

Lezioni di
DIRITTO
PRIVATO
(parte prima)

§1 - LA NORMA GIURIDICA

Il diritto è un insieme di norme aventi il fine di risolvere i conflitti di interesse fra gli uomini, attraverso l'applicazione di *regole predeterminate* che stabiliscono quale degli interessi in conflitto debba prevalere (e, quindi, indirettamente, quale interesse debba soccombere).

Il diritto nasce dalla necessità di regolare la vita delle comunità umane.

Il diritto organizza la società umana, regola i rapporti interpersonali che coinvolgono gli individui, reprime i comportamenti che possono danneggiare i singoli o l'intera organizzazione sociale, difende quest'ultima da forze esterne.

L'unità elementare del sistema del diritto è la **norma giuridica**.

Il sistema nel suo complesso prende il nome di **ordinamento giuridico**.

Per indicare più norme tra loro coordinate si parla di **istituto**.

La norma giuridica è una **proposizione precettiva, formulata in termini GENERALI e ASTRATTI, al cui verificarsi si ricollegano determinate conseguenze giuridiche**. Col termine "proposizione precettiva" si intende che la norma giuridica non enuncia ciò che è, ma ciò che DEVE ESSERE (cioè, ciò che l'organo legislativo vuole che sia).

Normalmente, le norme giuridiche contengono due elementi:

- una FATTISPECIE, intesa come descrizione di un fatto
- una STATUZIONE, intesa come conseguenza discendente dal fatto.

Oltre che generali e astratte, le norme giuridiche sono:

- POSITIVE (= imposte dall'autorità dello Stato); gli studiosi distinguono tra "DIRITTO POSITIVO" (inteso come l'insieme delle norme giuridiche vigenti) e "DIRITTO NATURALE" (insieme delle regole morali che sono insite nella natura umana); per esemplificare, ogni uomo ha coscienza che ogni essere vivente ha diritto alla vita; in caso di contrasto tra diritto naturale e diritto positivo, prevale sempre quest'ultimo (il boia esegue la condanna a morte anche se gli ripugna);
- COATTIVE (= fatte rispettare con la forza nei confronti di coloro che non vi si adeguano spontaneamente);
- RELATIVE (= il contenuto delle norme giuridiche può variare nel tempo e nello spazio -l'ordinamento di uno Stato differisce da quello di altri Stati-).

Perché c'è necessità di norme giuridiche? Perché gli uomini hanno, naturalmente, una pluralità di interessi in conflitto.

Le norme giuridiche sono PRECETTI GENERALI in quanto non si rivolgono a singole persone. Esse sono ASTRATTE in quanto non riguardano singoli fatti concreti, ma una serie ipotetica di fatti. L'affermazione "Mario Centore deve, mensilmente, pagare lo stipendio ai propri dipendenti" non è una norma giuridica, in quanto riguarda una persona ben determinata (manca, quindi, la generalità). Le norme giuridiche regolano la risoluzione di alcune controversie tuttavia intervengono A PRIORI, cioè prima che il conflitto sia insorto (ipotizzando ciò che può accadere). La sentenza del giudice che condanna Paolo Bianchi a corrispondere a Glauco Rossi una somma di lire due milioni a titolo di risarcimento danni, non è una norma giuridica. Questo carattere di regole precostituite fa sì che le norme giuridiche:

- assicurino una UNIFORMITÀ DI SOLUZIONI
- determinino una situazione di CERTEZZA.

Vi sono alcune situazioni in cui il diritto viene creato dal giudice che decide su una determinata controversia, insorta precedentemente; è il caso delle DECISIONI SECONDO EQUITA'. Nel nostro ordinamento, tali situazioni sono limitate ed eccezionali. Risulta evidente che in questi casi il diritto non ha più i caratteri della generalità e astrattezza.

Art. 1733 c.c.

[1] La misura della provvigione spettante al commissionario, se non è stabilita dalle parti, si determina secondo gli usi del luogo in cui è compiuto l'affare. In mancanza di usi PROVVEDE IL GIUDICE SECONDO EQUITA'.

Art. 1709 c.c.

[1] Il mandato si presume oneroso. La misura del compenso, se non è stabilita dalle parti, è determinata in base alle tariffe professionali o agli usi; IN MANCANZA È DETERMINATA DAL GIUDICE.

Come si può percepire, la decisione del giudice costituisce sempre un'ipotesi residuale, avente carattere di eccezionalità. In questi casi estremi, la legge non impone al giudice né vincoli, né schemi da seguire; ci si regola con buon senso e coscienza.

Nelle società moderne, il diritto si presenta di solito sotto forma di **NORME SCRITTE**, deliberate dall'autorità statale. In passato, invece, prevalevano norme non scritte (anche dette **CONSUETUDINARIE**) che avevano origine nella reiterazione di alcuni comportamenti spontanei posti in essere dagli individui.

Alcune norme giuridiche sono dette **inderogabili** o **imperative**: sono imperative le norme che non possono essere modificate da parte dei destinatari delle medesime. A titolo esemplificativo, è norma imperativa quella contenuta nell'art. 86 c.c. (non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio precedente), oppure quella di cui all'art. 2265 c.c.

Le norme non imperative sono dette **derogabili**: quale esempio di norma derogabile si legga l'art. 1815 c.c. (in caso di mutuo la legge prevede interessi a beneficio del mutuante, tuttavia è concesso che questi non vengano corrisposti); altro esempio di norma derogabile è contenuto nell'art. 2262 c.c..

Il lettore non deve sorprendersi dell'esistenza di norme derogabili; il fine delle norme giuridiche è, in generale, la diffusione nella collettività di un determinata regola di comportamento, la quale, in prima approssimazione, non dovrebbe ammettere alcuna eccezione; tuttavia, in determinate situazioni, quelle appunto disciplinate da norme derogabili, il legislatore si limita a dettare una regola di condotta che sarà applicabile solamente laddove le parti non abbiano, di comune accordo, fissato una differente modalità di soddisfazione dei propri interessi individuali. Molte norme giuridiche in tema di contratti sono derogabili.

Sono norme **comuni** sono quelle che hanno il requisito della generalità; ad esempio, se una norma si riferisce ai contratti, la norma è generale se vuole ricomprendere tutti i contratti.

Sono invece **speciali** quelle che, non per mancanza di generalità, ma per tratta materie specifiche, adattano ai principi generali regole particolari o specifiche per ottenere trattamenti altrettanto particolari (es. imprese artigiane rispetto alla globalità delle imprese, ecc.).

Sono norme **eccezionali** quelle che costituiscono una deviazione del sistema. Ad esempio, un divieto di vendita di energia elettrica ad un paese nemico è una norma eccezionale. Altro esempio è la prelazione per vendita di proprietà agricole; chi vende non è libero di farlo a chiunque, ma deve rispettare la priorità di chi è in affitto come coltivatore. Tale deroga alla regola della libera circolazione dei beni, all'inizio considerata una norma speciale, è in realtà una vera norma eccezionale, e come tale, si vedrà, non consente analogia.

§ 2 - DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO

In prima approssimazione può dirsi che:

- il diritto privato corrisponde al diritto che regola i rapporti tra i privati
- il diritto pubblico corrisponde al diritto che regola i rapporti dove è presente lo Stato (o altro ente pubblico).

A ben vedere solo la prima affermazione è esente da critiche. Non necessariamente i rapporti ai quali partecipa lo Stato sono regolati da norme di diritto pubblico: il rapporto può essere regolato esclusivamente da norme di diritto privato.

Si potrebbe allora affermare che:

- il diritto privato riguarda la protezione di **INTERESSI PARTICOLARI**
- il diritto pubblico tutela **L'INTERESSE DELLA COLLETTIVITA'**.

Anche tale proposizione non è convincente. Il fatto che lo Stato e gli enti pubblici agiscano spesso secondo le norme di diritto privato è una circostanza contraria alla affermazione proposta.

Si può allora dire che **il diritto pubblico riguarda SOLO I RAPPORTI AI QUALI PARTECIPA LO STATO (O ALTRO ENTE PUBBLICO) in qualità di EN TE DOTATO DI SOVRANITA'**. In altre parole il diritto pubblico regola le modalità di esercizio della sovranità dello Stato, nonché i presupposti di questa.

La sovranità può definirsi come potere di comandare e attuare coattivamente un comando sopra tutti coloro che dello Stato fanno parte. La sovranità dello Stato è **ORIGINARIA** (cioè nasce con lo Stato), **ILLIMITATA**, **ESCLUSIVA** e **INALIENABILE** (cioè lo Stato non può trasferirne la titolarità senza estinguersi).

§ 3 - DIRITTO OGGETTIVO E DIRITTO SOGGETTIVO

Il termine "diritto" viene adoperato con un duplice significato.

In SENSO OGGETTIVO il diritto indica le norme giuridiche che prescrivono agli individui vari comportamenti. Potremmo dire che il diritto oggettivo riguarda i doveri di comportamento dei membri della collettività. Per esempio, il diritto di proprietà in senso oggettivo deve intendersi come l'insieme di comportamenti che la legge prescrive con riferimento alle cose. Il diritto oggettivo è inteso come norma generale e astratta.

In SENSO SOGGETTIVO il diritto è inteso come la pretesa che altri assuma il comportamento prescritto da una norma giuridica. Per esempio, il diritto di proprietà in senso soggettivo è visto come l'insieme delle pretese che il proprietario di una cosa può far valere nei confronti di altri soggetti.

Il diritto soggettivo può anche essere definito come il potere di agire per ottenere il soddisfacimento di un proprio interesse (che risulta protetto dall'ordinamento).

La forza del diritto soggettivo è data dal diritto oggettivo, cioè dall'ordinamento giuridico.

Come si vede, a fronte della pretesa del soggetto titolare del diritto è posto, a carico degli altri soggetti, un vincolo: rispettare la norma giuridica. Si origina, pertanto, una relazione ben precisa tra individui, avente come punto di riferimento una norma giuridica. La sussistenza di tale connessione ha portato gli studiosi a identificare l'esistenza di un "rapporto giuridico".

I rapporti tra gli uomini, regolati da una norma giuridica, si definiscono RAPPORTI GIURIDICI. Può anche affermarsi che il rapporto giuridico è una relazione tra due o più soggetti regolamentata dal diritto oggettivo.

Nel rapporto giuridico si distinguono due soggetti:

- soggetto PASSIVO, al quale la norma impone un dovere
- soggetto ATTIVO, nell'interesse del quale il dovere è imposto.

Non sempre la pretesa riconosciuta al soggetto attivo del rapporto giuridico deriva dalla formulazione di una norma che statuisce un determinato dovere a carico di altri soggetti. Ad esempio, in tema di diritto di proprietà il legislatore non vieta, in generale, ai soggetti diversi dal proprietario di astenersi da tutti i comportamenti lesivi per quest'ultimo.

L'art. 832 c.c. dispone che "il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo...". Si può osservare che è il dovere di non ledere il proprietario a essere desunto dalla norma, mentre si percepisce immediatamente la pretesa del titolare del diritto.

Non tutte le norme giuridiche prescrivono doveri da cui discendono diritti soggettivi. Si veda ad esempio l'art. 53 Cost. (dovere di partecipare alla spesa pubblica) [in questo caso vi è solo un interesse generale]. Manca un diritto soggettivo in capo a singoli soggetti privati.

Dalla definizione di rapporto giuridico nasce la classificazione principale dei vari diritti:

-DIRITTI PATRIMONIALI sono tutti quei diritti che difendono interessi di tipo economico.(Es. la proprietà delle cose, il danno, ecc.). Il complesso dei diritti patrimoniali del soggetto forma il suo **patrimonio**.

·DIRITTI NON PATRIMONIALI sono tutti quei diritti che attuano interessi di tipo morale. Questi comprendono i diritti personalissimi, detti anche originari perché posseduti sin dalla nascita (Es. diritto alla vita, ecc.) e i diritti di famiglia. Dai rapporti derivanti da questi diritti possono conseguire fatti economici (Es. la successione, ecc.) valutabili in denaro.

I diritti soggettivi si distinguono in due categorie:

- ASSOLUTI sono riconosciuti a un soggetto nei confronti di tutti
- RELATIVI sono riconosciuti a un soggetto nei confronti di alcune persone determinate.

Tra i diritti assoluti ricordiamo: i DIRITTI REALI, i DIRITTI DELLA PERSONALITA' e il DIRITTO DI AUTORE; tra i diritti relativi ricordiamo i DIRITTI DI CREDITO e i DIRITTI DI FAMIGLIA.

I diritti assoluti (es. proprietà) escludono dal bene tutti gli altri soggetti. Nei diritti soggettivi assoluti l'interesse del titolare del diritto si soddisfa con la sua piena libertà di agire. Nei diritti soggettivi relativi l'interesse del titolare del diritto si soddisfa solo con un determinato comportamento del soggetto passivo (es. adempimento di una obbligazione). Il soggetto passivo nei diritti assoluti

resta indeterminato, almeno fino a quando qualcuno non compie l'illecito; nei diritti relativi, invece, il soggetto passivo è individuato sin dall'inizio.

Concludiamo l'argomento con alcune definizioni.

OBBLIGO: dovere di comportarsi in un certo modo (per soddisfare l'interesse altrui) **ONERE:** dovere di comportarsi in un certo modo (per soddisfare l'interesse proprio e ottenere un determinato risultato)

DIVIETO: dovere di non comportarsi in un certo modo

POTESTA' (o **POTERE**): si ha quando il diritto oggettivo attribuisce a un soggetto una pretesa nell'interesse altrui (mentre in caso di coincidenza tra titolarità dell'interesse e della pretesa si ha un diritto soggettivo); un caso tipico è quello del genitore che, nell'interesse dei figli minori, può vantare alcune pretese sui medesimi.

SOGGEZIONE: è la situazione passiva collegata alla potestà; si ha quando una norma impone a un soggetto di subire le conseguenze di un atto altrui.

§ 4 - FATTI GIURIDICI E ATTI GIURIDICI

Il DIRITTO OGGETTIVO prevede dei fatti al verificarsi dei quali si costituiscono o si modificano o si estinguono doveri o diritti.

Si dice **FATTO GIURIDICO ogni accadimento, naturale oppure umano, al cui verificarsi l'ordinamento giuridico ricollega un determinato effetto giuridico: costituzione/modificazione /estinzione di RAPPORTI giuridici.**

Si hanno due grandi categorie di fatti giuridici:

- LECITI (fatti conformi al diritto)
- ILLECITI (fatti non conformi al diritto).

In aggiunta, i fatti giuridici possono essere ulteriormente suddivisi tra:

- UMANI
- NON UMANI (si pensi ad un terremoto, al crollo di un palazzo per cedimento strutturale,

ecc.).

Dalla lettura del codice civile emerge una notevole varietà di accadimenti presi in considerazione dal legislatore: la nascita dell'uomo (art. 1 c.c.), la morte (artt. 149, 448, ecc. c.c.), l'accettazione dell'eredità (artt. 470 ss. c.c.), la gestione di affari altrui (art. 2028 c.c.).

I fatti giuridici umani determinano conseguenze giuridiche nei confronti del soggetto che li ha posti in essere SOLO SE QUESTO HA LA CAPACITA' DI INTENDERE E DI VOLERE. Ciò è desunto dal primo comma dell'art. 2047 c.c.. Se vi è capacità di intendere e di volere, l'effetto giuridico del fatto si produce sempre: è irrilevante la circostanza che l'autore del FATTO non volesse un simile EFFETTO. [Es. A (non incapace) consapevolmente dà un calcio ad un oggetto prezioso; se l'oggetto si frantuma (effetto) A deve risarcire il danno; a nulla rileva l'involontarietà dell'effetto].

Occorre, tuttavia, precisare che laddove l'incapacità di intendere e di volere derivi da fatto colposo dell'incapace, che, per esempio, si è ubriacato oppure si è drogato, l'eventuale danno cagionato a terzi dovrà essere risarcito (vedere, sul punto, l'art. 2046 c.c.).

Un sottoinsieme dei fatti giuridici UMANI è quello degli atti giuridici. **Sono ATTI GIURIDICI tutti i fatti giuridici volontari e consapevoli dell'uomo, caratterizzati sempre dalla rilevanza della capacità di agire in capo al soggetto da cui proviene l'atto.**

Non è corretto dire che si ha un atto giuridico tutte le volte che un uomo agisce e un fatto giuridico in tutti gli altri casi. L'atto giuridico è sempre un atto dell'uomo, ma non è vero il contrario. Le azioni che l'uomo può compiere senza la necessità di disporre della capacità di agire sono solamente "fatti giuridici" (per esempio, Tizio si arrampica sull'albero del vicino per cogliere un frutto; Caio ritrova una cosa smarrita).

Si badi, non tutto l'agire umano costituisce fatto o atto giuridico; se manca totalmente una conseguenza giuridica, siamo in presenza di fatti non giuridici (ad esempio, mi lavo i piedi; bacio mia moglie prima di uscire di casa, ecc.).

Nell'ambito degli atti giuridici, gli studiosi hanno ravvisato l'esistenza di un sottogruppo di elementi che dà origine al concetto di **NEGOZIO GIURIDICO**. Il negozio giuridico è una

enunciazione destinata ad avere conseguenze giuridiche (per esempio, "ti vendo il mio gatto"). Sul negozio giuridico si tornerà più avanti.

Vale la pena sottolineare che il negozio produce conseguenze giuridiche, in capo a chi agisce, IN VIA MEDIATA, posto che necessita il concorso di altri soggetti, mentre gli atti diversi dai negozi (c.d. "atti materiali") producono effetti giuridici DIRETTI. Un tipico atto materiale (lecito) è la gestione di affari altrui (art. 2028 c.c.).

Ancora, si deve precisare che il codice civile non segue la classificazione testé descritta. In particolare, non si fa alcun cenno all'esistenza del negozio giuridico. Per il codice civile esistono soltanto ATTI e FATTI giuridici.

Nell'ambito dei fatti giuridici possiamo ulteriormente distinguere due specie di dichiarazioni: - DICHIARAZIONI DI VOLONTA' ("c.d. negozi"); le condizioni per determinare l'effetto giuridico sono differenti da quelle viste per i semplici atti; oltre alla capacità di intendere e di volere e alla volontarietà del fatto, occorre anche la volontarietà dell'effetto; se A ha sottoscritto con B un contratto il cui oggetto consiste nel trasferimento della proprietà di una cosa, ma in realtà l'effetto non risulta voluto (la qual cosa potrebbe risultare dal rinvenimento di altro contratto), la proprietà non si trasferisce; quindi, *perché si produca l'effetto giuridico non basta la volontà di compiere l'atto, è parimenti necessario volere il verificarsi dell'effetto da esso scaturente*,

- DICHIARAZIONI DI SCIENZA consistono nella dichiarazione di un soggetto della conoscenza di un determinato fatto giuridico (ad es. il rilascio di una quietanza di pagamento); l'effetto di tali dichiarazioni non è quello di modificare, costituire o estinguere un rapporto giuridico, ma di PROVARE L'ESISTENZA DI FATTI GIURIDICI costitutivi, modificativi o estintivi di rapporti giuridici.

Mentre i fatti giuridici sono prima di tutto fatti della realtà naturale e successivamente sono anche produttivi di effetti giuridici, in forza di una norma di legge, *i negozi giuridici hanno una valenza esclusivamente giuridica a causa degli effetti giuridici che producono*.

I principi generali testé enunciati subiscono rilevanti eccezioni.

Art. 428, primo comma, c.c.

[1] Gli ATTI compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace di intendere e di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere ANNULLATI su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un GRAVE PREGIUDIZIO all'autore.

Pertanto, pur mancando la volontà dell'atto, lo stesso è annullabile SOLO in presenza dell'ulteriore requisito del grave pregiudizio arrecato all'incapace. Esemplificando, è annullabile l'atto unilaterale con cui l'ubriaco promette una ricompensa di un miliardo a chi ritroverà il cane smarrito, essendo evidenti sia l'incapacità naturale, sia il grave pregiudizio. Nel caso delle donazioni, invece, lo stato di naturale incapacità del donante è sufficiente per provocare l'annullamento dell'atto, a nulla rilevando la sussistenza o meno di un pregiudizio (si veda l'art. 775 c.c.).

Se, in particolare, l'atto è un contratto, per ottenerne l'annullamento occorre provare:

- il pregiudizio per l'incapace (si noti che è sufficiente anche un pregiudizio non "grave")
- E la mala fede nell'altro contraente (che era consapevole dell'incapacità naturale del primo o poteva agevolmente accertarsene usando l'ordinaria diligenza).

A titolo esemplificativo, non è annullabile, anche se in presenza di mala fede dell'acquirente e incapacità di intendere e di volere dell'alienante, il contratto con cui si vende, ad un prezzo equo, un bene di elevatissimo valore affettivo per l'incapace naturale. Se, invece, l'incapacità naturale è stata provocata da VIOLENZA FISICA dell'altro contraente o di un terzo, il contratto è nullo anche in mancanza di pregiudizio per l'incapace.



§ 5 - LE FONTI DEL DIRITTO PRIVATO

Col termine "fonti del diritto" intendiamo i "canali di formazione delle norme giuridiche" o, più semplicemente, gli ATTI o i FATTI che in introducono, modificano o eliminano le norme giuridiche.

Oltre alla "fonti di produzione" del diritto esistono le "fonti di cognizione", cioè gli strumenti che consentono al pubblico la conoscenza delle norme giuridiche.

Si distingue tra:

- FONTI DEL DIRITTO NAZIONALI basate sulla sovranità dello Stato
- FONTI DEL DIRITTO SOVRANAZIONALI basate sui poteri della CEE.

Attualmente si può delineare la seguente gerarchia delle fonti:

- Costituzione della Repubblica e leggi costituzionali
- Trattato Cee e regolamenti comunitari
- leggi ordinarie dello Stato
- leggi regionali
- regolamenti
- contratti collettivi nazionali di lavoro
- usi (o consuetudini).

Quando una norma derivante da una determinata fonte risulta in contrasto con una o più norme derivanti da fonti gerarchicamente superiori vi è una illegittimità della prima norma. Quando una norma introdotta con una fonte gerarchicamente subordinata non è in conflitto con un'altra norma derivante da una fonte gerarchicamente superiore, entrambe le norme devono essere applicate (si parla, al riguardo, di "concorrenza tra norme").

Il criterio gerarchico è dettato dalla Costituzione:

- dal combinato disposto degli articoli 138 e 139, in materia di procedimento di revisione costituzionale e di divieto di revisione di alcune norme e principi costituzionali per cui si sottomettono le leggi costituzionali alla Costituzione;
- dal disposto dell'art 134 in tema di controllo di costituzionalità delle leggi, da cui si evince la sottomissione di leggi statali ordinarie e atti ad esse equiparati alla costituzione e alle leggi costituzionali;
- implicitamente dall'art 70 e seguenti in tema di attività di governo (si evince la sottomissione dei regolamenti dell'esecutivo alle leggi aventi valore di legge statale ordinaria).

Esaminiamo le fonti elencate.

La **COSTITUZIONE** è la legge fondamentale della Repubblica. Essa viene definita di tipo **RIGIDO** in quanto per la modifica delle norme in essa contenute è necessaria una procedura molto più complessa rispetto alla prassi della legislazione ordinaria.

La Costituzione della Repubblica è la prima fondamentale fonte dell'ordinamento interno; essa:

- condiziona tutte le altre;
- è sovraordinata a tutte le altre;
- è la massima espressione della originarietà-esclusività dell'ordinamento normativo;
- è la fonte suprema dei poteri interni di produzione normativa e fonte e limite dei poteri esterni.

La sua superiorità si manifesta proprio nello stabilire le condizioni di validità del procedimento e dei contenuti della propria revisione.

Non tutte le sue norme sono revisionabili; l'art 139 vieta la revisione della forma repubblicana, che si concreta nella:

- elettività del capo dello stato (artt. 83, 85 Cost.);
 - sovranità popolare (art. 1 Cost.);
 - autonomia degli enti territoriali (art. 5 Cost.);
 - elezione delle rappresentanze politiche (artt. 56, 57 Cost.);
 - libertà di associazione, pensiero, voto (artt. 18, 21, 48 Cost.);
 - ...
- Altri limiti al processo di revisione costituzionale sono dati da:
- diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.);
 - principi supremi.

Le LEGGI COSTITUZIONALI vengono formate con lo stesso iter previsto per la revisione costituzionale; esse riguardano alcune materie per le quali la Costituzione ha formulato una RISERVA DI LEGGE COSTITUZIONALE.

Leggi costituzionali di revisione sono atti normativi conclusivi del procedimento aggravato che porta all'abrogazione o modificazione di norme costituzionali. La costituzione considera le leggi costituzionali:

- le leggi di revisione del testo costituzionale;
- quelle che aumentano la materia costituzionale senza incidere direttamente sul testo della costituzione (137 c.1 C)

A ben vedere, non ci sono limiti a che la materia costituzionale si estenda oltre le espresse riserve di legge costituzionale; per cui è possibile ricorrerne anche per oggetti già disciplinati dal legislatore ordinario.

Le leggi costituzionali :

- innovano qualunque fonte di grado costituzionale;
- resistono all'abrogazione da parte di qualunque fonte inferiore (impossibile referendum abrogativo).

Vediamo qualche esempio di legge costituzionale.

1) Variazione territoriale delle Regioni

In pratica, si istituiscono nuove regioni per fusione o frazionamento di quelle esistenti.

Il procedimento è leggermente differente dalla revisione della Costituzione:

- iniziativa legislativa: è riservata ad organi rappresentativi delle comunità locali;
- contenuto della legge: è costituzionalmente vincolato dal referendum effettuato tra le popolazioni interessate
- non c'è possibilità di ricorrere al referendum, almeno nei termini indicati all'art. 138, comma 2, Cost.

2) Le leggi costituzionali di adozione degli statuti delle Regioni differenziate (Regioni a statuto speciale)

Le **consuetudini costituzionali** si formano negli spazi lasciati dalla Costituzione, quando e fino a quando la lacuna non è colmata dal legislatore (si pensi alle consultazioni del Presidente della Repubblica finalizzate all'affidamento dell'incarico al presidente del Consiglio dei ministri - esse non sono previste dall'art. 92 Cost.)

Le consuetudini costituzionali sono del tipo *praeter legem*. Non è infatti ammissibile la desuetudine (consuetudo contra legem) di norme costituzionali, al massimo si accetta la deroga ad opera delle consuetudini internazionali di norme costituzionali non contenenti principi supremi. Le consuetudini costituzionali hanno un'efficacia passiva uguale a quella delle fonti di grado costituzionale, per cui:

- resistono all'abrogazione da parte di leggi statali ordinarie
- è accettabile la loro applicazione per la risoluzione di conflitti di attribuzione tra poteri dello stato
- integrano il parametro nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi.

Rientrano nel modello della consuetudine anche le **convenzioni costituzionali**, cioè il complesso delle regole che, per tacito accordo tra organi costituzionali, ne disciplinano l'esercizio delle competenze, nonché le **prassi costituzionali**, cioè il complesso di atti o comportamenti degli organi costituzionali che rivelano il modo di interpretare l'esercizio delle proprie competenze, e il **precedente**, cioè il singolo atto o comportamento cui l'organo costituzionale si informa dovendo operare nelle medesime circostanze. Tutti questi istituti giuridici devono comunque rispettare le norme di diritto scritto.

Il TRATTATO CEE e i REGOLAMENTI COMUNITARI sono emanati dagli organi comunitari e risultano applicabili a seguito di una limitazione alla sovranità dello Stato prodottasi con l'adesione al Trattato CEE.

Le LEGGI ORDINARIE sono formate secondo il procedimento disciplinato dagli artt. 70 e segg. Cost.. Alle leggi ordinarie sono equiparati i provvedimenti emanati dal Governo aventi forza di legge ordinaria:

- decreto legislativo
- decreto legge.

Le leggi ordinarie, i decreti legge e i decreti legislativi (anche detti decreti delegati) e le leggi regionali sono anche denominati FONTI PRIMARIE. Tale denominazione risale all'epoca in cui non era stata ancora emanata la Costituzione della Repubblica.

Le leggi ordinarie possono essere classificate in vari gruppi.

Le **leggi ordinarie c.d. formali** previste dagli artt. 70 e seguenti della Costituzione costituiscono lo strumento ordinario e primario di produzione normativa, in cui poi si realizza la sovranità del popolo attraverso la deliberazione delle camere e la promulgazione del Presidente della Repubblica. Entro i limiti dovuti alla presenza delle leggi costituzionali, dagli atti del governo con forza o valore di legge, dalle leggi regionali, dal referendum abrogativo e dalle riserve di regolamento degli organi costituzionali, il legislatore ha un potere generale e libero di legiferare direttamente o indirettamente attraverso il conferimento di tale potere a fonti secondarie a meno che la materia non sia sottoposta a riserva di legge. Anche in caso di riserva vi sono limiti da rispettare:

- a volte viene eccettuata la possibilità che nella materia coperta da riserva possa disporre un atto equiparato (p.e. leggi approvazione bilanci; art 81 C);
- in altri casi la riserva va intesa nel senso di riserva “del procedimento legislativo di assemblea”, escludendo quindi i procedimenti in commissione (p.e. leggi approvazione bilanci e per autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali);

Le **leggi ordinarie meramente formali** hanno forma e trattamento della legge ma sono prive del suo normale contenuto normativo, cioè non contengono norme giuridiche; sono leggi-provvedimento, singolari, con destinatari particolari. La legge meramente formale si distingue dall'atto amministrativo in quanto pone la norma del provvedimento che la sostanzia, mentre l'atto amministrativo presuppone ma non pone la norma che lo concerne.

Le **leggi di amnistia e di indulto**. Amnistia e indulto sono atti di clemenza con cui si estinguono i reati o si condonano o riducono le pene; sono concesse con legge deliberata a maggioranza dei 2/3 dei componenti di ciascuna camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. Si qualificano come leggi rinforzate, per l'accrescimento della maggioranza necessaria a deliberare l'atto. Tale aumento costringe il Parlamento ad una maggiore serietà e ponderatezza ma soprattutto limita la maggioranza di governo che così deve necessariamente trovare l'accordo con l'opposizione. Le leggi di amnistia e indulto sono sottratte al referendum abrogativo (art. 75 comma 2 Cost.) e resistono all'abrogazione da parte di leggi statali ordinarie.

Per quanto si è appena visto, la legislazione ordinaria si può dividere in 2 aree:

- a) quella tradizionale, appartenente alla maggioranza ed in cui vige il principio di maggioranza;
- b) quella in cui sono tutelati i soggetti del pluralismo politico e normativo, in cui opera la regola della maggioranza qualificata, l'arbitraggio eventuale del corpo elettorale (art. 138 comma 2), la determinazione del contenuto della legge statale da parte di un soggetto del pluralismo o l'accordo tra questo e lo stato; è l'area dove domina il principio di eguaglianza.

Giusta l'art. 77 Cost. i **decreti-legge** sono “provvedimenti provvisori con forza di legge” immediatamente efficaci, adottati dal governo “in casi straordinari di necessità ed urgenza”, soggetti alla conversione in legge da parte del parlamento entro 60 giorni dalla loro pubblicazione, pena la perdita di efficacia dall'inizio. In caso di negata conversione le camere possono “regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti noi convertiti”.

Il decreto legge è emanato dal Presidente della Repubblica su deliberazione del consiglio dei ministri ed è sottratto al preventivo controllo di legittimità da parte della corte dei conti

Non sono stati stabiliti limiti di materia per l'emanazione dei decreti legge; per cui si possono avere decreti-legge in tutti gli ambiti consentiti alla legge ordinaria. Vi sono tuttavia alcuni limiti ricavati direttamente dalle disposizioni costituzionali:

- non è adottabile per casi ed oggetti dove vige un rapporto di alterità tra governo e parlamento, in cui quindi non si ha semplice riserva di legge ma una riserva “di parlamento” (p.e. delegazione legislativa, approvazione bilanci e consuntivi, autorizzazione a ratificare trattati internazionali);
- non si possono emanare decreti-leggi che vanno a regolare rapporti giuridici sorti sulla base di decreti non convertiti, con contenuto identico ad altri cui è stata negata la conversione, o con contenuto diverso da quello risultante dal titolo;

Altri limiti sono stati introdotti espressamente dalla legge n°400/1988:

- non possono ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla corte costituzionale per vizi non attinenti al procedimento
- non se ne possono avere in materia elettorale; ma la costituzionalità di questa disposizione è dubbia vista la mancanza di coincidenza o di collegamento tra la riserva di parlamento, che non permette il ricorso al decreto-legge, e la riserva di assemblea dell'art 72, comma 4, Cost. che sancisce l'esclusione dei procedimenti in commissione

Presupposti fondamentale del decreto legge, che giustificano la sua adozione sono la necessità e l'urgenza; tuttavia la complessità sociale e le difficoltà di coesione della maggioranza di governo hanno trasformato questi presupposti che al tempo della costituente venivano intese nel senso di calamità naturali, esigenze di tempestività della manovra tributaria, e via dicendo. In ogni caso, un decreto emanato senza i detti presupposti è incostituzionale, anzi, secondo i regolamenti parlamentari è necessario un preventivo accertamento dei presupposti, prima dell'esame del disegno di legge di conversione. Recentemente la Corte Costituzionale si è dichiarata competente a dichiarare l'illegittimità dei decreti-legge e relative leggi di conversione che non soddisfano i requisiti di necessità ed urgenza.

Dal punto di vista dell'efficacia, il decreto legge è un atto valido ad efficacia limitata nel tempo e condizionata nella validità e nell'efficacia alla conversione in legge. La legge di conversione dispone solo per il futuro, anche perché eventuali modifiche apportate al decreto-legge hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, a meno che questa non disponga diversamente.

Il controllo sull'operato del Governo non si esercita solo con la legge di conversione, è altresì prevista l'impugnabilità del decreto legge dinanzi alla Corte Costituzionale anche prima della conversione; in caso di illegittimità di

alcune norme contenute nel decreto legge, queste spariscono dall'ordinamento ancorché contenute nella legge di conversione.

L'efficacia limitata dei decreti-legge causa la brevità dei tempi ha favorito la prassi della loro **reiterazione**: intesa come ripresentazione alle camere di un testo sostanzialmente identico, integrato dagli emendamenti deliberati durante il procedimento di conversione e da una clausola di saldatura degli effetti prodotti dal decreto non convertito con quelli del decreto reiterato; è una prassi legittima solo se persistono i requisiti di necessità ed urgenza. Dubbi nascono sulla legittimità della reiterazione facente salvi gli effetti prodotti dal decreto-legge non convertito, in quanto questa disciplina dovrebbe spettare al parlamento; comunque il più delle volte tali effetti costituiscono l'espressione normativa della necessità e dell'urgenza, per cui se perdurano, possono essere riprodotti nel decreto come ad esse risalenti.

La legge di conversione è una legge statale ordinaria riservata al Parlamento, il cui procedimento è attivato da una iniziativa governativa di conversione dell'allegato decreto-legge. L'iter parlamentare di conversione si articola nei seguenti passaggi:

- le commissioni parlamentari competenti per materia decidono in ordine alla sussistenza dei requisiti di necessità ed urgenza
- l'assemblea esprime un voto su tali pareri; il voto negativo equivale alla reiezione del disegno di legge di conversione
- l'assemblea esprime un voto sul disegno di legge di conversione (c'è la possibilità di conversione parziale del decreto-legge, nonché l'emendabilità delle sue disposizioni).

L'approvazione della legge di conversione produce i seguenti effetti, sul piano formale:

a) novazione della fonte giuridica delle norme poste dal decreto (dall'entrata in vigore della legge di conversione, le norme introdotte con il decreto legge rinvengono la loro fonte nella legge di conversione e non più nel decreto legge)

b) trattandosi di legge anche materiale, sanatoria dei vizi formali del decreto; lo stesso non si verifica per i vizi sostanziali che anzi si trasmettono dal decreto alla legge.

Gli emendamenti decisi in sede di conversione hanno efficacia dal giorno seguente a quello della pubblicazione della legge; tuttavia le camere possono anche disporre in modo tale da conferire loro efficacia retroattiva.

L'attività normativa del Governo avente l'efficacia della legge formale si sviluppa anche al di fuori dei casi di necessità ed urgenza, ai sensi degli artt. 76 e 77 della Costituzione, a condizione che le camere delegino per un tempo limitato l'esercizio della funzione legislativa previa definizione della materia, dei principi e dei criteri direttivi. Il **decreto legislativo** non comporta un definitivo trasferimento del potere legislativo dal Parlamento al Governo in quanto il Parlamento può revocare la delega, disciplinare gli oggetti delegati (modificando la legge di delega se ciò avvenga prima dell'emanazione del decreto legislativo o modificando il decreto legislativo stesso se esso sia già stato emanato), dettare con la legge di delegazione dei limiti più o meno penetranti a seconda delle circostanze (oltre a quelli di tempo e di oggetto).

La **legge di delegazione** (o legge delega) è una legge statale ordinaria riservata al Parlamento e in particolare all'assemblea, contenenti i limiti (di materia, di tempo, di principio e di criteri direttivi) al successivo decreto legislativo del governo. La legge di delega può avere per oggetto qualsiasi materia (se coperta da riserva di legge relativa la disciplina di principio sarà quella della legge di delega mentre al governo sarà concessa la possibilità di adempiere al suo compito attraverso la forma dei regolamenti governativi) a parte le materie per le quali Parlamento e Governo stiano in rapporto di alterità (approvazione dei bilanci preventivi e consuntivi, autorizzazioni a ratificare trattati internazionali, conversione in legge dei decreti-legge). Non valgono al contrario le limitazioni dell'articolo 72 Cost. che parla di "riserva di assemblea": questa limitazione per talune materie non impedisce la delegazione legislativa.

Per quanto concerne il fattore tempo bisogna rilevare nella prassi la presenza di deleghe continue: per alcune materie come quella della modificazione dell'ordinamento italiano in coerenza con l'ordinamento europeo il limite temporale è venuto meno. La legge delega è una legge formale (in quanto è norma sulla produzione prevista dalla costituzione) e materiale allo stesso tempo (in quanto detta le norme di principio del decreto si integra con esso ed innova il diritto oggettivo).

Il decreto legislativo è un atto normativo deliberato dal Governo nella sua composizione collegiale (Consiglio dei Ministri) ed emanato dal Presidente della Repubblica senza il preventivo controllo di legittimità della corte dei conti. La sua validità dipende dal rispetto dei limiti stabiliti dalla legge di delegazione, se essi non fossero rispettati si determinerebbe l'illegittimità costituzionale del decreto legislativo.

La legge n. 400 del 1988 ha integrato la disciplina costituzionale dei decreti legislativi:

- 1) E' consentito derogare alla corrispondenza tra la delega e il decreto quando la legge di delegazione riguardi una pluralità di oggetti. È possibile cioè che il Governo adotti ripetutamente decreti legislativi dipendenti dallo stesso atto di delega.
- 2) Nel caso di decreti legislativi plurimi il governo ha l'obbligo di informare periodicamente le camere.
- 3) Nel caso di delega di durata superiore ai due anni il Governo deve trasmettere alle camere gli schemi dei decreti legislativi per ottenere il parere delle commissioni permanenti.

A differenza delle norme costituzionali, la legge n°400/1988 pone delle norme dispositive che possono essere derogate dalla legge di delegazione; una eventuale violazione della legge 400/1988 non produce illegittimità costituzionale del decreto legislativo.

Il Governo ha il potere di emanare altri atti normativi aventi l'efficacia della legge formale che sono riconducibili in qualche modo al paradigma del decreto legislativo: ne rispettano infatti il nocciolo duro cioè sono emanati dal governo a seguito di una delega operata da una legge del parlamento pur senza il rispetto degli altri tipici limiti del decreto legislativo.

A) I decreti legislativi in caso di guerra.

La costituzione prevede che, a seguito della deliberazione parlamentare dello Stato di guerra, dichiarato dal capo dello Stato, le camere conferiscano al Governo i poteri necessari (artt. 78 e 87 Cost.). Il conferimento al Governo dei poteri necessari può essere effettuato solo tramite una legge del Parlamento per cui si può dire che ricorre il paradigma della

delegazione legislativa seppure manchino tutti i suoi consueti limiti di tempo, di oggetto, di principio e di scopo. Il riferimento allo stato di guerra è infatti un limite temporale alla delegazione legislativa ma si riferisce ad una situazione extranormativa, configurando piuttosto una delegazione legislativa di tipo continuo. Vediamo i risultati di tale delegazione legislativa:

- 1) l'articolo 78 libera il Governo dall'osservanza dei limiti della delega ordinaria consentendo addirittura agli atti di esercizio della delega di sospendere le norme costituzionali.
- 2) nascerebbe la preferenza per la legislazione governativa (pur non sottraendo alle camere la loro potestà legislativa).
- 3) consentirebbe la subdelega del potere normativo già delegato al governo, a nuove fonti: i bandi militari.

B) I decreti legislativi deliberativi dei testi unici normativi.

L'operazione di raccogliere diversi atti normativi e formare, armonizzandoli, un testo unico, è solitamente demandata al Governo per le particolari competenze da essa richieste. Ciò non toglie che questa operazione abbia un significato normativo nuovo (si tratta infatti di un'interpretazione unitaria a norme diacroniche) per cui essa deve essere delegata con legge del parlamento, o, in altri termini, i testi unici devono essere autorizzati dal Parlamento con apposita legge di delegazione.

I **regolamenti parlamentari** devono considerarsi, al di là del loro nomen juris, atti con forza di legge, subordinati solamente a fonti di grado costituzionale. Nel rapporto con la legge e gli atti con forza di legge i regolamenti sottraggono loro in parte la potestà normativa.

I regolamenti parlamentari (artt. 64 e 72) sono approvati da ciascuna camera a maggioranza assoluta dei suoi componenti e riguardano le modalità dell'esame di disegni di legge, la definizione dei procedimenti legislativi abbreviati e delle forme di pubblicità dei lavori delle commissioni parlamentari. Il regolamento parlamentare è dunque un atto normativo espressivo dell'autonomia organizzativa di tali organi costituzionali. La Costituzione ha determinato non solo la necessaria esistenza di tali regolamenti, ma anche il tipo di deliberazione e i principali contenuti inerenti all'esercizio della funzione legislativa per i quali vige una riserva assoluta di regolamento (ogni altra fonte è esclusa purché non sia di grado costituzionale).

I regolamenti parlamentari non possono essere in contrasto con le norme costituzionali. Per essi è possibile il sindacato della Corte Costituzionale:

- 1- trattandosi di atti interni di un organo costituzionale, i regolamenti parlamentari sono insindacabili (in quanto espressione dell'autonomia costituzionale), dall'altro devono comunque rispondere sotto il profilo delle legittimità costituzionale presso la Corte (in quanto sempre e comunque subordinati alle disposizioni costituzionali in merito).
- 2- la Corte, per rispettare l'autonomia regolamentare, ma lo stesso tempo per adempiere alla propria funzione, si limita a prendere in esame il requisito della maggioranza assoluta per la deliberazione, il contenuto costituzionalmente esplicitato del regolamento, la coerenza delle norme regolamentari con le norme costituzionali.
- 3- nel caso di contrasto tra norme regolamentari e norme costituzionali la corte dunque potrà dichiarare l'illegittimità di tali norme regolamentari o, nel caso in cui da tali norme regolamentari incostituzionali sia sorta una legge, la Corte potrà dichiarare l'illegittimità delle norme regolamentari e conseguentemente della legge.
- 4- d'altra parte, bisogna considerare che il regolamento parlamentare gode in parte di copertura costituzionale (in altre parole, posto che è la stessa Costituzione che rimanda al regolamento per le norme riguardanti i procedimenti legislativi abbreviati) si deve concludere che in tali punti non solo il regolamento non può essere dichiarato incostituzionale dalla Corte, ma addirittura esso costituisce integrazione dei parametri del giudizio di costituzionalità delle leggi.

I **REGOLAMENTI** sono emanati dal Governo, dalle Regioni, dalle province e dai comuni. Non possono essere in contrasto con le norme di legge; sulla eventuale illegittimità giudica il giudice ordinario.

La tipologia dei regolamenti governativi risulta dalla legge n°400 del 1988 senza tuttavia essere un elenco tassativo. Segue un elenco di regolamenti governativi.

A) I regolamenti esecutivi.

I **regolamenti esecutivi** disciplinano

- l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi,
- l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme sostanziali (fatta eccezione per le materie riservate alla competenza regionale).

I regolamenti sono dunque deputati all'esecuzione in senso stretto e all'attuazione-integrazione di norme di principio, funzione che fa del regolamento non una semplice specificazione delle norme legislative ma anche una vera e propria fonte di norme secondarie.

B) I regolamenti indipendenti.

I **regolamenti indipendenti** disciplinano le materie in cui manchi la disciplina da parte di legge o di atti aventi forza di legge. Sia chiaro tuttavia che la mancanza della legge esplicita attributiva del potere regolamentare (presente invece nei regolamenti esecutivi) non toglie la presenza logicamente indispensabile di una norma **implicita** di conferimento di tale potere.

C) I regolamenti organizzativi.

I **regolamenti organizzativi** disciplinano la localizzazione e il funzionamento dell'amministrazione pubblica secondo le disposizioni dettate dalla legge. Sono nella sostanza molto simili ai regolamenti esecutivi di attuazione e di integrazione di norme legislative sostanziali.

D) I regolamenti sindacali.

Dopo la privatizzazione del pubblico impiego i **regolamenti sindacali** non sono più atti fonte seppure conservano un valore di integrazione della disciplina del rapporto di lavoro a livello di consuetudini. (Sono stati citati in sede di fonti secondarie solo perché la legge 400 li aveva contemplati).

E) **I regolamenti autorizzati.**

I **regolamenti "autorizzati"** sono cioè autorizzati dalla legge a derogare a norme legislative sostituendosi ad esse. Tale abrogazione deve essere disposta dalla legge attributiva del potere regolamentare attraverso norme generali di principio che avranno la loro efficacia solo quando il regolamento ad esse sotteso avrà disciplinato anche il dettaglio. Non avviene che la legge istituisca illegittimamente una fonte concorrenziale con se stessa in quanto la legge dispone il passaggio di una certa materia (non coperta da riserva di legge assoluta) da una disciplina legislativa del principio e del dettaglio ad una disciplina sempre legislativa del principio ma regolamentare del dettaglio.

F) **I regolamenti governativi di attuazione delle direttive europee.**

I **regolamenti governativi di attuazione delle direttive europee** sono nella sostanza dei regolamenti autorizzati con le seguenti varianti:

- 1-non possono prevedere nuove spese o minori entrate poiché queste competono alla legge comunitaria annuale.
- 2-non possono regolare materie coperte da riserva di legge relativa (oltre che assoluta come in tutti regolamenti autorizzati).
- 3-non contengono le norme generali regolatrici della materia (in quanto presenti nelle direttive europee).

I regolamenti governativi sono deliberati dal Consiglio dei Ministri previa audizione del Consiglio di Stato, emanati con d.p.r., sottoposti al visto della corte dei conti e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale. La forma regolamentare, in quanto posta da una norma di legge ordinaria (legge n°400/1988), è perciò derogabile da una legge ordinaria successiva.

La legge può attribuire a uno o più ministeri il potere di emanare norme regolamentari nelle materie di competenza ministeriale. Dovendosi attenere non soltanto alla legge ma anche ai regolamenti governativi, i **regolamenti ministeriali** sono delle fonti di terzo grado.

Tali regolamenti sono adottati dal ministro o dai ministri competenti nella forma del decreto ministeriale o interministeriale.

Tra le fonti contemplate dalla Costituzione c'è l'autonomia contrattuale per la disciplina dei rapporti di lavoro. In tale materia non è certo precluso l'intervento del legislatore ma la costituzione ha stabilito la valenza *erga omnes* dei **CONTRATTI DI LAVORO COLLETTIVI**, che pertanto costituiscono fonte di diritto.

Le condizioni per la stipulazione di un contratto collettivo di lavoro sono due:

- 1) i sindacati contraenti debbono essere registrati ed aver ottenuto la personalità giuridica (per ottenerla basta che abbiano una base democratica nel loro d'ordinamento).
- 2) la stipulazione del contratto deve essere affidata ad una rappresentanza unitaria dei sindacati composta in ragione proporzionale del numero degli iscritti.

Questa disposizione costituzionale non è stata attuata perché:

- 1) i sindacati non gradiscono alcuna attestazione formale (come la personalità giuridica) né il controllo sulla loro consistenza numerica e organizzazione interna.
- 2) bisogna stabilire una categoria di riferimento per la rappresentanza.
- 3) la stipulazione del contratto avviene per maggioranza qualificata, escludendo così i rappresentanti sindacali minoritari così che l'efficacia generale del contratto collettivo sembra in qualche modo pregiudicare il principio costituzionale di libertà sindacale.

Il contratto collettivo è una fonte concorrente con la legge alla definizione della disciplina applicabile. Se la legge interviene specificamente nell'area del contratto, senza dubbio sottrarre materia a quest'ultimo. In altre parole prevale.

I rapporti di lavoro sono oggi disciplinati, oltre che da norme costituzionali e legislative, anche dei contratti collettivi di diritto comune che valgono soltanto per coloro che hanno stipulato il contratto. Tuttavia tali contratti hanno esteso la loro efficacia *erga omnes* in grazia del rinvio operato nei loro confronti dalle norme di diritto oggettivo.

Gli **USI** sono l'unica fonte non scritta e non statutaria. Essi consistono in un insieme di comportamenti ripetuti da una generalità di soggetti (c.d. "usus") **NELLA CONSAPEVOLEZZA** (da parte di costoro) **CHE SIFFATTI COMPORTAMENTI SIANO GIURIDICAMENTE OBBLIGATORI** (c.d. "opinio iuris"). Per aversi un uso è indispensabile la convinzione del pubblico di obbedire a una norma di legge; in mancanza di tale atteggiamento psicologico si è in presenza della c.d. **PRASSI** (che non è una fonte del diritto).

Non costituisce, pertanto, uso la diffusissima abitudine di dare la mancia al cameriere (atteso che nessuno ritiene che ciò sia imposto dalla legge), oppure il comportamento di chi cede il posto a sedere ad una donna incinta.

Il fatto che la consuetudine sia una fonte di diritto non scritto non significa che sia "diritto spontaneo" in quanto tale fonte deriva dall'autorità sociale costituita dal comportamento generalizzato.

Come fonte del diritto la consuetudine ha un'importanza residuale rispetto alle altre fonti e si pone perciò all'ultimo gradino.

Cospicue eccezioni sono tuttavia:

- 1) le consuetudini internazionali (grazie previsione di applicazione automatica dell'art. 10 Cost. introducono nell'ordinamento norme di rango costituzionale)
- 2) consuetudini costituzionali (che interpretano o integrano le norme costituzionali).

Quale esempio di uso si può citare il c.d. segreto bancario, praticato dalle banche in assenza di norme di legge in tal senso; per superare tale uso, il legislatore ha introdotto una specifica norma di legge (D.P.R. n°463/1982). Ancora, costituisce consuetudine "praeter legem" (vedi sotto) il principio per cui al figlio legittimo si attribuisce solamente il cognome del padre; in assenza di una norma scritta contraria, tale consuetudine costituisce fonte legale.

Le consuetudini hanno piena efficacia:

- nelle materie non regolamentate da leggi o da regolamenti [c.d. "consuetudini PRAETER LEGEM"]
- oppure nelle materie regolamentate da leggi o regolamenti laddove siano espressamente richiamate [c.d. "consuetudini SECUNDUM LEGEM"].

L'art. 8 delle norme preliminari stabilisce che gli usi sono legittimi solo se espressamente richiamati dalla legge.

Se l'ordinamento ha una lacuna, questa può essere colmata con un uso (c.d. *praeter legem*); questa tipologia presenta comunque un'ambiguità, perché l'ordinamento e la costituzione offrono sempre almeno un principio per risolvere le lacune del diritto (l'interpretazione analogica -*analogia iuris*-).

Non sono ammessi gli usi *contra legem*, o comunque in contrasto con la legge.

Per riassumere, le caratteristiche della consuetudine sono quattro:

- **generalità**; cioè, il comportamento deve essere osservato da una pluralità di soggetti
- **uniformità**; cioè, il comportamento deve essere caratterizzato da modalità di svolgimento simili nella collettività
- **continuità**; cioè, il comportamento deve essere ripetuto nel tempo
- **obbligatorietà**; cioè, deve sussistere l'elemento psicologico dell'esistenza di un obbligo di legge.

Ogni decisione sull'esistenza o meno di una consuetudine e sulla sua efficacia è rimessa al giudice. Inoltre le eventuali raccolte scritte delle consuetudini non trasformano le stesse in fonti scritte, ma hanno solo valore probatorio sulla loro esistenza. Si dice che *vi è un primato del diritto statale su quello consuetudinario*.

Le norme consuetudinarie non possono, comunque, essere applicate nel campo del diritto penale.

Secondo il modello di "civil law", a cui è ispirato l'ordinamento italiano, non costituisce fonte di produzione la **giurisprudenza**, perché cognitiva di un significato normativo esistente; lo stesso discorso vale per la giurisprudenza costituzionale, manipolatrice di testi di legge; infatti anche le sue interpretazioni danno efficacia generale ad un significato normativo non direttamente disposto, quel significato è attuazione di un principio costituzionale efficace di per sé e vincolante per il legislatore.

§ 6 - EFFICACIA DELLA LEGGE NEL TEMPO

Le LEGGI e i REGOLAMENTI entrano in vigore (= diventano obbligatori) solo a seguito della loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale DOPO IL QUINDICESIMO GIORNO DALLA PUBBLICAZIONE (se non è diversamente disposto).

La funzione della pubblicazione è quella di assicurare la conoscenza della norma giuridica. Si tratta evidentemente di una conoscibilità astratta dato che la Gazzetta Ufficiale viene abitualmente

letta da pochi specialisti. Dopo la pubblicazione e il decorso del termine di legge si presume, senza possibilità di provare il contrario, che tutti conoscano le norme pubblicate: anche chi si fosse trovato nell'impossibilità di venire a conoscenza di una data legge o regolamento diventa comunque obbligato alla sua osservanza.

Una LEGGE, o singole norme di essa, cessa di avere efficacia quando si verifica uno dei seguenti eventi:

- una legge successiva (avente valore uguale o superiore) espressamente dispone la cessazione dell'efficacia della prima;
- un referendum popolare (art. 75 Cost.) determina la sua abrogazione;
- la Corte Costituzionale pronuncia l'illegittimità costituzionale della legge stessa (o di alcune sue norme);
- una legge successiva (avente valore uguale o superiore) regola in maniera nuova l'intera materia;
- una legge successiva (avente valore uguale o superiore), regolamentando in parte la stessa materia, determina l'incompatibilità del contenuto delle nuove norme rispetto a quello delle norme precedenti.

Nei primi tre casi dell'elenco si è soliti parlare di **ABROGAZIONE ESPRESSA**; nei restanti due di **ABROGAZIONE TACITA**.

Quanto alle consuetudini, la cessazione della loro efficacia si ha nei casi che seguono:

- quando si instaura una nuova consuetudine
- quando una norma scritta regola una materia in precedenza trattata solo dalla consuetudine
- quando l'elemento materiale, o quello psicologico, o entrambi vengono meno.

Art. 11, comma 1, Disp. sulla Legge in generale (c.d. PRELEGGI)

[1] La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo.

Per ciò che concerne il diritto privato, tale principio, essendo espresso da una norma avente valore di legge ordinaria, può essere derogato. Possono quindi essere emanate leggi ordinarie con effetto retroattivo. La possibilità di deroga non è però illimitata: si potrebbe comunque violare, affermando la retroattività di una norma, il principio costituzionale di uguaglianza. Deve quindi sussistere sempre un "ragionevole motivo" per fissare la retroattività di una norma. La retroattività deve poi essere espressa in maniera esplicita. Di solito, la retroattività della legge civile si ha per le norme che interpretano una norma precedente.

In materia PENALE il principio dell'irretroattività assume una valenza di precetto costituzionale.

Art. 25, comma 2, Cost.

[2] Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

L'irretroattività in materia penale subisce però un'eccezione: se una legge riduce la misura delle pene disposte da una legge precedente, colui che ha commesso l'illecito penale prima che entrasse in vigore la nuova legge sarà punibile con le pene ridotte da quest'ultima (principio del FAVOR REI). Se invece la legge successiva aumenta la misura delle pene, vale sempre l'irretroattività.

Una legge non retroattiva non ha alcun effetto giuridico sui fatti posti in essere prima della sua entrata in vigore.

Ad esempio, la riforma del diritto di famiglia che ha vietato il matrimonio dei minorenni è priva di effetti sui matrimoni contratti prima della riforma: i medesimi rimangono quindi validi.

Quando con una legge si provoca l'abrogazione di una legge antecedente può rendersi necessaria l'emaneazione di norme transitorie per regolare la sorte dei rapporti sorti sotto la vigenza della norma abrogata.

Distinto è invece il principio dell'ULTRATTIVITA' della legge: non si applicano le sanzioni più favorevoli al reo se, nel momento dell'entrata in vigore della legge che riduce la pena, è stata pronunciata una sentenza di condanna irrevocabile.

Secondo l'art. 20 della L. n°4/1929, in vigore fino al 1° aprile 1998, le norme penali tributarie dovevano applicarsi "ai fatti commessi quando tali disposizioni erano in vigore, ancorché le disposizioni medesime siano abrogate o modificate al tempo della loro applicazione". Pertanto, si applicava il principio dell'ultrattività anche in tema di sanzioni penali-tributarie.

Quando una nuova norma determina l'abrogazione di norme giuridiche precedenti, quale norma si deve applicare ai rapporti giuridici iniziati sotto la vigenza della norma vecchia e proseguiti sotto quella della norma nuova? Se la nuova norma non contiene disposizioni transitorie si osservano i seguenti principi:

- TEORIA DEI FATTI COMPIUTI: la nuova norma non si applica ai fatti conclusi sotto la vigenza della vecchia norma
- TEORIA DEI DIRITTI ACQUISITI: la nuova legge non può modificare i diritti soggettivi già spettanti alla persona.

§ 7 - EFFICACIA DELLA LEGGE NELLO SPAZIO (DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO)

Ogni Stato può stabilire che a certi rapporti si applichi il diritto prodotto da altri Stati. Ciò accade in forza di una norma dell'ordinamento giuridico interno che rinvia al diritto di altri Stati. CRITERIO DELLA LEGGE DEL LUOGO: in materia di POSSESSO, PROPRIETA' e DIRITTI REALI su immobili e mobili, vale la legge del territorio sul quale le cose si trovano. Ad esempio, se A (straniero) stipula con B (straniero connazionale di A), in Italia, un contratto di vendita di un immobile si applica comunque la loro legge nazionale. In caso contrario, trova applicazione la legge del luogo, salvo diversa volontà delle parti.

Per le obbligazioni non contrattuali vale la legge del luogo dove è avvenuto il fatto giuridico dal quale deriva l'obbligazione. CRITERIO DELLA LEGGE NAZIONALE: il giudice italiano applica il diritto straniero per ciò che concerne la CAPACITA', lo STATO GIURIDICO e i RAPPORTI DI FAMIGLIA dei cittadini stranieri. Ad esempio, il diciassettenne straniero si considera maggiorenne se nel proprio Paese ha conseguito la maggiore età. Se però lo straniero viene considerato incapace dalla propria legge nazionale, ma risulta capace ai sensi dell'ordinamento giuridico italiano, allora si considera capace.

§ 8 - L'APPLICAZIONE E L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

Con l'espressione APPLICAZIONE DELLA LEGGE ci si riferisce al procedimento logico con cui le proposizioni generali e astratte delle norme giuridiche vengono tradotte in comandi particolari e concreti.

Tale procedimento logico non avviene in maniera meccanica, ma solo dopo l'INTERPRETAZIONE della norma stessa.

L'interpretazione è l'attività rivolta ad accertare il significato e la portata di una norma.

Ci sono 2 fondamentali accezioni d'interpretazione. La prima consiste nel **fenomeno mentale** consistente nell'attribuire un significato alla norma. Ciò significa che chi vuole intendere la portata precettiva di tale norma deve sobbarcarsi l'operazione mentale di attribuire significato ai vocaboli in esso contenuti, tenendo conto delle altre norme contestuali. La seconda accezione indica consiste nel **risultato dell'attività** interpretativa, cioè il risultato dell'aver interpretato, che implica la conclusione del fenomeno mentale; in questo senso, l'interpretazione è dotata di minore o maggiore rilevanza (cioè di minore o maggiore forza socio-istituzionale) a seconda di chi ha svolto l'attività interpretativa.

L'interpretazione si distingue in:

- DOTTRINALE, effettuata dagli studiosi del diritto,

- GIURISPRUDENZIALE (o giudiziale), compiuta dai giudici che si trovano ad applicare la norma
- e AUTENTICA, realizzata dal legislatore.

L'interpretazione autentica, essendo realizzata con l'emanazione di una norma di legge, è obbligatoria per tutti.

Art. 12 Disp. sulla Legge in generale

[1] Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal SIGNIFICATO PROPRIO DELLE PAROLE secondo la connessione di esse, e dalla INTENZIONE DEL LEGISLATORE.

[2] Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni CHE REGOLANO CASI SIMILI O MATERIE ANALOGHE; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Il "significato proprio delle parole" fa riferimento ad una interpretazione **LETTERALE**. La ricerca dell'"intenzione del legislatore" conduce ad una interpretazione **TELEOLOGICA** (Galgano) o **LOGICA** (Scalfi).

La legge, dunque, deve essere interpretata alla lettera; d'altra parte, le parole sono solo lo strumento adoperato dal legislatore per farci conoscere la propria volontà: pertanto, vanno interpretate. L'interpretazione letterale non deve essere perseguita ciecamente: bisogna convincersi che il suo risultato sia corrispondente alle finalità che il legislatore intendeva raggiungere.

L'interpretazione migliore è quella il più possibile vicina al significato letterale della norma e, al tempo stesso, il più possibile fedele alla volontà del legislatore.

La c.d. interpretazione teleologica può dar luogo a due risultati:

- INTERPRETAZIONE ESTENSIVA con cui si attribuisce alle parole del legislatore un significato più ampio di quello letterale;
- INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA con la quale si dà alle parole un significato più ristretto di quello letterale.

Un esempio di interpretazione estensiva si ha analizzando il contenuto dell'art. 575 c.p. (omicidio), oppure l'art. 3 Cost. ("tutti i citadini hanno pari dignità sociale ..."): è evidente che nel primo caso il termine "uomo" è inteso come "essere umano vivente" (vi è quindi ricompresa la donna), nel secondo caso si deve ammettere che pari dignità sociale hanno non solo i cittadini, ma pure gli stranieri.

Un caso esemplare di interpretazione restrittiva si ricava dalla lettura dell'art. 230-bis c.c.. L'espressione "nella famiglia" è stata per molto tempo interpretata in conformità al suo significato letterale: qualsiasi attività di lavoro svolta dal familiare dell'imprenditore nell'ambito esclusivamente familiare (come i compiti tipici delle casalinghe), era ritenuta idonea a conferire al familiare medesimo i diritti di mantenimento, di partecipazione agli utili dell'impresa e di partecipazione alle principali decisioni riguardanti l'impresa stessa. In tempi recenti, la Cassazione ha chiarito che l'espressione in commento deve essere interpretata restrittivamente e precisamente, i diritti citati spettano solamente al familiare che operando nella famiglia effettua una prestazione lavorativa oggettivamente utile all'attività tipica d'impresa.

Da ultimo, si fa rilevare che la complessità del procedimento interpretativo è tale da non poter essere ridotta ad una scelta sul più o meno accentuato grado di estensione o limitazione del significato delle singole parole. Talvolta, anche per un criticabile uso del linguaggio da parte del legislatore, l'interprete deve giungere a modificare radicalmente il senso di quanto appare affermato nella norma. Si consideri il seguente esempio:

Art. 62, comma 1-ter, secondo periodo, del T.U.I.R.

[1-ter] ...Se il dipendente o il titolare dei predetti rapporti sia stato autorizzato ad utilizzare un autoveicolo di sua proprietà ovvero noleggiato al fine di essere utilizzato per la specifica trasferta, la spesa deducibile è limitata, rispettivamente, al costo di percorrenza o alle tariffe di noleggio RELATIVE ad autoveicoli di potenza non superiore a 17 cavalli fiscali, ovvero 20 se con motore diesel.

Sostanzialmente, la norma è interpretata nel modo che segue: quando il dipendente di un'impresa si reca in trasferta con la propria autovettura (o con un'autovettura appositamente noleggiata -ma questa fattispecie non ci interessa-) e riceve un rimborso spese commisurato ai chilometri percorsi (c.d. indennità chilometrica), l'impresa che eroga l'indennità potrà considerare deducibile solamente l'indennità relativa ad autovetture con potenza non superiore ad un determinato limite (17 o 20 CV). Sul fatto che questa sia l'interpretazione corretta della norma nessuno dubita. Tuttavia, se si esamina attentamente il testo della legge, si può ricavare un convincimento differente. Infatti, mentre è chiaramente scritto che la deducibilità trova un limite invalicabile:

- nel costo di percorrenza
- **O** nelle tariffe di noleggio,

il riferimento al limite quantitativo di 17 o 20 cavalli fiscali, iniziando con l'aggettivo "relative" (femminile) sembrerebbe riguardare solo il caso delle auto prese a noleggio. Si potrebbe, pertanto, concludere che l'indennità chilometrica per

L'utilizzo di auto di proprietà del dipendente è sempre deducibile a condizione che il dipendente non riceva somme superiori all'effettivo costo di percorrenza del veicolo, mentre nell'ipotesi del noleggio non sarebbe deducibile la quota di indennità eccedente il costo di percorrenza delle auto aventi più di 17 o 20 cavalli fiscali. Senza entrare nel merito delle considerazioni che individuano quest'ultima interpretazione come scorretta, si fa rilevare che l'interprete coglie esattamente l'intendimento del legislatore solo leggendo "relativi" al posto di "relative".

Ogni ordinamento giuridico deve avere il carattere della completezza: non è pensabile che vi siano lacune. D'altra parte il legislatore è ben difficilmente in grado di predisporre norme che siano applicabili a qualunque tipo di situazione concreta. A colmare le lacune che si rivelano all'interprete si provvede con l'INTERPRETAZIONE ANALOGICA. Il giudice deve quindi rinvenire le materie analoghe che sono trattate da altre norme giuridiche. Ogni norma di legge può quindi trovare applicazione

- in maniera diretta
- oppure in maniera analogica (esempi di interpretazione analogica si hanno nella risoluzione di controversie in tema di contratti di leasing).

A titolo esemplificativo, si consideri ancora l'art. 230-bis c.c.; secondo la norma in parola, il familiare dell'imprenditore (coniuge, discendente, ascendente, affine) può vantare, nei confronti di questo, alcuni diritti soggettivi (mantenimento, partecipazione agli utili dell'impresa, ecc.). La norma non fa esplicita menzione ad altri soggetti; a questo punto è lecito chiedersi se la norma trova applicazione anche nel caso del convivente dell'imprenditore; in caso positivo, si tratterebbe di interpretazione analogica.

Per completezza, si precisa che, con sentenza n°4204 del 1994, la Cassazione ha escluso tale eventualità.

L'applicazione analogica ha due limiti:

- non è praticabile per le norme penali (vedere l'art. 1 c.p.) e per le norme tributarie sostanziali;
- non è possibile per le norme giuridiche che costituiscono una eccezione rispetto ad una regola generale sancita da un'altra norma (ciò però non impedisce le interpretazioni estensive delle norme di carattere eccezionale).

Se il giudice non trova una norma che preveda il caso da risolvere (né altre norme che disciplinino casi simili o materie analoghe), bisognerà decidere sulla base dei principi generali dell'ordinamento giuridico. Trattasi di principi NON SCRITTI che si ricavano per induzione da una pluralità di norme giuridiche.

Alcuni giuristi sostengono l'esistenza di due tipi di norme: quelle implicite che, ancorché non espresse, definiscono alcuni principi di portata fondamentale nell'ordinamento giuridico e quelle esplicite che rappresentano la traduzione delle prime con riguardo ad una fattispecie concreta.

I principi fondamentali del diritto si traggono anche dagli istituti dissimili e dalle materie non analoghe. Vediamo alcuni esempi di questi principi:

- quello di fare prevalere l'interesse del soggetto in buona fede
- quello dell'uguaglianza tra i coniugi
- quello della protezione del contraente più debole
- ecc..

Non sono considerate oggetto di attività interpretativa le rubriche e le intitolazioni delle norme ("rubrica legis non est lex"). Esse sono considerate esterne alla legge, non essendo state oggetto né a votazione né a deliberazione parlamentare, anche se provenienti dallo stesso organo cui è demandata la legge

Nel nostro ordinamento non vige il principio del "precedente giudiziario vincolante". Lo stesso giudice può quindi reinterpretare in modo differente una stessa norma, dovendo giudicare la medesima fattispecie. In questo si può osservare il primato della legge statutale.

Malgrado l'affermazione precedente, si deve osservare che il giudicato precedente presenta comunque un certo interesse. Laddove è possibile riscontrare orientamenti convergenti nelle decisioni giudiziarie (denominati "giurisprudenza"), in presenza di controversie dello stesso tipo, si creano soluzioni interpretative dotate di una discreta autorevolezza, le quali possono essere utili per fare previsioni sull'esito delle controversie ancora pendenti.

§ 9 - DIRITTO SOGGETTIVO E INTERESSE LEGITTIMO

Si parla di DIRITTO SOGGETTIVO quando la legge riconosce e protegge DIRETTAMENTE l'interesse di un singolo. Si pensi ai diritti di credito, al diritto di proprietà, ai diritti della personalità, ecc.

Si parla di INTERESSE LEGITTIMO quando un interesse privato riceve tutela giuridica solo INDIRETTAMENTE, in quanto la norma giuridica mira a tutelare un interesse collettivo contestuale a quello privato.

Si hanno comunemente interessi legittimi in presenza di atti (illegittimi) posti in essere dalla Pubblica Amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale. Lo stesso interesse del privato può assumere la valenza del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo a seconda del tipo di soggetto che minaccia l'interesse medesimo: se l'interesse del proprietario è in conflitto con quello di un altro soggetto privato che finisce col limitare il libero godimento della cosa da parte del primo, siamo sicuramente in presenza di un diritto soggettivo; se invece l'interesse del proprietario è minacciato da quello della Pubblica Amministrazione che intende procedere all'espropriazione della cosa per pubblica utilità, può solo parlarsi di interesse legittimo e non di diritto soggettivo. Nella situazione appena ipotizzata, il proprietario non può difendere il proprio interesse se non dimostrando che l'ente pubblico sta agendo in maniera non conforme alla legge. Il titolare dell'interesse legittimo non può vantare quindi alcuna pretesa.

§ 10 - I SOGGETTI DI DIRITTO: LA CAPACITA' GIURIDICA

Il codice civile definisce l'uomo come PERSONA.

La CAPACITA' GIURIDICA (o soggettività giuridica o personalità giuridica) è definita come l'attitudine dell'uomo ad essere titolare di diritti (soggettivi) e di doveri.

Tale attitudine si acquista al momento della nascita e perdura fino alla morte. L'uomo è considerato nato vivo nel momento di inizio della respirazione polmonare autonoma; si considera morto nel momento della cessazione del battito cardiaco.

Nessuno, in vita, può essere privato della capacità giuridica.

Il CONCEPITO non ha ancora la capacità giuridica, tuttavia la legge gli riconosce alcuni diritti (es. diritto di successione) che potranno essere acquisiti solo con la nascita (qualora nasca vivo). Il concepito non può assumere altri diritti se non quelli espressamente riconosciuti dalla legge. Pertanto, non potrà spettargli il risarcimento del danno cagionato dall'uccisione del padre avvenuta prima della sua nascita.

La nascita è dichiarata dal padre (o in mancanza da altre persone) all'ufficiale dello Stato civile del comune in cui è avvenuta. Nei registri dello Stato civile sono iscritti l'atto di nascita, l'atto di morte e gli altri atti che influiscono sullo stato civile della persona (adozione, matrimonio, riconoscimento quale figlio naturale, ecc.).

Gli atti dello Stato civile fanno fede fino a prova contraria della verità di ciò che è stato dichiarato all'ufficiale dello Stato civile; inoltre, provano, fino a querela di falso, ciò che l'ufficiale dello Stato civile attesta essere stato dichiarato in sua presenza.

§ 11 - LA CAPACITA' DI AGIRE

La capacità di agire consiste nella possibilità di porre in essere atti che modificano la propria situazione giuridica. La capacità di agire si acquista al compimento della maggiore età (cioè a partire dal diciottesimo anno).

La capacità di agire presuppone un essere umano in grado di provvedere ai propri interessi. Normalmente, l'incapace di agire non può porre in essere atti giuridici, ma solo fatti (per esempio, egli può acquistare la proprietà di alcuni BENI DI NESSUNO mediante "occupazione" - art. 923 c.c.-, oppure, può pagare il proprio debito al creditore -art. 1191 c.c.-).

Solo in via eccezionale, il soggetto incapace può compiere determinati atti giuridici:
- il sedicenne può riconoscere il figlio naturale (art. 250 c.c.)

- il sedicenne, accertata la sua maturità psico-fisica, può essere autorizzato dal Tribunale a contrarre matrimonio (se ricorrono gravi motivi).

La capacità di agire presuppone tre condizioni:

- *maggiore età*
- *mancaza dei presupposti che comportano l'interdizione legale*
- *capacità naturale (cioè capacità di intendere e di volere).*

Non hanno la capacità di agire:

- il minore
- il minore emancipato
- l'inabilitato
- e l'interdetto.

Il **MINORE**, avendo la capacità giuridica, può acquistare diritti ed assumere obblighi, tuttavia, mancando della capacità di agire, non può compiere alcun atto relativo agli stessi; ad esempio, non può concedere in locazione o vendere i beni ereditati.

Gli atti giuridici del minore avvengono per mezzo di coloro che sono i suoi

RAPPRESENTANTI LEGALI:

- il genitore
- oppure, in mancanza del primo, il tutore (nominato dal pretore).

In virtù della rappresentanza, il genitore (o il tutore):

- amministra i beni di cui il minore risulta proprietario
- compie, in nome del minore, gli atti giuridici attraverso i quali questi acquista diritti e assume doveri.

Per il compimento degli **ATTI DI ORDINARIA AMMINISTRAZIONE**, cioè atti rivolti alla conservazione del patrimonio o al godimento dei suoi frutti, il genitore e il tutore non devono richiedere alcuna autorizzazione.

Per il compimento di **ATTI DI STRAORDINARIA AMMINISTRAZIONE** (alienazione, dazione in pegno o ipoteca, accettazione o rinuncia all'eredità, ecc.), il rappresentante legale può agire a due condizioni:

- vi sia necessità o evidente utilità per il rappresentato (minore)
- vi sia l'autorizzazione del giudice tutelare o del Tribunale.

Il genitore non può, senza autorizzazione del giudice tutelare, **RISCUOTERE CAPITALI** spettanti al minore (l'autorizzazione determinerà sempre le modalità di impiego degli stessi); il tutore non può liberamente acquistare beni in nome del minore (fatta eccezione per i beni necessari alla vita del minore o all'amministrazione del suo patrimonio): è richiesta, in questi casi, l'autorizzazione del giudice tutelare; per compiere i più importanti atti di straordinaria amministrazione (gli "atti di disposizione" -alienazione di **IMMOBILI**, costituzione di ipoteca-), invece, è necessaria l'autorizzazione del Tribunale.

Il rappresentante legale non può compiere alcuni "**ATTI A CARATTERE STRETTAMENTE PERSONALE**" (matrimonio, testamento, riconoscimento del figlio naturale, ecc.).

L'incapacità di agire, stabilita per il minore di anni 18 non equivale ad una costante incapacità di intendere e di volere. Di regola, il minore ha una capacità di intendere e di volere di ampiezza variabile a seconda dell'età raggiunta e del tipo di atto posto in essere. Ancorché dotato di capacità di intendere e di volere, il minore risulta legalmente impossibilitato a contrattare in nome proprio (non possedendo la capacità di agire). Tuttavia, la legge non gli impedisce, se gli si può riconoscere la capacità di intendere e di volere, di contrattare **IN NOME ALTRUI** (qualora il rappresentato risulti una persona dotata di capacità di agire).

Art. 1389, primo comma, c.c.

[1] Quando la rappresentanza è conferita dall'interessato, per la validità del contratto concluso dal rappresentante basta

- **che questi abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla NATURA e al contenuto del contratto stesso,**
- **sempre che sia legalmente capace il rappresentato.**

Di conseguenza, il minore può liberamente contrattare presumendosi che stia agendo in rappresentanza dei genitori (o di altra persona capace di agire). I beni acquistati dal minore sono, giuridicamente, di proprietà del genitore. Il contratto stipulato dal minore è valido se, con riferimento alla natura e al contenuto dello stesso, l'altro contraente poteva ritenere sussistente la capacità di intendere e di volere del minore. Si osservi che il minore non è obbligato a dire che sta rappresentando il genitore o altra persona capace (in termini giuridici, si dice che "non è necessaria una espressa spendita del nome del rappresentato").

Si consideri il seguente caso: Tizietto, quattordicenne, con il denaro ricevuto in dono e risparmiato acquista un personal computer. Dopo alcuni giorni, Sempronio, creditore del padre, fa pignorare tutti i beni che si trovano nella casa del debitore, compreso il computer di Tizietto. Può Tizietto opporsi al pignoramento del PC?

Secondo i principi appena enunciati, l'opposizione non è possibile: dal punto di vista giuridico, il PC appartiene al padre di Tizietto, a nulla rilevando persino l'eventuale ignoranza dell'esistenza del bene da parte del genitore.

Nel caso di contratti che richiedono, a pena di nullità, la forma scritta (vedere l'art. 1350 c.c.), il minore deve essere munito di procura scritta.

Gli atti giuridici compiuti dal minore e quelli effettuati dal rappresentante legale, in mancanza dell'autorizzazione richiesta dalla legge, possono essere **ANNULLATI**.

Il sedicenne che, ai sensi dell'art. 390 c.c., viene autorizzato a contrarre il matrimonio viene definito **MINORE EMANCIPATO**.

Conseguenze dell'emancipazione:

- limitatamente agli atti di ordinaria amministrazione, l'emancipato ha una piena capacità di agire (e quindi agisce liberamente);
- il compimento degli atti di straordinaria amministrazione è consentito all'emancipato a due condizioni:
 - autorizzazione del giudice tutelare o del Tribunale (l'autorizzazione è del Tribunale nel caso di "atti di disposizione");
 - assistenza del **CURATORE** (sempre che questi sia consenziente all'effettuazione dell'atto); senza il consenso del curatore l'atto è invalido;
 in pratica, il curatore deve sempre fare una dichiarazione di volontà che accompagni quella del minore emancipato.

Normalmente, il curatore del minore emancipato è il coniuge maggiorenne, oppure altra persona maggiorenne (solitamente un genitore). A decretare la nomina è il giudice tutelare. Se entrambi i coniugi sono minorenni, il giudice tutelare nominerà preferibilmente un unico curatore (scelto tra i genitori dei coniugi minorenni).

Il minore emancipato può essere autorizzato dal Tribunale a iniziare oppure a continuare l'esercizio, **SENZA L'ASSISTENZA DEL CURATORE**, di un'impresa commerciale. Siffatta autorizzazione conferisce al minore emancipato una piena capacità di agire che si estende anche agli atti estranei rispetto all'esercizio dell'impresa commerciale (art. 397, terzo comma, c.c.). L'autorizzazione è però revocabile in qualunque momento su richiesta del curatore o d'ufficio. Questa fattispecie sarà approfondita nel volume "diritto commerciale".

Il maggiorenne può trovarsi in condizioni abituali di infermità mentale, divenendo **del tutto** incapace di provvedere ai propri interessi. Nella fattispecie, egli può essere **INTERDETTO GIUDIZIALMENTE**, cioè privato della capacità di agire. Anche il minore emancipato può subire l'interdizione, quando si avvicina al compimento della maggiore età.

La sentenza di interdizione viene pronunciata dal Tribunale previa istanza:

- del coniuge
- di un parente
- di un affine prossimo
- del pubblico ministero.

L'interdizione giudiziale non costituisce un provvedimento irrevocabile. Provando il riacquisto della salute mentale, l'interdetto ha diritto a vedersi riconferire la piena capacità di agire.

Il giudice tutelare nomina un tutore dell'interdetto avente i medesimi poteri che la legge attribuisce al rappresentante legale del minore.

Differente dall'interdizione giudiziale è l'**INTERDIZIONE LEGALE**; è privato della capacità di agire:

- il condannato alla pena dell'ergastolo
- il condannato alla reclusione per un tempo non inferiore a 5 anni.

Tale stato di incapacità non è posto a protezione del condannato, ma costituisce una sanzione ulteriore. L'interdizione legale non trova applicazione con riferimento ai negozi giuridici del diritto di famiglia (così, l'interdetto può liberamente contrarre matrimonio), né impedisce di fare testamento.

Qualora lo stato di infermità mentale (o fisica) non sia così grave da rendere la persona totalmente incapace di provvedere ai propri interessi, è POSSIBILE (non obbligatorio) chiedere l'inabilitazione, cioè un provvedimento che non priva, in modo assoluto, la persona della capacità di agire.

L'INABILITATO è solitamente:

- una persona che fa uso abituale di sostanze stupefacenti o di bevande alcoliche in quantità tale da esporre sé o la propria famiglia a "grave pregiudizio economico";
- una persona prodiga, cioè che abitualmente sperpera il proprio patrimonio.

Occorre osservare che lo stato di infermità che può provocare l'inabilitazione deve sempre essere ABITUALE.

La sentenza di inabilitazione è pronunciata dal Tribunale e può essere, successivamente, revocata. L'inabilitato è assistito da un curatore e si trova nella stessa posizione giuridica del minore emancipato (a differenza di quest'ultimo, non può essere però autorizzato ad INIZIARE l'esercizio di un'impresa commerciale). In definitiva, l'inabilitato deve astenersi dal compiere, DA SOLO, gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione; in caso contrario, tali atti saranno annullabili.

Differente dall'interdizione e dall'inabilitazione è la situazione di incapacità naturale, cioè l'infermità di mente TRANSITORIA della persona che non è stata dichiarata interdetta o inabilitata. **L'INCAPACE NATURALE** è temporaneamente non in grado di intendere e di volere. Gli atti compiuti dall'incapace naturale possono essere annullati se:

- si può dimostrare lo stato di incapacità naturale
- l'atto determina un "grave pregiudizio" al soggetto che l'ha compiuto (incapace naturale).

Un'eccezione rispetto alla regola testé enunciata è contenuta nell'art. 775 c.c.; la donazione fatta dall'incapace naturale può, nel termine di cinque anni, essere annullata su istanza del donante o dei suoi eredi, anche in mancanza di un grave pregiudizio.

Se, poi, l'atto compiuto dall'incapace è un contratto, l'azione di annullamento è esperibile solo in presenza di una terza condizione: l'altro contraente era a conoscenza dell'incapacità naturale.

§ 12 - LA SEDE GIURIDICA DELLA PERSONA FISICA

Il **DOMICILIO** della persona fisica è il luogo in cui essa ha fissato la sede principale dei suoi affari e interessi.

Il domicilio non presuppone, necessariamente la presenza della persona: Tizio può avere il domicilio a Vicenza e vivere stabilmente a Sanremo, se qualcuno cura i propri interessi a Vicenza.

Il domicilio civilistico non deve essere confuso con il "domicilio fiscale", che coincide con la residenza anagrafica del contribuente.

Il legislatore ha avuto cura di definire il concetto di domicilio dato che tale luogo, in talune circostanze ben determinate, assume rilevanza giuridica.

Art. 1182, terzo e quarto comma, c.c.

[3] L'obbligazione avente per oggetto una somma di denaro deve essere adempiuta al DOMICILIO che il creditore ha al tempo della scadenza. Se tale domicilio è diverso da quello che il creditore aveva quando è sorta l'obbligazione e ciò rende più gravoso l'adempimento, il debitore, previa dichiarazione al creditore, ha diritto di eseguire il pagamento al proprio domicilio.

[4] Negli altri casi l'obbligazione deve essere adempiuta al DOMICILIO che il debitore ha al tempo della scadenza.

Ulteriori esemplificazioni potranno essere reperite nel paragrafo successivo.

La **RESIDENZA** è il luogo dove la persona fisica dimora abitualmente (art. 43 c.c.). La residenza è posta nel luogo dove la persona vuole vivere stabilmente: l'allontanamento da tale luogo per ragioni di svago o di lavoro non determina la modificazione della residenza.

Se la persona dimora abitualmente in più luoghi, si hanno più residenze.

Quando il domicilio e la residenza coincidono, il trasferimento della residenza comporta, per i terzi in buona fede, anche il trasferimento del domicilio, salvo diversa dichiarazione riportata nella denuncia di trasferimento.

La **DIMORA** è il luogo nel quale la persona soggiorna temporaneamente. Si presuppone, comunque, una certa permanenza; così, non si è avuta dimora nella casa dell'amica che ci ha ospitati una notte.

§ 13 - SCOMPARSA, ASSENZA, MORTE PRESUNTA DELLA PERSONA FISICA

Quando una persona non è più comparsa nel luogo del suo ultimo domicilio o della sua ultima residenza, *e non se ne hanno più notizie*, si dice che la persona è SCOMPARSA. La scomparsa deve, tuttavia, essere di chiarata dal Tribunale dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza su istanza di chi può essere interessato o del pubblico ministero.

A questo punto, il Tribunale nomina un curatore che provvede alla conservazione dei beni della persona scomparsa.

Decorso DUE ANNI dall'ultima notizia della persona, previa richiesta dei presunti eredi o del pubblico ministero, il Tribunale pronuncia la dichiarazione di ASSENZA dello scomparso.

Effetti della dichiarazione di assenza:

- se c'è un testamento, questo viene aperto
- gli eredi indicati nel testamento (o, in mancanza, i parenti più prossimi) vengono immessi nel POSSESSO TEMPORANEO dei beni dell'assente.

Se l'assente ritorna, oppure si ha la prova della sua esistenza in vita, gli effetti della dichiarazione di assenza cessano e i possessori temporanei devono restituire i beni.

Dopo il decorso di DIECI ANNI dall'ultima notizia dello scomparso, anche se non è stata dichiarata l'assenza, il Tribunale può dichiararne la MORTE PRESUNTA.

Conseguenze della dichiarazione di morte presunta:

- apertura della successione a favore degli eredi
- scioglimento dell'eventuale matrimonio.

In caso di ritorno o di prova dell'esistenza in vita della persona dichiarata morta, essa:

- recupera i beni NELLO STATO IN CUI SI TROVANO
- ha diritto a conseguire il prezzo dei beni che sono stati alienati (solo se ancora dovuto all'alienante)
- ha diritto a conseguire i beni acquistati col ricavato della vendita di quelli alienati.

Il matrimonio eventualmente contratto dal coniuge della persona dichiarata morta non è valido, tuttavia gli eventuali figli restano legittimi.

La dichiarazione di morte presunta può essere pronunziata, dal Tribunale, anche prima del periodo di dieci anni, se avvenuta in circostanze particolari (operazioni belliche, prigionia, "infortunio" -cioè naufragio, terremoto, incendio-). In particolare:

- entro due anni dall'entrata in vigore del trattato di pace, per chi è scomparso in guerra;
- entro due anni dalla data della scomparsa, per chi è sparito in occasione di un "infortunio".

§ 14 - LA PERSONA GIURIDICA

Per il codice civile sono "persone" anche le organizzazioni collettive (società, enti pubblici, fondazioni, consorzi, ecc.).

La persona giuridica è un complesso organizzato di persone e di beni che hanno uno scopo permanente collettivo.

La persona fisica e la persona giuridica sono presentate come specie distinte di un medesimo **GENERE** (per l'appunto la "persona"). La persona deve essere identificata come un **SOGGETTO DI DIRITTO**.

La peculiarità della persona giuridica è quella di non identificarsi con un essere vivente.

Secondo alcuni autori, la persona giuridica costituisce una "creazione" del mondo del diritto (c.d. teoria della finzione). Secondo l'opinione di altri, le persone giuridiche sono entità effettivamente esistenti e dotate, al pari dell'uomo, di una propria volontà e di un proprio interesse (distinto da quello dei singoli esseri umani che le compongono) [c.d. teoria della realtà].

Secondo il Galgano, tali teorie sono oggi superate. A ben vedere, la persona giuridica è un concetto che, nel mondo giuridico, riassume e sintetizza una speciale disciplina, dettata da varie norme, **DI RAPPORTI POSTI IN ESSERE DALLE PERSONE FISICHE** che, in ultima analisi, è destinata agli esseri viventi [c.d. teoria normativa].

Per poter funzionare, le organizzazioni umane necessitano di un autonomo patrimonio distinto da quello degli associati. Tale **AUTONOMIA PATRIMONIALE** potrà essere, a seconda dei casi, perfetta o imperfetta. Solo nel primo caso, si parla di persona giuridica.

Per poter agire, le organizzazioni umane danno vita ad alcuni **ORGANI** formati da persone fisiche. A ciascun organo compete una funzione distinta. Il numero e le funzioni dei vari organi dipende dal tipo e dalla natura dell'organizzazione. Se costituiti da una sola persona fisica gli organi si chiamano **INDIVIDUALI**, in caso contrario **COLLEGIALI**.

Le persone giuridiche possono essere classificate in vario modo.

In funzione della natura dell'ente, si distingue tra:

- persone giuridiche pubbliche
- persone giuridiche private.

Sono persone giuridiche pubbliche lo Stato, le regioni, le province, i comuni, gli enti pubblici economici (Inail, Banca d'Italia, Inps, ecc.). Sono persone giuridiche private le società di capitali ed alcune associazioni e fondazioni.

In funzione della struttura dell'ente, si distingue tra:

- associazioni
- fondazioni.

L'associazione è un'insieme di persone che perseguono un'unica finalità e che, mediante conferimenti individuali, mettono insieme un patrimonio per agevolare il raggiungimento dello scopo prefissato. La fondazione è un insieme di beni destinato a uno stesso scopo.

Sono associazioni: lo Stato, le regioni, le province, i comuni, il Touring club italiano, le parrocchie, ecc. Sono fondazioni: gli ospedali, gli orfanotrofi, ecc..

Affini alle associazioni, ma distinte da queste, sono le società di capitali.

Tanto l'associazione, quanto la fondazione si creano attraverso la stipulazione di un atto costitutivo, espresso in forma di atto pubblico notarile. La fondazione può essere disposta anche per testamento, posto che una persona (fondatore) rinuncia alla proprietà di alcuni beni allo scopo di destinarli al raggiungimento di un determinato fine.

La venuta ad esistenza delle associazioni e delle fondazioni si verifica con il **RICONOSCIMENTO** da parte dello Stato. Prima del riconoscimento si ha solamente un ente di fatto, non una persona giuridica.

Per le associazioni e fondazioni **PRIVATE**, il riconoscimento statale avviene mediante l'iscrizione dell'ente in un pubblico registro delle persone giuridiche. Per gli enti pubblici, il riconoscimento avviene in forza di legge, in particolare con la legge che istituisce l'ente.

Con l'acquisto della personalità giuridica, l'ente assume una particolare caratteristica **L'AUTONOMIA PATRIMONIALE PERFETTA**, da intendere come netta ed assoluta separazione tra il patrimonio dell'ente e quello delle persone che ne fanno parte.

I creditori della persona giuridica possono soddisfarsi esclusivamente sul patrimonio di questa, non sul patrimonio dei singoli componenti. I creditori personali dei membri della persona giuridica non possono soddisfarsi sul patrimonio dell'ente, ma solo sul patrimonio dei rispettivi debitori.

In funzione dello scopo dell'ente, si distingue tra:

- persone giuridiche con scopo economico
- persone giuridiche con scopo ideale, che non hanno una finalità lucrativa.

Le associazioni e le fondazioni si estinguono:

- al raggiungimento dello scopo (o quando ciò risulta impossibile)
- alla scadenza del termine indicata nell'atto costitutivo
- per tutte le altre cause indicate nell'atto costitutivo
- (solo per le associazioni) quando sono venuti a mancare tutti gli associati.

L'estinzione della persona giuridica è dichiarata, su istanza di ogni interessato oppure d'ufficio, dall'autorità giudiziaria. L'ente cesserà di esistere solamente dopo la cancellazione dal registro delle persone giuridiche. La cancellazione appena citata non può avvenire se non dopo la liquidazione del patrimonio dell'ente (durante la fase di liquidazione si estinguono gli eventuali debiti).

Quando più persone costituiscono una associazione ma non ne richiedono il riconoscimento, oppure, avendolo chiesto, non lo ottengono, siamo in presenza di una ASSOCIAZIONE NON RICONOSCIUTA. L'associazione non riconosciuta non ha la personalità giuridica e, quindi, non è dotata di autonomia patrimoniale perfetta.

Casi esemplari di associazioni non riconosciute sono rappresentati dalle associazioni sportive o filantropiche. I beni apportati dagli associati danno vita ad un fondo comune che non può essere aggredito dai creditori personali degli associati. I creditori dell'associazione, invece, oltre a potersi soddisfare sul patrimonio dell'ente, possono aggredire il patrimonio personale dell'associato che ha agito in nome e per conto dell'ente.

§ 15 - LA PRESCRIZIONE E LA DECADENZA

La prescrizione è un modo di estinzione del diritto soggettivo nell'ipotesi che il titolare, per inerzia, si astenga dall'esercizio dello stesso per un certo tempo [c.d. prescrizione ESTINTIVA].

In altre parole, è la perdita di un diritto causata dal prolungato inesercizio.

Se non vi fosse la prescrizione, il debitore dell'obbligazione, dopo l'adempimento, dovrebbe comunque conservare, per l'eternità, la documentazione dello stesso; in caso contrario, potrebbe essere costretto a rinnovare l'adempimento. Risulta, pertanto, comodo fissare un tempo massimo alle possibili richieste di effettuazione della prestazione, qualora il creditore non si mostri particolarmente ansioso di riceverla.

Tutti i diritti patrimoniali sono soggetti a prescrizione; la proprietà non è soggetta a prescrizione, tuttavia il diritto si può perdere nell'ipotesi di usucapione (cioè di un determinato comportamento posto in essere da un terzo che inizia a "possedere" il bene oggetto del diritto in modo non occulto e violento). Assolutamente imprescrittibili sono, invece, i diritti della personalità e quelli di famiglia.

Vi sono altri modi di estinzione del diritto, differenti dalla prescrizione:

- morte del titolare (estingue i diritti della personalità)
- adempimento, novazione, confusione, compensazione, ecc. (estingono i diritti derivanti da un'obbligazione).

La prescrizione inizia dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. La prescrizione è SOSPESA quando il mancato esercizio del diritto è giustificato da giusta causa, venuta meno la quale, la prescrizione riprende dal punto in cui si era arrestata. La prescrizione si INTERROMPE quando il titolare del diritto agisce compiendo un atto formale (come l'azione in giudizio).

A titolo esemplificativo, la prescrizione del diritto di credito è sospesa quando il creditore sposa il debitore: la prescrizione è sospesa fino allo scioglimento del matrimonio.

La prescrizione ordinaria è decennale.

Vi sono, poi, alcune ipotesi di prescrizione abbreviata e di prescrizione che richiede un termine più lungo (per l'estinzione dei diritti reali si richiede, in generale, un termine ventennale -es. usufrutto, servitù, ecc.-).

Si parla di **PRESCRIZIONE PRESUNTIVA** quando, dopo un certo lasso di tempo, la legge presume l'estinzione di un diritto **DI CREDITO**. Il titolare del diritto conserva, tuttavia, la possibilità di dimostrare l'esistenza dello stesso.

Per esempio, il diritto di credito dell'albergatore o del titolare del ristorante, nei confronti del cliente, si presume estinto (il che equivale a dire che il conto si presume pagato) dopo sei mesi dall'alloggio o dalla consumazione del pasto.

Il credito per il compenso dell'opera prestata dal professionista si presume estinto dopo tre anni.

Se può fornire la prova contraria, cosa alquanto difficile, il titolare del diritto può ottenere il pagamento entro l'ordinario termine di prescrizione.

La prescrizione può essere imposta solo dalla legge, non dalla volontà delle parti contraenti.

La prescrizione deve essere eccepita dalla parte che vi ha interesse, non può essere rilevata, d'ufficio, dal giudice (art. 2938 c.c.).

Anche la **DECADENZA** è la perdita di un determinato diritto per mancato esercizio dello stesso. La decadenza differisce dalla prescrizione per gli elementi che seguono:

- di solito, il termine di decadenza è molto breve;
- non può essere interrotta o sospesa (salvo casi eccezionalissimi);
- mentre non è possibile modificare la disciplina sulla prescrizione, o rinunciare alla prescrizione, è consentito modificare i termini di decadenza (art. 2965 c.c.) oppure prevedere una decadenza contrattualmente.

La decadenza ha natura eccezionale, mentre la prescrizione riguarda, di regola, qualunque diritto.

A titolo esemplificativo, si consideri l'obbligo, gravante sull'acquirente, di denunciare entro otto giorni i vizi della cosa venduta, se vuole avere diritto alla garanzia.

Impedita la decadenza appena citata, il diritto del compratore alla risoluzione del contratto (art. 1492 c.c.) o al risarcimento del danno (art. 1494 c.c.), rimane soggetto ai termini della prescrizione.

Anche la decadenza, come la prescrizione, ha la funzione di eliminare lo stato di incertezza delle situazioni giuridiche.

Talvolta, in presenza di diritti simili, il legislatore stabilisce per talune fattispecie un termine di prescrizione, per altre un termine di decadenza: l'annullamento di un contratto è soggetto a prescrizione, l'annullamento di una delibera condominiale è sottoposto a decadenza.

La decadenza può anche essere stabilita per contratto. Allo stesso modo della prescrizione, non può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

§ 16 - IL NEGOZIO GIURIDICO

L'uomo manifesta sovente la volontà di produrre effetti giuridici. Atti giuridici tipici con cui si determinano tali effetti sono **L'ATTO UNILATERALE** e il **CONTRATTO**. La dottrina, non il codice civile, ha introdotto il concetto di **NEGOZIO GIURIDICO** per descrivere, in forma unificata, l'atto unilaterale e il contratto.

Il nostro codice civile ignora l'esistenza del negozio giuridico e si limita a disciplinare l'istituto del contratto, le cui regole si rendono applicabili, in quanto compatibili, agli atti unilaterali fra vivi a contenuto patrimoniale.

La trattazione unitaria di istituti giuridici aventi finalità differenti, come la promessa unilaterale, il testamento, i contratti, ecc. sarebbe giustificata dalla circostanza che tutti questi atti sono manifestazioni della volontà umana, oltre che dall'adozione di una simile impostazione da parte del codice civile tedesco.

I giuristi italiani, in tempi recenti, hanno criticato in modo vario la teoria del negozio giuridico, sostenendo di ignorarla.

Il negozio giuridico è un particolare ATTO GIURIDICO con cui i privati o gli enti pubblici perseguono l'appagamento dei loro bisogni e regolano i rispettivi interessi. **Il negozio giuridico è una manifestazione di volontà diretta a produrre GLI effetti giuridici (consistenti nella costituzione, nella modificazione e nell'estinzione di rapporti giuridici) VOLUTI DA CHI LA EMETTE.**

Adottiamo, come già riferito nel paragrafo 4, la tassonomia tradizionale (di elaborazione dottrinale) dei fatti giuridici; essa si rivela nettamente differente da quella fatta propria dal codice civile.

Secondo tale impostazione, si rammenta, il negozio giuridico non si identifica con l'atto giuridico, costituendone una sottospecie. Sinteticamente:

- è FATTO GIURIDICO qualunque accadimento naturale che, oltre ad incidere nella vita materiale degli uomini, produce effetti giuridici; qualora il fatto sia un comportamento umano, l'effetto giuridico si produce accertata la mera volontarietà del fatto, indipendentemente dalla circostanza che le conseguenze di questo non fossero volute (ad esempio, si pensi alla presa di possesso di una cosa abbandonata: chi, volontariamente, prende la cosa per tenerla con sé, ne acquista immediatamente la proprietà, anche se non intendeva conseguire la titolarità del diritto);
- è ATTO GIURIDICO, in senso stretto, il fatto consapevole della persona umana che determina effetti giuridici solo se l'atto è stato posto in essere da chi ha la capacità di agire;
- è NEGOZIO GIURIDICO quella DICHIARAZIONE di una volontà diretta a produrre determinati effetti giuridici, i quali non hanno luogo in forza della volontarietà della dichiarazione, bensì si verificano solo quando c'è anche l'intenzione di conseguirli.

L'uomo crea dei negozi giuridici verso i quali l'ordinamento giuridico si mostra:

- indifferente
- o, contrario (imponendo alcuni divieti)
- oppure, garantista (tutelando il rispetto di quanto è stato pattuito).

Quando il negozio giuridico è compiuto da una sola persona, si parla di negozio UNILATERALE (ad esempio, una donazione, il testamento, ecc.). Quando il negozio giuridico è compiuto da due persone, si parla di negozio BILATERALE; quando le persone sono più di due, negozio PLURILATERALE (per esempio, un contratto di società).

Altre classificazioni del negozio giuridico sono:

- negozi tra vivi/negozi a causa di morte
 - negozi formali/negozi non formali;
- nel primo caso, la legge impone il rispetto di particolari modalità (ad esempio, la vendita di beni immobili deve avvenire con atto scritto)
- negozi modificativi/negozi costitutivi/negozi estintivi di un rapporto giuridico
 - negozi patrimoniali/negozi non patrimoniali;
- tra questi ultimi si inquadra il matrimonio.

Gli elementi che caratterizzano il negozio giuridico sono tre:

1 - ELEMENTI ESSENZIALI; se manca uno solo di essi, il negozio è nullo, cioè non produce i suoi effetti; sono elementi essenziali:

1.1) - **la manifestazione di volontà;** il negozio giuridico deve esteriorizzare la volontà della parte o delle parti in causa.

Affinché il negozio esista, oltre alla volontà di compierlo è necessaria una manifestazione esteriore di tale volontà (siffatta manifestazione si chiama DICHIARAZIONE).

Vi è, quindi, distinzione tra la "dichiarazione" e l'"effettiva volontà" del dichiarante: questi potrebbe commettere un errore nella dichiarazione, cioè dichiarare ciò che non vuole.

L'esteriorizzazione della volontà, la dichiarazione, può essere:

- ESPRESSA

- TACITA (in tal caso, la volontà si desume dal comportamento tenuto); quando si sale sul tram, si manifesta tacitamente la volontà di concludere un contratto di trasporto.

Il SILENZIO, in generale, non manifesta alcuna volontà (il noto detto "chi tace acconsente", in generale, non ha valore in diritto); chi riceve per posta una proposta di vendita di merci, che si conclude con la clausola "in caso di mancata risposta il contratto si

intende approvato", e non risponde, non risulta obbligato all'acquisto; viceversa, chi è abbonato alla rivista e non dà la disdetta, nel termine previsto dal contratto, ha tacitamente rinnovato l'abbonamento.

Un negozio giuridico è valido (cioè è idoneo a produrre i suoi effetti) se si verificano contemporaneamente le condizioni che seguono:

A) vi è identità tra dichiarazione e volontà (cioè, quanto viene dichiarato corrisponde alla reale volontà del dichiarante); qualora ciò non si verifichi il negozio è quasi sempre NULLO;

B) la volontà non deve essere stata viziata; nel caso opposto, il negozio è ANNULLABILE;

C) la dichiarazione deve provenire da chi ha la capacità di agire; in caso contrario, il negozio è ANNULLABILE;

Per quanto concerne il punto A, vi possono essere cinque cause di divergenza tra la dichiarazione e la volontà, vediamo quali sono le conseguenze giuridiche di tale scostamento:

- **VIOLENZA ASSOLUTA**; si ha quando il soggetto, con la violenza, è costretto a dire quello che non desidera; nella fattispecie, la divergenza tra dichiarazione e volontà determina la nullità del negozio;

la violenza assoluta è tipicamente una **VIOLENZA FISICA**; anche la dichiarazione ottenuta mediante ipnosi è considerata frutto di violenza assoluta; la violenza fisica comporta la **assoluta mancanza di volontà** di una delle parti (durante un'asta, il vicino, con la forza, afferra il mio braccio e lo solleva; si appone la firma su un contratto sotto l'effetto di stupefacenti somministrati dall'altra parte);

perché si abbia "violenza assoluta" occorre che la forza fisica di chi ha provocato la dichiarazione indesiderata sia stata tale da non poter essere vinta da colui che l'ha subita;

- **ERRORE OSTATIVO**; si ha quando la volontà del dichiarante si è formata senza turbamenti, tuttavia questi incorre in errore nella fase dichiarativa (trattasi di **ERRORE INCONSAPEVOLE**); si consideri la seguente esemplificazione: A si accorda con B per l'acquisto di un bene: nella fase di formalizzazione dell'accordo, erroneamente, firma una bozza di contratto relativa ad una fase precedente della trattativa, contenente alcune clausole che sono state superate; altro esempio: Tizio è interessato all'acquisto di un tappeto e, a tal fine si reca presso una casa d'aste in Italia: durante la negoziazione, volendo dire "un milione di lire" dice, invece, "un milione di dollari");

ancora, parificato all'errore ostativo è l'errore nella trasmissione (art. 1433 c.c.); in una contrattazione telefonica, Caio dice "... non sono dovuti interessi" mentre Tizio, all'altro capo, capisce, causa un disturbo del segnale, "... sono dovuti interessi" (nella fattispecie, il contratto è considerato **INESISTENTE** perché non si è formato l'accordo delle parti);

l'errore ostativo produce la nullità del negozio giuridico, **sempre che lo stesso sia RICONOSCIBILE dall'altra parte** (in materia di contratti, invece, l'errore ostativo provoca solo l'annullabilità) **e appaia ESSENZIALE** (per i contratti, l'essenzialità ricorre nelle fattispecie disciplinate dall'art. 1429 c.c.);

si consideri il seguente caso: Sempronio riceve una proposta di contratto da parte di Tizio e decide di non accettarla; nell'intendimento di comunicare la propria contrarietà, sceglie di dettare per telefono un telegramma recante le frasi "non accetto la proposta"; l'impiegata del servizio telegrammi, erroneamente, omette la prima parte della frase e, di conseguenza, trasmette a Tizio la frase "accetto la proposta"; il contratto può essere annullato? la risposta è negativa: secondo il Tribunale di Torino (26 febbraio 1947), l'errore dell'ufficio telegrafico non può mai essere riconoscibile dall'altro contraente, pertanto il contratto è comunque valido; chi si affida al servizio telegrafico deve subire il rischio di una trasmissione infedele;

Art. 1428 c.c.

[1] L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale e riconoscibile dall'altro contraente.

Art. 1429 c.c.

[1] L'errore è essenziale:

1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto

2) quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso

3) quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso

4) quando, trattandosi di errore di diritto, sia stato la ragione unica o principale del contratto.

Art. 1431 c.c.

[1] L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo.

- **DICHIARAZIONE NON SERIA**; quando la dichiarazione è emessa a scopo esemplificativo o didattico, oppure per scherzo, mancando del tutto l'effettiva volontà, il negozio giuridico è nullo;

una caratteristica della dichiarazione non seria è la percezione, in capo all'altra parte, della discordanza tra volontà e dichiarazione;

- **RISERVA MENTALE**; si ha quando si dichiara, consapevolmente, ciò che non si vuole dichiarare, senza che l'altra parte abbia la possibilità di riconoscere la vera intenzione del dichiarante (dico di voler comprare quando, invece, ho intenzione di prendere a noleggio); la riserva mentale non ha rilevanza in diritto; nel caso descritto, l'ordinamento giuridico dà valore alla dichiarazione, non alla volontà: il negozio giuridico è, pertanto, valido;

- **SIMULAZIONE**; si ha quando le parti fingono di concludere un negozio giuridico ma, in realtà, non vogliono che lo stesso produca effetti; molto spesso la simulazione ha finalità illecite; si distingue tra simulazione:

- **ASSOLUTA**; le parti concludono un negozio, senza volere gli effetti che esso determina;

- **RELATIVA**; le parti concludono un tipo di negozio, detto SIMULATO, cercando l'effetto giuridico normalmente ottenibile con un altro tipo di negozio, detto DISSIMULATO, noto solo alle parti e celato ai terzi;

il negozio simulato (o apparente) si conclude spesso con il rilascio di una CONTRODICHIARAZIONE dalla quale risultano i reali effetti giuridici desiderati;

la simulazione differisce dalla riserva mentale per il fatto di realizzarsi solo con l'accordo delle parti;

si precisa che, secondo la più recente dottrina la simulazione viene considerata un "vizio della CAUSA" del negozio e non più un caso di divergenza tra volontà e dichiarazione;

la controdichiarazione, non è considerata un contratto, bensì solamente un "patto non soggetto alle norme sulla forma, sul consenso, sulla liceità, ecc. dei contratti" (frase dello Scalfi); essa ha NATURA di **dichiarazione di scienza** e FUNZIONE di prova dell'accordo simulatorio; se A vende a B un bene e, contemporaneamente, stipula con B una controdichiarazione con la quale si stabilisce che la vendita è totalmente simulata, il successivo nuovo accordo (contratto) tra A e B che risolve la predetta controdichiarazione (per mutuo dissenso) non fa venir meno la simulazione assoluta dell'originario contratto di vendita, con la conseguenza che il bene, dal punto di vista giuridico, si considera non essere mai uscito dal patrimonio di A; in definitiva, la controdichiarazione ha valore di "contratto dichiarativo" (cioè di accordo che si limita ad accertare le precedenti situazioni giuridiche), secondo la dottrina e la giurisprudenza il mutuo dissenso non è concepibile per tali tipi di contratti (Cassaz. n°7084/1992);

tra le parti, il negozio simulato è nullo, mentre per i terzi IN BUONA FEDE (ignari della simulazione) è valido; se A e B simulano la vendita di un libro e B, successivamente, rivende il libro a C, soggetto in buona fede, la simulazione non può essere opposta a C, che conserverà la cosa; per contro, prima che B alieni il libro, A può agire in giudizio contro B chiedendo al giudice il riconoscimento della nullità del negozio, a causa di una simulazione;

il negozio dissimulato, invece, se rispetta i requisiti legali di forma e sostanza, ha sempre effetto tra le parti negoziali;
 in definitiva, se la simulazione è assoluta il negozio non produce alcun effetto (si parla di nullità); invece, in generale, se la simulazione è relativa, si dà efficacia al negozio dissimulato;

in tema di contratti, se il negozio simulato e quello dissimulato fanno parte di un'unica operazione negoziale, e se è possibile riconoscere che il secondo non sarebbe stato concluso qualora non avesse avuto luogo la fittizia stipulazione del primo, si reputano nulli entrambi i negozi.

Occupiamoci, ora, del punto B, cioè dei **vizi della volontà**:

- **VIOLENZA MORALE**; si ha quando la persona compie il negozio sotto la MINACCIA di un **MALE INGIUSTO** (art. 1435 c.c.).

La violenza morale è nettamente distinta dalla violenza assoluta: mentre quest'ultima è caratterizzata dalla mancanza di qualunque volontà, la prima è una costrizione psicologica; chi agisce sotto l'influsso della violenza morale decide, consapevolmente e volontariamente, di concludere il negozio perché in tal modo evita un male maggiore: quello minacciato dalla controparte. La volontà non manca, ma è stata viziata.

Un esempio di violenza morale è dato dalla stipulazione del contratto sotto la minaccia di morte. Si badi, non qualsiasi minaccia è causa di annullamento del negozio, ma solo quelle che possono intimorire le persone sensate.

Male ingiusto è quello che comporta conseguenze negative assai più gravi rispetto all'effetto della conclusione del negozio. Non costituisce male ingiusto la minaccia di fare valere un proprio diritto ("se non mi paghi la cambiale, ti faccio pignorare i beni").

la violenza morale è causa di annullamento del contratto anche quando il male ingiusto riguarda il coniuge o gli ascendenti e i discendenti del contraente, oppure i beni di costoro; se il male ingiusto riguarda altre persone, l'annullabilità del contratto non è automatica, ma discende dalla valutazione soggettiva compiuta dal giudice (art. 1436 c.c.);

La violenza morale è causa di annullabilità del negozio.

La violenza morale si distingue dal **TIMORE REVERENZIALE**, il quale non è mai causa di annullamento del negozio.

Se la violenza morale proviene da un terzo, diverso dall'altra parte del negozio, il negozio è annullabile anche se la controparte era in buona fede (cioè ignorava la minaccia). A titolo esemplificativo, si consideri il seguente caso: A minaccia di uccidere la figlia di B se questi non vende la propria casa a C: anche se C può dimostrare di essere del tutto all'oscuro della minaccia subita da B, il negozio è annullabile;

- **DOLO**; è un raggirio che, compiuto nei confronti di una persona, induce quest'ultima a volere un negozio giuridico. Se il dolo è l'unico motivo che ha determinato la conclusione del negozio giuridico, il negozio è annullabile.

Se il dolo è stato cagionato da una persona diversa da quella che ne ha tratto beneficio (la controparte del negozio), il negozio è annullabile solamente nell'ipotesi di mala fede di quest'ultima.

Si consideri il seguente caso: Mevio incarica Tizio di vendere il proprio terreno agricolo e gli promette una provvigione; Tizio si accorda con Caio e lo induce a stipulare il contratto facendogli credere che il terreno è edificabile; accortosi del raggirio Caio può ottenere l'annullamento del contratto? se Caio non è in grado di provare che Mevio era a conoscenza dell'inganno, il contratto resta valido; in tal caso, Caio potrà solo agire nei confronti di Tizio per ottenere un risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 2043 c.c..

Si noti la differente disciplina rispetto all'ipotesi di violenza morale: quest'ultima è sempre causa di annullamento del negozio, anche quando il negozio è concluso con un soggetto in buona fede; viceversa, il dolo non può mai arrecare pregiudizio alla controparte in buona fede.

Il dolo qui considerato si dice "contrattuale": esso consiste nella volontà di ingannare. Altra cosa è il dolo "extra-contrattuale", che si identifica con l'intenzione di arrecare danno.

Si distingue tra dolo contrattuale DETERMINANTE e dolo contrattuale INCIDENTE: nel primo caso, il dolo è stato decisivo nell'indurre alla stipulazione del negozio ("ti vendo questo orologio d'oro", ma in realtà è placcato); nel secondo caso, la parte raggirata avrebbe comunque stipulato il negozio, tuttavia lo avrebbe fatto a condizioni diverse; nell'ipotesi di dolo incidente, il negozio resta valido (e quindi l'annullamento è precluso), tuttavia, il contraente in mala fede risponde dei danni.

I giuristi distinguono il dolo **commissivo** da quello **omissivo**. Il primo consiste nell'esplicazione di un'attività ingannevole, il secondo in un comportamento reticente. La dottrina ritiene che il dolo omissivo costituisca "dolo negoziale" (cioè dolo produttivo di annullamento del contratto -art. 1439 c.c.-) solo a due condizioni:

- la legge ha posto a carico delle parti contraenti uno specifico obbligo di informazione
- la reticenza assume natura di un "occultare" piuttosto che di un "tacere", in altri termini, deve trattarsi di un silenzio sleale su circostanze decisive.

Si consideri il seguente esempio: A vende a B il proprio terreno agricolo al prezzo di lire 10 milioni, senza sapere che il comune, nel frattempo, lo ha reso edificabile; B è a conoscenza della modifica, ma non ha detto nulla ad A, in tal modo ha massimizzato il proprio profitto. A ben vedere, l'esemplificazione testé citata non sembra avere tutti gli elementi costitutivi del dolo omissivo: B non induce A in errore, se mai lo mantiene in una condizione di ignoranza già prodottasi. Il comportamento di B viola l'obbligo di buona fede contrattuale di cui all'art. 1337 c.c.. A potrà ricevere tutela non invocando il dolo negoziale (art. 1439 c.c.), bensì l'errore su una qualità della cosa venduta (art. 1429, n°2, c.c.) a condizione di poter dimostrare l'essenzialità e la riconoscibilità dell'errore medesimo.

- **ERRORE-VIZIO**; consiste in una falsa conoscenza della realtà, che non proviene da un terzo o dalla controparte, che induce una persona alla conclusione di un negozio giuridico.

L'errore-vizio può essere:

- **errore di diritto** (ignoro che un certo atto è vietato dalla legge: ad esempio, compro un quadro di Raffaello al fine di venderlo all'estero, ignorando la norma che impedisce l'esportazione);

- **errore di fatto** (compro un oggetto che credo d'oro, invece è di piombo).

Nella fattispecie dell'errore-vizio, è opportuno ribadirlo, la controparte del negozio non ha assolutamente provocato l'insorgenza dell'erronea conoscenza. Se, comunque, uno dei contraenti era consapevole dell'errore dell'altro, il negozio è annullabile; nell'ipotesi di buona fede, invece, il negozio è valido.

Non è possibile ottenere l'annullamento del negozio se non si prova che l'errore è stato determinante per la conclusione del negozio. In sintesi, **l'errore vizio è causa di annullamento del negozio solo se è ESSENZIALE e RICONOSCIBILE (con l'ordinaria diligenza) dall'altra parte.**

Non bisogna confondere l'errore-vizio con l'errore ostativo (già visto in precedenza); il secondo consiste nella scorretta manifestazione di una volontà formata senza turbative (è un errore nella fase dichiarativa), il primo, invece, presuppone che si dichiarò esattamente quello che si voleva esternare, con la particolarità che il dichiarante è partito da una conoscenza erronea. In entrambi i casi, il negozio non produce effetti (o può essere invalidato) se l'altra parte ha riconosciuto l'errore (o avrebbe potuto accorgersene, con l'ordinaria diligenza).

In tema di contratti, il codice civile del 1865 distingueva nettamente le conseguenze giuridiche dell'errore-vizio rispetto a quelle dell'errore ostativo: nel primo caso, si aveva l'annullabilità del contratto, nell'altro, la nullità. Il codice civile del 1942 ha, invece, previsto per entrambi i casi l'annullabilità del contratto.

Se vado dal commerciante di stoffa e, dicendo che mi occorre per confezionare un vestito, ordino 100.000 metri quadri di tessuto, il negozio è annullabile, infatti, il venditore deve sapere che per confezionare un vestito non occorre tutta quella stoffa. Se, invece, acquisto un'enciclopedia, non sapendo che, contemporaneamente, mia moglie stava effettuando lo stesso acquisto, l'errore non è riconoscibile dal venditore e il negozio è valido.

L'annullabilità del negozio stipulato in presenza di un errore di diritto non contraddice il principio secondo il quale l'ignoranza della legge non è scusabile. Chi cerca di dimostrare l'esistenza di un errore di diritto, vuole l'annullamento del negozio, non per sottrarsi al comando della legge, ma per rispettarla.

L'errore di calcolo non è mai causa di annullamento del negozio, ma comporta la modifica delle condizioni di quest'ultimo (art. 1430 c.c.).

Solo nel caso di donazioni o disposizioni testamentarie, la falsa rappresentazione della realtà (c.d. **errore sul motivo**) è causa di annullabilità del negozio anche in mancanza dell'essenzialità dell'errore e della sua riconoscibilità, tuttavia l'annullabilità presuppone che l'errore:

- risulti dall'atto di donazione o dal testamento
- sia stato determinante per la formazione della volontà.

Se nel testamento di A si legge che B riceve un bene per avere salvato la vita ad A e tale circostanza non è vera, la disposizione è annullabile.

1.2) - **l'oggetto**; è il contenuto del negozio giuridico (cioè la COSA oppure il COMPORTAMENTO che le parti intendono regolare).

Nel contratto di compravendita l'oggetto è rappresentato dalla cosa venduta e dal prezzo di vendita. Nel testamento l'oggetto è costituito dai beni del defunto. L'oggetto deve essere:

- **LECITO**, cioè non contrario alle norme imperative, al buon costume e all'ordine pubblico;
- **POSSIBILE**, la cosa o il comportamento devono materialmente e giuridicamente poter essere negoziati (esemplificando, è "impossibile" l'oggetto del contratto di compravendita riguardante un cavallo parlante);
- **DETERMINATO/DETERMINABILE**; in caso contrario, il negozio non è valido; a titolo esemplificativo, non è valida, per la non determinabilità dell'oggetto, la disposizione testamentaria dove si dice "lascio a Sempronio quanto gli promisi a voce".

1.3 - **la causa**; è lo scopo economico-tecnico del negozio (per esempio, la causa del contratto di compravendita è lo scambio tra i beni del venditore e il denaro dell'acquirente). La causa deve essere sempre enunciata nella dichiarazione, altrimenti il negozio è nullo. Parimenti nullo è il negozio con una causa illecita. Riassumendo, il negozio è nullo se la causa:

- risulta mancante
- o è illecita.

Distinti dalla causa sono i **MOTIVI INDIVIDUALI** che inducono a stipulare il negozio: nel caso della donazione, la causa è data dalla volontà di arricchire un terzo, i motivi individuali possono consistere nella riconoscenza verso il donatario, nel rispetto del voto fatto alla Madonna, nella pietà che il mendicante ha suscitato, ecc.). I negozi di uno stesso tipo sono caratterizzati dalla presenza della medesima causa, mentre diversissimi possono essere i motivi individuali.

Se il motivo individuale è illecito (ad esempio, acquisto una pistola per fare una rapina), non sempre si determina la nullità del negozio: i negozi nulli per illiceità del motivo individuale sono:

- la donazione, se il motivo è **UNICO** ed è **ESPRESSO**
- il contratto, se il motivo illecito è **COMUNE AD ENTRAMBI I CONTRAENTI** [art. 1345 c.c.].

Il negozio illecito non deve essere confuso con l'atto illecito; il primo, non produce effetti giuridici; il secondo, consistendo in un comportamento doloso o colposo che arreca danno a terzi, produce effetti giuridici a carico del danneggiante (l'obbligo del risarcimento del danno).

I titoli di credito mantengono i loro effetti obbligatori anche quando accompagnano un negozio illecito o privo di causa; se A pattuisce un compenso per l'uccisione della moglie e paga il killer con una cambiale, alla scadenza la cambiale deve essere pagata, anche se il killer non ha compiuto l'uccisione promessa.

1.4) - **la forma**; è il mezzo di manifestazione della volontà negoziale.

In generale, la forma del negozio giuridico è libera. Per alcuni negozi, invece, si richiede una forma determinata, solitamente, scritta (la donazione deve essere fatta con **ATTO PUBBLICO**, la compravendita di immobili deve essere scritta).

Quando la legge richiede una data forma, si possono avere due effetti (alternativi):

- il mancato rispetto della forma determina la nullità del negozio (c.d. FORMA "AD SUSTANTIAM")
- il mancato rispetto della forma non comporta la nullità del negozio, tuttavia si rende impossibile provare, anche con eventuali testimoni, l'esistenza del negozio ed il suo esatto contenuto (c.d. FORMA "AD PROBATIONEM"); pertanto, in caso di inadempimenti o contestazioni, chi ha diritto a ricevere una prestazione non può provare il proprio diritto.

Nei casi descritti, l'osservanza della forma costituisce, per le parti del negozio, un ONERE.

2 - ELEMENTI ACCIDENTALI; sono elementi non indispensabili per la validità del negozio: essi sono dati dalle clausole che le parti intendono fare rispettare; sono elementi accidentali del negozio giuridico:

- la **CONDIZIONE**; è una clausola che subordina gli effetti del negozio al verificarsi di un evento FUTURO e INCERTO; si distingue tra:

- **CONDIZIONE SOSPENSIVA**;

finché essa non si verifica, il negozio non produce effetti; quando si verifica il negozio è efficace dall'origine, cioè dal momento della stipulazione; (a titolo di esempio, "ti vendo il terreno al tale prezzo se il Comune lo renderà edificabile");

- **CONDIZIONE RISOLUTIVA**; finché essa non si verifica, il negozio produce i suoi effetti; al verificarsi della condizione, il negozio è come se non fosse stato mai concluso; (a titolo di esempio, "ti vendo il terreno al tale prezzo ma, se il Comune lo renderà edificabile, mi riprenderò la proprietà");

la condizione è **POTESTATIVA** se il verificarsi di essa dipende dalla volontà di una delle parti (per esempio, "ti assumo se vieni a vivere nella mia città"); la condizione è **CAUSALE** se il suo verificarsi dipende dal caso oppure da terzi ("mi restituirai i locali venduti se mia sorella ritornerà dalla Cina"); la condizione è **MISTA** se il suo realizzarsi dipende sia dalla volontà di una parte, che da quella di terzi ("ti donerò la casa se ti sposerai" -per sposarsi ci vuole la volontà di un terzo-);

la condizione "**meramente potestativa**", caratterizzata dalla circostanza che l'evento futuro-incerto dipende solamente dalla volontà della parte che si assume un obbligo o trasferisce un diritto, per esempio "ti assumerò se lo vorrò", è causa di nullità del negozio; si noti, però, che non ricorre la nullità quando la condizione dipende esclusivamente dalla volontà di colui che deve ricevere la prestazione o il diritto ("ti assumerò se lo vorrai");

la condizione deve essere **POSSIBILE** e **LECITA**; se la condizione è illecita, il negozio è nullo (si vedano, tuttavia gli artt. 634 e 626 c.c.); se la condizione è impossibile, il negozio è nullo, in caso di condizione sospensiva ("ti darò la casa solo se farai resuscitare un morto"); è, al contrario, valido, e la condizione si considera "non apposta", in caso di condizione risolutiva ("ti dono la mia villa al mare, con obbligo di restituzione se ti farò conoscere San Pietro"); alcuni negozi non ammettono l'apposizione di condizioni (matrimonio, accettazione e rinuncia dell'eredità, ecc.);

- il **TERMINE**; è il momento nel quale il negozio avrà effetto o cesserà di averlo; il termine deve risultare sempre con certezza, potendo essere indicato con una data precisa, o con una data non determinata (per esempio, "alla tua morte");

- il **MODO** (detto pure ONERE); trattasi, tipicamente, un dovere imposto al beneficiario di un negozio giuridico a titolo gratuito; il modo può consistere in:

- un **DARE** (cioè nell'obbligo di consegnare qualche cosa)

- un **FARE**

- un **NON FARE**;

in caso di inadempimento del modo (cioè dell'obbligo), il negozio giuridico resta valido, tuttavia ogni interessato può agire per pretendere l'adempimento; se, invece, il modo è stato apposto (dal testatore o dal donante) unitamente alla previsione che l'inadempimento fosse causa di risoluzione del negozio, l'atto a titolo gratuito perde qualunque effetto; quando si può ritenere che il modo è stato l'unico motivo dell'atto di liberalità, si presume che l'inadempimento sia sempre causa di risoluzione del negozio giuridico; il soggetto

"onerato" è tenuto all'adempimento nei limiti del valore del bene ricevuto con l'atto a titolo gratuito;

3 - ELEMENTI NATURALI; sono gli effetti giuridici che si determinano in forza di legge, quindi, anche se le parti del negozio non hanno previsto alcunché. Talvolta, le parti possono accordarsi per modificare o eliminare le clausole previste dalla legge (è il caso della garanzia da evizione nel contratto di compravendita).

17 - (segue): LA NULLITÀ E L'ANNULLABILITÀ'

Un negozio giuridico è valido quando sussistono tutti gli elementi essenziali, e questi non presentano anomalie. In caso contrario, si parla di invalidità.

Il negozio giuridico si dice PERFETTO quando è compiuto il suo processo di formazione.

Il negozio giuridico si dice VALIDO quando contiene tutti gli elementi essenziali, i quali non risultano viziati.

Il negozio giuridico si dice EFFICACE quando è in grado di produrre gli effetti che descrive; non sempre l'efficacia risulta contestuale alla perfezione del negozio: se vi sono condizioni sospensive o se viene apposto un termine iniziale, l'efficacia interviene successivamente; aggiungasi che la posticipazione dell'efficacia può dipendere dalla legge (si consideri il testamento: esso potrà produrre i suoi effetti solo dopo la morte del testatore).

L'invalidità può assumere la forma della nullità oppure dell'annullabilità.

Si parla di **nullità** quando il negozio giuridico è privo di effetti fin dall'origine. Si parla di **annullabilità** quando il negozio giuridico è valido, tuttavia, nel termine di prescrizione, si può agire per rimuoverne gli effetti.

Non è corretto affermare che il negozio nullo è assolutamente improduttivo di effetti, mentre quello annullabile è efficace fino alla sentenza di annullamento. In ipotesi eccezionali anche la nullità può produrre effetti.

Art. 799 c.c.

[1] La nullità della donazione, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere dagli eredi o aventi causa dal donante che, conoscendo la causa della nullità, hanno, dopo la morte di lui, confermato la donazione o vi hanno dato volontaria esecuzione.

Pertanto, si può validamente dire che il negozio nullo ha "efficacia minorata" (espressione dello Scalfi).

Il codice civile, come già riferito, ignora l'istituto del negozio giuridico; le cause di nullità, espressamente individuate, sono trattate nella disciplina del contratto.

Art. 1418 c.c.

[1] Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

[2] Producono la nullità del contratto

- la mancanza di uno dei requisiti indicati nell'art. 1325

- l'illiceità della causa

- l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345

- e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346.

[3] Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.

In definitiva, la nullità del contratto dipende dalle seguenti circostanze:

- *contrasto con le norme imperative;*

sono NORME IMPERATIVE quelle disposizioni non derogabili dalla volontà delle parti; nelle norme imperative, quindi, non è dato leggere la locuzione "salvo patto contrario" e simili; esempio di norma imperativa è l'art. 2265 c.c., dove espressamente si menziona la nullità, oppure l'art. 2557, terzo comma, c.c.;

- *mancanza dell'accordo tra le parti, o della causa, o dell'oggetto, oppure della forma, se prescritta a pena di nullità* (mancanza dei requisiti indicati nell'art. 1325 c.c.);

- causa illecita;

l'illiceità della causa consiste nella censurabilità della "funzione" del contratto; la CAUSA ILLECITA è quella contraria a norme imperative, o all'ordine pubblico, oppure al buon costume; a titolo esemplificativo, è contrario all'ordine pubblico il contratto con cui ci si impegna a non esercitare, per sempre, determinate attività professionali, in quanto viene lesa la libertà del contraente; il contratto con la prostituta non è valido in quanto contrario al buon costume (quindi non vi è obbligo di pagarne le prestazioni -tuttavia, ai sensi dell'art. 2035 c.c., se si paga la prostituta, SPONTANEA- MENTE, non è più possibile pretendere la restituzione della somma-);

- motivo individuale illecito, solo se comune a entrambi i contraenti;

di regola, il motivo per il quale le parti hanno stipulato un contratto è irrilevante per il diritto; tuttavia, quando la ragione illecita è comune ad entrambi i contraenti e, parimenti, costituisce l'esclusivo movente della contrattazione, il contratto è nullo: prendere in locazione un appartamento per destinarlo a luogo di vendita di merce rubata è un contratto nullo solo se entrambi i contraenti sono a conoscenza del motivo della locazione e, soprattutto, se il locatore intende profittare anch'esso dell'utilizzazione illecita del bene, stabilendo un canone di locazione più elevato del consueto;

- oggetto illecito, impossibile, indeterminato o indeterminabile (trattasi dei requisiti previsti dall'art. 1346 c.c.);

è nullo per illiceità dell'oggetto il contratto di vendita di beni di contrabbando o rubati; del pari, è nullo il contratto con cui una prestazione lecita è scambiata con una prestazione illecita (denaro contro l'uccisione del coniuge); secondo il Galgano, la nullità del contratto di prostituzione non deriva dall'illiceità della causa, ma dall'illiceità dell'oggetto: fare del sesso è attività lecita; contrario al buon costume non è tanto il fatto di ricevere un corrispettivo, quanto fare della prestazione sessuale l'oggetto di una obbligazione;

- altre cause previste dalla legge

Art. 1355 c.c.

[1] E' nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una CONDIZIONE SOSPENSIVA che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore.

Per esempio, "ti vendo la mia auto a condizione che vorrò", ciò equivale a dire che ora non si vuole vendere.

L'annullabilità del contratto dipende:

- da incapacità naturale o legale del contraente
- oppure, da vizi del consenso (dolo, violenza morale, errore).

Il negozio giuridico annullabile esiste e produce i suoi tipici effetti fino al momento in cui non viene pronunciato l'annullamento.

Dopo tale pronuncia, gli effetti vengono a cessare FIN DALL'ORIGINE (c.d. EX TUNC).

La sentenza che pronuncia la nullità è detta DICHIARATIVA (ciò significa che opera di diritto e il giudice si limita a rilevarla), quella di annullamento è detta COSTITUTIVA (cioè non opera di diritto e gli effetti del negozio sono eliminati solo a seguito della pronuncia del giudice). La nullità non si prescrive, salvo gli effetti dell'eventuale usucapione, mentre l'annullabilità si prescrive in cinque anni.

La nullità può essere fatta valere d'ufficio dal giudice o dal soggetto che vi abbia interesse. L'annullabilità non può rilevarsi d'ufficio e può essere fatta valere solo dalla parte nell'interesse della quale è stabilita.

Alcuni giuristi hanno sostenuto l'esistenza di una ulteriore forma di invalidità del negozio: l'INESISTENZA. Si reputa inesistente il negozio privo di almeno un elemento essenziale. Esempificazioni di negozio inesistente sarebbero le seguenti:

- matrimonio tra persone dello stesso sesso
- testamento privo di forma scritta
- la delibera di un'assemblea sociale mai tenutasi.

La categoria giuridica dell'inesistenza è oggetto di ampia discussione in dottrina. Chi scrive preferisce considerare solo le ipotesi di nullità e annullabilità.

§ 18 - L'INTERPRETAZIONE DEL NEGOZIO GIURIDICO

Abbiamo visto che il negozio giuridico è una manifestazione di volontà che assume una forma esteriore consistente nella dichiarazione.

L'interpretazione del negozio consiste nel “determinare il più corretto significato del negozio, in considerazione della sua funzione ed efficacia di atto di autoregolamento dei privati interessi” (Scognamiglio, Contratti in generale, pag. 175); in sostanza, trattasi di un'attività che riguarda prevalentemente il giudice (il quale è chiamato a decidere su una controversia che si origina dal negozio medesimo), ma che, tuttavia, può interessare anche altri soggetti.

La riferita nozione di interpretazione appare preferibile rispetto alle due tradizionali concezioni. L'interpretazione del negozio giuridico si concretizzerebbe, secondo un primo orientamento, nella ricerca della volontà negoziale, cioè nell'accertamento del “fatto psichico” che ha preceduto (ed ha prodotto) la dichiarazione di volontà (in sostanza l'attività interpretativa si limiterebbe a valutare il punto di vista degli autori del negozio)[c.d. teoria volontaristica]; secondo una concezione alternativa, invece, l'interpretazione dovrebbe privilegiare l'aspetto esteriore del negozio, cioè il significato che più appare ragionevole, tenuto conto anche del comportamento delle parti del negozio e delle aspettative che da esso possono determinarsi in capo ai terzi.

In materia di contratti, il codice civile detta una serie di regole assai precise.

Dall'esame della dichiarazione non sempre può risultare agevole risalire alla volontà che si voleva esternare. L'interprete, a tale fine, non deve considerare solo il senso letterale delle parole che costituiscono la dichiarazione, ma deve valutare attentamente anche il comportamento complessivo che le parti hanno osservato, anche dopo la conclusione del contratto (art. 1362 c.c.).

A titolo esemplificativo, si consideri la seguente ipotesi; Caio e Tizio stipulano un contratto di locazione di un bene immobile. Malgrado il puntuale riferimento al tipo di contratto (locazione), nella stesura si è ommesso qualunque riferimento al canone di locazione. Parrebbe corretto, allora, affermare che il contratto è nullo per mancanza dell'oggetto (si rammenta che costituisce oggetto del contratto il diritto che viene trasferito o la prestazione cui si obbligano le parti). Se, però, al di là delle parole, cerchiamo di comprendere l'intenzione dei contraenti, possiamo concludere che costoro avevano inteso dare corso ad un comodato gratuito (artt. 1803 e ss. c.c.) chiamandolo, impropriamente, locazione. Si può, quindi, concludere che il “NOMEN IURIS” che le parti hanno adottato nella stipulazione del contratto non può essere vincolante per il giudice; questo può mutare la qualificazione giuridica del contratto sulla base degli elementi sostanziali sui quali i contraenti si sono accordati.

Art. 1367 c.c.

[1] Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno.

Tale norma non trova applicazione nel caso del testamento.

Art. 1366 c.c.

[1] Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.

Con tale norma, si impone all'interprete di attribuire al contratto il significato che gli assegnerebbero contraenti corretti ed onesti, anche se, in concreto, una o entrambe le parti non lo sono state.

Art. 1370 c.c.

[1] Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.

In materia di interpretazione dei contratti non si applica l'analogia: non è possibile, pertanto, estendere la disciplina concordata dalle parti ricomprendendo fattispecie similari non direttamente contemplate.

§ 19 - LA RAPPRESENTANZA

Alcune persone, dovendo compiere un negozio giuridico, possono trovarsi nella condizione di non potere (ad esempio perché legalmente incapaci) oppure di non volere agire personalmente. In tali casi, ci si può avvalere di un rappresentante.

Si ha RAPPRESENTANZA quando una persona, nel compimento di un negozio giuridico, agisce PER CONTO ALTRUI (si parla anche di "persona che agisce con una PROCURA").

L'istituto giuridico della rappresentanza non è possibile per ogni tipo di negozio giuridico: per il testamento è escluso, mentre è alquanto raro per il matrimonio (c.d. matrimonio per procura).

Il rappresentante partecipa, con la propria volontà, al compimento del negozio; pertanto, è rilevante la sua capacità di intendere e di volere.

L'istituto della rappresentanza ha fonte:

- nella volontà delle parti
- oppure nella legge.

Si distingue tra:

- **RAPPRESENTANZA IMPROPRIA**; si ha nei casi in cui il rappresentante agisce per conto del rappresentato (cioè nell'interesse di quest'ultimo) e a nome proprio (cioè del rappresentante); gli effetti giuridici del negozio non si producono immediatamente nei confronti dell'interessato (rappresentato); questo ha, tuttavia, l'obbligo di trasmettere al rappresentato i risultati della propria interposizione; si è soliti parlare di "gestione di affari altrui" quando l'interposizione si verifica per iniziativa di colui (c.d. gestore) che dichiara l'altrui volontà, SENZA AVERE RICEVUTO ALCUN MANDATO; il gestore deve trasferire al titolare dell'interesse rappresentato (detto anche DOMINUS) i diritti acquistati; il dominus deve assumersi gli obblighi che l'interposto ha assunto nell'interesse del primo e deve rimborsare le spese che il gestore ha sostenuto a causa dell'interposizione; la gestione di affari altrui (art. 2028 c.c.) è fonte di obbligazioni (art. 1173 c.c., "altro fatto"); un classico esempio di gestione di affari altrui è il seguente: in assenza del proprietario, malato, un conoscente, assumendo dei lavoratori, fa raccogliere i frutti del fondo del primo, per evitare che marciscano; il gestore, avendo iniziato spontaneamente un'attività nell'interesse altrui, è obbligato, dalla legge, a continuarla fino a quando l'interessato non sarà in grado di provvedervi autonomamente;
- **RAPPRESENTANZA PROPRIA**; si ha quando il rappresentante agisce IN NOME e per conto del rappresentato; gli effetti giuridici del negozio ricadono istantaneamente nella sfera giuridica del rappresentato, come se il negozio fosse stato compiuto direttamente da quest'ultimo; casi tipici di rappresentanza propria sono la PROCURA e la RAPPRESENTANZA LEGALE.

20 - (segue): LA RAPPRESENTANZA LEGALE E LA PROCURA

Nella rappresentanza conferita per volontà del rappresentato (DOMINUS), l'interposto agisce secondo le direttive del primo; nella rappresentanza conferita in forza di legge, il rappresentante segue le direttive dell'ordinamento giuridico o dei giudici che gli hanno dato l'incarico.

La RAPPRESENTANZA LEGALE è disposta **per legge** nell'interesse delle persone che non hanno la capacità di esercitare i propri diritti. Un caso esemplare di rappresentanza legale è quello del genitore nei confronti dei figli minori di età.

La PROCURA è un negozio giuridico unilaterale con il quale una persona (c.d. "dominus" o rappresentato) conferisce ad un'altra persona (rappresentante o "procuratore") il potere di agire a proprio nome.

I giuristi che non ricorrono al concetto di negozio giuridico, riconoscendo solo fatti e atti giuridici, considerano la procura un "*atto unilaterale*" *recettizio* (cioè indirizzato ad un dato destinatario).

La procura deve essere conferita con le forme prescritte per il negozio che il procuratore dovrà concludere (art. 1392 c.c.). Nel caso di negozi che richiedono una forma scritta, pertanto, la procura deve essere, anch'essa, redatta per iscritto.

Art. 1389, primo comma, c.c.

[1] Quando la rappresentanza è conferita dall'interessato, per la validità del contratto concluso dal rappresentante basta
- che questi abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso,
- sempre che sia legalmente capace il rappresentato.

Le conseguenze di tale norma sono già state trattate nel paragrafo dedicato alla situazione giuridica del minore.

Art. 1393 c.c.

[1] Il terzo che contratta col rappresentante può sempre esigere
- che questi giustifichi i suoi poteri
- e, se la rappresentanza risulta da un atto scritto, che gliene dia una copia da lui firmata.

La procura può essere:

- GENERALE
- oppure SPECIALE.

Nel primo caso, si estende A TUTTI GLI AFFARI del rappresentato (solitamente ci si limita al compimento di atti di ordinaria amministrazione); nel secondo caso, riguarda uno o più affari, tassativamente indicati. Anche nel caso della procura generale, il potere del rappresentante può subire alcuni limiti. A titolo esemplificativo, un limite alla procura può essere il seguente: il rappresentante può acquistare, per conto e nel nome del rappresentato, dieci risme di carta per fotocopie al prezzo massimo unitario di lire settemila.

Con la procura non si può conferire al rappresentante il potere di compiere atti di carattere strettamente personale, come il testamento e la maggior parte degli atti di diritto di famiglia.

Art. 1398 c.c.

[1] Colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato SENZA SUA COLPA nella validità del contratto.

Chi, trovandosi in buona fede, conclude un contratto con un soggetto privo di rappresentanza, può avere diritto solamente al risarcimento del danno, dal falso procuratore; non sarà possibile pretendere, da chi si riteneva, erroneamente, essere rappresentato, l'adempimento contrattuale. Il contratto stipulato dal falso procuratore è "inefficace". Chi ha creduto di contrattare con il vero procuratore, ha diritto a ottenere il risarcimento del danno subito, solo dimostrando che, con l'ordinaria diligenza, non era possibile smascherare il falso procuratore. Si è già visto che il terzo ha diritto a pretendere l'esibizione della procura; tale facoltà è anche un onere: chi, avendone la possibilità, non si cura di verificare il valido conferimento dei poteri di rappresentanza, non potrà pretendere alcun risarcimento.

Tale norma, subisce una importantissima deroga nell'art. 2206, secondo comma, c.c.; la violazione dei limiti della procura dell'istitutore non può determinare l'invalidità del contratto, a meno che l'imprenditore non riesca a dimostrare che chi ha contrattato con l'istitutore era a conoscenza dei limiti medesimi.

La descritta "SPENDITA DI NOME ALTRUI SENZA POTERI" non produce alcuna invalidità del contratto, se la persona che si reputava rappresentata, CON UN ATTO SUCCESSIVO, ratifica l'operato di chi si è interposto (senza averne i poteri); per effetto della ratifica, il contratto viene considerato, fin dall'origine, stipulato da un rappresentante dotato di apposito potere.

Art. 1396, primo comma, c.c.

[1] Le modificazioni e la revoca della procura devono essere portate a conoscenza dei terzi CON MEZZI IDONEI. In mancanza, esse non sono opponibili ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione del contratto.

Se dopo la revoca o la limitazione della procura il rappresentante conclude un contratto in nome e per conto del rappresentato, secondo le condizioni dell'originaria procura, si ha, ancora, un caso di contratto col falso rappresentante. Nella fattispecie, tuttavia, il terzo contraente che, verosimilmente, ha visionato una procura non più in essere, è maggiormente tutelato: i nuovi limiti della procura o la sua revoca non esplicano efficacia nei confronti di chi non ne aveva avuto conoscenza. Il rappresentato, pertanto, può rifiutare l'esecuzione del contratto siglato dal procuratore solo se è in grado di dimostrare che il terzo era a conoscenza dei nuovi limiti della procura o della sua revoca.

A titolo esemplificativo, il rappresentato può dimostrare di avere dato adeguata pubblicità alla revoca della procura, ad esempio mediante pubblicazione sulla stampa specializzata; in tal caso, usando l'ordinaria diligenza, qualunque operatore del settore poteva conoscere la nuova situazione.

Il rappresentante deve preoccuparsi di attuare l'interesse del rappresentato. Non è, pertanto, pensabile che egli agisca nel proprio interesse o, comunque, in contrasto con l'interesse del primo. In questi casi, il contratto concluso dal rappresentante può essere annullato (art. 1394 c.c.) se il terzo contraente, con l'ordinaria diligenza, poteva riconoscere il conflitto di interessi. Si noti che l'azione di annullamento non presuppone l'esistenza di un danno subito dal rappresentato.

Alle medesime esigenze di tutela del rappresentato risponde la disposizione contenuta nell'art. 1395 c.c.: può essere annullato, solamente su istanza del rappresentato, il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, salvo:

- il caso di esplicita autorizzazione del primo;
- il caso in cui la procura contenga disposizioni talmente rigide da escludere la possibilità di un conflitto di interessi (ad esempio, non può essere annullato il contratto con il quale il rappresentante vende a se stesso il bene del rappresentato, quando il prezzo di vendita è stato, dal secondo, rigidamente stabilito; per contro, se il prezzo non era stato fissato, il contratto con se stesso è annullabile anche se il prezzo pagato risulta equo.

Art. 1394 c.c.

[1] Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.

Il rappresentato può quindi ottenere l'annullamento del contratto solo se il conflitto di interessi del rappresentante con il rappresentato era conosciuto dal terzo o era, con l'ordinaria diligenza, riconoscibile. Secondo la giurisprudenza, il rapporto di parentela tra il rappresentante e il terzo contraente determina sempre la presunzione della conoscenza del conflitto di interessi. Solo se la vendita ad un parente avviene al prezzo indicato dal rappresentato, nella procura, il conflitto di interessi deve ritenersi inesistente.

Abbiamo visto che la rappresentanza è conferita con un atto unilaterale con il quale il rappresentato CONSENTE al rappresentante di agire in suo nome. Va osservato che, invece, l'OBBLIGO di agire nell'interesse del rappresentante si origina sulla base di un contratto:

- di lavoro
- di agenzia
- oppure di mandato.

La procura attribuisce al rappresentante alcuni POTERI, ma non comporta l'OBBLIGO di esercitarli. Tale obbligo è conseguenza del rapporto giuridico che si instaura tra il rappresentante e il rappresentato prima o contestualmente al conferimento della procura.

Non sempre il mandatario ha il potere di rappresentare il mandante (si parla, appunto, di "mandato senza rappresentanza"). Nel caso in disamina, il mandatario agisce a proprio nome e, perciò, assume ed acquista egli stesso gli obblighi e i diritti derivanti dal proprio operato. In virtù del contratto di mandato, il mandatario ha l'obbligo di ritrasferire tali diritti e tali obblighi alla persona del mandante, mediante un nuovo contratto.

Se un contratto è vietato al rappresentato, il divieto si ha anche quando ci si avvale di un rappresentante (art. 1389, secondo comma, c. c.). L'istituto della rappresentanza non può essere utilizzato per eludere le regole sulla buona fede.

Art. 1391, secondo comma, c.c

[2] In nessun caso il rappresentato che è in mala fede può giovare dello stato d'ignoranza o di buona fede del rappresentante.

Se Sempronio compra un bene mobile da chi sa non essere il proprietario, non ne acquista la proprietà al momento della consegna; lo stesso effetto si verifica se si avvale di un rappresentante in buona fede.

La rappresentanza si estingue:

- **quando si estingue il rapporto di base** (con il licenziamento del commesso, viene meno il potere di rappresentanza dell'imprenditore che la legge prevede);
- **quando è svolto il compito per il quale il potere è stato conferito;**
- **con la scadenza del termine;**
- **con la morte del rappresentante;**
- **con la rinuncia del rappresentante;**
- **con la revoca da parte del rappresentato,** nei casi previsti dalla legge.