

## **La capacità giuridica e la capacità di agire**

### **1. La capacità giuridica**

La capacità giuridica consiste nella capacità di essere titolare di poteri e doveri giuridici, ovvero l'idoneità del soggetto ad essere titolare di posizioni giuridiche. La capacità si distingue dalla titolarità: la prima concerne una situazione astratta, mentre la seconda presuppone che un fatto giuridico si sia già verificato.

La capacità giuridica si acquista al momento della nascita. Prima di tale momento (che coincide col distacco del feto dal grembo materno), non può esservi alcuna titolarità di diritti ed obblighi giuridici. L'acquisizione della capacità giuridica non rileva la c.d. vitalità, cioè l'idoneità della persona a sopravvivere, ma è sufficiente che il soggetto anche per un solo attimo sia vissuto.

La capacità giuridica si perde con la morte, tutte le funzioni dell'encefalo. Da tale momento nessun diritto può essere acquistato dal defunto, mentre quelli già acquisiti o si estinguono o si trasmettono agli eredi. La dichiarazione di morte è fatta non oltre le ventiquattro ore dal decesso all'Ufficiale dello Stato Civile. L'atto di morte deve annunciare il luogo, il giorno e l'ora della morte, le generalità del defunto e, se coniugato, vedovo o divorziato, il nome e il cognome del coniuge.

### **2. La capacità di agire**

La capacità di agire consiste nella capacità di disporre dei propri diritti. Essa non si acquista alla nascita, bensì al verificarsi di determinate fattispecie (es. maggiore età) e si perde a causa del verificarsi di specifiche situazioni (es. interdizione per infermità mentale). Inoltre, essa può essere ridotta, accordata o revocata: la carenza della capacità di agire impedisce che un soggetto gestisca direttamente ed autonomamente la propria sfera patrimoniale e personale, ma non ne esclude la titolarità dei diritti e degli obblighi. L'incapace può fare, di regola, tutto ciò che potrebbe fare un soggetto capace, ma deve avvalersi della rappresentanza legale di un altro soggetto capace.

La capacità di agire si acquista al raggiungimento della maggiore età (18esimo anno di età), tuttavia, in alcune ipotesi, la legge richiede un'età maggiore (es. 35 anni di età per l'adozione dei maggiorenni) e per altre un'età inferiore (es. 16 anni è l'età minima per il riconoscimento del figlio naturale).

La capacità di agire si perde per interdizione giudiziale (in caso di incapacità a provvedere ai propri interessi da solo per infermità mentale) o legale (in caso di condanna irrevocabile alla pena dell'ergastolo, o per delitto non colposo, alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni).

La capacità di agire viene solo ridotta nel caso di inabilitazione: l'inabilitato (al pari del minore emancipato) può compiere da solo tutti gli atti di ordinaria amministrazione, mentre per quelli di straordinaria amministrazione è richiesta l'assistenza di un curatore.

Un aspetto della capacità di agire consiste nella capacità processuale, la quale presuppone la prima ed indica l'idoneità del soggetto ad essere attore o convenuto in giudizio. Sia la capacità giuridica che la capacità di agire rientrano nel concetto di capacità legale, in quanto è la legge che precisa quando e come si acquistano e si perdono. Diverso è il concetto di capacità naturale, che indica la capacità di intendere e di volere, il cui difetto abituale è causa dell'incapacità legale.

Il contratto concluso dall'incapace legale è annullabile: il contratto concluso dall'incapace naturale è altrettanto annullabile, ma solo ove risulti la malafede dell'altro contraente. Per gli atti unilaterali, tuttavia, occorre un grave pregiudizio per l'autore dell'atto. Mentre per l'annullamento del matrimonio, del testamento e della donazione, è sufficiente la prova dell'incapacità al momento del compimento dell'atto.

## **I beni**

### **1. Le cose e i beni**

Secondo l'art. 810 c.c., le cose che possono formare oggetto di diritti sono beni. Possono essere beni sia entità materiali (cose) sia immateriali (paternità di un'opera), purché siano suscettibili di diventare oggetto di una situazione giuridica. Tra i beni rientrano anche i beni immateriali, che si differenziano da quelli materiali perché caratterizzati dalla immaterialità, intangibilità o incorporeità, generalmente frutto di un processo creativo, anche se si concretizza in un elemento materiale.

Altra distinzione da fare è quella che impone l'art. 812 che definisce i beni immobili, riconducendo a tale categoria il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo. Sono reputati immobili anche i mulini, i bagni, e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo e sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione. I beni mobili, invece, per residualità, sono considerati tutti i beni che non sono immobili.

Una particolare categoria di beni mobili è rappresentata dai beni mobili registrati per i quali acquisiscono tale natura qualora l'ordinamento preveda per gli stessi l'iscrizione in appositi registri (autoveicoli, aeromobili, navi ecc).

La distinzione tra beni mobili, mobili registrati ed immobili si accompagna ad una disciplina giuridica differenziata. In primo luogo, per quanto riguarda la forma degli atti traslativi o costitutivi di diritti reali su beni immobili, è richiesto l'atto pubblico o la scrittura privata a pena di nullità.

Gli atti aventi oggetto beni immobili o beni mobili registrati prevalgono nei confronti dei terzi secondo le regole della trascrizione nei relativi registri.

Ulteriore distinzione riguarda le cose composte e le universalità. Si parla di cose composte nel caso di beni materiali composti da più cose che, avendo destinazione unitaria, perdono la funzione originaria per adempierne una diversa (es. automobile e le singole parti che la compongono).

Le universalità, invece, sono più cose aventi autonoma compiutezza, che appartengono ad un solo soggetto ed hanno una destinazione unitaria. Si distinguono dalle cose composte perché le singole parti che costituiscono l'universalità possono essere oggetto di separato godimento, nonché dalle pertinenze in quanto manca l'asservimento dell'una all'altra.

Si parla di universalità di fatto quando ad una pluralità di cose mobili, dotate di propria autonomia fisica e giuridica, sia impresso un vincolo di destinazione comune (es. gregge di pecore,

pinacoteca). L'universalità di diritto, invece, è una figura prevalentemente dottrinale che non trova riscontro nell'ambito empirico e pertanto non univocamente riconosciuta.

Infine, si parla di rapporto pertinenziale quando il proprietario sul bene principale instaura tra questo ed un bene accessorio un particolare collegamento funzionale, ponendo il bene accessorio (pertinenza) a servizio od ornamento dell'altro, in modo stabile e durevole. Il vincolo funzionale che lega tra loro cosa principale e pertinenza non può avere un contenuto qualsiasi a volontà (*ad libitum*) del titolare, ma deve realizzare effettivamente un miglior sfruttamento o una maggiore utilizzazione della cosa principale. Il principale effetto giuridico che produce la costituzione di una pertinenza è l'estensione automatica ai beni accessori degli effetti degli atti giuridici che hanno ad oggetto la cosa principale. La *ratio* della disposizione è riconducibile alla tutela della migliore utilizzazione dei beni o il maggior valore economico che acquistano attraverso il vincolo funzionale di accessorietà.

## **I diritti sui beni immateriali**

### **1. I diritti sulle opere dell'ingegno**

I diritti possono avere ad oggetto sia beni materiali, sia beni immateriali considerati espressione di attività intellettuali e definiti, a secondo della loro natura, opere dell'ingegno e invenzioni industriali. A tal proposito, occorre effettuare una distinzione: la proprietà intellettuale che riguarda le opere dell'ingegno di natura creativa appartenenti alla scienza, all'arte, alla letteratura, alla musica, all'architettura, al teatro, alla cinematografia, è disciplinata dalle norme sul diritto d'autore (artt. 2575-2583). La proprietà industriale che riguarda le invenzioni industriali è disciplinata dalle norme sul diritto d'inventore (artt. 2584-2591).

La categoria dei beni immateriali è un numero chiuso cui appartengono oltre le opere dell'ingegno, e le invenzioni industriali, anche i modelli di utilità, i modelli e disegni ornamentali, i segni distintivi dell'impresa quali la ditta, l'insegna, il marchio, ma non il know how.

I caratteri generali che contraddistinguono i diritti sui beni immateriali sono quattro:

- sono assoluti, nel senso che attribuiscono al titolare il diritto di rendere pubblica l'idea ricavandone un beneficio economico e permettendo il godimento in favore di soggetti terzi;
- hanno ad oggetto la forma rappresentativa o espressiva dell'idea e non il suo contenuto, né il bene fisicamente inteso;
- sono temporanei, a differenza del diritto di proprietà che è permanente almeno sotto un profilo potenziale;

- sono acquisibili a titolo originario per il solo fatto della creazione. Non sono, quindi, richiesti ulteriori atti o formalità.

Esiste un duplice approccio dottrinale riguardo la natura giuridica di tali diritti: secondo una certa corrente di pensiero, i diritti su beni immateriali hanno una natura assimilabile a quella del diritto di proprietà e dei diritti reali, mentre secondo un'altra essi rientrerebbero nella categoria dei diritti della personalità.

## **2. Il diritto d'autore (artt. 2575-2583)**

Il diritto d'autore disciplina le opere dell'ingegno di tipo creativo che appartengono alla scienza, all'arte, alla letteratura, alla musica, all'architettura, al teatro, alla cinematografia, qualunque sia il modo o la forma di espressione. Tale classificazione non è tassativa, bensì esemplificativa, tanto che è integrata dalla normativa detta "sul diritto d'autore" e da Convenzioni internazionali, che fanno rientrare tra le opere letterarie anche i software per i computer.

Il codice e le leggi speciali non danno la definizione dell'opera dell'ingegno, ma si limitano ad individuare i requisiti necessari per la sua tutela, riconducili al carattere creativo e all'appartenenza a determinante materiale. Obiettivo di tale diritto è garantire il rispetto fedele della personalità dell'autore in ogni suo aspetto, negli ideali, nelle convinzioni, nei sentimenti ecc.

Il diritto all'identità personale è, infatti, riconosciuto come situazione giuridica autonoma rispetto agli altri diritti della personalità. Quindi, oggetto della tutela non è l'idea ma la forma in cui essa viene espressa o rappresentata in modo organico e originale, ovvero, l'opera creativa che rientra in una delle categorie previste dalla legge.

Il diritto d'autore è garantito dal legislatore sia come diritto morale, che come diritto patrimoniale. Il diritto morale d'autore risponde ad un interesse personale alla considerazione pubblica e si attua con il divieto di incidere sull'opera con risultati che modifichino la reputazione che altri abbia dell'autore. Esso è annoverato tra i diritti della personalità che se con qualità specifiche proprie.

Quanto al contenuto, il diritto morale d'autore attribuisce al titolare un complesso di ulteriori diritti e facoltà:

- il diritto di rivendicare la paternità dell'opera. Ciò consente di tutelare sia un interesse privato (evitare all'autore che altri soggetti possano appropriarsi della sua opera), sia un interesse pubblico (evitare alla collettività di essere ingannata nell'attribuzione della paternità intellettuale);
- il diritto di decidere sulla pubblicabilità dell'opera (il c.d. diritto di inedito);
- il diritto di ritirare l'opera dal commercio qualora sussistano gravi ragioni morali (c.d. diritto di pentimento);

- il diritto all'integrità dell'opera. Tale diritto implica il potere di porre il veto a qualsiasi variazione abusiva esterna, nonché imitazione, contraffazione o deformazione che sia pregiudizievole dell'onore o della reputazione dell'autore. Tuttavia, l'ordinamento ammette le satire e ironie sull'opera, eccetto che ledano l'onore del suo autore.

Laddove si verifichi una lesione del diritto, l'ordinamento riconosce all'autore un'azione inibitoria finalizzata alla cessazione dell'evento lesivo ed all'eliminazione delle conseguenze pregiudizievole all'onore ed alla reputazione del medesimo, nonché un'azione risarcitoria ove si sia verificato anche un danno economico per il titolare del diritto.

Il diritto morale d'autore non è soggetto a prescrizione, è intrasmissibile ed irrinunciabile e permane anche in caso di cessione dei diritti di utilizzazione economica dell'opera. Alla morte dell'autore il diritto può essere fatto valere dagli eredi.

Il diritto patrimoniale d'autore consiste nel potere di rendere pubblica l'opera e sfruttarla da un punto di vista economico e non concerne solo le utilizzazioni a scopo lucrativo, ma comprende ogni utilizzo che abbia riflessi sulla vita economica dell'opera. Tale diritto si esplica attraverso la riproduzione dell'opera, ossia la moltiplicazione in copie con ogni mezzo, ed ha diverso contenuto a seconda della natura dell'opera. Si tratta di un diritto trasmissibile a terzi in tutto o in parte, per atto tra vivi o *mortis causa*.

La durata del diritto di utilizzazione economica varia a seconda la natura dell'opera su cui si costituisce: in caso di un'opera cinematografica o assimilata, dura fino al termine del settantesimo anno dopo la morte dell'ultima persona sopravvissuta tra autore, direttore artistico, autori della sceneggiatura ecc. Negli altri casi il termine di durata è di cinquanta anni diversamente decorrente.

In tema di tutela, l'azione esperita per conseguire il risarcimento del danno non presuppone l'esistenza di un rapporto concorrenziale tra l'attività del danneggiante e quella del danneggiato, in quanto, la lesione del diritto oggetto di tutela implica automaticamente l'azione risarcitoria.

### **3. Il diritto sulle invenzioni industriali (artt. 2584-2591)**

L'invenzione industriale può essere definita come la soluzione originale di un problema tecnico, costituita da un bene materiale o immateriale.

Questo tipo di invenzione può essere tutelata ed incentivata soltanto se possa garantirsi un diritto di esclusiva all'inventore, diritto che può realizzarsi attraverso il segreto aziendale, oppure attraverso l'istituto giuridico del brevetto. Oggetto del brevetto è l'idea inventiva, cioè il nuovo trovato, in quanto rimuove gli ostacoli alla realizzazione di uno specifico obiettivo industriale.

I requisiti per ottenere il brevetto sono:

- industrialità dell'idea. L'idea deve essere idonea per un'applicazione industriale;
- novità intrinseca. L'invenzione deve avere una valenza creativa dal punto di vista tecnico;
- novità estrinseca. L'invenzione non deve essere stata divulgata.

All'inventore spetta il diritto al rilascio del brevetto il quale consiste in un diritto soggettivo e non di interesse legittimo, per cui il rilascio rappresenta un atto non discrezionale, ma dovuto.

È riconosciuto all'inventore anche un diritto morale alla paternità dell'invenzione, intrasferibile ed imprescrittibile. Dopo la morte dell'autore il diritto morale può essere esercitato dalla persona designata a tal fine dall'inventore nel proprio testamento.

All'inventore viene riconosciuto anche un diritto patrimoniale di attuare l'invenzione e di disporre e trarne profitto, vietando ad altri di usare l'invenzione per interessi propri e di riprodurre l'oggetto coperto dal diritto. Tuttavia, il terzo può agire in giudizio per ottenere la declaratoria di nullità del brevetto illegittimamente concesso e la conseguente cessazione di ogni limite allo svolgimento della propria attività industriale. Ne consegue che bisogna distinguere tra diritto di brevetto e diritto sul brevetto.

Il diritto di brevetto consiste nel potere di richiedere la registrazione e spetta all'inventore o a chi ha acquistato l'invenzione, mentre non è riconosciuto a chi non brevetta o a chi brevetta male.

Il diritto sul brevetto consiste nel potere di attuare e godere in dell'invenzione via esclusiva da parte del soggetto che ha brevettato.

Il brevetto ha una durata di venti anni che decorre dalla data della domanda. La tutela del diritto sul brevetto si attua attraverso l'azione di contraffazione che consta sia di una inibitoria che di un risarcimento dei danni. L'ordinamento riconosce un diritto di preuso al soggetto che ha utilizzato l'invenzione a livello aziendale, nei dodici mesi antecedenti alla presentazione della domanda di brevetto.

L'art. 259 riconosce il diritto del prestatore di lavoro di vedersi attribuita l'invenzione fatta nello svolgimento del relativo rapporto professionale. I diritti e obblighi delle parti sono stabiliti da leggi speciali, le quali distinguono tra invenzioni di servizio, di azienda e occasionali.

L'elemento distintivo tra invenzione di servizio e invenzione d'azienda consiste nel fatto che, nel primo caso, oggetto del contratto di lavoro è l'attività inventiva, cioè il particolare impegno per raggiungere un risultato prefigurato dalle parti, a fronte del quale è corrisposta al lavoratore una speciale retribuzione. In tal caso l'invenzione appartiene al datore di lavoro. Nel secondo caso, invece, l'invenzione è fatta dal lavoratore subordinato nell'esecuzione di un rapporto che non ha come specifico oggetto l'attività di ricerca a scopo inventivo, con la conseguenza che il diritto d'autore spetterà sempre al datore di lavoro, che dovrà corrispondere al lavoratore un equo compenso.

Diversa da queste due figure è l'invenzione occasionale che si verifica quando il lavoratore subordinato, di sua iniziativa ed al di fuori di qualsiasi previsione contrattuale, ma utilizzando i beni aziendali, perviene all'invenzione in modo incidentale e straordinario. In questa ipotesi spetta al datore di lavoro un diritto di prelazione sull'invenzione.

#### **4. Il know how**

Il know how è l'insieme sistematico e coordinato di regole tecniche di per sé non inventive, ma che presentino il carattere essenziale della novità e della segretezza, volte a governare in modo ottimale un processo produttivo industriale o un corretto impiego di una tecnologia. Deve trattarsi di conoscenze tecniche segrete, non brevettate e non brevettabili, il cui impiego o la cui conoscenza può rappresentare un vantaggio economico o concorrenziale per chi lo possiede, il quale può essere trasmesso a terzi.

Il know how è suscettibile di tutela in via diretta in sede contrattuale, o in via indiretta facendo riferimento alla disciplina dettata in tema di concorrenza sleale. È inoltre prevista una tutela penale nel caso di rivelazione di segreti industriali.

Il know how non può essere ricompreso appieno nella categoria dei "beni giuridici immateriali", in quanto non può essere considerato né un'invenzione industriale, né un modello di utilità, né un modello ornamentale, né un marchio e nemmeno può essere ricompreso nel diritto d'autore.

Il contratto di know how ha ad oggetto la mera trasmissione delle suddette conoscenze. Dal punto di vista della natura giuridica il contratto di know how è un contratto atipico sinallagmatico nel quale le reciproche prestazioni consistono in un dare a carico del concedente, che deve comunicare le conoscenze a in n dare per il concessionario che deve mantenere il segreto e pagare il relativo corrispettivo.

## **I titoli di credito (artt. 1992 ss.)**

Sono documenti contenenti la promessa unilaterale di effettuare una data prestazione a favore di chi lo presenterà al debitore.

I caratteri dei titoli di credito sono:

- incorporazione, ovvero il diritto è incorporato nel titolo, nel senso che la circolazione del diritto di credito è attuata attraverso quella del documento, pertanto l'acquirente del documento acquista automaticamente anche il diritto che vi è indicato, nei limiti in cui vi è indicato;
- letteralità, ovvero il diritto è determinato dal contenuto letterale del titolo;
- autonomia, colui che risulta titolare del titolo esercita un diritto proprio, autonomo ed indipendente dai precedenti rapporti intercorsi fra altri titolari e il debitore. Il debitore non può infatti opporre al titolare del documento le eccezioni personali riguardanti i rapporti personali di quest'ultimo con i precedenti possessori.

I titoli di credito sono classificati in:

- titoli nominativi, sono intestati ad un determinato soggetto. Tale intestazione risulta sia dal titolo che dal registro dell'emittente. Il trasferimento del titolo nominativo si opera mediante la doppia annotazione del nome dell'acquirente sul titolo stesso e sul registro dell'emittente oppure con il rilascio di un nuovo titolo;
- titoli all'ordine, sono anch'essi intestati ad un soggetto, ma prevedono inoltre una clausola "all'ordine" che consente all'originario intestatario ed ai successivi giratari di ordinare al debitore di eseguire la prestazione a favore di un altro soggetto, detto giratario. L'ultimo giratario è legittimato ad esigere la prestazione;
- titoli al portatore, non sono intestati ad alcun soggetto. Per il trasferimento del titolo è sufficiente la semplice consegna.

## **Procedura di ammortamento**

Nel caso che un titolo di credito all'ordine o nominativo sia smarrito, sottratto o distrutto, la legge consente al possessore che ha subito la perdita di ottenere dall'autorità giudiziaria l'ammortamento del titolo stesso. L'ammortamento priva il titolo della sua efficacia e attribuisce all'ex possessore la legittimazione ad esigere ugualmente il pagamento, oppure un duplicato del titolo perduto.

Occorre però tener conto della possibilità che il titolo, di cui si afferma la distruzione, la sottrazione o lo smarrimento, sia stato rimesso in circolazione e sia giunto in possesso di un terzo in buona fede. A tutela di questo, la legge dispone che il decreto di ammortamento sia pubblicato sulla

Gazzetta Ufficiale, e l'ammortamento si compia dopo trenta giorni dalla pubblicazione, se nel frattempo non sia stata fatta opposizione da un terzo detentore del titolo.

Il decreto di ammortamento va anche notificato al debitore, per evitare che paghi il terzo detentore del titolo.

Per i titoli al portatore questa procedura di ammortamento non è ammessa: perché l'ex possessore del titolo al portatore possa pretendere dall'emittente il rilascio di un duplicato, oppure il pagamento, deve fornire la prova della sua distruzione. Se invece si tratta solo di uno smarrimento o sottrazione, e l'ex possessore ne fornisce anche qui la prova, egli avrà diritto alla prestazione, ma solo dopo che sia decorso il termine di prescrizione del titolo; se nel frattempo il debitore esegue la prestazione a favore di un terzo possessore del titolo, il debitore stesso è liberato, salvo che si provi che conosceva l'illegittimità del possesso del presentatore.

## **Equilibrio economico e giuridico**

### **1. L'equilibrio economico tra le prestazioni**

Lo squilibrio economico originario tra le prestazioni è di regola irrilevante: in sede di formazione del contratto vige il principio dell'autonomia contrattuale, e ciascuno è libero di contrattare a condizioni a sé vantaggiose e vantaggiose per la controparte.

L'esigenza di proporzionalità tra le prestazioni è legislativamente valutata come esigenza di ristabilire l'equilibrio corrispondente alla originaria previsione delle parti.

Secondo la giurisprudenza, la sproporzione fra le prestazioni contrattuali è, talvolta, accompagnata dall'assoluta assenza di causa, stabilendo che nei contratti a prestazioni corrispettive il difetto di equivalenza delle prestazioni comporta l'assoluta mancanza di causa del contratto, e pertanto un contratto nullo.

Per quanto riguarda la valutazione della congruità dello scambio contrattuale, questa si ricollega a quella dell'autonomia dei contratti (di cui al comma 1 art. 1322).

Sotto il profilo economico, di mercato, il giusto prezzo (determinato in corrispondenza al prezzo di borsa o di mercato, risultante da listini o da mercuriali) è il prezzo di mercato, che si determina nelle libere contrattazioni. Spesso però, la libertà nella determinazione dell'equilibrio tra le prestazioni è solo formale, come nei casi in cui il contraente più debole subisce, di fatto, le condizioni contrattuali imposte dal contraente più forte. Il criterio del corrispettivo proporzionale vale per integrare e non per correggere la volontà delle parti.

### **2. Squilibrio economico e giuridico nei contratti d'impresa. Le clausole abusive e la sub-fornitura. Il Codice del consumo**

Negli ultimi anni le normative a tutela dell'equilibrio economico e giuridico nei contratti di impresa si sta estendendo, soprattutto in virtù della spinta comunitaria, tesa a rendere più produttivo il controllo sostanziale sulle condizioni del contratto.

In particolare, la normativa è diretta soprattutto ai c.d. contratti d'impresa unilaterali (dove una delle parti è un imprenditore o un professionista) e bilaterali (dove entrambe le parti sono imprenditori o professionisti).

Si tratta di una disciplina che da un lato riguarda il fenomeno della adesione a clausole unilateralmente predisposte, ma dall'altro si applica non solo alle clausole c.d. standardizzate (che presentano il requisito della generalità e sono afferenti alla contrattazione dette "di serie"), bensì più in generale a tutte le clausole non individualmente negoziate, anche se predisposte per un singolo contratto.

Il comma 4 dell'art. 34 del codice di consumo definisce non vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale. La trattativa individuale consiste nelle discussioni attraverso le quali entrambe le parti concorrono alla "individuazione del materiale di costruzione del contratto".

Il comma 2 dell'art. 36 del codice di consumo prevede alcune clausole che la legge considera nulle anche se su di esse si svolga una trattativa individuale (c.d. lista nera). A tal proposito l'art. 36 parla espressamente di nullità di protezione e non di inefficacia.

Secondo l'art.33 nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

La norma ha notevole rilievo per la portata che in essa riveste la buona fede contrattuale: lo squilibrio contrattuale che produce l'inefficacia della clausola squilibrante, è posto in rapporto con la violazione, da parte del contraente che ha imposto la clausola del canone della buona fede nella formazione del contratto. La norma, quindi, esprime un principio secondo il quale la violazione del canone di buona fede oggettiva può condurre alla caducazione (perdita di efficacia) del contratto. L'art. 33, al comma 1, fornisce la definizione in termini generali di vessatorietà. La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto, e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato da cui dipende. Il comma 2 dispone, inoltre, che la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e di servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile. Si è, quindi, distinto uno "squilibrio economico" come giuridicamente irrilevante ed uno "squilibrio normativo" rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina, e consistente nel rapporto tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto.

Lo squilibrio economico è irrilevante proprio perché la legge non ammette un controllo sulla adeguatezza del prezzo o del corrispettivo ai beni o servizi che formano l'oggetto del contratto. Il comma 2 contiene un elenco di clausole non tassativo (c.d. lista grigia): se una clausola comporta uno "squilibrio" ai sensi del comma 1, essa deve essere considerata vessatoria anche se non rientra in quelle elencate nel comma 2. Le clausole considerate vessatorie sono nulle ma il contratto rimane valido per il resto. È, infine, previsto un rimedio "collettivo-preventivo": l'azione inibitoria. Accanto all'azione individuale che il singolo consumatore può far valere perché venga dichiarata la nullità di una o più clausole vessatorie del contratto, l'art. 37 ha introdotto una azione inibitoria la cui legittimazione attiva spetta alle associazioni rappresentative dei consumatori, alle associazioni

rappresentative dei professionisti ed inoltre alle Camere di commercio, industria artigianato e agricoltura.

In materia di subfornitura la recente l. 18 giugno 1998 n. 192 a tutela dell'imprenditore-subfornitore, sancisce la nullità dei patti attraverso i quali si realizza l'abuso di dipendenza economica. Sempre con riguardo ai rapporti di impresa, il d.lgs. n. 192/2012 in materia di "lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali" ha previsto la nullità di accordi sulle modalità di pagamento sulle conseguenze del ritardo, qualora siano gravemente iniqui per il creditore. In queste ipotesi, è previsto un potere d'ufficio del Giudice di dichiarare la nullità degli accordi e di ricondurli ad equità.

### **3. Il terzo contratto**

L'evoluzione discendente dal diritto dei contratti ha portato la dottrina civilistica a riflettere su ipotesi di negoziazione asimmetrica, al fine di conferire tutela al contraente debole coinvolto in rapporti contrattuali in cui la controparte abbia maggiore potere contrattuale.

Frutto di tale riflessione è stata la proliferazione di numerose normative caratterizzate dall'apporto di protezione al contraente pregiudicato dal regolamento contrattuale iniquo. Basti ricordare la normativa sul ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali, la disciplina sull'affiliazione commerciale e la disciplina sull'abuso di dipendenza economica. Mentre la prima ipotesi fa capo al contratto concluso con il consumatore, le ipotesi residue fanno riferimento al contratto concluso tra imprenditori, di cui uno in posizione debole rispetto alla controparte con maggior potere contrattuale ed ancora lontano dall'apparire normativamente definito.

A tal proposito la dottrina civilistica, conscia delle riflessioni di cui necessita l'evoluzione del diritto dei contratti, ha elaborato la figura del c.d. terzo contratto.

Si tratta di una recentissima fattispecie dai contenuti normativi ed applicativi ancora incerti e che non ne garantiscono, ad ora, portata dogmatica, nonostante stia acquisendo sempre maggiori consensi nel panorama civilistico.

In altri termini il terzo contratto sarebbe una disciplina in fieri, ma dalla valenza meramente descrittiva, funzionale ad esigenze didattico-didascaliche.

"Terzo contratto" in quanto mira a posizionarsi tra il c.d. "primo contratto", vale a dire il contratto concluso in maniera paritaria, che aspira al massimo della libertà e disciplinato dal nostro codice civile, e il c.d. "secondo contratto", quello, cioè, perfezionato con il consumatore ed ormai radicato normativamente nell'ordinamento. Appare ovvia, dunque, l'esigenza di coprire uno *iatus*

ordinamentale caratterizzato dalla mancanza di una disciplina che consenta di tutelare l'imprenditore coinvolto in un rapporto contrattuale squilibrato.

La dottrina civilistica ha elaborato una base normativa in grado di giustificare l'esistenza del terzo contratto nell'ordinamento.

Una prima disciplina si rinviene nella normativa sull'affiliazione commerciale, segue la disciplina sul ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali, gli articoli 2597 e 1679 del codice civile disciplinanti rispettivamente l'obbligo a contrarre del monopolista e i contratti di pubblici servizi di linea. Infine, ma non per rilevanza, l'articolo 9 di cui alla Legge 192/1998 sul divieto di abuso di dipendenza economica. Si tratta di una base normativa frammentaria e disomogenea e, per molti, esigua ed inidonea a supportare una fattispecie giuridica in grado di radicarsi all'interno dell'ordinamento giuridico.

Le discipline predette, infatti, pur avendo in comune la presenza di un imprenditore debole da tutelare, tuttavia rappresentano normative difficilmente convincenti in vista dell'affermazione della figura del terzo contratto. Spetterà solo all'interprete prendere atto delle singole discipline e sottoporle ad analisi al fine di ricongiungere le une con le altre e calarle nel sistema del diritto generale dei contratti.

Il tema, dunque, è quello dei nuovi soggetti deboli, ma posizionati su un binario diverso da quello del rapporto imprenditore-consumatore, in quanto, nel caso di specie, la parte in situazione di dipendenza economica è un'impresa nei confronti di un'altra impresa. Nonostante, infatti, una tutela ascrivibile all'imprenditore debole porterebbe una parte degli studiosi a ravvisare una violazione del principio della concorrenza e del conseguente pericolo di alterazione del libero gioco dei rapporti economici, la conformità al principio di concorrenza, di contro, esige che tale libero gioco non subisca interventi dirigistici.

Nell'ambito della dottrina contrastante l'affermazione della figura del terzo contratto, un argomento a sostegno è rappresentato dalla sovrapponibilità della disciplina a tutela dell'imprenditore debole con la disciplina del contratto concluso con il consumatore. In virtù della presenza, in entrambe le ipotesi, di un contraente in posizione di debolezza contrattuale, tale orientamento ravviserebbe la possibilità di estendere anche ai contratti conclusi tra imprese la normativa sulla protezione del consumatore. Trattasi di un'ipotesi di difficile realizzazione, a causa delle differenze sistematiche che sottendono entrambe le fattispecie, per cui una riduzione ad un unicum potrebbe risultare particolarmente semplicistica.

Il soggetto debole del rapporto contrattuale, infatti, nel caso del consumatore, è inesperto e disinformato, con ciò risultando stringente l'obbligo da parte del professionista del dovere d'informazione in merito alle condizioni contrattuali. Al contrario, nei contratti asimmetrici

conclusi tra imprese, l'imprenditore debole è comunque un soggetto contrattuale esperto, con ciò risultando meno pregnante il dovere d'informazione alla controparte avente maggiore potere contrattuale.

In caso di clausole vessatorie inserite in contratti conclusi tra imprenditori, il rimedio applicabile è quello di cui agli articoli 1341 e successivi del c.c. e la relativa inefficacia delle stesse, contro l'applicazione dell'articolo 1469 bis c.c. ai fini della tutela del consumatore. Senza contare che una clausola abusiva, rilevante nell'ambito del contratto perfezionato con il consumatore, non equivale a realizzare gli estremi di una situazione di abuso di dipendenza economica di un imprenditore nei confronti di un altro, data la rilevanza della prova di un effettivo abuso perpetrato da un'impresa nei confronti della controparte in posizione di debolezza contrattuale concretizzabile anche attraverso l'imposizione di un prezzo ingiustificatamente gravoso.

Differenze sistematiche si rinvengono, poi, in merito alla disciplina dello *ius poenitendi*: mentre nel contratto a distanza concluso con il consumatore, quest'ultimo ha facoltà di recesso in un momento successivo al perfezionamento del contratto, in quello concluso con l'imprenditore debole la stessa facoltà si atteggia a monte, vale a dire prima che le parti concludano lo stesso, in quanto, alla stregua dell'applicazione analogica sull'affiliazione commerciale, all'imprenditore è concesso un termine di trenta giorni entro i quali valutare le condizioni contrattuali.

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi che sancisce differenze sistematiche ed applicative delle due discipline, attiene alla circostanza che, mentre il consumatore contrae in una fase finale del processo economico, inserendosi in un rapporto negoziale istantaneo, l'imprenditore debole è suscettibile di ricevere abusi in qualsiasi fase intermedia del processo produttivo-distributivo ed è solito contrarre negozi di durata e, dunque, relational contracts.

Ma c'è chi ha ravvisato una differenza anche nei valori in gioco, che assumono rilevanza nell'ambito dei contratti asimmetrici in esame: mentre nei contratti tra imprese rileva la tutela della concorrenza, in quelli conclusi con il consumatore rilevano valori personalistici che fanno capo alla dignità della persona. Punto contrastato da una parte della dottrina, la quale intravede nei contratti con il consumatore ulteriori strumenti a tutela del libero mercato e della concorrenza.

Dall'analisi fin qui condotta, in merito alle discrasie di disciplina delle fattispecie contrattuali del secondo e del terzo contratto, appare ovvio come sovrapporre le due normative porterebbe ad una violazione dell'articolo 3 della Costituzione, in quanto la tutela ascrivita all'imprenditore debole risulta di gran lunga più garantista rispetto a quella conferita al consumatore e, dunque, in virtù del principio di uguaglianza, situazioni diverse devono essere trattate in maniera diversa.

Le considerazioni appena esposte non hanno fermato una parte della dottrina a riflettere circa la possibilità di creare un paradigma contrattuale a riferimento di qualsivoglia contratto concluso in

maniera iniqua, a prescindere dalla presenza di una persona fisica o giuridica, quale contraente debole, e ad ipotizzare un eventuale ritorno ai contratti commerciali, riproponendo, così, la situazione preesistente al vigente codice civile, in ragione della “commerciabilità” di cui sono connotate entrambe le fattispecie.

Una proposta, quest’ultima, dai contorni meramente teorici e di difficile concretizzazione, visti gli argomenti appena esposti a contrario.

Il terzo contratto, dunque, rappresenta le incertezze e, nel contempo, il pluralismo nascente dall’evoluzione del diritto dei contratti. Sebbene la sua sia una formulazione di stampo scientifico e provvisorio, pare sia stato accettato pacificamente in dottrina in virtù dell’esigenza di superare la “rigidità dogmatica e l’astrattezza concettuale delle categorie consegnate dalla tradizione della modernità e analizzare nuovi profili di indagine, oltrepassando la fattispecie, per schiudere alle delicate vicende della contrattazione, nella consapevolezza delle reciproche penetrazione tra concorrenza, mercato e contratto, ormai non più da studiarsi come fenomeni inconciliabili e frazionati”.

Nonostante, infatti, sia visto con distacco da una parte minoritaria dei civilisti a causa dei nebulosi contorni normativi ed applicativi che la caratterizzano, la figura in esame ben potrebbe risultare uno strumento valido al circolo ermeneutico degli interpreti, al fine di compensare un vuoto normativo, ascrivibile alla tutela dell’imprenditore debole, e garantire tout court l’attuazione della missione che il nostro ordinamento sta realizzando in merito alla tutela dei soggetti deboli, soprattutto alla stregua dei principi costituzionali di cui agli articoli 2, 3 e 41 della Costituzione.

## **I contratti per la circolazione dei beni**

### **1. La compravendita (artt. 1470-1547 c.c. e 128-135 Codice del consumo)**

#### **A) L'oggetto**

La vendita è un contratto bilaterale, a due parti: venditore e compratore. Sia la parte che vende che quella che acquista, può essere composta da più soggetti.

Il contratto di vendita può avere ad oggetto sia il trasferimento della proprietà di una cosa, mobile o immobile, sia il trasferimento o la costituzione di un altro diritto (diritti ed obbligazioni).

#### **B) La causa**

La vendita è un contratto a titolo oneroso: realizza il trasferimento di un diritto verso il corrispettivo di una somma di denaro, detta prezzo. La causa consiste nello scambio tra un diritto e una somma di denaro. In quanto contratto a titolo oneroso, la vendita differisce dalla donazione, che attua anch'essa il trasferimento di diritti, ma per spirito di liberalità e senza alcun corrispettivo. Differisce anche dalla vendita per una somma irrisoria in quanto in questo caso la causa della vendita è solo nominalmente enunciata.

La causa della vendita può combinarsi con la causa di altri contratti per concorrere a formare un contratto misto, atipico.

#### **C) La fattispecie traslativa**

La vendita è un contratto con effetti reali: la proprietà o l'altro diritto si trasferisce dal venditore al compratore per effetto del solo consenso. Si diventa proprietari della cosa che si è comperato al momento stesso del contratto, per effetto dell'accordo che lo perfeziona.

La legge tutela l'alienante nell'alienazione di beni immobili con pagamento del prezzo posticipato, disponendo che il venditore può iscrivere ipoteca legale sul bene venduto a garanzia delle obbligazioni che derivano dal contratto. Altrettanto può fare il venditore di beni mobili iscritti in pubblici registri (es. autoveicoli).

Per gli altri beni mobili manca un'analogia garanzia per il venditore: le parti possono però adottare le forme di vendita con riserva della proprietà, per le quali il compratore acquista la proprietà della cosa solo con il pagamento dell'ultima rata del prezzo.

Se si tratta di cose determinate solo nel genere, la proprietà passerà solo al momento dell'individuazione fatta d'accordo fra le parti o nei modi da esse stabiliti. In genere, l'individuazione avviene all'atto della consegna dall'alienante all'acquirente. Quando oggetto del

contratto sono merci da trasportare da un luogo ad un altro, l'individuazione avviene al momento della consegna al vettore o allo spedizioniere.

#### **D) Gli effetti obbligatori**

La vendita è anche fonte di effetti obbligatori per il compratore e il venditore. Sul compratore incombe l'obbligazione di pagare il prezzo. Questo può essere determinato dal contratto o può essere dal contratto affidato alla determinazione di un terzo, scelto nel contratto o dal tribunale su richiesta di una delle parti. Se questi non accetta l'incarico, il contratto non è nullo ed alla determinazione del prezzo provvede la persona nominata dal presidente del tribunale.

In altri casi la vendita è valida nonostante la mancata determinazione del prezzo:

- 1) se si tratta di cose che il venditore vende abitualmente, vale il prezzo normalmente praticato dal venditore;
- 2) se si tratta di cose che hanno un prezzo di borsa o di mercato, vale il prezzo dei listini o delle mercuriali;
- 3) se le parti si sono riferite al giusto prezzo, e in questo caso, se non sono applicabili i criteri precedenti, il prezzo è fissato da un terzo nominato dal presidente del tribunale.

Il prezzo deve essere pagato al momento della consegna della cosa venduta, se non stabilito diversamente .

Sul venditore gravano una serie di obbligazioni:

- 1) l'obbligazione di consegnare la cosa al compratore. La consegna di cosa determinata deve essere effettuata nel luogo in cui si trovava al momento del contratto, se conosciuto dalle parti; altrimenti sarà effettuata presso il domicilio o la sede dell'impresa del venditore. Se la cosa da consegnare deve essere trasportata da un luogo all'altro, il venditore si libera dell'obbligazione di consegnare rimettendo la cosa al vettore o altro spedizioniere, e le spese di trasporto sono a carico del compratore. La cosa deve essere consegnata nello stato in cui si trovava al momento della vendita, con gli accessori, le pertinenze e i frutti dalla data della vendita;
- 2) l'obbligazione di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, quando l'acquisto non è effetto immediato del contratto. È una obbligazione di carattere solo eventuale: incombe sul venditore nei casi in cui il contratto non abbia già trasferito la proprietà (es. vendita di cosa altrui, di cosa futura, con riserva di proprietà).
- 3) le obbligazioni di garanzia.

#### **E) Il vincolo di garanzia**

Sul venditore grava l'obbligazione di garantire il compratore dell'evizione e dai vizi.

Sulla natura della garanzia, sono due le impostazioni oggi prevalenti:

- 1) quella che riconduce anche la garanzia all'inadempimento;
- 2) quella che riconduce l'istituto della garanzia proprio alla garanzia in senso tecnico.

Si preferisce quest'ultima impostazione.

#### **F) La garanzia per evizione**

Si ha evizione quando, dopo la vendita, il compratore perde la proprietà della cosa che ha comperato a seguito dell'azione che un terzo abbia esercitato sulla cosa. Dipende da fatti anteriori alla vendita. Se si tratta di fatti successivi non si dovrebbe parlare di garanzia per evizione ma di inadempimento vero e proprio.

Se il compratore subisce l'evizione, il venditore dovrà restituirgli il prezzo ricevuto, rimborsargli le spese fatte per il contratto e quelle affrontate per la manutenzione della cosa, indennizzarlo del valore dei frutti restituiti al terzo.

La conoscenza da parte del compratore del rischio di evizione è irrilevante.

L'evizione può inoltre essere l'evento dannoso finale di un comportamento pre-contrattuale (per dolo o colpa del venditore) fonte di responsabilità, con conseguente obbligo di risarcimento di tutti i danni subiti.

La garanzia per evizione può essere esclusa dalle parti ma entro certi limiti: il patto di esclusione della garanzia non può impedire, in caso di evizione, il sorgere dell'obbligazione del venditore di rimborsare il prezzo e le spese.

Nessuna garanzia è dovuta, invece, quando la vendita sia stata conclusa con la clausola "a rischio e pericolo del compratore".

È nullo il patto che esclude la garanzia anche per l'evizione derivante dal "fatto proprio" del venditore .

L'evizione può essere totale o parziale, ossia riguardare l'intero bene o una parte solo di esso.

Dall'evizione si distingue l'ipotesi in cui la cosa risulti gravata da preesistenti oneri o da diritti reali o personali non appartenenti, né dichiarati nel contratto, che ne diminuiscano il libero godimento (es. servitù apparenti). Il compratore, in questi casi, può sospendere il pagamento del prezzo, o chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo.

#### **G) La garanzia per i vizi (e mancanza di qualità) nella vendita di cosa di specie**

Sul venditore grava inoltre l'obbligazione di garantire il compratore dai vizi della cosa.

Essendo un vincolo di garanzia, il verificarsi del rischio può condurre il compratore a chiedere al venditore la risoluzione del contratto. Vi è inoltre l'obbligo del risarcimento dei danni se c'è illecito

precontrattuale del venditore, cioè se questi non ha controllato o comunicato al compratore eventuali vizi della cosa venduta.

Il vizio è un'imperfezione materiale della cosa, una difformità sul piano naturale, ovvero un'alterazione dello stato normale della cosa.

Per l'identificazione del vizio della cosa non è necessario un parametro di riferimento poiché esso è desumibile dalla cosa in sé che presenta un deterioramento o un difetto.

Ai fini della garanzia della vendita, il vizio non ha rilievo in sé, ma solo se diminuisce in modo apprezzabile il valore della cosa o se la rende inidonea all'uso cui è destinata.

Il rischio che la cosa presenti altri tipi di vizi è a carico del compratore, e rientra nell'alea normale del contratto.

Le qualità sono invece i modi di essere di ciascuna cosa singolarmente considerata, gli attributi che distinguono le cose, le une dalle altre, nell'ambito dello stesso genere, le caratteristiche che ne esprimono la funzionalità, l'utilità e il pregio.

La mancanza di qualità è più agevolmente riferibile alle cose di genere piuttosto che a quelle di specie. Nel caso di vendita di cose di genere, il venditore deve individuare una cosa di qualità non inferiore alla media, ma si presume che in tale obbligo rientri implicitamente anche quello di individuare una cosa non viziata.

La garanzia non sussiste se la cosa specificata al momento del contratto si rivela di qualità inferiore alla media; invece, se nella vendita di cose di genere la cosa individuata risulta di qualità inferiore alla media, ciò configura un inadempimento a carico del venditore.

#### **H) La garanzia di buon funzionamento**

Diversa dalla garanzia per i vizi è la garanzia del venditore relativa al buon funzionamento, per un tempo determinato, delle cose mobili vendute.

Questa, a differenza della precedente, deve essere espressamente pattuita.

Il compratore, finché la cosa comperata è "in garanzia", ha diritto di ottenere la sostituzione o la riparazione della cosa, se questa presenta un difetto di funzionamento. Il difetto deve essere denunciato al venditore entro trenta giorni dalla scoperta, se il contratto non stabilisce diversamente, e l'azione si prescrive in sei mesi.

La garanzia di buon funzionamento serve a dispensare il compratore dall'onere di provare che il difetto di funzionamento deriva da un vizio originario o da una originaria mancanza di qualità della cosa: gli basta provare solo il difetto di funzionamento per ottenere la sostituzione o la riparazione da parte del venditore.

## **I) La vendita di cose mobili**

La vendita di cose mobili è sottoposta a norme particolari, tra le quali vi sono i rimedi della vendita o compera in danno.

Se il compratore non adempie l'obbligazione di pagare il prezzo, il venditore può far vendere la cosa, a spese del compratore, da un mediatore professionale (merci), da un agente di cambio (titoli), o da un ufficiale giudiziario (in mancanza dei precedenti).

Se invece è il venditore ad essere inadempiente, il compratore può anch'esso ricorrere all'esecuzione coattiva del contratto, facendo acquistare le cose dai soggetti sopra menzionati.

Tali rimedi comportano la risoluzione del contratto.

Il venditore che abbia consegnato la cosa al compratore prima di ricevere il pagamento del prezzo può chiedere in giudizio che la cosa venduta gli sia restituita, purché questa si trovi ancora presso il compratore. Ciò non comporta la risoluzione del contratto poiché con essa il venditore mira a recuperare il possesso della cosa fino a quando il compratore non avrà pagato il prezzo (diritto di ritenzione).

Vi è poi la norma relativa al risarcimento del danno, in caso di risoluzione per inadempimento, secondo cui il danno si presume pari alla differenza tra il prezzo convenuto e quello corrente di mercato.

La vendita di cose mobili può essere fatta con riserva di gradimento: la vendita, in tal caso, non si perfeziona se non quando il compratore comunichi al venditore il proprio gradimento. La dichiarazione di gradimento è assolutamente discrezionale (patto di opzione).

La vendita di merci può essere fatta su un campione della merce oggetto della vendita: la qualità della merce è così determinata in relazione alla qualità di un campione di essa. La vendita è subito perfezionata, ma l'eventuale difformità della merce rispetto al campione attribuisce al compratore il diritto alla risoluzione del contratto.

È prevista anche la figura del contratto sottoposto a condizione sospensiva nella vendita a prova. In tal caso occorre accertare, nelle modalità stabilite dal contratto, che la cosa abbia le qualità pattuite o sia idonea all'uso cui è destinata.

Infine, nella vendita di cose per le quali è stato emesso un titolo rappresentativo, il venditore adempie l'obbligazione di consegna rimettendo al compratore il titolo rappresentativo. Al momento della consegna del titolo dovrà essere pagato il prezzo.

## **L) La vendita di beni immobili**

Le cose immobili possono essere vendute a misura (es. ettari di terreno), oppure a corpo (es. confini del terreno).

Nel primo caso, se la misura effettiva dell'immobile risulta inferiore o superiore a quella indicata nel contratto, il compratore ha diritto ad una corrispondente riduzione o deve un corrispondente supplemento del prezzo, ma ha la facoltà di recedere dal contratto se l'eccedenza supera la ventesima parte della misura dichiarata.

Nel secondo caso, essendo il prezzo determinato in relazione al bene in sé considerato, ed a prescindere dalle sue misure, la differenza tra misure indicate e misure effettive è ininfluenza sul prezzo, a meno che essa sia superiore alla ventesima parte.

### **M) La vendita con patto di riscatto**

La vendita può essere conclusa con patto di riscatto: il venditore si riserva il diritto di riacquistare (diritto potestativo del venditore) la proprietà della cosa venduta mediante la restituzione del medesimo prezzo entro un termine che non può essere superiore a due anni per i mobili e a cinque anni per gli immobili.

Il patto di riscatto crea sulla cosa venduta un vincolo reale: se il compratore rivende la cosa, il venditore può riscattarla anche nei confronti del terzo acquirente, ma solo se il patto sia ad esso opponibile (per i beni immobili se il patto è stato trascritto, per i beni mobili risulti da data certa anteriore al trasferimento).

Diversa dalla vendita con patto di riscatto è la vendita con patto di retrovendita, non prevista dalla legge: qui il compratore si obbliga nei confronti del venditore a rivendergli la cosa acquistata con un nuovo contratto di vendita, e neppure si produce il vincolo reale sulla cosa venduta. Il patto di retrovendita ha effetti puramente obbligatori: se il compratore trasferisce il bene ad un terzo, il venditore lo ha definitivamente perduto e potrà solo pretendere il risarcimento dei danni.

### **N) La vendita obbligatoria**

Si parla di vendita obbligatoria quando il trasferimento della proprietà della cosa venduta non è effetto immediato del contratto e sul venditore incombe l'obbligazione di fare acquistare al compratore la proprietà del bene venduto.

In questi casi l'effetto traslativo della proprietà resta un effetto reale del contratto, solo che questo effetto si produce in un momento successivo, pertanto l'effetto giuridico traslativo non è l'oggetto immediato dell'obbligazione del venditore. Quest'ultimo deve porre in essere solo il presupposto richiesto dal contratto per la realizzazione dell'effetto traslativo.

L'obbligazione del venditore varia in relazione ai singoli casi di vendita obbligatoria:

a) vendita di cose determinate solo nel genere. La proprietà passa solo al momento dell'individuazione. L'obbligazione del venditore consiste nel prestarsi alla individuazione della cosa;

b) vendita di cose future. Le cose future sono le cose che ancora non esistono al momento della conclusione del contratto. Qui il contratto non può trasferire subito la proprietà: questa passa solo nel momento in cui la cosa viene ad esistenza e passa per il solo fatto del venire ad esistenza della cosa, senza necessità di una ulteriore dichiarazione di volontà delle parti. La vendita di cosa futura può essere vendita della speranza oppure vendita della cosa sperata. Il primo è un contratto aleatorio: il compratore dovrà pagare il prezzo o, se lo ha pagato, non potrà chiedere la restituzione, anche se la cosa non viene ad esistenza; il secondo (quello che viene di regola utilizzato) è un contratto commutativo che è nullo se la cosa non viene ad esistenza. Anche per la vendita della cosa futura è dovuta la garanzia per vizi;

c) vendita di cosa altrui. È valida la vendita di cose che, al momento del contratto, non appartengono al venditore. La vendita di cosa altrui non trasferisce immediatamente la proprietà. Il compratore acquisterà la proprietà nel momento stesso in cui il venditore ne sarà divenuto proprietario. Il passaggio della proprietà dal primo al secondo sarà l'effetto, ritardato nel tempo, del contratto di vendita fra essi intercorso. Se il venditore, invece, non riuscirà a procurarsi la proprietà della cosa, egli sarà inadempiente e subirà le ordinarie conseguenze dell'inadempimento contrattuale. Il venditore ha tuttavia l'obbligazione alternativa di procurare al compratore l'acquisto direttamente al proprietario. La cosa altrui può essere come tale dedotta in contratto; ma può anche accadere che il compratore, al momento del contratto, supponesse che la cosa appartenesse al venditore (vendita di cosa altrui patologica). Nella vendita di cosa altrui non patologica, se il contratto non fissa il termine entro il quale il venditore dovrà adempiere, il compratore dovrà chiedere al giudice la fissazione del termine, e solo dopo la scadenza di questo potrà ottenere la risoluzione del contratto. Nella vendita di cosa altrui patologica, una volta scoperto che gli è stata venduta una cosa appartenente ad un terzo, il compratore potrà subito domandare la risoluzione del contratto, se nel frattempo il venditore non gli ha procurato la proprietà della cosa e può sospendere il pagamento del prezzo. Se è stata venduta una cosa parzialmente altrui, il compratore può ottenere la risoluzione del contratto o una riduzione del prezzo, a seconda che dalle circostanze risulti che egli non avrebbe acquistato, oppure avrebbe acquistato ad un prezzo inferiore il bene. Se si tratta di cosa mobile, l'acquirente che ne abbia conseguito il possesso ne acquista immediatamente la proprietà a titolo originario. In tal caso, l'acquisto del diritto non è opera dell'adempimento del venditore, ed è quindi consentita la risoluzione del contratto, impedendo al venditore di guadagnare un profitto estraneo alla propria opera.

### **O) La vendita a rate con riserva di proprietà**

È il contratto in base al quale l'acquisto della proprietà avviene solo il pagamento dell'ultima rata del prezzo.

Tale contratto integra un'ipotesi di negozio con scopo di garanzia: al venditore viene attribuito un diritto reale di garanzia (diritto di riservato dominio) a fronte dell'immediato passaggio della proprietà all'acquirente alla data di conclusione del contratto.

Requisito fondamentale di tale tipologia di vendita è rappresentato dalla necessità che il riservato dominio sia pattuito contestualmente alla conclusione della vendita; ai fini dell'opponibilità ai terzi è necessario che il patto sia stipulato in forma scritta.

Se il compratore non paga, alle scadenze pattuite, le rate del prezzo, il venditore può ottenere la risoluzione del contratto, con efficacia anche nei confronti dei terzi. Non può però ottenerla per il mancato pagamento di una sola rata che non superi l'ottava parte del prezzo complessivo.

Risolto il contratto, il venditore esigerà la restituzione della cosa, ma dovrà, a sua volta, restituire le rate già riscosse.

### **P) La vendita di beni di consumo**

La disciplina riguardante la vendita dei beni di consumo è inserita nel Codice di consumo, e trova i suoi aspetti centrali in due articoli secondo cui: il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita; e il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene.

Prevale quindi l'assicurazione del rischio al fine di garantire al consumatore una maggiore tutela, anche con riferimento alle difformità o al perimento dovuto a cause non imputabili al venditore.

Il trasferimento della proprietà segue le regole generali soltanto in materia di rischio, facendo in modo che esso continui a gravare sul venditore fino a quando conserva la disponibilità della cosa venduta.

Infine, sono previsti una serie di rimedi (sostituzione e riparazione del bene, riduzione del prezzo, risoluzione del contratto, risarcimento danni).

## **2. La permuta (artt. 1552-1555)**

La permuta è il contratto che ha per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose, o di altri diritti, da un contraente all'altro.

La permuta si differenzia dalla compravendita in quanto solo in quest'ultima una delle due prestazioni ha necessariamente ad oggetto il denaro.

Si avverte la necessità di distinguere in concreto la permuta dalla vendita, in tutte le ipotesi in cui appare discutibile la natura del corrispettivo (permuta con conguaglio).

Anche la permuta può avere efficacia meramente obbligatoria quando l'effetto traslativo non è immediato e conseguenza del semplice consenso delle parti, bensì differito (permuta di cosa futura e permuta di cosa altrui).

Le norme stabilite per la vendita si applicano alla permuta, in quanto compatibili. A differenza della compravendita però, il permutante evitto, ha la facoltà di scegliere tra la richiesta di restituzione della cosa data in permuta e il valore della cosa evitta, fatto salvo il diritto al risarcimento del danno. Nel caso di evizione bilaterale rimane precluso ai permutanti la possibilità di riavere la cosa data oggetto di evizione, potendosi ottenere soltanto il risarcimento in denaro. Qualora l'evizione bilaterale provochi ad una delle parti un danno maggiore rispetto a quello subito dall'altra, quella sarà creditrice della differenza tra il valore del bene ricevuto e quello del bene scambiato.

### **3. Il riporto (artt. 1548-1551)**

Il riporto è il contratto per il quale una parte (riportato) trasferisce ad un'altra parte (riportatore) la proprietà di titoli di credito di una data specie per un determinato prezzo e quest'ultima si obbliga a trasferire all'altra la proprietà di altrettanti titoli della stessa specie, verso il rimborso del prezzo, che può essere aumentato o diminuito nella misura concordata, alla scadenza del termine convenuto.

Da un punto di vista della natura giuridica il riporto è un contratto reale sinallagmatico traslativo di proprietà a titolo oneroso, che si perfeziona nel momento della consegna dei titoli di credito.

La funzione economica del riporto consiste nel procurare temporaneamente somme di denaro a chi possiede titoli di credito e nel trasferire, in via transitoria, dei titoli fungibili a chi ne ha bisogno per soddisfare esigenze impellenti.

Si definisce di banca o finanziario il riporto in cui il riportato trasferisce a pronti titoli di credito al riportatore, dal quale riavrà a termine titoli della medesima specie e quantità, dietro rimborso del prezzo ricevuto (riporto alla pari) o di quello aumentato secondo accordi.

Si definisce deporto, invece, il contratto utilizzato dal riportatore per ottenere la disponibilità di titoli di credito versando al riportato a pronti un prezzo e ritrasferendogli a termine titoli della stessa specie e quantità, dietro rimborso del prezzo diminuito di quanto convenuto.

#### **4. Il contratto estimatorio (artt. 1556-1558)**

Con il contratto estimatorio una parte (affidatario) riceve una o più cose mobili da un'altra (affidante) allo scopo di vendere a terzi ed obbligandosi a pagare il relativo prezzo di stima, qualora non restituisca quanto ricevuto nel termine previsto.

Il contratto estimatorio è un contratto reale che si perfeziona al momento della consegna della cosa all'affidatario.

La funzione economica del contratto estimatorio va ravvisata nell'utilità che entrambe le parti hanno dal metter in commercio un bene, senza che l'affidante sia onerato dalla ricerca dell'acquirente finale e senza che l'affidatario sia tenuto al pagamento del prezzo in caso di mancata vendita a terzi dello stesso bene.

I rischi inerenti la restituzione dei beni ricadono sull'affidatario, che non è liberato dall'obbligo di pagarne il prezzo qualora la riconsegna di essi è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile. Viceversa l'affidatario beneficia della facoltà di resa della merce invenduta entro un dato termine, evitando così costose giacenze di magazzino. Il diritto potestativo dell'affidatario di risolvere il contratto attraverso la restituzione della merce, viene meno con la scadenza del termine. Solo con il pagamento dei beni l'affidatario acquista la proprietà dei beni.

#### **5. Il contratto di somministrazione (artt. 1559-1570)**

La somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, dietro il corrispettivo di un prezzo, a eseguire determinate prestazioni periodiche o continuative di cose, in favore dell'altra.

Sono periodiche quelle prestazioni che si ripetono nel tempo a scadenze prefissate.

Quanto alla natura giuridica è un contratto di scambio consensuale, di durata e ad esecuzione continuata.

L'oggetto dell'obbligazione del somministrante consiste nel mettere a disposizione del somministrato determinate cose e la prestazione può anche essere determinabile.

Qualora non venga specificata l'entità della somministrazione, questa si intende pattuita nella misura corrispondente al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto.

Il contratto di somministrazione non richiede forme particolari e può essere concluso anche oralmente o per fatti concludenti. La forma scritta è richiesta per i contratti stipulati con la pubblica amministrazione.

La somministrazione è un contratto oneroso, nel quale la controprestazione è rappresentata da un prezzo corrisposto all'atto delle singole prestazioni e in proporzione a ciascuna di esse, se si tratta di

un contratto a carattere periodico, oppure versato secondo le scadenze d'uso nella somministrazione a carattere continuativo. Sono continuative quelle prestazioni che avvengono senza interruzione per l'intera durata del contratto.

In caso di inadempimento di una delle parti limitato a singole prestazioni, l'altra parte può domandare la risoluzione del contratto, quando l'inadempimento assume rilevante importanza ed è tale da compromettere la fiducia circa la puntualità delle successive forniture. Se la parte che ha diritto a ricevere la somministrazione risulta inadempiente, in misura lieve, il somministrante non può sospendere l'esecuzione del contratto senza dare un congruo preavviso.

Le parti possono pattuire una clausola di esclusiva a favore del somministrante o del somministrato. Nel primo caso, il somministrato non può ricevere da terzi prestazioni della stessa natura, né può produrre le cose che formano oggetto del contratto. Nel secondo caso, il somministrante non può compiere nella zona in cui è concessa l'esclusiva e per tutta la durata del contratto, né direttamente né indirettamente, prestazioni della stessa natura di quelle che formano oggetto del contratto.

È consentito alle parti di stipulare un patto di preferenza con cui il somministrato si impegna a privilegiare il somministrante nella stipulazione di un successivo contratto per lo stesso oggetto.

La periodicità della consegna è caratteristica della somministrazione che la differenzia dalla vendita, mentre è l'oggetto costituito dalle cose che la distingue dall'appalto in cui l'obbligazione riguarda opere o servizi.

## **Il contratto per il godimento di beni**

### **1. La locazione (artt. 1571-1606)**

È il contratto con il quale una parte (locatore) concede in godimento una cosa mobile o immobile ad un'altra parte (locatario o affittuario) per un determinato tempo e dietro corrispettivo.

La locazione è un contratto consensuale che produce effetti obbligatori tra i contraenti; è un contratto di durata a forma prevalentemente scritta.

Legittimati attivi ad assumere la veste di locatori sono tutti coloro che hanno il potere di disporre della cosa e di consegnarla al locatario garantendone il godimento.

Oggetto della locazione è il godimento della cosa mobile o immobile da consegnare, la quale è destinata a soddisfare le esigenze del locatario nei limiti temporali stabiliti e nelle modalità convenute.

Tra gli obblighi del locatore rientrano quello di consegnare il bene in buono stato di manutenzione, cioè esente da vizi, e di conservarlo in tale condizione; e quello di assicurare al locatario il pacifico godimento.

Rientrano tra gli obblighi del locatario quello di pagare il canone pattuito nei termini convenuti, di rispettare l'uso stabilito per la cosa adottando la diligenza del buon padre di famiglia, di restituire il bene al termine del contratto, nel medesimo stato in cui gli è stato consegnato.

### **2. L'affitto (artt. 1615-1654)**

È un contratto con il quale si concede in godimento un bene produttivo, sia mobile che immobile.

È un contratto simile alla locazione, in quanto il rapporto tra l'affittuario e il concedente è caratterizzato dalla causa tipica dei rapporti di locazione, in cui il proprietario della cosa si obbliga a farla godere all'altra per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo.

La parte affittuaria ha l'obbligo di curare la gestione della cosa tenendo conto della sua destinazione economica e dell'interesse della produzione, potendo far propri i frutti maturati e le altre utilità connesse alla cosa medesima.

Oggetto dell'affitto sono da un lato le cose produttive mobili e immobili che vengono consegnate, e dall'altro il pagamento del corrispettivo (canone) e la gestione produttiva della cosa da parte dell'affittuario.

### 3. Il leasing

Il leasing è un contratto innominato con il quale una parte (locatore) concede ad un'altra (conduttore) il godimento di un proprio bene, per un periodo di tempo determinato e verso corrispettivo di un canone periodico.

La parte che utilizza il bene ha, al termine del periodo concordato, le seguenti possibilità:

- può restituire il bene;
- può prolungare il rapporto, di solito riducendo il canone;
- può diventare proprietario del bene riscattandolo;
- può sostituire il bene con un altro.

Tale contratto ha ad oggetto beni mobili o immobili che vengono scelti dal conduttore.

Tra gli obblighi del locatore rientrano quello di acquistare il bene pattuito e metterlo a disposizione del conduttore, sopportandone i rischi conseguenti all'utilizzo altrui.

Sono obblighi del conduttore corrispondere il canone periodico e alla scadenza contrattuale adottare una delle decisioni previste dall'accordo.

Esistono due tipologie di leasing: il leasing operativo, che è concesso direttamente dal produttore del bene e si risolve in una semplice locazione cui è collegata una opzione di acquisto; il leasing finanziario, che è un'operazione trilaterale in cui il concedente acquista da un terzo-fornitore il bene per poi darlo in locazione finanziaria all'utilizzatore finale.

Esiste inoltre il lease-back che consiste in una operazione contrattuale complessa: un soggetto cede un bene di sua proprietà ad un soggetto (società di leasing) che versa una somma diventando proprietario del bene stesso; contestualmente, l'acquirente concede il bene in locazione finanziaria all'alienante, che si obbliga a versare dei canoni periodici per una certa durata temporale ed ottenere una facoltà di opzione per il riacquisto del bene, che è esercitabile una volta corrisposti tutti i canoni dovuti, versando il corrispettivo fissato per l'opzione medesima. Ciò ha la funzione di assicurare all'alienante denaro liquido da investire.

## **I contratti per la produzione di beni o per la prestazione di servizi**

### **1. L'appalto (artt. 1655-1677)**

L'appalto è un contratto con il quale una parte (appaltatore), su incarico di un'altra parte (committente) assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro.

Dal punto di vista della natura giuridica si tratta di un negozio giuridico bilaterale, appartenente alla categoria dei contratti consensuali ad effetti obbligatori. È un contratto di risultato, essendo l'appaltatore tenuto ad un *facere* che deve necessariamente concludersi con un certo esito concordato, ed è un contratto ad esecuzione prolungata.

L'appalto è un contratto a forma libera, salvo che abbia ad oggetto la realizzazione di immobili o di navi e di aeromobili per cui è richiesta la forma scritta.

I segni caratteristici dell'appalto sono organizzazione d'impresa, l'assunzione del rischio, l'autonomia, la commutatività e l'onerosità.

Oggetto di tale figura contrattuale è il compimento di un'opera o di un servizio direttamente da parte dell'appaltatore e con la propria organizzazione, salvo le ipotesi di sub-appalto a terzi, ove consentito.

Obbligazioni dell'appaltatore sono l'esecuzione dell'opera o del servizio secondo le modalità pattuite, nel rispetto dei termini stabiliti, al prezzo convenuto nel contratto ed a perfetta regola d'arte. L'appaltatore assume, dunque, un rischio economico e non tecnico o giuridico.

L'appaltatore è tenuto alla garanzia per i vizi e le difformità dell'opera, e ove questi si verificano, il committente potrà pretendere che siano eliminati a spese dell'appaltatore, o che il prezzo venga ridotto in proporzione agli stessi, o che il contratto venga risolto in caso di notevole rilevanza dei medesimi al punto da rendere l'opera non adatta alla sua destinazione.

Al termine dell'opera e prima della consegna, l'appaltatore deve invitare il committente a procedere alla relativa verifica cioè al collaudo. Se quest'ultimo non esegue detta verifica, l'opera si considera accettata.

Tra gli obblighi del committente il principale è quello di pagare il corrispettivo pattuito che consiste in una somma di denaro. Qualora non venga concordata la misura del corrispettivo, né sia indicato il modo di determinarlo, esso è calcolato secondo le tariffe esistenti o gli usi ed in mancanza, è stabilito dal giudice. Il committente ha l'obbligo di consentire all'appaltatore di realizzare l'opera, ovvero, di porre in essere tutto ciò che è indispensabile affinché l'appaltatore possa dare inizio all'esecuzione dell'opera.

Sia all'appaltatore, sia al committente è riconosciuto il diritto di chiedere una revisione del prezzo qualora, a causa di circostanze imprevedibili, si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da provocare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivamente convenuto.

L'appaltatore ha diritto ad un equo compenso se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti.

Al committente è riconosciuta la facoltà di recedere dal contratto in ogni tempo e senza motivo. In tal caso, egli deve tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute e dei lavori eventualmente già eseguiti.

La morte dell'appaltatore non costituisce causa di scioglimento del rapporto contrattuale in corso di esecuzione, eccetto che la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante per la conclusione del contratto.

## **2. Altre figure affini: il contratto d'opera, la subfornitura, il contratto di engineering, i computer service contract**

**a) Il contratto d'opera (art. 2222)** è quel contratto in forza del quale una persona si obbliga a compiere, verso un corrispettivo, un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente.

Tale tipologia di rapporto contrattuale si differenzia dall'appalto per la mancanza di una rilevante organizzazione imprenditoriale. Tuttavia, si applica per analogia la medesima disciplina prevista all'art. 1655.

**b) La subfornitura** è un contratto con il quale un imprenditore si obbliga a compiere, per conto di un altro imprenditore committente, fasi di lavorazione su prodotti semilavorati o su materie prime da quest'ultimo apportate, ovvero si impegna a fornire prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o utilizzati nell'ambito dell'attività del committente medesimo o nella produzione di un bene complesso.

Il presupposto peculiare è rappresentato dalla necessaria conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche o tecnologiche, modelli e prototipi forniti dal richiedente. Vi è quindi una soggezione tecnologica del subfornitore rispetto al committente: la dipendenza economica del subfornitore si palesa oltre che sul piano del rapporto commerciale e di mercato anche su quello delle direttive tecniche di esecuzione; inoltre, la commessa di subfornitura comporta l'inserimento del subfornitore in un determinato livello del processo produttivo proprio del committente.

Tale contratto deve essere stipulato in forma scritta *ad substantiam*.

**c) Il contratto di engineering** è quel contratto con il quale un imprenditore, che vuole realizzare un insediamento industriale in un determinato luogo, affida ad un'impresa specializzata l'incarico di progettazione dell'opificio, di realizzazione e di manutenzione del medesimo e di svolgimento di attività accessorie di natura tecnica, pagando alla stessa un corrispettivo.

Il contenuto effettivo della prestazione fornita dall'impresa di engineering può essere variabile a seconda della necessità che incombe sul committente. Così potremo avere attività di mera consulenza, detta consulting engineering, finalizzata all'analisi, alla progettazione delle opere ecc. (assimilabile all'appalto di servizi); oppure di vera e propria esecuzione, ovvero, commercial engineerin (assimilabile al contratto di appalto d'opera).

**d) I computer service contract** sono contratti di appalto di servizi mediante i quali un centro di elaborazione dati, con organizzazione dei mezzi occorrenti e gestione a proprio rischio, assume l'incarico di erogare servizi periodici dietro corrispettivo.

### **3. Il trasporto (art. 1678-1702)**

Il trasporto è un contratto con il quale una parte (vettore) si obbliga a trasferire persone o cose da un luogo a un altro, dietro corrispettivo.

Oggetto del contratto è lo spostamento fisico di un bene materiale o di persone da un posto ad un altro con l'utilizzo di un veicolo. Nel trasporto, a differenza dell'appalto, l'oggetto della prestazione consiste in un risultato di lavoro tipico e specificato pagamento di un compenso. In questo caso non vi è il potere di controllo sull'esecuzione dell'opera riservato al committente e tipico dell'appalto.

A seconda che il trasporto riguardi persone o cose, e che avvenga via terra o via acqua o via aria, si avrà una diversa struttura contrattuale, un differente regime di responsabilità ed una distinta disciplina giuridica. Al trasporto via terra sono applicabili norme del codice civile, mentre a quello via acqua e via aria sono applicabili le norme del codice della navigazione.

Particolare importanza riveste il trasporto di linea. Si tratta di un'attività qualificabile come servizio di pubblica utilità e di pubblico interesse per la collettività a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto che lo assume. Il trasporto pubblico di linea si svolge su itinerari predeterminati, dietro concessione amministrativa e viene esercitato in regime di monopolio.

A garanzia dell'utente sono imposti al vettore concessionario due obblighi: uno legale a contrarre nei confronti di tutti soggetti ed un obbligo di trattamento che eviti discriminazioni.

Per quanto riguarda il contratto di trasporto di persone, va evidenziato che si tratta di un contratto oneroso, la cui stipula è accompagnata dall'emissione di un biglietto di viaggio che ne è la prova e funge da documento di legittimazione.

La responsabilità del vettore riguarda l'inadempimento o il ritardo nell'esecuzione dello stesso e i sinistri arrecati alla persona del viaggiatore o per la perdita o l'avaria delle sue cose. Diverso discorso si ha nel caso di trasporto a titolo di cortesia in quanto in relazione ai danni subiti dal trasporto, si configura unicamente la responsabilità extracontrattuale.

Il contratto di trasporto di cose è un contratto consensuale di risultato, che si configura nel momento in cui il vettore assume da solo, nei confronti del mittente, gli obblighi e la responsabilità dell'adempimento. Gli obblighi del vettore sono la ricezione in consegna della merce da trasportare, l'esecuzione del trasporto in ossequio alle modalità ed ai termini dell'accordo o in mancanza della legge o degli usi, la custodia della merce, la riconsegna della stessa al destinatario.

Il vettore risponde della perdita e dell'avaria delle cose consegnategli per il trasporto, dal momento in cui le riceve a quello in cui le riconsegna al destinatario, qualora non dimostri che la perdita o l'avaria siano la conseguenza di caso fortuito, o della natura o dei vizi delle cose stesse o del loro imballaggio.

#### **4. Il deposito (artt. 1766-1797)**

Il deposito è un contratto col quale una parte (depositario) riceve dall'altra (depositante) una cosa mobile con l'obbligo di custodirla e di restituirla in natura.

Elementi costitutivi del contratto sono la consegna di una cosa mobile, l'obbligo di custodirla e l'obbligo di riconsegnarla.

Secondo la giurisprudenza, la natura giuridica del contratto di deposito è quella di contratto reale, poiché per il suo perfezionamento è necessaria la materiale *traditio* del bene (materiale consegna del bene), di durata e non formale, in quanto vige il principio della libertà della forma. Tuttavia, la consegna può realizzarsi con una *ficta traditio* (fittizia consegna della cosa) attraverso la ritenzione della cosa da parte del depositario, per effetto del mancato ritiro da parte dell'avente diritto, con il conseguente sorgere per il depositario dell'obbligo di custodia e per il proprietario dell'obbligo di pagamento delle spese di custodia fino al ritiro dello stesso.

La causa del deposito risiede nell'affidamento in custodia della cosa.

L'oggetto della prestazione di custodia è rappresentato da una cosa mobile che deve avere il carattere della fisicità. Tale contratto si presume gratuito, ma di tratta di una presunzione *iuris tantum* ovvero, fino a prova contraria.

Tra le principali obbligazioni del depositario ricordiamo quella di custodire il bene con la diligenza del buon padre di famiglia, di non utilizzare la cosa depositata, di restituire la cosa a semplice richiesta del depositante, di restituire i frutti della cosa al depositante.

Le principali obbligazioni del depositante sono quella di pagare l'eventuale compenso pattuito al depositario, di rimborsare al depositario le spese sostenute per la conservazione della cosa. Di corrispondere al depositario le spese necessarie per la restituzione della cosa, di ritirare la cosa anche a richiesta del depositario.

Si configura una ipotesi di deposito irregolare quando il deposito ha per oggetto una quantità di denaro o di altre cose fungibili, ed è prevista la facoltà per il depositario di servirsene. In questo caso il depositario acquista la proprietà delle cose depositate ed è tenuto a restituirne altrettante della stessa specie e qualità. Al deposito irregolare si applicano, un quanto compatibile, le norme relative al mutuo.

Una disciplina particolare è dettata per il deposito in albergo: gli albergatori sono considerati responsabili di ogni deterioramento, distruzione o sottrazione delle cose portate dal cliente all'interno della struttura. Tale responsabilità è limitata al valore di quanto sia deteriorato, distrutto o sottratto. Non c'è limite se vi è colpa dell'albergatore. La responsabilità dell'albergatore è illimitata anche per le cose allo stesso consegnate in custodia dal cliente. Medesima conseguenza si configura quando l'albergatore si sia rifiutato di ricevere in custodia cose che aveva l'obbligo di accettare. Infatti, sono nulli i patti che escludono o limitano dette responsabilità.

Il codice prevede, infine, un deposito nei magazzini generali da cui deriva la responsabilità per la conservazione delle merci ivi depositate, tranne che si provi la perdita, il calo o l'avaria, derivi da caso fortuito, dalla natura delle merci, da vizi ad esse collegati o dell'imballaggio.

Su richiesta del depositante vengono emessi due titoli rappresentativi delle merci depositate: la fede di deposito e la nota di pegno.

## **5. Il franchising**

Il franchising o affiliazione commerciale è quel contratto mediante il quale una parte (affiliante o franchisor) concede, dietro corrispettivo, ad un'altra (affiliato o franchisee) la facoltà di utilizzare nell'esercizio della sua attività economica i segni distintivi e la formula industriale o distributiva dell'affiliante. La caratteristica essenziale del franchising risiede nel trasferimento all'affiliato di un complesso di situazioni attive strumentali all'esercizio dell'attività economica distributiva o produttiva di quest'ultimo, che, in quanto riconducibili alla sfera giuridica dell'affiliante, non sarebbero altrimenti trasmissibili, né utilizzabili senza il preventivo consenso del medesimo.

L'oggetto del contratto è l'insieme di prestazioni tipiche di diversi possibili rapporti (somministrazione, appalto di servizi, licenze di brevetti locazione ecc), che considerate complessivamente, determinano la traslazione di una serie di diritti, di beni e di facoltà.

Il franchising rappresenta un contratto d'impresa bilaterale a prestazioni corrispettive e di durata, le cui parti produttore (franchisor) e rivenditore (franchisee) possiedono entrambi la qualità di imprenditore. L'affiliato non è legato da alcun vincolo di subordinazione all'affiliante, bensì opera in regime di piena autonomia giuridica.

La causa del contratto di franchising deve essere individuata nella trasmissione da parte del franchisor o affiliante, di un insieme di proprie situazioni attive (marchi, segni distintive, know how ecc.) a fronte del pagamento da parte del franchisee o affiliato, di un corrispettivo in denaro, generalmente in termini di canone di affiliazione e/o royalties.

Sotto il profilo operativo, il contratto può ricondursi a tre diversi schemi: franchising di distribuzione di prodotti, franchising di servizi, e franchising industriale. dal punto di vista della forma il contratto di franchising deve essere stipulato per iscritto a pena di nullità.

È prevista una tutela dell'affiliato e dell'affiliante nonché un obbligo per entrambi di comportarsi in modo corretto, leale e secondo buona fede, a pena di nullità del contratto e di risarcimento danni.

## **6. Il factoring**

Il factoring è un'operazione in virtù della quale viene trasferito da un soggetto, solitamente un imprenditore, ad un altro detto factor, il rischio di insolvenza dei debitori del primo.

Il creditore sottopone al factor i contratti che ha concluso o concluderà con i clienti, mentre quest'ultimo si riserva di approvare, valutata la solvibilità dei clienti, i crediti derivanti da tali contratti: il creditore si obbliga a cedere al factor i crediti approvati e il factor, a sua volta, si obbliga a versare al creditore, alla scadenza dei crediti, il corrispettivo pattuito per la cessione, oltre a svolgere per conto del creditore i servizi di contabilizzazione dei rapporti oggetto del contratto.

La cessione può essere effettuata pro soluto o pro solvendo a seconda che il factor si assuma o meno il rischio dell'inadempimento del debitore ceduto.

Nell'ordinamento italiano il factoring è disciplinato, senza costituire, tuttavia, un contratto tipico. Infatti, il factoring rimane un contratto atipico ricondotto di volta in volta alla cessione o alla vendita di crediti, ai contratti normativi, al contratto aleatorio, a contratto con prevalente causa di scambio.

## 7. Il car sharing

Il car sharing è un servizio che permette di utilizzare un'automobile su prenotazione, prelevandola e riportandola in un parcheggio, e pagando in ragione dell'utilizzo effettuato.

Questo servizio viene utilizzato all'interno di politiche di mobilità sostenibile, per favorire il passaggio dal possesso del mezzo all'uso dello stesso (cioè all'accesso al servizio di mobilità), in modo da consentire di rinunciare all'automobile privata ma non alla flessibilità delle proprie esigenze di mobilità. L'auto, in questo modo, passa dall'ambito dei beni di consumo a quello dei servizi.

Tipicamente si tratta di un servizio commerciale erogato da apposite aziende, spesso con l'appoggio di associazioni ambientaliste ed enti locali.

Il car sharing, può essere assimilato a un autonoleggio a ore con automobili parcheggiate in più punti della città. È inoltre emersa una ulteriore variante del car sharing: il "car sharing peer-to-peer", che prevede l'uso di auto condivise non appartenenti ad una flotta dedicata (come nel car sharing tradizionale), ma appartenenti agli stessi membri della comunità iscritta al servizio; in quest'ultimo caso, quindi, il car sharing è assimilabile (non ad un noleggio a ore bensì) ad una multiproprietà del veicolo.

Chi eroga un servizio di auto condivisa gestisce una flotta di automobili ricoverate in appositi parcheggi.

L'utente iscritto al servizio prenota l'auto presso il parcheggio preferito (telefonicamente o via web), la usa e la riconsegna al parcheggio di origine, quando ha finito di usarla (comunque entro lo scadere del periodo prenotato). È quindi necessario prenotare in anticipo l'utilizzo dell'auto, specificando il periodo di utilizzo. In alcuni casi si può selezionare un parcheggio differente da quello di prelievo per la restituzione del veicolo, previa comunicazione in fase di prenotazione e con eventuale sovrapprezzo previsto da contratto.

Il costo per l'utente comprende una quota annuale e le quote a consumo relative ai singoli periodi di utilizzo, basate su una tariffa di tipo binario, ovvero sulla combinazione di durata del periodo di prenotazione e percorrenza effettiva. Il gestore del servizio si prende carico di tutte le incombenze e le spese relative alla gestione dell'auto (es. assicurazione, manutenzione), carburante compreso.

Quando si possiede un'auto privata, gran parte dei costi relativi sono tendenzialmente indipendenti dall'utilizzo che se ne fa: acquisto, manutenzione, assicurazione, tasse. Chi possiede un'auto tende spesso a percepire solo i "costi vivi" (carburante, pedaggi, sosta) o al massimo quelli relativi all'usura (gomme, freni ecc.), visto che i costi fissi non possono essere evitati. Questo porta a

sottovalutare il costo dell'utilizzo dell'auto, e quindi ad utilizzarla più di quanto sia opportuno anche dal punto di vista del proprio bilancio individuale o familiare (o aziendale).

Il possesso di un'automobile implica, oltretutto, il costo di acquisto e la svalutazione al momento della vendita, oltre agli ovvi rischi di furto o danneggiamento.

L'auto condivisa rende invece i costi relativi all'uso dell'auto prevalentemente dipendenti dall'utilizzo, distribuendo invece i costi fissi tra più persone in modo da abbattere significativamente la quota di costo fisso sostenuto da ogni utente. In tal modo si percepisce il vero costo dell'auto ogni volta che si deve decidere di usarla (o, viceversa, l'effettivo risparmio che si otterrebbe non usandola). Di conseguenza, usare un'auto in condivisione invece che una di proprietà tende a ridurre l'utilizzo che se ne fa.

L'uso di un'auto condivisa con estranei comporta anche alcune limitazioni rispetto all'uso che molti fanno dell'auto privata:

- distanza dei parcheggi l'auto condivisa deve essere sempre lasciata presso lo stesso parcheggio del gestore da cui è stata presa in consegna, che non sempre è comodo da raggiungere (non si può semplicemente lasciarla sotto casa). Alcuni gestori applicano però tariffe che permettono di usare l'auto per una serata e riportarla la mattina successiva senza costi aggiuntivi, anche al fine di non esporre gli utilizzatori a rischi dovuti alla circolazione notturna. Si calcola che il raggio di attrazione dell'utenza di un parcheggio dovrebbe essere inferiore ai 400 metri (circa 5 minuti a piedi); è inoltre importante che esso sia vicino ad una o più fermate del trasporto pubblico;
- impossibilità di spostamenti di "sola andata": Se si usa l'auto per trasportare oggetti ingombranti verso casa propria, dopo averli depositati è necessario uscire nuovamente per riconsegnarla.
- obbligo di prenotare preventivamente gli orari di utilizzo;
- eventualità di non trovare disponibilità per il tipo d'automezzo e per il periodo d'utilizzo desiderati;
- rigidità: se si desidera cambiare programma in corsa, estendendo la durata dell'uso dell'auto, questo è possibile solo se essa non è stata già prenotata da un altro utente, e può comportare il pagamento di penali; se si rinuncia ad un viaggio già prenotato potrà essere necessario pagare comunque la quota relativa al tempo di uso dell'auto;
- condivisione del mezzo con altri utilizzatori: l'auto in car sharing non può essere usata come estensione del proprio spazio privato, deve essere lasciata ogni volta ragionevolmente pulita e non è possibile personalizzarla, né tenervi stabilmente oggetti che si ritengono utili.

## **I contratti per il compimento di atti o per la promozione di affari**

### **1. Il mandato (artt. 1703-1730)**

Il mandato è il contratto con cui una parte (mandatario) assume l'obbligo di compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra (mandante). Esso ha ad oggetto esclusivamente l'esecuzione di attività giuridica.

Il mandato può essere conferito con o senza rappresentanza: nel primo caso al contratto di mandato è collegata una procura e gli effetti dell'atto compiuto dal mandatario si producono direttamente in capo al mandante; nel secondo caso il mandatario agisce soltanto nell'interesse del mandante ma non in suo nome, pertanto gli effetti dell'atto si producono in capo al mandatario, il quale poi è tenuto a trasferirli al mandante.

Il contratto di mandato è in genere a forma libera, mentre per i beni immobili è necessaria la forma scritta a pena di nullità. Il contratto di mandato si presume inoltre oneroso.

Il mandato può essere generale o speciale; esso è poi definito collettivo se è conferito ad una stessa persona da una pluralità di mandati e per il conseguimento di un interesse comune; congiuntivo se è conferito a più mandatarî per un affare comune.

A carico del mandatario vi è l'obbligo di eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia, e rendere conto dell'attività svolta.

A carico del mandante vi è l'obbligo di somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione dell'incarico, di rimborsargli le spese, di pagargli il corrispettivo e di risarcirgli gli eventuali danni subiti a causa del mandato.

Il mandato si estingue:

- scadenza del termine o compimento, da parte del mandatario, dell'affare per il quale è stato conferito;
- revoca da parte del mandante, che può essere espressa o tacita;
- rinuncia da parte del mandatario;
- morte, interdizione, inabilitazione di entrambe le parti.

### **2. La commissione (artt. 1731-1736)**

Il contratto di commissione è un mandato che ha per oggetto l'acquisto o la vendita di beni per conto del committente ed in nome del commissionario.

La commissione dunque è un particolare tipo di mandato senza rappresentanza, caratterizzato da due elementi: la specificità dell'oggetto dell'incarico gestorio e l'assenza per il mandatario di poteri rappresentativi.

Il negozio posto in essere dal commissionario produce effetti giuridici esclusivamente nel suo patrimonio, per cui occorre un successivo atto giuridico per trasferire tali effetti nel patrimonio del committente.

La commissione è un contratto oneroso a prestazioni corrispettive ed il compenso spettante al commissionario, detto provvigione, se non pattuito si determina secondo gli usi o, in mancanza di questi, è stabilito dal giudice.

Tale contratto appartiene alla categoria dei negozi non formali, non essendo richieste particolari modalità di perfezionamento.

Il commissionario può contrarre in proprio (entra nel contratto) se la commissione riguarda la compra o la vendita di titoli, divise o merci aventi un prezzo corrente e se il committente non ha diversamente disposto.

Il commissionario è assoggettabile allo star del credere in virtù di patto o di uso con la conseguenza che egli risponde nei confronti del committente per l'esecuzione dell'affare.

Il committente può sempre revocare l'incarico affidato al commissionario fino a quando questi non ha concluso l'affare, corrispondendogli parte delle provvigioni in ragione dell'opera prestata e delle spese sostenute.

### **3. La spedizione (artt.1737-1741)**

Il contratto di spedizione è un mandato col quale lo spedizioniere assume l'obbligo di concludere, in nome proprio e per conto del mandante, un contratto di trasporto e di compiere le operazioni accessorie.

Si tratta di un tipo speciale di mandato senza rappresentanza, poiché lo spedizioniere assume a proprio nome l'incarico di far trasportare da altri la merce per conto del mittente.

Oggetto di questo mandato è il compimento di una attività giuridica quale la conclusione di un contratto di trasporto di beni mobili.

L'incarico conferito allo spedizioniere riguarda solo la stipula di contratti di trasporto di cose e non anche di persone.

Sono obblighi a carico dello spedizioniere quello di diligenza, in quanto egli è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni impartitegli dal committente, nonché quello di custodia delle cose ricevute in attesa di consegnarle al vettore.

Tra i diritti dello spedizioniere vi sono quello alla retribuzione che, se non pattuita si determina secondo le tariffe professionali o gli usi. Lo spedizioniere ha anche diritto al rimborso delle spese anticipate, che è dovuto sulla base di documenti giustificativi.

Lo spedizioniere che si impegna ad eseguire il trasporto in tutto o in parte con mezzi propri o altrui, assume gli stessi diritti e i medesimi obblighi del vettore.

#### **4. Il contratto di agenzia (artt. 1742-1753)**

Col contratto di agenzia una parte (agente) assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra (preponente), la conclusione di contratti in una zona determinata, dietro compenso.

Caratteri distintivi di tale contratto sono la continuità e la stabilità dell'attività dell'agente, l'operare nell'ambito di una determinata area territoriale.

Oggetto del contratto è la promozione della conclusione, per conto del preponente, di affari giuridicamente ed economicamente conformi allo schema contrattuale.

Dal punto di vista formale, il contratto di agenzia deve essere provato per iscritto.

Sull'agente gravano una serie di obblighi tra cui quello di tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede. L'agente deve adempiere l'incarico conferitogli secondo le istruzioni impartite dal preponente, al quale deve comunicare le informazioni inerenti le condizioni del mercato nella zona di competenza. L'agente deve anche attenersi agli obblighi che incombono al commissionario e deve dare immediato avviso al preponente quando esistono difficoltà che impediscono o ostacolano l'esecuzione dell'incarico affidatogli, pena il risarcimento del danno.

Vi è il divieto di pattuire a carico dell'agente una responsabilità in caso di inadempimento del terzo. Tuttavia, è accordata alle parti la facoltà di pattuire che l'agente rilasci apposita garanzia, a condizione che ciò si verifichi per singoli affari determinati.

L'agente ha diritto alla provvigione in relazione a tutti gli affari conclusi in conseguenza del suo intervento. L'agente ha diritto alla provvigione sugli affari conclusi anche dopo lo scioglimento del rapporto contrattuale, qualora la proposta sia pervenuta al preponente o all'agente in un momento antecedente.

Nei rapporti con l'agente, il preponente ha l'obbligo di operare con lealtà e buona fede. Il preponente deve mettere a disposizione dell'agente la documentazione necessaria riguardante i beni o i servizi trattati e comunicargli le notizie essenziali all'esecuzione del contratto. È compito del preponente anche quello di consegnare all'agente un estratto conto delle provvigioni maturate entro un termine prestabilito.

Qualora il contratto di agenzia sia a tempo determinato e continui ad essere eseguito anche dopo la scadenza del termine, esso si trasforma automaticamente in contratto a tempo indeterminato. In questo caso, ogni parte ha la facoltà di recedere dal contratto dandone congruo preavviso.

## **5. La mediazione (artt. 1754-1765)**

Il codice non dà una definizione della mediazione ma solo del mediatore: è mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza.

Al fine della configurabilità del rapporto di mediazione, non è necessaria l'esistenza di un preventivo conferimento di incarico, essendo sufficiente che la parte abbia accettato l'attività del mediatore avvantaggiandosene.

Il mediatore ha diritto ad ottenere la provvigione da ognuna delle parti se l'affare è concluso per effetto del suo intervento.

La misura della provvigione deve gravare su ciascuna delle parti, e in mancanza di pattuizione, di usi o di tariffe professionali, è determinata dal giudice secondo equità. Se l'affare è concluso grazie all'opera di più mediatori, ciascuno di essi ha diritto a una quota della provvigione.

Il mediatore ha diritto al rimborso delle spese sostenute per conto della persona che gli ha conferito l'incarico, anche nell'ipotesi in cui l'affare non è stato concluso.

Il mediatore può rappresentare una delle parti dalle quali è stato incaricato negli atti relativi all'esecuzione del contratto concluso con il suo intervento.

Elementi caratterizzanti l'attività del mediatore sono l'indipendenza o autonomia, la facoltà di rinunciare in ogni momento e l'estraneità al contratto concluso mediante il suo intervento.

Tra gli obblighi del mediatore rientrano quello di imparzialità, che si sostanzia nel tenere una posizione neutrale rispetto alle parti e nell'informare entrambe sulle circostanze conosciute e relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare e quello di segreto professionale.

## **I contratti bancari**

### **1. Le operazioni bancarie in generale**

L'attività di impresa bancaria rappresenta una intermediazione nella circolazione del denaro. Essa contempla operazioni riconducibili a tre categorie:

- operazioni passive, volte al reperimento dei fondi (raccolta del risparmio);
- operazioni attive, finalizzata alla concessione ed all'esercizio del credito (impegno del risparmio);
- operazioni accessorie, consistenti in attività complementari alle prime due.

Lo svolgimento dell'attività bancaria avviene attraverso l'utilizzo di forme contrattuali caratterizzate dalla circostanza che una delle parti contraenti è un istituto di credito, il quale esercita professionalmente tale impresa.

Le fonti della disciplina dei contratti bancari sono il codice civile, il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia e si aggiungono altre leggi e regolamenti.

### **2. Il deposito bancario (artt. 1834-1838)**

Il deposito bancario è un contratto con il quale un soggetto deposita una somma di denaro presso una banca, la quale ne diventa proprietaria, restando però obbligata a restituirla alla scadenza (deposito vincolato) oppure a richiesta del depositante (deposito libero), nel rispetto del periodo di preavviso fissato dalle parti o dagli usi.

Quanto alla classificazione si possono distinguere i seguenti tipi di deposito:

- semplice, con il quale non è prevista la possibilità per il cliente di modificare l'entità del deposito mediante versamenti o prelievi successivi;
- a risparmio, con il quale il cliente può modificare l'entità del deposito mediante versamenti e prelievi successivi, ed il rapporto tra le parti è provato da un documento di legittimazione chiamato libretto di deposito a risparmio. I libretti di deposito a risparmio possono essere nominativi, nominativi pagabili al portatore, al portatore ed al portatore contrassegnati da un nome;
- in conto corrente, con il quale il cliente può variare l'entità della somma depositata in costanza di rapporto, e la convenzione di assegno.

### **3. L'apertura di credito bancario (artt. 1842-1845)**

L'apertura di credito bancario è un contratto con il quale la banca obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di denaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato.

Oggetto del contratto è la disponibilità di una somma di denaro. Secondo una autorevole dottrina, su detta somma il cliente non vanta un vero e proprio diritto, ma solo il potere di utilizzazione.

Sotto un profilo formale per questo contratto non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*.

L'apertura di credito può essere semplice o in conto corrente. Nel primo caso il cliente ha la facoltà di utilizzare il credito una volta sola, anche se con più prelievi, mentre nel secondo caso può utilizzarlo varie volte ricostituendo la disponibilità durante il rapporto attraverso versamenti.

Può, infine, essere assistita o meno dalla prestazione di una garanzia ed avremo rispettivamente una apertura di credito garantita o allo scoperto.

L'apertura di credito esclude la facoltà di recesso a favore della banca nei contratti a tempo determinato prima della scadenza del termine in assenza di una giusta causa.

L'apertura di credito regolata in conto corrente si differenzia dal fido, che consiste in un credito dalla banca al cliente, del quale rappresenta uno dei modi di utilizzo. Il contratto di apertura di credito presenta elementi distintivi anche rispetto allo sconto con cessione di credito, concretizzandosi il primo in un affidamento della banca al cliente ed il secondo in un'anticipazione previa cessione *pro solvendo* del credito.

#### **4. L'anticipazione bancaria (artt. 1846-1851)**

L'anticipazione bancaria consiste in una apertura di credito garantita da pegno su titoli o su merci.

Si distinguono:

- anticipazione semplice o a scadenza fissa, che implica per la banca la concreta dazione (consegna) di una somma di denaro con conseguente obbligo, a carico del cliente, di restituzione ad una data prefissata, salva la possibilità di anticipare in tutto o in parte il rimborso;
- anticipazione in conto corrente, che consiste nel mettere a disposizione una somma di denaro da parte della banca e comporta la facoltà per il cliente di un utilizzo nel tempo, attraverso prelievi discrezionali e ricostituzioni di tale disponibilità mediante versamenti.

L'anticipazione bancaria può essere propria se le cose date in pegno rimangono di proprietà del cliente, o impropria se, trattandosi di cose fungibili, è dato alla banca il potere di disporne.

L'anticipazione impropria va distinta dal pegno irregolare, poiché nella prima la prestazione della garanzia assolve ad una funzione identica a quella della anticipazione propria, mentre nel pegno le merci, i titoli ed il denaro svolgono una funzione accessoria di garanzia.

#### **5. Il conto corrente bancario (artt. 1852-1857)**

Il conto corrente bancario è un contratto con il quale la banca riceve l'incarico ed assume l'impegno di compiere una serie di pagamenti e di riscossioni di somme di denaro per conto del cliente e dietro suo ordine, sia diretto che indiretto.

Si tratta di un contratto innominato misto in cui confluiscono le prestazioni tipiche di altre figure contrattuali.

Presupposto per l'espletamento del servizio da parte dell'istituto di credito è la costituzione di una provvista della quale il cliente possa disporre, la disponibilità del correntista può essere rappresentata da un deposito di denaro o da una concessione di credito. Il servizio svolto dalla banca è detto servizio di cassa.

La banca è tenuta ad inviare annualmente al cliente un estratto conto, ma è consentito a quest'ultimo di scegliere una diversa periodicità (es. trimestrale). L'estratto conto si intende accettato se il correntista non avanza una contestazione scritta entro sessanta giorni dalla ricezione.

## **6. Lo sconto bancario (artt. 1858-1860)**

Lo sconto bancario è il contratto con il quale la banca anticipa al cliente l'importo di un suo credito vantato verso terzi e non ancora scaduto, salvo buon fine e detraendo in via anticipata gli interessi.

Circa la natura di questo contratto, vi sono diverse posizioni dottrinali. C'è chi ritiene lo sconto una compravendita di un credito con la garanzia del cedente per l'adempimento del debitore; chi sostiene che sia un prestito; chi propende per la tesi del contratto a prestazioni corrispettive.

Caratteristica essenziale dello sconto è la deduzione anticipata dell'interesse. L'interesse viene calcolato sul tempo intercorrente tra l'anticipazione del credito e la sua scadenza. Deve trattarsi, dunque, di credito non ancora scaduto. La cessione avviene sempre pro solvendo.

Il credito anticipato, deve, inoltre, esistere, pena la nullità del contratto per mancanza della causa.

Lo sconto è un contratto a forma libera. Eccetto che riguardi cambiali, ipotesi in cui si applica la legge sulla circolazione del titolo.

È obbligo dello scontatario corrispondere alla banca l'interesse sulla somma anticipata e di restituire tale somma in casi di mancato pagamento da parte del debitore ceduto.

Si differenzia dal factoring perché quest'ultimo prevede la cessione globale dei crediti di un'impresa, cessione che può essere anche pro soluto e perché in esso l'anticipazione del credito non è essenziale, come nello sconto, ma solo eventuale.

## **I contratti aleatori**

### **1. L'assicurazione (artt. 1882-1927)**

L'assicurazione è il contratto con il quale una parte (assicuratore), dietro corrispettivo (premio) si obbliga ad indennizzare un'altra parte (assicurato) del danno che questa può subire a causa di un sinistro, o a corrispondere un capitale o una rendita al verificarsi di un evento riguardante la vita umana.

Si tratta di un contratto consensuale, oneroso, a prestazioni corrispettive, di durata ed a esecuzione continuata, non formale, e aleatorio.

La causa di tale contratto è il trasferimento di un rischio dell'assicurato all'assicuratore, e le parti sono, appunto, l'assicuratore e l'assicurato.

L'assicuratore copre il rischio dedotto nell'accordo o paga un capitale o una rendita al verificarsi di un determinato evento. La legge stabilisce che deve essere una impresa esercitata da un istituto di diritto pubblico, o una società per azioni, o da una società cooperativa a responsabilità limitata o da una società di mutua assicurazione.

L'assicurato è il titolare dell'interesse protetto. Nell'assicurazione sulla vita è detto beneficiario.

Il rischio consiste nell'astratta eventualità che si verifichi un sinistro che vada ad incidere negativamente sul patrimonio dell'assicurato, determinandone una riduzione o un mancato incremento. Per rischio deve intendersi perciò la possibilità che un evento futuro ed incerto accada, e non l'evento in sé. Deve inoltre riguardare la vita dell'assicurato o di una terza persona appositamente indicata nel contratto. Il contratto è nullo qualora esso non sussista sin dall'origine, mentre si scoglie nel caso in cui cessi di esistere durante lo svolgimento del rapporto assicurativo.

Il premio è il corrispettivo dovuto dall'assicurato, pagato in genere in anticipo ed il mancato pagamento provoca la sospensione del contratto (oltre sei mesi di inadempienza il contratto si risolve di diritto).

La polizza è il tipico documento probatorio del contratto, il quale deve essere provato per iscritto.

L'assicurazione può essere di due specie: l'assicurazione contro i danni e l'assicurazione sulla vita.

L'assicurazione contro i danni ha come finalità la copertura del rischio che riguarda il patrimonio dell'assicurato e i suoi beni. Tuttavia, l'entità dell'indennizzo non può mai eccedere l'importo del danno effettivamente patito dall'assicurato, al fine di evitare vantaggi economici. Pertanto, il diritto al risarcimento nasce solo al momento del sinistro ed in conseguenza di esso, ed il danno indennizzabile è rappresentato solo dal danno emergente. In caso di danneggiamento o distruzione dei beni assicurati, la stima del loro valore va fatta al momento del sinistro. L'assicuratore che ha

pagato l'indennità all'assicurato si surroga al medesimo nei diritti verso i terzi responsabili, sino alla concorrenza di quanto corrisposto.

Un particolare tipo di assicurazione del patrimonio è quella della responsabilità civile. Scopo di questa assicurazione è di tenere indenne il patrimonio dell'assicurato dalla pretesa risarcitoria del terzo danneggiato da un fatto riconducibile alla colpa del primo.

Rientra nell'ambito della responsabilità civile l'assicurazione dei veicoli a motore senza guida di rotaie e dei natanti. Si tratta di una assicurazione obbligatoria, che deve coprire i danni procurati alla persona qualunque sia il titolo in base al quale il trasporto è avvenuto.

Con il contratto di assicurazione sulla vita l'assicuratore si obbliga, verso un corrispettivo (premio), a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento afferente la vita umana (assicurazione morte o vita o anche mista).

Un particolare tipo di assicurazione sulla vita è quello a favore di un terzo. In tale contratto le parti determinano che, alla morte dell'assicurato, il pagamento dell'indennità sia eseguito da un terzo soggetto (beneficiario) designato nell'accordo iniziale.

## **2. La rendita (artt. 1861-1881)**

La rendita consiste in una prestazione periodica avente ad oggetto una somma denaro o una quantità di cose fungibili. Il contratto di rendita è di due specie: rendita perpetua e rendita vitalizia.

Con il primo, una parte conferisce all'altra il diritto di esigere in perpetuo la prestazione periodica di una somma di denaro o di una certa quantità di altre cose fungibili, quale corrispettivo dell'alienazione di un immobile (rendita fondiaria) o della cessione di un capitale (rendita semplice).

È previsto il diritto potestativo di riscatto per l'obbligato; tale diritto non è derogabile, ma le parti sono libere di convenire che il riscatto non possa eseguirsi durante la vita del beneficiario.

Il contratto di rendita vitalizia ha ad oggetto l'obbligazione di corrispondere la rendita per tutta la durata della vita del beneficiario (o di una terza persona) in cambio dell'alienazione di un bene immobile o anche mobile o della cessione di un capitale.

La sua fonte può essere un contratto a titolo oneroso, da una donazione, dal testamento (legato di rendita), da una sentenza o dalla legge.

Elemento essenziale della rendita vitalizia è l'alea, in quanto le parti non sanno, al momento della conclusione del contratto, quali saranno i reciproci sacrifici, posto che questi verranno determinati sulla base della durata della vita del beneficiario. Se manca l'alea il contratto è nullo.

La forma del contratto di rendita è sempre scritta a pena di nullità, anche nell'ipotesi in cui il bene alienato sia mobile.

Il debitore della rendita non è titolare del diritto di riscatto, ma questo può essere introdotto dalle parti.

Il contratto di rendita vitalizia è soggetto a risoluzione per inadempimento soltanto nel caso in cui il vitalizante non dà o diminuisce le garanzie promesse al vitaliziato; la risoluzione non è invocabile per inadempimento del pagamento delle rate scadute, poiché il vitaliziato può solo far sequestrare e vendere i beni del vitalizante.

Si distingue dalla rendita vitalizia il contratto di mantenimento (contratto atipico), nel quale l'obbligazione a carico del soggetto passivo consiste nel fornire al beneficiario, sua vita natural durante, assistenza materiale (vitto, alloggio, cure mediche) e spirituale (compagnia, conforto morale).

Questo contratto ha ad oggetto oltre ad un dare, anche un fare. Inoltre l'alea è più accentuata rispetto alla rendita vitalizia, visto che l'entità ed il tipo di prestazione a carico dell'obbligato dipendono, oltre che dalla durata della vita del beneficiario, anche dal suo stato di salute e dalle sue condizioni patrimoniali.

## **I contratti di prestito**

### **1. Il mutuo (artt.1813-1822)**

Il mutuo è il contratto con il quale una parte (mutuante) consegna all'altra (mutuatario) una determinata quantità di denaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità.

Le cose date a mutuo passano in proprietà del mutuatario: questa caratteristica lo distingue dal comodato, nel quale invece le cose concesse in uso rimangono di proprietà del comodante, e il comodatario deve restituirle al termine del rapporto.

Il mutuo costituisce un contratto reale, in quanto si perfeziona soltanto con la consegna del denaro, mentre la promessa di mutuo viene costituita un contratto preliminare di mutuo.

Il mutuo è un contratto oneroso, poiché il mutuatario deve corrispondere al mutuante gli interessi. Se la misura degli interessi non è pattuita, si applica il tasso legale; se invece, sono convenuti interessi usurari (quando superano il tasso medio che viene pubblicato ogni tre mesi sulla Gazzetta Ufficiale), la clausola relativa è nulla e gli interessi non sono dovuti affatto.

Obblighi del mutuante sono quelli di consegnare una cosa non viziata, di farne acquistare la proprietà al mutuatario e di prestare la garanzia per evizione.

L'obbligo del mutuatario consiste nel pagamento del corrispettivo (se sono dovuti interessi) e nella restituzione dello stesso ammontare di generi della stessa qualità.

Il mutuo si dice di scopo quando viene concesso con l'obbligo per il mutuatario di impiegare la somma mutuata per un determinato fine (es. mutuo edilizio). Se non viene perseguito il fine convenuto il mutuante può chiedere la risoluzione del contratto.

### **2. Il comodato (artt. 1803-1812)**

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

Il comodato è un prestito d'uso, ovvero è un contratto reale e gratuito: la gratuità non esclude che possa essere convenuto un determinato obbligo a carico del comodatario, sotto forma di onere o modo, che non configura però corrispettivo.

Per tali caratteristiche, oggetto del comodato possono essere solo cose non consumabili, anche se non è esclusa l'ipotesi di comodato su cose consumabili (es. concedere in uso gran quantità di cibo per un ricevimento).

Il carattere della gratuità comporta che il comodatario è tenuto a restituire la cosa concessa in comodato non appena il comodante la richiede (c.d. precario) a meno che non sia stato convenuto un termine o questo risulti dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata.

Anche se il termine è stato convenuto, qualora sopravvenga un urgente e imprevisto bisogno del comodante, questi può in ogni caso esigere l'immediata restituzione del bene.

## **I contratti di garanzia**

### **La fideiussione**

La fideiussione è il contratto mediante il quale un soggetto, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di una obbligazione altrui (la volontà di prestare fideiussione deve essere espressa).

La garanzia è personale, perché il creditore può soddisfarsi sopra il patrimonio di una persona diversa dal debitore, e non da luogo ad alcun diritto reale, ma riguarda tutto il patrimonio del fideiussore. Infatti, le garanzie personali presuppongono l'intervento di un terzo soggetto ed attribuiscono al creditore un altro patrimonio su cui rivalersi oltre a quello del debitore eventualmente inadempiente.

Le parti del rapporto fideiussorio sono soltanto il creditore ed il fideiussore; tuttavia, la fideiussione coinvolge in genere anche il debitore, anche se la sua presenza non è essenziale o non ne è a conoscenza.

Carattere fondamentale della fideiussione è l'accessorietà rispetto all'obbligazione principale garantita. Conseguenza di tale carattere sono che:

- la fideiussione sussiste se e fino a quando sussiste l'obbligazione principale;
- la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore né può essere prestata a condizioni più onerose;
- la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale;
- il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale.

Il fideiussore è obbligato in solido con il debitore principale; ma si può convenire il beneficio di escussione, ossia l'obbligo della previa escussione del debitore principale. Può anche essere stabilito, quando sussistono più fideiussori, il beneficio della divisione, in virtù del quale il debito si divide in tante parti quanti sono i fideiussori e ogni fideiussore può esigere che il creditore richieda solo la sua parte.

Una volta che sia stato costretto a pagare il debito da lui garantito, il fideiussore è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore, può cioè utilizzare contro il debitore originario tutti i mezzi di garanzia (es. pegno o ipoteca ecc.) di cui era titolare il creditore. Altro diritto a tutela del fideiussore che ha adempiuto al posto del debitore è costituito dall'azione di regresso contro quest'ultimo, avente lo scopo di permettere la restituzione al fideiussore di tutto ciò che abbia pagato per il debitore principale.

Esiste anche una forma atipica di garanzia per fideiussione: la fideiussione *omnibus*, che può essere definita come il contratto atipico mediante il quale un soggetto si obbliga personalmente nei confronti di una banca a garantire, entro il limite di un importo predeterminato, tutte le obbligazioni che il debitore principale assumerà nei confronti della banca stessa. Se alla scadenza pattuita o al momento in cui la banca deciderà di recedere dal rapporto il debitore principale non sia in grado di provvedere all'estinzione dei suoi debiti, la banca potrà rivolgersi al fideiussore *omnibus*, il quale dovrà pagare anche se non era a conoscenza dell'entità dei debiti del garantito.

### **Il contratto autonomo di garanzia**

Con il contratto autonomo di garanzia a prima richiesta un soggetto si impegna al versamento, in favore del beneficiario, della somma garantita, senza possibilità alcuna di avanzare eccezioni attinenti al rapporto principale tra beneficiario e terzo garantito.

Il creditore-beneficiario può ricevere il denaro non appena ne faccia richiesta senza che il garante possa opporgli alcuna eccezione: egli dovrà pagare a “prima richiesta”; solo successivamente il debitore-garantito potrà far valere le proprie ragioni, chiedendo la restituzione di quanto versato.

## **Contratti diretti a dirimere una controversia**

### **1. La transazione (artt. 1965-1976)**

La transazione è il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro.

Affinché i diritti siano transigibili, devono essere diritti non sottoposti alla disponibilità delle parti.

La forma del contratto è di per se libera, essendo richiesta solo ai fini della prova. Tuttavia, se la lite oggetto della transazione riguarda uno dei rapporti per i quali occorre la forma scritta a pena di nullità, anche la transazione dovrà rivestire la medesima forma.

Elementi essenziali di tale contratto sono quelli della *res litigiosa* e della *res dubia*. Il primo implica che ricorra sempre una controversia, pur se solo potenziale, nel senso che non sia ancora sfociata in un processo. La seconda significa che deve necessariamente esservi un dubbio, in ordine alla sussistenza e fondatezza dei propri vicendevoli diritti.

Altro elemento strutturale è quello delle reciproche concessioni, cioè occorre che, al termine della transazione, ogni parte deve aver modificato le proprie iniziali pretese (anche parzialmente).

Se, mediante tali reciproche concessioni, i contratti creano, modificano o estinguono rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della contestazione, la transazione (che resta valida) viene definita mista; mentre viene indicata come novativa la transazione con cui le parti sostituiscono integralmente l'oggetto degli originari rapporti.

La transazione non può mai essere annullata per errore di diritto e per causa di lesione. Inoltre, in tale contratto vale il risarcimento del danno per lite temeraria: se una delle parti era consapevole della temerarietà della sua pretesa, l'altra può chiedere l'annullamento del contratto. La temerarietà si riscontra quando la pretesa di una delle parti era assolutamente e oggettivamente infondata, determinando la carenza della *res dubia*.

Uno speciale caso di nullità della transazione, che si aggiunge alle cause di nullità generale, si configura quando essa fa riferimento ad un contratto illecito, oppure se riguarda una transazione su diritti indisponibili.

Viceversa, nelle ipotesi di transazione relativa a titolo nullo ma non per illiceità e di transazione fatta sulla base di documenti falsi oppure fatta su lite già decisa con sentenza, è prevista la sanzione dell'annullabilità.

## **2. La cessione di beni ai creditori (artt. 1977-1986)**

La cessione dei beni ai creditori consiste in un contratto con il quale il debitore conferisce l'incarico ad alcuni o a tutti i suoi creditori di procedere alla liquidazione, in parte o per la totalità, delle sue attività per poi distribuirne il ricavato a soddisfazione dei rispettivi crediti.

Tale contratto deve essere perfezionato con atto scritto a pena di nullità, mentre se tra i beni ceduti vi sono crediti è necessaria anche la notifica dell'atto di cessione al debitore ceduto.

Inoltre, l'amministrazione dei beni ceduti spetta ai creditori cessionari, i quali hanno il potere di esercitare tutte le azioni di carattere patrimoniale relative ai beni medesimi. Una volta effettuata la cessione, il debitore non può più disporre dei beni ceduti.

Ai creditori anteriori alla cessione, che a questa non hanno preso parte, è consentito di promuovere azione esecutiva anche sui beni ceduti. Al contrario, ai creditori cessionari, qualora la cessione ha riguardato solo determinate attività del debitore, non è riconosciuto il diritto di agire esecutivamente sulle altre attività, se non dopo aver liquidate quelle cedute.

Sui creditori che hanno concluso il contratto o vi hanno aderito ricade l'onere di anticipare le spese necessarie per la liquidazione. I creditori dovranno ripartire tra loro le somme ricavate in proporzione dei rispettivi crediti, salve le cause legittime di prelazione. L'eventuale residuo spetta al debitore. Compete al debitore il diritto di controllare la gestione e di averne il rendiconto alla fine della liquidazione.

Il debitore è liberato nei confronti dei creditori soltanto dal momento in cui questi ultimi ricevono la loro parte spettante sul ricavato della liquidazione e nei limiti di quanto hanno ricevuto.

È riconosciuto al debitore il diritto di recedere dal contratto offrendo il pagamento del capitale e degli interessi a coloro con i quali ha contrattato o che hanno aderito alla cessione. Il recesso ha effetto dal giorno del pagamento.

La cessione può essere annullata se il debitore, avendo dichiarato di cedere tutti i suoi beni, ha dissimulato parte notevole di essi, ovvero ha occultato passività o ha simulato passività inesistenti.

Infine, la cessione può essere risolta anche per inadempimento.