dell'autenticità della firma di traenza, mediante confronto con l'originale depositato, e della esistenza di fondi sufficienti. Laddove la banca sia caduta in errore circa la copertura del titolo non può ripeterne l'importo dell'accipiens, atteso che l'assegno, come titolo astratto, conserva il suo valore legittimante anche se non vi siano fondi sufficienti; diversamente nell'ipotesi di falsità della firma di traenza perché in tal caso manca l'autorizzazione del traente che consente alla banca di «conteggiare» l'importo pagato. La ripetizione avverrà secondo le regole dell'indebito oggettivo (e quindi indipendentemente dalla buona fede dell'accipiens e dalla scusabilità dell'errore della banca trattaria).

L'azione di regresso, che può avvenire solo per mancato pagamento, è subordinata alla constatazione, mediante protesto, della tempestiva presentazione del titolo e del suo mancato pagamento. Protesto che può essere supplito da dichiarazioni equivalenti le quali, per la loro particolare provenienza, garantiscono in egual misura gli obbligati di regresso, e precisamente:

- una dichiarazione del trattario scritta sull'assegno con indicazione del luogo e del giorno della presentazione;
- una dichiarazione del capo di una stanza di compensazione (che è un organismo associativo inter bancario gestito dalla Banca d'Italia presso il quale, in conformità della procedura prevista da apposito regolamento, si procede quotidianamente alla presentazione degli assegni rispettivamente negoziati e, previo riscontro della regolarità e della copertura, alla liquidazione per differenza delle rispettive partite di dare ed avere) (art. 45).

L'azione contro il traente è svincolata dall'osservanza dell'onere della tempestiva presentazione e del protesto (art. 45, ultimo comma), pur trattandosi di un obbligato di regresso (onde deve essere sempre preceduta dalla infruttuosa presentazione del titolo al trattario): l'eccezione si spiega con il fatto che, data la istituzionale solvibilità della banca, la mancanza o il venir meno dei fondi disponibili è imputabile unicamente al traente medesimo.

L'azione di regresso è soggetta al termine di prescrizione di sei mesi, decorrenti dalla scadenza del termine di presentazione se si tratta dell'azione intentata dal portatore

finale, e dal giorno del pagamento o della chiamata in giudizio per il pagamento se si tratta dell'azione intentata da un obbligato di regresso contro i firmatari precedenti (art. 75).

L'assegno circolare

L'assegno circolare si presenta strutturalmente come un pagherò cambiario a vista emesso da una banca, mentre, funzionalmente, costituisce uno strumento di pagamento più valido dell'assegno bancario perché incorpora un credito verso una banca, e quindi di sicura esigibilità.

L'emissione dell'assegno circolare è subordinata a due presupposti che sono: a) l'esistenza di fondi disponibili presso l'emittente a favore del richiedente (che possono essere costituiti sia da somme versate ad hoc all'atto della richiesta sia da somme accreditate in conto corrente) e l'autorizzazione all'emissione di assegni circolari. Entrambi tali presupposti condizionano solo le regolarità del comportamento dell'emittente nei confronti dell'Autorità di Vigilanza, ma non la validità dell'obbligo cartolare incorporato nel titolo.

L'emissione dell'assegno circolare può avvenire sia a favore del richiedente, che in tal caso vanta un diritto cartolare nei confronti della banca al pagamento, sia a favore di un terzo: in tal caso (ma il punto non è pacifico) al richiedente non spetta alcuna pretesa verso la banca, essendosi ogni rapporto esaurito con la consegna del titolo conforme alla richiesta. Ciò non toglie che, laddove nelle more della consegna al terzo il titolo venga smarrito o sottratto, e pagato dalla banca, per sua colpa, a persona diversa del beneficiario, il richiedente possa vantare un'azione di risarcimento per illecito extra contrattuale nei confronti della banca per lesione del suo legittimo interesse o che il pagamento avvenga a favore dell'effettivo beneficiario. Analogamente vanterà un'azione di ingiustificato arricchimento se, essendo il titolo andato smarrito o distrutto, non vi sia stato alcun pagamento.

I requisiti formali del titolo

I requisiti formali dell'assegno circolare sono enunciati come segue nell'art. 83:

- a) la denominazione di assegno circolare inserita nel contesto del titolo;
- b) la promessa incondizionata di pagare a vista una somma determinata, con conseguente inefficacia sia di una scadenza sia di clausola di interessi;
- c) l'indicazione del prenditore, il che lo differenzia dall'assegno bancario che può essere emesso al portatore, e ciò per la maggiore idoneità del titolo a far concorrenza alla carta moneta;

d) l'indicazione del luogo e della data di emissione, entrambe espresse, non essendo stata ripetuta alcuna norma suppletiva alla mancata indicazione del luogo, ciò per rendere più facili le operazioni di controllo in caso di rifiuto o smarrimento;

e) la sottoscrizione dell'istituto emittente, costituita normalmente da una stampigliatura con la sigla (autografa) del funzionario addetto.

L'art. 85, al fine di facilitare il servizio di rilascio di assegni circolari anche su piccole piazze dove l'azienda di credito autorizzata non ha propri sportelli, prevede che l'emissione possa avvenire a mezzo di altra banca (non autorizzata) la quale emette il titolo su moduli muniti del visto dell'azienda autorizzata (che ha il valore di una procura cartolare) aggiungendovi la propria firma per conto della stessa (c.d. assegni di corrispondenti). Ovviamente la responsabilità per il pagamento incombe sull'azienda di credito per conto della quale il titolo è stato emesso.

Come si vede manca, tra i requisiti formali dell'assegno circolare, l'indicazione del luogo di pagamento per il semplice motivo che esso è pagabile presso qualunque sede, agenzia o filiale della banca emittente (dove l'appellativo di «circolare»).

DEPENALIZZAZIONE ASSEGNO E ISCRIZIONE NELLA CENTRALE DI ALLARME INERBANCARIA

Il d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507) ha istituito l'archivio centralizzato di allarme interbancario, accentuando la prospettiva di rilievo pubblicistico connessa all'assegno, di garanzia del buon funzionamento del sistema dei pagamenti, indispensabile ad alimentare la fiducia nelle transazioni commerciali, che costituiscono il motore di ogni economia di mercato.

Nel sistema dei titoli di credito bancari la principale minaccia alla fiducia dei consociati nell'assegno come strumento di pagamento è costituita dall'emissione di assegni senza autorizzazione ovvero privi di fondi di copertura. Tale considerazione da sempre ha pervaso la legislazione relativa alla circolazione degli assegni, ma diversa è stata nel tempo la caratura delle sanzioni all'uopo previste per l'illecita emissione dei titoli.

Com'è noto infatti la parabola evolutiva disegnata dal legislatore culmina con il d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, che completa l'opera iniziata dalla legge 15 dicembre 1990 n. 386 attraverso una depenalizzazione totale della materia.

Il passaggio dalle sanzioni penali alle sanzioni amministrative è sintomo di una chiara volontà del legislatore: appurata l'inadeguatezza del rimedio penale al fine di contrastare i comportamenti lesivi della fiducia del mercato è stato necessario ricercare nuove misure in grado di controllare queste tipologie di illeciti, capaci di costituire un deterrente più efficace contro coloro che abusino dei titoli di credito, ricorrendo a strumenti più efficienti che severi. Essi sono funzionali a scoraggiare la

consumazione degli illeciti da perseguire soprattutto attraverso la gravità e la durata delle conseguenze economiche a carico dei soggetti coinvolti, piuttosto che con la repressione penale del comportamento posto in essere .

Il d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507 infatti, lungi dal realizzare una semplice depenalizzazione, si contraddistingue per una portata innovativa del tutto peculiare, che si attesta su un duplice livello di intervento: da un lato ha previsto un sistema di tipo “classico” che demanda la reazione all'illecito ad una progressione sanzionatoria che si risolve in via generale nell'applicazione, a cura del Prefetto, di una sanzione amministrativa pecuniaria, ma che consente nelle ipotesi più gravi il ricorso a misure interdittive sempre di tipo amministrativo, per poi esitare nella tutela penale nel caso in cui le misure da ultimo richiamate vengano disattese; dall'altro lato la novella si atteggia come “innovativa” nella misura in cui anticipa l'intervento sanzionatorio consentendo alle banche, nei casi di emissione di assegni senza autorizzazione o in difetto di provvista, di provocare direttamente tramite la revoca generalizzata delle autorizzazioni, l'allontanamento (temporaneo) dal sistema bancario del soggetto che si è dimostrato inaffidabile violando la fede pubblica .

L'aspetto che maggiormente ha catturato l'attenzione degli interpreti è senza dubbio quello da ultimo citato, perseguito dal legislatore attraverso le due principali e più importanti novità della Riforma: i) l'istituzione, sotto il controllo della Banca d'Italia, di un archivio informatizzato degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento irregolari, c.d. “Centrale d'Allarme Interbancaria” ; ii) la revoca di sistema.

Quest'ultima, ai sensi dell'art. 9 l. 15 dicembre 1990 n. 386, comporta la revoca da parte dell'istituto di credito trattario di ogni autorizzazione ad emettere assegni per un periodo di sei mesi e il contestuale divieto, per il medesimo lasso di tempo, di stipulare nuove convenzioni di chèque con qualsiasi banca o ufficio postale.

Chiara, già prima facie, appare la differenza della nuova “revoca di sistema” rispetto alla vecchia “revoca aziendale” che si propone di sostituire: mentre l'originario impianto dell'art. 9 consegnava all'interprete una misura di interdizione bancaria correlata al solo istituto di credito con il quale era intercorsa la convenzione di chèque cui si riferiva l'assegno della cui illegittima emissione si faceva contestazione (cd. efficacia bilaterale della revoca), la novella legislativa del '99 ha esteso l'applicazione della revoca a qualsiasi altro rapporto dello stesso tipo in corso con altre banche (o uffici postali) , sull'esempio dell'ordinamento francese .

Tanto premesso sulla pervasività degli effetti della revoca di sistema, deve precisarsi comunque che essa incide direttamente sulle sole convenzioni d'assegno e non investe, di per sé, né il rapporto di conto corrente cui afferisce la convenzione né riguarda eventuali altri rapporti di conto corrente in corso di esecuzione presso altri istituti .

Cionondimeno non è da escludersi l'eventualità che sia la banca che abbia avviato la procedura di iscrizione, sia altri istituti che abbiano intrattenuto in precedenza delle relazioni bancarie (o postali) con il segnalato e che siano raggiunte dalla notizia dell'iscrizione nell'archivio, decidano di procedere autonomamente all'esercizio del diritto di recesso dal rapporto secondo l'ordinaria disciplina contrattuale, con conseguente chiusura dei relativi conti correnti.

Peraltro, l'archivio informatizzato istituito dal d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507, lungi dall'esaurire la propria funzione nel rendere possibile il passaggio dalla revoca aziendale all'odierna revoca di sistema e nel garantire l'efficace funzionamento di quest'ultima, costituisce in realtà un indispensabile strumento per l'applicazione della nuova disciplina sanzionatoria dell'assegno, di cui rappresenta il vero e proprio fulcro. Del resto proprio l'art. 10-bis della legge 15 dicembre 1990 n. 386, come ribadito dall'art. 1, comma 1° del regolamento sul funzionamento dell'archivio, attribuisce all'archivio istituito presso la Banca d'Italia la natura di “servizio di interesse economico generale, finalizzato ad assicurare il regolare funzionamento del sistema dei pagamenti”.

Per tale motivo la dottrina maggioritaria ritiene che la natura giuridica dell'istituto sia da ricondurre alle attività di central banking, avuto anche riguardo del fatto che la promozione e tutela del “regolare funzionamento dei sistemi di pagamento” costituisce una delle funzioni istituzionalmente affidate al Sistema Europeo delle Banche Centrali, dall'art. 105 del Trattato Europeo e dagli artt. 3 e 22 dell'allegato al Protocollo sullo Statuto del SEBC e della BCE, ed alla Banca Centrale Italiana dall'art. 146 del d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385.

L'obbligo di iscrizione nell'archivio è soggetto a differente disciplina, a seconda che il mancato pagamento consegua a difetto di autorizzazione ovvero a difetto di provvista. La differenza principale tra le due fattispecie contemplate dalla legge del '90 è da ravvisarsi sostanzialmente nel momento di consumazione dell'illecito: nel primo caso esso coincide con il momento dell'emissione stessa dell'assegno, dovendosi invece ritenere nella seconda ipotesi che il comportamento del traente assuma il crisma dell'illiceità solo nel momento (successivo) della scadenza del termine previsto dall'art. 8 per il pagamento tardivo dell'assegno (concepito come una condizione di procedibilità) senza che esso sia stato adempiuto.

Nella prima ipotesi, non essendo consentita alcuna regolarizzazione tardiva del titolo, è prescritto dall'art. 9 che l'iscrizione del nominativo del traente, comportante la revoca, non sia soggetta a termini dilatori e debba essere effettuata dall'istituto trattario, senza bisogno di alcuna altra formalità, entro e non oltre il ventesimo giorno dalla presentazione al pagamento del titolo.

Nel caso in cui, invece, l'iscrizione consegua al mancato pagamento di un assegno per difetto di provvista, è consentito al traente di evitare la revoca di sistema alle stesse condizioni in presenza delle quali gli è dato sottrarsi all'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie ed accessorie, vale a dire corrispondendo al portatore l'importo del titolo, maggiorato dagli interessi, dalla penale del 10% e dalle eventuali spese per la formale constatazione del mancato pagamento e fornendo la prova dell'avvenuto pagamento all'istituto trattario, il tutto entro i termini e con le modalità prescritte dall'art. 8 della l. n. 386/1990 .

Da tanto emerge che l'iscrizione negli archivi della Centrale d'Allarme Interbancaria non può essere (sempre) invocata immediatamente al solo ricorrere della condizione dell'omesso pagamento , richiedendosi il rispetto di tempi precisi, il cui solo decorso invece legittima l'iscrizione, con tutti i conseguenti effetti negativi per la sfera giuridico-patrimoniale-personale del soggetto colpito dalla conseguente revoca di sistema.

La disciplina descritta non è casuale e nella prassi ha avuto un discreto successo, in quanto media fra la grave sanzione afflittiva dell'iscrizione alla CAI, la possibilità data all'emittente del titolo di evitare la stessa ed il conseguente impulso al pagamento spontaneo dell'importo facciale dell'assegno, altrimenti insoluto.

In ragione della particolare efficacia “regolarizzatrice” attribuita dal legislatore riformista al pagamento tardivo dell'assegno nonché delle rilevanti conseguenze connesse ex lege all'iscrizione del nominativo del traente nell'archivio informatizzato, l'art. 9-bis l. 15 dicembre 1990, n. 386, prevede il rispetto di particolari formalità da parte dell'istituto trattario, obbligandolo ad effettuare il c.d. preavviso di revoca: in specie il trattario ha l'onere di comunicare al traente che alla scadenza del termine dei sessanta giorni utile per il pagamento tardivo, in mancanza dell'allegazione di prova idonea a supportare il sopravvenuto adempimento, il suo nominativo sarà iscritto nell'archivio centrale e che da quel momento gli sarà revocata ogni autorizzazione ad emettere assegni.

Sul traente, invece, ai sensi dell'art. 8, comma 3° grava l'onere di far constare al banchiere l'intervenuta sanatoria producendo la quietanza di avvenuto pagamento dell'assegno [e degli oneri accessori] con firma autenticata del portatore ovvero l'attestazione della banca presso la quale il pagamento è stato effettuato con accensione di un deposito vincolato.

Il banchiere quindi, per verificare il pagamento tardivo, deve necessariamente poter fare luogo ai predetti strumenti probatori tipicamente previsti dal legislatore, essendo legittimato, rectius obbligato, in loro mancanza a procedere all'iscrizione del traente inadempiente nell'archivio C.A.I. In assenza di tali elementi infatti il banchiere non ha

marginari di discrezionalità per accertare che il pagamento tardivo sia aliunde intervenuto ed è obbligato ad iscrivere il nominativo del traente nell'archivio, pena la sua responsabilità solidale per gli assegni successivamente emessi e non pagati dal traente .

È questo un tratto caratteristico molto significativo della disciplina, in quanto l'assenza di spazi per l'esercizio di valutazioni discrezionali connota tutto l'iter procedimentale che va dalla iscrizione, fino ad arrivare alle attività di cancellazione, sospensione e rettifica od integrazione dei dati in precedenza iscritti nella CAI.

In presenza delle condizioni previste dal legislatore, i soggetti individuati dalla normativa primaria e secondaria sono tenuti ad effettuare le prescritte segnalazioni all'archivio informatico, senza poter esercitare al riguardo alcuna discrezionalità, potendo anzi esporsi ad un'azione di responsabilità per omessa o ritardata iscrizione nonché per illegittima segnalazione .

A ciò peraltro si aggiunga che anche il gestore della sezione centrale dell'archivio è tenuto soltanto ad una mera verifica formale di completezza rispetto ai campi informatici della segnalazione nonché ad una verifica di congruenza del codice fiscale ed alla successiva diffusione dei dati ricevuti, esulando dai suoi compiti qualsivoglia valutazione nel merito della segnalazione ricevuta, della cui veridicità, esattezza e legittimità risponde soltanto l'ente segnalante. Senza contare poi che per procedere alla segnalazione dei dati in archivio non sono richiesti né una preventiva deliberazione giudiziale dell'illecito né un controllo amministrativo; non è necessario neppure il protesto del titolo . A tal fine l'illecita emissione di assegni è accertata, nei modi previsti dalla legge, dal solo banchiere trattario che deve provvedere all'iscrizione del nominativo del traente nella CAI.

Le prescrizioni imposte dal legislatore per regolare un segmento dell'attività bancaria così delicato sono perfettamente in linea con la finalità impressa (ed esplicitamente dichiarata) all'istituzione di un archivio centralizzato contenente le informazioni concernenti gli assegni bancari , oltre che si rivelano vantaggiose sia per il traente (in specie per quello “diligente”), che è ben consapevole delle condizioni legali alla esclusiva ricorrenza delle quali scatta l'obbligo di segnalazione, sia per il banchiere trattario che non essendo istituzionalmente tenuto a compiti di accertamento vede il suo operato meno esposto al rischio di contestazioni.

Il trattamento dei dati personali che confluiscono nella Centrale d'Allarme Interbancaria riceve una disciplina peculiare rispetto alla normale configurazione delle altre banche dati delineata dalla legge sulla tutela dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), in ragione della sua peculiare finalità, ma soprattutto in virtù della qualifica soggettiva del titolare del trattamento, individuato nella Banca d'Italia.

Di tale complessità sono consapevoli sia il legislatore che la giurisprudenza di merito, la quale, nonostante qualche iniziale e isolata voce contraria, ritiene che i diritti dell'interessato ad ottenere la rettifica o la cancellazione dei dati illegittimamente od erroneamente trattati nell'archivio CAI non subiscono alcuna menomazione di sorta, ma devono essere fatti valere soltanto nei confronti della banca trattaria, la quale essendo autrice esclusiva della segnalazione (e quindi del vaglio dell'illecito) è l'unica a dover costituire necessario contraddittore nell'ipotesi di contestazioni.

Nonostante l'istituto di credito sul quale vengono tratti assegni bancari sia istituzionalmente immune da qualsiasi addebito di responsabilità di natura cartolare nei confronti del portatore del titolo, non è affatto esclusa la possibilità che la banca trattaria si renda autrice di un comportamento posto in essere in violazione delle norme che regolano la circolazione dell'assegno, con l'eventualità che lo stesso integri peraltro gli estremi del danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c.

È questa la ragione per la quale il legislatore del '99, innovando rispetto al quadro normativo precedente, all'art. 10 della l. 386/90 ha individuato un complesso di ipotesi nelle quali scatta la responsabilità solidale del trattario con il traente. In particolare la norma prevede l'obbligazione solidale del trattario allorché si verifichi la consumazione da parte dello stesso di due distinti gruppi di condotte, l'uno di carattere omissivo l'altro di natura commissiva.

Quanto alla prima ipotesi, l'istituto bancario incorre in responsabilità quando, pur sussistendone i presupposti (omesso pagamento di assegno per difetto di autorizzazione o di provvista) non proceda affatto all'iscrizione ovvero vi provveda oltre i termini previsti dal novellato art. 9, comma 2°, diversamente cadenzati a seconda che l'obbligo in parola afferisca alla fattispecie di emissione di assegno in difetto di autorizzazione oppure sprovvisto di copertura. Analogamente l'esposizione patrimoniale del trattario scatta nel momento in cui, pur essendo a conoscenza della efficacia "paralizzante" della revoca di sistema operante nei confronti di un determinato soggetto segnalato, autorizzi comunque il rilascio in favore di quest'ultimo di moduli di assegni.

A queste ipotesi andrebbero aggiunte, in via interpretativa, quella della banca che rilascia una nuova autorizzazione prima che siano decorsi i sei mesi di cui all'art. 9 della legge 15 dicembre 1990 n. 386, ovvero dell'istituto che paghi un assegno redatto su un modulo non restituito, nonostante il precedente invito di cui all'art. 9-bis 1 comma, che secondo alcuni autori concretirebbe una vera e propria autorizzazione tacita ad emettere assegni prima della prevista scadenza semestrale (39).

La norma è peculiare, oltre che per l'introduzione di una responsabilità del tutto nuova nel panorama della disciplina degli assegni, anche e soprattutto per il corredo

circostanziale cui in concreto sottopone la responsabilità della banca trattaria, di fatto limitandola: quest'ultima opera per il caso in cui il traente proceda effettivamente all'emissione di assegni nel periodo in cui, pur sussistendone le condizioni, avrebbe dovuto operare la revoca ed è comunque quantitativamente limitata all'importo di € 10.329.14 per ogni assegno.

Diversamente dalle ipotesi previste dall'art. 10 legge 15 dicembre 1990 n. 386, analizzate nel paragrafo precedente, dove viene in rilievo un'attività omissiva o commissiva della banca trattaria suscettibile di arrecare un danno al terzo portatore legittimo del titolo in buona fede, l'ente segnalante potrebbe incorrere in responsabilità anche (e come più di frequente accade) nel caso in cui ottemperi l'obbligo in via cogente ad esso imposto dalla legge ex art. 9 e 10-bis, ma ciononostante la sua attività sia comunque censurabile sotto il profilo della legittimità poiché eseguita in maniera irregolare ovvero in assenza dei presupposti all'uopo previsti.

In simili circostanze il soggetto legittimato a far valere la responsabilità dell'istituto di credito è naturalmente l'emittente, il cui nome è stato indebitamente iscritto negli archivi della Centrale d'allarme interbancaria, il quale potrà esercitare tutti i diritti di cui è titolare, giusta il disposto dell'art. 10-bis legge 15 dicembre 1990 n. 386 e dell'art. 7 d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (43), oltre che avanzare pretese di natura risarcitoria al fine di ottenere il ristoro del pregiudizio eventualmente subito.

Data la complessa articolazione della disciplina sanzionatoria degli assegni bancari e la ricorrenza di innumerevoli requisiti, anche formali, che giustificano l'applicazione di una sanzione dagli effetti oltremodo dirompenti (id est: la revoca di sistema), appare senz'altro di qualche interesse tentare di compiere una breve ricognizione degli aspetti più significativi che caratterizzano la responsabilità dell'ente segnalante alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali ed arbitrali sul punto fornite, al fine di trarre sia delle indicazioni operative per le banche ma anche delle linee guida per il comportamento da osservare da parte dei clienti.

Le questioni affrontate e risolte dalla giurisprudenza hanno contribuito a definire i contorni, non sempre marcati, di un reticolo normativo di matrice altamente specialistica, come quello afferente i rapporti bancari tra istituto di credito e cliente.

Nella prassi giudiziale un numero cospicuo di assegni tratti senza autorizzazione si è avuto in occasione della chiusura di rapporti di conto corrente (e delle relative convenzioni di assegno) in relazione ad assegni privi di data, successivamente apposta dal prenditore, ovvero di assegni postdatati.

La tesi tradizionalmente portata avanti dai ricorrenti in questi casi si fonda sull'assunto che l'emissione degli assegni in parola (di solito avvenuta a titolo di

garanzia) è stata effettuata in un momento nel quale il rapporto di conto corrente e la relativa convenzione di chèque del traente con la propria banca non erano ancora venuti meno, sicché egli non era intenzionato né consapevole di commettere l'illecito di cui all'art. 1, l. 15 dicembre 1990, n. 386.

Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che la non dolosità del comportamento del traente sia irrilevante ai fini della successiva iscrizione del suo nominativo nell'archivio della CAI, in quanto l'emittente nel momento in cui consegna al prenditore un titolo privo di data o postdatato si assume il rischio di tutto quanto possa accadere dal momento in cui lo rilascia e finché non venga pagato .

A ciò peraltro si aggiunge il rilievo per cui la banca trattaria non ha alcuna discrezionalità nell'effettuare l'iscrizione del nominativo del traente, né ha il potere-dovere di accertare se l'emissione dell'assegno sia avvenuta per errore, l'unico accertamento “sostanziale” imposto alla banca essendo quello di verificare se al momento dell'emissione dell'assegno esista la convenzione di chèque, in difetto della quale senz'altro è obbligata ad eseguire l'iscrizione nella CAI del nominativo del traente, atto non solo legittimo ma anche dovuto.

Ulteriore profilo di interesse, che è dato registrare nelle più recenti pronunce aventi ad oggetto l'emissione di assegni in carenza di autorizzazione, è quello relativo alla pretesa da parte dei ricorrenti, anche in questo caso, dell'obbligo in capo all'intermediario di far pervenire al soggetto interessato il preavviso di revoca.

L'obbligo in parola è stato dalla prevalente giurisprudenza ancorato al generale dovere di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto nonché alla circostanza che sull'intermediario bancario grava un obbligo di diligenza qualificata in funzione della rilevanza sociale del servizio che è chiamato ad espletare. Secondo il consolidato insegnamento della Suprema Corte infatti « Il principio di correttezza e buona fede — il quale secondo la relazione ministeriale al codice civile “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore” — deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost. che, operando come criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge » pur senza dover sopportare costi sproporzionati a tale risultato . Alla luce di tale criterio deve ritenersi che l'intermediario sia tenuto, pur in difetto di alcuna prescrizione negoziale o normativa in tal senso e dunque “a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente previsto dalla legge” ad avvertire il cliente dell'avvio della procedura sanzionatoria di cui alla L. 386/90, non costituendo tale

adempimento un costo sproporzionato rispetto al dovere di tutela dell'interesse della controparte imposto dai principi di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c..

Va tuttavia precisato che l'eventuale inottemperanza al dovere di informazione preventiva della segnalazione in CAI avente ad oggetto la revoca di sistema non può comportare, di per sé, l'illegittimità della segnalazione stessa (potendo tale effetto derivare solo dalla mancanza dei presupposti sostanziali), ma allo stesso tempo non può ritenersi privo di conseguenze, potendo rilevare sul versante risarcitorio in termini di concorso di colpa.

Di gran lunga più frequenti rispetto ai precedenti sono i giudizi aventi ad oggetto l'emissione di assegni tratti in difetto di provvista, dall'analisi dei quali è dato evincere che le questioni controverse più ricorrenti hanno riguardato il pagamento tardivo ex art. 8, l. 386/90 (e segnatamente le modalità, i termini per il pagamento e la relativa informativa al banchiere), il preavviso di revoca e segnalazione nonché l'istituto del cosiddetto "richiamo".

Anche in questi casi la giurisprudenza ha mostrato di mediare tra i contrapposti interessi, cercando di bilanciare l'interesse delle banche a non appesantire oltremodo il carico di incombenze da assolvere nella gestione dei rapporti coi clienti, e l'interesse di questi ultimi ad essere tempestivamente e debitamente edotti della frizione che viene ad ingenerarsi sul proprio conto corrente ed a vedersi riconosciuti gli effetti impeditivi del "ravvedimento operoso" quando questo intervenga con modalità tali da attestarne con certezza la positiva sussistenza, il tutto senza fare in modo di legittimare prassi elusive della disciplina sanzionatoria degli assegni.

Una delle prime questioni affrontate dalla giurisprudenza di merito riguarda la circostanza, invero piuttosto frequente, del pagamento da parte del traente del solo importo facciale del titolo, non comprensivo quindi anche della penale e degli altri accessori.

Nonostante isolate voci contrarie, l'orientamento senz'altro prevalente ritiene che il mero pagamento dell'importo cartolare non valga ad escludere l'iscrizione nella Centrale d'Allarme Interbancaria e la conseguente revoca di ogni autorizzazione ad emettere assegni rilasciata da qualunque banca o ufficio postale, come non esclude del resto l'avvio del procedimento sanzionatorio amministrativo (50), di guisa che qualsiasi doglianza in merito alla legittimità dell'operato della banca segnalante deve essere rigettata.

A sostegno di tale affermazione si adduce tradizionalmente l'argomento sistematico secondo cui alla penale deve attribuirsi funzione preventiva oltre che afflittiva, avendo la stessa lo scopo di dissuadere dal trarre assegni privi di provvista, poiché impedisce che sia considerato irrilevante pagare l'assegno in ritardo.

La considerazione è senz'altro da condividere posto che la penale, nonostante abbia natura di sanzione civile, è innegabilmente permeata da un afflato pubblicistico, essendo la stessa posta non tanto a salvaguardia degli interessi privati del beneficiario del titolo quanto piuttosto a garanzia della funzione economica dell'assegno come mezzo di pagamento e quindi della fede pubblica, che ne costituisce il naturale presupposto.

Ancora in relazione al pagamento tardivo si è sviluppato un vivace dibattito circa la prova che il traente è tenuto a fornire al trattario.

Ai sensi dell'art. 8, l. 15 dicembre 1990, n. 386 la prova deve essere prodotta mediante quietanza del portatore con firma autenticata, ovvero, in caso di pagamento a mezzo di deposito vincolato, mediante attestazione della banca comprovante il versamento dell'importo dovuto.

Fermo restando che l'onere della prova deve essere assolto dal traente medesimo e che questo non possa avvalersi di testimoni, dubbi sono insorti circa la possibilità di stemperare il rigore probatorio imposto dalla forma tipica prevista dal legislatore.

La prevalente giurisprudenza di merito, pronunciata soprattutto in sede cautelare, ha tuttavia ritenuto correttamente eseguita la segnalazione in archivio e legittima l'iscrizione di chi avendo emesso un assegno senza provvista non abbia assolto poi l'onere di pagare tardivamente lo stesso nella forma e nei termini prescritti dalla legge, ad esempio non producendo al banchiere la quietanza di pagamento con firma autenticata del portatore oppure fornendo la prova dell'avvenuto pagamento oltre il termine puntualmente stabilito all'art. 8, l. 15 dicembre 1990, n. 386. V'è da sottolineare, in proposito, come a tale rigorosa giurisprudenza se ne contrappone un'altra che riconosce al giudice la possibilità di accertare in concreto l'avvenuto pagamento tardivo e di ritenersi svincolato dal formalismo probatorio imposto al banchiere.

È stata invece ritenuta illegittima l'iscrizione nell'archivio CAI del nome del traente di un assegno privo di fondi di copertura, il quale aveva effettuato il pagamento tardivo in maniera tempestiva e fornito alla banca la prova dell'esito positivo dello stesso nelle forme prescritte dalla legge, limitandosi però a produrre la sola copia del titolo. Ebbene la giurisprudenza ha ritenuto che nonostante sia corretta prassi del settore creditizio chiedere l'esibizione dell'originale del titolo, tale obbligo oltre a non essere direttamente imposto dalla legge risulta anche in contrasto col dovere di diligenza incombente sul banchiere e col conseguente obbligo di non aggravare ingiustificatamente l'altrui situazione giuridica.

Quanto invece alla questione della efficacia impeditiva dell'iscrizione nell'archivio CAI da attribuire all'istituto del c.d. "richiamo" dell'assegno, operato dalla banca

negoziatrice dopo la presentazione all'incasso del titolo rimasto insoluto, si può affermare che l'orientamento ormai granitico della giurisprudenza di merito ritiene che la revoca della procura ad incassare l'assegno non possa in nessun caso (56) ritenersi idonea a rimuovere l'illecito ex art. 2, l. 386/90, che invero si perfeziona al momento della presentazione all'incasso del titolo risultato "scoperto". Tale soluzione è stata confortata anche da due lettere-circolari emanate specificamente sul punto dalla Banca d'Italia, più volte interpellata dagli istituti bancari a fare luce sul punto (58).

Dalla casistica sinora passata in rassegna emerge in maniera chiara un dato: in tutte le pronunce dei giudici investiti delle diverse questioni, si assiste al sistematico rigetto dei ricorsi (salvo casi eccezionali) e all'accertamento della legittimità della segnalazione operata dalla banca trattaria, muovendo nella maggior parte dei casi dalla considerazione, tra le altre, dell'assenza di discrezionalità di quest'ultima nella valutazione dell'opportunità della segnalazione, essendo al contrario obbligata a tale comunicazione sulla base del solo riscontro dei presupposti sostanziali.

I casi in cui invece statisticamente si riscontrano sentenze di accoglimento delle domande di cancellazione dell'illegittima iscrizione nell'archivio CAI e di conseguente condanna dell'istituto di credito al risarcimento dei danni in favore del cliente indebitamente segnalato, afferiscono alle ipotesi di mancato o irregolare invio al cliente del preavviso di revoca e di segnalazione ex art. 9-bis, legge 15 dicembre 1990, n. 386.

VALORI MOBILIARI -STRUMENTI FINANZIARI

Nella tradizionale elaborazione dottrinale i valori mobiliari costituiscono una specie della generale categoria dei titoli di credito sostanzialmente corrispondente ai titoli di massa. L'assimilazione del concetto di valore mobiliare a quello di titolo di massa può essere ricondotto, in gran parte, alla analogia rilevata dalla dottrina tra la classificazione italiana dei titoli di credito in titoli di massa e titoli individuali e quella francese tra valeurs mobiliers ed effects de commerce.

Giova, tuttavia, osservare come nel nostro ordinamento manchi una nozione unitaria di valore mobiliare, il cui concetto si è sviluppato nel tempo, adattandosi alle differenti esigenze normative. Ben presto, il concetto tradizionale di valore mobiliare, identificato con il titolo di credito, ha mostrato i propri limiti.

Bisogna risalire all'art. 18bis della Legge n.216 del 7 giugno 1974 per avere una definizione del valore mobiliare non più in termini meramente concettuali, ma mediante l'indicazione di specifiche fattispecie "Con la legge n.1 del 2 gennaio 1991, il legislatore italiano interviene nell'ampio dibattito dottrinale sulla identificazione del concetto di "valore mobiliare", cercando di porre un punto fermo, differenziando il

servizio di intermediazione mobiliare da quello che è il suo oggetto: il valore mobiliare, senza tuttavia mai giungere ad una definizione di tale concetto.

Con l'adozione della direttiva comunitaria 93/22 sull'armonizzazione della regolamentazione dei servizi di investimento mobiliare in campo comunitario, si assiste ad un deciso superamento del concetto di valore mobiliare con quello di strumento finanziario.

In questa direzione, si colloca il d.lg n.415 del 1996, il quale, nel disciplinare i servizi di investimento, ha introdotto la nozione di strumento finanziario, ponendola alla base della disciplina delle attività che nella legge 1/1991 venivano definite di intermediazione mobiliare. Le altre norme che disciplinavano il mercato mobiliare continuavano a far riferimento alla nozione di valore mobiliare adottata in precedenza.

Il concetto di valore mobiliare viene sostituito con quello di strumento finanziario, tuttavia, come è stato fatto rilevare da attenta dottrina, la natura parziale del predetto intervento normativo, che non regolamentava l'attività di sollecitazione, ha fatto sì che all'interno del sistema continuassero a convivere due definizioni di valore mobiliare: quella contenuta nell'elenco degli strumenti finanziari di cui all'allegato A) d.lgs n.415/96 e quella dell'art. 18bis L.n.216/1974.

Il Testo Unico sull'intermediazione finanziaria (in seguito solo T.U.F.), emanato con d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, ha ulteriormente innovato il punto emarginando la nozione di valore mobiliare, estendendo l'ambito di applicazione del concetto di strumento finanziario e introducendo: quello di prodotto finanziario.

A norma dell'art. 1, comma 1°, lett. u), T.U. n. 58/1998 sono «prodotti finanziari» «gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria». Il rapporto, dunque, fra le nozioni di prodotto e di strumento finanziario è un rapporto di genere a specie: gli strumenti finanziari costituiscono una categoria nominata nell'ambito del più ampio genere dei prodotti finanziari. Il comma 2° del medesimo art. 1 precisa poi che per strumenti finanziari si intendono:

- «a) valori mobiliari;
- b) strumenti del mercato monetario;
- c) quote di un organismo di investimento collettivo del risparmio;
- d) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap”, accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, o ad altri strumenti derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

e) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap”, accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto;

f) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap” e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna del sottostante e che sono negoziati su un mercato regolamentato e/o in un sistema multilaterale di negoziazione;

g) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap”, contratti a termine (“forward”) e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna del sottostante, diversi da quelli indicati alla lett. f), che non hanno scopi commerciali, e aventi le caratteristiche di altri strumenti derivati, considerando, tra altro, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini;

h) strumenti derivati per il trasferimento del rischio di credito;

i) contratti finanziari differenziali;

j) contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap”, contratti a termine sui tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a variabili climatiche, tariffe di trasporto, quote di emissione, tassi di inflazione o altre statistiche economiche ufficiali,

Il comma 1° bis dell’art. 1 T.u.f., così come dettato dal d.lgs. n. 164/2007, individua i valori mobiliari «nelle categorie di valori che possono essere negoziati nel mercato dei capitali, quali ad esempio:

a) le azioni di società e altri titoli equivalenti ad azioni di società, di partnership o di altri soggetti e certificati di deposito azionario;

b) obbligazioni e altri titoli di debito, compresi i certificati di deposito relativi a tali titoli;

c) qualsiasi altro titolo normalmente negoziato che permette di acquisire o di vendere i valori mobiliari indicati alle precedenti lettere;

d) qualsiasi altro titolo che comporta un regolamento in contanti determinato con riferimento ai valori mobiliari indicati alle precedenti lettere, a valute, a tassi di interesse, a rendimenti, a merci, a indici o misure».

Come si può notare, il legislatore non dà una definizione generale di strumento finanziario, capace di ricomprendere beni diversi da quelli iscritti nel catalogo formulato esplicitamente dalla norma. Si tratta, quindi, di un catalogo chiuso e tassativo, che può essere arricchito sulla base di un provvedimento dell'autorità di Governo, nelle ipotesi, per altro, esplicitamente previste dal legislatore stesso. Così l'art. 18, comma 5°, T.u.f. consente che il Ministro dell'Economia e delle Finanze individui, con regolamento adottato sentita la Banca d'Italia e la Consob, nuovi strumenti finanziari «al fine di tener conto dell'evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie».

B) Nell'ambito della categoria degli strumenti finanziari il legislatore individua la species dei valori mobiliari, ravvisandoli nei valori negoziabili sul mercato dei capitali e fornendone un catalogo aperto («quali ad esempio»). I valori mobiliari appartengono e contribuiscono nello stesso tempo a definire i confini del mercato dei capitali, inteso come mercato sul quale si negoziano strumenti finanziari di media e lunga durata destinati al finanziamento degli emittenti e in particolare delle imprese, contrapposto al mercato monetario, ossia al mercato sul quale si negoziano strumenti finanziari a breve e brevissimo termine che possono essere trasformati in moneta senza grosse perdite sul valore nominale, ma che di per sé stessi non sono mezzi di pagamento.

Il legislatore, mentre rinuncia ad individuare una nozione generale di strumento finanziario si cimenta nella definizione di «prodotto finanziario», ricomprendendovi sia gli strumenti finanziari sia «ogni altra forma di investimento di natura finanziaria» e ipotizzando così l'esistenza di altri prodotti finanziari, ulteriori e diversi dagli strumenti finanziari. E si tratta di nozione importante dal momento che alla stessa, e non a quella di strumento finanziario, fanno riferimento capitoli significativi dell'ordinamento del mercato mobiliare. Così ad esempio: le norme sull'appello al pubblico risparmio prendono in considerazione tale nozione e rendono applicabili le relative norme ogni qualvolta un'offerta pubblica abbia ad oggetto prodotti finanziari, anche quando gli stessi non rientrino nel catalogo degli strumenti finanziari. E, specularmente, le norme sui servizi di investimento non si applicano se l'attività ha per oggetto prodotti finanziari che non siano strumenti finanziari.

La nozione di prodotto finanziario non è, tuttavia, ricostruibile con facilità.

Sembra, anzitutto, certo che la nozione di prodotto finanziario sia del tutto indipendente dal «corpo meccanico» al quale si affidi la sua materializzazione o comunque la sua presenza fisica sul mercato.

Così si dovrà, senza incertezza, ammettere che possano esistere prodotti finanziari che non costituiscono titoli di credito e, quindi, neppure titoli di massa. Conclusione, quest'ultima, che trova conferma anche nel fatto che il legislatore considera strumenti

finanziari anche quelli non negoziabili, mentre tratto essenziale dei titoli di credito è la loro attitudine alla circolazione. Analogamente si deve aggiungere che possono considerarsi prodotti finanziari anche «situazioni giuridiche» non riconducibili né alla categoria dei titoli impropri né a quella dei documenti di legittimazione. D'altra parte, la nozione di prodotto finanziario non contiene alcun riferimento alla necessaria presenza di un documento che «rappresenti» l'investimento e, in ogni caso, non pare plausibile subordinare l'applicazione delle norme che hanno come referente oggettivo i prodotti finanziari alla presenza di un documento. L'applicazione di quelle norme si giustifica con la natura del bene «prodotto finanziario» e quella natura non è minimamente modificata dal fatto che lo stesso sia in qualsiasi modo rappresentato da un documento. E per quanto concerne la «natura» del prodotto finanziario, la norma offre due elementi di giudizio: il prodotto finanziario è a) «una forma di investimento» b) «di natura finanziaria». Nella individuazione di entrambi i profili può rivelarsi di qualche utilità il constatare che, secondo il dettato della norma in esame, anche gli strumenti finanziari costituiscono, secondo il legislatore, necessariamente una forma di investimento di natura finanziaria.

A dire il vero, per quanto concerne il concetto di investimento non si ricavano molti elementi di giudizio; un indizio significativo può forse trarsi dal fatto che, mentre sono considerati strumenti finanziari «i titoli normalmente negoziati sul mercato monetario», il legislatore escluda che lo siano «i mezzi di pagamento». Il legislatore, in altri termini, esclude che possa considerarsi una forma di possibile investimento l'acquisto di titoli che hanno una mera funzione di pagamento (assegni), non solo e non tanto perché non sono normalmente negoziati su un mercato, ma anche e soprattutto perché appartengono alla sfera del consumo e non dell'impiego del risparmio effettuato in vista di un reddito, di un «ritorno» economico.

Dunque, si deve escludere che si sia in presenza di un prodotto finanziario in mancanza di un impiego di risorse diretto ad ottenere un corrispettivo, ossia in mancanza di un investimento. Ma l'investimento deve anche essere di natura finanziaria. E qui sorgono le maggiori difficoltà.

Gli strumenti finanziari esauriscono la loro «esistenza» in un contratto, e quindi pongono problemi particolarmente ardui sul piano della loro conoscibilità.

Tuttavia, è tuttora difficile parlare di strumenti finanziari per le seguenti ragioni: a) la legislazione è in continuo divenire, anche per effetto dell'avvicinarsi di numerosi interventi normativi del legislatore nazionali e comunitario, nonché per la cospicua regolamentazione Consob; b) manca, pertanto, una sistemazione ed un inquadramento equivalenti a quelli che, negli scorsi decenni, hanno ricevuto prima la categoria dei titoli di credito, poi la categoria dei titoli di massa (per quanto non normativizzata), poi ancora quella di valore mobiliare; dalla loro introduzione nel TUF la

giurisprudenza si è solo indirettamente occupata degli strumenti finanziari, mai ex professo, quasi sempre con riguardo a vicende di responsabilità degli intermediari nelle quali il concetto, la nozione di strumento finanziario non rilevavano al punto da offrire l'occasione, come invece avvenuto per i valori mobiliari, di pronunciarsi sui tratti caratterizzanti, sulla struttura e sul contenuto imprescindibili di tale nozione, soprattutto considerato che, contrariamente a quanto accaduto per i valori mobiliari, il legislatore europeo e nazionale si sono astenuti dal fornirne; c) il terzo motivo di difficoltà è che la sempre più ricca e variegata famiglia degli strumenti finanziari, quale oggetto unico ed esclusivo dei servizi di investimento, si è trovata, in Italia come all'estero, al centro di vicende che potremmo riassumere parlando di "finanza creativa", "risparmio tradito" che hanno indotto legislatori e regolatori ad aggiustare il tiro della disciplina, cercando di non lasciar fuori dall'area dell'investimento alcuno strumento tra i tanti che la prassi dei mercati continua incessantemente a produrre nell'inarrestabile processo di innovazione finanziaria; d) la quarta ragione di difficoltà è la seguente: il giurista si è tradizionalmente confrontato con categorie come quella dei titoli di credito, in quanto titoli individuali incorporanti diritti relativi a rapporti di scambio di denaro o di merci e dunque ha fatto ricorso a categorie civilistiche ben note e consolidate. Ed anche quando si è occupato di azioni e obbligazioni – premesso che questi ultimi non si esauriscono in un diritto del titolare ad una prestazione pecuniaria, ma definiscono la posizione soggettiva rivestita dal loro titolare all'interno della società in termini di diritti e doveri – lo ha fatto pur sempre ricorrendo allo strumentario dei titoli di credito – nominativi, al portatore etc. – data la semplice natura del rapporto sottostante, rappresentato da capitale di rischio o di credito. Quando, viceversa, il titolo è divenuto di massa, quando al capitale di rischio e di credito si sono aggiunte forme ibride di investimento, quando l'investimento in se e per sé si è posto al centro del fenomeno, e sempre più insondabile è diventato il diritto dell'investitore verso l'emittente, la prospettiva per il giurista si è complicata. Si sono appunto fatte estremamente variegata e complesse le modalità attraverso le quali il risparmiatore sopporta il rischio dell'investimento che incide notevolmente se non completamente sul suo diritto, così da spingere i legislatori a regolare il fenomeno con la disciplina della sollecitazione all'investimento, nonché ad introdurre un penetrante controllo pubblico volto a garantire la trasparenza e la corretta informazione nell'interesse dei risparmiatori e dell'efficienza ed integrità dei mercati; e) la quinta ed ultima difficoltà per l'operatore del diritto si è avuta quando la famiglia degli strumenti fin. si è allargata con l'adozione degli strumenti derivati, ossia di vere e proprie innovazioni della moderna finanza, che sempre meno assomigliano al nucleo originario del titolo di massa e del valore mobiliare e che sono alla base della crisi dei mercati finanziari del 2008

CRISI DEL MERCATO FINANZIARIO 2008

La crisi del 2008 ha seriamente provato la solidità e la resistenza del sistema finanziario mondiale scosso nella sue fondamenta da una carenza di liquidità che ha provocato una serie di fallimenti e dissesti di emittenti ed intermediari finanziari con relativa distruzione di titoli azionari e quindi di ricchezza.

Tale situazione ha paralizzato il mercato immobiliare e depresso i corsi azionari, finendo per innescare una vera e propria reazione a catena che ha spinto l'economia di molti paesi avanzati in una fase di grave recessione.

La crisi, notoriamente, ha avuto le proprie origini negli Usa dove la facilità di accesso al credito e l'erogazione di mutui ipotecari con applicazione di bassi tassi di interesse ha favorito un aumento della domanda di immobili ed un conseguente aumento dei prezzi degli stessi.

I mutui sono stati successivamente cartolarizzati e trasferiti a soggetti più o meno ignari mediante i Credit Default Swap (CDS). In pratica le banche hanno cartolarizzato i mutui trasformandoli in Asset Backed Securities (ABS) che, a loro volta, sono stati venduti sul mercato ad altri investitori i quali li hanno "ricartolarizzati" trasformandoli in Collateralized Debt Obligations (CDO). Con il termine "cartolarizzazione" si indica generalmente un'operazione di finanza strutturata con la quale attività di qualsiasi tipo (asset), difficilmente o non efficientemente negoziabili, vengono trasformate in valori mobiliari negoziabili e liquidabili sul mercato secondario.

In pratica la cartolarizzazione (securitization) consiste nel ricorrere a strumenti di debito, come l'emissione di titoli di credito obbligazionari, per ottenere nell'immediato il rimborso di un credito a lungo termine, senza attenderne negli anni la restituzione da parte del debitore. Il processo di cartolarizzazione si svolge tramite l'intervento di apposite società, denominate "società veicolo", poiché fungono da canale di congiunzione tra il soggetto titolare dei crediti (originator) e gli investitori sui mercati finanziari. Il processo si articola in due fasi. Nella prima fase, al fine di recuperare nell'immediato il denaro prestato, l'originator "cede" - o meglio rivende - i crediti alla società veicolo. A fronte della cessione, la società veicolo paga subito l'originator la somma corrispondente all'ammontare del prestito, e quindi si sostituisce al creditore originario nel diritto a riscuotere il credito dal debitore.

Perché il meccanismo dei mutui immobiliari potesse funzionare era necessaria una terza parte, che garantisse il credito intervenendo in caso di difficoltà. Questa terza parte era solitamente una compagnia assicurativa o un'impresa finanziaria specializzata nella garanzia dei mutui.

Il predetto meccanismo ha funzionato fino a quando i tassi, invertendo il trend precedente, non hanno cominciato a risalire, per cui le rate dei mutui sono diventate eccessivamente onerose ed i debitori hanno cominciato a ritardare o interrompere i pagamenti. Conseguentemente i prezzi degli immobili hanno iniziato a scendere, determinando la diminuzione del valore delle garanzie delle banche ed innescando una vera e propria crisi sistemica.

Le fasce più colpite sono state i sottoscrittori dei mutui c.d. subprime, ovvero persone che, non possedendo un background economico ottimale, avevano accesso al credito ad un tasso superiore alla media. Le banche, solitamente poco inclini ad erogare tali tipi di prestiti, già dai primi anni del duemila hanno mutato atteggiamento. Conseguentemente la percentuale di mutui subprime, rispetto al totale dei prestiti concessi dai vari istituti, è salita notevolmente.

Molti osservatori hanno individuato le ragioni di tale crescita proprio nell'uso smodato e nell'opacità dei derivati creditizi negoziati in misura crescente fuori dai mercati regolamentati (si pensi che ad inizio 2006 il totale del valore nozionale di tutti i derivati finanziari Over The Counter "OTC" aveva superato i 280.000 miliardi di dollari, cioè sette volte il PIL mondiale con una crescita rispetto al 2003 del 143%).

In questo modo, grazie cioè all'utilizzo di strumenti derivati estremamente complessi, si è generata una moltiplicazione esponenziale del rischio, poi frazionato e trasferito sugli investitori.

Orbene, inizialmente le banche erano propense ad affrontare direttamente il rischio connesso all'erogazione del prestito e, per tale motivo, valutavano attentamente il credito, soprattutto considerando la probabilità di default e la capacità di rimborso del soggetto. Dal 2000 in poi, in maniera più marcata, le banche hanno assunto maggiori rischi per poi cederli immediatamente, attraverso sempre più sofisticati strumenti derivati, in particolare avvalendosi degli esaminati credit default swap.

Basti pensare che all'indomani della crisi del 2008 alcune banche, in primis JP Morgan, detenevano Credit default swap per un valore uguale a 4,7 volte i loro prestiti. A favorire l'ascesa dei prodotti in esame, sia fra banche, sia fra fondi comuni, che fra hedge funds, ha contribuito l'alto valore di rating espresso dalle agenzie con la concessione delle triple A.

Secondo dottrina molto accreditata "il sistema dei derivati e dei vari strumenti di cartolarizzazione dei rischi di credito, che il leverage degli operatori ha moltiplicato a dismisura, ha creato una massa informe e incontrollata di titoli, non solo opachi, ma sovente nel loro contorto sviluppo incomprensibili, trattati in mercati non regolamentati e quindi al di fuori di ogni conoscenza e vigilanza".

Orbene, la commistione di più fattori come “l’insufficiente livello di trasparenza nelle cartolarizzazioni, l’eccessiva complessità dei prodotti strutturati, l’abuso della leva finanziaria, l’eccessiva dipendenza da fonti di finanziamento a breve, la sottovalutazione delle categorie di rischio, nonché la carenza di controlli da parte delle preposte autorità di vigilanza hanno favorito la profonda crisi internazionale dei mercati finanziari”.

Solo qualche anno prima, Alan Greenspan, ex chairman della Fed, aveva avvertito la comunità finanziaria facendo rilevare come: “il trasferimento del rischio attraverso il mercato dei derivati creditizi è efficace solo se la parte che si assume questo rischio è effettivamente in grado di sostenerlo”. Ebbene, considerata l’entità raggiunta dal mercato dei derivati creditizi, risulta di tutta evidenza quanto il monito lanciato dall’economista statunitense sia stato ampiamente disatteso. Se in principio tali derivati venivano utilizzati come efficace mezzo di copertura dal rischio, la loro diffusione è diventata ben presto il frutto di un atteggiamento sbagliato degli operatori, votato a fini meramente speculativi.

In questa ottica, la crisi finanziaria dei mutui subprime, che ha scosso i mercati finanziari, è un esempio lampante delle conseguenze che una sfrenata speculazione può causare in un settore così delicato.

Un primo avvertimento di quella che sarebbe stata la grande crisi, si è avuto il 16 marzo 2008 quando, a causa di una irreversibile crisi di liquidità, la banca Bear Stearns viene tempestivamente salvata da un intervento pubblico ponte degli Stati Uniti d’America, per essere poi ceduta a JP Morgan. Ma la situazione è ben diversa quando il 7 settembre successivo, pochi giorni dopo che il Segretario del tesoro Paulson aveva dichiarato l’esatto contrario, il Tesoro Usa di fatto “nazionalizza” - con un intervento da oltre 200 miliardi di dollari - Fannie Mae e Freddie Mac, soggetti semipubblici che garantivano mutui statunitensi per oltre 10 mila miliardi di dollari.

L’apice di questa crisi si è avuta con il crack finanziario più importante che il capitalismo americano e forse mondiale abbia mai conosciuto: quando cioè il 15 settembre 2008 la Lehman Brothers Holdings Inc. ha presentato domanda di ammissione al Chapter 11 del Bankruptcy Code, dando l’avvio alla più grande procedura di bankruptcy (per totale del passivo) della storia economica degli Stati Uniti d’America.

Il “caso Lehman Brothers”, al di là dei numeri impressionanti, è diventato ben presto il simbolo del fallimento di un intero sistema capitalistico, o quantomeno come è stato da più parti osservato, di un certo modo di intenderlo, distorto da comportamenti eccessivamente spregiudicati. Si stima che nei mesi successivi all’insolvenza di

Lehman Brothers i corsi azionari nei paesi a economia avanzata hanno subito brusche correzioni al ribasso, arrivando a perdere nel marzo 2009 fino al 48 per cento.

A maggiormente colpire nella vicenda Lehman si è rivelata l'ineffettività dei controlli delle autorità preposte e l'assoluta mancanza di previsione degli eventi. Infatti, a differenza di altri gravissimi default quale, ad esempio, quello della Repubblica Argentina le cui obbligazioni hanno subito nel tempo alcuni downgradings, i titoli Lehman Brothers hanno goduto, sino al giorno prima della manifestazione del dissesto, di rassicuranti giudizi di merito da parte delle più importanti agenzie di rating.

La crisi finanziaria ha portato allo scoperto le carenze dei metodi e modelli utilizzati dalle agenzie di rating del credito, ponendo il loro operato sotto la lente di ingrandimento delle autorità di vigilanza, soprattutto in relazione all'attribuzione di rating "troppo favorevoli" ai prodotti derivanti da cartolarizzazioni, che molti operatori considerano uno dei fattori scatenanti della recente crisi finanziaria.

È importante ricordare che nelle operazioni di cartolarizzazione il ruolo delle agenzie non si esaurisce alla mera assegnazione del giudizio alla specifica emissione, ma continua con un attento monitoraggio dell'andamento dell'intera operazione fino al momento del rimborso dei titoli emessi.

L'ADEMPIMENTO E L'INADEMPIMENTO

Impossibilità sopravvenuta della prestazione

L'obbligazione pecuniaria non può estinguersi per impossibilità sopravvenuta della prestazione: è sempre possibile, infatti, reperire denaro, data la sua convertibilità in tutti i beni presenti e futuri. Ciò vale anche per le altre obbligazioni generiche, la cui estinzione per impossibilità sopravvenuta costituisce un'ipotesi straordinaria, richiedendosi il perimento dell'intero genere (riprendendo l'esempio sopra fatto, si pensi al contratto di vendita avente ad oggetto un determinato quantitativo di frumento; il rapporto obbligatorio si estinguerà solo nell'ipotesi remota in cui perisca tutto il frumento esistente).

Vicende modificative del rapporto obbligatorio dal lato ATTIVO

Le vicende modificative del rapporto obbligatorio dal lato attivo sono **la cessione del credito e la surrogazione**, che può essere sia legale che volontaria

La cessione del credito (art. 1260 -1376 c.c.)

Attraverso la cessione del credito si produce la modificazione del rapporto obbligatorio ex latere creditoris. Il più delle volte la cessione del credito consegue ad

un accordo tra creditore (cedente) e terzo (cessionario) per il quale non è necessario il consenso del debitore ceduto. Il fondamento di questa cessione è un contratto ad effetti reali (ai sensi dell'art. 1376 tale è anche il contratto traslativo di un diritto di credito), che potrà essere a titolo oneroso (compravendita) o a titolo gratuito (donazione). L'art. 1260 guarda alla cessione non come atto, ma come effetto: esso, dunque, troverà applicazione ogniqualvolta si realizzi il trasferimento di un credito, indipendentemente dalle sue modalità. Insieme al credito si trasferiscono i privilegi, le garanzie personali e reali e tutti gli accessori. Salvo patto contrario, la cessione non comprende gli interessi già maturati.

Tutti i crediti sono cedibili, ad eccezione di quelli strettamente personali (credito alimentare o assegno di mantenimento dovuto in caso di separazione o divorzio) e per quelli di cui la legge vieta espressamente la cessione. L'incedibilità può essere anche convenuta dalle parti del rapporto obbligatorio (debitore e creditore), ma tale patto non è opponibile (avendo solo effetti obbligatori), salvo il caso in cui il soggetto interessato a farlo valere (il debitore) dimostri in giudizio che il cessionario ne fosse a conoscenza al momento della cessione. Tale disciplina esprime un favor per la circolazione dei crediti, giustificato anche dal fatto che per il debitore sarebbe del tutto indifferente adempiere nelle mani del creditore o del cessionario.

Sebbene non sia richiesto il consenso del debitore, la cessione deve essergli notificata al fine di rendergliela opponibile. Finché la cessione non è stata notificata, per il debitore essa è *tamquam non esset*, per cui egli potrà eseguire la prestazione, con effetto pienamente liberatorio, nei confronti del creditore sebbene questi ormai non sia più creditore (si tratta di un'applicazione specifica della disciplina del pagamento al creditore apparente sebbene in tal caso la buona fede debba essere provata dal debitore mentre qui è presunta). Tuttavia, il debitore non è liberato se il cessionario dimostra che il debitore fosse comunque a conoscenza della cessione. In questo caso cade la buona fede del debitore.

Alla notificazione è assimilata la dichiarazione con cui il debitore abbia accettato la cessione: tale accettazione rileva ai soli fini dell'opponibilità della cessione e non ai fini del trasferimento del credito. Ove il medesimo credito sia stato ceduto dal creditore a più soggetti, il conflitto tra loro è risolto riconoscendo la cessione che sia stata notificata per prima o che sia stata accettata con atto scritto avente data certa.

Il cessionario assume su di sé il rischio sia dell'inadempimento, sia dell'insolvenza del debitore: la cessione, infatti, di regola avviene *pro soluto*. Tuttavia le parti possono pattuire che la cessione avvenga *pro solvendo*, ossia che il cedente garantisca la solvenza del debitore ceduto: in tal caso il cedente risponde solo nei limiti del corrispettivo ricevuto, corrispettivo che, scontando l'incidenza del fattore tempo, sarà presumibilmente inferiore all'ammontare del credito (un credito pari a 100 euro con

scadenza fra 1 anno, ove lo si voglia vendere oggi, avrà un valore inferiore poiché chi lo cede realizza immediatamente una liquidità di cui avrebbe avuto la disponibilità solo tra 1 anno, mentre chi lo acquista assume su di sé il costo dell'immobilizzazione del capitale fino alla scadenza del credito: il vantaggio realizzato dal cedente e il costo sostenuto dal cessionario, entrambi pari agli interessi sul capitale, si traducono nella differenza tra il valore nominale del credito e il suo valore di mercato).

[Diversa è l'ipotesi della cessione del credito in luogo dell'adempimento, che è una forma di datio in solutum e che secondo la giurisprudenza non comporta l'immediata liberazione del debitore originario (che, invece, consegue solo alla realizzazione del credito ceduto) ma comporta solo l'affiancamento al credito originario di quello ceduto. All'interno di questa situazione di compresenza il credito originario entra in fase di quiescenza e rimane inesigibile per tutto il tempo in cui persiste la possibilità della fruttuosa escussione del debitore ceduto, in quanto solo quando il medesimo risulta insolvente il creditore può rivolgersi al debitore originario.]

Tuttavia, l'importo massimo del quale il cedente risponde non è limitato al prezzo pagato dal cessionario: ad esso occorre, infatti, sommare gli interessi medio tempore maturati sul prezzo ed è previsto che il cedente rimborsi al cessionario sia le spese della cessione, sia le spese che questi abbia sostenuto per escutere il debitore e che risarcisca il danno patito dal cessionario. Tale disciplina è parzialmente inderogabile perché le parti possono attenuare, ma non aggravare la portata della garanzia assunta dal cedente. In ogni caso detta garanzia non opera ove la mancata realizzazione del credito sia dipesa dalla negligenza del cessionario nell'agire verso il debitore.

Al di fuori delle ipotesi in cui abbia assunto la garanzia della solvenza del debitore, il cedente, ove la cessione sia stata a titolo oneroso, risponde solo dell'esistenza del credito. Questa limitata garanzia, che opera anche nel caso di cessione pro soluto, può essere esclusa dalle parti; in questo caso però il cedente resta obbligato per il fatto proprio.

Allorché la cessione abbia, invece, avuto luogo a titolo gratuito, il cedente garantisce l'esistenza del credito solo nelle ipotesi cui è circoscritta l'operatività della garanzia per evizione nella donazione.

La l. 52/1991 (Disciplina della cessione dei crediti di impresa) ha introdotto una figura di cessione del credito modellata sullo schema del factoring caratterizzata dalla circostanza che sia il cedente, sia il cessionario sono imprenditori, dalla possibilità di cedere crediti futuri o in massa e dalla garanzia della solvenza come effetto naturale della cessione che può essere escluso soltanto dalla rinuncia del cessionario.

Altro caso di cessione in blocco di crediti è contemplato dalla l. 130/1999 (Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti) la quale prevede la possibilità che il

titolare di un alto numero di crediti li ceda ad una società cessionaria in cambio di quote di partecipazione o titoli negoziabili sul mercato finanziario. La cartolarizzazione è uno strumento attraverso cui è possibile conseguire l'obiettivo di una più rapida mobilitazione dei crediti e rappresenta un ulteriore incentivo alla loro circolazione.

Il pagamento con surrogazione (detto anche surrogazione per pagamento) (ART. 1203 C.C.)

Esso ricorre quando la prestazione venga eseguita da un terzo e questi subentri nel diritto che il creditore (ora soddisfatto) vantava nei confronti del debitore. La surrogazione, per costante giurisprudenza, non comporta l'estinzione del debito originario, ma la modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio con la sostituzione di un terzo all'originario creditore, ma la struttura del rapporto obbligatorio rimane inalterata e il debitore mantiene le sue caratteristiche essenziali.

La vicenda in questione può svilupparsi in relazione a 3 diverse fattispecie.

La prima ricorre quando il creditore, nel ricevere il pagamento del terzo, dichiara espressamente la volontà di surrogarlo nei diritti già vantati verso il debitore (surrogazione per volontà del creditore).

La seconda ricorre quando il debitore, al fine di procurarsi la provvista finanziaria necessaria ad estinguere l'obbligazione, contragga un mutuo con un terzo: in questo caso il debitore può surrogare il mutuante nei diritti del creditore anche senza il consenso di quest'ultimo (surrogazione per volontà del debitore). In questo caso, oltre alla volontà del debitore, sono necessarie altre 3 condizioni: 1) sia il mutuo, sia la quietanza rilasciata dal creditore soddisfatto devono risultare da atto avente data certa; 2) il contratto di mutuo deve contenere l'espressa indicazione della somma mutuata al pagamento del credito oggetto di surrogazione; 3) la quietanza deve contenere l'espressa indicazione della provenienza della somma dal mutuo contratto dal debitore.

L'art. 1203 richiama una serie di ipotesi in cui la surrogazione del solvens nel credito soddisfatto opera ipso iure, indipendentemente dalla volontà delle parti coinvolte (surrogazione legale). Tra questi casi il più importante è quello della surrogazione dell'assicuratore che abbia corrisposto all'assicurato l'indennità nella pretesa risarcitoria che a questi compete nei confronti del terzo responsabile del danno oggetto della copertura assicurativa.

Il terzo surrogato nel diritto del creditore, qualunque sia la fattispecie da cui la vicenda surrogatoria discende, subentra anche nelle garanzie che assistevano il credito. Proprio sulla base di tale effetto, che si produce anche quando, nel caso di surrogazione

volontaria, le parti non l'abbiano previsto, la dottrina ha ritenuto che la surrogazione realizzi una vicenda successoria, iscrivendosi, al pari della cessione del credito, tra le modificazioni del lato attivo del rapporto obbligatorio. In realtà la tesi più convincente è che la surrogazione estingua il credito, facendo sorgere un credito nuovo e distinto.

La surrogazione risponde all'esigenza di incentivare l'adempimento dell'obbligazione, anche se da parte di un terzo.

Vicende modificative del rapporto obbligatorio dal lato PASSIVO

Modificazioni dal lato passivo del rapporto obbligatorio, (fenomeno della sostituzione dal lato passivo del rapporto obbligatorio di successioni a titolo particolare nel debito) sono l'accollo, l'espromissione e la delegazione, che sono i tre istituti di assunzione del debito.

Mentre, la circolazione del credito prescinde dal consenso del debitore (art. 1260), la modificazione dal lato passivo del rapporto obbligatorio non può attuarsi senza il consenso del creditore. Il motivo è che il creditore verrebbe pregiudicato da tale modificazione se il nuovo debitore risultasse meno solvibile disponendo di un patrimonio meno capiente (il patrimonio rappresenta la garanzia patrimoniale generica del credito). Inoltre, ove la prestazione abbia carattere infungibile, la sua esecuzione da parte del nuovo debitore non costituirebbe esatto adempimento e lascerebbe insoddisfatto l'interesse creditorio.

Il principio secondo cui alla modificazione del soggetto passivo del rapporto deve concorrere il creditore conosce solo 2 eccezioni. La prima è rappresentata dalla morte del debitore, perché l'erede succede nell'intero patrimonio del de cuius, salvi i casi in cui la morte del debitore provoca l'estinzione del rapporto (appalto, mandato): in questi casi, sebbene il patrimonio ereditario si confonde (nel caso di accettazione pura) con il patrimonio personale dell'erede, il codice mette a disposizione del creditore del defunto lo strumento della separazione dei beni. La seconda eccezione è costituita dalle obbligazioni propter rem, nelle quali la titolarità del debito è legata alla circolazione del bene al quale il debito inerisce.

La modificazione dal lato passivo del rapporto obbligatorio può realizzarsi in 2 modi: cessione del debito o novazione soggettiva. La cessione del debito implica che il debito si trasferisca con le garanzie reali e personali che lo assistevano; la novazione comporta l'estinzione di esse. Inoltre, nel caso di cessione il rapporto continua ad essere disciplinato dal titolo originario, per cui il nuovo debitore conserva la possibilità di opporre al creditore le eccezioni che gli avrebbe potuto opporre il precedente debitore; nel caso di novazione soggettiva, l'obbligazione ha la sua fonte

nel titolo con il quale il nuovo debitore la assume e questi, dunque, non può opporre al creditore le eccezioni fondate sul titolo originario del rapporto.

Il codice non contempla la cessione del debito, ma contempla la novazione soggettiva, definendola come la vicenda per cui il nuovo debitore è sostituito a quello originario, che viene liberato, ma solo al fine di rinviare alla disciplina della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo.

Ciascuno di questi istituti è un contratto che ha delle caratteristiche proprie, in quanto, con la delegazione e l'accollo si può realizzare assunzione di debito, ma non sono congegni negoziali in cui la funzione del debito altrui rappresenta la funzione tanto meno la causa, perché solo l'espromissione è il contratto che ha anche come causa l'assunzione del debito altrui. Infatti, il Cicala dirà che l'espromissione è l'unico congegno negoziale previsto ad hoc per l'assunzione del debito altrui o rapporto di valuta.

Il debito altrui è il debito sottostante, cioè la presenza di un rapporto obbligatorio debitore e creditore che è il rapporto originario su cui si innesta un intervento dell'assuntore del debito che la legge chiama terzo in quanto assume il debito altrui.

Quali sono i soggetti del rapporto originario, cioè il rapporto di valuta?

- ▶▶▶ Nell'espromissione sono espromesso, e espromissario,
- ▶▶▶ nell'accollo l'accollato e l'accollatario
- ▶▶▶ nella delegazione il delegante e il delegatario.

Delegazione, espromissione e accollo sono soggetti a 2 regole comuni: 1) le garanzie reali che assistevano l'obbligazione del debitore rimangono ove il debitore resti obbligato, mentre si estinguono ove egli sia liberato dal creditore, salvo in quest'ultimo caso che il garante dichiari espressamente di mantenerle in vita; 2) nel caso in cui il debitore sia liberato dal creditore, ma l'atto con cui il terzo ha assunto l'obbligazione nei confronti del creditore sia nullo o venga annullato, si ha la reviviscenza dell'obbligazione del debitore originario, delle garanzie reali che egli aveva concesso, ma non di quelle reali o personali prestate da terzi.

▶▶▶ *l'Accollo* è: una stipulazione a favore di un terzo o meglio applicazione speciale dello schema generale della stipulazione a favore del terzo di cui all'art.1411 c.c. e seguenti .

▶▶▶ *La delegazione* è: una applicazione speciale dello schema generale del mandato.

▶▶▶ *L'espromissione* :è un contratto che ha una sua causa autonoma e che è proprio l'assunzione del debito altrui.

La partecipazione del creditore è assente nell'accollo e presente nella delegazione e nell'espromissione.

DELEGAZIONE

(art. 1268 c.c.)

La delegazione è un contratto che nasce da un'iniziativa di un soggetto il debitore originario, detto delegante (mandante) che delega (mandato) il delegato (mandato) di andare dal creditore delegatario e fargli una proposta di delegazione, cioè di contratto. La delegazione è l'incarico conferito da un soggetto (delegante) ad un altro soggetto (delegato) di adempiere (delegatio solvendi) o di obbligarsi ad adempiere (delegatio promittendi) una determinata prestazione a favore di un terzo (delegatario).

Distinguiamo la delegatio promittendi dalla delegatio solvendi.

La delegatio solvendi si verifica quando il delegante ordina al delegato, che non è tenuto ad accettare l'incarico, pur se suo debitore, di pagare direttamente al creditore delegatario. Nella delegatio solvendi, il delegato non deve fare altro che fare una solutio da pagare su incarico del delegante, cioè il delegato paga una somma di denaro al delegatario.

La delegatio promittendi si verifica quando il delegato si limiti ad assumere nei confronti del delegatario l'obbligo del delegante. Essa è disciplinata dall'art. 1268 cod. civ. in base al quale se il debitore assegna al creditore un nuovo debitore, il quale si obbliga verso il creditore, il debitore originario non è liberato dalla sua obbligazione, salvo che il creditore dichiari espressamente di liberarlo. Nel primo caso abbiamo la delegazione cumulativa, nel secondo caso abbiamo la delegazione liberatoria. Il creditore che ha accettato l'obbligazione non può, comunque, rivolgersi al delegante se prima non ha richiesto al delegato l'adempimento (beneficium ordinis). La delegazione a promettere è costruita come un contratto trilaterale o come una fattispecie costituita da tre negozi distinti sebbene collegati, i primi due tra delegante, da un lato, e rispettivamente, delegato e delegatario dall'altro, qualificati come negozi unilaterali recettizi di autorizzazione e il terzo, tra delegato e delegatario, che, perfezionandosi è un negozio rifiutabile.

La delegatio promittendi è proprio la delegazione di debito, cioè la delegazione in virtù dell'assunzione del debito, quindi il delegante incarica il delegato di stipulare un contratto con il delegatario, in virtù del quale contratto, che vede come parti il delegato e il delegatario, il delegato si assume un debito, che il delegante aveva verso il delegatario nel rapporto di valuta, il delegante incarica il delegato di assumerselo. Quindi, la delegazione è un mandato senza rappresentanza, quindi il delegato non agisce in nome del delegante, ma in nome proprio e solo per conto del delegante. Nella

delegatio promittendi succede che il delegato su incarico del delegante fa una proposta al delegatario di contratto di delegazione. Quindi, il contratto di delegazione è un contratto interveniente tra due parti il delegante e il delegatario, in quanto il delegatario non è parte del rapporto, ma il mandante, cioè colui che si prende l'iniziativa è il soggetto che incarica, ma il contratto di delegazione lo fa il delegato e il creditore mandatario, quindi bilateralità del contratto di delegazione. Anche il contratto di espromissione è bilaterale, in quanto l'espromittente fa la proposta di contratto di espromissione di assunzione del debito all'espromissario, se l'espromissario accetta si conclude il contratto di espromissione.

Il codice fa riferimento all'ipotesi in cui il delegante sia debitore del delegatario, in base al c.d. rapporto di valuta, e assegna al creditore un nuovo debitore: si parla in questo caso di delegazione passiva. La delegazione attiva si ha, invece, quando il delegante è creditore del delegato, in base al c.d. rapporto di provvista. Nella prassi spesso la delegazione risulta essere sia attiva che passiva, in quanto il delegante è sia debitore del delegatario, sia creditore del delegato: in tal caso con un unico atto solutorio vengono adempiute 2 obbligazioni e si estinguono sia il rapporto di valuta, che il rapporto di provvista.

Lo schema della delegazione è neutro, perché si presta ad essere utilizzato anche in contesti diversi in cui il delegante non è debitore del delegatario, ma intende attribuire al delegatario una somma di denaro a titolo di mutuo o di donazione. L'elemento costante di questo schema neutro è la simultanea estinzione di 2 rapporti obbligatori.

Quanto alla struttura della delegazione la giurisprudenza sostiene che essa integrerebbe gli estremi di un accordo necessariamente trilaterale, mentre la dottrina sostiene che si tratti di più vicende negoziali tra loro collegate.

In ogni caso l'ordine del delegante deve essere accettato dal delegato, perché è essenziale che esso sia obbligato nei confronti del 1° a eseguire la prestazione a beneficio del delegatario.

Nella delegatio promittendi è essenziale che il delegato si obblighi nei confronti del delegatario attraverso una distinta manifestazione di volontà: fino a quando ciò non avviene il delegante può revocare l'incarico al delegato. E' controverso se ai fini dell'assunzione di questo obbligo sia sufficiente una promessa unilaterale (in questo caso la promessa unilaterale avrebbe effetti obbligatori) o sia anche necessario il concorso della volontà del delegatario.

Quanto agli effetti, la delegatio promittendi non libera il delegante nei confronti del delegatario (c.d. delegazione cumulativa) e tra delegante e delegato si instaura un

vincolo di solidarietà: in tal caso il creditore prima si rivolge al delegato (che è debitore principale) e in via sussidiaria al delegante (*beneficium ordinis*).

La delegazione sarà, invece, liberatoria quando il delegatario dichiara espressamente di liberare il delegante. Tale effetto liberatorio incontra 2 eccezioni: 1) quando il delegatario si riserva la possibilità di agire nei confronti del delegante nel caso di insolvenza del delegato; in tal caso il delegante non si può dire liberato, ma gode del *beneficium escussionis*, nel senso che il delegatario potrà agire nei suoi confronti dopo aver escusso infruttuosamente il delegato; 2) quando il delegato era insolvente al momento dell'assunzione del debito nei confronti del delegatario.

La delegatio promittendi può essere astratta quando il delegato, nell'obbligarsi verso il delegatario, non faccia alcun riferimento né al rapporto di valuta, né al rapporto di provvista, o può essere titolata quando sussiste tale richiamo. Tale distinzione assume rilievo ai fini delle eccezioni opponibili. Nel 1° caso il delegato non può opporre al delegatario le eccezioni fondate sul rapporto di valuta (tra delegante e delegato) o sul rapporto di provvista (tra delegante e delegatario); in tal caso le patologie di questi rapporti dovranno essere fatte valere in un momento successivo con gli appositi rimedi restitutori. L'inopponibilità, che risponde ad esigenze di tutela dell'affidamento del delegatario e di certezza del diritto, incontra un limite nella nullità di entrambi i rapporti di base (c.d. nullità della doppia causa). Quando la delegazione è titolata il delegato può opporre al delegatario tali eccezioni.

Ciò che differenzia la delegazione dall'espromissione è il riferimento alla delega. Nella delegazione ed il mancato c'è il richiamo alla delega, invece, nell'espromissione questo richiamo non c'è; poi mentre l'espromissione deve essere sempre titolata alla valuta, la delegazione no perché siamo arrivati col Cicala ad attribuire alla delegazione una causa generica, nel senso di causa che può finalizzare la delegazione al perseguimento di diversi scopi. Allora è possibile creare una delegazione che non sia titolata né al rapporto di provvista né a quello di valuta.

Il delegante può impartire un incarico al delegato di eseguire una somma di denaro al delegatario in quanto il delegante vuole fare una donazione al delegatario. Magari però fra delegante e delegato, e fra delegante e delegatario c'è un rapporto di debito-credito, quindi ci sono i rapporti di valuta e di provvista, ma il delegante decide di dare incarico al delegato di dare una somma di denaro non per estinguere il proprio debito che ha verso il delegatario (che poi estinguerà in altro modo) ma per fare una donazione. In questo caso siamo in presenza di una delegazione che non è titolata al rapporto di valuta e neanche a quello di provvista perché in questo caso il delegante, volendo fare una liberalità al delegatario, non ha l'intento di realizzare un proprio

diritto di credito che ha verso il delegato. La delegazione ha una sua causa quale quella del mandato che può prescindere dai rapporti sottostanti. Ora secondo il Cicala, nella delegazione ci sarà un espresso richiamo al rapporto di valuta a differenza della dottrina dominante (tra cui Donati) dove pur in assenza dell'espresso richiamo, cmq la delegazione è sempre destinata ad estinguerlo e ciò perché secondo questa dottrina, la delegazione è sempre finalizzata all'estinzione del rapporto di debito sottostante (perché la delegazione è sempre titolata alla valuta come l'espromissione). Quando, invece, il Cicala chiarisce che la causa della delegazione non è l'assunzione del rapporto di valuta, ma è il mandato e che per mandato ci si può assumere un debito, pagarlo, garantirlo, stipulare una promessa di mutuo, realizzare l'intento liberale del delegante, possiamo dire che la delegazione non è vero che richiama sempre il rapporto di valuta sottostante. Quindi, la delegazione può essere astratta sia dal rapporto di valuta, che dal rapporto di provvista, ma non dal mandato che è sua causa, perché in quest'ultimo caso sarebbe nulla.

Cicala, nel saggio sull'espromissione, dirà che l'assunzione di debito può essere strutturata causalmente:

sulla provvista e avremo accollo

oppure sul rapporto di valuta e avremo espromissione

oppure l'assunzione viene effettuata tramite un mandato e avremo assunzione tramite delegazione.

Sovvertendo così un orientamento dottrinale che vedeva un punto in comune relativamente agli istituti dell'assunzione del debito proprio sotto il profilo causale. Si affermava che l'assunzione del debito altrui, vuoi che venisse fatta con la delegazione, vuoi che venisse fatta con l'espromissione o l'accollo, avesse come causa proprio l'assunzione di debito. Invece Cicala ha fatto capire che i tre istituti di assunzione del debito sono diversi sotto tanti punti di vista e soprattutto quello causale. L'unico punto in comune che Cicala ravvisa nei tre istituti è l'essenza dell'assumersi il debito altrui. Cosa significa assumersi il debito altrui?

Vuoi che lo si assuma con la delegazione, vuoi che lo si assuma con l'espromissione o con l'accollo c'è un punto in comune, e, cioè quando c'è un terzo che si assume il debito, vuoi che sia accollante, vuoi che sia delegato o espromittente, sta facendo una cosa che ha sempre lo stesso significato, cioè far proprio il peso economico-giuridico del debito almeno nei rapporti esterni (ossia almeno verso il creditore). Invece un'altra parte della dottrina, dice che assumersi il debito altrui significa far proprio il peso del debito già nei rapporti interni ossia tanto nei rapporti interni che in quelli esterni.

Espromissione

(ART. 1272 C.C.)

Nell'espromissione, l'art. 1272 cod. civ. parla di un intervento spontaneo senza delega, nel senso che l'espromittente non ha la delega, quindi spontaneamente si assume il debito verso l'espromissario. Cicala afferma che anche nell'espromissione vi è il mandato, ma mentre nella delegazione, quando il delegato fa la proposta al delegatario c'è il riferimento giuridico alla delega, nell'espromissione, invece, pur essendo l'espromittente mandatario, nella proposta non c'è un riferimento al mandato. La delegazione e l'espromissione sono contratti bilaterali, e il creditore, delegatario ed espromissario, sono sempre parte del contratto.

L'espromissione è il negozio giuridico con cui un soggetto (espromittente) si obbliga nei confronti del creditore (espromissario) a eseguire la prestazione cui un terzo (espromesso) è obbligato nei confronti del creditore medesimo. La giurisprudenza ha chiarito che l'espromissione presuppone la preesistenza di un'obbligazione altrui, mentre la fideiussione è una garanzia personale per debiti futuri. La caratteristica dell'espromissione è che l'espromittente assume su di sé l'obbligazione su iniziativa personale e spontanea, senza delegazione del debitore.

E' possibile che l'espromittente sia debitore dell'espromesso (o comunque che tra loro intercorra un rapporto di provvista): in tal caso l'espromissione differisce dalla delegatio promittendi perché l'espromittente è estraneo al debitore e al suo rapporto con il creditore, mentre il delegato è incaricato dal delegante. L'espromissione differisce dall'adempimento del terzo perché consiste nell'assunzione di un obbligo nei confronti del creditore, mentre il terzo non si obbliga. L'espromissione è, di regola, cumulativa, perché tra espromittente e debitore originario si instaura un vincolo di solidarietà passiva. Qui però, a differenza della delegazione, sarà l'espromittente ad essere debitore principale, mentre l'obbligazione dell'espromesso ha carattere sussidiario: in tal caso il creditore si deve rivolgere prima all'espromittente.

L'espromissione può essere liberatoria, allorché il creditore dichiara espressamente di liberare l'espromesso.

La differenza tra espromissione cumulativa e espromissione liberatoria rileva anche sotto il profilo della struttura, in quanto la prima può assumere la veste di negozio unilaterale, la seconda ha necessariamente natura contrattuale, secondo lo schema del contratto a favore di terzo, ove qui il terzo è il debitore espromesso.

Le eccezioni fondate sul rapporto tra terzo e debitore non potranno essere opposte dal 1° al creditore, salvo il caso l'opponibilità sia stata espressamente convenuta da espromittente e creditore.

L'espromittente può sempre opporre al creditore le eccezioni fondate sul rapporto tra espromesso e creditore (che avrebbe potuto opporre l'espromesso), salvo il caso che si tratti di eccezioni sopravvenute all'espromissione o personali (dell'espromesso). Si tratta di una disciplina diversa da quella della delegazione giustificata dal fatto che l'espromittente opera di sua iniziativa.

CI si chiede se l'espromissione e la delegazione siano entrambe precedute da una fase preliminare oppure no. In sostanza, nella delegazione, il delegante impartisce un ordine al delegato o di assumersi un debito del delegante verso il debitore delegatario (delegatio promittenti), oppure pagare una somma di denaro (delegatio solvendi, cioè la delegazione di pagamento).

Delegatio promittendi, il delegato formula una proposta di contratto di delegazione al delegatario, se l'accetta si stipula il cosiddetto contratto di delegazione. Nell'espromissione art.1272 c.c. il debito che l'espromesso ha verso l'espromissario (rapporto di valuta) viene assunto dall'espromittente verso l'espromissario, senza delega. Da qui parte il dibattito dottrinario: cosa vuol dire senza delega?

La differenza tra delegazione ed espromissione è che nella delegazione vi è la fase preliminare della delega, nell'espromissione questa fase non c'è.

accollo

L'accollo è una figura molto particolare di accordo, secondo Cicala, in quanto è una clausola con la quale il debitore originario, che è l'accollato, trasferisce il proprio debito al nuovo debitore che si chiama accollante. A differenza della delegazione e dell'espromissione, nell'accollo le parti dell'accordo sono i due debitori, ma non il creditore. Il creditore accollatario è estraneo alla pattuizione. Quindi, l'accollato fa la proposta di accollo all'accollante, se l'accollante accetta si stipula l'accollo. Ma non funziona proprio così, perché l'accollo non è un contratto a sé stante, ma una clausola. Il Cicala definisce l'accollo come una stipulazione a favore del terzo, che è una clausola del contratto, es. Tizio e Caio sono le parti del contratto, nel contratto inseriscono una clausola, in virtù di quella clausola Tizio è il promittente e Caio lo stipulante, quindi quella clausola che è un effetto del contratto, andrà a favore di un terzo, che non è parte del contratto, art. 1411 cod. civ. (contratto a favore del terzo).

L'accollo sarà clausola, cioè stipulazione a favore di terzo, di un contratto più ampio.

Nella delegazione ed espromissione, il delegatario e l'espromissario sono parti del contratto, invece, l'accollatario non è parte del contratto, in quanto nel contratto a favore del terzo lo stipulante e il promittente mettono questa clausola un effetto favorevole in capo al terzo, il terzo in merito a questo effetto o dichiara di voler profittare o dichiara di non voler profittare di un effetto favorevole e questo farà anche l'accollatario.

Come nella cessione di credito la causa non è autonoma, perché la causa è nella vendita, nella permuta o nella donazione, anche l'accollo si fa tramite una vendita, o una transazione. Quindi, la causa dell'accollo è la causa del contratto sottostante, cioè la causa del contratto di cui l'accollo è clausola, l'accollo è la clausola della vendita, la causa della vendita è la clausola dell'accollo. L'accollo è una causa della transazione, la causa dell'accollo è la causa della transazione.

La causa dell'espromissione è l'assunzione del debito altrui. La causa della delegazione è il mandato, cioè l'agire per conto.

L'accollo è il contratto tra il debitore e un terzo con cui il terzo (accollante) assume su di sé l'obbligo che il debitore (accollato) ha nei confronti del creditore (accollatario). Ad. es. compratore di immobile che si accolla (con pattuizione apposta al contratto di compravendita) l'obbligo di corrispondere alla banca le rate residue del mutuo acceso a suo tempo dal venditore, mutuo garantito da ipoteca iscritta sul bene.

Accollo e espromissione comportano entrambi l'assunzione del debito altrui, ma il 1° è un contratto tra debitore e terzo, mentre la 2°, quando non è un negozio unilaterale, consiste in un accordo tra espromittente e creditore.

Quanto a delegazione e accollo, nella 1° il delegato non è obbligato nei confronti del delegatario se non assume questo impegno con una manifestazione di volontà; nel 2° l'accollante è immediatamente obbligato nei confronti dell'accollatario, in quanto si tratta di istituto riconducibile al contratto a favore di terzo (terzo che in tal caso è il creditore).

Accollante e accollato possono revocare l'accollo, facendo venir meno l'obbligazione dello accollante. Tale potere viene meno ove il creditore renda la stipulazione irrevocabile con una dichiarazione di adesione alla convenzione (dichiarazione identica a quella del terzo che dichiara di volere approfittare del contratto a suo favore).

L'accollo è di regola cumulativo: al debitore originario, che non è liberato, si affianca, come obbligato in solido, l'accollante, che si deve considerare debitore principale,

mentre il 1° è debitore sussidiario (*beneficium ordinis*). Tuttavia, fin quando il creditore non aderisce all'accollo tale sussidiarietà rileverà solo nei rapporti interni.

L'accollo è liberatorio in 2 ipotesi: se il creditore aderendo all'accollo dichiara di liberare il debitore e se la liberazione è condizione espressa dell'accollo. In questo caso il creditore sopporta il rischio dell'insolvenza dell'accollante, ma sono previste 2 eccezioni: 1) quando il creditore si è riservato di agire comunque nei confronti dell'accollato in caso di insolvenza dell'accollante (qui l'accollato non è liberato, ma gode solo del *beneficium escussionis*); 2) quando l'accollante era insolvente già al tempo della stipulazione dell'accollo.

Naturalmente l'accollante risponde nei limiti in cui ha assunto il debito, mentre della parte residua continua a rispondere l'accollato.

Sul piano causale anche l'accollo si caratterizza in ragione del rapporto di valuta (tra accollante creditore) e del rapporto di provvista (tra accollante e accollato). Nel caso illustrato il rapporto di valuta è il mutuo, mentre il rapporto di provvista è la compravendita. Il codice prevede che l'accollante può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta (ossia fondate sul rapporto di provvista). Nulla il codice dice sul rapporto di valuta, tuttavia si ritiene che siano opponibili anche le eccezioni fondate su di esso.

La figura qui analizzata è il c.d. accollo esterno, che differisce dal c.d. accollo interno: quest'ultimo produce effetti solo tra le parti, in quanto l'accollante assume un'obbligazione solo nei confronti del debitore, che consiste nel tenerlo indenne dal costo della prestazione che egli deve al creditore, fornendogli la provvista necessaria. In tal caso il creditore non acquista alcun diritto nei confronti dell'accollante e l'unico soggetto obbligato nei confronti è il debitore originario. Se poi l'accollante provvede direttamente a prestare al creditore quando dovuto dal debitore si configura un adempimento del terzo.

Esiste anche l'accollo legale, quando l'assunzione del debito altrui è l'effetto di una fattispecie normativa (ad es. cessione d'azienda, ove l'acquirente risponde in solido con l'alienante dei debiti inerenti all'esercizio dell'azienda contratti prima del trasferimento e risultanti dai libri sociali).